

UiO • Det juridiske fakultet

Barnets beste i vurderingen av opphold på humanitært grunnlag

- Særlig for lengeværende barn og familier i Norge

Kandidatnummer: 511

Leveringsfrist: 25.04.14

Antall ord: 17 680



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Presentasjon og bakgrunn for valg av tema	1
1.2	Problemstilling	2
1.3	Avgrensninger.....	2
1.4	Fremstillingen videre	3
1.5	Rettskildebildet	4
1.6	Organisering av utlendingsforvaltningen.....	6
2	OPPHOLDSGRUNNLAGET I UTLENDINGSLOVEN	7
2.1	Utlendingsloven § 28 jf. § 38.....	7
2.2	Samlet vurdering i to ledd.....	8
2.3	Videre krav og vilkår i utlendingsforskriften.....	9
3	PRINSIPPET OM BARNETS BESTE I BARNEKONVENSJONEN OG UTLENDINGSLOVEN	10
3.1	Tolkning av barnekonvensjonen	10
3.2	Barnekonvensjonens stilling i norsk rett.....	12
3.3	Definisjon og innholdet av prinsippet barnets beste	13
3.4	Hvilken vekt skal hensynet til barnets beste tillegges i vurderingen av opphold på humanitært grunnlag?	15
4	HENSYNET TIL BARNETS BESTE VS. INNVANDRINGSREGULERENDE HENSYN	19
4.1	Domstolenes prøvingsrett	19
4.2	"Madhi- dommen"	22
4.3	"Verona- dommen"	24
4.4	Vurdering av plenumsdommene	25
4.5	Plenumsdommenes rekkevidde.....	30
4.6	Andre avgjørelser i domstolen	31

5	BARN MED LANGVARIG OPPHOLD	33
5.1	Innledning	33
5.2	Utlendingsforskrift § 8-5.....	34
5.2.1	Bakgrunn	34
5.2.2	Tolkning av utlendingsforskriften § 8-5.....	36
5.3	Forvaltningspraksis	39
5.3.1	Innledning.....	39
5.3.2	Oppholdstid og skolegang avgjørende momenter?	40
5.3.3	Barnets alder?	47
5.3.4	Samlet vurdering av praksisen om barn med lengeværende opphold i Norge .	49
6	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	54
7	LITTERATURLISTE	55

1 Innledning

1.1 Presentasjon og bakgrunn for valg av tema

Temaet for denne avhandlingen er hensynet til barnets beste i saker om opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven av 15. mai 2008 nr. 35 (heretter utl.) § 38.

Ifølge utl. § 38 kan det gis oppholdstillatelse til en utlending, selv om lovens øvrige vilkår for oppholdstillatelse ikke er oppfylt. Dette er altså en unntaksbestemmelse, som gir rett til oppholdstillatelse dersom det foreligger "sterke menneskelige hensyn" eller "særlig tilknytning til Norge". Oppholdstillatelse på dette grunnlaget kalles også for opphold på humanitært grunnlag.

Bestemmelsen er særlig aktuell i forhold til asylsøkere som kommer til landet sammen med familie og barn, og som får avslag på søknaden om asyl. Utlendingsmyndighetene vurderer i alle saker av eget tiltak om utl. § 38 kan anvendes, dersom en søker får avslag.¹

Det er en del barn og familier som blir igjen i landet ulovlig over lengre periode, selv etter å ha fått avslag på søknaden sin. Enten fordi de ikke ønsker å returnere tilbake eller at de avventer svar fra utlendingsmyndighetene på klagen eller omgjøringsbegjæringen sin. Lang oppholdstid i Norge fører til at mange av barna får mer tilknytning til Norge enn hjemlandet deres. Barna vender seg til livet her og skaper forventninger om at dette er landet de skal bo i resten av livet. Det er som regel barna som blir rammet hardest dersom familien blir bedt om å forlate landet. De blir ofre for valg foreldrene deres tar og det utlendingsmyndighetene vedtar.

Temaet har vært ganske dagsaktuelt og Høyesterett har blant annet truffet to sentrale avgjørelser i det siste, "Madhi-dommen" og "Verona-dommen".² Disse to sakene som var til behandling i Høyesterett, omhandlet gyldigheten av utlendingsmyndighetenes vedtak om nektelse på omgjøring av avslag på opphold på humanitært grunnlag. Sakene har vekket mye engasjement og debatt i samfunnet, fordi det er spesielt vanskelig å avgjøre hvilke hensyn som skal veie

¹ Utl. § 28 femte ledd

² Rt. 2012 side 1985 og Rt. 2012 side 2039

tyngst. Det er stilt spørsmål ved om hensynet til barna og familiene, som ønsker å oppholde seg i Norge skal veie tyngst, eller hensynet til innvandringsreguleringen, respekt for loven og samfunnskontrollen? Disse sakene har vært noe av bakgrunnen for at jeg valgte temaet for avhandlingen. Jeg ønsket å finne ut av hvorfor barna ikke fikk oppholdstillatelse i Norge, til tross for at de hadde bodd hele eller store deler av livet sitt her. Etter lovens ordlyd så det ut som de kunne få oppholdstillatelse på bakgrunn av tilknytning til Norge og hensynet til barnets beste, men de fikk avslag allikevel. Hva var grunnlaget for avslaget? Derfor ville jeg finne ut nærmere om hvordan vurderingen foretas og hvor mye hensynet til barn vektlegges i ulike saker.

1.2 Problemstilling

Problemstillingen i denne avhandlingen er hvilken betydning hensynet til barnets beste har i vurderingen av opphold på humanitært grunnlag. Hva ligger i begrepet og hvordan skal dette vektlegges i enkeltsaker? Hvem er det som avgjør praksis for hvor mye hensynene skal vektlegges? Hvordan er dette i forhold til barn- og familier med lengeværende opphold i Norge? Blir de vurdert annerledes? Tas det hensyn til oppholdstiden barna og familiene har hatt i Norge?

1.3 Avgrensninger

Bestemmelsen om opphold på humanitært grunnlag³ skal som nevnt vurderes i alle saker om oppholdstillatelse av utlendingsmyndighetene. Jeg skal i denne avhandlingen kun behandle saker hvor det foreligger avslag på asyl og utlendingsmyndighetene må vurdere hvorvidt vilkårene på opphold på humanitært grunnlag foreligger. Jeg avgrenser meg eksempelvis mot familieinnvandringsaker, arbeidstillatelser og studietillatelser.

Hovedregelen for å få oppholdstillatelse på bakgrunn av beskyttelse(asyl) finnes i utl. § 28. Opphold på humanitært grunnlag er imidlertid et unntak fra det. Jeg velger å ikke gå dypt inn på hva som skal til for å få oppholdstillatelse på bakgrunn av asyl. Jeg skal kun redegjøre for

³ Utl. § 38

bestemmelsen innledningsvis. Det jeg skal konsentrere meg om i denne avhandlingen er unntaksbestemmelsen for oppholdstillatelse utl. § 38.

Jeg avgrenser meg videre til kun å behandle saker om opphold på humanitært grunnlag som gjelder barn og barnefamilier. I vurderingen av opphold på humanitært grunnlag er det etter utl. § 38 flere momenter som kan vektlegges. Jeg velger å utdype meg nærmere om hensynet til barnets beste og tilknytningen det har til Norge. Jeg går ikke nærmere inn på de andre momentene som for eksempel helseforhold, forhold i hjemlandet og retursituasjonen. Disse nevnes kun i avhandlingen som en del av helhetsvurderingen av om oppholdstillatelse skal innvilges.

Hensynet til barnets beste er også hjemlet i andre bestemmelser i utlendingsloven som i familieinnvandringsbestemmelsene §§ 49 og 42, og i utvisningsbestemmelsen utl. § 70. Disse avgrenser jeg mot. Når det gjelder utvisningssaker kan saksforholdet og situasjonen ligne litt, ettersom en stor andel av utvisningssakene omhandler asylsøkere. Vurderingen og avveiningen er imidlertid noe annerledes i utvisningssaker sammenlignet med opphold på humanitært grunnlag. I forhold til utl. § 70 vurderes det om utlendingen bør utvises av landet, mens i utl. § 38 vurderes det om utlendingen bør få oppholdstillatelse i landet. Avveiningene er altså ulike i disse sakene. Hensynet til barnets beste blir stort sett avveid mot innvandringsregulerende hensyn i utl. § 38, mens i utl. § 70 blir hensynet til barnets beste avveid mot hvor uforholdsmessig en utvisning vil være for en ut ifra forholdets alvor.

1.4 Fremstillingen videre

Avhandlingen tar først for seg hvilke krav som stilles i utlendingsloven for å få opphold på humanitært grunnlag, jf. kapittel 2. Deretter blir det gjennomgått nærmere om hensynet til barnets beste og dets betydning, tolkning og vekt i FN konvensjonen om barnets rettigheter av 20. november 1989 (heretter barnekonvensjonen) og utlendingsloven, jf. kapittel 3. Videre i kapittel 4 behandles avveiningen mellom hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn med utgangspunkt i to sentrale dommer fra Høyesterett.⁴ Til slutt behandles

⁴ Rt. 2012 side 1985 og Rt. 2012 side 2039

særtilfellet og barn med langvarig opphold i Norge og momentet "tilknytning til Norge" i kapittel 5.

1.5 Rettskildebildet

Rettskildene som er sentrale for temaet i denne avhandlingen er først og fremst utl. § 38. Bestemmelsen blir supplert med utlendingsforskriften kapittel 8 (heretter utlf.), som inneholder momenter og vilkår for oppholdstillatelse. Det bemerkes at regjeringen har etter utl. § 38 siste ledd fått myndighet til å utdype vilkårene nærmere i forskriftsform. Videre foreligger det sentrale forarbeidet på området som er relevante for temaet.⁵

Barnekonvensjonens artikkel 3 er sentral i avhandlingen, i og med at hensynet til "barnets beste" har sitt opphav fra denne konvensjonen. Det foreligger ingen folkerettslig forpliktelse for Norge å gi opphold på humanitært grunnlag. Dette er norsk bestemmelse. Andre europeiske land som Danmark, Sverige, Finland, Nederland og Storbritannia har også en lignende unntaksbestemmelse i sin lovgivning.⁶ De internasjonale menneskerettighetene og barnekonvensjonen kan imidlertid gi føringer om at humanitære hensyn skal utøves under visse omstendigheter.⁷

Jeg har ikke funnet noe spesielt i Den europeiske menneskerettighetsdomstolens (EMD) avgjørelser på området, ettersom utl. §38 er en norsk bestemmelse og det finnes ingen særlige bestemmelser i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) som hjemler opphold på humanitært grunnlag. EMK artikkel 8 "om retten til respekt for privatliv og familielev" kan være en relevant bestemmelse, men i forhold til utlendingsrett har jeg kun funnet saker som omhandler utvisning og vurderingstemaet har vært noe annet. Det bemerkes at prinsippet om barnets beste er lagt til grunn i EMD, og det kom til uttrykk lenge før barnekonvensjonen ble vedtatt.⁸ Saker fra EMD som omhandler dette er ikke tatt med på grunn av relevansen i denne avhandlingen.

⁵ NOU 2004:20, Ot.prp. nr. 75(2006-2007) og Innst.O.nr.42(2007-2008)

⁶ Ot.prp.nr.75(2006-2007) side 145-146

⁷ Ibid. side 146.

⁸ Høstmølingen (2012) side 19

Det foreligger en del relevant rettspraksis på området. Dommene viser blant annet hvor langt retten kan gå inn i utlendingsmyndighetenes vurderinger, og hva som anses som forsvarlig og tilstrekkelig avveid sak. Det er særlig to plenumsdommer fra Høyesterett som er sentrale for dette området, disse behandles nærmere i avhandlingen.⁹ Det foreligger også en del underinstansdommer, men på grunn plassmangel utdypes ikke disse nærmere, bortsett fra en dom fra tingretten som også er en kjent sak fra media.¹⁰

Forvaltningspraksis er meget viktig for dette området, særlig på grunn av forvaltningens skjønnfrihet. Dette innebærer at det er utlendingsmyndighetene som avveier og vurderer spørsmålet om oppholdstillatelse skal gis, mens domstolen har en begrenset adgang til å overprøve dette. Derfor skal det tas utgangspunkt i saker fra Utlendingsnemnda (heretter UNE) under redegjørelsen og drøftelsen av praksisen for lengeværende barn og familier i Norge. Grunnen til at jeg fokuserer på avgjørelser fra UNE og ikke utlendingsdirektoratet (heretter UDI) er at UNE er siste og øverste instans i utlendingsforvaltningen, som kan overprøve forvaltningsskjønnet. Avgjørelser fra UNE har derfor mest relevans og vekt.

Avgjørelsene publiseres i UNEs praksisdatabase. Vi finner kun korte sammendrag av sakene fordi vedtakene er underlagt taushetsplikt. Sakene kan imidlertid illustrere hvordan utlendingsmyndighetenes praksis har vært angående barn og familier med lengeværende opphold i Norge. Disse viser oss regelanvendelsen fra virkeligheten. I avhandlingen refereres sakene med referansenummer ettersom de oppgis slik i databasen.

Videre har UNE redegjort noe av sin praksis nærmere i rapporter og praksisnotater, som også er relevante for avhandlingen.¹¹ I tillegg kom den tidligere regjeringen med en Stortingsmelding (heretter St.melding)¹² etter at loven trådte i kraft. Denne viser blant annet hva gjeldende praksis og problemene er på området, samt forslag til tiltak fra regjeringen.

⁹ Rt. 2012 side 1985 og Rt. 2012 side 2039

¹⁰ TOSLO-2012-81237

¹¹ UNE rapport (2013), UNE praksisnotat (19.10.2009) og (22.09.2009).

¹² St.meld. nr. 27 (2011-2012)

1.6 Organisering av utlendingsforvaltningen

Stortinget vedtar loven og godkjenner hovedprinsippene for reguleringen av innvandringen. Loven gjennomføres og utøves av regjeringen, departementet, UNE, UDI og politiet.¹³

Ifølge utl. § 38 har "Kongen"(regjeringen), myndighet til å gi nærmere regler i forskrift. Denne myndigheten er delegert til Justis- og beredskapsdepartementet.¹⁴ Justis- og beredskapsdepartementet har en alminnelig instruksjonsadgang, men kan ikke instruere i enkeltsaker eller UNE. I saker om utenrikspolitiske eller nasjonale interesser kan det imidlertid instruere ubegrenset.¹⁵ Videre kan Justis- og beredskapsdepartementet også instruere UDI om lovtolkning og skjønnsutøvelse.¹⁶

UDI er førsteinstansen i de fleste utlendingsrettssaker, som behandler alle søknader om oppholdstillatelser og har en alminnelig rådgivning- og veiledningsplikt. UDI er klageinstansen blant annet over politiet og utenriksstasjoner.¹⁷

UNE er klageinstansen for vedtak som treffes av UDI¹⁸, og er ofte siste og avgjørende instans i utlendingrettssaker, med mindre det ikke klages videre til domstolen. UNE avgjør som et "uavhengig organ", det betyr som et politisk uavhengig og selvstendig organ.¹⁹ UNE kan kun styres gjennom lov og forskrift. Dersom UNE kommer til at et vedtak fra UDI er ugyldig, oppheves vedtaket og sendes inn for ny behandling hos UDI.²⁰

¹³ Utl. §75

¹⁴ UNE (2012)

¹⁵ Utl. § 128

¹⁶ Utl. § 76

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Utl. § 77

²⁰ Utl. § 76 siste ledd

2 Oppholdsgrunnlaget i utlendingsloven

2.1 Utlendingsloven § 28 jf. § 38

Hovedregelen for å få oppholdstillatelse på bakgrunn av beskyttelse (asyl), finner vi i utl. § 28. Det følger av bestemmelsen at en asylsøker som kommer til Norge skal få status som flyktning og oppholdstillatelse, dersom den oppfyller vilkårene i ett av alternativene, bokstav a eller b. Etter første alternativ må asylsøkeren ha en "velbegrunnet frykt" for forfølgelse på grunn av sin sosiale, politiske, nasjonale eller religiøse bakgrunn, og at hjemlandet ikke kan gi søkeren beskyttelse.²¹ Denne oppregningen er lik den universelle flyktningdefinisjonen i flyktningkonvensjonen.²² Det andre alternativet innebærer at det må foreligge en "reell fare" for asylsøkeren å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen nedverdiggende eller umenneskelig behandling, ved en retur til hjemlandet.²³

Utl. § 38 er som sagt et unntak fra denne hovedregelen. En utlending kan få oppholdstillatelse, selv om den ikke oppfyller alle vilkår for asyl. Dette kan imidlertid bare gis dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller om utlendingen har særlig tilknytning til riket. Som for eksempel kan det foreligge spesielle og tungtveiende individuelle forhold eller vanskelig humanitær retursituasjon i en sak, som tilsier at det bør være adgang til å innvilge oppholdstillatelse i Norge til tross for at man ikke oppfyller de alminnelige vilkårene for asyl. Dette er altså en subsidiær tillatelse for opphold.

