



# **Hensynet til barnets beste ved spørsmål om opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38**

**Av Lisa Moon Mikkelsen**

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap*

*ved Universitetet i Tromsø*

*Det juridiske fakultet*

*Våren 2014*

# Innholdsfortegnelse

<b>1. Innledning</b> .....	<b>4</b>
<b>1.1 Presentasjon av tema og problemstilling</b> .....	<b>4</b>
<b>1.2 Forholdet til utlendingsloven § 28 og bestemmelsene i kapittel 6</b> .....	<b>5</b>
<b>1.3 Avgrensning</b> .....	<b>5</b>
<b>1.4 Juridisk metode og rettskilder</b> .....	<b>7</b>
1.4.1 Juridisk metode .....	7
1.4.2 Barnekonvensjonen og tolkningen av den .....	8
1.4.3 Utlendingsloven og dens forarbeider .....	9
1.4.4 Rettspraksis .....	10
1.4.6 Juridisk litteratur .....	11
<b>1.5 Videre fremstilling</b> .....	<b>12</b>
<b>2. Opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38</b> .....	<b>13</b>
<b>2.1 Vilkårene for opphold etter første ledd</b> .....	<b>13</b>
2.1.1 Innledning.....	13
2.1.2 «Sterke menneskelige hensyn» .....	13
2.1.3 «Særlig tilknytning til riket» .....	14
<b>2.2 Hensyn til barnets beste etter tredje ledd</b> .....	<b>15</b>
2.2.1 Innledning.....	15
2.2.2 Det materielle innhold og vekten av prinsippet .....	15
2.1.3 Sammenhengen mellom utlendingsloven § 38 tredje ledd og BK artikkel 3 nr. 1 .	16
2.1.4 Barnets egne meninger har betydning for vurderingen .....	18
<b>2.2 Innvandringsregulerende hensyn i fjerde ledd</b> .....	<b>19</b>

2.2.1 Innledning.....	19
2.2.2 Det materielle innhold .....	20
2.2.3 Vekten av hensynene.....	21
<b>3. Vurderingen av barnets beste på asylbarn .....</b>	<b>23</b>
<b>3.1 Barnet er kommet alene til Norge.....</b>	<b>23</b>
3.1.1 Innledning.....	23
3.1.2 Ankerbarnproblematikken.....	23
<b>3.2 Barnet er kommet til Norge sammen med familie .....</b>	<b>27</b>
3.2.1 Innledning.....	27
3.2.2 Foreldrenes handlemåte kan påvirke avgjørelsen .....	28
3.2.4 Betydningen av forskjellige søskeninteresser .....	34
<b>3.3 Felles problemstillinger for enslige barn og barn med familie .....</b>	<b>35</b>
3.3.1 Innledning.....	35
3.3.2 Faktagrunnlaget vurderingen av barnets beste skal bygge på .....	35
3.3.3 Særlig om barnets alder og oppholdstid i Norge.....	37
3.3.4 Barnets rett til å gi uttrykk for sin mening .....	39
<b>4. Rettspolitiske betraktninger .....</b>	<b>41</b>
<b>5. Rettskilder .....</b>	<b>43</b>
5.1 Norges lover .....	43
5.2 Forarbeider .....	43
5.3 Rettspraksis.....	44
5.4 Juridisk litteratur og internasjonale tekster.....	44
5.5 Elektroniske kilder .....	45
5.6 Annen litteratur .....	46

# 1. Innledning

## 1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er hvordan hensynet til barnets beste skal vurderes og avveies mot andre hensyn ved spørsmål om opphold på humanitært grunnlag. Det aktuelle er hvordan barnets interesser ivaretas når det skal avgjøres om et barn bør få bli i Norge, særlig i forhold til innvandringsregulerende hensyn. Med ”barn” menes personer under 18 år slik dette fremkommer av blant annet vergemålsloven § 8.<sup>1</sup> Barnets interesser anses i denne sammenheng for det behovet barnet har for å få bli i Norge basert på den situasjonen barnet befinner seg i.

Den rettslige hjemmelen for å innvilge opphold på humanitært grunnlag er utlendingsloven (utlendl.) § 38.<sup>2</sup> Av denne bestemmelses første ledd fremgår det at:

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

Dersom utlendingen er et barn, skal det i vurderingen etter første ledd legges vekt på om oppholdstillatelse vil være det beste for barnet jfr. utlendl. § 38 tredje ledd. Det kan legges vekt på innvandringsregulerende hensyn etter samme bestemmelsens fjerde ledd.

De to problemstillingene som jeg vil drøfte her, er hvordan hensynet til barnets beste vektlegges i situasjoner hvor barnet kommer alene til Norge, og i sakene der barnet kommer til Norge sammen med familie. Oppgaven behandler et dagsaktuelt tema, hvor avveiningen mellom barnets beste og innvandringsregulerende hensyn kan vise seg å bli mer problematisk enn ordlyden i lovbestemmelsen gir uttrykk for. Hensynet til hva som må anses for å være den beste løsningen for barnet, og samfunnets behov for en kontrollert innvandring er ofte to

---

<sup>1</sup> Se lov 26. mars 2010 nr. 9, vergemålsloven, § 8, «Personer som ikke har fylt 18 år, er mindreårige», og lov 21. mai 1999 nr. 30, menneskerettsloven, vedlegg 7, artikkel 1, «a child means every human being below the age of eighteen»

<sup>2</sup> Lov 15. mai 2008 nr. 35, om utlendingers adgang til riket og deres opphold her, utlendingsloven

hensyn som ikke er i samsvar med hverandre. Hvilket hensyn som skal bli det avgjørende er et viktig spørsmål for barnet og samfunnet på hver sin måte.

## **1.2 Avgrensninger og presiseringer**

Oppgaven omhandler barnets rettsstilling ved spørsmål om opphold på humanitært grunnlag. Når et barn kommer til Norge kan det gå en viss periode mellom søknadstidspunktet og vedtakstidspunkt. Dersom barnet i løpet av søknadsprosessen fyller 18 år og dermed defineres som voksen, vil det kunne reise problemstillinger som jeg ikke har mulighet til å diskutere her. Oppgaven avgrenses mot tilfeller hvor barnet fyller 18 år, da problemstillingene som oppstår i forhold til dette ikke er relevant for oppgaven.

Det er viktig å presisere at det kan være flere årsaker til at et barn kommer alene til Norge. Det kan for eksempel være på flukt eller ha kommet bort fra familien på andre måter. I denne oppgaven konsentreres det om enslige barn som er sendt til Norge som såkalte ankerbarn. En nærmere drøftelse av dette begrepet fremkommer i punkt 3.1.2. Det avgrenses mot disse tilfellene fordi det er i ankerbarnsituasjoner at avveiningen mellom barnets beste og innvandringsregulerende hensyn vil kunne by på særlige vanskeligheter.

Det legges videre til grunn at barnet ikke oppfyller vilkårene for beskyttelse eller familieinnvandring etter utlendl. § 28 og reglene i kapittel 6. Den nærmere grensen mellom de ordinære oppholdsgrunnlag og unntaksregelen i utlendl. § 38 enn det som fremkommer i punkt 1.3, er ikke gjenstand for drøftelse i denne oppgaven.

Problemstillingen om hvordan hensynet til barnets beste skal avveies mot innvandringsregulerende hensyn har nær sammenheng med problemstillingen om hvor langt domstolenes overprøvelsesadgang over utlendingsmyndighetenes vedtak rekker. Domstolenes overprøvelsesadgang over utlendingsmyndighetenes forvaltningsvedtak er et omfattende tema som fordrer til flere problemstillinger som det ikke er rom for å ta opp i denne oppgaven.

### 1.3 Forholdet til utlendingsloven § 28 og bestemmelsene i kapittel 6

De ordinære grunnlag for oppholdstillatelse følger av utlendl. § 28 og reglene i kapittel 6.<sup>3</sup> En utlending som kommer til Norge kan søke om opphold på grunnlag av beskyttelse etter utlendl. § 28 eller etter reglene om familieinnvandring i kapittel 6. Utlendl. § 38 er en unntaksbestemmelse fra disse.

FNs flyktningekonvensjon inneholder bestemmelser som gir utlendinger som kommer til et annet land rettigheter som flyktning. Konvensjonen trådte i kraft 22. april 1954 og er ratifisert av Norge. Utlendl. § 28 omhandler de forpliktelser som Norge er bundet av gjennom flyktningekonvensjonen. Etter utlendl. § 28 bokstav a) skal det gis beskyttelse til utlendinger som vil bli utsatt for forfølgelse i sitt hjemland på grunn av utseende eller personlighet. Det skal videre gis beskyttelse dersom utlendingen risikerer å bli utsatt for umenneskelig eller annen nedverdiggende behandling i sitt hjemland jfr. utlendl. § 28 bokstav b). Vilkårene for beskyttelse er at personen har en velbegrunnet frykt, eller at det er en reell fare for at han kan bli utsatt for forfølgelse eller annen umenneskelig behandling. Det stilles krav til de faktiske omstendighetene rundt personen. Det må foreligge en objektiv frykt eller fare, det holder ikke at utlendingen opplever en subjektiv frykt for at han blir forfulgt.<sup>4</sup>

I bestemmelsens tredje ledd fremgår det at det skal tas hensyn til om søkeren er et barn. Barnets situasjon kan skille seg fra en voksens, ved at barnet er mer sårbart og kan være et lettere offer for forfølgelse eller annen umenneskelig behandling. Barnets sårbarhet gjør at det skal mindre til for å utsette et barn for umenneskelig behandling. Tredje ledd åpner derfor opp for at terskelen for beskyttelse kan settes lavere for barn.<sup>5</sup>

Oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjennforening eller familieetablering kan innvilges til ektefeller, samboere, barn eller foreldre som har barn i Norge.<sup>6</sup> Fellesbetegnelsen for innvandring etter reglene i kapittel 6 er familieinnvandring.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 421 første avsnitt

<sup>4</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 414

<sup>5</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 414

<sup>6</sup> De aktuelle bestemmelser i utlendingsloven er opphold for ektefeller etter § 40, samboere etter § 41, barn etter § 42 og foreldre med barn i Norge etter § 43

<sup>7</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 184

Forholdet mellom utlendl. § 28 og utlendl. § 38 første ledd første alternativ er at § 38 gir grunnlag for opphold etter en vurdering av andre humanitære forhold, og ikke bare de som gjelder rene beskyttelseshensyn.<sup>8</sup> Det skal bare innvilges opphold til de som vil bli utsatt for overgrepshandlinger i sitt hjemland, etter utlendl. § 28, mens andre menneskelige hensyn kan være aktuelle etter utlendl. § 38 første ledd første alternativ.<sup>9</sup> Når det gjelder forholdet mellom bestemmelsene om familieinnvandring og utlendl. § 38 første ledd andre alternativ, så *skal* det innvilges opphold til utlendingen dersom vilkårene for familieinnvandring er oppfylt. Etter utlendl. § 38 *kan* det gis oppholdstillatelse dersom det foreligger sterk tilknytning til riket. Det trenger heller ikke foreligge andre omstendigheter som knytter utlendingen til Norge ved familieinnvandring. Etter utlendl. § 38 må det også være andre forhold enn familie som knytter han til Norge.

Dersom en utlending ikke oppfyller vilkårene for opphold etter disse bestemmelsene kan utlendingsmyndighetene vurdere om det likevel bør innvilges opphold på grunnlag av utlendl. § 38 første ledd.

## **1.4 Juridisk metode og rettskilder**

### **1.4.1 Juridisk metode**

Problemstillingene som er reist i oppgaven skal drøftes på bakgrunn av de rettskilder som er aktuelle på området, se punktene 1.4.2 til 1.4.5. Den juridiske metode er ikke særegen på utlendingsfeltet, men det er verdt å nevne at rettskildematerialet er noe begrenset. Oppgaven omhandler en tematikk som er lite behandlet i juridisk litteratur. Metoden er påvirket av internasjonal rett og de forpliktelser Norge har bundet seg til gjennom lov 21. mai 1999 nr. 30, menneskerettsloven.<sup>10</sup> Barnekonvensjonen har påvirket norsk utlendingsrett og asylbarnets rettsstilling blant annet ved at utlendingsloven er blitt tydeligere på hvilke rettigheter utlendingsbarnet har.

---

<sup>8</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 421 tredje avsnitt

<sup>9</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 414

<sup>10</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, menneskerettsloven

## 1.4.2 Barnekonvensjonen og tolkningen av den

I 2003 ble barnekonvensjonen (BK) inkorporert gjennom menneskerettsloven, med forrang fremfor annen norsk lovgivning. Barnekonvensjonen fikk umiddelbar påvirkning på norsk rett, og førte til at det ble utarbeidet en ny utlendingslov til tross for at den tidligere loven bare var 20 år gammel. Poenget med lovendringen var å gjøre utlendingsloven mer i samsvar med barnekonvensjonens bestemmelser, og særlig artikkel 3 om hensynet til barnets beste.

