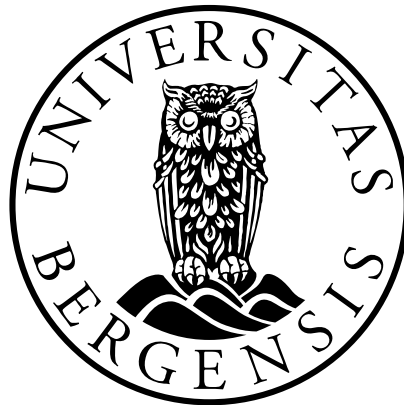


Lengeværende barns rettsstilling i norsk rett

Vektleggingen av hensynet til barnets beste opp mot innvandringsregulerende hensyn i saker om opphold på humanitært grunnlag

Kandidatnummer: 211914

Antall ord: 14 286



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2015

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	4
1.1 Tema og problemstilling	4
1.2 Rettskildelære og metode	5
1.2.1 Generelt.....	5
1.2.2 Tolkning av FNs barnekonvensjon.....	5
1.2.3 Forholdet mellom Grunnloven og barnekonvensjonen	6
1.2.4 Betydningen av FNS barnekomit�es generelle kommentarer	6
1.3 Domstolskontroll	7
1.3.1 Synliggjøring av vurderingen	8
1.4 Veien videre	9
2 Opphold på humanit�ert grunnlag - Utlendingsloven � 38	9
2.1 Innledning	9
2.2 «Sterke menneskelige hensyn» og «særlig tilknytning til riket»	10
3 Hensynet til barnets beste	11
3.1 Juridisk analyse av utlendingsloven � 38 tredje ledd	11
3.2 Juridisk analyse av FNs barnekonvensjon art. 3 nr. 1	11
3.2.1 «Barnets beste».....	12
3.2.2 «Skal være et grunnleggende hensyn»	13
3.3 Juridisk analyse av Grunnloven � 104	13
3.4 Vurdering og fastsettelse av barnets beste	14
3.4.1 Hvordan fastsette hensynet til barnets beste?	14
3.4.2 Hvordan vurdere hensynet til barnets beste? Hvilke momenter vil kunne være relevante?	15
3.5 Kritikkk av prinsippet	18
4 Innvandringsregulerende hensyn	19
4.1 Hvilke innvandringsregulerende hensyn kan vektlegges?	19
4.2 Hvilken vekt skal de innvandringsregulerende hensyn ha?	21
5 Avveiningen mellom hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn....	21
5.1 Innledning	21
5.2 Asylbarndom I, Rt. 2012 s. 1985	23
5.2.1 Faktum.....	23
5.2.2 Generelt om avveiningen	23
5.2.3 Avveiningen i den konkrete saken.....	25

5.3 Asylbarndom II, Rt. 2012 s. 2039	28
5.3.1 Faktum	28
5.3.2 Generelt om avveiningen	28
5.3.3 Avveiningen i den konkrete saken.....	29
5.4 Avgjørelse fra EMD; Jeunesse mot Nederland (2014).....	32
5.4.1 Faktum.....	32
5.4.2 Avveining og resultat.....	33
5.5 Maria-saken, Rt. 2015 s. 93.....	34
5.5.1 Faktum.....	34
5.5.2 Avveining og resultat.....	34
6 Konklusjon og avsluttende bemerkninger	37
6.1 Konklusjon.....	37
6.2 Avsluttende bemerkninger	37
7 Litteraturliste.....	39
7.1 Lover	39
7.2 Traktater.....	39
7.3 Forskrifter	39
7.4 Forarbeider	39
7.5 Bøker.....	40
7.6 Artikler	40
7.7 Avgjørelser fra Høyesterett	40
7.8 Avgjørelser fra EMD	41
7.9 Øvrig.....	41

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Det overordnede temaet for fremstillingen er lengeværende barns rettsstilling i Norge.

Lengeværende barn omtales også som asylbarn. Det er ingen rettslig definisjon av «asylbarn», men det er vanlig å bruke begrepet om «lengeværende barn av foreldre med avslag på asyl».¹ Hvor lenge et barn må ha vært i Norge for å kunne kalle det et «asylbarn» er ikke fastsatt, men praksis bruker som regel begrepet om barn som har vært i Norge i tre år eller mer.² Det er mange barn som har bodd lenge i Norge uten å få oppholdstillatelse. Regjeringen slår fast at det per 31. mai 2012 var 544 barn som hadde bodd i norske asylmottak i mer enn tre år med endelig avslag på søknad.³ Av disse barna hadde 90 bodd i asylmottak i mer enn fem år.⁴ I tillegg kommer alle de asylbarna som bor andre steder enn på asylmottak, både på kjente og ukjente adresser.⁵

Å være i en midlertidig situasjon hvor man venter på svar om hvordan fremtiden ser ut er en uheldig situasjon, særlig for barn som er de mest sårbare. I tillegg kommer andre faktorer som familiens dårlige økonomi, manglende tilgang til utdanning, boforholdene og mangelen på dokumenter.⁶

FN-konvensjonen om barnets rettigheter (barnekonvensjonen) av 1989 er inkorporert som norsk lov og skal ved motstrid gå foran norsk lov, jf. lov 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven) §§ 2 nr. 4 og 3, jf. utl. § 3. Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 sier at «barnets beste» skal være «et grunnleggende hensyn» ved «alle handlinger som berører barn». Gjennom inkorporeringen har Norge forpliktet seg til å legge stor vekt på hensynet til barnets beste i alle saker som angår barn. Norge har et ansvar for at saker som angår barn blir behandlet så fort som mulig for å unngå at barn blir boende på asylmottak over lengre tid i uvisse om sin fremtid.