Det følger av utl. § 38 jf. § 28 syvende ledd at når en utlending har fått avslag på en søknad om asyl, skal utlendingsmyndighetene av eget tiltak vurdere om det skal gis oppholdstillatelse. Denne bestemmelsen blir altså vurdert i hver eneste enkeltsak av utlendingsmyndighetene hvor det ikke gis asyl.

For å avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn følger det av utl. § 38 at det skal foretas en totalvurdering av saken. I bestemmelsen er det ramset opp flere hensyn i tillegg til tilknytning i Norge, som det kan legges vekt på i helhetsvurderingen. Momenter som det blant

²¹ Utl. § 28 a

²² Flyktningkonvensjonen artikkel 1A (2) og protokoll 31. januar 1967

²³ Utl. § 28 b

annet kan legges vekt på er tvingende helsemessige forhold, om utlendingen er enslig mindre-årig uten forsvarlig omsorg ved retur, sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen eller at utlendingen har vært offer for menneskehandel. Dette ikke en uttømmende liste, noe som også er lagt til grunn i forarbeidene.²⁴

Videre følger det av bestemmelsen at i saker som berører barn, skal barnets beste være et *grunnleggende* hensyn. Det at lovgiver uttrykkelig sier at barnets beste er et viktig hensyn taler for at dette skal veie tungt og i favør av oppholdstillatelse dersom barnets beste tilsier det. Spørsmålet som kan oppstilles er om dette hensynet er avgjørende for utfallet av en sak. Det er blant hensynet til barnets beste som er under søkelyset i den videre drøftelsen av oppgaven.

I utl. § 38 tredje ledd understrekes det at barn kan gis oppholdstillatelse etter første ledd selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen. Det betyr at terskelen er satt lavere for barn for å kunne få opphold på dette grunnlaget sammenlignet med voksne.

Det bemerkes at hensynet til barnets beste er relevant å vurdere i alle saker, både når en søker alene eller sammen med familie.

Samtidig med hensynet til barnets beste skal det også legges vekt på innvandringsregulerende hensyn, jf. 38 fjerde ledd. Dette kan være at utlendingsmyndighetene ser på hvilke konsekvenser man kan få ved å gi opphold i omfanget av søknader på lignende grunnlag. Videre kan det være de samfunnsmessige konsekvensene, hensynet til kontroll på innvandringen og hensynet til respekt for lovens regler. Disse hensynene taler ofte imot oppholdstillatelse.

2.2 Samlet vurdering i to ledd

Som vi ser foretas det en avveining av en rekke momenter i vurderingen av opphold på humanitært grunnlag. Sterke menneskelige hensyn eller tilknytning til Norge avveies

²⁴ Ot.prp. nr. 75(2006-2007) side 47

mot innvandringsregulerende hensyn. På den ene siden taler ofte sterke menneskelige hensyn eller tilknytningen til Norge for at familier og barn bør få oppholdstillatelse, særlig når de har bodd her i flere år og har etablert og integrert seg i samfunnet. Norge kan være mer trygt enn deres hjemland og ha en bedre levestandard. På den andre siden taler ofte innvandringsregulerende hensyn mot oppholdstillatelse for å ha kontroll på innvandringsstrømmen og respekt for loven. En del av familiene og barna bor her ulovlig etter endelig avslag på asylsøknaden og bryter utreiseplikten sin. En konsekvens av å gi opphold vil være at andre i samme situasjon kan også få rett til opphold på grunn av likhetsprinsippet i forvaltningsloven. Dermed kan dette medføre en økt tilstrømming av innvandrere til Norge og økte samfunnskostnader, samt flere som velger å bryte loven.

I avgjørelsen av opphold på humanitært grunnlag foretar utlendingsmyndighetene en vurdering i to ledd. Utlendingsmyndighetene ser først på om inngangsvilkårene i § 38, sterke menneskelige hensyn eller tilknytning til Norge, er oppfylt. Dersom vilkårene er oppfylt, må de videre avveie det mot motstående hensyn, innvandringsregulerende hensyn. Det er ikke gitt at dersom inngangsvilkåret er oppfylt, at man garantert får opphold. I henhold til § 38 første ledd "kan" det innvilges en tillatelse dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller en særlig tilknytning til riket.

Det er her utfordringen ligger for utlendingsmyndighetene. Skal man gi oppholdstillatelse til den enkelte eller skal man tenke på ens eget samfunn og konsekvensene av å gi opphold?

2.3 Videre krav og vilkår i utlendingsforskriften

Justis- og beredskapsdepartementet har gitt nærmere bestemmelser i utlf. kapittel 8, som utfyller utl. § 38. I det følgende skal jeg redegjøre for de relevante bestemmelser i korte trekk.

Det følger av utlf. § 8-5 at barns tilknytning til Norge skal tillegges *særlig* vekt ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn. Denne bestemmelsen kommer spesielt til anvendelse ved spørsmålet om oppholdstillatelse til barn og familier som har oppholdt over lengre tid i Norge.

I utlf. § 8-12 oppstilles det vilkår om at utlendingen må ha dokumentert identiteten sin for å kunne få oppholdstillatelse etter utl. § 38. Dette gjelder ikke dersom det er sannsynlig at den oppgitte identiteten er riktig og det er upraktisk eller sikkerhetsmessig umulig å skaffe dokumenter fra hjemlandet. Det kan imidlertid gis oppholdstillatelse for en begrenset periode, dersom vilkåret ikke er oppfylt med det første.²⁵

Utlendingen kan unntaksvis få oppholdstillatelse dersom det foreligger praktiske hindringer for retur som utlendingen ikke rår over selv, jf. utfl. § 8-7, eller hvis utlendingsmyndighetene ikke avgjør klage på søknaden om beskyttelse innen 15 måneder etter at saken har kommet inn, jf. utfl. § 8-2 annet ledd. Det heter i rapport fra UNE at disse vilkårene er sjeldent oppfylt og dermed gis det svært få tillatelser etter dette.²⁶

3 Prinsippet om barnets beste i barnekonvensjonen og utlendingsloven

Prinsippet om "barnets beste" i barnekonvensjonen, er videreført i utlendingsloven. Barnekonvensjonen ble ratifisert av Norge i 1991 og inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven i 2003.

3.1 Tolkning av barnekonvensjonen

Ved tolkning av barnekonvensjonen er det naturlig forståelse av ordene det klare utgangspunktet i norsk rett. Wienkonvensjonen artikkel 31-33 gir nærmere retningslinjer for hvordan traktater skal tolkes. Norge har ikke ratifisert denne konvensjonen, men den anses for å være folkerettslig sedvanerett og gjelder for alle selv om staten ikke har ratifisert den.²⁷

²⁵ Utl. § 38 femte ledd

²⁶ UNE rapport (2013) side 8

²⁷ Ruud (2011) side 70

Ifølge artikkel 31 skal det ved tolkning av en traktat, tas utgangspunkt i traktatens ordlyd. Dette er naturlig og rimelig, ettersom det er ordlyden partene vedtar, forhandler og vurderer ved inngåelse av en traktat.²⁸ Videre må traktaten tolkes i sammenheng med traktatens gjenstand og formål, samt at den må tolkes som en helhet.²⁹

Barnekonvensjonens artikler er vage og lite presise. De gir ofte ingen veiledning om nærmere innhold av bestemmelsen. Det eksisterer heller ingen internasjonal domstol eller individuell klageordning til konvensjonen, som kunne ha gitt oss en nærmere veiledning.³⁰ FNs komite for barnets rettigheter, også kalt barnekomiteen, har imidlertid kommet med en tredje tilleggsprotokoll til barnekonvensjonen 19. desember 2011.³¹ Denne gir barn individuell klagerett. Norge har vedtatt tilleggsprotokollen, men denne har ikke trådt i kraft ennå.

Barnekomiteen utgir generelle kommentarer, "general comments", til enkelte artikler i barnekonvensjonen om hvordan disse skal tolkes og anvendes. Videre behandler de statenes rapporter som sendes inn hvert femte år, og kommer med bekymringer og anbefalinger til den enkelte stat for hvordan de skal handle i tråd med barnekonvensjonen. Barnekomiteens kommentarer og uttalelser er ikke juridisk bindende, og det finnes ingen sanksjoner hvis anbefalingene ikke følges opp.³² Det betyr at kommentarene er kun retningsgivende og veiledende. Spørsmålet om betydningen av "generelle kommentarers" vekt har også vært oppe i Høyesterett dom inntatt i Rt.2009 side 1261. Jeg kommer tilbake til dommen senere i oppgaven. Barnekonvensjonen er derfor avhengig av at det finnes politisk vilje, ressurser og samarbeidsevne i de enkelte stater til å prioritere barnekomiteens merknader.³³

²⁸ Ruud (2011) side 88

²⁹ Wienkonvensjonen artikkel 31

³⁰ Høstmølingen (2012) side 24

³¹ Generalforsamlingsresolusjon 66/138 (2011)

³² Høstmølingen (2012) side 23

³³ Ibid. side 23.

3.2 Barnekonvensjonens stilling i norsk rett

Statene som har vedtatt barnekonvensjonen skal etter artikkel 2(1) "respektere og sikre" rettighetene i konvensjonen. Statene er forpliktet til å treffe egnede tiltak, lovgivningsmessig og administrativt, for å gjennomføre rettigheter som anerkjennes i konvensjonen og sikre at barn beskyttes.³⁴ Det særegne med barnekonvensjonen er at rettighetene er tilpasset barnas situasjon.

I Norge har man inkorporert barnekonvensjonen i menneskerettsloven som sier at denne konvensjonen gjelder som norsk lov og er bindende for Norge, jf. § 2 nr. 4. Det vil si at barnekonvensjonen er likestilt med norske lover og går foran norsk lov ved motstrid, jf. § 3. En lignende bestemmelse finner vi i utl. § 3, som sier at loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av. Barnekonvensjonen skal altså respekteres og følges også i saker som omhandler utlendingsrett.

Det foreligger ikke motstrid mellom utl. § 38 og barnekonvensjonen. Barnekonvensjonen fikk en umiddelbar virkning for utlendingsloven etter at den ble ratifisert i Norge. Den tidligere bestemmelsen i utlendingsloven av 1988 § 4 ble videreført i den nye utlendingsloven av 2008 § 3.³⁵ Ved utarbeidelsen av utlendingsloven kom utlendingslovutvalget til at det ikke var nødvendig eller hensiktsmessig med noen særskilt henvisning til barnekonvensjonen i utlendingsloven fordi denne allerede var inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven, og at utvalget hadde i tillegg valgt å videreføre den generelle inkorporasjonsbestemmelsen i utlendingsloven.³⁶ Det er mer i rettsanvendelsen og i praksisen av utl. § 38 at det dukker opp tvils- og grensetilfeller om anvendelsen er i samsvar med barnekonvensjonen, som for eksempel i saker om barn med lengeværende opphold i Norge.

Departementet har i forarbeidene behandlet barneperspektivet og foreslått særskilte bestemmelser "for å styrke og sikre barns rettsposisjon".³⁷ Lovgiveren har med andre ord gitt signal om at konvensjonen skal legges til grunn i utlendingsrettsområdet og tydeliggjort i hvilke

³⁴ Barnekonvensjonen artikkel 2(2) jf. artikkel 4

³⁵ NOU 2004:20 side 90

³⁶ NOU 2004:20 side 92

³⁷ Ot.prp. nr. 75(2006-2007) fra side 145 flg.

sammenhenger hensynet er spesielt relevant. Dette kan ha vært med på å fremme økt bevisstgjøring slik at barnets beste-prinsippet blir faktisk anvendt. Et annet spørsmål er om dette følges opp i praksis og om disse retningslinjene er klare nok på dette området.

3.3 Definisjon og innholdet av prinsippet barnets beste

Ifølge utl. § 38 skal barnets beste være et "grunnleggende hensyn" i alle saker som berør barn. Hva betyr dette? Hva er til barnets beste?

Det understrekes innledningsvis at alle barn under 18 år omfattes av begrepet "barn" i barnekonvensjonen og i norsk rett.³⁸

Barnets beste er et av de viktigste prinsipper i barnekonvensjonen. Dette prinsippet regnes nærmest som en positiv rettighet for barn.³⁹ Prinsippet innebærer at man skal ved avgjørelser som omhandler barn, først og fremst ta hensyn til det som er fordelaktig for barnet. Det fastslås i barnekonvensjonen artikkel 3(1) at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som omhandler barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer.

Prinsippet om barnets beste gjelder for alle barn i alle sammenhenger, aldre og nasjonaliteter. Derfor har ikke begrepet entydig innhold. Det kan variere over tid, kultur og fra person til person.⁴⁰ Selv om det kan se ut til at to barn fra to ulike familier er i samme situasjon for å få opphold i Norge, kan de allikevel ha ulike individuelle forhold som gjør at de ikke anses for å være i samme situasjon. Derfor er det viktig at man foretar en individuell og konkret vurdering ved anvendelsen av dette prinsippet.

Vurderingen av hva som er barnets beste i en sak kan skape vanskelige avveininger. Det er ikke alltid slik at det vil være til barnets beste å få innvilget opphold i Norge, til tross for at velferds- og sikkerhetssituasjonen kan være betydelig bedre i Norge enn i de fleste andre

³⁸ Barnekonvensjonen artikkel 1 og utl. § 40

³⁹ Høstmølingen (2012) side 19

⁴⁰ Ot.prp. nr. 75(2006-2007) side 159

land.⁴¹ Det å vokse opp i et sted hvor man har sine røtter, nettverk, tilhørighet, språk og kultur, er ofte viktigere enn å bo i et land hvor alt er fremmed og nytt.⁴² Folkehelseinstituttet kan bekrefte dette i en rapport at mange enslige mindreårige som kommer til Norge sliter med ensomhet, psykiske problemer og savn etter nær familie og venner.⁴³ Det tyder på at man må virkelig se på hva som er til det beste for barnets ut ifra barnets konkrete situasjon, uansett om levestandarden er bedre i Norge enn barnets hjemland.

Som vi ser er barnets beste et relativt og skjønnsmessig begrep. Derfor kan ikke hensynet til barnets beste reguleres uttømmende gjennom rettsregler og retningslinjer.⁴⁴ Utlendingsmyndighetene må foreta en individuell skjønnsvurdering i den enkelte barnets situasjon, både på kort og lang sikt. Hensynet til barnets beste er omfattende drøftet i forarbeidene.⁴⁵

Departementet har i forarbeidene understreket at forvaltningen må foreta en grundig vurdering av alle sider ved barnets situasjon. Alle vurderingene som kan ha betydning for saken må fremkomme tydelig av vedtaket.⁴⁶ FNs barnekomite har avgitt en generell kommentar nr. 6, som sier at avgjørelsen av hva som er til barnets beste i en sak, krever en klar og omfattende vurdering av barnets identitet, nasjonalitet, oppdragelse, etnisk kulturell og språklig bakgrunn, særlig sårbarhet og beskyttelsesbehov. Vurderingen skal foretas av kvalifiserte fagfolk som tar hensyn til alder og kjønn i vennlig og trygg atmosfære.⁴⁷ Denne kommentaren er utgitt hovedsakelig for enslige mindreårige asylsøkere, men disse nevnte uttalelsene sier generelt om hvordan utlendingsmyndighetene skal anvende prinsippet, dermed er de også relevante for barn som søker sammen med foreldrene sine.

UNE har i sitt praksisnotat fremvist hvilke forhold som blir tillagt vekt ved vurderingen av hva som er til barnets beste.⁴⁸ Det fremgår av praksisnotatet at bedre oppvekstvilkår i Norge

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

⁴³ Nasjonalt folkehelseinstitutt rapport 2009:11 (2009)

⁴⁴ St.meld. nr.27 (2011-2012) side 145

⁴⁵ Ot. prp. Nr. 75(2006-2007) side 54 og side 158

⁴⁶ Ot.prp. nr. 75(2006-2007) side 331

⁴⁷ FNs barnekomites General comment No. 6 (2005) avsnitt 20

⁴⁸ UNE praksisnotat (19.10.2009)

enn barnets hjemland ikke er å anse som et avgjørende forhold i saken. Det gjelder også former for tilbud, støtteapparat og hjelpeordninger. Helseproblemer er ifølge UNE ikke alene grunnlag for oppholdstillatelse, men i saker om alvorlige, livstruende eller akutte sykdomstilstander har det blitt gitt tillatelse for. Behandlingsmulighet i Norge og hjemlandet, foreldrenes omsorgsevne og barnets tilknytning til Norge har også vært momenter som UNE har tillagt vekt. Andre momenter som det har blitt sett hen er barnets botid, alder, skolegang, fritidsaktiviteter og språk. I praksis har UNE tillagt mer vekt på momentene alder og oppholdstid i Norge. Barn i skolepliktig alder som har gått på skole i Norge har blitt ansett for å ha sterkere tilknytning til Norge enn yngre barn som kun har vært hjemme med familien. Det gis en nærmere redegjørelse for de sistnevnte momentene og tilknytningen til Norge i kapittel 5.

Oppsummeringsvis går prinsippet om barnets beste ut på at alle avgjørelser og tiltak skal tas i favør av barnet. Det må tas en grundig vurdering av barnets situasjon. Et grunnleggende element i denne vurderingen er respekt for barnets menneskeverd og integritet.

