

I hvilken grad ivaretar utlendingsloven hensynet til barnets beste i saker som gjelder lengeværende barn og barn utsatt for mishandling?

En fremstilling og analyse av to særlig sårbare barnegruppers mulighet til oppholdstillatelse etter utlendingsloven §§ 38 og § 53 første ledd bokstav b sett i lys av FNs barnekonvensjon art. 3 nr. 1

Kandidatnummer: 662

Leveringsfrist: 18. mai 2021

Antall ord: 17398



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Mustafa og Carlos sine historier	1
1.1.1	Mustafa	1
1.1.2	Carlos	1
1.2	Tema og problemstilling	2
1.3	Aktualitet.....	3
1.4	Barn.....	4
1.4.1	Om sårbare barn.....	4
1.4.2	Lengeværende barn.....	5
1.4.3	Voldsutsatte innvandrerbarn	5
1.5	Den videre fremstillingen.....	6
2	METODE OG RETTSKILDER	7
2.1	Innledende bemerkninger og metodiske utfordringer	7
2.2	Kan norske myndigheter tolke barnekonvensjonen som de vil?.....	7
2.3	FNs komité for barns rettigheter	9
2.4	Nasjonale rettskilder og tolkningsmetode.....	9
2.5	Andre kilder og informanter	10
3	BARNETS BESTE SOM ET GRUNNLEGGENDE HENSYN ETTER BARNEKONVENSJONEN	12
3.1	Retten til barnets beste som et grunnleggende hensyn	12
3.2	Barnets beste i lys av konvensjonens forpliktelser	13
3.3	Sårbarhet som moment i vurderingen av barnets beste.....	14
3.4	Oppsummering.....	14
4	LENGEVÆRENDE OG VOLDSUTSATTE BARNES MULIGHET TIL OPPHOLD	15
4.1	Innledende bemerkninger.....	15
4.2	Opphold på humanitært grunnlag	15
4.2.1	Utlendingsloven § 38 første ledd.....	15
4.2.2	Lengeværende barn og barnets beste etter utl. § 38	16
4.2.3	Innvandringsregulerende hensyn	16
4.3	I hvilken grad ivaretar § 38 retten til barnets beste?	18
4.3.1	Implementeringen av barnets beste i § 38	18
4.3.2	Utfordringer ved vilkåret « <i>særlig tilknytning til riket</i> » i utl. § 38 (1)	19
4.3.3	Hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn	21
4.3.4	Terskelen for at lengeværende barn får opphold	22
4.3.5	Norsk høyesteretts uttalelser barnets beste	23
4.4	Retten til opphold på selvstendig grunnlag etter mishandling	25
4.5	I hvilken grad ivaretar § 53 (1) b retten til barnets beste?	26
4.5.1	Mishandlingsbestemmelsen ivaretagelse av barnets beste	26
4.5.2	Barns mulighet til opphold etter § 53 (1) b i praksis	28
4.5.3	Terskelen for at barn anses som mishandlet	28
4.5.4	Lovgivers frykt for misbruk av retten til opphold etter mishandling	30
4.6	Utfordringer knyttet til UDIs rundskriv hva gjelder §§ 53 (1) b og 38	32

5	SAMMENLIKNING AV HVORDAN HENSYNET TIL BARNETS BESTE IVARETAS I UTLENDINGSLOVEN §§ 38 OG 53 (1) B	34
5.1	Innledning	34
5.2	Generelt om typen bestemmelser	34
5.3	Hva skiller bestemmelsene fra hverandre?	35
5.4	Hovedforskjeller mellom hvordan bestemmelsene ivaretar barnets beste	36
5.4.1	Barnet som rettssubjekt	36
5.4.2	Innvandringsregulerende hensyn	36
5.4.3	Vurderingen av mishandling etter § 38	37
5.4.4	Hva sier forarbeidene?	37
5.5	Oppsummering	38
6	AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER	39
6.1	Funnene som er gjort i denne avhandlingen	39
6.1.1	Mine vurderinger	39
6.1.2	Konsekvenser for disse sårbare barnegruppene	39
6.1.3	Konsekvenser for lengeværende barn	40
6.1.4	Konsekvenser for barn utsatt for mishandling	41
6.2	Manglende statistikk	42
6.3	Hvordan kan barnets beste ivaretas i større grad?	43
6.3.1	Forslag til løsninger vedrørende § 53 første ledd bokstav b	43
6.3.2	Forslag til løsninger vedrørende § 38	43
6.3.3	Utlendingsmyndighetenes veiledningsplikt og opplysningsplikt	43
6.3.4	Ratifikere tilleggsprotokoll	44
6.4	Tilbake til Mustafa og Carlos	44
6.4.1	Carlos	44
6.4.2	Mustafa	44
6.4.3	Avslutning	45

1 Innledning

1.1 Mustafa og Carlos sine historier

1.1.1 Mustafa

Mustafa Hasan med palestinsk opprinnelse kom til Norge som seksåring sammen med sin gravide mor og fire storebrødre i 2008. I frykt for å bli returnert til et tvangsekteskap i Jordan, fortiet moren om det jordanske statsborgerskapet da familien søkte om asyl som palestinske flyktninger. På bakgrunn av dette tilbakekalte Utlendingsdirektoratet (UDI) oppholdstillatelsene og besluttet utvisning i 2012. I 2016 ble Utlendingsnemndas (UNEs) vedtak kjent ugyldig av tingretten¹, da det forelå betydelig tvil om barnets beste var behandlet som et grunnleggende hensyn slik utlendingsloven § 38 (3)², Grunnloven § 104³ og FNs barnekonvensjon art. 3 nr. 1 krever.⁴ I 2017 traff UNE et nytt vedtak som splittet familien. Denne saken tapte familien i retten.⁵ Mustafas tre eldste brødre ble tvangsreturnert til Jordan, mens lillesøster og mor rømte fra Norge. Mustafa og hans storebror Abdel ble værende under barnevernets omsorg. Avslaget ble påklaget da Mustafa var 16 år. To år etter besluttet UNE endelig avslag uten å vurdere hensynet til barnets beste fordi Mustafa innen da var blitt myndig. Abdel på 19 år fikk innvilget oppholdstillatelse etter § 38 på bakgrunn av hans sterke tilknytning til riket kombinert med at han er under barnevernets ettervern. Begge punkter gjør seg like gjeldende i Mustafas sak. Mustafa har fullført barne- og ungdomsskole og snart videregående skole i Norge og bodd over 13 år i landet, nøyaktig like lenge som sin bror. Saken reiser flere problemstillinger. I denne avhandlingen vil saken symbolisere lengeværende barn, hensynet til barnets beste og motstående hensyn i § 38.

1.1.2 Carlos

Carlos på 11 år fra Colombia flyttet sammen med sin mor til Norge for å bo med morens kjæreste. Moren fikk midlertidig oppholdstillatelse som mannens samboer etter utlendingsloven § 41 og barnet fikk rett til opphold etter utlendingsloven § 42 (2). Samboeren var ofte sint og verbalt aggressiv, noe som gjorde Carlos svært redd for ham. Ved én episode utøvde han fysisk vold ved å slå mor i ansiktet og Carlos i magen. Mishandlingen pågikk i to og et halvt år før mor og barn flyttet til et kriesenter, der de fikk tre timer advokatbistand i straffesaken og hjelp med å søke opphold på selvstendig grunnlag. Moren fortiet om at samboer hadde utøvd vold mot Carlos i frykt for å bli fratatt omsorgen av barnevernet. UDI avsto søknaden da de mente at verken mor eller Carlos var utsatt for mishandling etter § 53 (1) b, og viste til at den voldelige episoden kun var en enkelthendelse som ikke medførte

¹ TSOLO-2015-159605.

² Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her 15. mai 2008 nr. 35 (Utlendingsloven – Utl.).

³ Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven – GrL.).

⁴ Convention on the Rights of the Child 20th of November 1989 (Barnekonvensjonen).

⁵ LB-2017-74948-2.

reduisert livskvalitet. UDI mente at den psykiske mishandlingen Carlos hadde vært gjennom ikke medførte frykt, da han var gammel nok til å tåle krangling. Videre vurderte UDI at Carlos, grunnet sin alder heller ikke hadde sterk nok tilknytning til riket for å oppfylle kravene etter § 38. Carlos og moren ble værende i Norge i skjul uten oppholdstillatelse og uten elementære rettigheter.⁶

1.2 Tema og problemstilling

Avhandlingen befinner seg i krysningspunktet mellom norsk utlendingsrett, barnerett og menneskerettigheter. Den økende internasjonaliseringen av retten gjør at folkerettslige konvensjoner mer relevante i en nasjonal kontekst. Utlendingsretten er et krevende og omdiskutert rettsområde som har stor allmenn interesse, særlig der barn er involvert. Både barneretten og utlendingsretten er dynamiske rettsområder som stadig er i utvikling og som påvirkes av hvilke internasjonale forpliktelser Norge er bundet av. Barns rett til opphold er ofte gjenstand for opphetede mediedebatter der diskusjonen handler om hvorvidt norsk innvandringspolitikk er for streng eller for liberal.

Temaet i avhandlingen er utlendingslovens ivaretagelse av barnets beste etter barnekonvensjonen i saker som gjelder to sårbare barnegruppers mulighet til oppholdstillatelse. Den ene barnegruppen er lengeværende barn jf. utlendingsloven § 38 jf. utlendingsforskriften § 8-5.⁷ Denne barnegruppen har fått mye fokus i media og fagmiljøet.⁸ I 2020 innvilget UDI tre lengeværende barn opphold etter utlendingsloven § 38 jf. utf. § 8-5.⁹ Samme år innvilget UNE i underkant av 60.¹⁰ Fokuset i denne avhandlingen når det gjelder § 38 vil være tilfeller der barn har «*særlig tilknytning til riket*», og det vil derfor avgrenses mot en detaljert analyse av «*sterke menneskelige hensyn*» jf. 38 (1).

Den andre gruppen er barn som har kommet til Norge gjennom familieforening og har vært utsatt for eller vitne til mishandling, jf. utlendingsloven § 53 (1) b. Denne gruppen sårbare barn har ikke fått tilsvarende oppmerksomhet. Av 96 personer som søkte om opphold på selvstendig grunnlag etter mishandling fikk 75 innvilget oppholdstillatelse i 2020.¹¹ Til tross for en relativt høy innvilgelsesprosent gir § 53 (1) b grunnlag for nærmere undersøkelse, da det er uklart hvordan bestemmelsen beskytter barn utsatt for mishandling. Det finnes ingen tall på hvor mange barn som er utsatt for eller berørt av mishandling etter utlendingsloven.

⁶ Saken er fiktiv og inspirert fra reelle tilfeller jeg har fått kjennskap til i lys av min stilling ved Oslo krisesenter

⁷ Utlendingsforskriften 15. oktober 2009 nr. 1286 (Utf.).

⁸ Humlen mfl. (2021).

⁹ E-post fra UDI 23.04.2021.

¹⁰ E-post fra UNE 28.04.2021.

¹¹ E-post fra UDI 23.04.2021.

På bakgrunn av dette er problemstillingen som skal besvares gjennom denne avhandlingen, følgende: *I hvilken grad ivaretar utlendingsloven hensynet til barnets beste i saker som gjelder lengeværende barn og barn utsatt for mishandling?*

Bakgrunnen for at jeg har valgt å se på utlendingsloven §§ 38 og 53 første ledd bokstav b er at bestemmelsene berører sårbare minoritetsbarns mulighet til oppholdstillatelse, og at lovteksten i begge tilfeller gir grunnlag for nærmere undersøkelse. Et annet likhetstrekk er at begge bestemmelsene berører både voksne og barn. Barnets særlig sårbare situasjon vil være grunnlag for vurdering i både § 38 og etter § 53 (1) b. Videre er det et likhetstrekk at begge fremstår som bestemmelsene sikkerhetsventiler som kan gi rettigheter til barn i særskilte situasjoner.

Det presiseres at avhandlingen ikke har som formål å sette de to barnegruppene opp mot hverandre. Barnegruppene er valgt fordi det er to sårbare grupper som rammes av en ordlyd som gir grunnlag for analyse og videre undersøkelse.

1.3 Aktualitet

UDI behandler omtrent 90 000 saker i året der barn er part i omtrent 40% av sakene.¹² Mange av vedtakene er svært inngripende ovenfor barna. Paradoksalt nok rammes barna som regel hardest, til tross for sin uskyld i saken. Politikernes holdninger, dagens regelverk og samfunnets verdier kombinert med foreldrenes valg kan medføre at uskyldige barn blir skadelidende.¹³ Sakene som utlendingsmyndighetene må avgjøre der barn blir berørt vil alltid være gjenstand for å vurderes i lys av barnekonvensjonen. Barnekonvensjonen gjelder for alle barn innenfor Norges jurisdiksjon uavhengig av statsborgerskap, oppholdsstatus eller andre forhold, jf. barnekonvensjonen art. 2. Den anerkjenner barn som egne rettssubjekter beskyttet av grunnleggende rettigheter både etter nasjonal rett og folkeretten. Konvensjonens art. 3 innebærer at alle barn har rett til at hensynet til barnets beste skal være grunnleggende i alle handlinger som berører dem. Staten har plikt til å vurdere barnets beste i alle handlinger de foretar og vektlegge retten som grunnleggende. Plikten gjelder i alt fra politikktutforming til enkeltvedtak. Det er art. 3 i barnekonvensjonen som utgjør det rettslige utgangspunktet for denne avhandlingen.

Konvensjonens art. 4 nr. 1 pålegger statene å treffe «*egnede lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak*» for å gjennomføre konvensjonens rettigheter. Konvensjonen er ratifisert av alle FNs medlemsland (med unntak av USA), noe som gjenspeiler konvensjonens politiske, moralske og juridiske kraft. Barnekonvensjonen ble ratifisert av Norge i 1991 og

¹² Utlendingsdirektoratet (2020).

¹³ Utlendingsdirektoratet (2020)

inkorporert gjennom menneskerettsloven § 2 nr. 4 i 2003.¹⁴ FNs barnekomité, kontrollmyndigheten som overvåker implementeringen av barnekonvensjonen, er imidlertid bekymret for situasjonen til migrantbarn i Norge.¹⁵ Komiteen anbefaler Norge å etablere klare kriterier angående barnets beste for alle myndigheter som treffer beslutninger som berører barn og sikre at denne rettigheten blir innarbeidet, tolket og anvendt konsekvent i alle lovgivningsprosesser, forvaltningssaker, rettsaker og i politikk har innvirkning på barn.¹⁶

Ut fra komiteens anbefalinger er det et presserende behov for å styrke barns rettigheter i Norge.¹⁷ Komiteen uttrykker også bekymring for voldsutsatte barn.¹⁸ Norge har ikke etterlevd komiteens anbefaling om å ratifisere barnekonvensjonens tredje tilleggsprotokoll om en kommunikasjonsprosedyre.¹⁹ Barnekomiteen kan kun avgi uttalelser eller klager fra enkeltindivider overfor stater som har ratifisert protokollen. Barn i Norge som påberoper seg krenkelser av rettigheter i barnekonvensjonen har derfor ingen individuell klagerett.²⁰

1.4 Barn

1.4.1 Om sårbare barn

Alle personer under 18 år regnes som barn jf. barnekonvensjonen art. 1.²¹ På verdensbasis betraktes alle barn mellom 0–18 år som sårbare frem til deres nevrale, psykologiske, sosiale og fysiske vekst er ferdig utviklet.²² Barn er en sårbar samfunnsgruppe grunnet sin begrensede livserfaring, modenhet og avhengighet av voksne. Enkelte barn er ekstra sårbare. Eksempelvis vil migrantbarn og barn som opplever vold i hjemmet være i en situasjon med ytterligere sårbarheter i forbindelse med oppholdsstatus.²³ Utenlandske barn som har vært lenge i Norge uten permanent oppholdstillatelse eller norsk statsborgerskap vil være særlig sårbare i den forstand at de stadig lever i usikkerhet med hensyn til om de får bli i Norge, samtidig som de integreres i samfunnet og opparbeider en tilknytning til landet.

I denne avhandlingen vil «minoritetsbarn» brukes om barn som har kommet til Norge fra et annet land og som ikke har fått flyktningstatus.²⁴ Lengeværende barn og voldsutsatte barn

¹⁴ Lov om styrking av menneskerettighetene i norsk rett 21. mai 1999 nr. 30.

¹⁵ CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 31.

¹⁶ CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 13 b.

¹⁷ CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 14 bokstav a og c.

¹⁸ CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 16–19.

¹⁹ St.meld. nr. 39 (2015–2016) punkt 7.

²⁰ I Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 88–102 og Rt. 2015 s.1388 s.119 slo Høyesteretts flertall fast at prøvingen av barnets beste er begrenset

²¹ Se utlendingsloven § 50.

²² CRC/C/GC/13 avsnitt 72 bokstav f.

²³ CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22 avsnitt 3, 40–42.

²⁴ Fjelltun (2019) s.68.

faller innunder denne barnegruppen. Det de to barnegruppene som omhandles i denne avhandlingen har til felles, er at de har opprinnelse fra et annet land, at de ikke har permanent oppholdstillatelse, og at de er sårbare og lever i frykt eller usikkerhet. Lengeværende barn og barn utsatt for mishandling med midlertidig tillatelse vil være i en slags limbosituasjon. Ved vurdering av migrasjonspolitik og i enkeltsaker, inkludert ved innvilgelse eller avslag på søknader om opphold, skal statene sørge for at det tas fullt hensyn til barnets beste.²⁵ Myndighetene må være bevisste på barnets særlig sårbare situasjon og sikre at barnets beste i slike saker gis høy prioritet.²⁶

1.4.2 Lengeværende barn

Lengeværende barn betegner barn som har bodd flere år i Norge uten oppholdstillatelse, for eksempel etter avslag på asyl. Utlendingsmyndighetene anser lengeværende barn som barn som har bodd i Norge i mer enn fire og et halvt år der barnet har gått minst ett år på skole.²⁷ Barnet kan ha kommet alene til Norge, sammen med sine foreldre eller være norskfødt.²⁸ Selv om barna ikke anses som flyktninger i utlendingslovens forstand, vil mange bære på traumatiske opplevelser fra fluktreisen. Barn har lettere for å lære, tilpasse seg og knytte seg til steder og personer enn det voksne har. Barnas tilknytning til Norge er derfor av særlig betydning når norske myndigheter vurderer om et barn og dets familie skal innvilges oppholdstillatelse av humanitære grunner. Samtidig kan disse sakene reise vanskelige dilemmaer, især knyttet til avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn. Slike hensyn gjør seg ofte gjeldende når personer har oppholdt seg i Norge etter endelig avslag.