Artikkel 3 er et generelt prinsipp som gir uttrykk for at det skal tas hensyn til barnets beste i *alle* saker som angår et barn. Prinsippet er ansett som så viktig at FNs barnekomité har klassifisert det som et av fire generelle prinsipper, som de øvrige bestemmelser i BK skal tolkes i lys av. Sammen med artikkel 3 utgjør artikkel 2 som gjelder retten til ikke-diskriminering, artikkel 6 om retten til liv, og artikkel 12 som omfatter barnets rett til å bli hørt, de fire generelle prinsipper.<sup>11</sup>

På grunn av at flere av bestemmelsene i barnekonvensjonen er utformet med en generell ordlyd er det behov for felles tolkningskilder for disse. Det er ikke opprettet et organ som gir barn klagerett etter barnekonvensjonen, og tolkningskildene må derfor dannes på en annen måte.<sup>12</sup> Det er opprettet en komité med hjemmel i barnekonvensjonen artikkel 43 (FNs barnekomité). Barnekomitéen har som formål å påse at statene oppfyller sine forpliktelser etter konvensjonen jfr. artikkel 43 nr. 1. Komitéen har i denne forbindelse gitt ut generelle kommentarer som kan bidra til statenes tolkning av konvensjonsbestemmelsene. Spørsmålet er hvor stor betydning disse uttalelsene skal ha som rettskilde.

I Rt-2009-1261 (Ashok-dommen) drøftet Høyesterett hvor stor rettskildevekt de generelle kommentarer skulle ha i norsk rett. Flertallet avviste ikke at de kunne ha betydning som rettskilde, men de stilte et klarhetskrav til kommentaren for at den skulle kunne få rettskildemessig vekt. Kommentaren måtte fremstå så tydelig at det kom klart frem at det var ment å være en tolkningsuttalelse, og ikke bare en anmodning.<sup>13</sup> Mindretallet mente at kommentarene generelt hadde stor betydning som rettskilde, og at klarhetskravet rettet seg

---

<sup>11</sup> Njål Høstmælingen, Elin S. Kjørholt og Kirsten Sandberg, Barnekonvensjonen, Barns rettigheter i Norge, 2. utgave 2012, kapittel 3 v/Trude Haugli s. 51

<sup>12</sup> I april 2014 trådte tilleggsprotokoll til BK i kraft som gir barn klagerett til barnekomitéen. Norge har per dags dato (5/5-14) ikke ratifisert denne

<sup>13</sup> Rt-2009-1261 avsnitt 42



mot at den enkelte kommentars rettskildemessige verdi kunne variere.<sup>14</sup> Det kunne være forskjell mellom de forskjellige kommentarer om hvor stor vekt de skulle ha, men de hadde uansett betydning som rettskilde.<sup>15</sup>

Lena Bendiksen og Trude Haugli gir uttrykk for at det er mindretallet som angir de beste grunnene om de generelle kommentarers tolkningsverdi i Ashok-dommen.<sup>16</sup> De argumenterer for at det er behov for tolkningsreferanser dersom det dynamiske aspektet i konvensjonen skal kunne opprettholdes i den ellers statiske konvensjonsteksten. Hvis barnekonvensjonen skal kunne utvikle seg i takt med samfunnet er det nødvendig at det oppgis tolkningsreferanser som er i samsvar med gjeldende rett. De viser i denne forbindelse særlig til det faktum at det ikke finnes et håndhevingsorgan til barnekonvensjonen.<sup>17</sup>

Frem til Høyesterett gir uttrykk for et annet synspunkt enn flertallets i Ashok-dommen, må deres uttalelser anses som gjeldende rett. Dette innebærer at de generelle kommentarer ikke har stor betydning som rettskilde, men at de kan brukes som anvisning ved tolkning av barnekonvensjonens bestemmelser.

### **1.4.3 Utlendingsloven og dens forarbeider**

Utlendl. § 38 er en videreføring av rettstilstanden etter utlendingsloven 1988 § 8 annet ledd.<sup>18</sup> Paragraf 38 er utformet med et tydeligere innhold for blant annet å bidra til likebehandling mellom utlendinger som søker opphold.<sup>19</sup> I forbindelse med inkorporeringen av barnekonvensjonen og forberedelse til ny utlendingslov ble det utarbeidet omfattende forarbeider. I disse gis det uttrykk for hvordan utlendingsloven skal utformes og gis et innhold som bidrar til å gjenspeile barnekonvensjonsteksten på en klarere måte enn etter den tidligere loven.<sup>20</sup> I høringsrundene ble det diskutert hvordan den nye loven skulle utformes for å være mest i samsvar med barnekonvensjonen.<sup>21</sup> Blant disse var et forslag om å innføre artikkel 3 nr. 1 i en egen bestemmelse i utlendingsloven, slik at det kom klart frem at de folkerettslige forpliktelsene gikk foran ved motstrid. Forslaget ble avvist fordi det ikke ble ansett som

---

<sup>14</sup> Rt-2009-1261 avsnitt 92

<sup>15</sup> Rt-2009-1261 avsnitt 85 flg.

<sup>16</sup> Lena R. L. Bendiksen og Trude Haugli, Hvor ble det av gutten, FAB 2010-1/2, s. 60 til 80 s. 67

<sup>17</sup> Lena R. L. Bendiksen og Trude Haugli, Hvor ble det av gutten, FAB 2010-1/2 s. 60 til 80 s. 67

<sup>18</sup> Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket, utlendingsloven

<sup>19</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 422

<sup>20</sup> Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 58

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 58

nødvendig i og med at barnekonvensjonen allerede var inkorporert med forrang.<sup>22</sup> Det ble foreslått at barnets beste burde komme direkte til uttrykk i de bestemmelser hvor det ville være et sentralt moment i vurderingen.<sup>23</sup>

Fordi den nye utlendingslov ikke medfører noen realitetsendring fra utlendingsloven 1988 vil både forarbeidene til 1988 loven og forarbeidene til loven av 2008 være relevante for tolkningen av innholdet i utlendl. § 38.<sup>24</sup> Dog vil forarbeidene til den nye loven ha størst rettskildemessig vekt etter lex-posterior prinsippet.

#### **1.4.4 Rettspraksis**

Høyesteretts praksis er en relevant rettskilde på utlendingsrettens område. Det er få dommer som tar opp spørsmålet om opphold på humanitært grunnlag for enslige barn. En dom som er avsagt i senere tid, og som er viktig for drøftelsen er Ashok-dommen.<sup>25</sup> Saken gjaldt en gutt fra Sri-Lanka som kom enslig til Norge i 2002, da han var ni år gammel. Han hadde en mor og en far, og to yngre søsken i Sri-Lanka. Han hadde forlatt hjemlandet ca. et år før han kom til Norge, og oppholdt seg i Malaysia i mellomtiden. I 2003 fikk han avslag på asyl og han ble sendt hjem i 2006 etter å ha bodd i Norge i over tre år. I løpet av de tre årene han bodde i Norge gikk han blant annet på skole og bodde hos sin onkels familie, samt en fosterfamilie. I 2007 stevnet han, med Lørenskog kommune som partshjelp, utlendingsnemnda for retten med påstand om at avslaget på opphold var ugyldig. Både Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett frifant staten v/utlendingsnemnda.

I tilfeller hvor barnet kommer sammen med familie er det tre dommer som er avsagt i nyere tid som skal drøftes. De to første dommene er fra 2012 og er behandlet samme dag av Høyesterett. Da sakene tok opp prinsipielle og omfattende rettsspørsmål valgte Høyesterett å avgjøre dem i plenum. Rt-2012-1985 (Plenumsdom I) gjaldt en irakisk gutt som kom til Norge i 2004 sammen med sine foreldre, da han var knappe ett år gammelt. Familien fikk avslag på opphold i 2004, men fikk i 2006 innvilget midlertidig tillatelse i ett år slik at gutten kunne behandles for sykdom. Etter at den midlertidige tillatelsen var gått ut fortsatte familien

---

<sup>22</sup> NOU 2004:20 s. 92

<sup>23</sup> NOU 2004:20 s. 93

<sup>24</sup> Forarbeidene til loven av 1988 er Ot.prp. nr. 46 (1986-1987), mens forarbeidene til 2008 loven har henvisning Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)

<sup>25</sup> Rt-2009-1261

å være i Norge. Familien fikk en datter til i 2007, og hadde plikt til å forlate landet siden dette år uten at det ble tatt til følge. De søkte regelmessig på omgjøringsbegjæring til de fikk endelig avslag i 2009.<sup>26</sup> De har i tiden de har opphold seg ulovlig i Norge nektet å fremvise identitetsdokumenter eller skaffet reisedokumenter, slik at det ikke har vært mulig å returnere de til Irak. Gutten hadde i løpet av de 6 årene i Norge gått i barnehage og på skole, fått mange venner, deltatt på fritidsaktiviteter, lært seg norsk og integrert seg i lokalsamfunnet.<sup>27</sup>

Den andre dommen Rt-2012-2039 (Plenumsdom II) omhandlet et ektepar fra Bosnia-Hercegovina som kom til Norge i 2003. Det samme året mens de bodde på asylmottak fikk de en datter. De fikk avslag på opphold, men fortsatte å bo ulovlig i Norge mens de samtidig søkte på omgjøringsbegjæring. Begjæringene ble avslått og ekteparet fikk flere ganger beskjed om at de hadde plikt til å forlate landet.<sup>28</sup> I løpet av perioden familien har opphold seg ulovlig i landet har jenta gått i barnehage og på skole, lært seg norsk og tilknyttet seg nærmiljøet og omgivelsene rundt.<sup>29</sup>

Den siste dommen, Rt-2013-449 gjelder et barn på 6 år som kom til Norge sammen med sin familie i 2003 på besøksvisum. Moren og søsknene hadde tidligere bodd lovlig i Norge. Før besøksvisumet var utløpt søkte moren om oppholdstillatelse for familien, men fikk avslag i 2004. Hun fortsatte etter dette å oppholde seg ulovlig i landet. Barnet gikk på skole i Norge under det ulovlige oppholdet, og var også tilknyttet på andre måter.<sup>30</sup>

#### **1.4.6 Juridisk litteratur**

Det finnes begrenset juridisk materiale på utlendingsrettens område. Det er ikke gitt ut artikler som knytter seg direkte til oppgavens tema, men det er gitt ut en del artikler som behandler barnets beste på et mer generelt grunnlag. Juridisk litteratur som blir benyttet i denne oppgaven har i hovedsak tilknytning til de generelle bestemmelser i barnekonvensjonen, men disse vil også kunne ha betydning for barnets beste etter utlendingsloven.

---

<sup>26</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 8

<sup>27</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 157

<sup>28</sup> Rt-2012-2039 avsnitt 3 flg.

<sup>29</sup> Rt-2012-2039 avsnitt 47

<sup>30</sup> Rt-2013-449 avsnitt 62

## **1.5 Videre fremstilling**

Oppgavens hoveddel består av kapitlene 2 til 4. I kapittel 2 skal det gis en fremstilling av det materielle innholdet i utlendingsloven § 38 første til fjerde ledd. Dette gjøres for å få grunnleggende kunnskaper om rettsreglene som har betydning når oppgavens hovedproblemstillinger skal drøftes i kapittel 3. Kapittel 3 er delt inn i tre underpunkter, hvor det første tar for seg problemstillinger i vurderingen av barnets beste som er særegne for barn som kommer alene, mens det andre problematiserer vurderingen av barnets beste for barn som kommer med familie. Det siste underpunktet består av problemer som kan oppstå i vurderingen av barnets beste uavhengig av om barnet er alene eller med familie. I kapittel 4 gis det en rettspolitisk drøftelse av de aktuelle problemstillinger som er fremstilt i kapittel 3.

## **2. Opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38**

### **2.1 Vilkårene for opphold etter første ledd**

#### **2.1.1 Innledning**

Det er i punkt 1.3 gitt en drøftelse av grensen mellom utlendingsloven § 38 og utlendl. § 28 og kapittel 6, uten at det er gått noe nærmere inn på selve innholdet i § 38. Hva vil det si at utlendingsloven § 38 er en unntaksregel fra de ordinære oppholdsgrunnlag? Hva gir utlendingsloven § 38 hjemmel til?

Bestemmelsen angir to alternative vilkår for å innvilge opphold. Det første er dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn, og det andre er dersom utlendingen har særlig tilknytning til riket.

#### **2.1.2 «Sterke menneskelige hensyn»**

Ordlyden om at det må foreligge menneskelige hensyn tilsier at forholdene som skal begrunne oppholdet må ha betydning for personens muligheter til å leve et verdig liv. Et verdig liv tilsier forhold som gjelder utlendingens rettigheter i det landet han kommer fra, eller menneskerettigheter som anses som grunnleggende for alle. I forarbeidene gis det uttrykk for at menneskelige hensyn kan begrunnes i utlendingens helsetilbud, for eksempel ved at helsetilbudet er ikke-eksisterende eller svært dårlige.<sup>31</sup> Det kan også være andre forhold som har betydning for utlendingens levetilstand ut i fra hvor gammel utlendingen er, hvilket kjønn og familierelasjoner det har.<sup>32</sup> Dette kan for eksempel ha betydning dersom en utlending ikke har rett til utdanning i hjemlandet, på grunn av kjønn.