3.4 Hvilken vekt skal hensynet til barnets beste tillegges i vurderingen av opphold på humanitært grunnlag?

Det fremgår av originalversjonen til barnekonvensjonen artikkel 3 at hensynet til barnets beste skal være «a primary consideration». Bestemmelsen angir prinsippet som forvaltningen må forholde seg til når de skal avgjøre om et barn skal få opphold eller ikke. Det innebærer blant annet at dersom man står overfor to alternative løsninger i en sak, skal barnet være en sentral del av denne vurderingen og det må foreligge sterke grunner for å fravike det alternativet som er i favør for barnet. Spørsmålet er om hensynet til barnets beste skal ha avgjørende vekt i forhold til motstående hensyn som innvandringsregulerende hensyn, eller skal dette kun være et tungtveiende moment i vurderingen?

Ut ifra ordlyden til konvensjonen skal barnets beste være et *primært* hensyn. Dette kan forstås at hensynet til barnets beste skal være det hensynet som først og fremst tillegges vekt, og kan

fravikes i spesielle unntakstilfeller. Forarbeidene til loven har sett hen til barnekonvensjonens forhistorie og forarbeider, og tolket dette videre.⁴⁹

Barnekonvensjonens forhistorie viser at begrepet "et" (på engelsk "a") ble bevisst valgt istedenfor "det" (på engelsk "the"), da barnekonvensjonen ble vedtatt i 1981.⁵⁰ Før vedtagelsen av konvensjonen ble det fremsatt et forslag fra Polen at barnets beste skulle være det viktigste eller styrende hensynet, "the paramount consideration", men under høringen og diskusjonen i menneskerettskomitéen kom det frem fra en rekke hold at forslaget var for vidt-rekkende og statene kunne ta andre høyverdige interesser til betraktning. Dermed ble "a primary consideration" valgt og vedtatt.⁵¹ Som vi ser taler ordlyden i barnekonvensjonens forarbeider for at også andre hensyn kan tillegges vekt enn hensynet til barnets beste. Rent språklig sett betyr det at hensynet til barnets beste ikke er det eneste og ikke alltid det avgjørende hensynet i saker som berører barn. Det bemerkes at bestemmelsen har ikke blitt endret på siden vedtakelsen, det betyr at forhistorien og forarbeidene til konvensjonen kan være et relevant moment ved tolkningen av bestemmelsen.

I FNs barnekomité's generelle kommentar nr. 6 i punkt 86 har det imidlertid blitt sagt at "[a]rgumenter som ikke er basert på rettigheter som for eksempel slike som innvandringskontroll, kan ikke settes foran hensynet til barnets beste [min tilføyelse]"⁵² i saker som gjelder enslige mindreårige asylsøkere. Dette taler for at andre hensyn som innvandringsregulerende hensyn ikke kan veie tyngre enn barnets beste. Spørsmålet er om man kan tolke denne uttalelsen slik, og hvilken rettskildevekt denne har. Dette spørsmålet har også vært oppe i den nevnte Høyesterettsdommen Rt. 2009 side 1261.

Denne saken gjaldt gyldigheten av UNEs vedtak om å ikke omgjøre avslag på opphold på humanitært grunnlag for en enslig mindreårig gutt i Norge. Spørsmålet i saken var blant annet tolkningen og vektleggingen av den generelle uttalelsen fra barnekomitéen. Etter en samlet tolkning av kommentaren kunne ikke Høyesteretts flertall forstå punkt 86 slik at den er ment

⁴⁹ Ot.prp. nr. 75(2006-2007) side 159

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Rt. 2009 side 1261 avsnitt 30-32

⁵² FNs barnekomité's General comment No. 6 (2005) avsnitt 86

for at man kan vektlegge barnets beste som det avgjørende hensynet. Høyesterett tolket den generelle uttalelsen i sin helhet og i sammenheng med andre kapitler i barnekomiteens uttalelse. De kom til at utgangspunktet er at barn skal gjenforenes med sin familie. Flertallet i Høyesterett kunne ikke forstå at familietilknytningen i hjemlandet ikke skulle vurderes under barnets beste. Høyesterett mente at dette utsagnet var først og fremst rettet mot situasjoner hvor barnet har et særlig beskyttelsesbehov og hvor gjenforening med familien er uforsvarlig eller uaktuelt. Videre ble det sagt at dersom barnekomiteén skal ha ment at innvandringspolitiske hensyn eller andre hensyn ikke kan være avgjørende i forhold til hensynet barnets beste, er dette så omfattende at det forventes mer av utforming, klargjørelse og kommunikasjon, enn at det kun gis en generell uttalelse om det som ikke er rettslig bindende for de ulike statene.

På den andre siden var mindretallet, en mot fire dommere, mer villig til å følge barnekomiteens generelle kommentar bokstavelig enn flertallet. Mindretallet la til grunn at FNs håndhevingsorganers tolkningsuttalelser bør tillegges betydelig vekt, og norsk rett bør strekke seg langt for å tolke i samsvar med internasjonal tolkningspraksis. Det ble sagt at barnekomiteen er et ekspertorgan, derfor burde det legges stor vekt på dens uttalelser om tolkning og anvendelse av bestemmelsen. I forarbeidene til menneskerettsloven er det også lagt til grunn at konvensjonsorganenes tolkninger av konvensjonene er et rettskildefaktor av betydelig vekt.⁵³

I Rt. 2009 side.1261 uttalte førstvoterende (med flertall) i Høyesterett at det avgjørende for at en generell kommentar fra barnekomiteen, skal tillegges betydning vil være om hvor "klart den må anses for å gi uttrykk for overvåkningsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonene".⁵⁴ Man må altså se på om uttalelsen er en tolkningsuttalelse eller en anbefaling om å utøve praksis på en bestemt måte. Videre må det vurderes om uttalelsen passer til det aktuelle faktum og rettsområde. Denne uttalelsen ble med dette ikke vektlagt som et tungtveiende moment i Høyesterett i den aktuelle saken for at hensynet til barnets beste skulle anses for å ha utslagsgivende vekt. Høyesterettsflertall tolket den generelle kommentaren som

⁵³ Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) punkt 9.2.2.1

⁵⁴ Rt.2009 side 1261 avsnitt 44

en helhet og kom til at barnets beste i slike tilfeller vil som hovedregel være å returnere til stedet hvor familien eller storfamilien oppholder seg.

Det uttales videre i forarbeidene at: "Etter at forvaltningen har tatt hensynet til barnets beste i betraktning i den enkelte sak, gir ikke barnekonvensjonen artikkel 3 noe absolutt direktiv for hvordan den enkelte sak skal avgjøres. Motstående hensyn, som for eksempel hensynet til kontrollert og regulert innvandring, vil derfor i utgangspunktet kunne tillegges like stor eller endog større vekt."⁵⁵ Det betyr at etter forarbeidene kan det også tillegges vekt på motstående hensyn i vurderingen av opphold på humanitært grunnlag. Det uttales videre i forarbeidene at det vil imidlertid være en krenkelse av barnekonvensjonen dersom man legger avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn og dette ikke er forsvarlig ut fra hensynet til barnet.⁵⁶ Det innebærer "... jo mer inngripende vedtaket er for barnet, jo sterkere må de innvandringsregulerende hensynene være for at barnets beste skal vike".⁵⁷ Forarbeidene viser at det altså kan legges vekt på andre hensyn, men *etter* at tatt hensynet til barnets beste har blitt tatt i betraktning.

FNs barnekomite har ved behandlingen av Norges fjerde rapport, utgitt en bekymring for at barnets beste prinsippet ikke anvendes fullt ut i asylsaker.⁵⁸ Det har blitt sagt at dette prinsippet ikke blir praktisert på alle områder ennå, særlig i utlendingsrett, og at vurderingene tas ikke alltid av de som har god nok kunnskap for å ivareta hensynet.

Oppsummeringsvis ser vi at at ordlyden til barnekonvensjonen og dens forarbeider, rettspraksis og forarbeider til loven legger til grunn at hensynet til barnets beste behøver ikke å være det avgjørende momentet. Innvandringsregulerende hensyn kan tillegges vekt. Ifølge FNs generelle kommentar og FNs barnekomiteens rapport har det imidlertid blitt sagt at det må legges mer vekt på hensynet til barnets beste. Dette viser at det foreligger en viss uenighet i vektleggingen av hensynene. Spørsmålet er hvordan skal denne avveiningen foretas mellom

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Innst. O. nr. 42 (2007-2008) side 26

⁵⁸ FNs barnekomite vurdering (2010) side 5, avsnitt 22 og 23

barnets beste og innvandringsregulerende hensyn i praksis, og hvilke momenter spiller inn i vurderingen.

4 Hensynet til barnets beste vs. innvandringsregulerende hensyn

Det er klart at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved avgjørelsen av om opphold på humanitært grunnlag skal gis eller ikke. Det er mer usikkert hvor mye vekt man kan legge på innvandringsregulerende hensyn i forhold til hensynet til barnets beste. Jeg skal ta utgangspunkt i to plenumsdommer fra Høyesterett⁵⁹ og se på hva dommerne har lagt vekt i avveiningen mellom disse to hensynene.

Før jeg skal gjennomgå dommene fra Høyesterett, må forholdet mellom domstolen og utlendingsmyndighetene på dette området klargjøres først.

4.1 Domstolenes prøvingsrett

Spørsmålet er hvor langt domstolen kan gå inn og kontrollere UNEs vedtak om opphold på humanitært grunnlag etter utl. § 38, og om domstolen har full prøvingsrett.

Hovedregelen for å finne ut om hvor langt domstolen kan gå inn i forvaltningens arbeid, som vedtak fra UNE, er å tolke ordlyden i hjemmelsgrunnlaget forvaltningen har anvendt i vedtaket.⁶⁰ Ordlyden i hjemmelsgrunnlaget kan gi oss opplysninger om forvaltningen har fått myndighet og *plikt* til å foreta eller unnlate noe, også kalt lovbundet myndighet. Eller om forvaltningen har fått en myndighet og *frihet* til å handle, som også kalles for fritt skjønnsutøvelse.⁶¹ Der forvaltningen har fri skjønnsutøvelse, er domstolenes prøvingsrett begrenset på grunn av maktfordelingsprinsippet.

⁵⁹ Rt. 2012 side 1985 og Rt. 2012 side 2039

⁶⁰ Tvedt (2007) side 91

⁶¹ Boe (1993) side 677

Den generelle prøvingsadgangen av utl. § 38 blir behandlet først, deretter gjennomgås prøvingen av vedtak som omhandler barn nærmere, jf. § 38, tredje ledd.

Utlendingsloven henviser ikke til tvisteloven § 36-5 tredje ledd, som sier at domstolen har plikt til å prøve ut alle sider av en sak. Utl. § 38 er en "kan"-bestemmelse, det betyr at vi er innenfor forvaltningens skjønnsutøvelse. Forvaltningen *kan* velge om de vil gi opphold på humanitært grunnlag på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn eller tilknytning til Norge. Det vil si at domstolene har en begrenset prøvingsadgang på området. Dette er også lagt til grunn i forarbeidene til loven.⁶²

I tillegg har spørsmålet blitt behandlet i en rekke dommer fra Høyesterett. Rettstilstanden sies å være klar på området om hvor langt domstolen kan gå inn i UNEs vedtak vedrørende utl. § 38.⁶³

Det følger av rettspraksis⁶⁴ at domstolene ikke kan prøve ut utlendingsmyndighetenes konkrete skjønnsutøvelse av om vilkårene "sterke menneskelige hensyn" eller "særlig tilknytning til Norge" er oppfylt i den enkelte sak. Dette er overlatt til forvaltningen å avgjøre. Domstolen kan kun vurdere om skjønnen er utøvd saklig av utlendingsmyndighetene, og at resultatet ikke fremstår som åpenbart urimelig. Videre kan de prøve ut rettsanvendelsen, det vil si saksbehandlingen og om vedtaket bygger på riktig faktum, samt om det er i samsvar med våre internasjonale menneskerettslige forpliktelser.⁶⁵

Hvordan er prøvelsesretten i forhold til saker som omhandler barn etter utl. § 38 tredje ledd? Er domstolenes prøvelsesrett det samme?

Det følger av ordlyden i bestemmelsen at i saker som berører barn, *skal* barnets beste være et grunnleggende hensyn. Dette tyder at forvaltningen er forpliktet til å ta hensyn til barnets

⁶² Ot.prp. nr. 75(2006-2007), side 160

⁶³ Rt. 2012 side 2039 avsnitt 40

⁶⁴ Rt. 2012 side 1985 avsnitt 143, Rt. 2008 side 681 avsnitt 46

⁶⁵ Ibid.

beste i vurderingen. Forvaltningen er mer bundet av loven, og skjønnsutøvelsen deres er med andre ord ikke like fri.

Spørsmålet har også blitt behandlet i domstolen. Rettspraksis har lagt til grunn at domstolenes prøvingsadgang er utvidet på grunn av den særlige forankringen av barnekonvensjonen i utlendingsloven, og for at domstolen skal kunne kontrollere utlendingsmyndighetenes skjønnsutøvelse er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.⁶⁶

Ifølge rettspraksis kan domstolene prøve forvaltningens generelle forståelse av begrepet "barnets beste", altså om de har tolket loven riktig. Domstolen skal *ex officio* føre kontroll på at hensynet til barnets beste, herunder om tilknytning til Norge er forsvarlig vurdert og avveid mot motstående hensyn i saken.⁶⁷ Det må fremkomme i vedtaket at hensynet til barnets beste er vektlagt som grunnleggende hensyn. Domstolen kan imidlertid ikke prøve ut den konkrete vurderingen av barnets beste og interesseavveiningen i en sak fordi det hører til forvaltningens frie skjønn.⁶⁸

Utgangspunktet er videreført i senere avgjørelser. Det vises som for eksempel til Rt. 2012 side 1985 og Rt. 2012 side 2039, hvor det konstateres at det foreligger en rettslig avklaring på området. Det samme følger av juridisk teori.⁶⁹

På bakgrunn av dette betyr det at det er opptil utlendingsmyndighetene å avgjøre om det skal gis oppholdstillatelse i en konkret sak. Det eneste domstolene kan gjøre er eventuelt å ugyldiggjøre vedtaket. Saken vil da sendes til utlendingsmyndighetene på nytt for ny behandling. Dette fører i så tilfelle til at systemet blir ineffektivt og klagerne må vente lengre for å få avklart sin situasjon. Det er på den andre siden begrensninger i prøvingsadgangen på grunn av maktfordelingsprinsippet i norsk rett. Domstolenes oppgave er å anvende retten, ikke å utøve den. De må være tilbakeholdne med å avgjøre politiske spørsmål for å kunne ivareta demokratiet og folkesuverenitetsprinsippet. Derfor er det svært viktig at UNE fatter korrekte og rett-

⁶⁶ Rt. 2009 side 1261 avsnitt 76-77

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Einarsen (2013) side 310-311 og Øyen (2013) side 330

ferdige vedtak, og har en bestemt praksis. UNE spiller en sentral og avgjørende rolle i hvordan praksisen blir ført.

4.2 "Madhi- dommen" ⁷⁰

Denne saken gjaldt gyldigheten av UNEs avslag på søknad om asyl og opphold i Norge for en iransk familie med to barn. Familien hadde oppholdt seg i landet over lengre tid, fra 2004. Det ene barnet var ett år da de kom til Norge, mens det andre ble født her i 2007. Barna var syv år og syv måneder, og tre og halvt år, på vedtakstidspunktet. Høyesterett tok blant annet stilling til spørsmålet om hvordan hensynet til barnets beste skulle avveies og forstås, og om UNE hadde foretatt en forsvarlig vurdering.

Høyesteretts flertall, 14 mot fem stemmer, kom i denne saken til at UNEs vurdering av hensynet til barnets beste var tilstrekkelig og forsvarlig vurdert. Dermed ble UNEs avslag opprettholdt. Innvandringsregulerende hensyn gikk foran hensynet til barnets beste i saken. Mindretallet mente det motsatte, og la avgjørende vekt på at barnets sterke tilknytning tilsa at det var det beste for barna å bli her.

For å komme frem til resultatet foretok Høyesterett en grundig gjennomgang og tolkning av hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn. De bemerket at begge hensynene er bredt omtalt i forarbeidene, som klart viser hvor vanskelig det er å avveie hensynene mot hverandre.⁷¹

Førstvoterende uttalte generelt om tolkningen og vektleggingen av hensynene etter en nøye gjennomgang av forarbeider og etterarbeider. Det ble sagt at hensynet til barnets beste skal veie tungt. All tilknytning skal vektlegges, også den som er opparbeidet mens barnet har hatt ulovlig opphold i landet. Under avveiningen av hensynene, kan innvandringsregulerende hensyn veie så tungt at de må gå foran hensynet til barnets beste. Høyesterett viste til sitat fra forarbeidene.⁷² Videre ble det imidlertid sagt at dersom det foreligger særlige tungtveiende hensyn for barn i saken, kreves det mer for å kunne vektlegge innvandringsregulerende

⁷⁰ Rt. 2012 side 1985

⁷¹ Rt. 2012 side 1985 avsnitt 110

⁷² Ot.prp.nr.75(2006-2007) side 160

hensyn. "... jo tyngre hensynet til barnet er, jo mindre rom vil det bli for andre hensyn, og hensynet til barnet kan etter omstendighetene være så tungtveiende at de må slå igjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende.⁷³

Høyesterett tok utgangspunkt i vedtaket fra UNE for å se om UNE hadde vurdert og avveid hensynene forsvarlig, i henhold til lov og forarbeider. Det forelå ingen adgang til å prøve skjønnsutøvelsen, derfor refererte domstolen til det UNE hadde sagt og vurdert i avveiningen.