1.4.3 Voldsutsatte innvandrerbarn

Innvandrere som står i en prekær økonomisk og juridisk situasjon, er særlig utsatte for vold.²⁹ Barn fra etniske, religiøse eller språklige minoritetsgrupper, migrantbarn og barn som tidligere er voldsutsatte, er ekstra utsatte for vold.³⁰ Å oppleve eller å være vitne til vold kan være svært skadelig for barn som har et særlig behov for trygge voksne.³¹ I Norge har 18% av barn opplevd psykisk vold fra en voksen hjemme og 4% har opplevd alvorlig fysisk vold.³² Myndighetene har et ansvar for å identifisere og forebygge faktorer og omstendigheter som hindrer utsatte grupper, som minoritetsbarn, tilgang til å gjøre nytte av sine rettigheter.³³ De

²⁵ CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22 avsnitt 29–32.

²⁶ CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22 avsnitt 29–32.

²⁷ G-2014-6 Ikrafttredelse av endringer i utlendingsforskriften punkt. 1.2

²⁸ Einarsen (2013) s.287–319.

²⁹ CEDAW/C/GC/31-CRC/C/GC/18 avsnitt 86.

³⁰ CRC/C/GC/13 avsnitt 72 bokstav g.

³¹ Meld. St. 15 (2012–2013) punkt 1.2.1.

³² Bufdir (2019) s.6.

³³ CRC/C/GC/13 avsnitt 43 bokstav a nr. 2.

siste årene har det vært mye oppmerksomhet på å forebygge vold i nære relasjoner, spesielt mot kvinner, men det har vært mindre fokus på minoritetsbarn.³⁴ Vold og mishandling vil i denne avhandlingen betegnes på lik linje.

1.5 Den videre fremstillingen

I kapittel 2 presenteres rettskilder og tolkningsmetoder som har betydning for den videre analysen av de to sårbare barnegruppene avhandlingen fokuserer på. I kapittel 3 vil barnets beste jf. barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 bli grundig behandlet. I kapittel 4 vurderes og analyseres utlendingsloven §§ 38 og 53 (1) b opp mot hensynet til barnets beste. Dette kapittelet utgjør kjernen av avhandlingen. Her vil det underveis pekes på utfordringer i utlendingsloven og undersøkes i hvilken grad barnets beste ivaretas i de to typetilfellene. Det vil i samme kapittel punkt 4.5.4 også belyses en praktisk utfordring knyttet til utlendingsmyndighetenes veiledningsplikt i henhold til § 53 (1) b, som kan påvirke ivaretagelsen av barnets beste i praksis. I kapittel 5 sammenliknes de to norske bestemmelsene ut fra konklusjonene i kapittel 4. I avhandlingens sjette og siste kapittel belyses mine betraktninger om utfordringer med dagens regelverk, konsekvenser og løsninger.

³⁴ Se Handlingsplan «*Et liv uten vold*» 2014–2017 og Norsk skyggerapport til Istanbulkonvensjonen

2 Metode og rettskilder

2.1 Innledende bemerkninger og metodiske utfordringer

I dette kapittelet vil jeg først presentere metodeutfordringer. Ettersom deler av avhandlingen baseres på internasjonal rett, vil jeg deretter i punkt 2.2 presentere barnekonvensjonen som en folkerettslig forpliktelse og de tolkningsregler som følger av folkeretten. Den rettskildemessige betydningen av FNs barnekomité vil behandles i punkt 2.3. Videre vil jeg belyse nasjonale rettskilder og tolkningsmetode i punkt 2.4. Til slutt vil jeg vise til andre aktuelle kilder og informanter i punkt 2.5.

Avhandlingens kjerne er først å undersøke hvilke forpliktelser barnekonvensjonen tillegger nasjonal rett, og dernest analysere og undersøke hvordan to nasjonale lovbestemmelser ivaretar en internasjonale forpliktelse. Likheter og forskjeller mellom de to nasjonale bestemmelsene vil synliggjøres underveis. Rammene for og utfordringene ved en slik analyse og sammenlikning er flere: Å analysere både internasjonal og nasjonal rett er tidskrevende innebærer bruk av to ulike juridiske metoder, samt ulike kildegrunnlag og økt kildeomfang. Det medfører også formelle forskjeller, som rettskildenes vekt og språk. Det å sammenlikne utl. §§ 38 og 53 (1) b har sine egne utfordringer, da bestemmelsene har ulik oppbygging, omfang og plassering i utlendingsloven. Der § 38 er bredt forankret i forarbeider, juridisk litteratur og til dels i praksis, foreligger det knapt nok rettskildemateriale om den andre § 53 (1) b.

2.2 Kan norske myndigheter tolke barnekonvensjonen som de vil?

Statenes bestemmelsesrett og handlefrihet er begrenset av internasjonale menneskerettigheter som beskytter borgernes elementære rettigheter.³⁵ Barnekonvensjonen er en folkerettslig forpliktelse som er inkorporert i norsk rett og trumfer statens suverenitet og uavhengighet.³⁶ Wien-konvensjonen art. 31-33 om traktatretten er utgangspunktet og verktøyet for å tolke folkerettslige traktater, herunder barnekonvensjonen.³⁷ Wien-konvensjonen art 31 nr.1 er sentral for konvensjonstolkning, og lyder som følger:

Article 31 General rule of interpretation

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

³⁵ Øyen (2018) s.24.

³⁶ Smith (2019) s.26–27.

³⁷ Vienna convention the law of treaties 23rd of May 1969

Ut fra wien-konvensjonen art. 31nr. 1 utledes det fire tolkningsregler: Traktater skal tolkes i god tro, *‘with the ordinary meaning’*, ut fra traktatens ordlyd og i sammenheng med andre artikler i konvensjonen ut fra dens formål og omstendigheter. Traktattolkning har en dynamisk tolkningsstil, og det er en annen metode enn ved tolkning av norske lover.³⁸ Til tross for at Norge ikke har ratifisert wien-konvensjonen, er konvensjonens tolkningsregler bindende fordi den anses som gjeldende folkerettslig sedvanerett.³⁹

Videre presiserer wien-konvensjonen art. 27 at internrettslig lovgivning ikke kan anvendes som et argument for å unngå en traktatforpliktelse. I dette ligger et autonomiprinsipp: Norge som medlemsstat, gis ikke rom for å fastsette hvordan en konvensjonsbestemmelse skal tolkes og anvendes. Utlendingsmyndighetene er derfor forpliktet til å tolke barnekonvensjonen etter reglene som følger av wien-konvensjonen art. 31–33. Dersom domstolene konkluderer på en annen måte enn barnekomiteen må argumentasjonen være forankret i wien-konvensjonen. Uten slik forankring vil Norge få et problem med tanke på at traktater skal oppfylles i god tro jf. wien-konvensjonen art 26. Det skal altså velges det tolkningsresultatet som samsvarer best med partenes hensikter.

Ved motstrid mellom barnekonvensjonen og utlendingsloven vil barnekonvensjonen ha forrang jf. menneskerettsloven § 3 og § 2 nr. 4. Særlig legger barnekonvensjonen art. 3 store forpliktelser på norsk myndighetsutøvelse. Plikten til å respektere og sikre rettighetene i barnekonvensjonen for alle barn i Norge har også en konstitusjonell forankring jf. Grl. § 92, noe utlendingsloven må tolkes i lys av. Ved grunnlovstolkning er ikke domstolene bundet av wien-konvensjonens tolkningsregler.⁴⁰ For at internasjonale rettskilder skal gjelde på lik linje som norsk lovgivning må de være inkorporert i norsk rett.⁴¹

Høyesterett har vist til barnekonvensjonen i rundt 80 saker etter at konvensjonen ble inkorporert i norsk rett. Barnekonvensjonen art. 3 om hensynet til barnets beste er den dominerende bestemmelsen i rettspraksis.⁴² Selv om barnekonvensjonen i seg selv ikke har grunnlovs rang, vil prinsippet om hensynet til barnets beste etter Grl. § 104 (2) ha samme rang som andre grunnlovsbestemmelser. Norge er derfor bundet til barnekonvensjonen både gjennom internasjonale forpliktelser og gjennom norsk lovgivning.

³⁸ Müller (2017) s.20–21.

³⁹ Rt. 2010 s.858 avsnitt 38.

⁴⁰ Rt. 2015 s.93 avsnitt 57.

⁴¹ Arnesen og Stenvik (2015) s.52.

⁴² Bårdsen (2016) s.2.

2.3 FNs komité for barns rettigheter

Alle stater som har ratifisert barnekonvensjonen er forpliktet til å rapportere om nasjonal gjennomføring av konvensjonen til barnekomiteen. Etter rapporteringen gir komiteen hver medlemsstat avsluttende anbefalinger ut fra komiteens bekymringer. Som det primære folkerettslige håndhevingsorganet til barnekonvensjonen, utarbeider komiteen såkalte generelle kommentarer for å tolke og klarlegge konvensjonsforpliktenes innhold. I henhold til wien-konvensjonen art. 31 nr. 1 bør generelle kommentarer som en tolkningsfaktor ved konvensjonstolkning tillegges like stor vekt som andre rettskilder forutsatt at kommentarene gir grunnlag for å sikre slutninger om hva konvensjonen krever.⁴³ Hvordan kommentarene skal tolkes og vektlegges har derimot vært til diskusjon i forarbeider, høyesterettsdommer og ellers fagmiljøet.

Barne- og likestillingsdepartementet har påpekt at kommentarene er verdifulle retningslinjer.⁴⁴ De bør tillegges relativt stor vekt, idet barnekomiteens er barnekonvensjonens ekspertorgan.⁴⁵ I Mariasaken uttalte førstvoterende at barnekomiteens generelle kommentarer er «et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av art. 3 nr. 1 – og dermed også ved tolkningen av GrL. § 104 andre ledd».⁴⁶ I plenumsdommen fra 2015 påpekte retten at generelle kommentarer fra barnekomiteen ikke er bindende, og at uttalelsens form og klarhet er avgjørende for uttalelsens vekt.⁴⁷ Høyesterett har også uttalt at vektleggingen avhenger av om det er tolkningsuttalelser eller anbefalinger.⁴⁸ Senest i 2020 understrekte Høyesterett at komiteens syn tillegges stor vekt.⁴⁹ Sistnevnte dom anses å være i tråd med wien-konvensjonen og legges til grunn som grunnlag for at vekten til generelle kommentarer er avklart.

Enhetlig praksis innenfor migrasjon- og asylfeltet fra barnekomiteens tilleggsprotokoll III kan være relevant for å se hvordan barnekonvensjonen tolkes i praksis, jf. wien-konvensjonen art. 31 nr. 1, til tross for at tilleggsprotokollen ikke er ratifisert.⁵⁰ På grunn av plassmangel har jeg ikke gått inn på denne kilden.

2.4 Nasjonale rettskilder og tolkningsmetode

Etter presumsjonsprinsippet skal norsk rett samsvare med Norges folkerettslige forpliktelser. Utlendingsretten bygger på sektormonisme, som innebærer at internasjonal rett er en del av

⁴³ Rt. 2015 s.93 avsnitt 64.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) s.26.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) s.26

⁴⁶ Rt. 2015 s.93 avsnitt 64.

⁴⁷ Rt. 2015 s.1388 avsnitt 271–272.

⁴⁸ HR-2018-2096-A avsnitt 14.

⁴⁹ HR-2020-661-S avsnitt 80.

⁵⁰ OP3CRC

utlendingsretten. Utlendingsloven må anvendes i samsvar med barnekonvensjonen der formålet med konvensjonsbestemmelsene er å «styrke individets stilling» jf. utlendingsloven § 3.

Hvilken folkerettslig forpliktelse den norske rettsregelen må tolkes i samsvar med, må undersøkes og kartlegges før den konfronteres med de nasjonale rettskildenes tolkningsresultat.⁵¹ Utover å være begrenset av de internasjonale forpliktelsene, er norske myndigheters maktutøvelse begrenset av flere andre forvaltningsrettslige prinsipper. Legalitetsprinsippet slår fast at myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha hjemmel i lov, jf. Grl. § 113. Høyesterett har understreket at lovkravet fremmer forutberegnelighet, motvirker vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, også jf. Grl. § 98 første ledd som fastslår at alle er like for loven.⁵²

Utlendingsloven må tolkes i samsvar med alminnelig norsk rettskildelære.⁵³ Høyesterett har hittil behandlet fire dommer som omhandler lengeværende barns mulighet til opphold på humanitært grunnlag jf. § 38.⁵⁴ Domstolenes prøvingsrett er noe begrenset da bestemmelsen er underlagt forvaltningens frie skjønn.⁵⁵ Hva gjelder § 53 første ledd bokstav b finnes det kun underrettspraksis.⁵⁶ Mangel på ressurser og manglende kjennskap til rettigheten kan være hovedårsakene til at slike saker ikke tas til retten. Hovedfokuset for denne avhandlingen er å se på implementeringen av barnekonvensjonen i utlendingslovens lovtekst. For å få et innblikk i Høyesteretts uttalelser om barnets beste i saker om lengeværende barn, vil dette i korte trekk belyses i 4.3.5. Avhandlingen vil avgrenses mot en inngående analyse av rettspraksis for åen balansert drøftelse mellom §§ 38 og 53 (1) b, vil avhandlingen. Analysen vil hovedsakelig baseres på følgende rettskilder: Utlendingslovens forarbeider, forskrift og rundskriv. Dette er rettskilder som supplerer lovteksten der den er vag og skjønnspreget, særlig forarbeiders utsagn er styrende normer for forvaltningen og domstolenes praksis på nokså «lik linje med lovene».⁵⁷

2.5 Andre kilder og informanter

For å få en inngående forståelse av utlendingslovens innhold og for å få innsikt i hvordan loven praktiseres, vil det i analysen av § 53 (1) b vises til UDIs rundskriv.⁵⁸ Samme rundskriv vil også vurderes i forbindelse med § 38. Det presiseres at rundskriv er en form for rettslige

⁵¹ HR-2018-2096-A avsnitt 14.

⁵² Rt. 2014 s.1105 avsnitt 26.

⁵³ Bergo (2019) s.215, 223.

⁵⁴ Rt. 2009 s.1261, Rt. 2012 s.1985, Rt. 2012 s.2038 og Rt. 2015 s.1388.

⁵⁵ Rt. 2012 s.1985 avsnitt 142–144 og Martnes (2019) s.322–326.

⁵⁶ TOSLO-2015-201075, LB-2016-116118-1 og LB-2016-116118-2.

⁵⁷ Bergo (2019) s.180–181.

⁵⁸ UDI 2010–009.

argumenter som i stor grad bygger på forvaltningspraksis. Vekten til rundskriv i rettslig argumentasjon vil variere ut fra om det samsvarer med domstolenes praksis.⁵⁹ Utlendingsdirektoratet utarbeider og bruker ofte egne rundskriv som kilder, noe som medfører at rundskriv i realiteten får stor betydning som retningslinjer for utlendingsmyndighetenes praksis.⁶⁰

Spesielt i forbindelse med analysen av utlendingsloven §§ og 38 og 53 (1) b har jeg hatt omfattende kommunikasjon med flere eksperter på området. Jeg har vært i kontakt med praktiserende advokater, Oslo krisesenter, Bufdir, NIM og frivillige organisasjoner som Redd Barna, NOAS, Jussbuss, JURK, SEIF og Barnas jurist. Ved forespørsel om å få innsyn i statistikk hos utlendingsmyndighetene, fikk jeg tilsendt en begrenset oversikt. Utover nevnte informanter, har jeg intervjuet seniorrådgivere i UDI og UNE for å få svar på uklarheter i utlendingsloven.⁶¹ Det er innhentet samtykke fra informantene jeg henviser til i teksten. Da jeg ikke har fått innsyn i praksis fra utlendingsmyndighetene, vil avhandlingen avgrenses mot å vise til forvaltningsvedtak.⁶² Det vil i liten grad vises til UNEs praksisbase, da utdragene ikke gir en grundig oversikt over hvilke vurderingsmomenter som er gjort.

⁵⁹ Eriksen (2019) s.237, 294 og 307.

⁶⁰ Eriksen (2019) s.311, 316.

⁶¹ Anonym informant fra Utlendingsdirektoratet og Seniorrådgiver Silje Flekstad i Utlendingsnemnda.

⁶² UDI, «Innsyn og tilgang til data».

3 Barnets beste som et grunnleggende hensyn etter barnekonvensjonen

3.1 Retten til barnets beste som et grunnleggende hensyn

FNs barnekomite har utpekt fire grunnprinsipper som er barnekonvensjonens kjerneverdier, og omfatter selvstendige rettigheter og tolkningsprinsipper for å fastlegge innholdet i andre deler av konvensjonen.⁶³ Hensynet til barnets beste er nedfelt i konvensjonens art. 3 nr. 1 og anses som ett av de fire grunnprinsippene.⁶⁴ For å kunne undersøke hvordan barnets beste er implementert i norsk utlendingslov, er det behov for å foreta en nærmere redegjørelse av hva denne retten *egentlig* innebærer etter barnekonvensjonen. I det følgende vil jeg foreta en tolkning av hva som ligger i barnets beste i tråd med metoden som redegjort for i kapittel 2.⁶⁵ Barnekonvensjonen. art 3 nr. 1 lyder som følger:

- 1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.*

Barnekomiteens generelle kommentarer nr. 14 (2013) bidrar til å klargjøre hva som ligger i «hensynet til barnets beste» etter barnekonvensjonen. Kommentaren redegjør grundig for partenes forpliktelser etter barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 og peker på ulike forhold som har relevans i fastleggelsen av barnets beste i henhold til wien-konvensjonen art. 31. Hva som vil være “the best interest of the child” må undersøkes og konkretiseres i hver enkelt sak. At konvensjonen må tolkes i kontekst og i lys av sitt formål, gjelder særlig ved tolkning av barnekonvensjonen art. 3 fordi konvensjonen ikke definerer hva begrepet *barnets beste* innebærer, jf. wien-konvensjonen art. 31. Barnets individuelle situasjon vil være avgjørende. Alle relevante forhold for det bestemte barnet må tas i betraktning.⁶⁶ I generelle avgjørelser som påvirker en ubestemt gruppe barn eller alle barn, for eksempel ved lovgivning, må hensynet til barnets beste fastsettes på et mer generelt plan.⁶⁷

⁶³ CRC/GC/2003/5 avsnitt 12.

