

Fagfelleurdert artikkel

## Midlertidig opphald for einslege mindreårige asylsøkjjarar – eit akseptabelt verktøy for internasjonalt vern?

Av Solveig Marie Igesund<sup>1</sup>

E-post: [s.m.igesund@nchr.uio.no](mailto:s.m.igesund@nchr.uio.no)

*I 2008 opplevde Noreg ein auke i talet på einslege mindreårige asylsøkjjarar, frå 403 i 2007 til 2500 i 2009. Dette førte til ei innstramming i asylpolitikken og innføring av midlertidig opphald for einslege mindreårige asylsøkjjarar mellom 16 og 18 år. Det vil seie at einslege asylsøkjande barn, som tidlegare fekk bli i Noreg om ein ikkje fann omsorgspersonar å returnere dei til, no må reise heim når dei fyljer 18 år. Denne artikkelen drøftar dei menneskerettslege konsekvensane av denne ordninga, sett i lys av FNs barnekonvensjon.*

*FNs høgkommissær for flyktingar har erkjent at midlertidig opphald kan bli brukt utanfor konteksten av masseflukt, men at bruken i slike situasjonar må studerast nærare. Målet med denne artikkelen er difor å setje lys på eit av områda der norsk lovgiving og praksis kan forbedrast, samt å medverke til ein diskusjon om dette er eit akseptabelt verktøy for vern av einslege mindreårige asylsøkjjarar.*

*Gjennom ein analyse av artikkel 2 (ikkje-diskriminering), artikkel 3 (barnets beste) og artikkel 6 (barnets rett til utvikling) i FNs barnekonvensjon syner artikkelen at det er ei klar forskjellsbehandling av barn høvesvis over og under 16 år. To dommar frå Høgsterett held fram at denne forskjellsbehandlinga har eit sakleg formål, nemleg å hindre at barn migrerer og set seg sjølv i ein farleg situasjon. Artikkelen finn likevel at det ikkje er eit rimeleg forhold mellom dette målet og verkemiddelet som er brukt. Ein kan difor stille spørsmål ved om midlertidig opphald er eit akseptabelt verktøy for internasjonalt vern, i den form det blir brukt i dag, overfor einslege mindreårige asylsøkjjarar i ein sårbar fase av livet.*

### 1 INNLEIING

Sidan mai 2009 har om lag 195 einslege asylsøkjande barn mellom 16 og 18 år fått midlertidig opphald i Noreg.<sup>2</sup> Ordninga med midlertidig opphald vart føreslått som del av ein 13-punktsplan for å stramme inn asylpolitikken under Stoltenberg II-regjeringa.<sup>3</sup> Trass i at Sosialistisk Venstreparti (SV) tok dissens, så vart tiltaket innført i norsk regelverk i 2009 gjennom utlendingsforskrifta § 8-8. Tiltaket lyder:

«Enslige mindreårige asylsøkere som har fylt 16 år på vedtakstidspunktet og som ikke har annet grunnlag for opphold enn at norske myndigheter anser at søkeren er uten forsvarlig omsorg ved retur, kan gis oppholdstillatelse etter lovens § 38 første ledd til fylte 18 år.»<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Solveig Marie Igesund har mastergrad i «The Theory and Practice of Human Rights» frå Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, og jobbar som førstekonsulent for dei internasjonale programma ved Norsk senter for menneskerettigheter.

<sup>2</sup> Utlendingsdirektoratet (UDI), *Statistikk på EMA begrenset tillatelse*, e-postkommunikasjon, 05.11.2014.

<sup>3</sup> Arbeids- og inkluderingsdepartementet, «Innstramming i asylpolitikken», Pressemelding 03.09.2008 nr. 88.

<sup>4</sup> Utlendingsloven (2008), § 38 første ledd; Utlendingsforskriften (2009), § 8-8.

Dette vil seie at einslege asylsøkjande barn, som tidlegare fekk varig opphald i Noreg om ein ikkje fann omsorgspersonar å returnere dei til, no må reise heim når dei fyller 18 år. Tanken bak forslaget var å sende eit signal om at dersom ein ikkje har behov for vern, så bør ein ikkje starte på den farlege reisa til Europa – som vil føre til avslag og retur.<sup>5</sup>

Tal frå november 2014 syner at berre 19 av 195 har returnert frivillig ved fylte 18 år, medan det er 16 som er blitt returnert med tvang av politiet. Dette trass i intensjonen i forslaget. Det er vidare 113 ungdomar som har fylt 18 år og som har utreiseplikt.<sup>6</sup> Fram til i dag er det difor få ungdomar med midlertidig opphald i Noreg som har oppnådd det den internasjonale flyktningretten kallar ei «varig løysing»: frivillig retur til heimlandet, lokal integrasjon i det nye vertslandet eller busetjing i eit tredjeland.

I FNs barnekomité sin generelle kommentar nr. 6 vert det framheva at eit av gapa i vernet av einslege mindreårige asylsøkjjarar er at somme berre får midlertidig status, som ender når dei fyller 18 år, og at det er få effektive returprogram.<sup>7</sup> Separated Children in Europe Programme (SCEP) har vidare uttalt at «durable solutions is unlikely to be durable if it is based upon a decision to allow the child to remain up to their 18th birthday».<sup>8</sup>

Ein finn liknande ordningar med midlertidig opphald for einslege mindreårige asylsøkjjarar i Danmark, Storbritannia og Nederland.<sup>9</sup> Det fins derimot ingen internasjonalt anerkjent definisjon som etablerer minstestandardar eller som seier noko om i kva situasjonar eller mot kva personar ei slik ordning skal brukast.<sup>10</sup>

*Problestillinga* for denne artikkelen er difor å drøfte dei menneskerettslege konsekvensane av midlertidig opphald, sett i lys av FNs barnekonvensjon. Er midlertidig opphald for einslege mindreårige asylsøkjjarar eit akseptabelt verktøy for internasjonalt vern? Eg vil i hovudsak drøfte to spørsmål: Fører midlertidig opphald til ei varig løysing? Og er det eit rimeleg forhold mellom målet bak ordninga og verkemiddelet som vert brukt?

I kapittel 2 av artikkelen vil eg sjå på definisjonen av midlertidig opphald og utviklinga av denne politikken i Noreg. Formålet med denne delen er å gjere greie for skilnadane i bruken av midlertidig opphald som verktøy for internasjonalt vern. I kapittel 3 vil eg vidare diskutere midlertidig opphald i eit menneskerettsleg perspektiv, med særleg fokus på retten til ikkje-diskriminering (artikkel 2), barnet sitt beste (artikkel 3) og barnet sin rett til utvikling (artikkel 6). I kapittel 4 vil eg så gi ei kort drøfting av situasjonen for dei einslege mindreårige etter at dei fyller 18 år, før eg til slutt vil summere opp konklusjonane i kapittel 5.

## 2 KVA ER MIDLERTIDIG OPPHALD?

### *Mellomstasjon på veg til ei varig løysing*

Konseptet «midlertidig beskyttelse» er ikkje eit nytt fenomen. Ifølgje FNs høgkommissær for flyktningar (UNHCR) går praksisen tilbake til 1953, då kinesiske flyktningar vart midlertidig mottekne i Hong Kong.<sup>11</sup> Gjennom sin bruk har midlertidig vern av flyktningar blitt sett på som ein mellomstasjon på veg til ei varig løysing («durable solution»).

Denne varige løysinga kan ideelt sett oppnåast gjennom frivillig retur, integrasjon i mottakslandet eller busetjing i eit tredjeland. Det øvste målet med den varige løysinga er at flyktningane kan byggje seg eit nytt liv i verdigheit og fred.<sup>12</sup> For einslege mindreårige legg FNs barnekomité til grunn at ei varig løysing, i den grad det er mogleg, skal hjelpe barna ut av

<sup>5</sup> Lønseth 2012, «Vi tar vare på asylbarna» i NRK Replikk, 23.11.2012.

<sup>6</sup> UDI 2014.

<sup>7</sup> FNs barnekomité General Comment No. 6 (2005), avsnitt 3.

<sup>8</sup> SCEP 2004, s. 33.

<sup>9</sup> Meld. St. 27 (2011–2012), s. 33.

<sup>10</sup> UNHCR 2012, s. 2–4.

<sup>11</sup> UNHCR 2012, s. 2–4.