Det ble først sett på om barnets beste talte tungtveiende for at barna skulle få opphold i Norge. I forhold til det yngste barnet, A, hadde UNE kommet til at det ikke forelå tilstrekkelig tilknytning for å gi oppholdstillatelse. Barnet var bare tre år og hadde sin primære tilknytning til sine foreldre og familie. Dette gjaldt selv om hun var født og oppvokst i Norge. Høyesterett sa seg enige i UNEs vurdering da de kom til at hensynet til barnets beste var etter dette forsvarlig vurdert.

For det andre barnet, B, ble avveiningen noe mer komplisert og nærmere drøftet. B var eldre, hadde gått i barnehagen og var i skolepliktig alder. Han kunne språket, hadde venner og integrert seg i lokalsamfunnet. På bakgrunn av dette oppfylte B i utgangspunktet betingelsene for oppholdstillatelse etter lov, forskrift og praksisen som hadde utviklet seg om barns oppholdstid. Han hadde opparbeidet seg tilknytning til Norge.

Hensynet til barnet og tilknytningen ble avveid mot innvandringsregulerende hensyn. UNE la til grunn at det forelå sterke innvandringsregulerende hensyn i saken til å nekte barnet og familien oppholdstillatelse. Momenter som ble nevnt mot oppholdstillatelse var familiens ulovlige opphold i Norge, som var til sammen på tre år og en måned, at de overskred plikten til å forlate riket og medvirket ikke til retur. Dette ble sett av UNE som «grovt» tillitsbrudd og mangel på respekt av loven. Høyesterett var enige med UNE om at denne oppførselen kunne karakteriseres som tillitsbrudd, men var under tvil om dette var å regne som grovt. Etter UNEs vurdering kom innvandringsregulerende hensyn sterkt inn som vurderingsmoment. Høyesteretts flertall så hen til at UNE hadde brukt sentrale innvandringspolitiske hensyn som var hjemlet i loven og kunne anvendes i saken.

⁷³ Rt. 2012 side 1985 avsnitt 134

På bakgrunn av dette konkluderte Høyesterett med at de ikke kunne finne noen mangler ved skjønnets som medførte ugyldighet eller at avgjørelsen var bygd på uriktig fortolkning av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Vedtaket var dermed etter flertallet forsvarlig vurdert og innenfor rammene av loven og Norges internasjonale forpliktelser.

Mindretallet i Høyesterett hevdet at UNEs vedtak var ugyldig fordi begrunnelsen i vedtaket skapte tvil om hensynet til Bs beste var blitt vektlagt som grunnleggende hensyn etter barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Mindretallet var uenige i UNEs tolkning og avveining av innvandringsregulerende hensyn og hensynet til barnets beste. Momentet familiens manglende utreise ble ikke ansett som like grov overtredelse sammenlignet med flertallet i saken. Etter mindretallets oppfatning tilsa barnekonvensjonens art. 3 nr. 1 og praksis at barnets tilknytning til Norge talte sterkt for å gi familien oppholdstillatelse.

4.3 "Verona- dommen" ⁷⁴

Denne saken gjaldt også gyldigheten av UNEs avslag på søknad om asyl og opphold for en familie fra Bosnia-Hercegovina. Familien hadde oppholdt seg i Norge fra 2003 og bestod av et ektepar og to barn, som begge var født her. Det ene ble født samme året da de kom hit, mens det andre barnet ble født i 2012. På vedtakstidspunktet var det eldste barnet V, ni år og hadde mer enn syv års opphold i Norge.

Denne dommen ble behandlet på samme tid som "Madhi-dommen" i Høyesterett. Begge dommene reiste omtrent de samme spørsmål og var like av faktum. Under spørsmålet om gyldigheten av UNEs avslag endte avgjørelsene med samme resultat, 14 mot fem stemmer, for at UNEs vedtak var gyldig. Høyesteretts flertall har under drøftelsen i denne saken referert til "Madhi-dommen" flere ganger. Det kan sies at Høyesterett har brukt dommen som en presedens.

⁷⁴ Rt. 2012 side 2039

Ved vurderingen av hensynet til barnets beste kom UNE til at det beste for det eldste barnet var i utgangspunktet å få bli i landet på grunn av tilknytningen hun hadde opparbeidet seg. Hun var født her, gått i barnehage og på skole og snakket norsk. Dette kunne være utslagsgivende for avgjørelsen, men det betydde nødvendigvis ikke at oppholdstillatelse skulle gis. Disse forholdene ble kun ansett som et moment i helhetsvurderingen. Etter en avveining mot innvandringsregulerende hensyn kom UNE til at disse hensynene gjorde seg sterkt gjeldende i saken. Mothensyn som det ble lagt vekt på, var familiens ulovlige opphold på fire år og ti måneder og overskridelse av plikten til å forlate riket. Det ble også vist til uttalelsen i "Madhi-dommen" om at det "[..]ikke [er] i strid med utl. § 38 tredje ledd sammenholdt med barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 når UNE konkluderer med at innvandringspolitiske hensyn etter en helhetsvurdering av saken kan være «avgjørende» [min tilføyelse] ".⁷⁵

Høyesterett var enig i UNEs tolkning av hensynet til barnets beste i saken. Førstvoterende konkluderte med at det ikke var tvilsomt at UNE hadde lagt en riktig forståelse av loven til grunn for sin vurdering av om det skulle gis oppholdstillatelse. Det ble sett hen til at hensynet var uttrykkelig fremhevet i vedtaket, samt forsvarlig vurdert og avveid mot motstående hensyn. Det forhold at familien ikke etterkom plikten til å forlate riket ble av flertallet sett på som en saklig grunn til å nekte oppholdstillatelse i Norge. Dermed ble UNEs avslag opprettholdt.

Etter mindretallets oppfatning var UNEs vedtak i strid med barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og EMK artikkel 8. Mindretallet mente at vedtaket var lite konkret og informativ i forhold til barnet. Det forelå en mangelfull vurdering om hva som var til beste for barnet, og det ble det reist tvil om at hensynet til barnet var behandlet tilstrekkelig og grunnleggende etter barnekonvensjonen. Vedtaket ble dermed ansett for å være ugyldig av mindretallet.

4.4 Vurdering av plenumsdommene

Som vi ser skal det en del til for å få oppholdstillatelse humanitært grunnlag, og å få kjent vedtak fra UNE ugyldig. Barna oppfylte ikke vilkårene til oppholdstillatelse, selv om de

⁷⁵ Rt. 2012 side 2039 avsnitt 51

hadde oppholdt seg i Norge store deler eller hele livet, gått på skole og integrert seg. Det ble lagt avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn, særlig på den ulovlige oppholdstiden og bruddet på utreiseplikten. I den ene saken hadde familien oppholdt seg i Norge fra 2004, hvorav tre år og en måned var ulovlig opphold. I den andre saken hadde familien oppholdt seg i Norge fra 2003, hvorav fire år og ti måneder av dette var ulovlig opphold. Det kan stilles spørsmål ved utlendingsmyndighetenes vektlegging av momentet "ulovlig opphold". Momentet regnes som et sentral innvandringsregulerende hensyn og tillegges stor vekt av UNE i disse to sakene. Og Høyesterettsrett ser på denne vurderingen og avveiningen som forsvarelig. Samtidig sies det i retten at ved vurderingen av barnets tilknytning til Norge skal *all* oppholdstid legges til grunn, både den ulovlige og lovlige. Det betyr at ulovlig oppholdstid kan også være et moment som kan tale i motsatt retning, positivt for familiene med lengeværende opphold i Norge. Fordi jo lengre oppholdstid et barn har i landet, desto mer tilknytning får han. På bakgrunn av dette er det uforståelig hvorfor momentet "ulovlig opphold" vektlegges i så stor grad negativt for barna i sakene.

I St.melding fra Justis-og beredskapsdepartementet, "Barn på flukt", har departementet forsøkt å tydeliggjøre hvordan reglene skal forstås og tolkes på området.⁷⁶ Slike klargjøringer fra departementet anses for å være etterarbeider av forskriften, ettersom de ble utgitt etter at forskriften trådte i kraft. Etterarbeider har som regel ikke høy vekt som rettskildfaktor ifølge alminnelig rettskildelære, men dette kan variere fra området til området. I vårt tilfelle er vi innenfor utlendingsretten, som reguleres og forandres av politiske føringer i hyppig grad, og er avhengig av de som sitter ved den utøvende makten. Tolkningen og anvendelsen av reglene blir med andre ord påvirket av uttalelser som departementet kommer med i tiden før og etter at en forskrift blir vedtatt. Derfor kan etterarbeidene ha større vekt på området enn det som følger av den alminnelige rettskildelære.

Det bemerkes at UNE kan i utgangspunktet ikke instrueres av departementet, annet enn gjennom lov eller forskrift. Denne St.meldingen kan dermed ikke gis stor rettskildemessig betydning. Det har imidlertid blitt nevnt i rapport fra UNE, "Ett år etter barn på flukt"⁷⁷, at UNE har brukt St.meldingen aktivt, som supplerende rettskilde i saksbehandlingen.

⁷⁶ St. meld. nr. 27 (2011-2012)

⁷⁷ UNE rapport (2013) side 3 og 18

St.meldingen er også blitt ansett som etterarbeider i domstolen.⁷⁸ Derfor vil den ha en viss betydning og vekt, selv om UNE i utgangspunktet ikke er pålagt til å følge denne.

Det følger av St.meldingen at brudd på "utreiseplikt" og "ulovlig oppholdstid" er regnet som mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn.⁷⁹ Disse forholdene foreligger i fleste asylsaker som omhandler samme forhold som plenumsavgjørelsene. Selv om disse hensynene blir ansett som mindre tungtveiende hensyn av departementet, har det i Høyesterett blitt sett på som forsvarlig og korrekt at UNE har lagt avgjørende vekt på disse i vedtakene. Dette kan først og fremst komme av at departementets uttalelser ikke er bindene for UNE, og at det derfor ikke har blitt tillagt avgjørende vekt. Videre forelå det andre mothensyn i sakene, som gjorde seg sterkt gjeldende under helhetsvurderingen. Konsekvensene av å gi familien tillatelse, allmennpreventive hensyn, hensynet til respekt for loven og kontroll, tilsa at familiene ikke burde få oppholdstillatelse. Mange barnefamilier i Norge er og har vært i samme situasjon. Med tanke på likhetsprinsippet i forvaltningsretten, ville konsekvensene av en tillatelse medført økt tilstrømming av asylsøkere og mindre kontroll. Det ville også ha virket urettferdig overfor de som hadde fulgt loven og reiste hjem. Samt flere foreldre hadde blitt oppmuntret til å bryte loven og bruke barna sine som et "middel" for å få oppholdstillatelse. Det skal ikke være fordelaktig å bryte loven. Den situasjonen barna settes inn i, er uheldig og vanskelig. For å verne fremtidige barn mot å bli satt inn i en slik situasjon, taler det derfor sterkt for at det ikke burde gis oppholdstillatelse i slike saker.

På den andre siden blir hensynet til barnets beste ikke vektlagt i like stor grad som innvandringsregulerende hensyn. Selv om UNE legger i utgangspunktet til grunn at barnas beste er å bli her, er det allikevel ikke tilstrekkelig til å gi oppholdstillatelse etter en avveining mot andre hensyn. Alle barn har et behov for et stabilt og trygt miljø. Mange av barna har sikkert opplevd mye opp gjennom årene på grunn av forholdene i hjemlandet og situasjonen deres når de kommer hit. Det er flere familier som oppholder seg i mottak under hele oppholdet og vokser opp under fattigdom i Norge. De beste grunner taler for at disse barna fortjener det bedre. De fleste har bodd her mesteparten av livet sitt, de kjenner ikke så mye til hjemlandets kultur og språk. Det er barna som blir rammet hardest ved avslag. De må starte alt sammen på

⁷⁸ Rt. 2012 side 1985 avsnitt 134 og TOSLO-2012-81237

⁷⁹ St. meld. nr. 27 (2011-2012) side 56- 59

nytt i et land de ikke er kjent med. Der er ikke riktig at barna straffes for de valg foreldrene deres tar. Det viktigste for å unngå at barn kommer opp i slike situasjoner, er at myndighetene griper inn og ikke lar det gå så langt som dette. Regelverket må bli klarere og vedtakene må effektueres. Dersom det er meningen at en familie ikke kan få opphold i landet, må det utføres en handling fra myndighetenes side slik at barn og familier ikke kommer opp i slike situasjoner.

På bakgrunn av dette kan man si at Høyesterett har fulgt en streng praksis i begge plenumsdommene ved å la innvandringsregulerende hensyn gå foran menneskelige hensyn, hensynet til barna. Plenumsdommene har også blitt kritisert av en rekke teoretikere og i media. Noe av kritikken redegjøres i det følgende.

En undersøkelse foretatt av tre teoretikere⁸⁰ ukene før Høyesterett behandlet sakene, viser at flertallet i den alminnelige befolkningen kom til et annet resultat enn Høyesterett. 59 prosent av befolkningen ville ha lagt mest vekt på hensynet til barnets beste fremfor innvandringsregulerende hensyn. I Høyesterett var det 26 prosent av dommerne som ville gå for det samme. Dette viser at avviket mellom den alminnelige rettsoppfatningen og Høyesteretts resultat var stort, med hele 30 prosent.⁸¹ Artikkelen viser også til kritikk fra mediene og teoretikere i tiden etter domsavsigelse. Det ble blant annet uttalt i avisen at "Det er en streng og urettferdig asylpolitikk som er blind for barnas beste".⁸² Jussprofessor Hans Fredrik Marthinussen mente blant annet at flertallet i Høyesterett ikke tok hensyn til barnekonvensjonen, og flere av dem burde ha støttet mindretallet.⁸³

En annen professor Jan Fridtjof Bernt har også kritisert dommene i en artikkel i Jussens venner. Ifølge ham har Høyesterett vært med i et politisk spill og hjulpet regjeringen med å føre en streng behandling av barn enn det ordlyden i loven tilsier.⁸⁴

⁸⁰ Skiple, Gudbrandsen og Grenstad (2013) side 623-628

⁸¹ Ibid. side 626.

⁸² Ibid. side 625.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Bernt (2013) side 328

På den ene side er plenumsdommene imidlertid i samsvar med tidligere rettspraksis. Det har blitt lagt til grunn i rettspraksis at ordlyden i barnekonvensjonen ikke er til hinder for at innvandringsregulerende hensyn kan gå foran hensynet til barnets beste.⁸⁵ Videre tolkes det av rettspraksis at formuleringen "grunnleggende hensyn" ble valgt for at det skulle være rom for andre hensyn.⁸⁶ Dette er også i samsvar med forarbeidene til konvensjonen og utlendingsloven.

Plenumsdommene medfører dermed ikke vesentlige endringer i praksis, de avklarer forholdet mellom disse to hensynene og støtter tidligere praksis om at hensynet til barnets beste får nødvendigvis ikke avgjørende vekt.

Når vi sammenligner situasjonen og saksforholdet i plenumsdommen med Rt. 2009 side 1261, "Ashok-dommen", var situasjonen noe annerledes i de ulike sakene.

I "Ashok-dommen" dreide det seg om en enslig mindreårig gutt som hadde kommet alene til Norge. Han ble nektet tillatelse blant annet på bakgrunn av at han hadde omsorgspersoner og familie i hjemlandet som ville klare å oppfostre og ta vare på ham. Det ble sagt at barn har det best sammen med sine foreldre, og det er foreldrene som har det primære ansvaret for dem. Dermed var det best for barnet å bli returnert tilbake til hjemlandet i stedet for å bo her alene. I plenumsdommene fra 2012 var barna og familien imidlertid samlet i Norge. De hadde bodd her sammen over lengre tid, i nærmere ti år fra da de kom til Norge til de hadde saken oppe til behandling i Høyesterett. Her kunne ikke UNE argumentere med at det beste for barna var å returnere til hjemlandet fordi foreldrene oppholdt seg der. Selv om barna og familiene deres var samlet i Norge, var dette ifølge UNE ikke tilstrekkelig til å gi familiene oppholdstillatelse. Det ble lagt vekt større vekt på innvandringsregulerende hensyn.