⁶⁴ CRC/GC/2003/5 avsnitt 12.

⁶⁵ Wien-konvensjonen art. 31.

⁶⁶ CRC/C/GC/14 avsnitt 48 og 49.

⁶⁷ Haugli (2020) s. 60.

Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 forutsetter at det tas hensyn til barnets beste “In all actions” (ved alle handlinger) “concerning” (som berører) barn. Dette omfatter generelle og konkrete handlinger som staten foretar med virkning for barn som for eksempel lover og forskrifter som gjelder barn, samt enkeltvedtak fra utlendingsmyndighetene eksempelvis om et barns oppholdstillatelse.⁶⁸ At hensynet til barnets beste “shall” (skal) være et grunnleggende hensyn, ilegger statene en sterk juridisk forpliktelse der det ikke kan utøves skjønn om hensynet skal vurderes. Dette samsvarer med tolkningsreglene etter wien-konvensjonen, særlig art. 26 og 27.

Med “a primary consideration” menes det at hensynet skal være helt sentralt i vurderingen og som kan ha en sterkere posisjon enn andre hensyn. Fra utlendingsmyndighetenes side kreves det bevissthet rundt barnets interesser og en vilje til å prioritere dette som et primært hensyn under enhver omstendighet. Særlig når avgjørelsen får en åpenbar innvirkning på barnet. “If the interests of children are not highlighted, they tend to be overlooked”.⁶⁹ Det fremgår videre av avsnitt 37 at hensynet til barnets beste kan rettfærdiggjøres av barns spesielle situasjon i lys av sin avhengighet, modenhet, juridiske status og begrenset mulighet for innflytelse og makt. Saksbehandlere så vel som dommere er pliktig til å tillegge hensynet riktig tyngde som et primært hensyn i enhver handling eller avgjørelse.⁷⁰

Barnekomiteen formidler at barnets beste ikke er det eneste eller det avgjørende hensynet, men at det skal ha stor vekt ved avveiningen mot andre interesser og ikke bare anses som ett av flere momenter i en helhetsvurdering.⁷¹ Kjernen i barnekonvensjonen er at barn er egne rettssubjekter med samme ukrenkelige menneskeverd og like menneskerettigheter som voksne. Barnekomiteen fremhever at barnets beste i art. 3 nr. 1 er en tredelt rettighet som forutsetter en substansiell rettighet, et grunnleggende juridisk tolkningsprinsipp og en saksbehandlingsbestemmelse.⁷²

3.2 Barnets beste i lys av konvensjonens forpliktelser

For at konvensjonen skal tolkes som en helhet i henhold til wien-konvensjonen art. 31, må barnets beste sees “in context” med konvensjonens grunnprinsipper: Retten til å bli hørt i art. 12, retten til ikke-diskriminering i art. 2 og retten til liv, utvikling og overlevelse i art. 6. Utover å gi barnet en selvstendig rettighet, har altså disse artiklene betydning for hvordan

⁶⁸ CRC/C/GC/14 avsnitt 14, 17, 19, 25, 30.

⁶⁹ CRC/C/GC/14 avsnitt 37.

⁷⁰ CRC/C/GC/14 avsnitt 36.

⁷¹ CRC/C/GC/14 avsnitt 39–40.

⁷² CRC/C/GC/14 avsnitt 6.

barnekonvensjonen art. 3 og øvrige bestemmelser i barnekonvensjonen skal tolkes. Det vil i denne avhandlingen også være relevant å se barnets beste i lys av statenes forpliktelse til å beskytte barn mot vold og mishandling, jf. barnekonvensjonen art 19. De fire rettighetene vil tjene som tolkningsmomenter av om barnets beste ivaretas i avhandlingens analysedel av utl. §§ 38 og 53 (1) b, der det er relevant. Videre nevner barnekomiteen blant annet følgende momenter som relevante i en vurdering av barnets beste: Barnets identitet, bevaring av familiemiljø og opprettholdelse av relasjoner, omsorg, beskyttelse og sikkerhet for barnet, rett til utdanning og rett til helse.⁷³ Disse momentene skal forstås som veiledende, jf. wien-konvensjonen art. 31.

3.3 Sårbarhet som moment i vurderingen av barnets beste

Hva som er barnets beste skal bero på en helhetsvurdering av situasjonen for hvert enkelt barn. Forhold som alder, kjønn, etnisitet, religion, kulturell tilhørighet, familiesituasjon, behov for omsorg, beskyttelse og sikkerhet og sårbarhet, får betydning i vurderingen.⁷⁴ Hvor sårbart barnet er blir et viktig element i vurderingen.

«Et barns beste i en spesifikk sårbarhetssituasjon vil ikke være det samme som alle barn i samme sårbare situasjon. Myndigheter og beslutningstakere må ta hensyn til de forskjellige typene og gradene av sårbarhet hos hvert barn, ettersom hvert barn er unikt og hver situasjon må vurderes i henhold til barnets egenart», jf. GC nr. 14 (2013) avsnitt 76.⁷⁵

3.4 Oppsummering

Retten til at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger og avgjørelser som berører barn er en grunnpilar i hele barneretten både nasjonalt og internasjonalt.⁷⁶ Barnets beste etter barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 er altså en rettighet som alltid skal vurderes, ikke bare være ett av flere hensyn. I avveiningen av andre hensyn skal barnets beste ha stor vekt. Ved anvendelse av et såpass vidt begrep er det likevel risiko for at prinsippet tolkes ulikt. Barnets rett til likebehandling, forutsigbarhet og rettssikkerhet vil kunne svekkes.⁷⁷ Det presiseres at konvensjonen i seg selv danner grunnlag for en bredere forståelse av barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 og må sees i lys av konvensjonens øvrige prinsipper, jf. wien-konvensjonen. art. 31–33.

⁷³ CRC/C/GC/14 avsnitt 50–79.

⁷⁴ CRC/C/GC/14 avsnitt 1.

⁷⁵ CRC/C/GC/14 avsnitt 76 (oversatt her).

⁷⁶ Haugli (2020) s.55.

⁷⁷ Haugli (2020) s.60.

4 Lengeværende og voldsutsatte barns mulighet til opphold

4.1 Innledende bemerkninger

For å kunne vurdere hvordan og i hvilken grad utl. §§ 38 og 53 (1) b ivaretar hensynet til barnets beste etter barnekonvensjonen art. 3 nr. 1, er det nødvendig med en fremstilling av begge paragrafene. I det følgende vil jeg redegjøre for lengeværende barns mulighet til oppholdstillatelse etter vilkårene i § 38 og utfordringer med bestemmelsen i punkt 4.3.2 og 4.3.3. Videre vil jeg behandle § 53 (1) b med et særlig fokus på barnets rettsstilling etter bestemmelsen. Underveis vil jeg belyse hvordan hensynet til barnets beste får gjennomslag i lovteksten og tilhørende forarbeider og forskrift. Jeg vil også belyse terskelen for at lengeværende barn kan å få opphold etter utl. § 38 og terskelen for at barn anses som mishandlet etter utl. § 53 (1) b. Til slutt vil jeg se på utfordringer knyttet til UDIs rundskriv.⁷⁸

4.2 Opphold på humanitært grunnlag

4.2.1 Utlendingsloven § 38 første ledd

Utlendingsloven § 38 første ledd lyder som følger:

Det kan gis oppholdstillatelse selv om de øvrige vilkårene i loven ikke er oppfylt dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller utlendingen har særlig tilknytning til riket.

Ordlyden fremstår som sterkt skjønnspreget og vag. Bestemmelsens annet ledd gir likevel noen retningslinjer for avgjørelsen av om sterke menneskelige hensyn foreligger: Om søkeren er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg, helse, sosiale eller humanitære forhold ved retur eller om barnet er offer for menneskehandel, jf. § 38 annet ledd bokstav a til d. Paragrafen åpner opp for å innvilge utlendinger oppholdstillatelse selv om grunnlaget for den tidligere oppholdstillatelsen har bortfalt eller vilkår i søknad om oppholdstillatelse ikke oppfylles. I slike tilfeller vil utlendingsmyndighetene alltid vurdere bestemmelsen, også i tilfeller der det gis avslag på søknad etter § 53 (1) b. Det kan ikke søkes om opphold etter § 38. I alle saker etter § 38 skal det gjøres en individuell vurdering der det avgjørende er hvilke forutsetninger søkeren har ved retur til hjemlandet, jf. utf. § 8-1. Forarbeidene poengterer at det må foretas

⁷⁸ UDI 2010-009

en helhetlig og sammensatt vurdering av alle relevante omstendigheter.⁷⁹ Bestemmelsen står sentralt i saker der humanitære hensyn eller tilknytning til riket dominerer.⁸⁰

4.2.2 Lengeværende barn og barnets beste etter utl. § 38

Utl. § 38 tredje ledd lyder:

I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Barn kan gis oppholdstillatelse etter første ledd selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen.

Barnets beste skal være «et grunnleggende hensyn» i vurderingene av om det foreligger «sterke menneskelige hensyn» eller «særlig tilknytning til riket», jf. § 38 første til tredje ledd. Utl. § 38 (3) må sees i lys av lovens formål som er verne utlendinger som har krav på beskyttelse etter alminnelige folkerett eller internasjonale avtaler som Norge er bundet av, jf. utl. § 1 tredje ledd. I 2014 ble det bestemt ved en forskriftsendring at barns tilknytning til riket «skal» tillegges «særlig vekt» i denne vurderingen jf. utf. § 8-5. Formålet med forskriftsendringen var å gi barnets beste og oppholdstid utover 4 ½ år større vekt enn tidligere.⁸¹ Barnets alder og oppholdstid i Norge skal samlet sett være «et grunnleggende hensyn», jf. utf. § 8-5 første ledd annet punktum. Dette begrunnes med at barn som er i skolepliktig alder i større grad vil utvikle en tilknytning til Norge sammenliknet med barn som primært har tilknytning til sine foreldre.⁸²

Ifølge UDI vil barn som totalt har 4 ½ års oppholdstid med minst ett år skolegang i Norge, ha en tilknytning som i seg selv utgjør «sterke menneskelige hensyn». Utover barnets alder og oppholdstid i Norge «skal» en rekke andre momenter vektlegges, jf. utf. § 8-5 første ledd. Hva som anses som sterke menneskelige hensyn beror altså på en kombinasjon av individuelle forhold ved søkeren som alder, traumer og sårbarhet og mer generelle forhold i søkerens hjemland.⁸³ Tilknytning opparbeidet mens barnet har hatt ulovlig opphold i landet skal også vektlegges.⁸⁴ Bestemmelsens annet punkt vil behandles under punkt 4.3.4 om terskelen til opphold.

4.2.3 Innvandringsregulerende hensyn

Bestemmelsen i § 38 fjerde ledd lyder:

⁷⁹ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.304.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.155.

⁸¹ Justis- og beredskapsdepartementet, G-2014-6 Ikrafttredelse av endringer i utlendingsforskriften

⁸² Utlendingsnemnda (2016) s. 11.

⁸³ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.154.

⁸⁴ Rt. 2012 s.1985 s.134.

Ved vurderingen av om tillatelse skal gis, kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn, herunder

- a) mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag,
- b) de samfunnsmessige konsekvensene,
- c) hensynet til kontroll, og
- d) hensynet til respekten for lovens øvrige regler

Utfra en alminnelig ordlydsforståelse *kan* innvandringsregulerende hensyn vektlegges, jf. § 38 fjerde ledd bokstav a til d, selv om ett eller begge vilkårene i første ledd er oppfylt og det er foretatt en vurdering av hva barnets beste er jf. tredje ledd. Siden det *kan* legges vekt på innvandringsregulerende hensyn ved vurderingen av oppholdstillatelse, kan det hevdes at slike hensyn bør gis mindre vekt enn hensynet til barnets beste. Det sistnevnte hensyn *skal* jo være et *grunnleggende hensyn*, jf. § 38 tredje ledd jf. barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. Lovgiver har likevel valgt å synliggjøre innvandringsregulerende hensyn i ordlyden fordi det anses som et sentralt moment i vurderingen av mange enkeltsaker.⁸⁵ Departementet understreker at hensynet skal tillegges vekt der det er aktuelt.⁸⁶

Utl. § 38 (4) må sees i lys av utlendingslovens formål som er å regulere og kontrollere inn- og utreise og utlendingers opphold i riket i samsvar med norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser, jf. utl. §1 første ledd Utf. § 8-5 legger opp til at det skal foretas en vurdering av barnets beste og barnets tilknytning til Norge før det eventuelt avveies mot innvandringsregulerende hensyn. I forarbeidene poengteres det at barnekonvensjonen art. 3 ikke gir et absolutt direktiv for hvordan den enkelte sak skal avgjøres. Motstående hensyn til barnets beste, som hensynet til en kontrollert og regulert innvandring, vil kunne ha like stor eller større vekt enn hensynet til barnets beste.⁸⁷ Departementet siterer lovutvalget: «Selv om hensynet til barnets beste skulle tilsi at barnet innvilges opphold i Norge [...], er derfor ikke barnekonvensjonen i seg selv til hinder for at innvandringsregulerende hensyn likevel kan legitimere et avslag på opphold».⁸⁸

I avveiningen mellom hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn, skilles det mellom tungtveiende eller mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn jf. utf. § 8-5 fjerde og femte ledd. «Jo sterkere barnets tilknytning etter første ledd er, desto mer skal det til for å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn», jf. utf. § 8-5 sjette ledd. Et avslag skal være forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste ved avveiningen, jf. utf. § 8-5 syvende ledd. Er det ikke forsvarlig, vil det å tillegge vekt på innvandringsregulerende

⁸⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) kapittel 1 punkt. 1.5

⁸⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.154.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.160.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.160.

hensyn avgjørende vekt være en konvensjonskrenkelse.⁸⁹ I 2012 viste praksis fra UNE at det legges mer vekt på innvandringsregulerende hensyn enn det som var hensikten da regelverket ble utarbeidet. Regjeringen ønsket å klargjøre barns rett til opphold på grunn av tilknytning til Norge for å ivareta barnets beste og sikre likebehandling.⁹⁰

4.3 I hvilken grad ivaretar § 38 retten til barnets beste?

4.3.1 Implementeringen av barnets beste i § 38

Ordlyden i utl. § 38 (3) første punktum reflekterer til en viss grad barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 og Grl. § 104 annet ledd, men ordlyden i bestemmelsene er ikke identiske. Der barnekonvensjonen skriver «alle handlinger» og viser til konkrete eksempler på når retten gjelder, har § 38 en noe snevrere formulering. Selv om barnets beste er inntatt i ordlyden må forvaltningen forholde seg til barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 ved vurderingen av barns mulighet til opphold på humanitært grunnlag etter § 38 jf. barnekonvensjonen art. 2.⁹¹

Til tross for at § 38 (3) ikke er helt lik formuleringen i barnekonvensjonen, kan det at utlendingsloven har implementert deler av barnekonvensjonen. art. 3 nr. 1 tale for at retten etter barnekonvensjonen er ivaretatt i ordlyden. Det er få bestemmelser i utlendingsloven som viser til barnets beste i lovteksten. At barnets beste-prinsippet er inntatt i § 38 viser lovgivers intensjon om å ivareta og fremme viktigheten av prinsippet. På den andre siden kan det at § 38 ikke tydeliggjør at hensynet gjelder i *alle* saker og heller ikke viser til spesifikke eksempler på når retten gjelder, kan tillate en anvendelse av bestemmelsen som ikke ivaretar barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 i tilstrekkelig grad. Som nevnt forutsetter barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 at hensynet til barnets beste vurderes i alle ledd av utlendingsmyndighetenes vedtak der barn berøres. Hensynet til barnets beste har også betydning når spørsmålet om oppholdstillatelse skal avgjøres etter forvaltningens skjønn.⁹²

Barnets beste som en menneskerettighetsbestemmelse må vurderes og ikke bare vises til.⁹³ Selv om § 38 er en norsk skjønnspreget lovbestemmelse, er ikke bestemmelsen bare en særregel som utlendingsmyndighetene kan velge å ikke vurdere, da den henger tett sammen med flere internasjonale forpliktelser som Norge er bundet av. I lys av prinsippet «non

⁸⁹ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.160.

⁹⁰ St.meld. nr. 27 (2011–2012) *Barn på flukt*

⁹¹ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.158–159.

⁹² Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.422.

⁹³ CRC/C/GC/14 avsnitt 6 bokstav c.

refoulement» anses § 38 som et sikkerhetsnett i folkeretten for å unngå menneskerettighetsbrudd.⁹⁴

4.3.2 Utfordringer ved vilkåret «*særlig tilknytning til riket*» i utl. § 38 (1)

For det første utfordrer § 38 (1) oppfyllelsen av barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 ved at den forutsetter at barnet må oppfylle vilkåret «*særlig tilknytning*» når det ikke foreligger «sterke menneskelige hensyn». Hensynet til barnets beste skal alltid være en individuell vurdering, noe konkrete tidskrav kan stenge for.

Innskrenkningen norsk lovgiver har satt ved å fremsette to vilkår antas å være en form for innvandringsregulerende hensyn. Selv i tilfeller der barnets beste tilsier at et barn bør få opphold i Norge, kan tilknytningsvilkåret begrense retten til at barnets beste som et grunnleggende hensyn får gjennomslag. Det fremkommer ingen uttalelser i barnekonvensjonen eller dens tilhørende kommentarer som tilsier at et tilknytningsmoment kan trumfe barnets beste. Når bestemmelsen krever at ett av to vilkår oppfylles for at barnets beste får gjennomslag, kan det medføre at barnets beste reelt ikke blir vurdert som et *grunnleggende hensyn* i alle handlinger som berører barn.