<sup>12</sup> Kjærum 1994, s. 445.

situasjonen som einsleg og åtskild frå familien. Sjølv om familiegjenforeining difor er det fremste målet, seier samstundes artikkel 22 i FNs barnekonvensjon at:

«Dersom det ikke er mulig å finne foreldre eller andre familiemedlemmer, skal barnet gis samme beskyttelse som ethvert annet barn som av en eller annen grunn permanent eller midlertidig er berøvet sitt familiemiljø ...»<sup>13</sup>

Ifølgje UNHCR kan omgrepet «midlertidig beskyttelse» best definerast som «eit praktisk verktøy for å møte akutte behov i situasjonar av masseflukt». I EU-direktivet om midlertidig beskyttelse, vedtatt av Europarådet 20. juli 2001, blir omgrepet «masseflukt» definert som:

«ankomst av mange personer fra ett land eller en region til EU-området uavhengig av om disse kom på egen hånd eller ved hjelp av for eksempel et internasjonalt evakueringsprogram».<sup>14</sup>

I forarbeida til utlendingslova kjem det vidare fram at dersom det kjem mange asylsøkjjarar i ein periode og desse er frå ulike område i verda, så kan det ikkje innførast midlertidig vern. Ordninga er difor eit *unntaksverkemiddel*, som inneber omgåande og midlertidig vern.<sup>15</sup> I utgangspunktet er det viktig å skilje mellom midlertidig vern som blir gitt på kollektiv basis, og midlertidig vern som blir gitt på individuell basis, slik som til einslege mindreårige asylsøkjjarar mellom 16 og 18 år i Noreg. Som det vil bli synt under, er det likevel mange dilemma som går igjen i begge typene av opphald. Det fins også meir tilgjengeleg informasjon og rammeverk om midlertidig vern på kollektiv basis.

UNHCR har likevel anerkjent at midlertidig opphald kan bli brukt utanfor konteksten av masseflukt, men at bruken i slike situasjonar må studerast nærare.<sup>16</sup> I staden for å konkretisere i kva andre tilfelle midlertidig opphald kan vere eit akseptabelt verktøy for vern, har UNCHR definert i kva situasjonar midlertidig vern *ikkje* bør brukast. Ordninga skal for eksempel ikkje nyttast for å undergrave eksisterande plikter, for å skremme personar frå å søkje asyl, for å oppmuntre til for tidleg retur, for å spare kostnadar ved individuell saksbehandling eller for å politisere ein spesiell situasjon.<sup>17</sup> The European Council on Refugees and Exiles har også argumentert for at midlertidig opphald berre er ein rimeleg strategi i naudstilfelle der individuell avklaring av status ikkje er praktisk. Dei motset seg all bruk av midlertidig opphald for individuelle asylsøkjjarar som har fått sin asylsøknad avslått, men som ikkje kan returnere av andre årsaker.<sup>18</sup>

#### *Utvikling av ein «heilskapleg flyktningpolitikk»*

I Noreg vaks ideen om midlertidig vern av flyktningar fram på 1980-talet. Tanken var at immigrasjonskontroll no skulle inkludere førebyggjande tiltak utanfor Noreg sine grenser. Det vart samstundes understreka at Noreg ikkje kan løyse flyktning- og migrasjonsproblema i verda ved å la alle som ynskjer å busetje seg i landet, få gjere det.<sup>19</sup> Eit sentralt mål med politikken var å skape nye forventningar, ikkje berre blant flyktningane, men også i den norske opinionen, ved å sende eit klart signal om at å få asyl ikkje nødvendigvis vil føre til varig opphald.<sup>20</sup> Ein slik midlertidig politikk ville føre til ein større sirkulasjon i migrasjonen,

<sup>13</sup> FNs barnekomité General Comment No. 6 (2005), avsnitt 79.

<sup>14</sup> EU-direktivet om midlertidig beskyttelse (2001), artikkel 2 (d).

<sup>15</sup> NOU 2004: 20, pkt. 6.10.2.

<sup>16</sup> UNHCR 2012, s. 2.

<sup>17</sup> UNCHR 2012, s. 2–4.

<sup>18</sup> ECRE 1997, s. 4–5.

<sup>19</sup> Brochmann og Hammar 1999, s. 213.

<sup>20</sup> Brochmann og Hammar 1999, s. 219–221.

ved at personar som fekk vern i Noreg, men så opplevde positive endringar i heimlandet, var forventa å returnere. Dette ville så gi ledige plassar i Noreg for nye flyktingar med behov for vern.<sup>21</sup> Framveksten av denne praksisen var i tråd med utviklinga i Vest-Europa, og anbefalt av blant andre UNCHR.<sup>22</sup>

Då krigen braut ut i det tidlegare Jugoslavia, var difor tenkinga kring ein ny flyktingpolitikk allereie i ferd med å utvikle seg. Mottaket av dei 13 000 flyktingane frå Bosnia var difor den første testen av den nye heilskaplege flyktingpolitikken i Noreg. Kva var hovudtrekka ved modellen for midlertidig opphald for dei bosniske flyktingane sett i lys av den modellen som i dag blir brukt overfor einslege mindreårige asylsøkjjarar mellom 16 og 18 år? Og møtte myndigheitene utfordringar eller dilemma ved implementering av modellen?

*For det første* så var den midlertidige opphaldsstatusen til dei bosniske flyktingane avgrensa til bruk i massefluktsituasjonar, og som konsekvens fekk søknadane ei kollektiv vurdering. Dei individuelle asylsøknadane vart difor sett til side, fram til myndigheitene meinte at flyktingane ville kunne returnere i verdigheit og tryggleik.<sup>23</sup> Dei einslege mindreårige asylsøkjjarane som får midlertidig opphald i dag, har derimot fått avslag på sine asylsøknadar, men er gitt opphald i medhald av utlendingslova § 38 på grunn av sterke menneskelege omsyn. Opphøyr av den midlertidige opphaldsstatusen er difor ikkje avhengig av om retur kan gjerast i verdigheit og trygghet, men om du har fylt 18 år.

*For det andre* så var eit av dei vanskelegaste dilemma for regjeringa på den tida om ein skulle integrere eller isolere dei om lag 13 000 flyktingane. På den eine sida vart det argumentert for at å velje integrering ville auke flyktingane si tilknytning til Noreg og dermed auke sannsynet for å måtte nytte tvungen retur. På den andre sida vart det argumentert for at dersom det var mogleg å leve eit verdfullt liv i Noreg, ville det lette ei eventuell re-integrering i Bosnia. Myndigheitene valde til slutt å busetje flyktingane lokalt, då ei isolering på asylmottak vart sett på som potensielt skadeleg i det lange løp, både fysisk og mentalt. Dette trass i at argumentet for isolasjon verka sterkare i eit kort perspektiv. Ti år seinare har norske myndigheiter gått for den kortsiktige løysinga og valt å plassere einslege asylsøkjande barn på mottak, dette til trass for kunnskap om dei potensielle skadane.

*For det tredje* så vart det etter kvart tydeleg at modellen med midlertidig opphald er det Jan-Paul Brekke har kalla *tidsskjør*. Dette synte seg til dømes ved at myndigheitene i 1996 avgjorde at alle dei bosniske flyktingane skulle få varig opphald i Noreg på grunn av ei meir langvarig konflikt enn forventa, samt eit aukande medietrykk. Andre hovudtrekk ved modellen er at den har ei *mjuk* og ei *hard* side, samt at den er *ambisiøs*. Medan den mjuke sida er til stades når ein får opphald, kjem den harde sida til syne når det nærmar seg retur.<sup>24</sup>

Med unntak av dei bosniske flyktingane har Noreg berre gitt kollektivt vern éin gong, til dei rundt 8000 kosovoalbanarane som kom til Noreg i 1998. Sidan den gong har midlertidig opphald berre blitt brukt på individuell basis. I 1998–99 kom det til dømes rundt 2000 asylsøkjjarar frå Irak, som fekk såkalla midlertidig vern utan rett til foreining med familie.<sup>25</sup> I dag vert midlertidig opphald også brukt overfor personar som får opphald på humanitært grunnlag, men som ikkje har dokumentert identitet. Dette løyvet er avgrensa av at det ikkje gir grunnlag for permanent opphaldsløyve eller rett til foreining med familie. Frå å bli brukt hovudsakleg som ein modell for kollektivt vern i massefluktsituasjonar bruker ein i Noreg i dag midlertidig opphald med fleire formål og mot ulike grupper.

### *Fluktførebyggjande tiltak?*

---

<sup>21</sup> Sønsterudbråten 2012, s. 29.

<sup>22</sup> Brekke 2001a, s. 13.

<sup>23</sup> Brekke 2001b, s. 7.

<sup>24</sup> Brekke 2001a, s. 17.

<sup>25</sup> Sønsterudbråten 2012, s. 21.