I St.meldingen og FNs rapport av 2010⁸⁷ stadfestes det at praksis er i retning av at innvandringsregulerende hensyn blir vektlagt mer enn det som har vært forutsatt i regelverket. I

⁸⁵ Rt. 2009 side 1261 avsnitt 31, Rt. 2010 side 1313 avsnitt 13

⁸⁶ Rt. 2009 side 1261 avsnitt 32

⁸⁷ FNs barnekomite vurdering (2010) side 5, avsnitt 22 og 23

St.meldingen har derfor departementet forsøkt å tydeliggjøre hvordan rettskildene skal tolkes og forstås for å få en mer entydig praksis.⁸⁸

I rapporten fra UNE, vises det imidlertid til at praksisen har endret seg en del etter at St.meldingen kom ut. Flere barnefamilier har fått omgjort sakene sine i det siste. UNE skiller mer mellom ulike typer innvandringsregulerende hensyn og begrunner vedtakene mer.⁸⁹ Dette er et godt tegn til alle som har kritisert og ment at loven ikke praktiseres etter det lovgiveren har forutsatt. UNEs rapport ble utgitt halvåret etter plenumsdommene ble avgjort. Det bemerkes at forvaltningspraksis på dette området er meget sentral og bør vektlegges, blant annet fordi kun et fåtall av sakene havner i domstolen.

4.5 Plenumsdommenes rekkevidde

Høyesterettsdommene er plenumsavgjørelser. Dette innebærer at deres rettskildemessige vekt kan sies å være stor, ettersom de har blitt behandlet i øverste instans med alle dommerne samlet. Det at dommene er avgjort med dissens, kan tale for at det foreligger fremdeles en viss uenighet på området. Dette er med på å trekke dommens rettskildemessige vekt. Det vises også til kritikken plenumsdommene har fått i ettertid, men det forhold at det ikke har vært avgjort noen andre saker senere i Høyesterett på området, får plenumsavgjørelsene til å fremstå som bestemmende for videre praksis.

Dommene er ganske nye og opprettholder tidligere rettspraksis. Ifølge norsk rett må det ha gått en stund før en avgjørelse kan regnes som "prejudikat". Dommen må ikke være for ny eller gammel, og spørsmålet må ha blitt avgjort i en rekke andre saker i ettertid med samme resultat. Det betyr at plenumsavgjørelsene har i utgangspunktet stor rettskildemessig vekt, men kan ikke regnes som prejudikater riktig ennå på grunn av modningstiden.

Når det kommer til dommernes begrunnelse av resultatet kan det sies at sakene er ganske konkrete og individuelle ettersom vi er innenfor et skjønnsmessig område. Dommene kan

⁸⁸ St.meld. nr. 27 (2011-2012) fra kap. 6 flg

⁸⁹ UNE rapport (2013) side 2-3 og 22

imidlertid få betydning for "lignende saker" for tiden fremover, blant annet grunnet likhetsprinsippet i forvaltningsretten.

Høyesteretts resultat i plenumsavgjørelsene om at hensynet til barnets beste ikke alltid må være det avgjørende hensynet, og at det adgang for å legge mer vekt på innvandringsregulerende hensyn, er i samsvar andre rettskilder. Det vises til punkt. 3.4 i avhandlingen, hvor ordlyden, forarbeidene til utlendingsloven og konvensjonen, samt rettspraksis peker i samme retning. Den alminnelige rettsoppfatningen, FNs barnekomite og etterarbeider har i imidlertid pekt på at praksis er i negativ utvikling og at det bør tillegges mer vekt på hensynet til barnets beste fremfor innvandringsregulerende hensyn. De sistnevnte rettskildene er av en viss betydning, men for at det skal tillegges mer eller avgjørende vekt på barnets beste må det fremgå *klart* av tungtveiende rettskilder, som lov, konvensjon, forarbeider eller Høyesterettspraksis. Det betyr at plenumsavgjørelsene er bestemmende på området frem til det kommer nærmere uttalelser eller endringer i andre tungtveiende rettskilder.

4.6 Andre avgjørelser i domstolen

I lovdata har jeg funnet totalt 30 endelige avgjorte saker (tre fra Høyesterett og resten fra underinstansene), som omhandler utl. § 38 jf. utfl. § 8-5. I åtte av dommene har klagerne fått medhold.⁹⁰ Det vil si i 26 prosent av sakene ble UNEs vedtak kjent ugyldig. Dette er tall som viser for det første at det ikke er mange saker som kommer opp for domstolen og at det skal en del til for at en klager skal få medhold. Det sies også i en av sakene at terskelen for å sette til side et forvaltningsvedtak er i rettspraksis høy.⁹¹

Kort fortalt har UNEs vedtak blitt kjent ugyldig i åtte av sakene blant annet på grunn av en mangelfull begrunnelse.⁹² UNEs begrunnelse ga dommerne ikke tilstrekkelige holdepunkter for å kontrollere om UNEs generelle forståelse av barnets beste var bygget på riktig

⁹⁰ LB-2012-81191, LB-2011-27823-2, LB-2013-58457, TOSLO-2013-76824, TOSLO-2013-148635, TOSLO-2013-7358, TOSLO-2012-81237, TOSLO-2012-92899

⁹¹ TOSLO-2013-7358

⁹² LB-2012-81191, LB-2011-27823-2, LB-2013-58457, TOSLO-2013-76824, TOSLO-2013-148635, TOSLO-2013-7358, TOSLO-2012-81237, TOSLO-2012-92899

anvendelse, eller om vurderingen og avveiningen av hensynene var foretatt forsvarlig. I noen av sakene hadde UNE ikke lagt alle relevante forhold til grunn, som for eksempel viktige helsemessige forhold for et barn var blitt utelatt i en av sakene.⁹³ I andre saker forelå det manglende opplysninger som betydningsfulle dokumenter. "Feilene" ble ansett å ha påvirket avgjørelsens innhold, og vedtakene ble derfor kjent ugyldig.

"Nathan-saken"⁹⁴ er et eksempel på en av avgjørelsene fra underinstansen, hvor barnet og familien fikk medhold i at UNEs vedtak om avslag på oppholdstillatelse var ugyldig. Tingretten kom her til motsatt resultat sammenlignet med plenumsdommene.

Saken gjaldt en familie fra Etiopia med et barn, Nathan, som var født og oppvokst i Norge. Foreldrene kom til Norge i 2001 og 2003. Barnet ble født i 2005, altså tiden etter foreldrene hadde fått avslag om opphold.

Nathan var syv år på tidspunktet UNE fattet vedtak. Han hadde oppholdt seg i Norge i hele sitt liv, gått på skole og barnehage, og var godt integrert i lokalmiljøet. Til tross for dette kom UNE i henhold til forvaltningspraksis til at han ikke hadde opparbeidet seg tilstrekkelig tilknytning til Norge. Det ble hevdet at barnets lave alder indikerte på hovedtilknytning til foreldrene sine, og at hans familie ikke befant seg i en særlig annen situasjon som mange andre søkere i Norge. UNE mente at innvandringsregulerende hensyn gjorde seg sterkt gjeldende i saken. Familien hadde brutt utreiseplikten i mange år, helt siden barnet deres ble født. De oppholdte seg ulovlig i respektivt ni år og sju år. Videre hadde de heller ikke samarbeidet med myndighetene for å bli returnert.

Ifølge tingretten forelå det uklarheter i UNEs vedtak om hvorvidt barnet hadde opparbeidet seg en tilknytning til Norge. Retten mente at UNEs begrunnelse om at barnet ikke hadde tilstrekkelig tilknytning til Norge, ikke var godt nok begrunnet. Begrunnelsen ga ikke tilstrekkelige holdepunkter for å kontrollere om hensynet var forsvarlig vurdert og avveid mot de innvandringsregulerende hensyn. Videre ble det funnet saksbehandlingsfeil i saken som medførte at vedtaket ble ansett for å ikke være gyldig. Det var et viktig dokument fra politiet, som var

⁹³ TOSLO-2013-76824

⁹⁴ TOSLO-2012-81237

uteblitt. Forvaltningen hadde dermed ikke klarlagt all relevant dokumentasjon, og saken var ikke tilstrekkelig opplyst etter forvaltningsloven § 17.

Avgjørelsen viser at det nesten må foreligge grov feil av utlendingsmyndighetene før domstolen omgjør et vedtak. Det bekrefter at terskelen for å omgjøre UNEs vedtak er høy i retten.

I avgjørelsen blir kritikken fra St.meldingen også nevnt, om at UNE praksis kan tyde på at innvandringsregulerende hensyn vektlegges mer enn det som er forutsatt i regelverket.⁹⁵

Det at uttalelsen i St.meldingen nevnes og at den ender med et annet resultat enn plenumsdommene, tyder på at domstolen ser viktigheten av å vektlegge hensynet til barnets beste mer. Det gjøres imidlertid oppmerksom på at dette kun er tingrettsavgjørelse, som ikke har stor rettskildemessig betydning.

Oppsummeringsvis er praksisen ennå ikke helt entydig på området. De siste dommene fra Høyesterett⁹⁶ har lagt mer vekt på innvandringsregulerende hensyn enn hensynet til barnets beste. Avklaringen og tydeliggjøringen i St.meldingen kan gi oss signaler om at hensynet til barnets beste bør vektlegges mer, men det har imidlertid ikke kommet andre dommer enn de nevnte dommene fra Høyesterett. Det gjenstår bare å se hvordan praksisen utvikler seg i fremtiden.

5 Barn med langvarig opphold

5.1 Innledning

Tall fra Statistisk sentralbyrå⁹⁷ viser at i år 2012 kom det totalt 9 785 asylsøkere til Norge. Dette er en økning med 732 søkere fra året før. En av årsakene til at andelen av asylsøkere som kommer hit varierer fra år til år, kan skyldes endringen i regelverket i asylsøkernes hjemland og eller endringer i Norge. Som for eksempel i 2007-2008 ble praksisen for barnefamilier

⁹⁵ TOSLO-2012-81237 jf. St.meld. nr. 27 (2011-2012) side 56

⁹⁶ Rt. 2012 side 1985 og Rt. 2012 side 2039

⁹⁷ Statistisk sentralbyrå (2013)

lagt om i Norge, hvor det ble presisert i forskrift om at barnets tilknytning til Norge skulle "tillegges særlig vekt".⁹⁸ Statistikken viser at dette kan ha vært en årsak til en drastisk økning av tilstrømning av asylsøkere årene etter. I 2006 og 2007 kom det totalt 5 320 og 6 528 asylsøkere til Norge, mens etter omleggingen av praksis i 2008 kom det hele 14 431 søkere.⁹⁹ På grunn av denne tilstrømmingen av asylsøkere har det asylrettslige område, blitt mer aktuelt og videre. Derfor er det viktig at det drives en entydig, rettssikker og effektiv praksis. Dette kan oppnås gjennom en klarlagt og sikker praksis hos dem som forvalter loven, utlendingsmyndighetene.

Ifølge statistikk fra UDI var det totalt 1 264 barn i mottak med utreiseplikt ved årsskiftet 2012-2013. Av disse hadde 647 barn bodd i mottak i mer enn tre år. Tallene viser at det er mange barn i Norge som lever i en uavklart situasjon og oppholder seg i landet, selv etter at de har fått avslag fra utlendingsmyndighetene. Utviklingen i statistikken viser at antall barn med utreiseplikt i mottak har økt de siste årene. I begynnelsen av 2010 var det totalt 1 150 barn med utreiseplikt og kun 195 av dem hadde oppholdt seg her i mer enn tre år.

Spørsmålet mitt under dette er om utlendingsmyndighetene har fått klarlagt praksis i saker om lengeværende barn og familier som har oppholdt seg lenge i Norge, etter at de har fått avslag på asyl og opphold på humanitært grunnlag.

5.2 Utlendingsforskrift § 8-5

5.2.1 Bakgrunn

Etter utl. § 38 kan en unntaksvis få oppholdstillatelse på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til Norge. Det følger av utlf. § 8-5 at ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn, "skal barns tilknytning tillegges særlig vekt". Denne bestemmelsen utfyller utl. § 38, og kommer særlig til anvendelse når utlendingsmyndighetene skal vurdere oppholdstillatelse for barn og barnefamilier med langvarig opphold i Norge.

⁹⁸ St.meld. nr. 27 (2011-2012) side 5

⁹⁹ Statistisk sentralbyrå (2013)

Det gjøres oppmerksom på at "særlig tilknytning til Norge" og "sterke menneskelige" hensyn er i utgangspunktet to alternative selvstendige vilkår. Det er imidlertid en sammenheng mellom disse to vilkårene. Dersom en utlending har tilknytning til Norge, vil det vanligvis foreligge sterke menneskelige hensyn i en sak.¹⁰⁰ Begrepene overlapper hverandre.¹⁰¹ Derfor vil momentet "særlig tilknytning til Norge" være sentral i forhold til vurderingen av "sterke menneskelige hensyn".

Utf. § 8-5 ble til på bakgrunn av et privat lovforslag som ble fremmet i Stortinget 5. april 2006.¹⁰² Forslaget gikk ut på at barnefamilier som hadde oppholdt seg på mottak, mer enn tre år eller lenger, skulle få muligheten til å få behandlet saken sin på nytt, med sterk presumsjon om at oppholdstillatelse innvilges.

Dette forslaget fikk ikke støtte i regjeringen.¹⁰³ I et svarbrev fra arbeids- og inkluderingsministeren ble det gitt innsigelser mot forslaget og varsel om regelendringer.¹⁰⁴

Statsråden understreket at "Regjeringen er innstilt på å finne løsninger for å hindre at barn og barnefamilier blir værende svært lenge i asylmottak etter å ha søkt asyl."¹⁰⁵ Han støttet imidlertid ikke løsningen som kom frem i forslaget om å omgjøre saker med sterk presumsjon om å gi oppholdstillatelse. Etter statsrådens mening kunne man heller ikke fastsette en absolutt botid. Dette ville etter hans oppfatning: "... signalisere at dersom barnefamilier «holder ut» lenge nok, vil man til slutt få oppholdstillatelse. Dette vil igjen medføre en fare for at foreldre bruker barna som et virkemiddel for å få oppholdstillatelse ... utgangspunktet [må] være at asylsøkere som får endelig avslag på sin søknad om asyl, skal innrette seg etter avslaget og forlate Norge av eget tiltak [min tilføyelse]."¹⁰⁶

¹⁰⁰ Ot.prp. nr 75 (2006-2007) side 158

¹⁰¹ Ibid. side 420.

¹⁰² Tørresdal og Lilletun. Dokument nr. 8:69 (2005-2006)

¹⁰³ Ot.prp. nr. 40(2006-2007), side 1

¹⁰⁴ Innst. S. nr 234 (2005-2006) vedlegg, 31.05.2006

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid.

Videre ble det bemerket at regjeringen ville starte arbeidet med å foreta endringer i regelverket for å senke terskelen for oppholdstillatelse etter anmodning om omgjøring av endelige vedtak. Dette ble blant annet begrunnet med ønsket om at barns tilknytning til riket skal tillegges større vekt enn i dag.

Det private lovforslaget fikk heller ikke tilslutning under Stortingets behandling.¹⁰⁷ Flertallet i Stortinget var imidlertid enige i det regjeringen hadde foreslått om regelendringene.¹⁰⁸

Etter dette ga Arbeids- og inkluderingsdepartementet en instruks til UDI og UNE, om å stille i bero saker hvor barn og eventuelt deres familier hadde søkt asyl eller opphold på annet grunnlag i påvente av en ny forskriftsbestemmelse.¹⁰⁹ Instruksen gjaldt for saker med barn som hadde oppholdt seg i Norge i tre år eller mer, per 1. april 2007. En ny forskrift, utfl. § 21b trådte i kraft 1.juni 2007.¹¹⁰ Forskriftsbestemmelsen hadde lik ordlyd som nåværende utfl. § 8-5. Den ble altså videreført i dagens forskrift. Derfor er forarbeidene til § 21b relevante for forståelsen av § 8-5. Dette har også blitt lagt til grunn i Høyesterett og i rundskriv utgitt av departementet.¹¹¹ Under tolkningen av § 8-5 må vi derfor se nærmere på forarbeidene til utfl. § 21b.

5.2.2 Tolkning av utlendingsforskriften § 8-5

Forarbeidene sier ikke noe nærmere om hvordan utfl. § 8-5 skal tolkes og anvendes i praksis. Tolkningen og instruksjonen er overlatt til departementet og utlendingsmyndighetene ettersom forvaltningen har fritt skjønn på området. Justisdepartementet har gitt ut et rundskriv om oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til Norge, hvor de blant annet har gått nærmere inn på hvordan utl. § 8-5 skal forstås og praktiseres.¹¹²

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 40(2006-2007) side 2

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 40(2006-2007) jf. Rundskriv AI-5/2006

¹¹⁰ Instruks AI-5/2006

¹¹¹ Rt. 2012 side 1985 avsnitt 124 og rundskriv A-63/09 av 21.12.2009, vedlegg 8.