Det kan være problematisk at bestemmelsen ikke innebærer en absolutt rett til opphold for lengeværende barn.⁹⁵ Vilket *særlig tilknytning til riket* kan innebære at barn som har tilbragt hele barndommen i Norge, likevel ikke oppfyller kravene til oppholdstillatelse. Det kan stilles spørsmål ved om vilkåret er i tråd med barnekonvensjonen art. 3 nr. 1, ettersom barnets beste skal vurderes konkret ut fra barnets unike situasjon uavhengig av oppholdstid og tilknytning. Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 gir ikke adgang til å la kriteriet *tilknytning til riket* trumfe barnets beste. Vilket «*særlig tilknytning til riket*» for å få oppholdstillatelse må derfor tolkes slik at det ikke kommer i strid med det som barnets beste i det konkrete tilfelle tilsier. En slik tolkning vil best samsvare med konvensjonens krav om barnets beste skal gjelde ved alle handlinger. Dette innebærer også utforming av bestemmelsen om vilkår for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.

For det andre er bestemmelsens skjønnsmessige preg særlig i seg selv utfordrende. Det er umulig å fastsette hva som ligger i vilkåret *særlig tilknytning til riket* ut fra en alminnelig forståelse av ordlyden. Utf. § 8-5 (1) om at barnets tilknytning skal tillegges *særlig* vekt, gir ikke klare føringer for når barn anses som sterkt nok tilknyttet til Norge for å få opphold. Det at barnets beste er skjønnsmessig og kan avveies mot andre hensyn, tilsier ikke at hensynet blir mindre *grunnleggende*. Det medfører derimot at staten får en stor skjønnsmargin til å

⁹⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.162–163.

⁹⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.166.

vekte andre hensyn opp mot barnets beste UDIs interne retningslinjer om skolegang og antall år i Norge, har lav rettskildemessig verdi da interne retningslinjer ikke anses som bindende rettskilder. Retningslinjene kan også tenkes å være misvisende i saker der barnet har kortere oppholdstid, men likevel har utviklet *særlig tilknytning* til Norge. Det er også flere saker der barn har vært langt flere år i Norge uten å få opphold, eksempelvis Mustafa Hasan. Statistikken fra utlendingsmyndighetene bekrefter dette.

Et annet spørsmål som aktualiseres her er om tilknytningskriteriet i utl. § 38 ivaretar barnets beste i tråd med barnets rett til å utvikle seg ”to the maximum extent possible” jf. barnekonvensjonen art. 6 nr. 2. Tilknytningskriteriet kan medføre at barn blir lengeværende i Norge uten at barnet anses å ha tilknytning nok. Barnet vil dermed kunne leve uten oppholdstillatelse i flere år, for så bli sendt ut av landet. Dette vil kunne bidra til at barnet ikke får mulighet til å utvikle seg fullt ut, da det stadig lever i usikkerhet for fremtiden og med begrensede rettigheter.

Barnekomiteen har tidligere uttrykt betenkelighet over at barn som har tilbragt mange år i Norge blir sendt ut av landet. Dette til tross for at staten har forsikret at barnets tilknytning skal vektlegges i saker om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. I forarbeidene påpekes det at bestemmelsen ikke pålegger statene plikt til å gi oppholdstillatelse til barn som risikerer krenkelser etter barnekonvensjonen i sitt hjemland.⁹⁶ Det vil være hjemstaten som krenker konvensjonen.⁹⁷ Dersom krenkelsen er såpass alvorlig at det strider med barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 er «det er noe annet».⁹⁸ Dette kan tolkes som at lovgiver mener konvensjonsbrudd beror på en vurdering av jurisdiksjon og hvor alvorlig bruddet er. Det reises spørsmål om hvorvidt Norge bidrar til konvensjonskrenkelse ved utsendelse av barn til et sted der barnekonvensjonen blir brutt, uavhengig av krenkelsens alvor.

Som skrevet i punkt 1.4.1 er minoritetsbarns særlige sårbarhet en viktig del av barnets beste-vurderingen. Utlendingsmyndighetene bør vurdere kontinuiteten og stabiliteten i barnets nåværende og fremtidige situasjon, spesielt når det gjelder sårbare barn.⁹⁹ Ut fra ordlyden i § 38 og tilhørende forarbeider, fremgår ikke sårbarhet som et særlig viktig vurderingsmoment. Det stilles spørsmål om hvordan dette sårbarhets-elementet får sin plass i § 38-vurderingen. Særlig når barnets beste vurderes i lys av retten til utvikling etter art. 6, synes § 38 lite tilfredsstillende. Retten tydeliggjør barns iboende rett til livet og partenes plikt til å sikre barnets overlevelse og utvikling i størst mulig grad. Rett til utdanning, sosialt miljø og frihet

⁹⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.158–150.

⁹⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.158–150.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.158–150.

⁹⁹ CRC/C/GC/14 avsnitt 14 og 84.

er forhold som henger tett sammen med retten til utvikling. Det kan være svært belastende for et barns psykiske utvikling å bli værende i Norge på ubestemt tid uten stabilitet eller viten om fremtiden.

4.3.3 Hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn

Der innvandringsregulerende hensyn er basert på politiske og samfunnsmessige hensyn, er hensynet til barnets beste som menneskerettighet individbasert. Innvandringsregulerende hensyn har ikke grunnlag i internasjonale forpliktelser, men bunner i politiske holdninger om samfunnets behov for kontroll og sikkerhet. Dersom ikke innvandringsregulerende hensyn vurderes eller vektlegges i en sak, vil ikke det innebære konvensjonsforbrytelser. Det vil heller ikke stride mot nasjonal rett, med mindre det foreligger gode grunner for å vektlegge hensynet. Hensynet til barnets beste er derimot som beskrevet i kapittel 3 en internasjonal konvensjonsforpliktelse med forankring i Grunnloven. Det er et individbasert hensyn som tar sikte på å sikre barns fundamentale rettigheter. Dersom hensynet ikke blir brukt eller vektlagt slik det skal, vil myndighetene bryte helt elementære menneskerettigheter.

Ettersom barnets beste er et grunnleggende hensyn og ikke *det* grunnleggende hensyn, har utlendingsmyndighetene adgang til å sette barnets beste til side fremfor andre tungtveiende hensyn. Som presisert i punkt 3.1 betyr uttrykket "a primary consideration" at barnets beste ikke kan vurderes på samme nivå som andre hensyn.¹⁰⁰ Der harmonisering ikke er mulig skal barnets interesser ha høy prioritet, og ikke bare være ett av flere hensyn. Det som tjener barnet best, må få større vekt.¹⁰¹ Vurderingen av hensynet til barnets beste er en menneskerettslig vurdering som skal gjelde alle barn uavhengig av botid i Norge.¹⁰² I saker som gjelder barn som er enslige mindreårige asylsøker, har barnekomiteen presisert at argumenter som ikke er basert på rettigheter, som eksempelvis vedrørende generell innvandringskontroll, ikke kan settes foran hensynet til barnets beste.¹⁰³

På en side kan det tenkes at innvandringsregulerende hensyn alltid vil være relevant på utlendingsrettens område, da ethvert vedtak om oppholdstillatelse som fattes inngår i en innvandringsregulerende kontekst. På en annen side vil hensynet ikke alltid være aktuelt å vektlegge. Etter ordlyden i § 38 fremstår ikke innvandringshensyn som et *grunnleggende* hensyn. Etter min mening kan det se ut som at barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 blir tilsidesatt i altfor stor grad i saker der innvandringsregulerende hensyn får urimelig stor betydning.

¹⁰⁰ CRC/C/GC/14 avsnitt 37.

¹⁰¹ CRC/C/GC/14 avsnitt 39.

¹⁰² CRC/C/GC/14 avsnitt 21.

¹⁰³ CRC/GC/2005/6 avsnitt 86.

Ett av formålet med innvandringsregulerende hensyn er at utfallet i én sak kan føre til andre saker må få samme utfall, som igjen kan medføre til økning i antall søknader.¹⁰⁴ Lovens forarbeider peker på at regler som utformes til gunst for barn, kan føre til at foreldre utnytter barn for å sikre seg og barnet oppholdstillatelse.¹⁰⁵ Dette synspunktet står i sterk kontrast til formålet med hensynet til barnets beste, som er å alltid ivareta interessene til barn som en sårbar samfunnsgruppe. Det at innvandringsregulerende hensyn er inntatt i § 38 (4) som et motstående hensyn, vil i praksis kunne bidra til å begrense barnets beste som et *grunnleggende hensyn* etter barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. For å oppsummere er det flere holdepunkter som tyder på at § 38 første til fjerde ledd jf. Utf. § 8-5 (1) er problematisk hva gjelder ivaretagelsen av barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 i lys av konvensjonens øvrige grunnprinsipper.

4.3.4 Terskelen for at lengeværende barn får opphold

Utl. § 38 tredje ledd annet punktum lyder:

Barn kan gis oppholdstillatelse etter første ledd selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen.

Terskelen for opphold på humanitært grunnlag påvirkes av klare politiske avveininger, og har betydning for innvandringen samlet sett. Utlendingsmyndighetene «kan» gi oppholdstillatelse til barn etter bestemmelsen i § 38 (3) selv om en voksen ikke ville fått slik tillatelse. Barnet har således ikke krav på å få opphold etter § 38, men terskelen for å få oppholdstillatelse senkes i henhold til bestemmelsen. Det at terskelen for oppholdstillatelse er satt lavere for barn enn for voksne, kan være med på å styrke hensynet til barnets beste. Terskelen er satt lavere for barn fordi barn er mer sårbare enn voksne.¹⁰⁶ Dette er i tråd med FNs generelle kommentarer som sier at enkelte barn er sårbare. At det ikke fremgår av loven hvor mye lavere terskelen for barn er, vil i praksis kunne bidra til at barnets beste etter barnekonvensjonen art. 3 nr.1 ikke får gjennomslag. Lovgiver mente bestemmelsen ikke burde formes slik at den ble rettslig forpliktende, da hensynet til en regulert og kontrollert innvandring må veies opp mot de hensyn som taler for at opphold gis.¹⁰⁷

Statistikken fra utlendingsmyndighetene som viser at få barn innvilges opphold etter § 38, angir en indikasjon på den svært høye terskelen.¹⁰⁸ Det er 134 barn som har utreiseplikt,

¹⁰⁴ St.meld. nr. 27 (2011–2012) punkt. 6.3.4.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.160.

¹⁰⁶ St.meld. nr. 27 (2011–2012) punkt. 6.3.1.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.152.

¹⁰⁸ E-post fra UNE 28.04.2021.

hvorav 45 % har oppholdt seg i Norge over fire år og 32% over fem år.¹⁰⁹ Disse barna er altså lengeværende. Det kan være mørketall og flere lengeværende barn uten opphold i Norge som ikke har fått utreiseplikt ennå. UDI kan henvise et barn med denne bakgrunnen til internflukt. Statistikken reflektere at bestemmelsen er vanskelig å anvende i praksis, noe som kan innebære at mange barn lever i en usikkerhet som kunne vært unngått med et klarere lovverk. Det er grunnlag for nærmere undersøkelse av om utl. § 38 tredje ledd annet punktum som sier at terskelen for å få opphold er lavere for barn enn for voksne, får gjennomslag i praksis, men dette ikke bli behandlet i denne avhandlingen på grunn av manglende innsyn i forvaltningspraksis.

4.3.5 Norsk høyesteretts uttalelser barnets beste

For å få et innblikk i hvordan Høyesterett tolker barnekonvensjonen art. 3 nr. 1, vil det i det følgende vises til fire dommer om lengeværende barn, hvorav de tre siste er plenumsdommer. Til slutt vil det vises til en sak om utvisning, der Høyesterett kom med klare uttalelser om barnets beste. Det presiserer at Høyesteretts uttalelser om barnets beste etter barnekonvensjonen i henhold til wien-konvensjonen art. 31-33, ikke tjener som tolkningsmomenter av betydning, med mindre uttalelsene er forenlig med andre medlemslands konvensjonspraksis. Det er likevel interessant å se hvordan Høyesterett vurderer hensynet til barnets beste.

Ashokdommen Rt. 2009 s.1261 (dissens 4-1 om gyldigheten av UNEs vedtak)

Spørsmålet i saken var om barnets beste skal være det eneste og avgjørende hensyn, og trumfe innvandringsregulerende hensyn slik at enslige mindreårige asylsøkere har rettskrav på opphold etter § 38 når det er til barnets beste jf. barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 og FNs generelle kommentarer nr. 6 2005.¹¹⁰ Høyesterett konkluderte med at barnets beste skal være et sentralt moment i vurderingen, men at innvandringsregulerende hensyn kan tas i betraktning spesielt når det er basert på et ønske om å beskytte andre barn mot å komme i samme situasjon.¹¹¹

Lengeværende barn I Rt.2012 s.1985 (dissens 14-5 om gyldigheten av UNEs vedtak)

Spørsmålet i saken var om barnets beste var forsvarlig vurdert. Førstvoterende vurderte barnets beste og avveiningen opp mot innvandringsregulerende hensyn gjennomgående ut fra norske forarbeider.¹¹² Ut fra rettens uttalelser kan det se ut til at innvandringsregulerende hensyn og barnets beste ble vurdert og vektlagt på lik linje, idet førstvoterende presiserte at «§

¹⁰⁹ E-post fra UDI 31.03.2020.

¹¹⁰ Rt. 2009 s.1261 avsnitt 26 og 34.

¹¹¹ Rt. 2009 s.1261 avsnitt 62 og 67.

¹¹² Rt. 2012 s.1985 avsnitt 110–135.

38 er et virkemiddel for å ivareta de innvandringsregulerende hensyn og våre internasjonale forpliktelser, som barnekonvensjonen artikkel 3. nr. 1». ¹¹³ Barn skal ikke straffes for foreldrenes handlinger, påpeker retten. ¹¹⁴ Retten konkluderte med at hensynet til barnets beste skal veie tungt, men at innvandringsregulerende hensyn kan være så tungtveiende at de må gå foran barnets beste. ¹¹⁵

Lengeværende barn II Rt. 2012 s.2039 (dissens 14-5 om brudd barnekonvensjonen art 3 nr.1)

Førstvoterende presiserte at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, men at innvandringsregulerende «etter omstendighetene kan få avgjørende betydning også i slike saker». ¹¹⁶ Andrevoterende, dommer Bårdsen, viste seg å være uenig i førstvoterende, og presiserer at den løsning som best tjener lengeværende barn med sterk tilknytning til riket, vanskelig kan velges bort under henvisning til sakens innvandringsregulerende hensyn. ¹¹⁷ Det at ordlyden i barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 er vag og generell og åpner opp for en avveining av motstående interesser, fratar ikke dens karakter av å være rettslig forpliktende for staten, mener dommer Bårdsen. ¹¹⁸ Dommer Bårdsen stiller også spørsmål ved hvorfor ikke barnekonvensjonens øvrige bestemmelser behandles som konvensjonsforpliktelser overfor det enkelte barn da barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 har betydning for dette. ¹¹⁹

Internflukt Rt. 2015 s.1388 (dissens 12-7 om om gyldigheten av UNEs vedtak)

Høyesterett anførte at det må påvises «spesielle forhold» for at barnets beste skal få større gjennomslagskraft enn innvandringspolitiske hensyn, dersom barnet skal få opphold til tross for kortere oppholdstid enn 4 ½ og ett år skolegang. ¹²⁰ Førstvoterende kom frem til at barnets beste var tilstrekkelig behandlet. Andrevoterende, dommer Bergsjø var derimot uenig. Dommer Bergsjø understreket at hensynet til barnets beste må tillegges vekt som et grunnleggende hensyn, der barnets interesser må identifiseres og beskrives. ¹²¹

Mariasaken Rt. 2015 s. 93 (om gyldigheten av UNEs vedtak som gjaldt utvisning)

Saken gjaldt forholdsmessighetsvurderingen mellom barnets beste og innvandringsregulerende hensyn etter utlendingsloven § 70. Med henvisning til barnekomiteens generelle kommentarer mente Høyesterett at hensynet til barnets beste skal ha

¹¹³ Rt. 2012 s.1985 avsnitt 109.

¹¹⁴ Rt. 2012 s.1985 avsnitt 113, 134 og 135.

¹¹⁵ Rt. 2012 s.1985 avsnitt 134.

¹¹⁶ Rt. 2012 s.2039 avsnitt 53.

¹¹⁷ Rt. 2012 s.2039 avsnitt 112.

¹¹⁸ Rt. 2012 s.2039 avsnitt 118.

¹¹⁹ Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 119.

¹²⁰ Rt. 2015 s.1388 avsnitt 187.

¹²¹ Rt. 2015 s.1388 avsnitt 272.

stor vekt og ikke bare være ett av flere momenter i en helhetsvurdering.¹²² «Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen».¹²³

4.4 Retten til opphold på selvstendig grunnlag etter mishandling

Utlendingsloven § 53 første ledd bokstav b lyder:

En utlending som har oppholdstillatelse etter §§ 40 eller 41, skal etter søknad gis ny oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag dersom [...]

b) samlivet er opphørt, og det er grunn til å anta at utlendingen eller eventuelle barn har blitt mishandlet i samlivsforholdet eller av andre medlemmer av samme husstand, eller av svigerfamilie»

Inngangsvilkåret for at det skal vurderes opphold etter § 53 (1) b, er at søkeren tidligere har hatt oppholdstillatelse som ektefelle/samboer etter §§ 40 eller 41 uten begrensninger.¹²⁴ Retten til selvstendig opphold vil derfor kun gi oppholdstillatelse for voksne som har kommet til Norge gjennom familiegjennforening. Videre angår bestemmelsen fire vilkår, der særlig vilkårene om at det er «grunn til å anta» og «mishandlet» vil være grunnlag for nærmere undersøkelse. Ordlydens betydning og anvendelsesområde gir grunnlag for en analyse av dens innhold særlig hva gjelder barn, og vil bli behandlet i punkt 4.5.