En sak om opphold vurderes som regel etter lov 15. mai 2008 nr. 35 (utlendingsloven) § 38. Etter § 38 kan det gis oppholdstillatelse på humanitært grunnlag hvor vilkårene for asyl etter utl. § 28 ikke er oppfylt. Paragraf 38 viser at hensynet til barnets beste skal veies opp mot innvandringsregulerende hensyn, men sier ikke noe konkret om hvordan avveiningen skal foretas. Med innvandringsregulerende hensyn siktes det til samfunnsmessige utfordringer som kan følge av innvandring, som kontrolltekniske hensyn, kostnader i forbindelse med saksbehandlingen, eller

¹ Einarsen, Terje, "Plenumsdommene om domstolsprøving: kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn?", *Jussens Venner*, vol. 48, 5, 2013, s. 290

² *Ibid*, s. 290

³ Justis- og beredskapsdepartementet, *Meld. St. 27 (2011-2012)*, Melding til stortinget - Barn på flukt, Tilråding av 8. juni 2012, punkt. 6.4.1

⁴ *Ibid*, punkt. 6.4.1

⁵ *Ibid*, punkt. 6.4.1

⁶ Weiss, Nerina. Fafo-rapport 47 (2013) «Normalitet i limbo. Asylbarn med endelig avslag», s. 7

konsekvenshensyn når det gjelder omfanget av innvandringen, i tillegg til å forhindre uønsket innvandring av personer som kan utgjøre en fare for samfunnet.⁷ Da resultatet i en slik avgjørelse er svært viktig for det aktuelle barnets fremtid, er det viktig å avklare hvordan avveiningen av de ulike hensynene skal foretas. Hovedproblemstillingen i oppgaven er hvordan hensynet til barnets beste skal vektlegges opp mot innvandringsregulerende hensyn i saker om opphold på humanitært grunnlag.

1.2 Rettskildelære og metode

1.2.1 Generelt

Utlendingsrett er et krevende rettsområde da det ofte må foretas vanskelige avveininger av utpreget politisk karakter, der grensen mellom juss og politikk fort kan bli uklar.⁸ Da politikk er viktig på utlendingsrettens område er det ønskelig at regelverket skal sikre en praksis som i «vesentlige trekk gjenspeiler de generelle politiske målsettinger».⁹

Da dette er en juridisk fremstilling, i motsetning til en politisk fremstilling, vil fokuset være på det juridiske aspektet ved avveiningene mellom hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn, og på de rettskildene som sier noe om avveiningen. Fremstillingen vil stort sett ha et de lege lata perspektiv med noe innslag av de lege ferenda vurderinger underveis.

I oppgaven vil den tradisjonelle rettskildelæren bli benyttet. De kildene som vil bli brukt for å gi svar på problemstillingen er lov, rettspraksis, forarbeider, forskrifter og juridisk teori. I tillegg kommer de internasjonale kildene; FNs barnekonvensjon, generelle kommentarer fra FNs barnekomité og praksis fra EMD.

1.2.2 Tolkning av FNs barnekonvensjon

Wien-konvensjonen om traktatretten av 1969 art. 31 til 33 regulerer tolkning av internasjonale traktater. Utgangspunktet og hovedregelen for tolkningen er art. 31 nr. 1 som sier at traktaten skal tolkes «in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose». Utgangspunktet for tolkningen er følgelig den naturlige språklige forståelsen av ordlyden, konvensjonens sammenheng og dens formål.¹⁰ I

⁷ NOU 2004:20 s. 268 og utl. § 38 fjerde ledd

⁸ Rt. 2012 s. 1985 avs. 110

⁹ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 152

¹⁰ Rt. 2012 s. 494 avs. 33

tillegg skal ordene tolkes lojalt og «in good faith», jf. art. 31 nr. 1. Bestemmelsen kodifiserer alminnelig folkerett og er allment akseptert.¹¹

Etter Wien-konvensjonen art. 32 har forarbeider mindre vekt enn i norsk rett da de bare er et supplerende tolkningsmoment.¹² Juridisk teori har også liten rettskildemessig vekt etter art. 32. På den annen side har rettspraksis, særlig fra EMD, stor vekt.¹³

1.2.3 Forholdet mellom Grunnloven og barnekonvensjonen

I mai 2014 kom det en ny bestemmelse i Grunnloven § 104 om beskyttelse av barn. Bestemmelsen innebærer ikke noen større endringer i rettsstillingen, da både barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 og utlendingsloven § 38 tredje ledd allerede slår fast det samme; at hensynet til barnets beste skal være «et grunnleggende hensyn». At bestemmelsene er formulert likt innebærer at også praksis etter de andre bestemmelsene kan brukes for å tolke hva som ligger i § 104.¹⁴

1.2.4 Betydningen av FNS barnekomité's generelle kommentarer

FNs komité for barnets rettigheter, eller barnekomiteen (en ekspertkomité), har som oppgave å holde tilsyn med at statene gjennomfører sine plikter etter konvensjonen og hvordan disse blir gjennomført. Informasjonen komiteen trenger for å føre slikt tilsyn får de bl.a. gjennom statenes plikt til å rapportere om hvordan de gjennomfører konvensjonen nasjonalt.¹⁵ I tillegg får komiteen informasjon fra FN-organer og frivillige organisasjoner.¹⁶

Uttalelsene fra barnekomiteen er ikke rettslig bindende, men skal sees på som en veiledning for statene.¹⁷ Forarbeidene til endringer i barneloven sier at kommentarene skal være «verdifulle retningslinjer for tolkningen og anvendelsen av konvensjonen» og at det bør legges «relativt stor vekt på disse uttalelsene ved tolkning og anvendelse av konvensjonens bestemmelser i praksis».¹⁸ Førstvoterende i Rt. 2009 s. 1261 presiserer at vekten til komiteens kommentarer vil variere med om det er tale om en tolkningsuttalelse eller om det bare er gode råd til statene om hvordan praksis bør

¹¹ Øyen, Øyvind Dybvik (red.), *Lærebok i utlendingsrett*, (Oslo 2013), s. 38 og Rt. 2012 s. 494 avs. 33

¹² Øyen 2013 s. 39

¹³ *Ibid*, s. 39

¹⁴ Dok. 16 (2011-2012) s. 192

¹⁵ Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 2. utgave, (Oslo 2012), s. 22

¹⁶ *Ibid*, s. 22

¹⁷ Rt. 2009 s. 1261 avs. 40

¹⁸ Ot.prp.nr. 104 (2008-2009) s. 26

være på området.¹⁹ I tillegg har det betydning for kommentarenes vekt om de passer på det rettsområdet man er på og det faktum som foreligger i den konkrete saken.²⁰ Slik jeg forstår førstvoterende her, vil man ikke kunne legge vekt på kommentarene helt uten videre, men det må ses på hvordan kommentarene er utformet og om de konkret passer på forholdene i den saken man har med å gjøre.