At hensynene må være sterke viser at det skal en del til før en situasjon omfattes av bestemmelsen. Dette forstås som at det ikke vil innvilges opphold kun på grunnlag av at det finnes bedre helsetjenester i Norge enn det landet utlendingen kommer fra. Et sterkt menneskelig hensyn kan for eksempel være at utlendingen ikke har mulighet til å få behandling for alvorlig sykdom i hjemlandet. Det fremgår av forarbeidene at innholdet i

---

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 420

<sup>32</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 420

ordlyden beror på en skjønnsmessig vurdering.<sup>33</sup> Bestemmelsen er ment å skulle dekke et vidt spekter av tilfeller, og det er derfor nødvendig med en generell ordlyd hvor flere hensyn kan være relevante.

Det skal gjøres en totalvurdering av om det foreligger sterke menneskelige hensyn jfr. utlendl. § 38 annet ledd første punktum. Flere forhold som i seg selv ikke anses som sterke menneskelige, kan til sammen gi grunnlag for oppholdstillatelse.<sup>34</sup> I annet ledd bokstav a) til d) er det gitt en oppstilling av hvilke hensyn som kan være aktuelle. At det står *kan* og ikke *skal* må forstås som at listen verken er uttømmende eller kumulativ. Dersom det ikke kan godtgjøres at et enslig barn vil få forsvarlig omsorg ved retur er dette et hensyn som taler for å innvilge opphold på humanitært grunnlag jfr. utlendl. § 38 annet ledd bokstav a). Bokstav a) må forstås som at myndighetene har en undersøkelsesplikt med hensyn til hvilken situasjon barnet eventuelt vil returneres til. Myndighetene må til en viss grad kontrollere at barnet har foreldre som vil ta det imot i hjemlandet. Det har som regel blitt innvilget opphold til enslige mindreårige dersom det ikke kunne legges til grunn at den ville blitt tatt hånd om av foreldre eller andre omsorgspersoner ved retur.<sup>35</sup>

### 2.1.3 «Særlig tilknytning til riket»

Særlig tilknytning til riket tilsier etter ordlyden at det må foreligge en tilknytning som gjør at det er naturlig og rimelig at utlendingen får bli. Familieforhold er relevante, men også andre tilknytningsforhold må vektlegges.<sup>36</sup> Det kan for eksempel legges vekt på om utlendingen har bodd i Norge ved tidligere anledning. Det kan også legges vekt på den tilknytningen utlendingen har opparbeidet dersom det har gått lang tid mellom søknadstidspunkt og avgjørelse.<sup>37</sup>

Arbeids – og inkluderingsdepartementet drøftet hvor lenge et barn måtte oppholde seg i Norge før det kunne bli tale om særlig tilknytning til riket.<sup>38</sup> Det ble anslått en uavbrutt tidsperiode på tre år, men det ble samtidig presisert at dette ikke måtte anses som en regel. Det måtte

---

<sup>33</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 421

<sup>34</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 420

<sup>35</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 421

<sup>36</sup> Ot.prp. nr. 46 (1086-1087) s. 195

<sup>37</sup> Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) s. 195

<sup>38</sup> <http://www.regjeringen.no/pages/2277906/vedlegg8.pdf>, vedlegg 8, Rundskriv om ikrafttredelse av ny utlendingslov og ny utlendingsforskrift fra 1. januar 2010, A-63/09, s. 1-6, s. 2 og 3, brukt 24/3-14

foretas en helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle hvor tidsmomentet ble supplert med andre tilknytningsforhold.

## **2.2 Hensyn til barnets beste etter tredje ledd**

### **2.2.1 Innledning**

Når det skal avgjøres om et barn bør få opphold på grunnlag av vilkårene i første ledd er hensynet til hva som er den beste løsningen for barnet et viktig moment i vurderingen. Det fremgår av utlendingsloven § 38 tredje ledd at:

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

Det følger av ordlyden ”barnets beste” at myndighetene må vurdere alternative løsninger og finne frem til den løsningen som vil være best for det enkelte barn. Bestemmelsen gir således grunnlag for en individuell vurdering. Det problematiske er hva som faktisk skal vurderes. Hva menes med barnets beste, og at dette skal være et grunnleggende hensyn? Et annet spørsmål er hvordan barnets beste i utlendl. § 38 tredje ledd må forstås i forhold til barnets beste etter BK artikkel 3 nr. 1. Skal disse bestemmelsene tolkes på samme måte?

### **2.2.2 Det materielle innhold og vekten av prinsippet**

Ordlyden gir ikke direkte anvisning på innholdet i prinsippet. Hensynet til barnets beste må forstås som den løsningen som vil tilfredsstillende behovet det aktuelle barnet har i best mulig grad, hvor behovet retter seg mot det barnet trenger for å kunne vokse opp å utvikle seg på best mulig måte. For et barn som kommer til Norge, må det etter dette tas utgangspunkt i barnets situasjon for å kunne legge til grunn hva som vil være den beste løsningen. Det må vurderes om barnets behov blir best oppfylt ved å la det få bli i Norge, eller om det beste er å sende det tilbake til sitt opprinnelsesland. Etter forarbeidene vil barnets beste tale for å la barnet få bli i Norge dess sterkere de menneskelige hensynene eller barnets tilknytning til riket er.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 422

Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, jfr. utlendl. § 38 tredje ledd første punktum. Ordlyden tilsier at hensynet er viktig og at det skal tillegges mye vekt. At barnets beste skal være ”et” grunnleggende hensyn innebærer at det alltid skal være et hovedhensyn, men at det ikke nødvendigvis vil være det avgjørende i en sak.<sup>40</sup>

I utlendingsloven § 38 tredje ledd annet punktum gis det uttrykk for at terskelen for opphold er lavere for barn enn for voksne. Ordlyden innebærer at forvaltningens alminnelige likebehandlingsprinsipp i asylsaker ikke gjelder i situasjoner som antas like, men der søkeren i hvert tilfelle er et barn og en voksen. Dette skillet i vurderingen har sammenheng med at barn generelt er mer sårbare enn andre. Barn vil kunne ha andre behov som tilsier at de bør innvilges opphold i enkelte situasjoner, selv om en voksen ikke hadde fått innvilget opphold om han var i samme situasjon.<sup>41</sup> Det følger av forarbeidene til loven at tredje ledd annet punktum er en tydeliggjøring av dette og for å sikre at utlendingsmyndighetene tar hensyn til det i sin vurdering.<sup>42</sup>

### **2.1.3 Sammenhengen mellom utlendingsloven § 38 tredje ledd og BK artikkel 3 nr. 1**

Bestemmelsen om barnets beste i utlendl. § 38 tredje ledd er utledet av det generelle prinsippet om barnets beste i BK artikkel 3 nr. 1.<sup>43</sup> Utlendingsloven skal anvendes i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser jfr. utlendl. § 3. Bestemmelsen om barnets beste etter utlendl. § 38 tredje ledd må derfor anvendes i samsvar med BK artikkel 3 nr. 1. Rettskildene som er relevante for tolkningen av barnekonvensjonen er også relevante for tolkningen av utlendingsloven.

I BK artikkel 3 nr. 1 fremgår det at:

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

---

<sup>40</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 422

<sup>41</sup> Meld. St. 27 (2011-2012) s. 44

<sup>42</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 422

<sup>43</sup> Se for eksempel NOU 2004:20 s. 93



Det skal etter bestemmelsens ordlyd tas hensyn til barnets beste i *alle* saker som angår barnet, uavhengig av om det er et privat eller offentlig organ som behandler saken. Om hvilket innhold som skal tillegges, uttaler barnekomitéen i Generell Kommentar nr. 14 at barnets beste er et komplekst begrep hvis innhold er avhengig av den enkelte sak.<sup>44</sup> Begrepet er ment å dekke veldig mange tilfeller og dets innhold er derfor ment å være tilpasningsdyktig og fleksibelt.

Trude Haugli skriver at barnets beste er et verdibegrep hvor fokuset er barnets menneskeverd og integritet.<sup>45</sup> Innholdet vil variere ut i fra den konteksten begrepet anvendes på, barnets situasjon og den enkelte stats kultur. Hun skriver videre at hva som må anses som det beste for barnet er relativt, og at det i forbindelse med dette må ses på det enkelte barnets situasjon og forutsetninger.

Hvor stor vekt hensynet til barnets beste skulle tillegges, ble diskutert av arbeidsutvalget i forbindelse med utarbeidelsen av BK artikkel 3.<sup>46</sup> Det første forslaget var at barnets beste skulle være ”a paramount consideration”, eller det overordnede hensynet i alle saker hvor barn var involvert.<sup>47</sup> Denne ordlyden ville innebære at hensynet til barnets beste skulle være det avgjørende uansett mothensyn. En slik utforming ble ikke ansett som hensiktsmessig da det kunne få uheldig virkning i enkeltsaker, fordi prinsippet var ment og skulle anvendes på mange forskjellige tilfeller.

Dersom andre hensyn skal kunne tillegges større vekt enn barnets beste må disse argumenteres for med en tilsvarende tyngde som hensynet til barnets beste.<sup>48</sup> Dette sikrer at interesser som er påfallende mindre viktige ikke vil gå foran den løsningen som er best for barnet.<sup>49</sup> Dersom det alternativet som er valgt setter barnets beste til side, må det begrunnes rettslig.<sup>50</sup> Det samme gjelder dersom andre hensyn er blitt ansett som mer tungtveiende enn

---

<sup>44</sup> Generell Kommentar nr. 14 avsnitt 32

<sup>45</sup> Njål Høstmælingen, Elin S. Kjørholt og Kirsten Sandberg, Barnekonvensjonen, Barns rettigheter i Norge 2. utgave 2012 kapittel 3 s. 52 og 53

<sup>46</sup> Njål Høstmælingen, Elin S. Kjørholt og Kirsten Sandberg, Barnekonvensjonen, Barns rettigheter i Norge 2. utgave 2012, kapittel 3 v/Trude Haugli s. 54 og 55

<sup>47</sup> Forslaget er referert i Sharon Detrick, J. E. Doek, Nigel Cantwell, ”The United Nations Convention on the rights of the Child: A Guide to the “Travaux Préparatoires”” 1992 – 712 sider, s. 131 flg.

<sup>48</sup> Generell Kommentar nr. 14 avsnitt 37

<sup>49</sup> Njål Høstmælingen, Elin S. Kjørholt og Kirsten Sandberg, Barnekonvensjonen, Barns rettigheter i Norge 2. utgave 2012 kapittel 3 v/Trude Haugli s. 55

<sup>50</sup> Njål Høstmælingen, Elin S. Kjørholt og Kirsten Sandberg, Barnekonvensjonen, Barns rettigheter i Norge 2. utgave 2012 kapittel 14 v/Kirsten Sandberg s. 293

hensynet til barnets beste, som for eksempel innvandringsregulerende hensyn. Det må foretas en konkret vurdering av hvilke hensyn som trekker i motsatt retning, og hvorfor disse anses som mer tungtveiende.<sup>51</sup>

#### **2.1.4 Barnets egne meninger har betydning for vurderingen**

Barnets rett til å gi uttrykk for sine egne meninger har betydning for vurderingen av hva som er barnets beste etter utlendl. § 38 tredje ledd og BK artikkel 3. nr. 1. Det generelle rettsgrunnlag for barnets rett til å bli hørt følger av barnekonvensjonen artikkel 12. I denne står det at:

«States parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child».

Artikkel 12 omtales som barnets rett til medbestemmelse, og pålegger myndighetene å la barnet få mulighet til å uttale seg før det blir tatt avgjørelser som har betydning for det.<sup>52</sup> Vekten av uttalelsen avhenger av hvor gammelt barnet er, og hvor store forutsetninger barnet har til å gjøre seg opp en egen mening jfr. BK artikkel 12 nr. 1. Jo eldre barnet er, dess mer innflytelse skal det ha over avgjørelser som blir tatt. Hvilken mening, eller hvilket ønske barnet har om saken er et viktig moment i avgjørelsen av hva som er den beste løsningen.

I utlendingsdirektoratets eget regelverk er barnets rett til å bli hørt etter artikkel 12 tatt inn i en egen bestemmelse i regelverkets § 17-3.<sup>53</sup> I paragrafens første ledd fremgår det at:

«Barn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å bli hørt før det treffes avgjørelse i saker som vedrører dem etter utlendingsloven».