¹¹² Rundskriv A-63/09, vedlegg 8

Dette rundskrivet gjengir det som har blitt uttalt om den tidligere forskriftsbestemmelsen, som er videreført til den nåværende bestemmelsen.¹¹³

Da utlendingsforskriften § 21b (nåværende § 8-5) trådte i kraft ble det anført i rundskriv, at det skulle fortsatt foretas en helhetsvurdering om det foreligger sterke menneskelige hensyn under vurderingen av barnets tilknytning til Norge. Vektingen av momentene skulle imidlertid bli annerledes, terskelen for å gi barn oppholdstillatelse ble etter tiltredelsen av utlendingsforskriften satt noe lavere enn tidligere.¹¹⁴

Dette rundskrivet ble utgitt samtidig som forskriften trådte i kraft. Det betyr at den kan dermed anses for å være et slags "forarbeid" til forskriftsbestemmelsen ettersom den er gitt samtidig med bestemmelsen og ikke i ettertid. Det bemerkes at på dette området er det vanlig at departementet kommer med nærmere retningslinjer for hvordan utlendingsmyndighetene skal tolke en bestemmelse. Dette kommer av at departementet har myndighet til å gi forskrift etter utl. § 38 siste ledd og har instruksjonsmyndighet overfor UDI. Dermed er forskriftenes rundskriv relevante for oss når vi skal kartlegge og finne ut av hva som ligger i utlf. § 8-5, og hvordan denne skal tolkes og forstås. Dette følger også av alminnelig rettskildelære, om et rundskrivs relevans og vekt.¹¹⁵

Det følger av rundskriv¹¹⁶ at med "tilknytning til riket" menes tilknytning som følge av lang oppholdstid i Norge. Hva som ligger i begrepet må vurderes individuelt og kan variere fra sak til sak. Etter departementets oppfatning kan det ikke fastsettes en absolutt oppholdstid, og en oppholdstid på under tre år vil ikke være tilstrekkelig.

Det bemerkes i rundskrivet at "lang oppholdstid" betyr ikke uten videre at man har "tilknytning til riket". Det må ses hen til barnets alder, om han har gått i barnehage eller skole, snakker norsk, har fritidsaktiviteter og situasjonen for øvrig tilsier at han er "særlig knyttet til det norske samfunnet". Som vi ser må forvaltningen foreta en grundig vurdering av barnet og

¹¹³ Ibid., jf. Rundskriv A-25/2007

¹¹⁴ Rundskriv A-25/2007

¹¹⁵ Eckhoff (2000) side 227

¹¹⁶ Rundskriv A-63/09 vedlegg 8, jf. A-25/2007

hans livssituasjon for å kunne vurdere om oppholdstillatelse skal gis. Videre sies det at foreldrenes eller andre omsorgspersoners mangel på samarbeid til å muliggjøre retur og avklare identitet, innvandrings- og allmennpreventive hensyn, kan tale mot at det innvilges tillatelse. Det vil til sist bero på en konkret helhetsvurdering om oppholdstillatelse skal gis.¹¹⁷

Oppholdstid etter at barnet har fått endelig avslag må også telle med etter føringer fra rundskrivet. Det må imidlertid tas en vurdering av om barnet opparbeider seg mer eller beholder samme tilknytning han allerede har fått.¹¹⁸ Dette fordi det ikke er gitt at tilknytningen til barnet er den samme etter endelig vedtak, som for eksempel hvis familien flytter eller barnet slutter på skolen eller barnehage.

Tolkningen av § 8-5 har i ettertid blitt forsøkt klargjort av departementet gjennom St.melding. Dette ble blant annet foretatt for å sikre en mer enhetlig praksis og likebehandling hos utlendingsmyndighetene, slik at hensynet til barnets beste anvendes i samsvar med lovgiverens hensikt.¹¹⁹

Departementet understreker i St.meldingen at barns tilknytning til Norge skal tillegges "særlig" vekt. Det vil si at "... i alle sakene må det foretas en individuell vurdering, hvor barnets alder og oppholdstid er sentralt".¹²⁰ Det legges til grunn at "... barn i skolepliktig alder lettere vil opparbeide tilknytning til Norge enn et barn som har bodd her i sine aller første leveår".¹²¹ Videre nevnes det at i slike saker kan også andre hensyn enn barnas tilknytning gjøres gjeldende eksempelvis helse, omsorgssituasjon og situasjonen i hjemlandet. Slike hensyn vil være relevante i helhetsvurderingen av utl. § 38.

Departementet viser at vi er særlig i grensetilfellet i forhold til hva formålet med bestemmelsen er når det foreligger oversittet utreisefrist og ulovlig opphold. Barn med lang botid i Norge vil nesten alltid ha lengre perioder med ulovlig opphold. Ifølge retningslinjene i St.meldingen må utlf. § 8-5 forstås slik at ulovlig opphold og oversittet utreisefrist er "mindre

¹¹⁷ Rundskriv A-25/2007

¹¹⁸ Rundskriv A-25/2007

¹¹⁹ St.meld. nr. 27 (2011-2012) side 55-56

¹²⁰ Ibid. side 56.

¹²¹ Ibid.

tungtveiende innvandringsregulerende hensyn" i saker hvor barn har tilknytning til Norge. Videre skal samarbeid med politiet, tilgjengelighet for hjemsendelse og sannsynliggjort identitet tillegges mindre vekt, enn hvor man har motarbeidet aktivt mot retur. Bruk av falsk identitet for å skjule seg eller å villedde norske myndigheter og aktiv unndragelse for retur, regnes som "tungtveiende innvandringsregulerende hensyn". Det samme gjelder ved brudd av straffeloven, men dette avhenger av forholdets karakter.¹²²

Regjeringen klargjorde disse ovennevnte forholdene ved tolkning av utfl. § 8-5. UNE og UDI, i ble bedt om å redegjøre for sin praksis med lengeværende barn ett år etter fremleggelsen av denne meldingen.¹²³

5.3 Forvaltningspraksis

5.3.1 Innledning

Spørsmålet er hvordan forvaltningen har anvendt utfl. § 8-5 i saker om barn og familier med lengeværende opphold. Har de dannet seg en fast praksis for hva som skal til for å gi oppholdstillatelse etter at forskriften ble vedtatt?

Det følger som nevnt av rundskrivet¹²⁴ at tre år med oppholdstid ikke er nok til å anse som tilknytning til Norge. Betyr det at barn og familier kan få oppholdstillatelse dersom man har oppholdt seg mer enn tre år i Norge? Hvordan har UNE vurdert disse typer saker og spørsmål?

UNE har redegjort nærmere for sin praksis vedrørende barn med lengeværende opphold i Norge i praksisnotater og i rapport "ett år etter barn på flukt".¹²⁵

Det fremkommer av rapporten fra UNE at i det siste året har flere barnefamilier med barn som har gått på skole i ett år og oppholdt seg omtrent fire og halvt år, fått oppholdstillatelse av

¹²² St.meld. nr. 27 (2011-2012) side 56-57

¹²³ Ibid. side 57.

¹²⁴ Rundskriv A-63/09 vedlegg 8, jf. A-25/2007

¹²⁵ UNE praksisnotat (19.10.2009) og (22.09.2009). UNE rapport (2013).

hensyn til barnets tilknytning enn tiden før St.meldingen ble lagt frem. Omgjøringsprosenten for avgjørelser fra høsten 2012 og våren 2013 var på 45 prosent. Sammenlignet med tall fra 2010 og 2011 har omgjøringsprosenten vært på ca. 30 prosent.¹²⁶ På bakgrunn av dette kan praksis kan peke i retning av å ha blitt mer entydig og mindre strengere for å gi oppholdstillatelse. Det gjøres imidlertid oppmerksom på at en slik sammenligning av omgjøringsprosenten kan ikke gi oss en sikker konklusjon på at det er flere som har fått omgjort avslagene sine det siste året. Dette fordi alle saker er forskjellig, og blir vurdert individuelt og konkret. I tillegg avhenger tallene av hvilke saker som kommer inn til behandling til enhver tid. Dette kan kun gi oss en antakelse om at St.meldingen kan ha bidratt til å senke terskelen til hensynet til barnets beste.

5.3.2 Oppholdstid og skolegang avgjørende momenter?

Det følger av UNEs praksis at barnets alder og oppholdstid har vært sentrale momenter i vurderingen av tilknytning til Norge.¹²⁷ Ifølge rapporten har praksisen vært at barnefamilier med oppholdstid på omtrent fire og halvt år, og et års skolegang i Norge har i utgangspunktet en tilknytning som oppfyller kravet til oppholdstillatelse.¹²⁸ Tilknytningen må imidlertid vurderes og avveies mot andre hensyn som innvandringsregulerende hensyn.

I det følgende skal det tas utgangspunkt i vedtak fra UNE for å se hva utlendingsmyndighetenes praksis har vært for å gi oppholdstillatelse til barn og familier med lang oppholdstid og skolegang i Norge. Det gjøres oppmerksom på at jeg ikke har hatt tilgang til fullstendige vedtak i praksisbasen. Sakene kan imidlertid brukes som illustrasjon og gi oss et bilde av regelansværelsen fra virkeligheten.

Spørsmålet er om fire og halvt års oppholdstid og et år med skolegang kan anses som tilstrekkelig for barn og deres familier, til å kunne få oppholdstillatelse i Norge etter utl. § 38?

¹²⁶ UNE rapport (2013) side 3 og 16

¹²⁷ UNE praksisnotat (22.09.2009) pkt. 7.1.1 og 7.1.3 og (19.10.2009) pkt. 2.5

¹²⁸ UNE rapport (2013) side 17

Saken med referanse N14079318 av 12.2013, gjaldt en klager som i første omgang kom med ektefellen og to barn til Norge i 2008 og søkte om beskyttelse. De fikk endelig avslag i 2010. Paret fikk et barn til i 2011.

Senere i 2013 begjærte klager med sine tre barn om å få omgjort avslaget på søknaden om beskyttelse. Klageren begrunnet dette med at ektefellen hadde flyttet fra og hun måtte vurderes på nytt, som en enslig forsørger. Dessuten ble barnas tilknytning til Norge også påberopt.

Omgjøringsanmodningen ble ikke tatt til følge. UNE fant ikke grunnlag for å gi familien opphold på humanitært grunnlag jf. utl. § 38. Det yngste barnet var to år på vedtakstidspunktet. UNE la til grunn at han ikke hadde nok tilknytningen til Norge. Tilknytningen var hovedsakelig til foreldrene hans.

De to eldste barna hadde en oppholdstid på fem år og ca. fire måneder i Norge. Dette ble i utgangspunktet ansett for å være en sterk tilknytning til landet. Det var imidlertid ikke avgjørende for å gi oppholdstillatelse. UNE foretok en helhetsvurdering og kom til at det innvandringsregulerende hensyn gjorde seg sterkt gjeldende i saken. Det ble lagt vekt på at familien hadde oppholdt seg ulovlig i riket i mer enn tre år og at klageren hadde gitt uriktige opplysninger om identitet. Videre ble det lagt til grunn at det ikke forelå reelt brudd mellom foreldrene, samt at de eldste barna hadde kunnskap om hjemlandets kultur og språk slik at det ikke ville være utilrådelig å returnere dem tilbake til hjemlandet. Forholdene i hjemlandet, sikkerhetsmessig og humanitært, tilsa heller ikke at det var urimelig å returnere familien dit. Barna ville få forsvarlig omsorg ved retur.

Som vi ser hadde barna sterk tilknytning til Norge og oppholdt seg mer enn fire og halvt år i landet. Dette var imidlertid ikke nok til å gi oppholdstillatelse etter at en avveining mot innvandringsregulerende hensyn. Det forelå både mindre og mer tungtveiende innvandringsregulerende hensyn i saken. Videre forelå det andre momenter i saken som hjemlandets- og familiens situasjon ved retur, som også talte mot oppholdstillatelse. Dermed var etter UNEs mening ikke urimelig å returnere familien til hjemlandet.

Videre gjaldt saken med referanse N11644959 av 04.2011, et ektepar med et barn som kom til Norge i 2003 og 2005 og søkte asyl. Familien fikk avslag på søknaden sin. De fikk flere barn

etter hvert, og familien begjærte senere omgjøring av vedtaket på bakgrunn av barn med lang oppholdstid og særlig tilknytning til Norge.

Omgjøringsanmodningen ble ikke tatt til følge. Det eldste barnet var 12 år og hadde oppholdt seg i Norge i omtrent fem år. Barnet gikk på skolen, var flink, ressurssterk og godt integrert i lokalmiljøet. Det ble lagt til grunn av UNE at ut fra praksis ville det eldste barnets tilknytning i seg selv tilsi at det forelå grunnlag for oppholdstillatelse. Etter en helhetsvurdering og avveining mot innvandringsregulerende hensyn, kom UNE imidlertid til at det ikke forelå grunnlag for å gi oppholdstillatelse til familien. Det ble lagt avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn. UNE så hen til at det forelå ulovlig opphold, manglende samarbeid for å muliggjøre retur og avklaring av identitet, som talte sterkt mot oppholdstillatelse. Videre forelå det ikke beskyttelseshensyn eller sikkerhetsmessige hensyn som var til hinder for retur. UNE la til grunn at familien hadde nettverk i hjemlandet og begge foreldrene var ressurssterke. Barna kunne etter dette få en forsvarlig omsorg ved retur. Dessuten tilsa allmennpreventive hensyn at det blir ført en streng praksis i slike saker, ettersom store deler av barnets oppholdstid refererte seg til tiden etter at familien fikk avslag i Norge. Det ble i tillegg lagt vekt på at barnets far var utvist av landet som følge av brudd på tolloven. Dette talte også mot oppholdstillatelse med tanke på at en eventuell tillatelse til barna ville medføre en splittelse av familien.

Som vi ser var det i denne saken mange momenter som talte mot oppholdstillatelse, til tross for at barna hadde lang oppholdstid og skolegang her. Det forelå både tungtveiende og mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn, som sammen med retur- og allmennpreventive hensyn talte mot oppholdstillatelse. Dette er et godt eksempel på at UNE foretar en total helhetsvurdering når de skal vurdere en sak. De ser hen til alle hensyn. Tilknytningen til Norge, barnets alder og oppholdstid, er ikke alltid avgjørende og nok til å gi oppholdstillatelse. De avveies mot andre hensyn.

Saken med referanse N139467114, av 09.2012, gjaldt et ektepar med to barn som søkte om beskyttelse i 2007. De fikk senere et barn til, som ble født i Norge. Familien fikk endelig avslag i 2008. En ny omgjøringsbegjæring ble fremmet i 2012 på bakgrunn av at barna hadde opparbeidet tilknytning til Norge.

Omgjøringsbegjæringen ble ikke tatt til følge. Barna hadde over femårs skole gang i Norge. Det yngste barnet var under skolepliktig alder, dermed ble tilknytningen hennes ansett for å være nærmest foreldrene. Angående de to eldste barna ble det sagt at de objektivt sett hadde opparbeidet en tilknytning til Norge. Innvandringsregulerende hensyn fikk imidlertid avgjørende vekt i saken. Det ble vist til at utreiseplikten ble ikke fulgt, familien hadde oppholdt seg ulovlig i landet i fire år, i tillegg hadde det blitt fattet vedtak om utvisning og innreiseforbud. Dessuten ville det heller ikke være urimelig eller tyngende for barna å bli returnert til hjemlandet.

Som vi ser har heller ikke barnas lange oppholdstid og flerårige skolegang vært nok til å gi oppholdstillatelse i denne saken. Etter praksis hadde barna fått en tilknytning til Norge som kunne oppfylle kravet til oppholdstillatelse etter utl. § 38. Denne tilknytningen har allikevel ikke vært sterk nok i forhold til innvandringsregulerende hensyn. Det foreligger ulovlige opphold og oversittet utreisefrist i saken, som blir ifølge St.meldingen og UNEs praksis sett på som "mindre tungtveiende" hensyn. I sakens sammendrag er det ikke nevnt noen "tungtveien- de innvandringsregulerende hensyn" som oppgivelse av falsk identitet, skjult eller gitt villedende opplysninger og aktivt unndragelse av tvangsmessig retur. Denne saken kan etter dette bli sett på som en strengt vurdert sak. Saken er typisk et grensetilfelle eller "tvilssak" hvor barna har integrert seg og blitt en del av lokalmiljøet på den ene siden. På den andre siden har foreldrene bodd her ulovlig og unnlatt å reise tilbake slik at de bør få konsekvenser for det. UNE vektla innvandringsregulerende hensyn og allmennpreventive hensyn fremfor hensynet til barna og deres fremtid her.

Saken med referanse N1262071112 av 08.2012, gjaldt et ektepar med barn som søkte asyl i 2008. De fikk et barn til i Norge. UNE ga endelig avslag på søknad om beskyttelse i 2010. Saken ble klaget videre inn til tingretten. UNEs avslag ble funnet gyldig i tingretten i 2011. Året etter ble vedtaket på nytt anmodet omgjort på grunn av barnas tilknytning til Norge.

Omgjøringsanmodningen ble ikke tatt til følge. Det eldste barnet hadde en oppholdstid på fire år og to måneder og var godt integrert i lokalsamfunnet. Barnets alder var under ti år. I tillegg hadde han en posttraumatisk stresslidelse. Det yngste barnet skulle begynne i barnehagen.