I Rt. 2015 s. 93 bruker Høyesterett General Comment No. 14 (2013) og slår fast at kommentaren er et «naturlig utgangspunkt» ved tolkningen av art. 3 nr. 1, og også av Grl. § 104 på grunn av de lignende formuleringene.²¹ Videre bruker Høyesterett kommentaren for å vise hvilken funksjon art. 3 nr. 1 er ment å ha ifølge barnekomiteen i tillegg til å si noe om hvilken vekt hensynet til barnets beste skal ha og underbygger dette med norsk rettspraksis. Høyesterett ser følgelig ut til å bruke kommentaren som et utgangspunkt hvor denne stemmer overens med andre autoritative rettskilder.

I oppgaven vil de generelle kommentarene, særlig General Comment No. 14 (2013) «on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration» bli brukt som veiledning og utgangspunkt for tolkningen av art. 3 nr. 1 og Grl. § 104, i tråd med det som fremgår av rettspraksis og forarbeider.²²

1.3 Domstolskontroll

Når det skal gjøres rede for vurderinger om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag etter utl. § 38 er det nødvendig å si noe kort og konkret om hvor grensen for domstolenes prøvingsadgang går i slike saker.

Utl. § 38 første ledd er en «kan»-bestemmelse, altså en bestemmelse som åpner for at forvaltningen *kan* innvilge opphold på humanitært grunnlag når sterke menneskelige hensyn foreligger. Bestemmelsen gir følgelig ingen *rett* til opphold på dette grunnlag. Ordlyden viser at det er tale om «fritt skjøn» for forvaltningen. Også forarbeidene gir uttrykk for at bestemmelsen angir et «vidt rom for skjøn».²³ Førstvoterende i Rt. 2012 s. 1985 slår fast at det domstolen kan prøve i saker etter § 38 er om forvaltningens rettsanvendelse er riktig, om den er i samsvar med de internasjonale forpliktelser vi har bundet oss til, om forvaltningen har lagt til grunn riktig faktum i saken og forvaltningens saksbehandling.²⁴ Det konkrete innholdet i vurderingen og vurderingsmomentene kan

¹⁹ Rt. 2009 s. 1261 avs. 44

²⁰ *Ibid*, avs. 44

²¹ Rt. 2015 s. 93 avs. 64

²² Rt. 2015 s. 93 avs. 64 og Dok. 16 (2011-2012) s. 192

²³ NOU 2004: 20 s. 264

²⁴ Rt. 2012 s. 1985 avs. 142

ikke domstolen prøve, bare om det konkrete skjønnet er «tilstrekkelig bredt og saklig, og at resultatet ikke fremstår som åpenbart urimelig, jf. Rt. 2012 s. 1025 avsnitt 68».²⁵

Førstvoterende går i den samme dommen inn på spørsmålet om prøvelsesadgangen er en annen når det er tale om saker som gjelder barn. Ordlyden i utl. § 38 tredje ledd viser tydelig hvor viktig hensynet til barnets beste er i saker som berører barn. At hensynet til barnets beste skal være «et grunnleggende hensyn» taler for at forvaltningen ikke står like fritt i saker som gjelder barn som ellers etter § 38. Høyesterett konkluderer med at «domstolene fullt ut kan prøve om forvaltningen har tolket loven riktig. At hensynet til barnets beste, herunder barnets tilknytning til Norge, må være forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn, innebærer at det må fremgå av vedtaket at hensynet til barnets beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn. Domstolene kan ikke prøve den konkrete interesseavveiningen».²⁶

At domstolenes prøvingsadgang i saker som berører barn er noe utvidet sammenlignet med andre saker, henger etter min mening naturlig sammen med at barn er særlige sårbare og trenger ytterligere beskyttelse sammenlignet med voksne.

1.3.1 Synliggjøring av vurderingen

Ikke bare må vurderingen av barnets beste foretas på riktig måte, forvaltningen må også *vis*e at en slik vurdering er foretatt på riktig måte. Det går frem av forskrift 15.november 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) § 17-1 a første ledd bokstav a-c at i vedtak som berører barn «skal» det gå frem «hvilke vurderinger som er foretatt av barnets situasjon, herunder hvordan hensynet til barnets beste er vurdert», «hvilke innvandringsregulerende hensyn som er vurdert», og «avveiningen som er foretatt mellom eventuelle motstridende hensyn». Bare ved en slik synliggjøring kan man sikre at hensynet til barnets beste faktisk blir vurdert som et grunnleggende hensyn, særlig med tanke på at domstolenes prøvingsadgang er begrenset. Barnekomiteen slår fast at i de tilfeller hvor utfallet blir noe annet enn det som regnes som det beste for barnet, må det fremgå av beslutningen hvorfor man kom til et annet resultat, og vise at man likevel har lagt vekt på hensynet til barnets beste som et grunnleggende hensyn.²⁷

²⁵ Rt. 2012 s. 1985 avs. 142

²⁶ *Ibid*, avs. 149

²⁷ CRC/C/GC/14 - General Comment No. 14 (2013): The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), s. 19

1.4 Veien videre

For å svare på problemstillingen vil jeg i hoveddelens først kapittel, kapittel to, begynne i utlendingsloven § 38 for å si noe om utgangspunktet for opphold på humanitært grunnlag. Deretter vil jeg i kapittel tre foreta en juridisk analyse av utl. § 38 tredje ledd, barnekonvensjonen art. 3 og GrL § 104 for å si noe mer inngående om hva som ligger i «hensynet til barnets beste». Så vil jeg se bestemmelsene under ett for å si noe om hvordan vurderingen og fastsettelsen av barnets beste skal foretas. I fjerde kapittel vil jeg si noe om hvilke innvandringsregulerende hensyn som kan være relevante ifølge utl. § 38, jf. utlendingsforskriften § 8-5. Til slutt i hoveddelen, i kapittel fem, vil jeg vise hva utl. § 38 sammenholdt med utf. § 8-5, barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 og GrL § 104 sier om hvordan avveiningene av hensynene skal foretas. Deretter vil jeg trekke frem tre sentrale Høyesterettsdommer samt en EMD-dom for å se hva rettspraksis sier om avveiningen. Oppgavens avslutning, kapittel seks, vil inneholde en kort konklusjon på problemstillingen og noen avsluttende bemerkninger.