Som gjennomgangen over har synt, kan innføringa av midlertidig opphald for einslege mindreårige asylsøkjalar sjåast på som ei fortsetjing av den «heilskaplege flyktningspolitikken». Det nye er at denne politikken no for første gong er retta spesifikt mot barnemigrasjon. Dette må sjåast i samanheng med fleire tiltak som vart innført som del av innstrammainga i asylpolitikken i 2008-09, som utvida aldersvurdering av einslege mindreårige asylsøkarar og ynsket om å opprette omsorgssenter i opphavslandet.<sup>26</sup>

Bakgrunnen for denne innstrammainga var at Noreg, ved sida av Nederland, opplevde den største auken i asylsøkjalar i Europa i 2008.<sup>27</sup> Samstundes var det ein stor auke i talet på einslege asylsøkjande barn som kom til Noreg, frå 403 i 2007, 1374 i 2008, til 2500 i 2009. Denne auken førte ifølgje Justis- og beredskapsdepartementet til at Noreg brukte

«uforholdsmessig mye ressurser på å bistå en begrenset gruppe, som vanligvis ikke kommer fra de mest ressursvake familiene i opprinnelseslandet og hvorav mange forlot hjemlandet av andre grunner enn at de har et reelt beskyttelsesbehov».<sup>28</sup>

I tillegg til budsjettspørsmålet var eit av dei mest nytta argumenta for innstrammaingstiltaket at mange av dei einslege asylsøkjande barna som kjem til Noreg, er sendt av sine foreldre. Ifølgje regjeringa ville det difor vere uansvarleg å ikkje leggje vekt på den kunnskap som har blitt opparbeidd om kva fare einslege mindreårige vert utsett for på reisa frå heimlandet. Samstundes vart det framheva at moglegheita for å få varig opphald i Noreg kan medføre at barn som ikkje har behov for beskyttelse, vert sendt vekk frå heimlandet for å reise til Noreg.<sup>29</sup> Ved å innføre midlertidig opphald vil ein difor sende eit signal om at dei som ikkje treng vern, ikkje bør starte på reisa til Europa.<sup>30</sup>

I 2011 innførte Danmark midlertidig opphald til einslege mindreårige asylsøkarar, og legitimerte vedtaket med dei same argumenta som den norske regjeringa.<sup>31</sup> I ein studie av det danske tiltaket vert det konkludert med at mange av dei einslege barna er i kontakt med sine foreldre etter at dei kjem til Europa. Hypotesen om at einslege asylsøkjande barn lyg om kvar foreldra er, kan difor i visse tilfelle stemme. Det er likevel viktig å poengtere at sjølv om nokre foreldre sender sine barn i håp om å gi dei eit betre liv, så kan det i andre tilfelle vere eit valdeleg og ustabil familieforhold som tvingar barna til å flykte.<sup>32</sup>

Det er derimot vanskeleg å stadfeste at innstrammaingstiltaket vil føre til at færre barn migrerer ved at ein sender eit signal om innstrammaing i asylpolitikken. I 2012 var det til dømes 21 300 einslege mindreårige asylsøkjalar som søkte asyl i 72 land. Dette er det høgaste talet sidan UNHCR byrja å føre statistikk i 2006.<sup>33</sup> Talet på einslege mindreårige asylsøkjalar som kjem til Europa, vil truleg berre auke i åra framover.<sup>34</sup>

Jan-Paul Brekke og Monica Aarseth har analysert forholdet mellom tiltak og tal på asylsøkjalar som kjem til landet. Dei meiner ein må skilje mellom årsaken til å flykte og årsaken til at ein ender opp i eit spesielt land. Studiar syner til dømes at barn migrerer på grunn av konflikt, forfølgjing, svolt, mangel på utdanning, eller fordi ein har mista foreldre eller omsorgspersonar.<sup>35</sup> Desse «push-faktorane» kan difor seie noko om kvifor barn reiser frå Afghanistan eller Somalia, men ikkje noko om kvifor dei kjem til Noreg. I litteraturen er det

<sup>26</sup> Arbeids- og inkluderingsdepartementet 2009.

<sup>27</sup> Arbeids- og inkluderingsdepartementet 2009.

<sup>28</sup> Meld. St. 27 (2011–2012), s. 48.

<sup>29</sup> Meld. St. 27 (2011–2012), s. 48.

<sup>30</sup> Lønseth 2012.

<sup>31</sup> Teilberg Jørgensen 2012, s. 21.

<sup>32</sup> Engebriksen 2002, s. 134.

<sup>33</sup> NOAS 2014, s. 19.

<sup>34</sup> European Union Agency for Fundamental Rights 2010, s. 125.

<sup>35</sup> Save the Children UK 2007, s. 11.

vist til at sosiale nettverk i vertslandet kanskje er den viktigaste «pull-faktoren», medan dei meir strategiske vala, som tek omsyn til eit lands asylpolitikk og kvaliteten på mottakstilbodet, er tekne av smuglarar i transittland.<sup>36</sup>

Innføringa av midlertidig opphald kan difor ha hatt ein påverknad på nedgangen i asylsøknadar til Noreg, sjølv om dette er vanskeleg å bevise. Det er likevel lite som tyder på at midlertidig opphald er eit *fluktførebyggjande tiltak*.

### 3 MIDLERTIDIG OPPHALD I LYS AV FNs BARNEKONVENSJON

Ordninga med midlertidig opphald har skapt stor debatt i Noreg. På den eine sida hevdar kritikarar av tiltaket at det er eit brot på FNs barnekonvensjon,<sup>37</sup> og då særleg retten til ikkje-diskriminering (artikkel 2), barnet sitt beste (artikkel 3) og barnet sin rett til utvikling (artikkel 6). På den andre sida forsvarar norske styresmakter tiltaket, og framheld at det er i barn si beste interesse å ikkje leggje ut på ei farleg flukt til Europa om ein ikkje har behov for vern.

#### *Retten til ikkje-diskriminering*

Av barnekonvensjonen artikkel 2 første ledd følgjer det at partane til konvensjonen skal

«respektere og sikre de rettigheter som er fastsatt i denne konvensjon for ethvert barn innenfor deres jurisdiksjon, uten diskriminering av noe slag og uten hensyn til barnets, dets foreldres eller verges rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politiske eller annen oppfatning, nasjonale, etniske eller sosiale opprinnelse, eiendomsforhold, funksjonshemming, fødsel eller annen stilling».

Artikkel 2 gir altså barn rett til å få oppfylt barnekonvensjonen sine rettar utan usakleg eller urimeleg forskjellsbehandling. Vidare er eit av vilkåra for å etablere diskriminering at ein står overfor forskjellsbehandling av like tilfelle eller likebehandling av ulike tilfelle. Når ein skal etablere forskjellsbehandling av like tilfelle, må ein vidare vurdere om den som meiner seg diskriminert, har kome dårlegare ut av det enn dei som er i ein samanliknbar situasjon.<sup>38</sup>

Utover dette finst det visse andre kriterier som går igjen når ein skal vurdere om eit barn eller ei gruppe av barn blir diskriminert. For det første seier artikkel 2 første ledd at staten ikkje kan forskjellsbehandle på grunnlag av visse personlege karakteristikkar, som religion eller kjønn. Diskrimineringsvernet i artikkel 2 nemner derimot ikkje alder eller opphaldsstatus, som er dei to grunnlaga eg ønsker å undersøkje. Ifølgje Barneombudet er likevel alder anerkjent som grunnlag for diskriminering i andre konvensjonar, og det er grunn til å tru at alder også kan inkluderast i grunnlaget *annen stilling* i artikkel 2 første ledd.<sup>39</sup> I FNs barnekomité sin konkluderande observasjon til Noreg i 2010 vart det anbefalt at Noreg

«carefully examine[s] the possibility of expanding legislation to provide protection of children against discrimination on the grounds of their age».<sup>40</sup>

I stortingsmeldinga *Barn på flukt* anerkjenner Justis- og beredskapsdepartementet at innføringa av midlertidig opphald inneber ulik behandling av barn over og under 16 år som er i lik situasjon.<sup>41</sup> Det er difor klart at forskjellsbehandlinga er på grunnlag av alder.

<sup>36</sup> Brekke og Aarset 2009, s. 28.

<sup>37</sup> FNs barnekonvensjon vart adoptert 20. november 1989 og tredde i kraft i september 1990. Året etter ratifiserte Noreg konvensjonen, og i 2003 vart den tatt inn i norsk lov gjennom § 3 i menneskerettslova.

<sup>38</sup> Høstmølingen, Kjørholt og Sandberg 2012, s. 36–38.

<sup>39</sup> Barneombudet 2009, s. 10.