Ordlyden må forstås som at alle barn over 7 år skal få informasjon om retten til å kunne gi uttrykk for sin mening uavhengig av om myndighetene tror det vil ha noen betydning for

---

<sup>51</sup> Njål Høstmælingen, Elin S. Kjørholt og Kirsten Sandberg, Barnekonvensjonen, Barns rettigheter i Norge 2. utgave 2012, kapittel 14 v/Kirsten Sandberg s. 193

<sup>52</sup> Njål Høstmælingen, Elin S. Kjørholt og Kirsten Sandberg, Barnekonvensjonen, Barns rettigheter i Norge 2. utgave 2012, kapittel 5 v/Kirsten Sandberg s. 91

<sup>53</sup> <http://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/sentrale/utlendingsforskriften/kap17/17-3/>, utlendingsforskriften § 17-3, sist brukt 28/4-14

saken. Den må videre forstås som at også yngre barn hvis modenhet tilsier at de kan danne seg egne meninger, får beskjed om at de har rett til å uttale seg. Bestemmelsen kan ikke tolkes slik at den kun er ment som et hjelpemiddel for utlendingsmyndighetene til å sikre riktig faktagrunnlag. Den må også kunne tolkes som en verdibestemmelse i anerkjennelsen av barnet som et eget rettighetssubjekt og bidra til at barnet blir inkludert i prosessen uavhengig av om dets mening vil bli vektlagt eller ikke.

I stortingsmelding gis det uttrykk for at barnets uttalerett er en grunnleggende forutsetning for at utlendingsmyndighetene skal kunne vurdere hvilken løsning som vil være den beste for barnet.<sup>54</sup> Formålet med å høre barnet er å få flest opplysninger om barnets situasjon slik at avgjørelsen av om barnet har rett til asyl i Norge bygger på riktig grunnlag.<sup>55</sup> Løsningen som er best for barnet vil komme klarere fram dersom barnet selv får gi uttrykk for sine meninger.

## **2.2 Innvandringsregulerende hensyn i fjerde ledd**

### **2.2.1 Innledning**

Innvandringsregulerende hensyn som kan vektlegges i vurderingen fremgår av utlendl. § 38 fjerde ledd. I denne står det at:

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

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

Innvandringsregulerende hensyn kan umiddelbart forstås som hensyn som gir utlendingsmyndighetene adgang til å nekte en innvandrer opphold dersom det vil føre til ulemper for staten at han får bli i Norge. Denne tolkningen medfører to problemstillinger. Det første er hvilket innhold som omfattes av begrepet innvandringsregulerende hensyn, og det andre er hvor stor vekt de kan tillegges.

---

<sup>54</sup> Meld. St. 27 (2011-2012) s. 35

<sup>55</sup> Meld. St. 27 (2011-2012) s. 35

### 2.2.2 Det materielle innhold

Etter ordlyden kan innvandringsregulerende hensyn forstås som forhold som vil kunne føre til negative virkninger for staten dersom det innvilges opphold i en søknad. Virkninger av en søknad forstås som de følger et vedtak vil kunne få for andre liknende vedtak og samfunnet som helhet. Negative virkninger er dermed følger som ikke vil være til gagn for samfunnet fordi det for eksempel vil kunne føre til en massiv innvandringsøkning. Negative virkninger kan også være materielle i form av tapte ressurser eller virkninger som utgjør en fare for den øvrige befolkningen.

Av lovforarbeidene fremgår det at noe av formålet med presiseringen i fjerde ledd er å oppnå likebehandling i myndighetenes praksis på området.<sup>56</sup> Det ulovfestede prinsippet om likebehandling i forvaltningen står sterkt når det gjelder avgjørelse på søknad om opphold etter utlendingsloven. Likebehandlingsprinsippet medfører at en avgjørelse om opphold vil ha betydning for andre liknende saker. Slike etterfølgende forhold har myndighetene anledning til å betrakte når de vurderer et vedtak jfr. bokstav a).<sup>57</sup>

De samfunnsmessige konsekvensene retter seg mot hvilke utlendinger staten ikke ønsker å gi adgang til.<sup>58</sup> Det kan nektes adgang for utlendinger som vil utgjøre en fare eller byrde på samfunnet. Ifølge juridisk teori vil dette kunne være utlendinger som har en kriminell fortid, eller som vil utgjøre en stor belastning for det norske helsevesen.<sup>59</sup>

Hensynet i bokstav c) omhandler hensynet til kontroll, det vil si myndighetenes ansvar for å undersøke hvilke forhold utlendingen vil returnere til.<sup>60</sup> Myndighetene har ikke mulighet til å drive kontroll med utlendingens jobbmuligheter, boforhold, familie - og vennestatus i hjemlandet. Forarbeidene understreker at slike tilfeller bare burde vektlegges dersom det gjelder personer som befinner seg i en spesielt sårbar situasjon. Enslige barn vil som regel være mer sårbare enn andre innvandrere, fordi det er en sårbar situasjon i seg selv å være et barn og samtidig alene i Norge. Etter utlendl. § 38 annet ledd bokstav a) har myndighetene et ansvar for å kontrollere hvilke forhold et enslig barn vil sendes tilbake til og at det vil få

---

<sup>56</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 421

<sup>57</sup> Utlendl. § 38 fjerde ledd

<sup>58</sup> NOU 2004:20 punkt 9.6.2.4 s. 268

<sup>59</sup> <http://dpx.kommentarutgaver.no/dpx/content/utlendingsloven/11/1/>, avsnitt 66, brukt 9/1-14

<sup>60</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) punkt 7.6.2 s. 154

omsorg ved retur. For barnet innebærer dette at hensynet til kontroll ikke kan vektlegges som et innvandringsregulerende hensyn i like stor grad som for voksne.

Det siste innvandringsregulerende hensynet det kan legges vekt på er dersom utlendingen motsetter seg hjemreise ved avslag på vedtak.<sup>61</sup> Det er et stadig problem at utlendinger som får avslag på opphold forblir i landet over lengre tid, og søker opphold på ny. I situasjoner med barn vil dette være problematisk i forhold til foreldrenes motvilje til samarbeid, og at dette kan komme til å gå ut over barnet. Denne problemstillingen skal det gjøres nærmere rede for i punkt 4.

### 2.2.3 Vekten av hensynene

Det følger av ordlyden i utlendl. § 38 fjerde ledd at det ”kan” legges vekt på innvandringsregulerende hensyn. Direkte tolket betyr dette at utlendingsmyndighetene kan velge om de vil legge vekt på innvandringsregulerende hensyn, men at de ikke har en plikt til det. Av ordlyden fremgår det med andre ord bare at hensynene *kan* vektlegges, men ikke noe om hva som er bestemmende for at de skal få vekt, og i så fall hvor stor vekt de skal tillegges.

Det fremgår av forarbeidene at innvandringsregulerende hensyn vil ha størst vekt i tilfeller hvor et vedtak vil ha betydning for flere liknende saker.<sup>62</sup> Det gis uttrykk for at det taler sterkt i mot at en innvandrer bør få opphold dersom innvilgelsen fører til en tilstrømning av asylsøkere, eller dersom mange andre søknader også må innvilges. Dersom en innvilgelse av søknad ikke vil føre til slike situasjoner vil det kunne utvises mer fleksibilitet. I forarbeidene ble det dessuten diskutert hvorvidt bestemmelsen burde gi uttrykk for at innvandringsregulerende hensyn ikke bare *kan* tillegges vekt, men at de også *skal* tillegges vekt i de saker hvor de er aktuelle.<sup>63</sup> Departementet så det ikke som nødvendig med en slik presisering, men de var enige i at innvandringsregulerende hensyn har stor relevans og skal tillegges vekt dersom de gjøres gjeldende i en sak. Denne uttalelsen må tolkes som at ordlyden ”kan” må leses som ”skal”. I realiteten medfører dette at utlendingsmyndighetene

---

<sup>61</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) punkt 7.6.2 s. 154

<sup>62</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 153

<sup>63</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 154

bare vil kunne se bort i fra innvandringsregulerende hensyn i de tilfeller hvor de uansett ikke har noen betydning.<sup>64</sup>

At det kan legges vekt på innvandringsregulerende hensyn medfører videre at utlendingsmyndighetene kan velge ikke å gi adgang til opphold selv om vilkårene etter første ledd er oppfylt, dersom innvandringsregulerende forhold taler sterkt i mot.<sup>65</sup>

Innvandringsregulerende hensyn kan tillegges avgjørende vekt for utfallet av en sak. Men for å kunne være avgjørende må de kunne argumenteres for med en viss tyngde.<sup>66</sup> Det følger av forarbeidene at dersom de menneskelige hensyn eller utlendingens tilknytning til riket er sterk, må de innvandringsregulerende forhold også være sterke for å kunne være avgjørende. Utlendingens behov for få bli i landet, og Norges behov for å ha en kontrollert og begrenset innvandring må vurderes mot hverandre.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 154, «I en del saker vil imidlertid de aktuelle innvandringsregulerende hensyn ha liten tyngde, og departementet ser ikke noe behov for å presisere at hensynene også i slike saker skal tillegges vekt.» Se også norsk lovkommentar til utlendl. § 38 avsnitt 63, «Det «kan» legges vekt på innvandringsregulerende hensyn. I høringsrunden ble det uttrykt ønske om at slike hensyn «skal» tillegges vekt.»

<sup>65</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 422

<sup>66</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 422

<sup>67</sup> <http://dyp.kommentarutgaver.no/dyp/content/utlendingsloven/11/1/>, avsnitt 62, brukt 9/1-14

### **3. Vurderingen av barnets beste på asylbarn**

#### **3.1 Barnet er kommet alene til Norge**

##### **3.1.1 Innledning**

Når utlendingsmyndighetene skal ta stilling til om et barn bør få oppholdstillatelse etter utlendl. § 38 kan det i enkelte tilfeller hende at barnet er alene. En enslig mindreårig asylsøker er en person under 18 år som er uten foreldre eller andre med foreldreansvar i Norge.<sup>68</sup> Det problematiske er hvordan hensynet til barnets beste etter utlendl. § 38 tredje ledd anvendes når et barn er i denne situasjonen. Hvordan vurderer utlendingsmyndighetene hva som vil være det beste for barnet? Hvordan kan avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn by på problemer?

I fortalen til barnekonvensjonen bes det om at statene tar hensyn til at et barn bør få vokse opp i et familiemiljø fylt med glede, kjærlighet og forståelse for å kunne utvikle seg på best mulig måte.<sup>69</sup> Utlendingsnemnda har benyttet barnefaglig ekspertise for å øke kompetansen rundt spørsmål som gjelder enslige barn.<sup>70</sup> De fremhever at det viktigste for barnet som regel er å få være sammen med foreldrene sine. Et alminnelig utgangspunkt er at det er best for et barn å få vokse opp sammen med sine foreldre eller annen nær familie. På den annen side er det viktig for et barn å få vokse opp i trygge omgivelser. Miljøet rundt barnet kan ha betydning for dets muligheter til å utvikle seg best mulig. Vurderingen av barnets beste for enslige barn vil kunne være problematisk fordi spørsmålet innebærer at barnets behov for å være med familien må veies opp mot barnets behov for trygge oppvekstvilkår.

##### **3.1.2 Ankerbarnproblematikken**

Noen barn kommer til Norge alene, med det formål at de skal være ankerbarn. Foreldrene tror det er enklere for barnet å få oppholdstillatelse dersom det kommer alene. I mellomtiden går foreldrene i skjul eller gjør det vanskelig for norske myndigheter å komme i kontakt med dem. Foreldrene håper med dette at barnet vil få innvilget opphold slik at de senere kan søke om familiegjenforening. At utenlandske foreldre sender barna sine til Norge som ankerbarn

---

<sup>68</sup> St. meld. Nr. 17 (2000-2001) s. 136

<sup>69</sup> Lov 21. mai 199 nr. 30 vedlegg 7

<sup>70</sup> <http://www.une.no/no/Aktuelt/Artikler/Barnets-beste---i-Norge/>, brukt 9/1-14

anses som et innvandringsregulerende forhold etter utlendl. § 38 fjerde ledd bokstav a). Det alminnelige krav til likebehandling i forvaltningen medfører at dersom det innvilges opphold til ett ankerbarn vil det måtte innvilges til alle andre som kommer på liknende grunnlag. Utlendingsmyndighetene forsøker å forhindre at barn blir sendt til Norge som ankerbarn fordi det kan være vanskelig for barnet å være i et fremmed land alene, og fordi søknadsprosessen kan være lang og krevende. Det anses derfor som et tungtveiende innvandringsregulerende hensyn når enslige barn kommer til Norge. Det problematiske er hvordan barnets beste skal vurderes når saken omhandler et ankerbarn. Vil hensynet til barnets beste i realiteten kunne få gjennomslag, eller vil innvandringsregulerende hensyn være så tungtveiende at det blir avgjørende i alle tilfeller?

I Ashok-saken overprøvde Høyesterett utlendingsnemndas avslag på søknad om opphold for en enslig mindreårig gutt. Hovedproblemstillingen var om utlendingsnemnda hadde vurdert barnets beste så forsvarlig som barnekonvensjonen krevde, og særlig i forhold til de innvandringsregulerende hensynene som gjorde seg gjeldende. Spørsmålet avhenget av hvor stor vekt det skulle legges på barnets beste etter barnekonvensjonen artikkel 3.<sup>71</sup> Et sentralt spørsmål var om barnet hadde rettskrav på opphold dersom det ble ansett for å være det beste for han å få bli i Norge. I avsnitt 26 uttaler førstvoterende at:

«Det sentrale spørsmålet i saken er om barnekonvensjonen artikkel 3 sammenholdt med utlendingsloven § 4 og menneskerettsloven § 2 og § 3 medfører at enslige mindreårige asylsøkere har rettskrav på opphold i Norge i tilfeller hvor et slikt opphold finnes å være til barnets beste.»