2 Opphold på humanitært grunnlag - Utlendingsloven § 38

2.1 Innledning

Utl. § 38 er en skjønnsmessig regel som kan gi opphold på humanitært grunnlag dersom vilkårene for asyl etter § 28 første ledd bokstav a eller b ikke er oppfylt. En utlending²⁸ kan gis oppholdstillatelse «dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn» eller utlendingen har «særlig tilknytning til riket», jf. § 38 første ledd. Bestemmelsen regnes som en unntaksregel og en viktig sikkerhetsventil som hovedsakelig vil bli brukt i de sakene hvor det er søkt om asyl, men beskyttelsesbehovet ikke gir grunnlag for å anerkjenne søkeren som flyktning.²⁹ Paragraf 38 vil typisk få anvendelse «i saker hvor det foreligger en blanding av beskyttelsehensyn og humanitære hensyn, og i saker der rene humanitære hensyn står sentralt».³⁰

Tar man for seg ordlyden og vurderingsmomentene i § 38 ser man at bestemmelsen er meget vid og skjønnsmessig, og at lovgiver legger opp til en bred totalvurdering av de relevante moment i saken. At bestemmelsen er vid og skjønnsmessig er nødvendig på et område som utlendingsrett hvor sakene vil variere etter hvilke forhold som ligger til grunn og hvordan situasjonen er for søkerne. En for detaljert regulering ville ikke være mulig da lovgiver ikke vil klare å ta høyde for alle de ulike

²⁸ «Med utlending forstås i denne loven enhver som ikke er norsk statsborger», jf. utl. § 5 første ledd.

²⁹ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 420

³⁰ *Ibid*, s. 420

forhold som kan oppstå i en § 38-sak. Det ville, etter min mening, være uheldig om man ikke kunne ta med visse forhold i vurderingen fordi de ikke eksplisitt er angitt i loven. Da er det bedre at bestemmelsen er utformet skjønnsmessig slik at det er mulig å vurdere også de forhold lovgiver ikke har kunnet forutse. Det er kun ved å ta med alle relevante forhold at man på en best mulig måte kan vurdere om opphold skal innvilges i den konkrete saken. På den andre siden er det nettopp det at bestemmelsen er så vid og skjønnsmessig som gjør vurderingene om opphold meget vanskelig, og som gjør at praksis fort kan bli lite ensartet.

Både forarbeidene til utl. § 38 og utlendingsforskriften § 8-5 (som supplerer § 38) har bidratt til en klarere ramme for hvordan forvaltningen skal foreta vurderingen av opphold på humanitært grunnlag ved å angi konkrete vurderingsmomenter og hvilken vekt de ulike momentene skal ha. Det siste vil bli gjort rede for senere i oppgaven.

2.2 «Sterke menneskelige hensyn» og «særlig tilknytning til riket»

«Sterke menneskelige hensyn» og «særlig tilknytning til riket» er to alternative grunnlag for å innvilge søkeren(e) oppholdstillatelse. Forarbeidene til utl. viser at «sterke menneskelige hensyn» er det mest sentrale grunnlaget, da oppholdstillatelse etter dette grunnlaget kan gis dersom utlendingen har særlig tilknytning til riket.³¹ Tilknytningsgrunnlaget kan også i seg selv være nok til å innvilge opphold, for eksempel i tilfeller hvor søkeren tidligere har vært norsk statsborger og har bodd mange år i Norge.³² Tilknytningen har særlig betydning i saker som gjelder barn, jf. utf. § 8-5 første ledd.

Oppholdsgrunnlaget «sterke menneskelige hensyn» er en kategori som i utgangspunktet vil omfatte alle humanitære hensyn.³³ Det går frem av § 38 annet ledd at det i avgjørelsen av om det foreligger «sterke menneskelige hensyn» skal foretas en «totalvurdering» av saken. Annet ledd lister opp de viktigste momentene i praksis.³⁴ Listen er ikke uttømmende, jf. «blant annet», og andre relevante forhold kan følgelig tillegges vekt.

Det vanlige i en sak vil være at flere av de nevnte menneskelige hensynene gjør seg gjeldende samtidig, og det må foretas en «helhetlig og sammensatt vurdering».³⁵

³¹ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 153

³² *Ibid*, s. 153

³³ Øyen 2013 s. 318

³⁴ *Ibid*, s. 318

³⁵ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 420

Også opphold for barn må vurderes etter § 38. Forskjellen er at barn kan innvilges opphold også i tilfeller hvor forholdene ikke er så alvorlige at en voksen ville blitt innvilget opphold på bakgrunn av de samme forhold, jf. tredje ledd annet punktum. Følgelig viser ordlyden at terskelen er lavere for å innvilge opphold til et barn enn til en voksen, noe som er nødvendig for at hensynet til barnet skal bli tatt så alvorlig som loven krever.³⁶ Barn er mer sårbare enn voksne og har større behov for beskyttelse og omsorg. På grunn av dette vil situasjonen for barn lettere oppfylle kriteriet om at det foreligger «sterke menneskelige hensyn».

Videre i oppgaven vil hensynet til barnets beste og de innvandringsregulerende hensynene være det sentrale for å besvare problemstillingen og dermed disse hensynene som vil være i fokus.

3 Hensynet til barnets beste

3.1 Juridisk analyse av utlendingsloven § 38 tredje ledd

Det går frem av § 38 tredje ledd at i saker som berører barn «skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». Bestemmelsen blir aktuell både i saker hvor det skal avgjøres om et barn får opphold i Norge, og i saker hvor det skal avgjøres om foreldrene skal gis opphold og det kan bli tale om å splitte barnet fra sin nærmeste familie. Det er klart at barnet i det siste tilfellet av saker klart er omfattet av ordlyden «berører» og hensynet til barnets beste gjør seg også gjeldende i slike saker.