<sup>40</sup> FNs barnekomité, Concluding Observation: Norway (2010), avsnitt 20.

<sup>41</sup> Meld. St. 27 (2011–2012), s. 48–49.

Samstundes seier departementet at barn i mange samanhengar blir behandla ulikt ut ifrå alder og utviklingsnivå. Dette er understøtta av FNs barnekomité, som seier at artikkel 2 første ledd «does not prevent, but may indeed call for differentiation on the basis of different protection needs, such as those emerging from age or gender».<sup>42</sup>

Når det gjeld opphaldsstatus, som er det andre grunnlaget eg ønsker å sjå på, har FNs barnekomité understreka at rettane i konvensjonen skal vere tilgjengelege for *eitkvart barn* uavhengig av nasjonalitet eller opphaldsstatus.<sup>43</sup> Pliktane til staten kan samstundes avhenge av barnet si opphaldstid i landet.<sup>44</sup> Staten sine pliktar overfor barn som bur fast i landet, og barn som berre er i landet midlertidig, vil difor kunne variere. Kor langt staten sine plikter går, og i kva grad det er rom for å forskjellsbehandle, må altså vurderast konkret ut ifrå kva rett det er snakk om og kva som er bakgrunnen for forskjellsbehandlinga.<sup>45</sup>

Det viktigaste, ifølgje Justis- og beredskapsdepartementet, er at barna med midlertidig opphald har lik tilgang til rettane i barnekonvensjonen. Dette vil til dømes seie at omsynet til barnet sitt beste i artikkel 3 skal vere eit grunnleggjande omsyn også for denne gruppa.<sup>46</sup> Det er altså ikkje forskjellsbehandling på grunnlag av alder og opphaldsstatus i seg sjølv som er forbode – det er forskjellsbehandling som hindrar barnet sin tilgang til andre rettar i konvensjonen. Departementet understrekar vidare at forskjellsbehandlinga har eit sakleg formål, då intensjonen er å hindre barn og unge i å migrere i utgangspunktet.<sup>47</sup>

I det som følgjer, vil eg difor undersøkje om det er eit sakleg formål å leggje meir vekt på *barna* i Afghanistan og Somalia sitt beste enn på *barnet* sitt beste i Noreg, samt om det er eit rimeleg forhold mellom målet om å hindre migrasjon og verkemiddelet som vert brukt.

### *Barnet sitt beste*

FNs barnekonvensjon artikkel 3 første ledd etablerer at:

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

Kva som skal forståast med omgrepet «barnets beste», har vore gjenstand for stor debatt i Noreg, ikkje minst i samband med arbeidet opp mot stortingsmeldinga om *Barn på flukt*. I sin konkluderande observasjon til Noreg i 2010 anbefalte FNs barnekomité at Noreg burde operasjonalisere omgrepet,<sup>48</sup> og mange forventa at styresmaktene ville nytte meldinga til å gjere nettopp det. I høyringsrunden i 2012 uttalte Nasjonal institusjon for menneskerettar at framfor å avklare innhaldet i omgrepet medverka meldinga heller til å skape ytterlegare forvirring gjennom vage og til dels motstridande utsegner.<sup>49</sup>

I FNs barnekomité sin generelle kommentar nr. 14 om artikkel 3 første ledd vert det etablert at å bruke ei barnets-beste-tilnærming til avgjersletaking betyr å bedøme

«sikkerheten og integriteten til barnet på det aktuelle tidspunktet; men føre-var prinsippet krever også å vurdere mulighetene for fremtidig risiko og skade og andre konsekvenser av vedtaket for barnets sikkerhet».<sup>50</sup>

<sup>42</sup> FNs barnekomité General Comment No. 6 (2005), avsnitt 18.

<sup>43</sup> FNs barnekomité General Comment No. 6 (2005), avsnitt 12.

<sup>44</sup> Grøslund 1993, s. 30.

<sup>45</sup> Høstmølingen mfl. 2012, s. 48.

<sup>46</sup> Meld. St. 27 (2011–2012), s. 48.

<sup>47</sup> Meld. St. 27 (2011–2012), s. 48–49.

<sup>48</sup> FNs barnekomité Concluding Observation: Norway (2010), avsnitt 23.

<sup>49</sup> Nasjonal institusjon for menneskerettigheter 2012, s. 1–2.

<sup>50</sup> FNs barnekomité General Comment No. 14 (2013), avsnitt 74.

Kva som er til barnet sitt beste i asylsaken, krev vidare ei klar og omfattande vurdering av barnet sin identitet. Dette kan inkludere nasjonalitet, oppseding, etnisk, kulturell og språkleg bakgrunn, tidlegare opplevingar og risiko ved tilbakesending, samt barnet sin noverande situasjon, til dømes familiesituasjon og omsorgssituasjon.<sup>51</sup> I UNHCR sine retningslinjer om barnet sitt beste vert det understreka at både dei *kortsiktige* og dei *langsiktige* konsekvensane må vegast før ei avgjersle vert tatt, inkludert om det er mogleg å oppnå ei varig løysing.<sup>52</sup>

Barnekonvensjonen gjeld som norsk rett gjennom menneskerettslova § 2. Ifølgje menneskerettslova § 3 skal konvensjonen ved motstrid givast forrang framfor anna lovgiving. Konvensjonen sin artikkel 3 første ledd om barnet sitt beste er også innført som eit sentralt kriterium i § 38 i utlendingslova. Det følgjer av § 38 at «[i] saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn».<sup>53</sup> Vidare går det fram at barn kan få opphald sjølv om situasjonen ikkje er så alvorleg at ein vaksen ville fått løyve. Medan barnet sitt beste er ein *skal*-regel, så etablerer § 38 at ved vurdering av om løyve skal givast, *kan* det leggjast vekt på innvandringsregulerande omsyn. Desse innvandringsregulerande omsyna inkluderer

- a) moglege konsekvensar for omfanget av søknadar på liknande grunnlag,
- b) dei samfunnsmessige konsekvensane,
- c) omsynet til kontroll, og
- d) omsynet til respekten for lovens andre reglar.

FNs barnekomité har derimot sagt at når det gjeld *retur* av einslege mindreårige asylsøkjjarar, så må interessene som har forrang framfor barnet sitt beste, vere tufta på rettar, og at

«non-rights-based arguments such as those relating to general immigration control, cannot override the best interest considerations».<sup>54</sup>

Når det gjeld veginga av barnet sitt beste versus innvandringsregulerande omsyn, kan ein difor sjå på styresmaktene si avgjersle om å innføre midlertidig opphald på to måtar. På den eine sida kan ein tenkje seg at styresmaktene handlar i barna sin beste interesse ved å la dei få bli i Noreg fram til 18-årsdagen fordi det ikkje er omsorgspersonar å returnere dei til. På den andre sida kjem det ganske klart fram at det er innvandringsregulerande omsyn, meir enn ideen om barnet sitt beste, som har vore drivkrafta bak innføringa av tiltaket. Dette er openbert om ein ser på praksisen før 2008, då vurderinga var at alle einslege mindreårige asylsøkjjarar som ikkje hadde omsorgspersonar å returnere til, fekk varig opphald ut ifrå ei barnets beste-vurdering. I dag gjeld dette derimot berre for barna under 15 år.<sup>55</sup>

Spørsmålet om barnekomiteen sin generelle kommentar nr. 6 og vektlegginga av barnet sitt beste vart vurdert i den såkalla Ashok-saka.<sup>56</sup> Saka omhandla Utlendingsnemnda sitt vedtak om ikkje å gjere om vedtak om avslag på søknad om opphald for ein einsleg mindreårig gut. Høgsterett meinte at barnekomiteen si utsegn om at innvandringspolitiske omsyn ikkje kan gå framfor barnet sitt beste, ikkje kan vurderast uavhengig av barnet si familietilknytning i heimlandet.<sup>57</sup> I både FNs barnekonvensjon artikkel 9 og artikkel 22 vert det framheva kor viktig det er at barnet blir foreina med familie. Ifølgje Høgsterett må difor barnekomiteen si utsegn tolkast som å omhandle tilfelle der det er forhold som *hindrar* retur

<sup>51</sup> FNs barnekomité General Comment No. 6 (2005), avsnitt 18.

<sup>52</sup> UNCHR 2008, s. 14, 67.

<sup>53</sup> Utlendingslova (2008), § 38.

<sup>54</sup> FNs barnekomité General Comment No. 6 (2005), avsnitt 86.

<sup>55</sup> Igesund 2013, s. 32–33.

<sup>56</sup> Rt. 2009 s. 1261.