Avgjørelsen ble avsagt på grunnlag av utlendingsloven 1988. Flertallet begrunnet sitt standpunkt etter en tolkning av barnekonvensjonen artikkel 3 og hva som måtte forstås med ”grunnleggende hensyn”. Etter en fortolkning av ordlyden i artikkel 3 og forarbeidene til konvensjonen kom flertallet frem til at bestemmelsen ikke kunne forstås som at barnets beste skulle være det overordnede hensynet i alle saker.<sup>72</sup> De vurderte videre hvilken vekt barnekomitéen tillå prinsippet og om Norge var forpliktet til å følge komitéens generelle kommentarer. Etter en drøftelse av barnekomitéens håndhevingssystem, kom de fram til at komitéen ikke kunne anses som et håndhevingssystem på lik linje med Den europeiske menneskerettighetsdomstol. Uttalelsene fra barnekomitéen kunne derfor ikke anses som

---

<sup>71</sup> Rt-2009-1261 avsnitt 26

<sup>72</sup> Rt-2009-1261 avsnitt 30 flg.



bindende, og Norge var ikke automatisk forpliktet til å følge uttalelsene som ble gitt ut. De internasjonale forpliktelsene for øvrig tilsa heller ikke at Norge måtte følge uttalelsene.

De kom etter en grundig gjennomgang frem til at verken det formelle grunnlaget eller Norges menneskerettslige forpliktelser tilsa at Norge var forpliktet til å gi de generelle kommentarer stor rettskildemessig betydning.<sup>73</sup> Dersom uttalelsene skulle tillegges vekt måtte dette komme klart frem av den enkelte kommentar.<sup>74</sup> Barnets beste måtte etter dette forstås som et begrep som skulle tillegges sentral betydning, men ikke nødvendigvis med avgjørende vekt.

Flertallet vurderte deretter de ulike hensyn som hadde betydning for avgjørelsen. Saken måtte anses som et typisk ankerbarntilfelle hvor moren var gått i skjul for å forhindre hjemsending.<sup>75</sup> En innvilgelse ville føre til uheldige signaleffekter og de innvandringsregulerende hensynene måtte derfor veie tungt. Når det gjaldt barnets situasjon og hva som ville være den beste løsningen, kom flertallet frem til at moren ville ta i mot barnet dersom det ble returnert til hjemlandet. Alt tydet på at barnet ville få god omsorg fra sin mor og øvrige familie ved en eventuell retur.<sup>76</sup> Barnets tilknytning til Norge var heller ikke så sterk at dette alene kunne tilsi oppholdstillatelse. Guttens oppholdstid på tre år var for kort tid til at han kunne ha dannet seg en sterk tilknytning til riket. Hans tilknytning i språk og kultur var sterkere for det landet han kom fra. Flertallet kom på bakgrunn av dette fram til at det beste for barnet var å gjenforenes med familien i hjemlandet.<sup>77</sup>

For flertallets del syntes hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn å trekke i samme retning i denne saken. Det ble derfor ikke foretatt noen konklusjon på spørsmålet om barnet hadde et rettskrav på opphold dersom det måtte anses som det beste for han å få bli i Norge. Flertallet konkluderte med at utlendingsnemnda hadde vurdert hensynet til barnets beste i tilstrekkelig grad og at det var blitt vurdert som et sentralt moment.<sup>78</sup>

Mindretallets dissens gjaldt flertallets synspunkt på vektleggingen av barnets beste som et grunnleggende hensyn. Han viste til ordlyden i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Denne

---

<sup>73</sup> Rt-2009-1261 avsnitt 41flg.

<sup>74</sup> Rt-2009-1261 avsnitt 44

<sup>75</sup> Nemndas begrunnelse er gjengitt i Lb-2008-81478

<sup>76</sup> Rt-2009-1261 avsnitt 71

<sup>77</sup> Rt-2009-1261 avsnitt 71 og også Lb-2008-81478

<sup>78</sup> Rt-2009-1261 avsnitt 81

måtte tolkes som at barnets beste alltid skulle tillegges stor vekt.<sup>79</sup> Norges internasjonale forpliktelser måtte også gjelde de generelle kommentarer. Behovet for felles tolkningsreferanser tilsa at Norge var pliktig til å legge betydelig vekt på kommentarene.<sup>80</sup> Det måtte anses som en alminnelig oppfatning i folkerettslig litteratur at tolkningsuttalelser fra ulike internasjonale håndhevingsorganer måtte tillegges betydelig vekt.<sup>81</sup> Nøyaktig hvor stor vekt ville avhenge av innholdet i den enkelte kommentar. I Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 160 gav departementet uttrykk for at det «ville innebære en krenkelse av konvensjonen å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn dersom dette ikke er forsvarlig ut i fra hensynet til barnets beste».<sup>82</sup>

Mindretallet mente at rettskildevekten til de generelle kommentarer var mer betydelig enn flertallet hadde lagt til grunn, og at barnets beste måtte anses som et grunnleggende hensyn. Han var enig i at andre hensyn også kunne være avgjørende. I vurderingen av hva som var barnets beste mente mindretallet at utlendingsnemndas vurderinger kunne bære preg av at de innvandringsregulerende hensynene uansett ville kunne begrunnet en utsendelse. Da han ikke hadde noen videre holdepunkter for at dette faktisk var tilfellet la han ikke noe mer i det.<sup>83</sup> Han konkluderte også med at hensynet til barnets beste var forsvarlig vurdert.

Lena Bendiksen og Trude Haugli gir uttrykk for at problemstillingen som omhandler avveiningen av barnets beste mot innvandringsregulerende hensyn ikke kommer på spissen i denne saken.<sup>84</sup> De viser til at flertallet og mindretallet er enig i at innvandringsregulerende hensyn ikke alene kan grunngi utsendelse dersom barnets beste er å få bli i Norge. Men siden flertallet legger til grunn at barnets beste er å returneres til hjemlandet er det derfor ikke nødvendig å vurdere hvilket hensyn som skal ha størst vekt. Hvilket hensyn som skal tillegges størst vekt i saker som omhandler ankerbarn kommer dermed ikke ordentlig frem. De stiller seg videre kritisk til at flertallet i saken omtaler hensynet til barnets beste som et sentralt moment i vurderingen.<sup>85</sup> De mener at flertallets oppfatning av prinsippet som et sentralt moment vil kunne føre til at relevansen av barnets beste vil få en svekket betydning. Barnets

---

<sup>79</sup> Rt-2009-1261 avsnitt 85

<sup>80</sup> Rt-2009-1261 avsnitt 89

<sup>81</sup> Rt-2009-1261 avsnitt 88

<sup>82</sup> Rt-2009-1261 avsnitt 97

<sup>83</sup> Rt-2009-1261 avsnitt 98

<sup>84</sup> Lena R. L. Bendiksen og Trude Haugli, Hvor ble det av gutten, FAB 2010-1/2, s. 60-80, på s. 71

<sup>85</sup> Lena R. L. Bendiksen og Trude Haugli, Hvor ble det av gutten, FAB 2010-1/2, s. 60-80, på s. 72

beste som et grunnleggende hensyn gir grunnlag for en strengere ordlyd enn barnets beste som et sentralt hensyn.

Departementet gir uttrykk for at utlendingsmyndighetene må være oppmerksomme på tilfeller hvor enslige barn søker opphold i Norge fordi mange foreldre sender disse som ankerbarn.<sup>86</sup> En løsning for å forhindre at barn blir sendt som ankerbarn er at det tas i bruk bruk større ressurser på å finne frem til foreldrene. Dette vil etter departementets mening kunne forhindre at barn blir sendt alene til Norge. De påpeker videre at det for mange barn vil være tungt å bli sendt fra sine foreldre med ansvar om å oppnå opphold, og råder om at det ikke nødvendigvis vil være det beste for barnet å få bli. Departementets uttalelser taler for at enslige barn utgjør innvandringsregulerende forhold som må tillegges mye vekt.

Det er vanskelig å utlede en rettsregel fra rettskildene som klarlegger forholdet mellom barnets beste og innvandringsregulerende hensyn i saker om ankerbarn. Høyesterett tar ikke stilling til avveiningen mellom disse to hensynene. De øvrige rettskilder gir uttrykk for at barnets beste skal anses som et hovedhensyn, men at andre hensyn også kan være avgjørende. Det beror på en konkret vurdering i den enkelte sak. Slik gjeldende rett fremstår, kan det virke som at hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn er likestilt i saker som gjelder ankerbarn.

## **3.2 Barnet er kommet til Norge sammen med familie**

### **3.2.1 Innledning**

Det problematiske i situasjoner hvor barn kommer til Norge sammen med familie er når familien får avslag på vedtak, men forblir over lengre tid i Norge. På denne tiden kan det hende at barnet opparbeider seg en sterk tilknytning til riket ved å gå på skole, delta på fritidsaktiviteter, lære seg språket, få nye venner og opparbeide kjennskap og trygghet til miljøet. Især hvis barnet ikke har opplevd sin egen kultur, og Norge er alt den har kjennskap til, kan dette tilsi at det er best for barnet å få bli i landet. Den ulovlige oppholdstiden som har medført at barnet har fått en sterk tilknytning til riket, er også det som utgjør de innvandringsregulerende hensynene etter utlendl. § 38 fjerde ledd.

---

<sup>86</sup> St.meld. nr. 17 (2000-2001), Asyl- og flyktningpolitikken i Norge, s. 147 og 148

### 3.2.2 Foreldrenes handlemåte kan påvirke avgjørelsen

Innvandringsregulerende hensyn etter utlendl. § 38 fjerde ledd bokstav d) gjelder utlendingens respekt for lovens øvrige regler. Bestemmelsen omfatter blant annet tilfeller hvor foreldrene ikke etterkommer pålegg om å forlate landet, eksempelvis ved å gjøre det vanskelig for utlendingsmyndighetene å få tak i identitetspapirer eller ved å oppholde seg på ukjent adresse slik at myndighetene ikke vet hvor de er.<sup>87</sup> Foreldrene forsøker ”å holde ut så lenge” at oppholdstillatelse til slutt blir innvilget på grunnlag av særlig tilknytning til riket.

Departementet frykter at disse handlingene kan ha den konsekvens at det fører til en tilstrømning av innvandrere, og i mindre grad samarbeid om retur.<sup>88</sup> De vil på grunn av hensyn til en kontrollert og begrenset innvandring forsøke å motvirke at foreldrene setter familien i en slik situasjon. Problemstillingen er hvordan hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn avveies mot hverandre i de tilfeller hvor det er samme forhold som gir grunnlag for dem begge?

I Plenumsdom I drøftet Høyesterett om guttens tilknytning til Norge eller foreldrenes manglende samarbeidsvilje skulle være det avgjørende for resultatet. Sønnen var 8 år og hadde bodd i Norge i omtrent 6 år. Det ble ikke sagt direkte at det var til hans beste å få bli i Norge, men at han hadde opparbeidet seg en selvstendig tilknytning til riket, som kunne gi adgang til opphold.<sup>89</sup> Flertallet ga uttrykk for at domstolen sto overfor en vanskelig vurdering med to sentrale motstående hensyn.<sup>90</sup> Om dette uttaler førstvoterende:

«Begge hensynene er gitt bred omtale i forarbeidene, som klart viser hvor vanskelig det er å avveie hensynet til det enkelte barnet mot innvandringsregulerende hensyn».

Flertallet begynte sin drøftelse med å vise til de ulike forarbeider og innholdet i disse. I Ot.prp. nr. 75 fremgikk det at avveiningen mellom barnets beste og innvandringsregulerende hensyn måtte vurderes konkret i hver enkelt sak.<sup>91</sup> Det kunne ikke legges vekt på andre hensyn dersom hensynet til barnets beste ikke var forsvarlig vurdert.

Forsvarlighetsvurderingen innebar at det ble foretatt en vurdering av hva som ville være den

---

<sup>87</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 154

<sup>88</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 121

<sup>89</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 157

<sup>90</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 110

<sup>91</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 126 hvor det vises til Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 160

beste løsningen for barnet uavhengig av hvilke andre hensyn som gjorde seg gjeldende.<sup>92</sup> Andre hensyn kunne ha like stor eller større vekt i avveiningen, men det måtte også fremstå som forsvarlig at et hensyn var tillagt avgjørende vekt fremfor et annet. Det var nødvendig å opprettholde en restriktiv politikk i forhold til utlendinger som ikke samarbeidet om retur.<sup>93</sup>

I Innst. O. nr. 42 var det gitt uttrykk for at hvor stor betydning avgjørelsen hadde for et barn, hadde sammenheng med hvor stor vekt det kunne legges på innvandringsregulerende hensyn.<sup>94</sup> I enkelte tilfeller ville barnets beste måtte anses som så tungtveiende at det ikke ville være adgang til å legge vekt på innvandringsregulerende hensyn. Det måtte skilles mellom de familier som samarbeidet om retur, og de som ikke samarbeidet.<sup>95</sup>

Flertallet kom på bakgrunn av rettskildene frem til at hensynet til barnets beste skulle veie tungt, og at det skulle legges vekt på den tilknytningen barnet hadde opparbeidet ved ulovlig opphold.<sup>96</sup> Barnets beste kunne avveies mot andre hensyn, men jo tyngre hensynet til barnet var, dess mer skulle det til for å kunne legge vekt på motstående hensyn.