3.2 Juridisk analyse av FNs barnekonvensjon art. 3 nr. 1

For å si noe mer konkret om hvordan «hensynet til barnets beste» skal forstås og anvendes, vil det være nødvendig å tolke barnekonvensjonens art. 3 nr. 1.

Det går frem av art. 3 nr. 1 at ved «*alle handlinger som berører barn [...] skal barnets beste være et grunnleggende hensyn*» (min kursivering). Ordlyden viser tydelig hvor viktig hensynet til barnets beste er.

Hensynet til barnets beste er ett av barnekonvensjonens grunnleggende prinsipper. De andre er prinsippet om ikke-diskriminering (art. 2), prinsippet om retten til liv, overlevelse og utvikling (art. 6) og prinsippet om respekt for barnets synspunkter (art. 12).³⁷ Prinsippene i barnekonvensjonen er særlig viktige da de gjelder i alle saker som berører barn. Prinsippene er altså ikke begrenset til bare å

³⁶ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 421

³⁷ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 187

gjelde de tilfellene som direkte reguleres av barnekonvensjonen. I tillegg er grunnprinsippene i konvensjonen viktige ved tolkningen og anvendelsen av den.³⁸

Ifølge barnekomiteen er barnets beste et tredelt konsept. For det første er barnets beste en selvstendig rettighet. Dette innebærer at hensynet til barnets beste er et grunnleggende hensyn som skal legges til grunn som det viktigste i avgjørelser som gjelder barn.³⁹ For det andre er barnets beste et «grunnleggende, fortolkende juridisk prinsipp».⁴⁰ Dette innebærer at hvis flere mulige tolkninger foreligger skal «den tolkningen som mest effektivt tjener barnets beste velges».⁴¹ Til slutt er barnets beste en prosedyreregulering. Det skal foretas en vurdering av hva som er det beste for barnet i den bestemte saken. I tillegg må begrunnelsen for avgjørelsen komme til syne i vurderingen.⁴²

Ordlyden «alle handlinger» viser at retten innebærer at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i *enhver handling* som retter seg mot barn. «Handlinger» gir ingen særlig begrensning i hvilke tiltak det er tale om, i motsetning til for eksempel «beslutninger». Ordlyden må følgelig forstås slik at den gjelder alle mulige tiltak som omfatter barn. At ordet «berører» er brukt viser at det ikke bare er tale om tiltak som direkte er rettet mot det konkrete barnet. Det er nok at handlingen på et eller annet vis har betydning for barnet, direkte eller indirekte. Altså er ordlyden meget vid, noe også barnekomiteen slår fast.⁴³ Artikkel 3 nr. 1 inneholder både uttrykket «barn» og «barnet», noe som viser at bestemmelsen gjelder både det konkrete barnet i en sak, og barn som gruppe. I denne fremstillingen vil det bare være fokus på barn i individuelle saker.

3.2.1 «Barnets beste»

At hensynet til barnets beste er et grunnleggende *prinsipp* som skal gjelde for alle barn i alle land som har ratifisert konvensjonen, tilsier at innholdet ikke kan fastsettes helt bestemt for alle tilfeller. Innholdet og hva som er til et barns beste vil variere fra sak til sak og fra barn til barn, alt etter som hvor saken utspiller seg og hvilke forhold som gjør seg gjeldende. Det som er best for ett barn, er ikke nødvendigvis best for andre barn i samme situasjon. Barnets beste er relativt.⁴⁴ Utgangspunktet for vurderingen må, på bakgrunn av store forskjeller, være det konkrete barnets behov og forutsetninger. Den naturlige forståelsen av ordlyden i art. 3 nr. 1 må være at en vurdering av barnets beste ikke kan foretas så fritt at de andre rettighetene barn har etter barnekonvensjonen blir

³⁸ Høstmølingen m.fl. 2012 s. 52

³⁹ General Comment No. 14 (2013) s. 4

⁴⁰ *Ibid*, s. 4

⁴¹ *Ibid*, s. 4

⁴² *Ibid*, s. 4

⁴³ *Ibid*, s. 7

⁴⁴ Høstmølingen m.fl. 2012 s. 53

satt til side. For å sikre dette, må barnekonvensjonen som helhet tas i betraktning ved vurderingen av hva som er til barnets beste.⁴⁵

3.2.2 «Skal være et grunnleggende hensyn»

Etter ordlyden er det ikke opp til rettsanvenderen å avgjøre om barnets beste skal vektlegges i en sak eller hvilken vekt hensynet skal ha, hensynet til barnets beste «skal» være et «grunnleggende hensyn» ved «alle» handlinger som berører barn.

Ordet «grunnleggende» viser at barnets beste ikke bare er et av flere hensyn som skal vurderes, men at det skal veie tyngre enn andre hensyn. Dette er særlig viktig på bakgrunn av at barn er i en mer sårbar situasjon enn voksne på bakgrunn av deres «avhengighet, modenhet, juridisk status og ofte uten egen stemme».⁴⁶ At barn ofte er uten egen stemme er, etter min mening, et viktig poeng. Dersom ingen andre taler barnets sak, vil dets mening og behov lett bli oversett da barn ofte ikke har mulighet eller kapasitet til å tale sin egen sak.

3.3 Juridisk analyse av Grunnloven § 104

Grunnloven § 104 første ledd gir barn rett på «respekt for sitt menneskeverd» og en rett til å «bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv», deres mening skal også «tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling». Tredje ledd slår fast at barn har rett til «vern om sin personlige integritet». Det sentrale for problemstillingen er annet ledd som er bestemmelsens bærebjelke. Annet ledd har sin parallell i barnekonvensjonen art. 3 nr. 1.⁴⁷ I likhet med art. 3 nr. 1 og utl. § 38 tredje ledd, fastslår bestemmelsen at barnets beste skal være «et grunnleggende hensyn» ved handlinger og avgjørelser som «berører barn», jf. andre ledd.

Det viktige med bestemmelsen er lovgivers synliggjøring av hvor tungtveiende og viktig hensynet til barnets beste skal være i saker som angår barn. Ved å grunnlovsfeste hensynet til barnets beste, stadfester man viktigheten av hensynet i den viktigste rettskilden vi har i vårt rettssystem, en rettskilde som andre rettskilder må tolkes i lys av.