<sup>57</sup> Rt. 2009 s. 1261, avsnitt 59–62.



til heimlandet, til dømes der foreining med familie er uaktuelt eller uforsvarleg.<sup>58</sup>

Når det gjeld dei einslege mindreårige med midlertidig opphald, er nettopp grunnlaget for opphaldsløyvet at dei er utan forsvarleg omsorg og difor ikkje kan returnerast. Ein kan difor stille spørsmål ved at myndighetene nyttar innvandringsregulerande omsyn som argument for å returnere barna etter 18-årsdagen. Ifølgje UNCHR kan ikkje midlertidig opphald nyttast i situasjonar der det kan seiast å undergrave eksisterande plikter. Kan ein seie at innføringa av midlertidig opphald er ei omgåing av barnekonvensjonen?

Vidare må vi spørje om argumentet bak innføringa av tiltaket, altså å førebyggje at barn legg ut på ei farleg ferd, er eit *sakleg formål*. I Rt. 2012 s. 1985 seier Høgsterett at

«[a]vveiningsnormen i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 går ut på at det som alt i alt best tjener barnets interesser, skal løftes spesielt frem og stå i forgrunnen; det skal være «primary». Imidlertid kan legitime og tungtveiende interesser – gode og sterke argumenter – altså åpne for andre løsninger enn den som er den beste for barnet. Kjernen i denne avveiningsnormen er slik sett et krav om *saklighet* og *forholdsmessighet* ved tilsidesettelse av barns interesser. Jeg anser det som klart at innvandringsregulerende hensyn er saklige...»<sup>59</sup>

Vidare refererer Høgsterett til Ashok-saka der førstvoterande særleg trekk fram dei innvandringspolitiske omsyna som ikkje er heilt generelle, men «som nettopp er basert på et ønske om å beskytte andre barn mot å komme i samme situasjon».<sup>60</sup> Sett i lys av desse høgsterettsdommane er ønsket om å førebyggje at barn migrerer, eit sakleg formål.

Etter mitt syn kan dette standpunktet vere problematisk av to grunnar. Som nemnt tidlegare er det lite som tyder på at midlertidig opphald er eit fluktførebyggjande tiltak. Forsking syner heller at stadig fleire mindreårige asylsøklarar flyktar til Europa, og at det er smuglarar i transittland som sit på informasjon om nasjonal politikk på flyktingfeltet. Tiltaket kan difor ha ein effekt på kor mange mindreårige som kjem til Noreg, men det oppnår ikkje det overordna målet om å hindre at barn utset seg for fare ved å migrere.<sup>61</sup> I forarbeida til utlendingslova, jamfør Ot.prp. nr. 75 (2006–2007), kjem det vidare fram at det

«ville innebære en krenkelse av konvensjonen å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn dersom dette ikke er forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste».<sup>62</sup>

På denne bakgrunn kan ein stille spørsmål om forskjellsbehandlinga kan seiast å vere *sakleg*. For at forskjellsbehandlinga ikkje skal utgjere diskriminering, er det likevel eit krav til som må vere oppfylt, nemleg at det er *forholdsmessighet* mellom mål og middel.

### *Rett til liv og utvikling*

Barnekonvensjonen artikkel 6 andre ledd fastslår at «partene skal så langt det er mulig sikre at barnet overlever og vokser opp». Medan ordet *overleve* dreiar seg om fysisk overleving, handlar det å vakse opp om langt meir, nemleg ein rett til *utvikling*.<sup>63</sup> At denne retten er svært omfattande, er støtta av FNs barnekomité, som oppmodar statar om å rapportere på tiltak for å

<sup>58</sup> Rt. 2009 s. 1261, avsnitt 59–62.

<sup>59</sup> Rt. 2012 s. 1985, avsnitt 187–188.

<sup>60</sup> Rt. 2009 s. 1261, avsnitt 62.

<sup>61</sup> Igesund 2013, s. 34.

<sup>62</sup> Ot.prp.nr. 75 (2006–2007).

<sup>63</sup> Høstmølingen mfl. 2012, s. 75.

«create an environment conducive to ensuring to the maximum extent possible the survival and development of the child, including physical, mental, spiritual, moral and psychological and social development, in a manner compatible with human dignity, and to prepare the child for an individual life in a free society».<sup>64</sup>

Det er vel dokumentert at flyktningar som har levd under ulike former for midlertidig opphald i ulike land, har fått problem med mental helse som eit resultat av sosial utestenging og mangel på tryggleik i vertslandet.<sup>65</sup> Som vi har sett, var det eit dilemma for dei norske styresmaktene om ein skulle velje integrasjon eller isolasjon som strategi overfor dei bosniske flyktningane. På den tida fall valet på integrasjon i kommunar fordi isolering på asylmottak vart sett på som skadeleg for den einskilde flyktning i det lange løp.<sup>66</sup>

Med innføringa av midlertidig opphald i 2009 vart det derimot bestemt at dei einslege mindreårige asylsøklarane som var omfatta av dette tiltaket, skulle plasserast i eit spesialisert asylmottak på Salhus i Bergen. Å samle barna med midlertidig opphald på éin plass vart sett på som ei god løysing, blant anna fordi det letta arbeidet med kvalifiserings- og opplæringsprogrammet som skulle fylla dagane deira med mening, samt førebu dei på retur.<sup>67</sup>

I 2010, berre eitt år etter, vart første bekymringsmelding sendt til det lokale barnevernet frå Redd Barna. Organisasjonen hadde aktivitetar for ungdomane på mottaket og opplevde at dei midlertidige løyva la ei større byrde på dei einslege mindreårige enn det som var forventa. Ungdomane skildra ein mangel på motivasjon og ei kjensle av maktesløyse som ikkje var til stades i like stor grad hjå andre barn som var i Noreg på andre grunnlag.<sup>68</sup>

I ein rapport frå Silje Sønsterudbråten, som evaluerte kvalifiserings- og opplæringstilbodet på Salhus, vart det stadfesta at barna på mottaket levde i ein svært vanskeleg situasjon. Ifølgje Sønsterudbråten var barna særleg prega av spenninga mellom integrasjon og returmotivasjon. Dette var mest sannsynleg tilsikta frå styresmaktene si side, for å hindre ei tilknytning til Noreg som seinare kunne bli brukt i ein ny søknad om opphald. Under feltarbeid på mottaket observerte ho fleire ungdomar som strevde med rusmisbruk og sjølvskading.<sup>69</sup> I Storbritannia, som har ei liknande form for midlertidig opphald for einslege mindreårige mellom 16 og 18 år, vert konsekvensane av praksisen skildra som følgjer:

«The procedure as it exists today creates a limbo for young people and they remain in uncertainty during a crucial period of adolescence, which probably has long term negative consequences on their emotional and psychological well-being, whether they stay here or go back to their country of origin.»<sup>70</sup>

Den mangelen på tryggleik som ungdomane lever med i tida fram mot 18-årsdagen, har òg stor påverknad på deira moglegheit til å planlegge framtida. Dette inntrykket vart forsterka gjennom Margreth Olin sin dokumentarfilm «De andre», som følgjer 20 av ungdomane på Salhus. Ifølgje Olin var det tre av desse ungdomane som prøvde å ta sjølv mord, ein av dei på 18-årsdagen. Sjølv om dette representerer dei mest alvorlege tilfella, spør Sønsterudbråten også i sin rapport om kva det gjer med barn i alderen 16 til 18 å bu under slike leveforhold.<sup>71</sup>

---

<sup>64</sup> FNs barnekomité 1996, avsnitt 40.

<sup>65</sup> ECRE 1997, avsnitt 7.

<sup>66</sup> Brekke 2001b, s. 9.

<sup>67</sup> Sønsterudbråten 2010, s. 52.

<sup>68</sup> NRK Hordaland 2012.

<sup>69</sup> Sønsterudbråten 2010, s. 52.

<sup>70</sup> Gladwell og Elwyn 2012, s. 5.

<sup>71</sup> Sønsterudbråten 2010, s. 52.