Flertallet drøftet deretter utlendingsnemndas vedtak og avveiningen mellom guttens tilknytning mot foreldrenes manglende samarbeidsvilje.<sup>97</sup> Det ble i korte trekk slått fast at gutten hadde en tilknytning som kunne gi grunnlag for opphold etter utlendl. § 38 første ledd jfr. tredje ledd. Det ble deretter vist til at foreldrene hadde opphold seg ulovlig i Norge og nektet å samarbeide om fremvisning av identifikasjonspapirer og reisedokumenter. Mangelen på samarbeid hadde medført at en utsendelse ikke var mulig. Foreldrene hadde utnyttet myndighetenes tillitt, ved å fortsette å oppholde seg i landet selv etter at den midlertidige oppholdstillatelsen var gått ut. Det midlertidige vedtaket var ment for at gutten skulle få den nødvendige hjelpen han trengte, men at denne ikke var ment som et påskudd for å få bli i landet. Foreldrenes manglende samarbeidsvilje var så alvorlig at det måtte bli avgjørende. Barnets beste talte heller ikke med særlig tyngde for en annen løsning.<sup>98</sup> Barna ville uansett være med foreldrene, og det var ingenting som tilsa at foreldrene ikke ville kunne gi god omsorg. De ville også ha et familienettverk i hjemlandet som kunne gi støtte. Flertallet

---

<sup>92</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 127

<sup>93</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 129

<sup>94</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 139 hvor det vises til Innst. O. nr. 42 (2007-2008) s. 26

<sup>95</sup> Meld. St. 27 (2011-2012)

<sup>96</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 134

<sup>97</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 153 flg.

<sup>98</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 164

konkluderte på bakgrunn av dette med at det ikke var en feil i vedtaket når utlendingsnemnda hadde lagt avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn.<sup>99</sup>

Mindretallet drøftet utlendingsnemndas vedtak og la vekt på at nemnda hadde karakterisert familiens ulovlige opphold som en:

«grov overtredelse av utlendingsloven, som etter praksis kan danne grunnlag for utvisning».<sup>100</sup>

Mindretallet mente at nemnda ikke hadde adgang til å la det ulovlige og midlertidige oppholdet være avgjørende for vedtakets resultat. Etter mindretallets synspunkt hadde nemnda lagt til grunn en feil rettsforståelse, som ville føre til at guttens tilknytning ikke fikk noen reell betydning.<sup>101</sup> Tilknytningen ble på denne måten et resultat av det ulovlige oppholdet, og jo sterkere tilknytningen var, dess sterkere ville også de innvandringsregulerende hensynene være. Hensyn det kunne legges vekt på var foreldrenes motvilje til samarbeid om å reise ut av landet, og at de hadde oppholdt seg ulovlig i Norge.<sup>102</sup> Disse forholdene kunne ikke være avgjørende når guttens selvstendige tilknytning var så sterk i denne saken. Mindretallet mente etter dette at det kunne skapes betydelig tvil om nemnda hadde vurdert og avveid hensynet til barnets beste så forsvarlig som barnekonvensjonen artikkel 3 krevde. Mindretallets konklusjon var at utlendingsnemndas vedtak var ugyldig.<sup>103</sup>

I Plenumsdom II gjaldt saken en datter som på vedtakstidspunktet hadde bodd i Norge i over 7 år. Flertallet la til grunn at den lange oppholdstiden medførte at det beste for barnet var å få bli i Norge, men understrekte samtidig at dette bare var et moment i helhetsvurderingen. De kom fram til at sterke innvandringsregulerende hensyn gjorde seg gjeldende.<sup>104</sup> Familien hadde ikke samarbeidet om retur fra det første avslaget ble gitt selv om de hadde fått beskjed om denne plikten flere ganger. De hadde blitt boende ulovlig i landet i nesten fem år.

---

<sup>99</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 163

<sup>100</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 207

<sup>101</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 208

<sup>102</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 210

<sup>103</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 211

<sup>104</sup> Rt-2012-2039 avsnitt 50

Flertallet vurderte nemndas avgjørelse og kom fram til at vedtaket hadde enkelte svakheter i sin oppbygging.<sup>105</sup> Blant annet hadde nemnda gitt uttrykk for at det måtte foretas en helhetsvurdering før de hadde vist til at barnets beste skulle vurderes som et grunnleggende hensyn. De hadde likevel trukket fram hensynet til jenta som et særlig hensyn, slik at denne svakheten ikke fikk noen betydning. De la til grunn at det var forsvarlig når nemnda hadde kommet fram til at de innvandringsregulerende hensynene kunne være avgjørende. De viste i denne forbindelse til barnekonvensjonen artikkel 3 som sier at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, men at dette ikke utelukket at andre hensyn også kunne være viktig for avgjørelsen.<sup>106</sup>

Det ble videre foretatt en vurdering av hvilke konsekvenser det kunne få, å sende barnet ut av landet. De konkluderte med at en utsendelse ikke ville føre til spesielle problemer.<sup>107</sup> Barnet ville etter alt å dømme uansett få en forsvarlig oppvekst med god omsorg fra sine foreldre. De kom fram til at det ikke ville være uforsvarlig å sende familien tilbake til Bosnia-Herzegovina og barnet ville sannsynligvis tilpasse seg språket godt.

Mindretallet kom til motsatt resultat. Deres begrunnelse var i stor grad den samme som i Plenumsdom I. Vedtaket måtte forstås som at den beste løsningen for jenta var å få fortsette å bo i Norge med familien.<sup>108</sup> Nemnda kom likevel fram til at de innvandringsregulerende hensynene måtte få avgjørende vekt. Mindretallet mente at vedtaket var uklart og lite informativt når det gjaldt forholdene rundt datteren. Det kom ikke klart frem hvilken løsning som ville være den beste, og det ble heller ikke vurdert om hennes tilknytning alene kunne begrunne oppholdstillatelse.<sup>109</sup> Når det gjaldt vektleggingen av de innvandringsregulerende hensynene viste mindretallet til sitt votum i Plenumsdom I. Jentas sterke tilknytning og oppholdstid i Norge kunne ikke velges bort på grunn av at foreldrene hadde oppholdt seg ulovlig og ikke samarbeidet.<sup>110</sup> Han mente at det var tvilsomt at hensynet til barnets beste var blitt vurdert så grundig som barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 krevde.

---

<sup>105</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 52

<sup>106</sup> Rt-2012-2039 avsnitt 50

<sup>107</sup> Rt-2012-2039 avsnitt 55 og 56

<sup>108</sup> Rt-2012-2039 avsnitt 109

<sup>109</sup> Rt-2012-2039 avsnitt 109

<sup>110</sup> Rt-2012-2039 avsnitt 112

I Plenumsdom I og II fastsetter Høyesterett at forvaltningens skjønnsutøvelse etter utlendl. § 38 gjelder innenfor en normativ grense av bestemmelsens ordlyd. Hensynet til barnets beste medfører at terskelen for å legge vekt på innvandringsregulerende hensyn er snevrere i tilfeller som omhandler barn, enn for voksne. Det kreves at hensynet til barnets beste må være forsvarlig vurdert og avveid mot motstående hensyn for at et vedtak skal være gyldig. Dette innebærer for det første at det må foretas en isolert vurdering av hva som er barnets beste i den konkrete sak. Etter at hensynet til barnets beste er vurdert kan det avveies mot innvandringsregulerende hensyn, men avveiningen må være forsvarlig. Hva en forsvarlig avveining innebærer, er mer uklart. Det må komme frem i avgjørelsen at barnets beste er vurdert som et grunnleggende hensyn. Innvandringsregulerende hensyn kan være avgjørende, men det skal mer til dess tyngre hensynet til barnets beste er.

I Rt-2013-449 ble rettstilstanden etter Plenumsdom I og II ført videre. Flertallet begynte med å drøfte jentas tilknytning til Norge. De kom fram til at hun hadde både:

«alder, oppholdstid og tilknytning gjennom skolegang som etter praksis tilsier at det ville blitt gitt tillatelse».<sup>111</sup>

De vurderte deretter hvilke konsekvenser det ville få for henne at hun ble sendt tilbake til Pakistan. De kom fram til at hun ville sendes tilbake med sin mor og tre søsken som alle hadde fått avslag på sine søknader. At familien til jenta hadde fått avslag medførte at det ikke uten videre kunne legges til grunn at det var best for henne å få bli i Norge.<sup>112</sup> De kulturelle forholdene talte heller ikke for at det var best for henne å bli værende.

Morens motvilje til å forlate landet etter avslag utgjorde tungtveiende innvandringsregulerende hensyn.<sup>113</sup> Dersom det ble innvilget opphold til moren og de tre søsknene over 18 år fordi hensynet til jentas beste tilsa det, ville dette gi uheldige signaler til andre familier.<sup>114</sup> Det kunne medføre fare for at flere familier utviste samme motvilje til å reise ut av landet. I tillegg ville det kunne føre til at barn ble utnyttet med det formål å skaffe familien oppholdstillatelse ved å bli lengeværende etter avslag. Førstvoterende kom på

---

<sup>111</sup> Rt-2013-449 avsnitt 62

<sup>112</sup> Rt-2013-449 avsnitt 64

<sup>113</sup> Rt-2013-449 avsnitt 64

<sup>114</sup> Rt-2013-449 avsnitt 65



bakgrunn av dette frem til at de innvandringsregulerende hensynene måtte veie tyngst. Hensynet til jenta var blitt tillagt vekt som et grunnleggende hensyn, og dette var forsvarlig vurdert og avveid mot innvandringsregulerende hensyn.<sup>115</sup>

Mindretallet kom frem til motsatt resultat. Annenvoterende begynte med å drøfte det alminnelige kravet til saklighet i forvaltningens praksis. Det var domstolenes oppgave å kontrollere at utlendingsnemnda hadde holdt seg innenfor lovens rammer i sin skjønnsutøvelse.<sup>116</sup> Det måtte påses at nemnda hadde lagt tilstrekkelig vekt på hovedhensynene, slik loven krevde. Domstolene kunne i motsatt fall underkjenne utlendingsnemndas forvaltningsvedtak på grunnlag av vilkårlighet. I denne saken mente han at nemnda uansett hadde lagt en uriktig lovforståelse til grunn, som kunne gi grunnlag for ugyldighet. Vekten av de innvandringsregulerende hensynene etter utlendl. § 38 fjerde ledd kunne variere. Typiske hensyn som kunne veie tungt var tilfeller ved bruk av falske dokumenter, bruk av uriktig identitet og å holde seg skjult i landet eller på annen måte unnlate å medvirke til tilbakesendelse.<sup>117</sup> Det forelå ikke slike forhold i denne saken, og innvandringsregulerende hensyn burde derfor ha blitt tillagt mindre vekt enn flertallet kom frem til. Det var snakk om en familie som hadde kommet til landet på turistvisum og som hadde søkt om oppholdstillatelse før visumet gikk ut. Det var ikke tale om noen falsk identitet og de hadde oppholdt seg på kjent adresse mens de befant seg i Norge. Det måtte i tillegg legges betydelig vekt på familiens tidligere lovlige opphold i landet.

Mindretallet utviste skepsis til at ethvert innvandringsregulerende hensyn skulle kunne ha avgjørende vekt. Han mente at det måtte bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet, hvor graden av bebreidelse og de allmennpreventive hensyn fikk betydning.<sup>118</sup> Utlendingsnemnda hadde etter hans mening unnlatt å foreta en nærmere vurdering av de særlige omstendigheter som forelå i saken. Nemndas begrunnelse bygde derfor på en uriktig forståelse av hvilke hovedhensyn som ville ha relevans, og en manglende forståelse av at også vekten av de innvandringsregulerende hensyn måtte relativiseres.<sup>119</sup>

---

<sup>115</sup> Rt-2013-449 avsnitt 66

<sup>116</sup> Rt-2013-449 avsnitt 116 flg.

<sup>117</sup> Rt-2013-449 avsnitt 121

<sup>118</sup> Rt-2013-449 avsnitt 139

<sup>119</sup> Rt-2013-449 avsnitt 140 og 141

Terje Einarsen gir uttrykk for at barnekonvensjonen må anses som et middel som skal sikre at statene anerkjenner barnet som en selvstendig rettighetsholder.<sup>120</sup> Det må på bakgrunn av denne kunne trekkes en grense for de tilfeller hvor barnets beste ikke kan fravikes selv om foreldrene har opptrådt i strid med norske regler. Slik situasjonen er etter Plenumsdom I og II vil lengeverende barn alltid kunne identifiseres med foreldrenes handlemåte.<sup>121</sup> Han understreker at barnets beste er en overordnet *rettsnorm* som vil ha stor tyngde uansett hvilke andre samfunnsinteresser som gjelder.