UNE betraktet barnets helsesituasjon til ikke å være av så alvorlig art at det ga grunnlag for oppholdstillatelse. Familien var fra Russland og retur til hjemlandet var heller ikke utilrådelig. Det ble lagt til grunn at foreldrene kunne gi barna en forsvarlig omsorg ved retur. UNE anså fire år og to måneder for å ikke være tilstrekkelig som tilknytning til Norge etter utlendingsloven. Barnas skolegang, fritidsaktiviteter og det forhold at de snakket norsk, ble heller ikke ansett for å være tilstrekkelig. UNE la avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn. Motargumenter som ble nevnt var familiens ulovlige opphold på over to år og deres oppgivelse av uriktig identitet og falsk forklaring, samt motarbeidelse mot gjennomføring av retur.

Som vi ser i denne saken har oppholdstiden ikke fullt vært fire og halvt år, slik kravet har vært ifølge praksis. Dette har dermed ikke blitt ansett for å være tilstrekkelig tilknytning til å få oppholdstillatelse. Eksemplet viser at UNE kan være strenge og eksakte med tanke på oppholdstiden i Norge. Fire år og to måneder, er i utgangspunktet ganske lang oppholdstid, men dette har UNE ikke sett på som tilstrekkelig for å ha tilknytning til Norge og oppholdstillatelse.

Hittil har vi sett på saker hvor oppholdstiden til barna har vært mer enn fire år og hatt flere år med skolegang. Dette har likevel ikke vært nok til å gi oppholdstillatelse etter en samlet vurdering og avveining mot innvandringsregulerende hensyn.

Det er viktig å bemerke at det foreligger tilfeller hvor UNE gir medhold og oppholdstillatelser. Spørsmålet er hvilke tilfeller er dette, og hva er det som kreves. I Saken med referanse N1355971011 av 10.2013 kom UNE med et annet resultat sammenlignet med de forrige sakene.

Denne saken gjaldt klager, en mor, med to barn som kom til Norge i 2008 og søkte asyl. De fikk endelig avslag i 2010. Vedtaket ble begjært omgjort flere ganger. Sist gang den ble begjært omgjort var våren 2013, og den ble delvis tatt til følge.

UNE fant det under en konkret helhetsvurdering at barna hadde opparbeidet seg en tilknytning til Norge, som tilsa at det forelå sterke menneskelige hensyn etter utfl. § 8-5. Barna var i en alder av 12 og 15 år, og hadde oppholdt seg i Norge i omtrent fem år. De gikk på skolen, kunne språket og var godt integrert i lokalsamfunnet. Klageren hadde ikke fremlagt

dokumentasjon på oppgitt identitet, selv om dette var mulig. UNE stilte dermed tvil i forhold til klagerens identitet og ga derfor midlertidig tillatelse etter utl. § 38 femte ledd jf. utfl. § 8-12.

Som vi ser var barna i tenårene og hadde bodd i Norge nesten like lenge som i de tidligere nevnte sakene. I saken her ble det gitt midlertidig tillatelse, mens i de andre sakene var innvandringsregulerende hensyn avgjørende. En årsak til at det ble gitt oppholdstillatelse i saken, kan være at det ikke forelå tungtveiende innvandringsregulerende hensyn, etter det som fremkommer av faktum. UNE har i alle fall ikke nevnt eller lagt avgjørende på det. Dessuten kan det også ha noe å si at klager kom til Norge med barna alene og ikke med barnas far. Dette kan tilsi at hun var i en særegen situasjon som aleneforsørger. I de andre nevnte sakene var begge foreldrene tilstede.

En annen spesiell sak med referanse N100075114, av 09.2010, viser også at de mer særegne tilfeller får oppholdstillatelse.

Denne saken gjaldt en mor og to sønner som kom til Norge i 2007 og søkte asyl. Søknadene ble avslått i 2009. En ny omgjøringsanmodning ble begjært i 2009 av klager, som ble begrunnet med hennes psykiske tilstand og barnas lengeværende opphold.

Omgjøringsanmodningen ble delvis tatt til følge. UNE kom under tvil at det forelå sterke menneskelige hensyn i saken som tilsa at familien skulle få oppholdstillatelse etter utl. § 38.

UNE la til grunn at klagerens psykiske problemer i seg selv ikke var nok til å kunne danne grunnlag for en oppholdstillatelse. Dette var kun et moment i helhetsvurderingen. Hensynet til barna talte sterkt for å gi familien oppholdstillatelse. Barna bodde i et fosterhjem og hadde gjort det siden 2008. Klager selv hadde ikke den daglige omsorgen for dem. Barna var i skolepliktig alder og hadde over tre års oppholdstid i Norge. Oppholdstiden var etter UNE ikke tilstrekkelig til å gi oppholdstillatelse. Det forhold at barna bodde i fosterhjem og hadde en nærmere tilknytning til lokalsamfunnet enn sin mor, talte imidlertid sterk for å gi familien oppholdstillatelse. Dessuten var det uforsvarlig å returnere barna til hjemlandet på grunn av omsorgssituasjonen deres.

Denne saken viser at barna var i spesiell sårbar situasjon, og hadde en særegen tilknytning til Norge sammenlignet med de andre sakene. Oppholdstiden var i utgangspunktet ikke tilstrekkelig for å gi oppholdstillatelse. Det forelå imidlertid sterke grunner i saken som tilsa at det ville være urimelig å returnere barna til hjemlandet, blant annet deres omsorgs- og livssituasjon ved retur.

Oppholdstiden var litt over tre år og barna fikk oppholdstillatelse her. Det foreligger saker fra UNE hvor oppholdstiden og skolegangen til barna har vært mye lengre enn tre år, men allikevel har ikke de ikke fått oppholdstillatelse. Det vises som for eksempel en sak med referanse N11496127 av 12.2010.

Denne saken gjaldt et ektepar med et barn, som kom til Norge i 2004 og søkte asyl. Familien fikk endelig avslag i 2007 og ba om omgjøringsbegjæringen flere ganger. Ingen av omgjøringsbegjæringene ble tatt til følge.

Ved den siste begjæringen var barnet tretten år. Han hadde oppholdt seg i Norge i seks og halvt år og gått på norsk skole under hele oppholdstiden. Etter UNEs mening hadde barnet en sterk tilknytning til Norge. Dette var imidlertid ikke nok til å gi oppholdstillatelse etter en helhetsvurdering og avveining mot innvandringsregulerende hensyn. Motargumentene det ble vist til var at klagerens situasjon skilte seg ikke vesentlig fra mange andre barnefamilier som har vært i Norge. Familien hadde heller ikke samarbeidet om retur og det var forsvarlig å returnere dem til hjemlandet. Dessuten ble sagt det at klagerne fikk endelig avslag i 2007, og på bakgrunn av dette kunne de ikke påberope berettigede forventninger om opphold i Norge. UNE fant ingen grunn til at foreldrene ikke kunne gi barnet en tilstrekkelig og forsvarlig omsorg i hjemlandet.

Denne saken viser at oppholdstid på seks år, kan heller ikke veie opp mot andre hensyn. Familien hadde oppholdt seg ulovlig i mange år her og det var ikke uforsvarlig å returnere dem til hjemlandet. Det er totalvurderingen av alle momentene i saken som er avgjørende for spørsmålet om oppholdstillatelse bør gis eller ikke. Dessuten ser det ut som at det må foreligge en *spesiell* situasjon som skiller seg fra andre saker, for kunne få oppholdstillatelse på dette grunnlaget.

På den andre siden vises det til en annen sak med referanse N1073891214, av 10.2010, hvor oppholdstid på ca. syv år ble ansett som ganske lang, og som tilsa at barna burde få oppholdstillatelse.

Denne saken gjaldt et ektepar med to barn som søkte asyl i 2003. Klagerne fikk endelig avslag i 2006. Kort tid etter ble saken imidlertid berostilt i påvente av forskriftsendring i 2007. I løpet av den tiden fikk ekteparet to barn til i 2006 og 2007.

Omgjøringsanmodningen ble ikke tatt til følge. Det ble senere fremmet en ny omgjøringsanmodning. UNE la til grunn at de fire barna hadde det vesentligste av oppveksten sin i Norge. Dermed hadde de opparbeidet seg en sterk tilknytning til landet. Det ble også lagt vekt på at det hadde gått lang tid før familien fikk avklart sin situasjon, ettersom saken ble berostilt. Momenter som talte mot oppholdstillatelse var ulovlig opphold over lengre tid og brutt utreiseplikt, samt at faren var utvist av landet på grunn av ulovlig bilkjøring.

UNE kom likevel i saken til at hensynet til barna burde veie tyngst. De to eldste barna var over syv år. Dessuten hadde de fått helseplager på grunn av familiens uavklarte situasjon, og faren til barna hadde behov for å bli i landet på grunn av behandling for sine psykiske plager. Utvisningsvedtaket ble omgjort. Det ble gitt begrenset tillatelse i saken, etter utl. § 38 femte ledd, på grunn av uavklart identiteten.

Som vi ser i denne saken har opparbeidet lovlig opphold og lang saksbehandlingstid talt til gunst for klagerne, i tillegg til barnas lange oppholdstid på mer enn syv år. Det bemerkes at det finnes eksempler fra praksis hvor avslag har blitt opprettholdt i UNE til tross for at familiene har hatt oppholdstid på åtte- ti år.¹²⁹ I disse sakene har det ifølge UNE ofte foreligget tungtveiende innvandringsregulerende hensyn eller at barnas tilknytning har vært svak.

5.3.3 Barnets alder?

Det følger av rapporten fra UNE at ved vurderingen av barns tilknytning kan barnets alder ha en sentral betydning. Eldre barn har det enklere for å knytte seg til samfunnet rundt og

¹²⁹ UNE rapport (2013) side 21

integre seg, sammenlignet med yngre barn under skolepliktig alder som holder seg for det meste sammen med foreldrene sine.¹³⁰ Momenter som barnets fritidsaktiviteter, prestering på skolen og språkferdigheter, taler positivt for oppholdstillatelse. Disse blir imidlertid ikke sett på som avgjørende momenter for om barnet har tilknytning til Norge.¹³¹ De tas med i helhetsvurderingen og avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn.

Det vises som for eksempel til en sak med referanse N106081316 av 01.2010, hvor barnet var i en alder av ca. 5 år og ble ikke ansett for å ha tilstrekkelig tilknytning, til tross for at han hadde oppholdt seg i Norge i fem år.

Saken gjaldt et par som kom til Norge og søkte asyl i 2005. Samme året fikk de en sønn i Norge. Familien fikk endelig avslag på opphold. I juli 2009 gjorde familien gjeldende en ny omgjøringsanmodning, som heller ikke ble tatt til følge.

UNE så hen til om barnet hadde opparbeidet en tilknytning til riket som tilsa at han burde få oppholdstillatelse etter utl. § 38. Barnet var på vedtakstidspunktet ca. fem år. Selv om han hadde oppholdt seg store deler av livet sitt i Norge, anså UNE det som ikke tilstrekkelig for å gi oppholdstillatelse. Det ble blant annet begrunnet med at barnet hadde sin primære tilknytning til sine foreldre. Det ble lagt vekt på at klagerne ikke hadde innrettet seg etter UNEs endelige vedtak og at innvandringsregulerende hensyn talte derfor sterkt mot oppholdstillatelse.

Denne saken er en av mange saker, hvor barn under skolepliktig alder ikke anses for å ha nok tilknytning. Som vi ser betyr "tilknytning til Norge" i utgangspunktet at det ikke er tilstrekkelig å være født her og bodd her hele livet. Det må foreligge en tilknytning til samfunnet rundt, enn bare sin egen familie, for at det skal gi grunnlag for oppholdstillatelse.

¹³⁰ Ibid. side 19.

¹³¹ Ibid. side 19.

5.3.4 Samlet vurdering av praksisen om barn med lengeværende opphold i Norge

5.3.4.1 Var fire og halvt års oppholdstid og minst ett års skolegang tilstrekkelig?

Sakene fra UNEs praksisbase viser at oppholdstiden og skolegangen ikke alltid er avgjørende momenter. Det skal en del til for å få opphold på bakgrunn av tilknytning til Norge. Fire og halvt års oppholdstid og minst ett år med skole i Norge, har i de fleste saker ikke vært tilstrekkelig etter en avveining mot innvandringsregulerende hensyn. UNEs fremleggelse av praksis om oppholdstid, ser imidlertid ikke ut til å være entydig. Det kommer frem etter gjennomgåelsen av sakene at det er andre motstående hensyn som innvandringsregulerende hensyn, som ofte blir avgjørende i saken. I de fleste nevnte UNE-sakene har innvandringsregulerende hensyn blitt tillagt avgjørende vekt.

Det ser ut som det kun blir gitt oppholdstillatelse til særegne og spesielle saker, hvor situasjonen til barna og familien skiller seg ut fra andre. Det vises som for eksempel til den ene saken¹³² hvor familien fikk medhold blant annet på grunn av at klager var enslig forsørger. Sammenligner vi det med de andre avslagssakene hadde barna begge foreldre sammen i Norge. Familien i den saken hadde som de fleste andre oppholdt seg ulovlig i landet i flere år og heller ikke oppgitt dokumentasjon på identitet. Dette ble likevel ikke sett på som avgjørende momenter, og hensynet til barna og deres tilknytning ble vektlagt mest.

5.3.4.2 Andre utslagsgivende momenter enn innvandringsregulerende hensyn og hensynet til barnets beste?

Andre hensyn blir også tatt i betraktning under vurderingen av oppholdstillatelse. Eksempler på slike hensyn er retursituasjonen, nettverk i hjemlandet, foreldrenes omsorgsevne og familiemedlemmers helsesituasjon. Det vises til de overnevnte sakene hvor disse hensynene har vært med på å spille inn under helhetsvurderingen i alle de enkelte sakene, særlig omsorgs- og

¹³² UNE referanse: N1355971011 av 10.2013

retursituasjonen til barna. Dette bidrar til at utlendingsmyndighetene ser på alle sider av en sak, før de treffer vedtak. De blir lagt vekt på som tilleggsmomenter i en sak og blir vurdert og avveid etter en helhetsvurdering, om de taler for eller mot oppholdstillatelse. Disse hensynene får som regel ikke utslagsgivende vekt alene, det må vurderes og avveies mot andre hensyn. Det følger av UNEs rapport følger at vektleggingen av disse varierer fra sak til sak.¹³³

5.3.4.3 Fast grense på oppholdstid?

Oppholdstiden og skolegangen har som tidligere nevnt vært sentrale momenter i vurderingen av barnets tilknytning. Som vi har sett i UNE-sakene, gir imidlertid ikke praksis noe klar grense på når oppholdstiden i seg selv tilsier at det foreligger sterke menneskelig hensyn eller tilknytning til Norge, som danner grunnlag for oppholdstillatelse. Dette følger også av UNEs praksisnotat.¹³⁴

Ut ifra de gjennomgåtte sakene kan det se ut til at oppholdstid i seg selv ikke gir grunnlag for oppholdstillatelse. Det varierer mye fra sak til sak for hva som regnes som lang nok oppholdstid for at det skal foreligge tilknytning til Norge og danne grunnlag for oppholdstillatelse. I den ene saken var seks års oppholdstid ikke nok, mens i den andre var det nok med oppholdstid på tre år. Det bemerkes at sakene er forskjellige av faktum og det foreligger ulike typer av innvandringsregulerende hensyn. Vi kan ikke finne en klar grense på hva UNE har satt på som oppholdstid, fordi alle saker er konkrete og forskjellige. Det er av den grunn av den grunn vanskelig å fastsette en bestemt grense.

Forarbeidene har også tatt opp dette. Det følger av forarbeidene at det er vanskelig å oppstille "konkrete tidsgrenser eller tilknytningspunkter" for hva som gir oppholdstillatelse eller avslag. Hver sak må vurderes individuelt, både tilknytningen til Norge og tilknytningen til hjemlandet kan være relevant i en helhetsvurdering.¹³⁵ I tillegg fremkommer det av St.meldingen at det ikke er mulig å sette en bestemt grense for når oppholdstillatelse bør gis av hensyn til barns tilknytning avveid mot innvandringsregulerende hensyn. Ifølge rapporten fra UNE er

¹³³ UNE rapport (2013) side 20

¹³⁴ UNE praksisnotat (22.09.2009) pkt. 7.1.1

¹³⁵ Ot.prp.nr. 75(2006-2007) side 158

situasjonen i dag fremdeles den samme, men rettsanvendelsen og vektingen har blitt noe mer enhetlig i avgjørelsene.¹³⁶

Noen familier har UNE imidlertid gitt oppholdstillatelse til, selv om de har hatt kortere oppholdstid i Norge. Det har da blitt gitt tillatelse av andre grunner enn barnas tilknytning.¹³⁷ Som for eksempel i den tidligere nevnte saken¹³⁸ hadde barna oppholdt seg totalt i tre år i Norge, men barnas særegne omsorgs- og retursituasjon talte sterkt for oppholdstillatelse. I andre saker har tidligere avslag blitt opprettholdt for familier der tilknytning og oppholdstid på åtte-ti år ikke har vært tilstrekkelig i forhold til innvandringsregulerende hensyn. I disse sakene foreligger det tungtveiende innvandringsregulerende hensyn eller at barna en svak tilknytning til Norge.¹³⁹

Det viktigste argumentet mot fast grense på oppholdstid er at dersom det fastsettes i loven eller forskrift vil det virke mot sin hensikt. En klar grense på hvor lang oppholdstid det kreves for å gi oppholdstillatelse vil få familier og barn til å bli igjen i landet ulovlig og "vente" frem til de oppfyller lovens vilkår og deretter søke om oppholdstillatelse igjen eller begjære omgjøring. Det vil få flere til begå brudd på utlendingsloven og utreiseplikten. I tillegg vil det gå utover kontrollen med innvandringen. Myndighetene vil som følge av dette få mindre oversikt over hvem som befinner seg ulovlig i landet, samt vil det svekke respekten for loven og utlendingsmyndighetenes vedtak.