På bakgrunn av blant anna Sønsterudbråten sin rapport avvikla Utlendingsdirektoratet (UDI) Salhus i 2011 og overførte barna til ordinære mottak for einslege mindreårige asylsøkjjarar.<sup>72</sup>

Korleis har det så gått med barna med midlertidig opphald sidan 2011? Institutt for samfunnsforskning (ISF) kom i 2013 med rapporten «Levekår i mottak for enslige mindreårige asylsøkere». I rapporten skildrar dei at det er to grupper av einslege barn som bur i mottak: dei som har *kort* opphaldstid, og dei som har *lang* opphaldstid. For den første gruppa har UDI klart å kutte tida både for saksbehandling og for busetjing. For dei som får eit positivt svar, er difor levevilkåra akseptable, og dei bur ofte på mottak berre frå tre til fem månader. For dei lengeverande barna, det vil seie dei med midlertidig opphald, anke til behandling, eller avslag, er levekåra *vesentleg* dårlegare enn for dei som er under barnevernet.<sup>73</sup> Det blir vidare skildra at den fysiske og mentale helsa til mange av dei lengeverande barna er kritisk. Ifølgje ISF er dette delvis på grunn av det langvarige opphaldet på mottak, men først og fremst er det den midlertidige statusen i seg sjølv som er vanskeleg å leve med.<sup>74</sup>

Justis- og beredskapsdepartementet har erkjent at det kan vere negative effektar av midlertidig opphald. Dei meiner likevel at eit godt utdanningsopplegg kan vege opp for desse negative konsekvensane ved å gi barna kunnskap som dei kan nytte ved retur. I Teilberg Jørgensen si studie av midlertidig opphald i Danmark vart også dei positive ringverknadane av utdanning brukt som argument for at tiltaket ikkje er i strid med artikkel 6 andre ledd i barnekonvensjonen om barnet sin rett til utvikling.<sup>75</sup>

Etter at tilbodet på Salhus vart avvikla, har UDI utarbeida eit nytt opplæringsprogram for einslege mindreårige mellom 15 og 18 år. Målgruppa er utvida og omfattar både einslege mindreårige med midlertidig opphald og einslege mindreårige med endeleg avslag. Opplæringsprogrammet skal vere returmotiverande, gi kunnskap og kompetanse som ungdomane kan få nytte av i framtida, samstundes som det skal hjelpe deltakarane til å meistre tilværet medan dei er i Noreg. I motsetnad til opplegget på Salhus inneber det nye programmet at ungdomane får eit tilpassa tilbod på mottaket der dei bor. Dette opplæringstilbodet er frivillig og kjem i tillegg til skule og kommunal opplæring.<sup>76</sup>

I ISF sin levekårsrapport frå 2013 ser dei på betydinga av skuletilbodet for ungdomane sin kvardag og meistring. Dei finn blant anna at for mange av ungdomane med midlertidig opphald er framtidsplanar og førebuingar til eit liv i Noreg også ein del av deira meistringsstrategi og motivasjon for å gå på skule. Nokre tenker også at å lære norsk kan hjelpe saka deira på eit seinare tidspunkt. Dette understrekar at for mange av dei einslege mindreårige med midlertidig opphald så vert ikkje retur sett på som eit alternativ.

Skulen er samstundes svært viktig for å strukturere kvardagen til barna, samt at den er ein arena for å vere sosial. Likevel syner funna, ikkje overraskande, at motivasjonen for læring varierer med statusen på asylsaken. For mange av ungdomane med midlertidig opphald er det naudsynt å bruke mykje krefter på å halde motivasjonen oppe, og dette gir seg utslag i psykisk stress, uro og fråvær på skulen. Trass i eit ønske om å lære strever mange med skulearbeidet, mellom anna på grunn av ein krevjande bu- og livssituasjon samt ei usikker framtid.<sup>77</sup> Studiar i Danmark har også funne at barn med midlertidig opphald er mindre motivert til å lære og utdanne seg enn andre einslege mindreårige asylsøkjjarar.<sup>78</sup> Trass i at skulekvardagen er tyngre for barna med midlertidig opphald enn for andre asylsøkjande barn, er det likevel klart at tilbodet er svært viktig for desse barna sin rett til utvikling. Tidlegare studiar peikar likevel på eit viktig aspekt: Uavhengig av kvaliteten på utdanningsopplegget så

<sup>72</sup> Meld. St. 27 (2011–2012), s. 71.

<sup>73</sup> Lidén mfl. 2013, s. 246.

<sup>74</sup> Lidén mfl. 2013, s. 246.

<sup>75</sup> Teilberg Jørgensen 2012, s. 44–47.

<sup>76</sup> Justis- og beredskapsdepartementet 2012.

<sup>77</sup> Lidén mfl. 2013, s. 145–150.

<sup>78</sup> Teilberg Jørgensen 2012, s. 44–45.

blir ikkje det underliggjande problemet løyst, nemleg at det er den midlertidige statusen i seg sjølv som er vanskeleg for barna. At utdanning åleine veg opp for desse negative konsekvensane, er ikkje sikkert. Tek ein omsyn til barnet sitt beste og barnet sin rett til utvikling som moment i vurderinga av forholdsmessigheit, kan lovgiving på dette området difor vere i strid med diskrimineringsforbodet i artikkel 2. Før eg konkluderer, er det likevel naudsynt å sjå på kva som skjer med barna i overgangen til vaksenlivet.

#### 4 VANSKANE MED Å FYLLE 18 ÅR

I samsvar med barnekonvensjonen og norsk lov er alle personar under 18 år barn. Når ein analyserer dei menneskerettslege konsekvensane av midlertidig opphald, er det likevel naudsynt å ta omsyn til kva som skjer med barnet i overgangen til vaksenlivet. Sjølv om lova ser på 18 år som den alderen der ein person går frå å vere barn til å vere ein vaksen, så er det dokumentert at eit slikt absolutt skilje i praksis både er urealistisk og lite hjelpesamt.

FN definerer ungdom som personar mellom 15 og 24 år, og etterlyser utvikling av ein ungdomspolitikkk som ser på behova til unge menneske som er spesielt sårbare i denne fasa av livet.<sup>79</sup> Eg vil argumentere for at ungdomar med midlertidig opphald er ei slik gruppe, då dei i mange tilfelle vil verte enno meir sårbare og utsette for risiko etter at dei fyller 18 år.

Utlendingsforskrifta § 8-8 etablerer at barna med midlertidig opphald er plikta til å returnere ved fylte 18 år. Medan ein venter på utreisen, vert ungdomane flytta til ordinære mottak og vil ha dei same rettane som vaksne asylsøkjjarar med endeleg avslag. Som nemnt er eit av trekka ved den midlertidige modellen at den er *tidsskjør*. Det vil seie at etter kvart som tida går, blir det desto vanskelegare å oppretthalde kravet om retur. Kan ein difor seie at midlertidig opphald for einslege mindreårige er ein mellomstasjon på veg til ei varig løysing?

Det er eit mål at flest mogleg returnerer frivillig. For å oppnå dette er det etablert fleire ordningar for frivillig retur i samarbeid med International Organization for Migration (IOM). Talet på einslege mindreårige som returnerer frivillig, er likevel svært lågt. Ifølgje Justis- og beredskapsdepartementet er det vanskeleg å få einslege mindreårige til å returnere, blant anna fordi mange held fast på håpet om å få opphald.<sup>80</sup> Til trass for eit stort fokus på retur er det altså per 5. november 2014 berre 19 av 195 einslege mindreårige med midlertidig opphald som har valt å returnere med IOM. Dette syner at for mange av ungdomane så er det å ignorere moglegheita for retur ein av dei sentrale mekanismane for å meistre kvardagen.<sup>81</sup>

Ein studie av einslege mindreårige asylsøkjjarar i Storbritannia syner at det hovudsakleg er fem årsaker til at unge afghanarar ikkje ønsker å returnere. For det første er mange genuint redde for å returnere, medan andre har blitt vande til vestleg liv og kultur. For det andre er det utenkjeleg å returnere på grunn av ære, skam og plikt, eller fordi ein høyrer urovekkjande rykte om andre som har returnert. Til sist så sit mange igjen med håpet om at situasjonen vil endre seg og at dei vil få opphald.<sup>82</sup> Etter kvart som tida går, vil samstundes integrasjonen i vertslandet auke og tilknytninga til heimlandet svekkast.

Regjeringa har erkjent at det å gi midlertidig opphald i staden for avslag kan skape forventningar om vidare opphald som ikkje nødvendigvis motiverer til retur.<sup>83</sup> Når motivasjonen for frivillig retur minkar, aukar samstundes talet på saker som vil involvere tvang. Per 5. november 2014 var det 113 ungdomar med midlertidig opphald som har utreiseplikt. Av desse har 28 vore i landet sidan 2009, og nærmar seg difor ei opphaldstid i Noreg på 5 år. Av dei 195 som har fått midlertidig løyve, er det 16 som har blitt returnert med

<sup>79</sup> Gladwell og Elwyn 2012, s. 17.

<sup>80</sup> Meld. St. 27 (2011–2012), s. 83.

<sup>81</sup> UDI 2014.

<sup>82</sup> Gladwell og Elwyn 2012, s. 10–13.