### 3.2.4 Betydningen av forskjellige søskeninteresser

I familier med flere barn kan det tenkes at det vil være best for det ene barnet å få bli i Norge, mens det for det andre ikke nødvendigvis er det beste. Det kan for eksempel tenkes at det eldste barnet har vært så lenge i Norge at det har fått en sterk tilknytning, mens det andre anses for ungt til å kunne knytte seg til et bestemt land. Dersom familiens opphold har vært ulovlig vil også innvandringsregulerende hensyn gjøres gjeldende. Problemstillingen er om det yngste barnet hvor det beste ikke tilsier noe bestemt resultat, kan påvirke hvor stor vekt det legges på det eldste barnets beste i avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn.

I Plenumsdom I kom det eldste barnet til Norge i 2004 når det var knappe ett år gammelt, mens det yngste barnet ble født i Norge i 2007. Det yngste barnet var nesten fire år da saken kom opp for Høyesterett. Høyesterett foretok først en individuell vurdering av hva som ville være den beste løsningen for hvert av barna. Høyesterett vurderte det yngste barnets oppholdstid til å være for kort til at hun kunne ha knyttet seg til Norge på selvstendig grunnlag.<sup>122</sup> De mente at hennes alder tilsa at tilknytningen primært lå til foreldrene og ikke til Norge. Det kommer ikke klart frem hva som ville være den beste løsningen for henne, men uttalelsene må tolkes som at det beste for jenta måtte antas å være med foreldrene, men ikke nødvendigvis i Norge. For det eldste barnet var det best å få bli.

---

<sup>120</sup> Terje Einarsen, Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn? Jussens venner vol. 48, s. 287-319, s. 313

<sup>121</sup> Terje Einarsen, Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn? Jussens Venner Vol. 48, s. 287-319, s. 313

<sup>122</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 156

Videre la Høyesterett til grunn at innvandringsregulerende hensyn måtte veie tungt i saken.<sup>123</sup> De kom fram til at innvandringsregulerende hensyn måtte veie tyngre enn det eldste barnets tilknytning. De foretok deretter en forsvarlighetsvurdering hvor de vurderte barnas situasjon samlet, og kom fram til at en utsendelse ikke ville medføre skade for noen av barna.<sup>124</sup>

Det som kan tale for at det yngste barnet kan ha hatt påvirkning for vekten av det eldste barnets beste er at det ble foretatt en samlet vurdering av forsvarligheten ved å sende barna tilbake til hjemlandet. Dette kan tyde på at barna i en viss grad ble identifisert med hverandre i vurderingen. På den annen side foretar Høyesterett en individuell vurdering av hva som må anses som den beste løsningen for hvert av barna. Det er bare det eldste barnets beste som er motstridende med innvandringsregulerende hensyn, og det er derfor ikke nødvendig å avveie det yngste barnets interesser. Den individuelle vurderingen av det enkelte barnets beste medfører at det yngste barnet ikke har hatt noen påvirkning for vekten av det eldste barnets beste i avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn.

### **3.3 Felles problemstillinger for enslige barn og barn med familie**

#### **3.3.1 Innledning**

I punkt 3.1 og 3.2 er det gitt en drøftelse av problemstillinger som oppstår særskilt for de to ulike situasjonene barnet kan befinne seg i. I dette punktet skal det gis en drøftelse av problemstillinger som kan oppstå i forhold til vurderingen av barnets beste, uavhengig av om barnet er kommet alene eller sammen med familie.

#### **3.3.2 Faktagrunnlaget vurderingen av barnets beste skal bygge på**

Når utlendingsnemnda skal avgjøre hvilken løsning som vil være den beste for et barn tas det utgangspunkt i barnets situasjon på vedtakstidspunktet. I de tilfeller hvor saken blir brakt inn for domstolene vil det ha gått en periode mellom vedtakstidspunktet og domstidspunktet som ikke er vurdert. Denne perioden kan ha betydning for hva som vil være den beste avgjørelsen for barnet. Problemstillingen er om domstolene kan vurdere fakta som har skjedd etter vedtakstidspunktet når de skal ta stilling til om barnets beste er forsvarlig vurdert og avveid i vedtaket.

---

<sup>123</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 159 flg.

<sup>124</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 164

Rekkevidden av domstolenes prøvelsesadgang ble tatt opp i Plenumsdom I. Om dette uttalte førstvoterende:

«Spørsmålet er om domstolene ved prøvingen av vedtakets gyldighet har rett og plikt til å ta i betraktning faktum som har kommet til etter at forvaltningen fattet sitt vedtak»

Det formelle grunnlaget for domstolenes prøvelsesadgang er konstitusjonelt forankret.<sup>125</sup> De nærmere grensene for domstolenes prøvingsadgang over forvaltningsvedtak må trekkes gjennom en tolkning av rettspraksis. Av tidligere praksis fra 1950-tallet og frem mot årtusenskiftet var det ingen avgjørelser som hadde betydning for spørsmålet i denne saken. I 2003 kom den første dommen som hadde direkte betydning.<sup>126</sup> I Rt-2003-460 vurderte Høyesterett om tingretten kunne ta stilling til fakta på domstidspunktet i en utlendingssak som gjaldt begjæring om midlertidig forføyning. Høyesterett gav uttrykk for at domstolene måtte begrense prøvingen til forhold som forelå på vedtakstidspunktet. De kunne ikke trekke inn etterfølgende forhold. I Rt-2007-1815 ble dette synspunktet videreført.<sup>127</sup> Saken gjaldt gyldigheten av en trygderettskjennelse om avslag på krav på uførepensjon. Retten uttalte at prøving av vedtak i trygdesaker måtte skje på grunnlag av faktum på vedtakstidspunktet.

Ut i fra tidligere rettspraksis kom førstvoterende frem til at det har blitt skapt en presedens som tilsier at domstolskontrollen skal knytte seg til faktum på vedtakstidspunktet.<sup>128</sup> Hun viste til Rt-2009-1374 avsnitt 40 hvor det ble presisert at vurderingen av en avgjørelse skulle skje på bakgrunn av de opplysninger og den situasjonen som forelå på avgjørelsestidspunktet.

Førstvoterende avviste eventuelle uklarheter. De saker som kunne så tvil tok ikke ordentlig stilling til spørsmålet. Domstolskontrollen knyttet seg til faktum på vedtakstidspunktet, og en motsatt konklusjon måtte i tilfelle fremgå etter en naturlig tolkning av loven.<sup>129</sup>

Det ble videre vurdert om Norges menneskerettslige forpliktelser kunne gi grunnlag for et annet resultat. Etter EMK artikkel 13 pliktet statene å legge til rette for en effektiv

---

<sup>125</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 53

<sup>126</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 66 hvor det vises til Rt-2003-460

<sup>127</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 67

<sup>128</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 69 og 70

<sup>129</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 79

prøvingsrett hos nasjonale myndigheter.<sup>130</sup> Av EMD-praksis fremgikk det at det var opp til hver enkelt stat å avgjøre hvordan de ville gjennomføre forpliktelsen, men at prøvingsretten også måtte gjelde nye forhold.<sup>131</sup> Førstvoterende kom på dette grunnlag frem til at EMD-praksis bare krevde at prøvingsretten måtte foretas av nasjonale myndigheter, men at dette ikke nødvendigvis betød domstolene. Det var ikke behov for at domstolene foretok en nåtidsvurdering da utlendingsnemnda uansett måtte vurdere vedtaket på nytt ved påberopelse av nye rettsfakta.

Mindretallet argumenterte for at det burde legges til grunn en nåtidsvurdering av vedtaket fordi det ville være den løsningen som var mest forenlig med Norges internasjonale forpliktelser. Når EMD tok stilling til en klage om krenkelse av bestemmelser i EMK så la de til grunn en nåtidsvurdering hvor de tok med rettslig relevante fakta som hadde intrådt etter at det nasjonale vedtak var truffet.<sup>132</sup> Dersom et vedtak i norsk rett skulle kunne vurderes etter nåtid ville det i så fall avhenge av om det omfattet menneskerettslige spørsmål som EMD kunne ta stilling til. Mindretallet mente derfor at norske domstoler også burde foreta en nåtidsvurdering, hvor vedtaket ble kjent ugyldig dersom de kom fram til at vedtaket kunne blitt et annet enn etter den opprinnelige vurderingen.<sup>133</sup> Utlendingsmyndighetene ville da ha plikt til å vurdere saken på nytt, og til å treffe ny avgjørelse på et oppdatert og selvstendig grunnlag.

Flertallets synspunkt i Plenumsdom I ble videreført i Plenumsdom II og Rt-2013-449.

Rettstilstanden er at domstolene ikke kan vurdere fakta som har skjedd etter vedtakstidspunktet når de skal ta stilling til om barnets beste er forsvarlig vurdert og avveid i vedtaket.

### **3.3.3 Særlig om barnets alder og oppholdstid i Norge**

Felles for de omtalte dommene er at barna på domstidspunktet allerede hadde vært i Norge i flere år og hadde opparbeidet tilknytning til riket. Likevel kom Høyesterett frem til at barnas

---

<sup>130</sup> Lov 16. april 1999 nr. 19 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, menneskerettsloven, vedlegg 1, artikkel 13

<sup>131</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 84, 85 og 96 hvor det vises til EMD-praksis

<sup>132</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 178 hvor det vises til Rt-2012-667 avsnitt 27

<sup>133</sup> Rt-2012-1985 avsnitt 182

tilknytning ikke kunne være avgjørende for resultatet. Det er grunn til å stille spørsmål om hvordan Høyesterett kom fram til dette resultatet, særlig for barna i 2012-dommene.

I rundskriv som ble utgitt i forbindelse med ikrafttreddelsen av den nye utlendingslov gis det uttrykk for at det skal legges særlig vekt på den tilknytningen et barn har opparbeidet ved langvarig opphold i riket.<sup>134</sup> Det skrives at oppholdstiden i utgangspunktet må være sammenhengende, å ha vart i over tre år, men at det må foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak. I vurderingen av om det er opparbeidet en slik tilknytning må det ses på barnets alder, om det går på skole eller i barnehage, om det deltar på fritidsaktiviteter, snakker norsk og om situasjonen som helhet tilsier at barnet har en særlig tilknytning til det norske samfunnet. Det fremgår av rundskrivet at barnets alder har mye å si fordi det vil være lettere for et eldre barn å knytte seg til det norske samfunnet enn et barn som er i sine første leveår. Videre gis det uttrykk for at dersom foreldrene har motsatt seg samarbeid med norske myndigheter er dette noe som kan legges vekt på i helhetsvurderingen.<sup>135</sup>

I stortingsmelding presiseres det at barn kan innvilges oppholdstillatelse selv om barnets situasjon ikke er så alvorlig at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen.<sup>136</sup> Hva som er barnets beste er viktig i vurderingen av om barnet bør gis opphold. Barnets beste må avveies mot innvandringsregulerende hensyn, men jo tyngre hensynet til barnet er, dess mer skal det til for å kunne legge vekt på innvandringsregulerende hensyn. Barnets beste kan måtte anses så tungtveiende i visse sammenhenger at det ikke vil være adgang til å legge vekt på innvandringsregulerende hensyn.<sup>137</sup>

Det ble videre vist til FNs barnekomité's merknader fra januar 2010.<sup>138</sup> I rapporten uttrykte komitéen bekymring over at Norge valgte å sende ut mindreårige som hadde opphold seg i landet i mange år til tross for at staten hadde forsikret om at det ville bli lagt vekt på barnas tilknytning. Det kunne i mange av disse tilfellene dokumenteres at barna hadde tilknytning til riket.

---

<sup>134</sup> A-63/09, Rundskriv om ikrafttreddelse av ny utlendingslov og ny utlendingsforskrift fra 1. januar 2010, vedlegg 8 s. 2

<sup>135</sup> A-63/09, Rundskriv om ikrafttreddelse av ny utlendingslov og ny utlendingsforskrift fra 1. januar 2012, vedlegg 8 s. 3

<sup>136</sup> Jfr. Utlendl. § 38 tredje ledd annet punktum, også referert i Meld. St. 27 (2011-2012) s. 51

<sup>137</sup> Meld. St. 27 (2011-2012) s. 51

<sup>138</sup> Meld. St. 27 (2011-2012) s. 51 hvor det ble vist til: Behandling av Norges fjerde rapport til FN om oppfølging av barnekonvensjonen, Avsluttende merknader fra FNs Komité for barnets rettigheter, januar 2010, s. 18

Det var sterke innvandringsregulerende hensyn som talte mot at barna med familien skulle få oppholdstillatelse i Plenumsdommene. Det kan av hensyn til en kontrollert innvandring ikke gis oppholdstillatelse i de tilfeller hvor det er fare for at vedtaket kan medføre at foreldrene bruker barna sine for å oppnå opphold. På den annen side hadde barna bodd i Norge i betraktelig lengre tid enn tre år, som etter rundskrivet ble ansett som lengeværende. De oppfylte alle momentene for å kunne anses å ha en sterk tilknytning til riket.