⁴⁵ Høstmølingen m.fl. 2012 s. 52

⁴⁶ General Comment No. 14 (2013) s. 9

⁴⁷ Rt. 2015 s. 93 avs. 63

3.4 Vurdering og fastsettelse av barnets beste

3.4.1 Hvordan fastsette hensynet til barnets beste?

I Maria-saken (som skal gjennomgås senere) slår førstvoterende fast at «ved avveiningen mot andre interesser skal hensynet til barnets beste ha stor vekt – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen».⁴⁸ Det at barnets interesser skal danne utgangspunktet for vurderingen, innebærer at man må starte vurderingen med hva som er til det beste for det konkrete barnet i en sak.⁴⁹ Etter at det er slått fast hva som er til det beste for det konkrete barnet, kan man trekke inn motstående hensyn. Hvordan denne avveiningen skal foretas vil bli gjort rede for senere i fremstillingen.

Det er ikke mulig eller ønskelig å slå fast på generelt grunnlag hva som er til det beste for alle barn. Forarbeidene til utl. slår, i tråd med Maria-saken, fast at hva som er til det beste for barnet må «vurderes konkret i den enkelte sak» basert på situasjonen og forholdene til det berørte barnet, blant annet hvor gammelt barnet er, barnets tilknytning og integrering i Norge, situasjonen for barnet ved en eventuell retur til hjemlandet osv.⁵⁰ På bakgrunn av slike variasjoner kan det ikke på generelt grunnlag slås fast at det beste for et barn vil være å få oppholdstillatelse i Norge, da dette også må «vurderes konkret i den enkelte sak».⁵¹ Hver vurdering vil følgelig bli ulik alt etter som hvilket barn det er tale om og hvordan omstendighetene i saken er. En vurdering av barnets beste er ofte kompleks og krevende, da det som regel er mange faktorer og forhold som spiller inn.⁵² Barnekomiteen fremhever at det som er viktig ved vektleggingen av de ulike elementene i vurderingen er å «sikre full og effektiv utnyttelse av de rettigheter som anerkjennes i konvensjonen og dens valgfrie protokoller, og helhetlig utvikling av barnet».⁵³

Elementene i vurderingen kan komme i konflikt med hverandre. Det kan for eksempel være at det å opprettholde familiebåndene mellom barn og foreldre kan komme i konflikt med behovet for beskyttelse av barnet dersom det er fare for at det forekommer vold eller overgrep i familien. Ved konflikt mellom elementene må de veies opp mot hverandre, og målet må være å komme frem til den løsningen som etter en helhetsvurdering fremstår som den beste for barnet i den konkrete situasjonen.⁵⁴

⁴⁸ Rt. 2015 s. 93 avs. 65

⁴⁹ *Ibid*, avs. 72

⁵⁰ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 159

⁵¹ *Ibid*, s. 159

⁵² General Comment No. 14 (2013) s. 16

⁵³ General Comment No. 14 (2013) s. 17

⁵⁴ *Ibid*, s. 16-17

3.4.2 Hvordan vurdere hensynet til barnets beste? Hvilke momenter vil kunne være relevante?

Utlendingsforskriften § 8-5 første ledd tredje punktum bokstav a til g supplerer utl. § 38 og gir veiledning på hvilke forhold som kan vektlegges i en vurdering av hva som er til barnets beste. Listen er ikke uttømmende.⁵⁵ Barnekomiteen har også en liste over elementer som kan tas i betraktning, heller ikke denne listen er uttømmende. Listen til barnekomiteen har den funksjonen at den er veiledende og til hjelp som redskap i vurderingen.⁵⁶

Det første momentet i § 8-5 er «barnets behov for stabilitet og kontinuitet», jf. bokstav a. Alle barn har behov for stabilitet og kontinuitet, men behovet vil variere etter barnets forutsetninger og konkrete situasjon. Noen barn kan ha vært utsatt for mer traumatiske opplevelser enn andre og kan derfor ha ekstra behov for stabilitet i tilværelsen sin.⁵⁷

Det andre er «hvilke språk barnet snakker», jf. bokstav b. At et barn snakker godt norsk vil lettere tale for oppholdstillatelse. Hvilket språk barnet snakker henger tett sammen med barnets identitet, som er et av momentene på listen til barnekomiteen.⁵⁸ Dersom barnet kan sies å ha sin identitet i det norske, og ikke til returlandet, vil dette tale for at det vil være til barnets beste å få bli i Norge.

Videre har «barnets psykiske og fysiske helsesituasjon» betydning, jf. bokstav c. Her vil terskelen for barn være lavere enn terskelen for voksne, jf. utl. § 38 tredje ledd.⁵⁹

Det neste momentet som oppstilles i § 8-5 er «barnets tilknytning til familie, venner og nærmiljø i Norge og i hjemlandet», jf. bokstav d. Her vil alder ha stor betydning, noe som også går frem av bestemmelsens første ledd annet punktum. Slik jeg ser det er dette et naturlig resultat av at eldre barn som regel lettere opparbeider seg tilknytning til mennesker og omgivelser rundt seg og skaper nettverk utenom familien som følge av at de går i barnehage, på skole og driver med andre fritidsaktiviteter. Det vanlige for små barn er at deres primære tilknytning er til nærmeste familie, og ofte har de ikke noen særlig tilknytning til andre enn familien.⁶⁰ Yngre barn vil på sin side lettere kunne tilpasse seg ved en eventuell hjemreise, samtidig som eldre barn kan ha opparbeidet seg

⁵⁵ Høringsnotat G-06/2014 Ikrafttredelse av endringer i utlendingsforskriften – varig ordning for lengeværende barn og begrunnelse i vedtak som berører barn. Kap 1.2

⁵⁶ General Comment No. 14 (2013) s. 12

⁵⁷ Høringsnotat G-06/2014, kap 1.2

⁵⁸ General Comment No. 14 (2013) s. 12

⁵⁹ Høringsnotat G-06/2014, kap 1.2

⁶⁰ Høringsnotat G-06/2014, kap. 1.2

tilknytning til hjemlandet innen de kom til Norge. I tillegg kan det at familien har et godt nettverk i hjemlandet lettere tale for at det ikke innvilges oppholdstillatelse.⁶¹