<sup>83</sup> Meld. St. 27 (2011–2012), s. 49.

tvang av politiet. Til trass for at Solberg-regjeringa har intensivert arbeidet med retur,<sup>84</sup> så har berre éin av ungdomane med midlertidig opphald blitt returnert i 2014.<sup>85</sup> Desse tala understøttar difor påstanden frå Separated Children in Europe Programme (2004) om at: «durable solutions is unlikely to be durable if it is based upon a decision to allow the child to remain up to their 18th birthday».<sup>86</sup>

For dei mindreårige asylsøklarane som ikkje returnerer frivillig eller som av ulike grunnar ikkje blir returnert med tvang, kan livet etter fylte 18 år bli vanskeleg. I ISF-rapporten blir det spesielt sett fokus på utfordringane som oppstår når barnet mister retten til opplæring ved fylte 18 år. Dette er i mange tilfelle svært vanskelig for barnet sjølv, men også for skulen som er involvert. Rapporten syner også at det er ulik praksis for korleis dette blir handtert. Medan nokre skular lèt ungdomane fortsetje og ber kostnadane for dette sjølv, så er det ved andre skular praksis at skuleplassen automatisk fell bort. Her blir det spesielt lagt vekt på at ein følgjer regelverket. Som tidlegare nemnt har det å gå på skule vore til god hjelp for mange av ungdomane når det gjeld å strukturere kvardagen og oppnå ein viss grad av stabilitet.<sup>87</sup>

Det er difor særleg to grunnar til at eg meiner at ungdomane med midlertidig opphald burde ha rett på utdanning fram til *de facto* retur. For det første syner tala frå UDI at politiet er i stand til å returnere svært få av desse ungdomane. Ved å utvide den frivillige utreisefristen slik at dei får fullført utdanningsåret, kan ein dermed medverke til at ungdomane entrar vaksenlivet på ein betre måte.<sup>88</sup> For det andre kan ein kontinuitet i skulegang også motverke at ungdomane forsvinn frå mottak. Per 5. november 2014 var det 70 ungdomar som var på ukjent opphaldsstad, og 18 som hadde reist frå mottaket til private adresser.<sup>89</sup> I dei avsluttande merknadane frå FN's torturkomité til Noreg i 2012 vart det framheva at:

«The Committee is also concerned about the provision in the Immigration Regulations (Section 8-8) which grants unaccompanied asylum-seeking minors between the ages of 16 and 18 years a temporary permit that expires at the age of 18, as this may encourage minors to leave the asylum centres before their permit expires.»<sup>90</sup>

I dei avsluttande merknadane til Danmark i 2011 uttalte barnekomiteen likeins at myndigheitene burde:

«undertake a systematic survey of the disappearances of unaccompanied asylum-seeking children, especially with regard to the effect that *revoking residency rights upon attaining 18 years of age may have on the disappearance...*»<sup>91</sup>

Justis- og beredskapsdepartementet har erkjent at ein ikkje kan sjå bort frå at barna som forsvinn frå mottak, vert utsett for menneskehandel eller annan illegal aktivitet. Politiet har til dømes arrestert nokre av dei forsvunne ungdomane i samband med sal av narkotika eller tjuveri,<sup>92</sup> medan Koordineringseininga for ofre for menneskehandel (KOM) har uttala at barna som nærmar seg 18-årsalderen, er dei som er mest sårbare for å bli utsette for menneskehandel.<sup>93</sup> Ein kan difor spørje seg om dette er i tråd med føre-var-prinsippet i FN's

<sup>84</sup> Solberg-regjeringa forventar 1700 returar innan utløpet av 2014. Sjå Bauer 2014, NOAS 2014b.

<sup>85</sup> UDI 2014.

<sup>86</sup> SCEP 2004, s. 33.

<sup>87</sup> Lidén mfl. 2013, s. 146–147.

<sup>88</sup> Freeman 2007, s. 27.

<sup>89</sup> UDI 2014.

<sup>90</sup> FN's torturkomité 2012, avsnitt 22.

<sup>91</sup> FN's barnekomité Concluding Observations: Denmark (2011), avsnitt 57–58 (mi utheving).

<sup>92</sup> Meld. St. 27 (2011–2012), s. 74.

<sup>93</sup> KOM 2012, s. 38–39.

barnekomité sin generelle kommentar nr. 14, nemleg at ei barnets-beste-tilnærming ikkje berre vil seie å vurdere sikkerheita og integriteten til barnet på vedtakstidspunktet, men også å «vurdere mulighetene for fremtidig risiko og skade og andre konsekvenser av vedtaket for barnets sikkerhet».<sup>94</sup>

## 5 KONKLUSJON

I 2001 stilte Jan-Paul Brekke spørsmålet: Er det mogleg å gjennomføre ein politikk som involverer midlertidig opphald i Noreg? Og for det andre, er det den «rette» politikken?

Den midlertidige modellen har utan tvil mange fordeler – som til dømes å auke mottaket av flyktningar i eit Europa som stadig innfører meir restriktiv lovgiving på asylfeltet. Ein idé om sirkulasjon i migrasjonen, der flyktningane vil returnere når situasjonen i heimlandet betrar seg, er til dømes viktig for å handtere den aukande flyktningstraumen på verdsbasis. I praksis, derimot, er det ikkje alltid like lett å oppretthalde kravet om retur.

Hovudmålet med denne artikkelen har vore å drøfte dei menneskerettslege konsekvensane av midlertidig opphald for einslege mindreårige i Noreg. Som vist ovanfor er barna mellom 15 og 18 år i ein *vesentleg* dårlegare situasjon enn barna under 15 år, både når det gjeld opphaldsstatus og omsorg- og busituasjon. Med tanke på den kunnskap som har blitt opparbeida om den fysiske og psykiske påkjenninga av å leve i midlertidigheit, er det tankevekkjande at myndighetene har valt å busette barna i mottak i staden for i kommunar. At materiell standard, personaltettleik og kompetanse er gjennomgåande høgare i barnevernet enn i asylmottak, kan tale for ei overføring av ansvaret for 15–18-åringane til institusjonar under barnevernet. I analysen av artikkel 2 i FN's barnekonvensjon kom det klart fram at midlertidig opphald inneber ei forskjellsbehandling på grunnlag av alder og opphaldsstatus. Det sentrale spørsmålet er difor om forskjellsbehandlinga hindrar desse barna i å ha lik tilgang på dei andre rettane i konvensjonen.

Sett i lys av artikkel 3 i FN's barnekonvensjon skal til dømes barnets beste vere eit grunnleggjande omsyn også for desse barna. Det er vist at innvandringsregulerande omsyn vog meir enn barnet beste ved innføringa av midlertidig opphald. Høgsterett fann likevel at å beskytte andre barn mot å kome i ein tilsvarende vanskeleg situasjon er eit *sakleg formål* som kan legitimere ei innskrenking i barn sine rettar. Det sentrale spørsmålet blir difor om kravet om *forholdsmessigheit* ved tilsidesetting av barnet sitt beste er oppfylt.

I definisjonen av artikkel 6 andre ledd i FN's barnekonvensjon vert det lagt vekt på at statane må leggje til rette for eit miljø som sikrar utviklinga av barnet, både fysisk, mentalt og sosialt. Definisjonen av barnet sitt beste legg likeins vekt på barnet sitt behov for fysisk, psykisk og intellektuell omsorg. Vidare seier definisjonen at både dei *kortsiktige* og *langsiktige* konsekvensane, inkludert moglegheita for ei varig løysing, må vegast før ei avgjerse vert tatt. Ved innføringa av midlertidig opphald var det etter mitt syn dei kortsiktige konsekvensane som vart lagde til grunn. Ein ønska å vise handlekraft, og at tala på einslege mindreårige skulle gå ned. Vidare var det forventa at dei einslege mindreårige ville bu maks to år på mottak før retur, og at eit opplæringsprogram kunne vege opp for eventuelle negative konsekvensar. Som artikkelen har vist, er det likevel i svært få tilfelle at midlertidig opphald har ført til ei varig løysing. Det er også vist at ordninga ikkje kan seiast å leggje til rette for ein god overgang til vaksenlivet for dei einslege mindreårige asylsøklarane. Trass i at utdanning i seg sjølv er eit gode, løyser det likevel ikkje den store utfordringa – kva ungdomane sin opphaldsstatus inneber for deira livssituasjon.<sup>95</sup> Dersom den midlertidige modellen ikkje fører til ei varig løysing, kva er det då vi sit igjen med? Jo, ein politikk som medfører alvorlege kostnadar for det einskilde barnet, utan å kunne vise at midlertidig

<sup>94</sup> FN's barnekomité General Comment No. 14 (2013), avsnitt 74.