Som hovedregel gis det permanent oppholdstillatelse etter tre år med midlertidig tillatelse jf. utl. § 62. For et familieliv som preges av vold, vil det være umulig å oppfylle treårskravet med mindre den voldsutsatte forblir i samlivet. På bakgrunn av dette er utlendingsloven § 53 første ledd bokstav b et sikkerhetsnett for utlendinger utsatt for vold. Mishandlingsbestemmelsen er en unntaksbestemmelse som regulerer situasjoner der samlivet er opphørt på grunn av mishandling. Formålet med bestemmelsen er å gi familieinnvandrere som er ofre for vold i nære relasjoner muligheten til å forlate samlivet uten frykt for å miste oppholdstillatelsen.¹²⁵

For at søkeren skal få opphold etter § 53 (1) b må mishandling være sannsynlig, men det stilles ikke krav om sannsynlighetsovervekt.¹²⁶ Søkerens fremstilling av hva vedkommende har vært utsatt for skal legges til grunn, såfremt søkeren gir en troverdig forklaring. Det stilles i utgangspunktet ikke krav om dokumentasjon, politianmeldelse eller opphold på krisesenter

¹²² Rt. 2015 s.93 avsnitt 65.

¹²³ Rt. 2015 s.93 avsnitt 65.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.235.

¹²⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.229.

¹²⁶ UDI 2010–009 punkt. 2.2.1.

som beviser mishandlingen.¹²⁷ Departementet påpeker i at «terskelen må settes svært lavt» for å unngå usikkerhet rundt utfallet av søknaden.¹²⁸ Videre kreves det ikke årsakssammenheng mellom samlivsbruddet og mishandlingen.¹²⁹ Departementet understreker at bestemmelsen gir rettskrav om opphold med såfremt vilkårene er oppfylt.¹³⁰

Hva som anses som mishandling beror på en helhetsvurdering der alle relevante forhold tas i betraktning.¹³¹ Hovedvilkåret er at hendelsene har ført til *reduisert livskvalitet* for den utsatte.¹³² I praksis stilles det imidlertid ikke krav om en *varig* reduksjon av livskvaliteten.¹³³ Alvorlighetsgraden, omstendighetene, om det er et handlingsmønster eller et engangstilfelle, er momenter ved vurderingen av om det foreligger mishandling i lovens forstand.¹³⁴ Mishandling omfatter fysisk, psykisk, materiell og økonomisk vold.¹³⁵

4.5 I hvilken grad ivaretar § 53 (1) b retten til barnets beste?

4.5.1 Mishandlingsbestemmelsen ivaretagelse av barnets beste

Hva som ligger i at «utlendingen eller eventuelle barn har blitt mishandlet», jf. § 53 (1) b, er ikke klart. Ut fra en alminnelig språklig forståelse er det uklart om barnet i det hele tatt kan få opphold etter bestemmelsen, men det ser ut til at inngangsvilkåret hindrer barn i å få opphold etter § 53 (1) b. Usikkerheten dreier seg om barnet selv må ha vært utsatt for mishandling for at barnets forelder får opphold på selvstendig grunnlag, eller om barnet kun vil få oppholdstillatelse dersom forelderen får opphold etter § 53 (1). Videre er det ikke klart når barnet anses som mishandlet, om det stilles krav til redusert livskvalitet og om sannsynlighetskravet er lavere for barn eller ikke.

Hovedproblemet med bestemmelsen er manglende regulering av barns selvstendige rett. Ordlyden er i seg selv utfordrende, om ikke umulig, å forene i samsvar med retten til at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn etter barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. Den vage og upresise formuleringen i § 53 (1) b vanskeliggjør ivaretagelse av barnets beste. Etter en ordlydstolkning av § 53 (1) b vil ikke barnets oppholdstillatelse i seg selv vurderes ut fra forhold ved barnet. Barnets situasjon kan derimot være avgjørende for om barnets forelder får

¹²⁷ Ot.prp.75 (2006–2007) s.234.

¹²⁸ Prop. 40 L (2019–2020) s.20.

¹²⁹ UDI 2010–009 punkt.2.2.

¹³⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.234.

¹³¹ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.230

¹³² UDI 2010–009 punkt. 2.2.

¹³³ Prop. 40 L (2019–2020) s.20.

¹³⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.234.

¹³⁵ UDI 2010-009 punkt 2.2.

oppholdstillatelse.¹³⁶ Barnekomiteen understreker at barns rett til å få hensynet til sitt beste vurdert og ansett som et grunnleggende hensyn bør inkluderes eksplisitt i alle relevante lover, ikke bare i de som spesifikt omhandler barn.¹³⁷ Det virker derfor problematisk at barn ikke har en selvstendig oppholdsrett etter § 53 (1) b, særlig fordi det ikke finnes noen andre lovbestemmelser i utlendingsloven som tar sikte på å verne barn utsatt for mishandling i oppholdssaker ved familiegjening. Det at barnet avhenger av forelderens situasjon og sakens omstendigheter kan kritiseres i lys av barnekonvensjonen art 3. nr. 1.

Mishandlingsbestemmelsen synes også å bryte barnekonvensjonen art. 12 om retten til å bli hørt som henger tett sammen med barnekonvensjonen art 3. nr.1.¹³⁸ Barnets rett til innflytelse og medbestemmelse gjelder “in all matters affecting the child” og er et obligatorisk trinn i handlingsprosessen.¹³⁹ Det presiseres i art. 12 nr. 2 at barnet skal ”in particular” (særlig) få anledning til å bli hørt “in any” (i enhver) juridisk og administrativ prosess “affecting the child”. Staten plikter å oppfylle art. 12 ved å blant annet forankre det i lovgivning.¹⁴⁰ Barns rett til å bli hørt har særlig relevans i voldssituasjoner.¹⁴¹ Ofte oppdages ikke mishandling mot barn fordi barn forstår det som normal praksis.¹⁴² Ved at barn ikke har en selvstendig rett etter § 53 (1), er det ikke grunnlag for å fastslå at barns rett til å bli hørt blir ivaretatt. Det at ordlyden umuliggjør en vurdering og forståelse av barns rettstilstand, innebærer indirekte en krenkelse av denne retten.

Barnets beste i mishandlingssituasjoner må også tolkes i lys av barnekonvensjonen art. 19. Etter art. 19 er den norske stat forpliktet til å treffe egnede lovgivningsmessige tiltak for å beskytte barn mot alle former for fysisk eller psykisk vold og mishandling.¹⁴³ Det kan se ut til at § 53 (1) b innebærer brudd på denne retten. Ettersom ordlyden i § 53 (1) b ikke verner om barn utsatt for mishandling i nære relasjoner spesifikt, kan barns rett til utvikling og i verste fall liv og overlevelse jf. barnekonvensjonen art. 6 også brytes. En lovtekst som ikke tar hensyn til at barnets utvikling kan hindres, vil kunne vanskeliggjøre at retten til at barnets beste vurderes som et grunnleggende hensyn. At et barn blir værende i et familiemiljø preget av vold uten mulighet til å bli hørt kan føre til alvorlige konsekvenser. Dersom forelderens ikke melder om vold mot barnet, vil barnet risikere enten å leve i vold dersom forelderens blir i

¹³⁶ Telefonsamtale med UDI 29.03.2021.

¹³⁷ CRC/C/GC/14 avsnitt 31 bokstav d.

¹³⁸ CRC/C/GC/12 avsnitt 74 og CRC/C/GC/14 avsnitt 43.

¹³⁹ CRC/C/GC/12 avsnitt 70.

¹⁴⁰ CRC/C/GC/12 avsnitt 48.

¹⁴¹ CRC/C/GC/12 avsnitt 118 og 120.

¹⁴² Sæther (2019) s.160.

¹⁴³ CRC/C/GC/13 avsnitt 17, 49.

samlivet, eller å miste sin oppholdstillatelse og måtte forlate Norge dersom forelderen forlater samlivet.

Ordlydens vage formulering, manglende regulering av barns selvstendige rett og ikke-implementering av barnets beste, kan tale for at bestemmelsen strider mot barnekonvensjonen. Det er vanskelig å se om retten til at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn er ivaretatt for denne barnegruppen i § 53 (1) b slik barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 krever, særlig i lys av at barnekonvensjonens bestemmelser må tolkes i kontekst, jf. wien-konvensjonen art. 31 nr. 1.

4.5.2 Barns mulighet til opphold etter § 53 (1) b i praksis

Etter ordlyden skilles det ikke mellom om barnet selv er utsatt for eller vitne til vold, eller om barnet *kun* tilhører en familie der det er vold i hjemmet. I forsøk på å undersøke disse nyansene, er lovens forarbeider, rettspraksis og juridisk teori grundig gjennomgått. Den eneste formuleringen i forarbeidene om denne barnegruppen, er at det som gjelder voksne «anvendes så langt det passer i forhold til mishandling av eventuelle barn».¹⁴⁴

For å komme til dybden av hva mishandlingsbestemmelsen egentlig inneholder, særlig hva gjelder barnets beste, snakket jeg med flere jurister som er spesialisert på utlendingsfeltet. Den vage formuleringen gjenspeiles i realiteten. Det viser seg å være gjennomgående at advokater og jurister hovedsakelig bistår kvinner utsatt for vold med å søke om selvstendig oppholdstillatelse etter § 53 (1) b. Ved spørsmål om hvordan barns situasjon skal vurderes var svarene noe ulike. Noen av praktikerne mente bestemmelsen kun gjaldt mishandling av barnets forelder og at barnets eventuelle mishandlingssituasjon ikke var aktuell for vurderingen. Det var derimot bred enighet om at barn i praksis vil få opphold dersom forelderen får opphold etter § 53 (1) b, noe som ikke klart kan utledes av bestemmelsens ordlyd slik den lyder i dag. Det ekspertene hadde til felles, var manglende kjennskap til og erfaring med vurdering av hensynet til barnets beste i mishandlingsbestemmelsen. Både advokatene og UDI hevdet at det hele var uproblematisk, da barnet uansett ville få opphold med sin forelder.

4.5.3 Terskelen for at barn anses som mishandlet

I lovens forarbeider¹⁴⁵ anføres det at terskelen for mishandling etter utlendingsloven § 53 (1) er lavere enn straffeloven § 282.¹⁴⁶ Som forklart i punkt 4.4 krever rundskrivet at

¹⁴⁴ UDI 2010-009 punkt. 2.2.

¹⁴⁵ Prop. 40 L (2019–2020) s.19.

¹⁴⁶ Lov om straff 20. mai 2005 nr.28

mishandlingen skal ha ført til redusert livskvalitet.¹⁴⁷ Det kan stilles spørsmål om hva dette kravet egentlig innebærer, og hvordan en slik vurdering skal foretas når gjelder barn. Spørsmålet videre er om samme krav stilles til barn, og hvordan mishandling mot barn i nære relasjoner vurderes i søknader om selvstendig oppholdstillatelse. Da dette ikke fremgår av rundskrivet, kontaktet jeg utlendingsmyndighetene for en utgreiing om hva som *egentlig* anses som mishandling mot barn i utlendingslovens forstand. I et samliv hvor det har foregått enkelte voldshendelser, vil det ifølge UDI være en *langt* lavere terskel for å innvilge opphold hvis barnet har blitt berørt av volden. Forhold som tilsier at terskelen er lavere kan være at barnet har vært vitne til vold i hjemmet eller aggressiv krangling som har skapt en frykt hos barnet, eller at barnet selv blitt utsatt for trusler eller mishandling.¹⁴⁸

UNE hevder at terskelen generelt er *noe* lavere for barn enn for voksne i praksis. Ved spørsmål om hvordan § 53 (1) vurderes i henhold til barn bemerker UNE at det begrenset med rettskilder utover selve bestemmelsen og forarbeidene. Mye er basert på forvaltningspraksis fordi bestemmelsen er såpass spesifikk for forvaltningssaker og utlendingsaker.¹⁴⁹ Barnets beste er ikke det som er vanskelig å klarlegge for UNE, men hva anses som mishandling. UNE trekker frem eksempler som at barnet kan ha vært utsatt for seksuelle overgrep av steforelder i Norge. I tvilstilfeller bruker UNE straffeloven § 282 og tilhørende dommer for å definere *mishandling* i utlendingslovens forstand.¹⁵⁰ En slik fortolkning samsvarer ikke med en riktig forståelse av mishandlingskriteriet etter § 53 (1) b, som har en bredere rekkevidde enn straffelovens bestemmelse.¹⁵¹ Dette kan tale for at barnets beste ikke blir tillagt den vekt barnekonvensjonen art. 3 krever, men i stedet blir påvirket av en norsk straffebestemmelse. Mishandling i utlendingslovens forstand sammenliknet med vold i nære relasjoner etter straffeloven egner seg til videre forskning, men vil ikke bli drøftet nærmere i denne sammenheng.

Om hverken barnet eller barnets forelder oppfyller kriteriene for mishandling, vil det være en glidende overgang til en vurdering av om vilkårene for opphold etter § 38 er oppfylt.¹⁵² Hensynet til barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 kan i denne sammenheng tilsi at mishandlingsbestemmelsen i praksis imøtekommer konvensjonens krav til å ivareta barnets beste, forutsatt at informasjonen utlendingsmyndighetene har kommet med er riktig. Sammenholdt med det lave sannsynlighetskravet og det vide mishandlingsbegrepet, styrker

¹⁴⁷ TOSLO-2006-15372.

¹⁴⁸ Telefonsamtale med UDI 29.03.2021.

¹⁴⁹ Telefonsamtale med UNE 07.04.2021.

¹⁵⁰ Telefonsamtale med UNE 07.04.2021.

¹⁵¹ Prop. 40 L (2019–2020) s.19.

¹⁵² Telefonsamtale med UDI 29.03.2021.

det antakelsen om at retten til at barnets beste som et grunnleggende hensyn ivaretas i tråd med barnekonvensjonen art. 19.

Motsetningsvis vil ikke kravet til redusert livskvalitet samsvare med retten til liv uten vold, da art. barnekonvensjonen 19 ikke har en slik forutsetning. Enkelte forhold tyder imidlertid på at terskelen for mishandling og sannsynlighetskravet ikke er like lav som ordlyden og utlendingsmyndighetene fremstilling for voksne heller. I UNEs praksisbase fremgår det at det å bli slått i ansiktet eller magen og fysisk kastet ut av rommet, ikke ble ansett som tilstrekkelig når handlingene fremsto som enkelthendelser mot en voksen.¹⁵³ Motsetningsvis har UNE lagt vekt på anførsler om mishandling der det har pågått over tid.¹⁵⁴ Praksisbasen viser at når en utlending endrer forklaring, mistes troverdigheten slik at sannsynlighetskravet ikke anses oppfylt.¹⁵⁵ I de fleste sakene der kvinnen får opphold, har krisesentre eller andre tjenester vært oppsøkt slik at mishandling er dokumentert.¹⁵⁶ Norsk skyggerapport om Istanbulkonvensjonen har også bemerket seg disse synspunktene.¹⁵⁷

Ordlyden i § 53 (1) b, informasjon fra utlendingsmyndighetene og UNEs praksisbase ser ut til å trekke i ulike retninger når det gjelder terskelen for mishandling. Uavhengig av om utlendingsmyndighetene uttalelser er riktige eller ikke, tyder bestemmelsens ordlyd, dens tilhørende forarbeid og rundskriv på at barnets beste ikke ivaretas slik det kreves etter barnekonvensjonen. Så fremt det ikke skjer en lovendring, utvikling i rettspraksis på området, eller at UDI og UNE gir innsyn og offentliggjør sin praksis, vil det være umulig å verifisere at terskelen er lavere i praksis for å anse barn som mishandlet.

4.5.4 Lovgivers frykt for misbruk av retten til opphold etter mishandling

Utlendingsmyndighetene har en veiledningsplikt etter forvaltningsloven § 11.¹⁵⁸ Sivilombudsmannen har påpekt at «[b]ehovet for veiledning vil [...] ofte kunne være større i utlendingssaker enn i andre forvaltningssaker».¹⁵⁹ Den som har vært utsatt for mishandling har et selvstendig ansvar for å få rede på retten til oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag og søke om opphold etter § 53 (1) b, idet UDI ikke påtar seg ansvaret for å informere om denne retten. Det at UDI ikke informerer utenlandske borgere om retten, kan i praksis være problematisk for å ivareta barnets beste.

¹⁵³ UNE N1860230703.

¹⁵⁴ UNE N1838020214.

¹⁵⁵ UNE N1837860214.

¹⁵⁶ UNE N1838290214.

¹⁵⁷ JURK, Krisesentersekretariatet og Oslo Sanitetsforening (2020).

¹⁵⁸ Lov om behandlingssåten i forvaltningssaker 10. februar 1967 (forvaltningsloven).

¹⁵⁹ Sivilombudsmannen 2017/2436, punkt. 1.2 og 2.2.

Et eksempel: Nyamgerel på fem år fra Mongolia får midlertidig oppholdstillatelse med sin mongolske mor opphold jf. § 42 (2). Mor har opphold med sin norske ektefelle jf. § 40. Jenta og mor blir utsatt for grov fysisk vold over tid av morens ektefelle og flytter fra ham. Volden medførte redusert livskvalitet både for Nyamgerel og moren. UDI får vite at samlivet har opphørt, og sender forhåndsvarsel om tilbakekallelse av oppholdstillatelsen. Etter seks måneder tilbakekalles tillatelsen fordi grunnlaget har bortfalt. Moren søker om arbeidstillatelse, men får avslag. UDI har ingen informasjon om retten til selvstendig oppholdstillatelse på mongolsk. I mangel på kjennskap til denne retten, sender moren barnet tilbake til Mongolia. Barnets beste blir aldri vurdert. Etter en tolkning av aktuelle kilder, hadde Nyamgerel fått opphold dersom moren oppfylte kravene jf. § 53 (1) b.