I avveiningen fremkommer det at årsaken til at de innvandringsregulerende hensynene ble avgjørende, var fordi det ikke ble ansett som skadelig for barna dersom de ble sendt ut av landet. Avgjørelsen var derfor forsvarlig. Det er uklart hvilket krav til forsvarlighet Høyesterett stiller til vurderingen og avveiningen av barnets beste. Slik flertallet drøfter kravet til forsvarlighet, forstås det som at det er vurderingen av barnets beste og avveiningen av barnets beste mot innvandringsregulerende hensyn som må være forsvarlig. Dette innebærer at det må komme klart frem hva som vil være det beste for barnet, og hvorfor det velges å legges avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn til fordel for barnets beste. Ut i fra flertallets subsumsjon virker det som at så lenge avgjørelsen er forsvarlig har avveiningen også vært det. I realiteten er det ikke foretatt noen avveining mellom de to barnas sterke tilknytning til Norge mot det ulovlige oppholdet, det er foretatt en avveining mellom risikoen ved å sende barna ut av landet mot de innvandringsregulerende hensynene.

### **3.3.4 Barnets rett til å gi uttrykk for sin mening**

Barnets medbestemmelsesrett skal sikre at en avgjørelse blir tatt på riktig grunnlag. Det hender at barnet likevel ikke blir hørt før det fattes beslutning som har betydning for det, selv om retten fremgår klart av både barnekonvensjonen artikkel 12 og utlendingsforskriften § 17-3.

I Plenumsdom II anførte den klagende part at det var en saksbehandlingsfeil at barnet ikke var hørt før det ble fattet vedtak. De mente at barnets beste på grunnlag av dette ikke var forsvarlig vurdert.<sup>139</sup> Flertallet i saken avviste dette og mente at det ikke ville ha utgjort noen forskjell i vurderingen av barnets beste. De hadde på bakgrunn av de fakta som forelå uansett kommet fram til at barnets beste var å få bli i Norge.<sup>140</sup> Det var derfor ikke nødvendig å høre

---

<sup>139</sup> Rt-2012-2039 avsnitt 24

<sup>140</sup> Rt-2012-2039 avsnitt 57

barnet. Det var heller ikke noen holdepunkter for at resultatet var blitt en annen dersom barnet hadde fått gi uttrykk for sin mening.

Mindretallet gav uttrykk for at det var på det rene at jenta ikke hadde fått mulighet til å uttale seg om sine tanker, erfaringer og følelser til utlendingsnemnda.<sup>141</sup> Han presiserte at barnekonvensjonen artikkel 12 gjaldt uavhengig av om myndighetene mente at uttalelsen kunne ha betydning for utfallet av saken.

Flertallets og mindretallets synspunkter når det gjelder barnets rett til å gi uttrykk for sin mening tilsier at omfanget av medbestemmelsesretten er usikker. For flertallets del synes medbestemmelsesretten å gjelde bare i de tilfeller hvor det kan ha betydning i vurderingen av barnets beste. For mindretallet gjelder medbestemmelsesretten i alle saker selv om det ikke vil ha betydning for vurderingen.

---

<sup>141</sup> Rt-2012-2039 avsnitt 108



## 4. Rettspolitiske betraktninger

Rettspraksis viser at avveiningen mellom hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn er et vanskelig tema.<sup>142</sup> At alle dommene som er gjennomgått i kapittel 3 er avgjort med dissens, tyder på at grensen for når et hensyn må anses avgjørende er vanskelig å trekke. Vanskeligheten er etter min mening et resultat av at barnets beste er en rettslig norm, mens innvandringsregulerende hensyn er rettslige momenter med politisk motiv. Barnets beste som rettslig norm krever at myndighetene legger grunnleggende vekt på hva som er barnets beste, uavhengig av hvilke andre hensyn som gjøres gjeldende. Samtidig kan det heller ikke benektes at de innvandringsregulerende hensyn er momenter som er viktige å opprettholde for å oppnå en kontrollert og rettferdig asylpolitikk. Det politiske aspektet kan medføre fare for at vurderingen av barnets beste blir påvirket, og at prinsippet blir tillagt mindre betydning enn lovgiver har ment.

I Ashok-saken ble myndighetenes målsetning om å drive en kontrollert og begrenset innvandring truet. Det kan virke som at myndighetene derfor forsøkte å harmonisere hensynet slik at det ble i samsvar med innvandringsregulerende hensyn. På den annen side bør en være varsom med å legge politisk betydning i alle saker hvor utlendingsmyndighetene kommer frem til at det beste for barnet er å sendes tilbake til hjemlandet. Det er gode grunner for å sende et enslig barn tilbake til hjemlandet i de tilfellene hvor foreldrene vil være der når de returnerer. Barnets beste er et hensyn som også kan tale for at barnet bør sendes hjem, det vil ikke alltid være motstrid mellom barnets beste og innvandringsregulerende hensyn.

I Plenumsdom I og II er det grunn for å kritisere Høyesteretts fremgangsmåte i avveiningen mellom barnets beste og innvandringsregulerende hensyn. Høyesterett brukte forsvarligheten av å sende barnet ut av landet som et argument i avveiningen mellom barnets beste og innvandringsregulerende hensyn, noe jeg mener de ikke har grunnlag for å gjøre. Det er merkelig at Høyesterett ikke skiller bedre mellom vurderingen av barnets beste og forsvarligheten av å sende barnet ut av landet. I vurderingen av om et barn bør få bli skal det først tas stilling til hvilken løsning som vil være den beste. Dersom det beste er å få bli i landet må det foretas en avveining mot innvandringsregulerende hensyn. Dersom innvandringsregulerende hensyn må anses mest tungtveiende, skal det gjøres en vurdering av

---

<sup>142</sup> Med ”rettspraksis” refereres det til de dommer som er gjennomgått i kapittel 3

hvor forsvarlig det vil være å sende barnet ut. Hvis det ikke er forsvarlig å sende barnet ut, må barnet få bli på tross av at de innvandringsregulerende hensynene veier tyngst. Det ser ut til at Høyesterett ikke direkte har vurdert barnas sterke tilknytning mot foreldrenes manglende samarbeidsvilje, men heller tatt en ”snarvei” og argumentert for at det ikke vil være skadelig for barna å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn.

At vurderingen og avveiningen av barnets beste og innvandringsregulerende hensyn har rettspolitisk betydning viser Solberg-regjeringens forslag om å forbedre hensynet til barnets beste på utlendingsrettens område.<sup>143</sup> Det bakenforliggende formål med forslaget synes i stor grad å være basert på at det ikke skal lønne seg for en utlending å oppholde seg ulovlig i landet. Regelen om at det skal legges særlig vekt på barnets tilknytning gjelder bare for de tilfeller hvor foreldrene har samarbeidet med myndighetene om egen situasjon. Det vil nok tenkes at flesteparten av barna som bor på asylmottak vil falle utenfor denne bestemmelsen. I Plenumsdom I gav Høyesterett uttrykk for at det skal legges vekt på den tilknytningen barnet har opparbeidet ved ulovlig opphold. Forslaget innebærer en innskrenkning av rekkevidden til barnets beste, hvilket tilsier at forslaget bærer mer preg av å være gjenstand for innvandringspolitisk kontroll, enn å sikre at hensynet til barnets beste får en forsterket rettsstilling.

En mulig måte å forsterke og klargjøre innholdet og vekten av barnets beste på utlendingsrettens område, kan være dersom Norge ratifiserer FNs tilleggsprotokoll som trer i kraft i april dette år, 2014. Denne protokollen vil gi mulighet til å klage et mulig brudd på barnekonvensjonen inn til FNs barnekomité. Avgjørelsene som barnekomitéen kommer med, kan bidra til å klarlegge forholdet mellom barnets beste og innvandringsregulerende hensyn, hvordan disse skal vurderes og avveies mot hverandre.<sup>144</sup>

---

<sup>143</sup> Avtale og gjennomføringspunkter om utlendingsfeltet fremforhandlet av Venstre, Kristelig Folkeparti, Fremskrittpartiet og Høyre, s. 1, forslagsteksten om å forbedre barnets beste på utlendingsfeltet går blant annet ut på at barnets beste skal tillegges særlig vekt, men bare dersom foreldrene har samarbeidet til å avklare egen identitet og muliggjøring av retur. Det skal i vurderingen legges vekt på barnets alder, behov for stabilitet og kontinuitet, botid i Norge, språk, helsesituasjon, forhold til venner og nærmiljø, omsorgssituasjon, foreldrenes omsorgsevne og menneskerettslig situasjon ved retur.

<sup>144</sup> Informasjon er hentet fra: <http://www.fn.no/Aktuelt/Nyheter/Norske-barn-faar-ikke-klage-til-FN>

## **5. Rettskilder**

### **5.1 Norges lover**

Lov 24. juni 1988 nr. 64, lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her, utlendingsloven (opphevet)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, menneskerettsloven

- Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon i vedlegg 1
- Barnekonvensjonen i vedlegg 7

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

Lov 26. mars 2010 nr. 9, om vergemål, vergemålsloven

### **5.2 Forarbeider**

Ot.prp. nr. 46 (1986-1987), om utlendingers adgang til riket og deres opphold her, utlendingsloven

Ot.prp. nr. 45 (2002-2003), om lov om endring i menneskerettsloven mv.

NOU 2004:20, ny utlendingslov, utredning fra utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon av 14. desember 2001

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

Innst. O. nr. 42 (2007-2008), innstilling fra kommunal – og forvaltningskomiteen om lov om utlendingers adgang og deres opphold her (utlendingsloven)

### **5.3 Rettspraksis**

Lb-2008-81478, lagmannsrettens dom over spørsmål om opphold for enslig mindreårig asylsøker

Rt-2009-1261, Høyesteretts dom over spørsmål om opphold for enslig mindreårig asylsøker

Rt-2012-1985, Høyesterett i plenum, avgjørelse om opphold for en irakisk familie

Rt-2012-2039, Høyesterett i plenum, avgjørelse om opphold for en Bosnisk-Herzegovinsk familie

Rt-2013-449, Høyesteretts dom over spørsmål om opphold for en pakistansk familie

### **5.4 Juridisk litteratur og internasjonale tekster**

Generell Kommentar nr. 6 2005, Behandling av enslige barn og enslige barn med følgepersoner utenfor deres opprinnelige hjemland

Lena R. L. Bendiksen og Trude Haugli, Hvor ble det av gutten, FAB 2010-1/2, s. 60 til 80

Terje Einarsen, Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn? Jussens Venner, Vol. 48 s. 287-319

Njål Høstmælingen, Elin S. Kjørholt og Kirsten Sandberg, Barnekonvensjonen, Barns rettigheter i Norge 2. utgave 2012

Generell Kommentar nr. 14 2013, Barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn

Sharon Detrick, J. E. Doek, Nigel Cantwell, “The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the “Travaux Préparatoires” 1992 – 712 sider, s. 131 flg.

- Henvisning til kilde om arbeidsgruppens ordlyd om at barnets beste skal være ”a paramount consideration”

## 5.5 Elektroniske kilder

Regjeringen.no – informasjon fra regjeringen og departementene

- Url: <http://www.regjeringen.no/pages/2277906/Vedlegg8.pdf>
- Arbeids – og inkluderingsdepartementets rundskriv
- Rundskriv om ikrafttredelse av ny utlendingslov og ny utlendingsforskrift fra 1. januar 2010, A-63/09, Vedlegg 8
- Utgitt av justisdepartementet 12. februar 2010
- Brukt 24/3-14

Kommentarutgaver.no – Universitetsforlagets blå kommentarutgaver på nett

- Url: <http://dyp.kommentarutgaver.no/dyp/content/utlendingsloven/11/1/>
- Norsk lovkommentar, § 38 Oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket
- Kilden er hentet ut 9/1-14

UDI – udiregelverk.no

- Url:  
<http://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/sentrale/utlendingsforskriften/kap17/17-3/>
- Utlendingsforskriften § 17-3
- Kilden ble sist bruk 28/4-14

Utlendingsnemnda - UNE

- Url: <http://www.une.no/no/Aktuelt/Artikler/Barnets-beste---i-Norge/>
- Artikkel fra utlendingsnemnda om barnets beste som grunnleggende hensyn i asylsaker
- Artikkelen er hentet fra UNEs årbok 2005, publisert 7/7-06
- Brukt 9/1-14

FN-sambandet – United Nation Association Of Norway

- Url: <http://www.fn.no/Aktuelt/Nyheter/Norske-barn-faar-ikke-klage-til-FN>
- Norske barn får ikke klage til FN
- Publisert 15/1-14
- Brukt 30/4-14

## **5.6 Annen litteratur**

Avtale og gjennomføringspunkter om utlendingsfeltet fremforhandlet av Venstre, Kristelig Folkeparti, Fremskrittspartiet og Høyre