<sup>95</sup> Lidén mfl. (2013), s. 247.

opphald er eit fluktførebyggjande tiltak. Etter mitt syn er det dermed ikkje eit rimeleg forhold mellom målet og verkemiddelet som er brukt. Det må difor kunne stillast spørsmål ved om midlertidig opphald er eit akseptabelt verktøy for beskyttelse – i den form det blir brukt i dag overfor einslege mindreårige asylsøkjjarar i ein sårbar fase av livet.

## LITTERATURLISTE

- Abramson, Bruce. 2008. «Article 2. The Right of Non-Discrimination». I: A. Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhellen, F. Ang, E. Berghmans & M. Verheyde, red. *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers
- Arbeids- og inkluderingsdepartementet, pressemelding 03.09.2008, nr. 88 «Innstramming i asylpolitikken».
- Arbeids- og inkluderingsdepartementet, pressemelding 01.07.2009, nr. 102 «Nye tiltak i asylpolitikken».
- Barneombudet. 2009. *Supplementary Report to the UN Committee on the Rights of the Child, September 2009*
- Bauer, Hanna. 2014. «Regjeringens returkamp», *Dagbladet*, tilgjengeleg på: <http://www.dagbladet.no/2014/10/19/kultur/meninger/debatt/innvandring/35797168/>
- Brekke, Jan Paul. 2001a. *Velkommen og farvel? Midlertidig beskyttelse for flyktninger i Norge*. Oslo: Unipax
- Brekke, Jan-Paul. 2001b. «The Dilemmas of Temporary Protection – the Norwegian experience». *Policy Studies* 22 (1): 5-18
- Brekke, Jan-Paul and Monica Five Aarset. 2009. *Why Norway? Understanding Asylum Arrivals*. Report 2009:12. Oslo: Institutt for samfunnsforskning
- Brochmann, Grethe og Tomas Hammer. 1999. *Mechanisms of Immigration Control: A Comparative Analysis of European Regulation Policies*. New York: Berg
- Dagbladet 09.08.2013. «Norge bryter barnekonvensjonen hver dag». Tilgjengeleg på: <http://www.dagbladet.no/2013/08/09/nyheter/innenriks/sv/regjeringen/frp/28617063/> (sitert 11.11.14)
- Engebrigtsen, Ada. 2002. *Forlatte barn, ankerbarn, betrodde barn ... Et transnasjonalt perspektiv på enslige, mindreårige asylsøkere*. Rapport 7/02. Oslo: NOVA
- European Council on Refugees and Exiles. 1997. «Position of the European Council on Refugees and Exiles on Temporary Protection in the context of the need for a Supplementary Refugee Definition». Mars 1997
- European Council on Refugees and Exiles og Save the Children EU Office. 2011. «Comparative Study on Practices in the Field of Return of Minors». HOME/2009/RFX/PR/1002, Final Report, desember 2011
- European Union Agency for Fundamental Rights. 2010. «Separated, asylum-seeking children in European Union Member States: Comparative Report». November 2012
- FNs barnekomité, General guidelines for periodic reports, 20/11/96.CRC/C/58



FNs barnekomité, General Comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country of Origin, CRC/GC/2005/6.

FNs barnekomité, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), CRC/GC/2013/14.

FNs barnekomité, Concluding Observation: Norway, 29.01.2010, CRC/C/NOR/CO/4

FNs barnekomité, Concluding Observations: Denmark, 4.02.2011, CRC/C/DNK/CO/4

FNs torturkomité, Concluding Observations: Norway, 16.11.2012, CAT/C/NOR/6-7

Freeman, Michael. 2007. «Article 3: The best interest of the child», i A. Alen, J. Van de Lanotte, E. Verhellen, F. Ang, E. Berghmans & M. Verheyde, red. *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers

Gladwell, Catherine & Hannah Elwyn. 2012. «Broken futures: young Afghan asylum seekers in the UK and on return to their country of origin», Research Paper No. 246, tilgjengeleg på: <http://www.unhcr.org/5098d2679.html> (sisert 20.02.2013)

Grøslund, Anne Margrete. 1993. *Barnekonvensjonen. Rettigheter for barn i Norge*. Oslo: Tano

Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg, red. 2012. *Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge*, 2. Utgave. Oslo: Universitetsforlaget

Igesund, Solveig Marie. 2013. «*Kids in Limbo*» – *An analysis of Temporary Residence Permits to Unaccompanied Asylum Seeking Children in Norway, in light of the Convention on the Rights of the Child*», Master thesis, Law Faculty, University of Oslo

Justis- og beredskapsdepartementet. 2012. *Enslige mindreårige med begrenset tillatelse*. Brev til Redd Barna, 20.03.2012

Kjærum, Morten. 1994. Opinion: Temporary Protection in Europe in the 1990s. *International Journal of Refugee Law* 6(3): 444-456

KOM. 2012. *Rapport fra Koordineringsenheten for ofre for menneskehandel: 2011*

Lidén, Hilde, Ketil Eide, Knut Hidle, Ann Christin E. Nilsen og Randi Wærdahl. 2013. *Levekår i mottak for enslige mindreårige asylsøkere*. Oslo: Institutt for samfunnsforskning

Lønseth, Pål K. 2012. «Vi tar vare på asylbarna», NRK Replikk, 23.11.2012

Meld. St. 27 (2011-2012) *Barn på flukt*. Justis- og beredskapsdepartementet

Nasjonal institusjon for menneskerettigheter. 2012. Uttalelse fra Nasjonal Institusjon for Menneskerettigheter i forbindelse med høring om stortingsmeldingen *Barn på flukt*, 13.09.2012, til Stortingets kommunal- og forvaltningskomité

NOAS. 2014a. Enslige mindreårige asylsøkere: Anbefalinger til norske myndigheter

NOAS. 2014b. Flere barn returneres til vanskeligere forhold. Tilgjengelig på: <http://www.noas.no/flere-barn-returneres-til-vanskeligere-forhold/> (sitert 12.11.14)

NRK Hordaland. 2012. «Barna på Salhus-mottaket var annerledes enn andre asylsøkere», tilgjengelig på <http://www.nrk.no/nyheter/distrikt/hordaland/1.8405179> (sitert 15.11.14)

Olin, Margreth. 2013. «Asylpolitikkenes ofre», NRK Ytring, tilgjengelig på: <http://www.nrk.no/ytring/asylpolitikkenes-ofre-1.8404675> (sitert 15.11.2015)

Oppedal, Brit, Karoline B. Seglem og Laila Jensen. 2008. *Når hverdagen normaliseres: Psykisk helse og sosiale relasjoner blant unge flyktninger som kom til Norge uten foreldrene sine*. Ung Kul-rapport nr.1. Oslo: Nasjonalt folkehelseinstitutt

Pernille Teilberg Jørgensen. 2012. *Unaccompanied Minor Asylum Seekers: With Emphasis on Danish rule changes seen through the light of the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Juridisk Afhandling, Aarhus Universitet

Save the Children UK. 2007. *Children on the Move: Protecting Unaccompanied migrant children in South Africa and the region*

Separated Children in Europe Programme. 2009. *Statement of Good Practice, fourth edition*

Sønsterudbråten, Silje. 2010. *Veien Videre: Evaluering av kvalifiserings-og opplæringsopplegget som tilbys enslige mindreårige med begrensede oppholdstillatelser*. Rapport 2010:46. Oslo: Fafo

Sønsterudbråten, Silje. 2012. *Lovlig med forbehold: Bruk av oppholdstillatelser med begrensninger for å øke andelen asylsøkere som dokumenterer sin identitet*. Rapport 2012:38. Oslo: Fafo

UNHCR. 2008. *UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*, May 2008

UNHCR. 2010. *Trees Only Move in the Wind: A study of Afghan children in Europe*, June 2010

UNHCR. 2012. *Roundtable on Temporary Protection: Discussion Paper*, International Institute of Humanitarian Law, San Remo, Italy, 19-20 July 2012

Utlendingsdirektoratet. 2014. *Statistikk på EMA begrenset tillatelse, e-postkommunikasjon*, 05.11.2014

### ***Traktatar og internasjonale konvensjonar***

FNs konvensjon om barnets rettigheter, New York, 20. november 1989

### ***Norske lover***

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

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

***Førearbeid***

NOU 2004: 20 *Ny utlendingslov*. Oslo: Kommunal- og regionaldepartementet

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

***Domsregister***

Rt. 2009 s. 1261

Rt. 2012 s. 1985