På den andre siden taler rettsikkerheten til de enkelte og hensynet til forutberegnelighet at utlendingsmyndighetene bør ha klarere grenser. Det er helt forskjellig fra sak til sak hva som blir vektlagt og hva saksbehandler anser som det viktigste hensyn. Man ikke si noe sikkert om en vil få oppholdstillatelse eller ikke. Dette går ofte hardt ut over barna, som ofte blir værende igjen på mottak etter foreldrenes valg og lever i en uavklart situasjon. Rapporter fra samfunnsinstituttet¹⁴⁰ viser at mange av barna på mottak sliter med psykiske plager blant på grunn av en utrygg og uforsvarlig oppvekst. Forholdene på mottak er ikke lagt opp til at barn skal bli

¹³⁶ UNE rapport (2013) side 18

¹³⁷ Ibid. side 17.

¹³⁸ N100075114 av 09.10

¹³⁹ Ibid. side 21.

¹⁴⁰ Institutt for samfunnsforskning (2011) side 42-43, 47 og 95

boende der over lengre tid. Mange av barna lever under fattigdomsgrensen og har mangel på hjelp og støtte. En del av dem er traumatiserte etter alt de har opplevd og gjennomgått i livet. Det er en grunn til at disse er flyktninger. Barneombudet har også uttrykt bekymring for barn som må leve under slike forhold. Ombudet hevder at behandlingen er skadelige for barna med tanke på at de ikke vet om de kommer til å bli her eller ikke.¹⁴¹

Menneskelige hensyn taler sterkt for at disse barna fortjener det bedre. Det kan imidlertid ikke gis tillatelse til alle. Det er et behov for en nærmere regulering og klarere grenser for dette, slik at barn unngår å vokse opp under slike forhold.

5.3.4.4 Tungtveiende og mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn?

I noen av sakene har "mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn" som ulovlig opphold og brudd på utreiseplikt vært nok til å gi avslag, til tross for at barna har hatt tilknytning og oppholdt seg lenge i Norge. Se for eksempel tidligere nevnt sak fra UNE med referanse N139467114 av 09.201. Barna hadde bodd i landet i fem år og hadde femårig skolegang i Norge, men UNE la avgjørende vekt på de innvandringsregulerende hensynene, og det var kun de "mindre tungtveiende hensyn" som ble nevnt i avveiningen.

Det heter i rapporten fra UNE at det skal en del til for å ikke gi oppholdstillatelse til lengeværende barn og familier, dersom det kun foreligger "mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn" i en sak.¹⁴² Dette kan se ut til at det ikke anvendes full ut i praksis ennå. Det fremgår ikke klart av vedtakene fra UNE om hva som er mindre eller tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. UNE rapporten og departementet i St.meldingen, har nevnt noen eksempler på de ulike innvandringsregulerende hensyn, men det er fremdeles uklart for hva som går inn under mindre eller mer tungtveiende hensyn. Det virker som alle hensyn mot oppholdstillatelse samlet sett, anses for tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. For å ivareta hensynet til likebehandling og rettssikkerheten til den enkelte, bør dette skillet komme klarere frem i vedtakene. Dette vil også føre til effektivitet og klarere retningslinjer for saksbehandleren.

¹⁴¹ Barneombudet (2012)

¹⁴² UNE rapport (2013) side 22

5.3.4.5 Begrensede tillatelser?

Ut ifra de sakene som er redegjort her, ga UNE medhold kun med begrensede tillatelser.¹⁴³ Begrenset tillatelse betyr at klagerne får tillatelse for ett år og må dokumentere sin identitet for å kunne få ubegrenset tillatelse etter § 38.¹⁴⁴ En begrenset tillatelse danner ikke grunnlag for permanent opphold.

Denne regelen får utlendingene som får opphold, til å handle og sannsynliggjøre sin identitet. De får et slags handlingsplikt dersom de ønsker å bli lengre i landet. Dette kan på den andre siden virke ineffektivt for systemet fordi det medfører at utlendingenes sak må vurderes på nytt når identiteten blir lagt frem. Det kan også være vanskelig for noen å sannsynliggjøre identiteten sin ettersom de flykter fra et land og ikke har alle dokumenter tilgjengelig. Enkelte av utlendingene er ressursvake og har ikke evne og mulighet til å få klarlagt sin identitet. I tillegg kan det være en ulempe for utlendingene ikke å vite om de virkelig får bli i landet, selv etter at de får medhold i saken om at det foreligger sterke menneskelige hensyn eller tilknytning til Norge. Alt i alt kan hyppige vedtak med begrensede tillatelser være prosessøkonomisk og ineffektiv for begge parter, både for den enkelte og for samfunnet.

¹⁴³ Referanse N100075114 av 09.2010 og N1355971011 av.10.2013

¹⁴⁴ Utl. § 38 femte ledd jf. utlf. § 8-12

6 Avsluttende bemerkninger

Funnene i avhandlingen viser at det foreligger fremdeles en del uklarheter i avveiningen av hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn. Barnekonvensjonen, utlendingsloven, forarbeider og rettspraksis åpner for at det kan legges mer vekt på andre motstående hensyn som innvandringsregulerende hensyn fremfor hensynet til barnets beste. Det foreligger imidlertid uenighet i praksis på hvor mye de ulike hensynene skal vektlegges. Det kan se ut til at da loven ble utgitt, var lovgiver ikke fullt klar over at situasjonen lengeværende barn og familier ville utvikle seg slik som det ble i praksis. Gjennomgåtte saker fra Høyesterett, underinstanser og UNE viser at praksisen er streng og uforutsigbar. Det er vanskelig å sette grenser for avgjørelsesmyndighetene blant annet på grunn av sakenes konkrete karakter. Avviket i praksisen viser klart at det bør gis nærmere retningslinjer for hva som skal vektlegges og hvor mye det skal vektlegges i en sak. UNE som har en avgjørende betydning for hvordan praksisen anvendes, kan ikke instrueres på andre måter enn endringer i lov eller forskrift. Derfor er det viktig at det kommer nærmere bestemmelser om det som er gjeldene for alle i utlendingsmyndighetene.

I forhold til barn med lengeværende opphold i Norge bør myndighetene sette i gang effektive tiltak slik at det ikke går lang tid før de får avklart oppholdssituasjonen sin. Enten bør det gis oppholdstillatelse eller hvis noen ikke oppfyller lovens vilkår, bør de returneres raskere før barna deres begynner å bli eldre. Det er synd at mange barn mister en del av barndommen sin ved å leve under slike forhold. Videre bør det settes tiltak som fremmer frivillig retur, som for eksempel ha ordninger slik at det er sosialt og økonomisk trygt å reise tilbake til hjemlandet. Det viktigste er å ha klare retningslinjer for avgjørelsesmyndighetene for at det skal fattes mest mulig rettferdige og rettssikre vedtak, og at asylsøkere ikke blir igjen i landet på grunn av at de føler seg urettferdig behandlet og velger heller å omgjøre vedtaket sitt gang på gang. En nærmere regulering i lov eller forskrift kan hindre at disse situasjoner oppstår.

7 Litteraturliste

Bøker

Boe Erik. *Innføring i juss. Statsrett og forvaltningsrett*. Bind 2. Oslo, 1993

Eckhoff Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*. 8. utgave. Oslo, 2008

Eckhoff Torstein ved Jan E. Helgesen. *Rettskildelære*. 5. utgave. Oslo, 2000.

Høstmælingen Njål, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg. *Barnekonvensjonen. Barnsrettigheter i Norge*. 2. utgave. Oslo, 2012

Ruud Morten og Geir Ulfstein. *Innføring i folkerett*. 4. utgave. Oslo, 2011

Tvedt Morten Walløe, Roar Berge og Sindre Gjertsen Marqvardsen. *Hvordan forstå materiell forvaltningsrett*. Oslo, 2007

Øyen Øyvind Dybvik. *Lærebok i utlendingsrett*. Oslo, 2013.

Artikler

Tidsskrifter

Bernt, Jan Fridthjof. "*Høyesterett som politisk arena- noen refleksjoner med utgangspunkt i to Høyesterettsdommer om norsk utlendingspolitikk*". *Jussens venner* nr. 05 (2013), side 321-328.

Einarsen Terje. *Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn*. *Jussens Venner* nr.05 (2013), side 287-319.

Skiple Jon Kåre, Frøy Gudbrandsen og Gunnar Grenstad. "*... som speiler det samfunnet vi har*". *Høyesterett, asylbarn og den alminnelige rettsoppfatningen*. *Lov og rett* nr. 09 (2013), side 610-629.

Lovregister og forskrifter

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

2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90

1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 20

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

Forarbeider

NOU

NOU 2004:20 *Ny Utlendingslov.*

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) *Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)*

Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) *Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)*

Ot.prp. nr. 40 (2006-2007) *Om lov om endringer i utlendingsloven (senking av terskelen for omgjøring av vedtak)*

Innstillinger til Odelstinget

Innst.O.nr 42 (2007-2008) *Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)*

Stortingsdokumenter

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

Lovforslag

Bjørg Tørresdal og Jon Lilletun. *Dokument 8:69- om tiltak for barn som har sittet lenge i asylmottak* (2005-2006) 05.04. 2006.

(<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Representantforslag/2005-2006/dok8-200506-069/#a2>)

Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen

Innst. S. nr. 234 (2005-2006). *Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om forslag fra stortingsrepresentantene Bjørg Tørresdal og Jon Lilletun om tiltak for barn som har sittet lenge i asylmottak*. Vedlegg: Brev fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet v/statsråden til kommunal- og forvaltningskomiteen. 31.05.2006.

<https://www.stortinget.no/no/Saker-og->

[publikasjoner/Publikasjoner/Innstillinger/Stortinget/2005-2006/inns-200506-234/?1vl=0#a5](https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Innstillinger/Stortinget/2005-2006/inns-200506-234/?1vl=0#a5)

Instruks og rundskriv utgitt av departementet

Arbeids- og inkluderingsdepartementet. *Instruks om å stille saker i bero* (AI-5/2006). 31.08.2006.

(<http://www.regjeringen.no/en/dokumentarkiv/stoltenberg-ii/aid/rundskriv/2006/ai-52006-instruks-om-a-stille-saker-i-be.html?id=109616>)

Arbeids- og inkluderingsdepartementet. *Rundskriv om ikrafttredelse av ny utlendingslov og ny utlendingsforskrift fra 1. januar 2010* (A-63/09). 21.12.2009. Vedlegg nr. 8.

(<http://www.regjeringen.no/en/dep/jd/dok/rundskriv/2009/A-6309--Rundskriv-om-ikrafttredelse-av-ny-utlendingslov-og-ny-utlendingsforskrift-fra-1-januar-2010.html?id=591086>)

Arbeids- og inkluderingsdepartementet. *Rundskriv. Ikraftsetting av forskrift om endringer i utlendingsforskriften (sterkere vektlegging av barns tilknytning til riket, oppholdstillatelse når det foreligger praktiske hindringer for retur)*. (A-25/2007). 01.06.2007.

(<http://www.regjeringen.no/en/dokumentarkiv/stoltenberg-ii/aid/rundskriv/2007/ikraftsetting-av-forskrift-om-endringer--2.html?id=469585>)

Konvensjoner

Barnekonvensjonen FN konvensjonen om barnets rettigheter av 20. november 1989

Wien konvensjonen Wien konvensjonen om traktatretten, Wien 23.mai 1969

Flyktningkonvensjonen

FNs konvensjon om flyktnings stilling av 18. juli 1951 og
protokoll 31. januar 1967

Rettspraksis

Norsk retts Tidende

Rt.2012 side 1985

Rt.2012 side 2039

Rt. 2010 side 1313

Rt. 2009 side 1261

Rt. 2009 side 1330

Rt.2008 side 681

Avgjørelser fra underinstanser

Foretatt søk på lovdata per 15.01.2014. Søkt på utl. § 38 og utfl.§ 8-5. Jeg har tatt med den siste rettsavgjørelsen i hver enkelt sak.

Klagerne fikk medhold i 8 av disse:

TOslo-2011-10101

TOslo-2012-92899

TOslo- 2012-81237

TOslo- 2013-148635

TOslo-2013-76824

Lb-2011-27823-2

Lb-2012-81191

Lb-2013-58457

Klagerne fikk ikke medhold:

TOslo-2009-204463

TOslo-2010-1785

TOslo-2011-36117

TOslo-2011-96956

TOslo-2011-104717

TOslo-2011-107862

TOslo-2011-108038
TOslo-2012-138832-2
TOslo-2013-114430
Lb-2010-70479
Lb-2011-56916
Lb-2011-64941
Lb-2011-68731
Lb-2011-86996
Lb-2011-120583
Lb-2011-150442
Lb-2012-72745
Lb-2012-200739
Lb-2013-13648

Forvaltningspraksis

UNE praksisbase:

Saker f.o.m 2010. Søkt per 06.02.2014 på: Beskyttelse (asyl)/ot-hum - barnets beste-
utfl. § 8-5 skrevet i søkefeltet. Fant totalt 17 saker med referanse:

N100075114 av 09.2010
N106081316 av 01.2010
N1256641112 av 08.2012
N134194116 av 10.2013
N124351425 av 12.2010
N136998828 av 05.2013
N14079318 av 12.2013
N1355971011 av 10.2013
N11644959 av 04.2011
N12343788 av 03.2012
N11496127 12.2010
N103474316 av 02.2010
N11332959 av 04.2011

N139467114 av 09.2012

N1262071112 av 08.2012

N1073891214 av 10.2010

N1291631112 av 11.2011

Rapport fra UNE

UNE rapport: *Ett år etter barn på flukt. Utlendingsnemndas rapport til Justisdepartementet om tiltak 3 i stortingsmeldingen.* 17.06.2013.

<http://www.une.no/Documents/Tiltak%203%20st%20meld%20%20barn%20p%C3%A5%20flukt%20rapportering.pdf>

UNE/UDI praksisnotat

UNE praksisnotat. *Betydningen av barnets beste i asylsaker.* 19.10.2009

<http://www.une.no/Praksis2/Notater/-Betydningen-av-barnets-beste-i-asylsaker/>

UNE praksisnotat. *Betydningen av lang oppholdstid i Norge.* 22.09.2009

<http://www.une.no/Praksis2/Notater/Betydningen-av-lang-oppholdstid-i-Norge/>

Internasjonal anbefalinger og kommentarer

FNs komite for barns rettigheter. General comment No. 6 (2005). Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin. (CRC/GC/2005/6). 01.09.2005

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/532769d21fcd8302c1257020002b65d9/\\$FILE/G0543805.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/532769d21fcd8302c1257020002b65d9/$FILE/G0543805.pdf)

FNs komite for barns rettigheter. Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention (2010). Fifty-third session. (CRC/C/NOR/CO/4) 29.01.2010.

<http://www.galdu.org/govat/doc/crcnorco4.pdf>

Generalforsamlingsresolusjon 66/138 (2011). Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure. 27.01.2012

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=%20A/RES/66/138

Nettsider

UNE. *Ansvarsforholdet på utlendingsfeltet* (2012) 04.12.2012.

<http://www.une.no/om-oss/Utlendingsforvaltningen/Ansvarsforholdene-pa-utlendingsfeltet/>
[sitert:10.03.2014]

Barneombudet. *Barnets beste og tilknytning til riket* (2011) 12.03.2011.

<http://barneombudet.no/wp-content/uploads/2013/09/barnets-beste-og-tilknytning-til-riket.pdf>
[sitert:14.03.2014]

Statistikk og andre rapporter

Statistisk sentralbyrå. *Asylsøkere kommet til Norge, etter statsborgerskap. Årbok.* (2013).

<http://www.ssb.no/a/aarbok/tab/tab-094.html> [sitert: 29.01.14]

Nasjonalt folkehelseinstitutt. *Rapport 2009:11. Avhengig og Selvstendig. Enslige mindreårige flyktningers stemmer tall og tale* (2009).

<http://www.fhi.no/dokumenter/87bc8567f7.pdf> [sitert: 18.04.2014]

UDI statistikk og analyse. *Statistikk over asylsøkerbarn som har vært i Norge lenger enn tre år. Notat.* (2013). 18.03.2014.

<http://www.udi.no/PageFiles/27974/Statistikk%20lengv%20c3%a6rende%20barn%20med%20tall%20per%20mars%202013.pdf> [sitert: 18.03.2014]

Institutt for samfunnsforskning. *Rapport 2011:001 Medfølgende barn i asylmottak – livssituasjon, mestring, tiltak* (2011).

<http://www.samfunnsforskning.no/Publikasjoner/Rapporter/2011/2011-001>