I tillegg kan man vektlegge «barnets omsorgssituasjon i Norge» og «barnets omsorgssituasjon ved retur», jf. bokstav e og f. Et moment som taler for å gi familien oppholdstillatelse er dersom familien er avhengig av hjelp for å kunne tilby barna nødvendig omsorg. Dette momentet er viktig, men kan etter min mening lett misbrukes. Enkelte foreldre vet at det eneste som kan la dem få bli i Norge er dersom barna ikke får nødvendig omsorg. Dette kan i verste fall resultere i at foreldre bevisst lar være å gi barna nødvendig omsorg. Dette er en meget uheldig situasjon som bør forhindres. Ved en eventuell retur er det viktig å se på hvilke kontakter og nettverk familien har i hjemlandet og om familien kan få nødvendig hjelp fra staten hvis de trenger det.⁶²

Det siste momentet på listen er «den sosiale og humanitære situasjon ved retur», jf. bokstav g. Her er det tale om en vurdering av hvordan barnets grunnleggende rettigheter vil bli ivaretatt i hjemlandet. Hvis en eventuell hjemsendelse for eksempel får store konsekvenser for barnets sikkerhet må dette være et sterkt argument mot retur.⁶³ Det samme vil gjelde dersom barnet ikke vil få nødvendig helsehjelp i hjemlandet eller ikke får mulighet til å gå på skole ved retur, da både tilgang til nødvendig helsehjelp og mulighet til å få utdanning vil være til barnets beste.⁶⁴ Man vil her, som ellers, måtte foreta en helhetsvurdering av hvordan barnets situasjon vil bli i hjemlandet sammenlignet med situasjonen i Norge. Da det er vanskelig å påvise hvordan situasjonen vil være for det konkrete barnet, ender vurderingen i praksis ofte opp med at man legger til grunn et utgangspunkt for hvordan barn flest har det i det aktuelle landet.⁶⁵

Barnekomiteen har presisert at barnets synspunkter er et viktig moment i vurderingen. For å kunne vurdere hensynet til barnets beste på en god måte og komme frem til et godt resultat i den konkrete saken, er det viktig med tilstrekkelig kunnskap om barnet og situasjonen rundt. For å skaffe den nødvendige kunnskapen er det viktig å innhente det berørte barnets tanker og meninger. Ikke bare er det nødvendig å snakke med barnet, barnet har også en *rett* til å bli hørt «i alle saker som vedrører [det]», jf. barnekonvensjonen art. 12. Barns rett til å bli hørt er også et av de grunnleggende prinsippene i barnekonvensjonen. Altså respekterer man ikke barnekonvensjonen dersom man vurderer hensynet til barnets beste etter art. 3 nr. 1 uten å gi barnet rett til å uttale seg i saken i samsvar med art. 12.⁶⁶ Samtaler med barnet alene kan likevel ikke gi svar på alt. Det er derfor viktig

⁶¹ Høringsnotat G-06/2014 kap 1.2

⁶² *Ibid*, kap 1.2

⁶³ General Comment No. 14 (2013) s. 15

⁶⁴ *Ibid*, s. 16

⁶⁵ Høringsnotat G-06/2014, kap 1.2

⁶⁶ Høstmølingen m.fl. 2012 s. 90-91

og nødvendig å bruke kunnskap om hva som generelt sett er til barns beste. I tillegg stilles man overfor verdispørsmål, som ikke kan besvares generelt. Slike utfordringer bidrar i stor grad til at vurderingen av barnets beste i den konkrete saken vil bli meget forskjellig fra sak til sak.⁶⁷

Forarbeidene til utl. sier at det er viktig å huske på de «tydelige verdier som er knyttet til å vokse opp et sted hvor røttene, nettverkene og tilhørigheten er sterk».⁶⁸ Etter min mening er det viktig å huske på at dette momentet naturlig nok vil variere med hvor lenge barnet har vært i Norge og hvor lenge det har vært borte fra hjemlandet. Et barn som er født i Norge vil naturlig nok ikke ha den samme kjennskap til kulturen eller språket i hjemlandet som et barn som har hatt sine første leveår der. Et annet aspekt ved momentet er at det foreligger en ikke ubetydelig risiko for at man vektlegger dette argumentet i for stor grad for å kunne «rettferdiggjøre» at man konkluderer med hjemsendelse i en sak. Her må det skje en balansering av hvor tungtveiende argumentet *faktisk* er i den konkrete saken basert på de konkrete forhold. Argumentet bør ikke legges til grunn på generelt grunnlag, da betydningen av røtter osv. varierer fra barn til barn etter hvilke forholdene som ligger til grunn.

3.4.2.1 Særlig om barnets tilknytning til riket

Utf. § 8-5 første ledd første punktum sier at «barnets tilknytning til riket [skal] tillegges *særlig vekt*» (min kursivering) i vurderingen av om sterke menneskelige hensyn foreligger. Altså skal den tilknytningen barnet har til Norge veie særlig tungt i vurderingen.

Ved første øyekast kan § 8-5 og § 38 virke motstridende da § 38 første ledd bestemmer at tilknytningen må være «særlig» sterk før den kan gi grunnlag for oppholdstillatelse, mens § 8-5 første ledd bestemmer at uansett hvilken tilknytning et barn har skal den tillegges «særlig vekt». Her må § 8-5 første ledd imidlertid ses i sammenheng med at hensynet til barnets beste skal være «et grunnleggende hensyn». For at barnets beste faktisk skal være et grunnleggende hensyn i vurderingen er det viktig å ta på alvor barns behov for stabilitet og trygghet ved å ikke rive dem bort fra det kjente og kjære. For å kunne ta dette på alvor er det helt nødvendig å legge stor vekt på barnets tilknytning til bostedet. På bakgrunn av dette ser jeg det slik at det ikke foreligger noen motstrid mellom bestemmelsene.