Utlendingslovens forarbeider angir at «for å omgå de alminnelige vilkårene for innvandring» må hensynet for å verne voldsutsatte balanseres mot hensynet til å motvirke misbruk av bestemmelsen.¹⁶⁰ Lovgiver er bekymret for at den lave terskelen for å få opphold gir «en klar fare for misbruk av regelverket» og mener det er «viktig å erkjenne at mishandlingsbestemmelsen har et potensial for misbruk».¹⁶¹ Videre oppfordres utlendingsmyndighetene til være nøye ved verifisering av identitet og familierelasjon for å avdekke misbruk.¹⁶² Denne holdningen er kritisert i juridisk teori.¹⁶³ Lovgivers frykt for misbruk av retten til selvstendig opphold antas å ha bakgrunn i innvandringsregulerende hensyn. Med mindre søker kommer med anførsler om mishandling, mener UDI det vil være en oppfordring søke om selvstendig opphold på feil grunnlag.¹⁶⁴ I bestemmelsens forarbeider vises til UDIs veiledningstelefon og informasjonssider oversatt til 13 språk om retten til selvstendig oppholdstillatelse etter mishandling i samlivsforholdet.¹⁶⁵ Da det antas at det snakkes omtrent 150 språk blant innvandrere i Norge, kan det tenkes at informasjonen ikke når ut til alle og særlig ikke til barn.¹⁶⁶ Det kan problematiseres at barn ikke får vite om retten etter § 53 (1) b. Det at i underkant av 100 personer fikk opphold etter § 53 (1) b i 2020 taler for at bestemmelsen er lite egnet til misbruk.¹⁶⁷ Det kan reises spørsmål om hvorfor det er større bekymring for at denne bestemmelsen skal misbrukes enn andre bestemmelser.

Dersom den voldsutsatte vet om retten og søker om oppholdstillatelse, innkaller politiet søkeren til et personlig møte jf. utl § 83. Der utarbeides en rapport om mishandlingens skade,

¹⁶⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.233.

¹⁶¹ Einarsen, rettsdatanote (146A) til § 53 (1) b.

¹⁶² Prop.68 L (2017–2018) s. 25.

¹⁶³ Einarsen, rettsdatanote (146A) til § 53 (1) b.

¹⁶⁴ Telefonsamtale med UDI 29.03.2021.

¹⁶⁵ Prop.68 L (2017–2018).

¹⁶⁶ Språkrådet (URL)

¹⁶⁷ E-post fra UDI 31.03.2020.

omfang, tids- og stedsangivelser og avdekker vedkommende søkeren har oppsøkt lege, psykolog, krisesenter eller annet tilfluktssted.¹⁶⁸ Det skal også fremgå om barn har vært utsatt for eller vitne til mishandling, der vurderingene gjøres på lik linje som med voksne.¹⁶⁹ Dette reiser spørsmål om hvilke barnefaglige vurderinger politiet foretar i denne sammenheng, om hvorfor politiet innkaller til et slikt møte og rapportens omfang, da § 53 (1) b ikke stiller dokumentasjonskrav. Fremmes det søknad jf. § 53 (1) b senere enn seks måneder etter utløp av tidligere oppholdstillatelse, kan søknaden avslås med mindre det foreligger forhold som har hindret søknaden.¹⁷⁰ Eksempelvis kan det at den tidligere ektefellen har konfiskert søkers pass, tale for å innvilge opphold likevel. Det at søkeren ikke visste om retten om fornyelse av opphold ved mishandling vil ikke anses som en legitim grunn for å ha fremmet søknad for sent.¹⁷¹ UDI mener det ikke er problematisk å ikke informere om retten til selvstendig oppholdstillatelse, da de fleste er veldig klare over at det kreves oppholdstillatelse for rett til arbeid eller rett til ytelse».¹⁷²

Det aktualiseres spørsmål om lovgivers frykt for at bestemmelsen misbrukes, henger sammen med UDIs manglende veiledningsplikt om retten til selvstendig opphold ved tilbakekallelse av oppholdstillatelse. Dersom en forelder forblir i et samliv i frykt for å miste oppholdstillatelsen sin vil en mulig konsekvens være at barnet får beskjed om å fortie om mishandlingen. UDI påstår å være opptatt av å få informasjon om hva barnet har vært utsatt for eller vitne til, men det er usikkert hvordan direktoratet tilnærmer seg denne informasjonen, da det er opp til barnets forelder å anføre mishandling. Det stilles spørsmål om UDIs manglende veiledningsplikt jf. fvl. § 11 i praksis kan føre til at barnets beste ikke ivaretas.

4.6 Utfordringer knyttet til UDIs rundskriv hva gjelder §§ 53 (1) b og 38

I forbindelse med anvendelsesgrunnlag til § 53 (1) b i tilfeller der barn er involvert, har UDI utarbeidet et eget punkt i rundskrivet, punkt 3 «Hensynet til barnet». Ut fra rundskrivet er det vanskelig å si hvordan barnets beste er forankret og hva som eventuelt skal granskes og avveies der barn er involverte i saker etter § 53 (1) b. Det at UDIs rundskriv hverken nevner barnets beste, mishandling relatert til barn eller sårbare barns posisjon som vitne til mishandling er problematisk i henhold til barnekonvensjonen art. 3 nr. 1, samt andre konvensjonsbestemmelser. Barns rett til å bli hørt jf. barnekonvensjonen art. 12 blir utfra rundskrivet heller ikke ivaretatt.

¹⁶⁸ UDI 2010–009 punkt. 2.2.2.

¹⁶⁹ UDI 2010–009 punkt. 2.2.2.

¹⁷⁰ Telefonsamtale med UDI 23.03.2021.

¹⁷¹ Telefonsamtale med UDI 23.03.2021.

¹⁷² Telefonsamtale med UDI 29.03.2021.

Det som kan trekkes ut av rundskrivet om barn, er at barnets beste er et moment for å få opphold etter § 38 når vilkårene ikke oppfylles etter § 53 (1) b.¹⁷³ Informasjonen som fremgår av rundskrivet virker tilsynelatende kun å gjelde momenter som skal vurderes i forbindelse med § 38. De sentrale vurderingstemaene vil være barnets alder, oppholdstid og tilknytning til Norge i vurderingen av § 38, ifølge rundskrivet. UDI anser barn i skolealder å ha sterkere tilknytning til Norge enn yngre barn. Om barnet er lite anses det å ha sin primærtilknytning til foreldrene.¹⁷⁴ Dette tolkes som et argument for å ikke gi opphold når barnet er lite, da barnet kan ha en svak tilknytning til Norge ifølge UDI. Barnet må ha oppholdt seg i Norge over tre år for at UDI betrakter tilknytningen som tilstrekkelig.¹⁷⁵ Dette står i kontrast til barnekomiteens uttalelser om at små barn er mer sårbare og har ekstra behov for stabilitet i livet.¹⁷⁶ Små barn er oftere ofre for mishandling og er sjeldent i stand til å komme seg unna.¹⁷⁷ Derimot gir ikke lang oppholdstid nødvendigvis rett til opphold. Barn i tenårene som har vokst opp og gått på skole i utlandet, vil også anses å ha svak tilknytning til Norge. Rundskrivet forklarer en ren tilknytningsvurdering. Ut fra dette kan det utledes at barn i noen tilfeller vil kunne falle mellom to stoler uten rett til opphold, enten ved å være for lite eller for gammelt.¹⁷⁸

Videre er det gode grunner til å stille spørsmål ved om den sterke vektleggingen av barnets alder og tilknytning i UDIs rundskriv, er i tråd med barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. Barnets beste-vurdering er en kompleks vurdering som stiller ytterligere krav utover kun en tilknytningsvurdering. Tilknytning vil kunne være en del av vurderingen, men ikke hele. Eksempelvis skal barnets sårbarhet og individuelle situasjon tas i betraktning.¹⁷⁹ Det at barnets alder skal være sentralt i vurderingen av om barnet har «særlig tilknytning til riket» er en begrensning som svekker barnekonvensjonen, som ikke stiller alder som et vurderingsmoment i en barnets beste-vurdering.

¹⁷³ UDI 2010–009 punkt. 3

¹⁷⁴ UDI 2010–009 punkt. 3.

¹⁷⁵ UDI 2010–009 punkt. 3.

¹⁷⁶ CRC/C/GC/7 avsnitt 36 bokstav a.

¹⁷⁷ CRC/C/GC/7 avsnitt 36 bokstav a.

¹⁷⁸ UDI 2010–009 punkt. 3

¹⁷⁹ CRC/C/GC/14 avsnitt 24 og 54

5 Sammenlikning av hvordan hensynet til barnets beste ivaretas i utlendingsloven §§ 38 og 53 (1) b

5.1 Innledning

I kapittel 3 redegjorde jeg for hva som ligger i hensynet til barnets beste etter barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. I kapittel 4 forklarte jeg utlendingslovens bestemmelse om retten til opphold på humanitært grunnlag med et særlig fokus på lengeværende barn. Videre tok jeg for meg innholdet i mishandlingsbestemmelsen i forsøk på å klargjøre dens betydning for retten til opphold for barn som har vært utsatt for mishandling. Underveis undersøkte jeg hvordan hensynet til barnets beste er implementert og ivaretatt i de ulike typetilfellene. Jeg viste hovedsakelig til barnekonvensjonen og dens generelle kommentarer. Nedenfor i dette kapittelet vil mine betraktninger av hva som er likheter og forskjeller mellom §§ 38 og 53 (1) b belyses. Jeg vil sammenlikne de to bestemmelsene, og foreta en kort oppsummering mot slutten. I avhandlingens siste kapittel vil jeg foreta en rettspolitisk drøftelse der jeg viser til eventuelle konsekvenser ordlyden i bestemmelsene kan føre til.

5.2 Generelt om typen bestemmelser

Lovteknisk skiller § 38 seg vesentlig fra § 53 første ledd bokstav b. Utl. § 38 er underlagt forvaltningens frie skjønn. Det innebærer at forvaltningen står fritt til å treffe de vedtak som finnes hensiktsmessig innen lovens skjønn. Rammene som følger av § 38 være en forholdsmessighetsvurdering av humanitære hensyn, herunder hensynet til barnets beste, og innvandringsregulerende hensyn, jf. utlendingsloven § 38 tredje og fjerde ledd. Utl. § 53 (1) b angår imidlertid et rettskrav om oppholdstillatelse idet bestemmelsenes vilkår er absolutte, noe som innebærer at forvaltningen plikter å innvilge et positivt vedtak.

Det må søkes om å få opphold etter § 53 (1) bokstav b for at oppholdstillatelse skal vurderes. Hensynet til barnets beste er i tråd med at bestemmelsen er absolutt, men det er likevel tvil om hva mishandlingsbegrepet *egentlig* omfatter. Uansett forutsetter retten om oppholdstillatelse ved mishandling kjennskap til bestemmelsen og vilje til å informere UDI om mishandlingen. Dette illustrerer at barn av foreldre som ikke er klar over rettigheten i praksis, ikke blir beskyttet mot mishandling slik barnekonvensjonen art. 19 krever. Barn som lever med vold i nære relasjoner vil kunne bli ufrivillig skadelidende som følge av at deres forelder ikke er klar

over denne retten til opphold. Barnets beste vil dermed ikke ivaretas med mindre familien får rede på sine rettigheter i tide.

Motsetningsvis kan man ikke søke om opphold på humanitært grunnlag etter § 38, men utlendingsmyndighetene plikter å vurdere om søkeren oppfyller kravene. Dette kan indikere at retten til barnets beste i større grad ivaretas etter § 38. Når det gjelder lengeværende barn etter § 38 jf. utf. § 8-5, stilles det krav til hva som anses som *lang nok* botid. Sett hen til statistikken, vil oppfyllelsen av botiden på 4 ½ år svært sjeldent føre til innvilgelse av oppholdstillatelse. Mangelen på en absolutt grense for når botid i Norge fører til opphold for barn, kan være problematisk. I begge tilfeller vil barn i realiteten bli preget av et liv i usikkerhet. Å ha en barndom som mangler stabilitet og en usikker fremtid, vil for mange barn være en stor belastning.

5.3 Hva skiller bestemmelsene fra hverandre?

En av forskjellene mellom bestemmelsene er at § 53 (1) b krever at man har hatt en spesifikk type oppholdstillatelse tidligere, i motsetning til § 38 som ikke har samme type krav. Det vil si at barnets beste kan svekkes i alle tilfeller der forelderen ikke innfrir inngangsvilkårene i § 53 (1) b. Mens sistnevnte bestemmelse kun er aktuell i saker der barn eller dets forelder har vært utsatt for eller vitne til mishandling i nære relasjoner, har § 38 en langt bredere rekkevidde. Omfanget til § 38 gjenspeiles i forskriften til bestemmelsen som inneholder et eget kapittel om bestemmelsen.¹⁸⁰ Paragraf 53 (1) b har derimot ingen tilknyttede forskriftsbestemmelser.

At §§ 38 og 53 (1) b er inntatt i ulike kapitler i utlendingsloven, utgjør også en forskjell. Opphold på humanitært grunnlag kan etter ordlyden antas å ha et individbasert fokus. Selv om § 38 ikke er direkte innhentet fra en internasjonal forpliktelse, har den en nær sammenheng med flere internasjonale forpliktelser i tillegg til barnekonvensjonen.¹⁸¹ Mishandlingsbestemmelsen er plassert i familieinnvandringskapittelet som i seg selv har et formål om å ivareta familiens samhold og ikke splitte familier i henhold til retten til familieliv etter EMK art. 8 nr. 2.¹⁸² Der § 53 (1) b alltid danner grunnlag for permanent opphold, har § 38 inntatt en begrensinger i femte ledd i tilfeller om identitetstvil. Dette medfører at mange barn i Norge lever i en stor usikkerhet der de stadig må søke om fornyelse av sin midlertidige oppholdstillatelse.

¹⁸⁰ Utlendingsforskriften kapittel 8.

¹⁸¹ Ot.prp nr. 75 (2006–2007) s. 162–163.

¹⁸² The European Convention on Human Rights 4th of November 1950.

5.4 Hovedforskjeller mellom hvordan bestemmelsene ivaretar barnets beste

5.4.1 Barnet som rettssubjekt

Som belyst ovenfor finnes det flere forskjeller i utformingen av rettsreglene. En av hovedforskjellene mellom de to bestemmelsene er hvordan barnets rettigheter angis. Barnet betraktes ikke som et eget rettssubjekt etter § 53 (1) bokstav b, da det kun kan gis opphold til voksne. Det er i forelderens sak at utlendingsmyndighetene I tar stilling til forhold som gjelder barnet. Om den voksne søkeren får opphold, vil barnet få oppholdstillatelse etter § 42 annet ledd. Dersom barnets forelder ikke oppfyller mishandlingskriteriene og det er grunn til å tro at barnet har blitt utsatt for mishandling eller overgrep, kan det gi foreldereren fortsatt opphold.

Barnets beste aktualiseres kun etter en vurdering av forelderens situasjon der utfallet er at mishandlingskriteriet ikke er oppfylt som et grunnleggende hensyn. I realiteten vil barnets stilling avhenge av om foreldereren får opphold etter bestemmelsen, idet barnet ikke har en selvstendig rett til opphold. Dette resulterer i at barnets beste etter barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 ikke ivaretas slik konvensjonen krever. Det må reises spørsmål om hvorfor vurderingen av barnets beste kun er aktuell der foreldereren ikke blir mishandlet i utlendingslovens forstand. Dette gir barn dårligere vern enn voksne som er utsatt for mishandling.

Etter § 38 kan både barn og voksne være rettssubjekter. Barnets oppholdstillatelse på humanitært grunnlag vurderes selvstendig og uavhengig av forelderens eventuelle oppholdstillatelse. Foreldrenes oppholdsgrunnlag, barnets omsorgsbehov fra foreldereren og deres relasjon vil være relevante momenter, men vil ikke være avgjørende for barnets oppholdstillatelse etter § 38. Formelt sett vil dette tale for at lengeværende barn har et bedre rettsvern av barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 etter § 38. Det at § 38 har implementert et eget ledd som speiler barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 er et tydelig ønske fra lovgivers side om å ivareta barnets beste.

5.4.2 Innvandringsregulerende hensyn

Den andre hovedforskjellen mellom utl. §§ 38 og 53 (1) b er hvordan er innvandringsregulerende hensyn ivaretas. Hensynet får en helt annen virkning i balanseringen opp mot barnets beste når det gjelder lengeværende barn etter § 38, enn når det gjelder barn utsatt for mishandling etter § 53 (1) b. Det er etter mishandlingsbestemmelsen ikke adgang til å vurdere innvandringsregulerende hensyn i det hele tatt. Det kan tenkes at det skjuler seg en adgang til å vektlegge innvandringsregulerende hensyn i sannsynlighetsvilkåret, ettersom bestemmelsen er såpass skjønnsmessig kombinert. Sees dette i tråd med lovgivers frykt for at bestemmelsen misbrukes, forsterkes antakelsen om at innvandringsregulerende hensyn har en

viss størrelse i § 53 (1) b. Om hensynet i praksis får betydning i tvilstilfeller gir grunnlag for videre undersøkelse, men skal på grunn av avhandlingens omfang ikke drøftes her.

5.4.3 Vurderingen av mishandling etter § 38

Barnekonvensjonen art. 19 er like aktuell for anvendelsen av § 38 som for § 53 (1) b. Et eksempel: I et oppdiktet scenario har Mustafa blitt utsatt for mishandling av sin mor, noe som har ført til at barnevernet har overtatt omsorgen for ham. Mustafa får fortsatt ikke opphold etter § 38, noe han etter all sannsynlighet ville fått om moren hans tidligere hadde hatt en oppholdstillatelse etter §§ 40 eller 41. I realiteten har Mustafa faktisk vært under barnevernets omsorg i flere år, uten at det har vært utslagsgivende for om han får opphold etter § 38. Dette tilfellet kan også være aktuelt i saker som omfatter en hel familie. Et annet eksempel: En familie på to foreldre og fire barn som søker asyl i Norge oppgir at de er fra Afghanistan. Etter fem år i landet viser det seg at familien opprinnelig er fra Pakistan. I vurderingen av § 38 kommer det frem at moren har vært voldelig mot barna over tid. Dette får ikke betydning i saken, da UDI hevder at barna har en sterkere tilknytning til Pakistan og at innvandringsregulerende hensyn trumfer barnas sårbarhet. Utlendingsmyndighetene beslutter å utvise familien og barna preges av vold hele barndommen. Det kan spørre om barna ville fått opphold etter § 42 (1) dersom deres far hadde oppfylt inngangsvilkårene til § 53 (1) b.

5.4.4 Hva sier forarbeidene?

Sårbare og traumatiserte personer som har et behov for stabile livsforhold, kan være et tungtveiende humanitært hensyn i saker om oppholdstillatelse. Dette kan tilsi at barn som har vært utsatt for eller vitne til mishandling etter § 53 (1) bokstav b bør få opphold etter § 38.¹⁸³ Barns sårbare situasjon og andre individuelle forhold som knytter seg til barnet skal i utgangspunktet alltid vurderes jf. § 38 (3) og barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. Hendelser som har påvirket barnet og gjort barnet mer sårbart kan i en helhetsvurdering være grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse etter § 38 Utlendingslovens forarbeider peker på at det i enkelte saker kan være større grunn til å legge vekt på traumatiske opplevelser hos barn enn hos voksne, da barn «*generelt*» er mer sårbare enn voksne¹⁸⁴. Forarbeidene angir ikke nærmere hvilken betydning det har at barn er mer sårbart. Det gis heller ingen retningslinjer i forarbeidene for hvordan det faktum at et barn er sårbart skal vektlegges etter skjønnsvurderingen i § 38.

Forarbeidene nevner heller ikke hvordan § 38 stiller seg for barn som har vært utsatt for vold eller mishandling. Mishandlingsvurderingen vil derimot ikke få avgjørende betydning i

¹⁸³ Øyen (2018) s.310.

¹⁸⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.160.

vurdering av § 38, da denne anses som ferdigbehandlet etter § 53 (1) b.¹⁸⁵ Ifølge UNE vil barn til en forelder som ikke får opphold etter § 53 (1) b, sjelden ha opparbeidet seg en sterk nok tilknytning til riket etter § 38, da terskelen er veldig høy. Om barnet har opparbeidet den tilknytningen som kreves etter bestemmelsen, vil barnet mest sannsynlig allerede ha fått permanent tillatelse.¹⁸⁶

5.5 Oppsummering

Sårbare barn som har vært utsatt for mishandling vil kunne få opphold kun dersom forelderen oppfyller inngangsvilkårene i § 53 (1) b. Det samme gjelder lengeværende barn som har vært utsatt for mishandling. De vil ikke kunne få avledet oppholdstillatelse etter § 53 (1) b, der forelderen ikke oppfyller inngangsvilkårene, jf. §§ 40 og 41.

Et lengeværende barn utsatt for mishandling vil kunne vurderes å oppfylle «sterke menneskelige hensyn» i § 38 første ledd, men det er usikkert om det er noe som tilsier at dette vil føre til innvilgelse av oppholdstillatelse til tross for barnets sårbarhet. Det kan stilles spørsmål ved om mishandling i utgangspunktet er et humanitært hensyn av betydning etter § 38. UDI hevder at i tilfeller der barnevernet er innblandet vil situasjonen kunne tilsi at det kan det være grunnlag for å innvilge opphold etter § 38.¹⁸⁷ Igjen vises det til eksempelet om Mustafa, som har vært under barnevernets omsorg i flere år uten at dette har blitt ansett som et sterkt nok grunnlag for å trumfe innvandringsregulerende hensyn.

Utfra en konkret tolkning av de to bestemmelsenes ordlyd, er det holdepunkter for at § 38 ivaretar retten til barnets beste etter barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 bedre enn § 53 (1) b. Praksis kan tyde på det motsatte ettersom UDI innvilget opphold til kun fem barn etter § 38 i 2019-2020. I tillegg har § 38 en sterk begrensing som ikke kan leses direkte fra § 53 (1) b. Det er fortsatt usikkert hva som skal til for at retten til barnets beste trumfer innvandringsregulerende hensyn etter § 38. Etter en grundig gjennomgang av mishandlingsbestemmelsen, er det fortsatt svært usikkert hvordan retten til barnets beste etter barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 ivaretas i § 53 (1) b.

¹⁸⁵ Telefonsamtale med UNE 07.04.2021.

¹⁸⁶ Telefonsamtale med UNE 07.04.2021.

¹⁸⁷ Telefonsamtale med UDI 29.03.2021.

6 Avsluttende betraktninger

6.1 Funnene som er gjort i denne avhandlingen

6.1.1 Mine vurderinger

Avhandlingen har belyst utfordringer ved å anvende nasjonal lovgivning i samsvar med konvensjonsforpliktelser. Å utarbeide et lovverk som fanger opp alle typetilfeller og som samtidig ivaretar folkerettslig forpliktelser vil være krevende, men dette er noe den norske stat har forpliktet seg til å gjøre.

Utlendingslovens forarbeider understreker at lovgiveren ønsker en human, solidarisk og rettssikker innvandrings- og flyktningpolitikk der det særlig tas hensyn til spesielt sårbare «i en flyktningrelatert sammenheng, som barn og personer som har vært utsatt for alvorlige overgrep».¹⁸⁸ At det er et særlig fokus på flyktninger fra lovgiverens side, kan føre til at andre sårbare barnegrupper blir noe skadelidende. Gjennomgangen viser at ivaretagelsen av barnets beste i det norske regelverket er mangelfullt. Det er rom for styrking av lovverket slik at det i tilstrekkelig grad beskytter sårbare barn i Norge uten permanent oppholdstillatelse. Som påvist ovenfor i avhandlingen er to typer sårbare barnegrupper ikke fullt ut beskyttet i henhold til kravet om ivaretagelsen av hensynet til barnets beste i barnekonvensjonen art. nr. 1.

6.1.2 Konsekvenser for disse sårbare barnegruppene

Bestemmelsene som er gjennomgått kan bidra til at barnets beste ikke får gjennomslag som et grunnleggende hensyn. Bestemmelsene er såpass vage og skjønnspregede at ordlyden vanskeliggjør dette. Utlendingsloven §§ 38 og 53 (1) b kan bidra til å svekke barns rettssikkerhet slik ordlyden er utformet i dag. Det gjelder spesielt § 53 (1) b. Er man utsatt for mishandling, dekker ikke fri rettshjelpsordningen advokatbistand til å søke om opphold på

¹⁸⁸ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s.152.

selvstendig grunnlag, selv ikke når barn er involvert. De færreste innenfor disse sårbare barnegruppene har mulighet til å overprøve saken i retten. Det at domstolene har en begrenset mulighet til å overprøve § 38, gjør ikke situasjonen enklere for denne barnegruppen. Kan det å unnlate en vurdering av barnets beste i en oppholdssak der barnet er særlig sårbart innebære konvensjonsbrudd?

6.1.3 Konsekvenser for lengeværende barn

Barn uten oppholdstillatelse i Norge vil være i en limbosituasjon. De integreres mer og mer uten at det nødvendigvis fører til en sterk nok tilknytning i lovens forstand. Gjennom avhandlingen har jeg forsøkt å vise hvordan barnets beste kan bli tilsidesatt av innvandringsregulerende hensyn. Barn rammes av foreldrenes feil. Det er et grunnleggende rettsprinsipp at barn ikke kan straffes for handlingene til foreldrene, uavhengig av hva som har skjedd i saken. Så vidt meg bekjent er utlendingsretten det eneste rettsområdet i Norge der barn bærer med seg foreldrenes synder. Undersøkelsen av utlendingsloven § 38 første til fjerde ledd, viser at sårbare barn i Norge nedprioriteres og neglisjeres til fordel for politiske hensyn.

Flere barn føler på utrygghet og utvikler psykiske problemer av å bo på asylmottak uten oppholdstillatelse. I NOAS' rapport fortalte en jente at «det gikk utover søvn og tok mye energi (...) Jeg fikk angst og depresjon fordi jeg tenkte for mye».¹⁸⁹ Etter min mening vil det være en risiko for konvensjonsbrudd når § 38 er såpass vagt utformet kombinert med at bestemmelsen inneholder flere begrensninger. Ordlyden sier riktignok at barnets beste *skal* være et grunnleggende hensyn, mens innvandringsregulerende hensyn *kan* vektlegges. Forarbeidene er imidlertid utformet slik at det kan se ut til at hensynene har samme verdi. Det er tvilsomt om dette er holdbart rettslig sett. Barnekonvensjonen art 3. nr. 1 innebærer at hensynet til barnets beste alltid er grunnleggende, i motsetning til innvandringsregulerende hensyn. Som regjeringen selv har påpekt, vil avslag på opphold og en retur som ikke er forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste, være en krenkelse av barnekonvensjonen.¹⁹⁰

Lengeværende barn uten oppholdstillatelse i Norge har ikke samme rettigheter som norske barn, som for eksempel rett til arbeid¹⁹¹ eller utstrakt helsehjelp¹⁹². Når forbudet mot diskriminering, et av barnekonvensjonens grunnprinsipper, ikke overholdes, vil det også kunne innebære brudd på barnekonvensjonen art. 3, jf. wien-konvensjonen art. 31.

¹⁸⁹ NOAS (2020) s.36.

¹⁹⁰ St.meld. nr. 27 (2011–2012) punkt. 6.3.3.

¹⁹¹ Utl. § 55.

¹⁹² 15/4608 EO ATV/HEA/bj

6.1.4 Konsekvenser for barn utsatt for mishandling

Barn som har kommet til Norge gjennom familiegjennomføring og som blir utsatt for mishandling i hjemmet er sårbare. At denne barnegruppen ikke har en selvstendig rett til opphold uavhengig av sine foreldre, kan føre til at barn blir værende i et voldelig familiehjem. Det er dokumentert at traumer som følge av mishandling har negative konsekvenser for barns utviklingsprosesser i hjernen.¹⁹³ Dersom forelderen ikke er klar over sin egen rett til opphold ved mishandling i hjemmet, vil barnet bli skadelidende av forelderens uvitenhet. Forelderen kan ha gode intensjoner, men bli værende i familierelasjonen av frykt for å måtte forlate Norge og returnere til vanskeligere forhold. Det er også utfordringer knyttet til saksprosessen. Det må for eksempel kunne stilles spørsmål om hvorfor det er politiet som innkaller søkeren til et møte. Videre er det grunn til å betvile om politiet har tilstrekkelig fagforståelse av kulturelle og barnesensitive forhold, som bør være påkrevd ved behandling av slike saker.

For mange utenlandske borgere fra en annen kultur og som ikke behersker norsk, vil det være vanskelig å vite hvilken oppholdstillatelse man skal søke på, med mindre man får informasjon. Det kan etter dette antas at mange voldsutsatte vil søke på andre oppholdstillatelser der vilkårene ikke oppfylles. Som nevnt innledningsvis har det vært et økende fokus på å forebygge vold den siste tiden.¹⁹⁴ Det stilles spørsmål til om det er behov for økt innsats av å beskytte barn uten permanent oppholdstillatelse mot vold.

Videre er det utfordringer knyttet til ulike kulturers oppfatning av mishandling og saksprosessen rundt søknaden. Det er ikke inntatt noe om forskjellige kulturforståelser av vold og mishandling i forarbeidene til § 53 (1) b, slik det for eksempel er i delene om oppholdstillatelse for ektefeller og tvangsekteskap.¹⁹⁵ Mange utenlandske kvinner er redde for å snakke med politiet og forteller ikke sannheten eller hele historien i ren frykt for systemet, særlig hvis deres barn har blitt mishandlet.¹⁹⁶ Andre er uvitende om at vold i nære relasjoner ikke er lov i Norge. Særlig utenlandske kvinner uten nettverk i Norge har høy toleranse for vold og forblir ofte i et voldelig forhold. Det kreves kunnskap for å forstå mennesker fra en annen kultur.¹⁹⁷ I Pakistan for eksempel vil ikke det å ha blitt mishandlet av mannen sin være grunnlag for skilsmisse.¹⁹⁸ Mange utenlandske voldsutsatte har en annen oppfatning av vold og mishandling enn det som er vanlig i Norge, og vil derfor ikke betegne handlingene som

¹⁹³ CRC/C/GC/7 avsnitt 35.

¹⁹⁴ Se Prop. nr. 12 S Opptrappingsplan mot vold og overgrep (2017–2021).

¹⁹⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) punkt 9.6.2 og 9.6.3.

¹⁹⁶ Telefonsamtale med Kristin Berntsen, seksjonsleder Oslo krisesenter 05.04.2021.

¹⁹⁷ Fjelltun (2019) s. 69.

¹⁹⁸ Oslo krisesenter Årsrapport 2020 s. 22, 23, 29.

mishandling. I mange kulturer er det et stigma rundt vold i nære familierelasjoner og det anses ofte som uakseptabelt å forlate sin ektemann på grunn av slike forhold.¹⁹⁹ Blir foreldre værende i voldelige forhold, vil det dessuten kunne gå utover berørte barn.

Funnene som er gjort i avhandlingen viser at rundskrivet får stor praktisk betydning, da ordlyden i § 53 (1) er uklar og øvrige rettskilder er mangelfulle.²⁰⁰ Så lenge lovteksten forblir slik den er i dag og det ikke skjer en utvikling i rettspraksis, vil forvaltningen utvikle og ha svært stor innflytelse over hvordan regelverket skal brukes. Det er behov for en implementering av barnets beste i rundskrivet, retningslinjer om terskelen for når barn anses som mishandlet og hvilke barnesensitive vurderinger som skal gjøres der barnet berøres av vold i hjemmet. UDI oppgir at et nytt rundskriv som vi gi nærmere føringer for behandling av saker der barn er berørt av en mishandlingssituasjon.²⁰¹ Det at utlendingsmyndighetene ser det som nødvendig å forbedre dagens rundskriv, kan tolkes som bekreftende for funnene som er gjort i denne analysen hva gjelder § 53 (1) b.

6.2 Manglende statistikk

Utlendingsmyndighetene mangler statistikk når det gjelder barn utsatt for mishandling etter utlendingsloven. Den statistikken som finnes, er ikke offentliggjort og vanskelig å få innsyn i. Dette kombinert med lite rettspraksis, fører til at det er utfordrende å kontrollere forvaltningens praksis. Det kan stilles spørsmål om det også er høye mørketall hva gjelder barn utsatt for mishandling med en forelder som blir værende i forholdet i frykt for å miste sin oppholdstillatelse. UNE mener de har svært få saker som gjelder denne barnegruppen.²⁰² Politiet registrerer ikke opplysninger om oppholdstillatelse i anmeldelser om vold i nære relasjoner.²⁰³ Bufdir oppgir at 832 barn med innvandrerbakgrunn oppholdt seg på krisesenter i 2019,²⁰⁴ men registrerer ikke oppholdstillatelse ved sentrene.²⁰⁵ Å vite hvor mange barn som får opphold etter at barnets forelder har fått opphold jf. § 53 (1) b, vil være verdifullt. Det kan stilles spørsmål om det også er høye mørketall når det gjelder barn utsatt for mishandling med en forelder som blir værende i forholdet i frykt for å miste sin oppholdstillatelse. Det finnes heller ikke en konkret oversikt over hvor mange lengeværende barn som får opphold etter § 38. Jeg har ikke lyktes med å innhente informasjon om hvor mange barn som befinner seg i Norge uten oppholdstillatelse

¹⁹⁹ Telefonsamtale med Oslo krisesenter 16.03.2021.

²⁰⁰ UDI 2010-009.

²⁰¹ Jeg har ikke fått innsyn i rundskrivet da det ikke er offentliggjort.

²⁰² Telefonsamtale med UNE 07.04.2021.

²⁰³ E-post fra Politidirektoratet 29.04.2021.

²⁰⁴ Bufdir 20.06.2020

²⁰⁵ E-post fra Bufdir 14.04.2021.

6.3 Hvordan kan barnets beste ivaretas i større grad?

6.3.1 Forslag til løsninger vedrørende § 53 første ledd bokstav b

Som påvist ovenfor er det behov for en klarere bestemmelse som i større grad beskytter barn og barnets beste. Innholdet i utl. § 53 første ledd bokstav b bør endres slik at også barn som har vært utsatt for mishandling kan få et selvstendig oppholdsgrunnlag. Barnets beste bør spesifikt inntas som et hensyn som skal vurderes i bestemmelsens ordlyd. Alternativet vil være å utarbeide en egen lovbestemmelse som kun verner om denne barnegruppen.²⁰⁶

6.3.2 Forslag til løsninger vedrørende § 38

Når det gjelder utl. § 38, kan det tenkes at det å utarbeide en absolutt grense for når barnets beste vil overvinne innvandringsregulerende hensyn, i større grad vil kunne sikte ivaretagelsen av kravet i barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. En annen idé kan være å utarbeide en ny bestemmelse som krever at barnets beste gir en rett til opphold uten at andre vilkår kreves oppfylt. Ved utformingen av disse alternativene må det tas hensyn til at det ikke alltid vil være slik at barnets beste tilsier oppholdstillatelse i Norge. Alternativt kan § 38 (4) om innvandringsregulerende hensyn omformuleres eller fjernes fra ordlyden for å tydeliggjøre at det er et moment med en annen vekt enn barnets beste. På bakgrunn av at barn er sårbare og har et ekstra beskyttelsesbehov for å utvikle seg til gode voksenpersoner, er det behov for å klargjøre hvor grensen mellom hensynene ligger i lovteksten.

En løsning på utfordringene knyttet til vilkåret «særlig tilknytning til riket», kan eventuelt være å utarbeide en lovbestemmelse som gjenspeiler barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 i større grad. Det kan for eksempel angis klart i ordlyden hva som kreves for at et barn har opparbeidet særlig tilknytning til Norge. En annen idé er å innta en setning om barns sårbarhet og behov for stabilitet i sammenheng med retten til barnets beste og «særlig tilknytning til riket». Dette vil i større grad kunne sikre barnets beste, og samtidig gi denne sårbare barnegruppen et bedre rettsvern.

6.3.3 Utlendingsmyndighetenes veiledningsplikt og opplysningsplikt

Etter min mening vil det være hensiktsmessig at UDI ved tilbakekallelse informerer eksplisitt om retten til opphold etter § 53 (1) b. Som et minstekrav til utlendingsforvaltningen, bør UDI informere om retten til selvstendig oppholdstillatelse til utlendinger og til instanser som er i kontakt med innvandrere og deres barn.²⁰⁷ Slik vil instansene kunne være med på å forebygge at utenlandske barn blir boende i voldelige hjem og bidra til at barnets beste jf. barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 ivaretas i større grad.

²⁰⁶ I telefonsamtale 07.04.2021 viste UNE seg å være positiv til å spesifisere barns rett etter § 53 (1).

²⁰⁷ For eksempel barnevernet, skoler, helseinstitusjoner og NAV.

6.3.4 Ratifisere tilleggsprotokoll

Både lovgiver, forvaltningen og domstolene anser barnets beste som ett av flere hensyn preget av politiske verdier. Det er behov for et spesialisert håndhevelsesorgan med kompetanse til å kontrollere dagens lovverk og rettspraksis på barnerettens område. Dersom Norge ratifiserte tilleggsprotokollen som gir barn klageadgang, kan det tenkes at barns rettssituasjon ville stått litt bedre.²⁰⁸ Det er på høy tid at Norge aksepterer hensynet som en sentral menneskerettighet som slår gjennom politiske utfordringer.

6.4 Tilbake til Mustafa og Carlos

6.4.1 Carlos

Etter at Carlos og moren fikk avslag på morens søknad om selvstendig opphold, bodde de tre år i skjul i Norge uten rettigheter. Carlos slet med å få tillit til personer, og han klarte ikke å utvikle nye relasjoner. Han var sterkt preget av årene der han var vitne til at moren ble behandlet dårlig. Om det var opp til han, ville han ha fortalt sannheten om det han selv ble utsatt for til både politiet og barnevernet, spesielt hvis han visste at det kunne føre til at han og moren fikk oppholdstillatelse. Mor søkte flere ganger om arbeid- og studietillatelse, men fikk avslag hver gang. Ved en tilfeldighet fikk hun vite om retten til selvstendig oppholdstillatelse etter mishandling i utl. § 53 (1) b, og søkte straks hun hørte om den. Skuffelsen var stor da hun fikk avslag, UDI hevdet hun var for sent ute. Til slutt flyttet moren og Carlos tilbake til Colombia. I løpet av årene i Norge hadde Carlos mistet alle vennene sine der. Moren slet med å få jobb etter å ha vært ute av landet i mange år. Livet i Colombia ble vanskeligere enn de noensinne hadde forestilt seg, og moren angret mye på at hun ble sammen med den norske ekssamboeren. Hadde hun bare visst at både hun og Carlos hadde hatt rett til oppholdstillatelse tidligere, ville livet sett annerledes ut.

6.4.2 Mustafa

Mustafa har i over 13 år vært et lengeværende barn uten oppholdstillatelse. Han har ikke like rettigheter som sine norske venner på samme alder. Ved å ikke ha oppholdstillatelse har Mustafa begrensende helserettigheter, som rett til arbeid og utstrakt helsehjelp. Når alle vennene hans skal på fotballcup til Danmark, må Mustafa bli hjemme fordi han ikke har pass. Gjennom oppveksten har han fokusert på å lære seg norsk, integrere seg, stå på ski og passe inn. Samtidig har han følt på annerledeshet og utenforskap hele livet. Det er svært belastende å leve i usikkerhet for fremtiden med redsel for å miste alt han har opparbeidet seg i Norge. Mustafa lever i en konstant frykt for å bli sendt tilbake til et land han ikke kjenner. I stedet for å leve som en normal ungdom som fokuserer på skole, venner og russtid, tenker han hver dag på at han kan bli kastet ut av Norge straks han er ferdig på videregående skole. Han føler

²⁰⁸ OP3CRC.

seg ønsket av alle som står han nær, men samtidig uønsket av den norske stat. Over tid kan dette medføre psykiske problemer. Mustafa har ikke hatt samme rettigheter som andre norske barn og ungdommer. Han er uskyldig i sin sak, og har ikke gjort noe som taler imot hans opphold på grunn av innvandringsregulerende hensyn. Likevel blir han ufrivillig skadelidende ved å arve morens synd og må bære konsekvensene av sin mors handlinger.

I dette tilfelle, som i noen andre saker, ser det ut til at utlendingsmyndighetene praktiserer retten til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn på lik linje med hensynet til innvandringsregulerende hensyn. Saken til Mustafa tydeliggjør at innvandringsregulerende hensyn kan få utslagsgivende virkning i praksis og at barnets beste ikke alltid ivaretas.²⁰⁹ Den 14. juni 2021 vil Oslo tingsrett avgjøre om retten til barnets beste og Mustafas tilknytning til riket overvinnes de innvandringsregulerende hensynene.

6.4.3 Avslutning

Barnekonvensjonen har bidratt til å sette barns rettigheter på dagsorden ved å uttrykke en felles standard og et minstekrav over hvilke rettigheter barn har. At Norge har implementert barnekonvensjonen er et steg i riktig retning. Til tross for at Norge har fått ros fra barnekomiteen for at barnekonvensjonen art 3, 6 og 12 ble inntatt i Grunnloven § 104 etter grunnlovsreformen i 2014,²¹⁰ viser funnene i denne avhandlingen at staten i større grad må sørge for at barnekonvensjonen ivaretas i utarbeidelse av lovverk og krav til forvaltningens rutiner hva gjelder innvandrerbarn. Barnets beste jf. barnekonvensjonen art 3 nr. 1 i lys av retten til ikke-diskriminering, retten til liv, utvikling og overlevelse og retten til å bli hørt, har stort forbedringspotensiale i norsk utlendingsrett. Barn som Mustafa og Carlos har en stemme som vi må lære oss å lytte til.

²⁰⁹ Sandberg (2021).

²¹⁰ CRC/C/NOR/CO/5-6 FNs avsluttende merknader til Norges kombinert femte og sjette rapport avsnitt 3

Kildeliste

Lover og forskrifter

Lover

1814	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).
1967	Lov 10. februar 1967 nr. 10 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
1999	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).
2008	Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsloven).

Forskrifter

2009	Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften).
------	--

Forarbeider og stortingsdokumenter

Ot.prp nr. 75 (2006–2007)	<i>Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).</i>
Ot.prp. nr. 104 (2008–2009)	<i>Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.</i>
St.meld. nr. 27 (2011–2012)	<i>Barn på flukt.</i>
Meld. St. 15 (2012–2013)	<i>Forebygging og bekjempelse av vold i nære relasjoner.</i>
Meld. St nr. 39 (2015–2016)	<i>Individklageordningene til FNs konvensjoner om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, barnets rettigheter og</i>

	<i>rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.</i>
Prop. 68 L (2017–2018)	<i>Endringer i utlendingsloven mv. (utvisning på grunnlag av eksklusjon fra flyktningstatus mv.</i>
Prop. 12 S (2016–2017)	<i>Opptrappingsplan mot vold og overgrep (2017–2021).</i>
Prop. 40 L (2019–2020)	<i>Endringer i utlendingsloven (utvidet adgang til utvisning m.m.</i>

Rettsavgjørelser ved norske domstoler

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 2009 side 1261

Rt. 2010 side 858

Rt. 2012 side 1985

Rt. 2012 side 2039

Rt. 2014 side 1105

Rt. 2015 side 93

Rt. 2015 side 1388

HR-2018-2096-A

HR-2020-661-S

Avgjørelser fra lagmannsretten

LB-2016-116118-1

LB-2016-116118-2

LB-2017-74948-2

Avgjørelser fra tingretten

TOSLO-2006-15372

TOSLO-2015-159605

TOSLO-2015-201075

Forvaltningspraksis

Rundskriv

Utlendingsdirektoratet (2010)

Utlendingsdirektoratet. *UDI 2010–009*

Oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag

som følge av mishandling eller

referansepersonens død. (01.01.10. Oppdatert

22.11.2019)

- Justis- og beredskapsdepartementet (2014) <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/udi-retningslinjer/udi-2010-009/>
Rundskriv fra Justis- og beredskapsdepartementet. *Ikrafttredelse av endringer i utlendingsforskriften – varig ordning for lengeværende barn og begrunnelse i vedtak som berører barn*. 8. desember 2014. Dokument nr. G-2014-6
- Helse- og omsorgsdepartementet (2017) Lovavdelingen i Justis- og beredskapsdepartementet. Rett til rettshjelp for personer uten fast opphold i riket-forholdet til internasjonale forpliktelser. § 2-1 b. 15/4608 EO ATV/HEA/bj 10. august. 2017
<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/-2-1-b---rett-til-helsehjelp-for-personer-uten-fast-opphold-i-riket---forholdet-til-internasjonale-forpliktelser/id2565645/>
- Sivilombudsmannen (2018) Utlendingsmyndighetenes veiledningsplikt-betydning om mangelfull veiledning i asylsak for en senere søknad om familieinnvandring. 2017/2436 (24.9.2018)
- Utlendingsdirektoratet (2020) Utlendingsdirektoratet. IR.1900389. *Høring av barn*. 17.02.2020.
<https://www.une.no/kildesamling/interne-retningslinjer/ir-13/>
- UNEs praksisbase**
UNE N1860230703 Utlendingsnemnda (2017). UNEs praksisbase:
<https://www.une.no/kildesamling/praksisbase-landingsside/2017/oktober/n1860230703/>
Hentet 03.04.2021
- UNE N1838020214 Utlendingsnemnda (2017). UNEs praksisbase:
<https://www.une.no/kildesamling/praksisbase-landingsside/2017/oktober/n1838020214/>
Hentet 03.04.2021
- UNE N1837860214 Utlendingsnemnda (2017) UNEs praksisbase:
<https://www.une.no/kildesamling/praksisbase-landingsside/2017/oktober/n1837860214/>

UNE N1838290214

Hentet 03.04.2021

Utlendingsnemnda (2017) UNEs praksisbase:
<https://www.une.no/kildesamling/praksisbase-landingside/2017/januar/n1838290214/>

Hentet 03.04.2021

Kommentarer

Einarsen (2019)

Kommentar til Utlendingsloven i Rettsdata (2019). Hentet 01.05.2021

Internasjonale rettskilder

Traktater/Direktiver

VCLT

The Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna 23rd of May 1969.

EMK

The European Convention on Human Rights, 4th of November 1950.

BK

Convention on the Rights of the Child, 20th of November 1989.

Uttalelser fra FNs barnekomité

FNs barnekomité (2003)

United Nations. Convention of the rights to the child. *Thirty-fourth session 19 September-3 October 2003*. CRC/GC/2003/5 27 November 2003
<https://www.refworld.org/docid/4538834f11.html>

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment no. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*. CRC/GC/2003/5 27 November 2003
<https://www.refworld.org/docid/4538834f11.htm>

FNs barnekomité (2005)

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*, CRC/GC/2005/6 (1 September 2005)
<https://www.refworld.org/docid/42dd174b4.htm>

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 7 (2005): Implementing Child Rights in Early*

Childhood.CRC/C/GC/7/Rev.1. 20. september 2006.
<https://www.refworld.org/docid/460bc5a62.html>

FNs barnekomité (2009)

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard*. CRC/C/GC/12 (20 July 2009)
<https://www.refworld.org/docid/4ae562c52.html>

FNs barnekomité (2011)

UN Committee on the Rights of the Child (CRC). *General comment No. 13: The right of the child to freedom from all forms of violence*. CRC/C/GC/13. (18. april 2011).
https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_en.pdf

FNs barnekomité (2013)

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 13: The right of the child to freedom from all forms of violence*, 18 April 2011, CRC/C/GC/13 (18 April 2011)
<https://www.refworld.org/docid/4e6da4922.html>

FNs barnekomité 2014

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, CRC/C/GC/14. (29 May 2013)

<https://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>

UN Committee on the Rights of the Child Distr.: *General Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* Convention on the Rights of the Child Distr.: General CEDAW/C/GC/31-CRC/C/GC/18 (14. November 2014)

<https://undocs.org/CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18>

United Nations. *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure (OP3CRC)*. *Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution A/RES/66/138 of 19 December 2011 entered into force on 14 April 2014*

<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/opicrc.aspx>

FNs barnekomité (2017)

Committee on the Rights of the Child. *Joint general comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No.22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration.* CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22. (16. november 2017).

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/343/59/PDF/G1734359.pdf>

FNs barnekomité (2017)

Committee on the Rights of the Child. *Joint general recommendation No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/general comment No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on harmful practices.* (14. November 2017).

<https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/627/78/PDF/N1462778.pdf>

UN Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (CMW), *Joint General Comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration*, 16 November 2017, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22 (16 November 2017)

<https://www.refworld.org/docid/5a2f9fc34.html>

FNs barnekomité (2018)

FNs barnekomité (Committee on the Rights of the Child). *Concluding observations on the combined 5th and 6th periodic reports of Norway.*

CRC/C/NOR/CO/5-6 (1. juni 2018).

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fNOR%2fCO%2f5-6&Lang=en.

UN Convention on the Rights of the Child.

*Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Norway**.CRC/C/NOR/CO/5-6 (4. July 2018)

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/NOR/CO/5-6&Lang=En

Litteratur og artikler

- Arnesen og Stenvik (2015) Arnesen, Finn og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode – Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Bergo (2019) Bergo, Knut. «Tolkning og anvendelse av lov, forskrift og forarbeider» i *Juridisk metode og tenkemøte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget 2019.
- Bårdsen (2016) Bårdsen, Arnfinn. «*Barnekonvensjonen i Høyesteretts praksis*» Barnerettsdagen JUS, Oslo: 2016.
<https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/barnerettsdagen-2016.pdf>
- Einarssen (2013) Terje Einarssen. «Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets beste interesse være underlagt forvaltningens frie skjønn?» *Jussen Venner* Vol. 48 (2013) s. 287–319. [Sitert fra Idunn.no].
- Eriksen (2019) Eriksen, Christoffer C. «Forvaltningspraksis som rettskildefaktor» i *Juridisk metode og tenkemøte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Oslo: Universitetsforlaget 2019.
- Fjelltnun (2019) Aud-Mari Sohini Fjelltnun. «Vold mot barn i minoritetsfamilier» i *Vold mot barn*. Oddbjørg Edvardsen red., 1. utg., Oslo: Gyldendal Akademisk, 2019, s. 68-69.
- Haugli (2020) Haugli, Trude. «Hensynet til barnets beste» i *Barnekonvensjonen*. Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg (red.) 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2020.
- Muller (2017) Müller, Amrei Sophia. «En kort innføring i folkerettslig traktattolkning». *Jussens Venner*. Vol 62 (2017) s. 20-21. [Sitert fra Idunn.no].
- Martnes (2019) Martnes, Mona. *Barnets beste – Rettighetenes innhold i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning*. Tromsø:

UiT Norges arktiske universitet 2019.

- Sandberg (2020) Sandberg, Kirsten. «Barns rett til å bli hørt» i *Barnekonvensjonen*. Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg (red.) 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2020.
- Smith (2020) Smith, Lucy. «FNs konvensjon om barnets rettigheter» i *Barnekonvensjonen*. Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg (red.) 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2020
- Sæther (2019) Sæther, Wanja J. «Barn på krisesenter» i *Vold mot barn. Teoretiske, juridiske og praktiske tilnærminger*. Kate Mevik, Ole G. Lillevik, Oddbjørg Edvardsen (red) Oslo: Gyldendal Akademisk, 2019.
- Sandberg (2020) Sandberg, Kirsten. «Barns rett til å bli hørt» i *Barnekonvensjonen*. Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg (red.) 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2020.
- Øyen (2018) Øyen, Øyvind Dybvik. *Lærebok i utlendingsrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2012.

Rapporter

- Justis-og beredskapsdepartementet (2014-2017) Handlingsplan om vold i nære relasjoner. *Et liv uten vold*. <https://www.regjeringen.no/no/tema/lov-og-rett/lov-og-rett--satsing/vold-i-naere-relasjoner/handlingsplan-mot-vold-i-naere-relasjoner/id2340080/>
- Utlendingsnemnda (2016) Utlendingsnemndas rapport (2016) til Justis- og beredskapsdepartementet. *Varig ordning for lengeværende barn*.
- Bufdir (2019) Bufdir (2019). *Sårbare barn og unge*. s.6. <https://bufdir.no/globalassets/korona/koordineringsgruppen/sarbare-barn-og-unge---vedlegg-til-rapport---hovedversjon.pdf>
- JURK (2020) Norsk skyggerapport til Istanbulkonvensjonen (2020). <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/Norsk%20skygge%20rapport%20til%20Istanbulkonvensjonen%202020.pdf>

- NOAS (2020) NOAS´rapport «Med livet på vent» Erfaringer fra lengeværende barnefamilier med begrensende oppholdstillatelser» 2020. https://www.noas.no/wp-content/uploads/2020/05/NOAS_Lengeværende-barn_rapport_WEB.pdf
- Oslo Krisesenter (2020) Årsberetning (2020) http://www.oslokrisesenter.no/_rsrapporter/index.html
- Foredrag og debatter**
- Sandberg (2021) Sandberg, Kirsten. Debatt i regi av Jussbuss. «Arvesynd i utlendingsretten - Hvilke konsekvenser skal barn måtte tåle for foreldres brudd på utlendingsloven» 20.04.2021
- Utlendingsdirektoratet (2020) Utlendingsdirektoratet. «Barnets beste». *Innsikt*. [Podkast], 18.10.2020. <https://open.spotify.com/episode/4UAtRHBjqRNpPyFaQqXyNX>.
- Nettsteder**
- Humlen mfl. (2021) Arild Humlen mfl. «Slår alarm» *Dagbladet*. (11. februar 2021) <https://www.dagbladet.no/meninger/slar-alarm/73388209>
Hentet 01.05.2021.
- Utlendingsdirektoratet (2020) Utlendingsdirektoratet. «Innsyn og data». <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/informasjon-til-forskere-og-studenter/1/informasjon-til-forskere-og-studenter/>.
Hentet 04.01.2021
- Bufdir (2020) Bufdir *Statistikk og analyse* (28.06.2020). https://bufdir.no/Statistikk_og_analyse/Vold_og_overgrep_tal_1_og_statistikk/krisesentertilbudet_i_norske_kommuner/barn_pa_krisesenteret/ Hentet 01.04.2021
- Språkrådet Minoritetspråk og minoritetspråkbrukere i Norge. Av Lars Anders Kulbrandstad. https://www.sprakradet.no/Vi-og-vart/Publikasjoner/Spraaknytt/Arkivet/2003/1_2/Minoritetsspraak/?fbclid=IwAR2ccVaEWTNNeJP0KfoFY0UQCx96Qs-3ij0JJG308QMX9pqaELOyGd0d8Xk hentet 13.05.2021