Det grunnleggende for barnets tilknytning vil etter § 8-5 første ledd annet punktum være hvor lenge barnet har vært i Norge og barnets alder. Praksis fra UNE viser at det som regel foreligger tilstrekkelig tilknytning hvis en familie har bodd i Norge i rundt 4,5 år, eller mer, og barnet har gått minst ett år på

⁶⁷ Høstmølingen m.fl. 2012 s. 65

⁶⁸ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 159

skole.⁶⁹ I tillegg til oppholdstiden, vil også de andre momentene som er gjennomgått ha betydning i vurderingen. I to saker hvor barna har opphold seg i Norge i like lang tid, er det ikke gitt at resultatet vil bli det samme, da avgjørelsen vil bero på alle forholdene vurdert samlet.

Selv om barnets tilknytning til riket skal tillegges «særlig vekt» kan ikke dette i seg selv være avgjørende for om barnet skal gis oppholdstillatelse eller ikke. Å tillegge tilknytningen avgjørende vekt i seg selv vil være i strid med § 38 fjerde ledd og forarbeidene til utl.⁷⁰ For at utf. skal være i samsvar med de øvrige rettskildene må tilknytningen vurderes opp mot relevante motstående hensyn.

3.5 Kritikk av prinsippet

Innholdet i hensynet til barnets beste-prinsippet er utformet ganske generelt og uten å gi konkrete svar på hvordan man skal foreta vurderingen av hva som er til barnets beste. En så generell utforming av et så viktig prinsipp kan være uheldig. For det første er det fare for at prinsippet får ulikt innhold fra sak til sak alt etter hvilket innhold rettsanvenderen tillegger prinsippet, noe som vil svekke forutsigbarheten og likebehandlingen.⁷¹

For det andre er det fare for at et prinsipp som er utformet så generelt kan bli umulig å bruke i praksis, da det mangler konkret innhold og dermed ikke kan danne grunnlag for noen vurdering.⁷² Hans Petter Graver har uttalt at prinsipper ofte fremstår som «temmelig luftige fenomener ... de kan bli så generelle og abstrakte at de savner konkret innhold og kan bidra til å tilsløre rettens reelle karakter».⁷³

Noe av problemet med det generelt utformede prinsippet kan løses ved at rettsanvenderen ikke står helt fritt i saker som angår barn. I en vurdering av hensynet til barnets beste må konvensjonene som helhet tas i betraktning slik at ingen av de andre rettighetene tolkes bort. I tillegg må art. 3 ses opp mot andre artikler i barnekonvensjonen, bl.a. art. 12 om barns rett til å bli hørt.⁷⁴ På denne måten vil innholdet i prinsippet likevel ikke kunne bli så ulikt fra sak til sak som dens generelle utforming kanskje kunne tilsi.

⁶⁹ Høringsnotat G-06/2014, kap. 1.2

⁷⁰ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 159

⁷¹ Høstmølingen m.fl. 2013 s. 56

⁷² *Ibid*, s. 55

⁷³ Graver 2006 s. 220

⁷⁴ Høstmølingen m.fl. 2013 s. 56

4 Innvandringsregulerende hensyn

4.1 Hvilke innvandringsregulerende hensyn kan vektlegges?

Selv om det foreligger «sterke menneskelige hensyn» eller «særlig tilknytning til riket» vil det ikke alltid bli gitt oppholdstillatelse, da det må foretas en «avveining mot de innvandringsregulerende hensynene som gjør seg gjeldende».⁷⁵ Det er i utl. § 38 fjerde ledd uttrykkelig presisert at det i saker om opphold på humanitært grunnlag «kan» legges vekt på «innvandringsregulerende hensyn». Også utf. § 8-5 andre ledd viser at innvandringsregulerende hensyn kan vektlegges. Det går frem av forarbeidene til utl. at art. 3 nr. 1 ikke gir noe «absolutt direktiv» for hvordan en sak skal avgjøres og at motstående hensyn derfor i utgangspunktet kan tillegges «like stor eller endog større vekt» også etter denne bestemmelsen.⁷⁶

Det ligger i ordlyden «*innvandringsregulerende*» (min kursivering) at hensynene skal sikre en kontrollert innvandring basert på visse prinsipper ved å regulere innvandringen til Norge.⁷⁷ Det går frem av lovens formålsbestemmelse at loven skal gi grunnlag for «regulering av og kontroll med inn- og utreise, og utlendingers opphold i riket, i samsvar med norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser», jf. § 1 første ledd. Forarbeidene gir uttrykk for at regelverket skal sikre en praksis som i «vesentlige trekk gjenspeiler de generelle politiske målsettinger».⁷⁸

Det viktigste prinsippet, som også er et grunnleggende prinsipp i det norske rettssystemet for å sikre en kontrollert innvandring, er likebehandlingsprinsippet; like saker skal behandles likt. Konsekvensen av likebehandlingsprinsippet er at hvis en familie får bli, må også andre familier i lignende situasjon få bli. Lovgiver har tatt konsekvensene av dette prinsippet på alvor og bestemt at man i en vurdering av om det skal gis opphold kan legge vekt på «mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag», jf. § 38 fjerde ledd. Når en sak kan få ringvirkninger for andre lignende saker, er det viktig at man ser på konsekvensene for andre saker før man fatter en beslutning. Ringvirkningene kan fort bli uheldige dersom man for eksempel lar mange familier få bli på bakgrunn av barnas tilknytning som har blitt opparbeidet ved ulovlig opphold. Ulovlig opphold er en handling som ikke bør belønnes og som kan ha som konsekvens at andre familier også oppholder seg ulovlig i Norge for å sørge for at barna får tilstrekkelig tilknytning slik at de ikke kan sendes tilbake til hjemlandet. Dette er ikke et ønsket resultat og kan tale for at man må la innvandringsregulerende hensyn gå foran hensynet til det konkrete barnets beste, for å forhindre lignende situasjoner. Altså, hvis godkjenning

⁷⁵ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 421

⁷⁶ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 160

⁷⁷ Øyen 2012 s. 329

⁷⁸ Ot.prp.nr. 75 s. 152

av en søknad fører til at veldig mange andre søknader fremmes og må godtas for å sørge for at like tilfeller behandles likt, kan det tale mot at en søknad skal innvilges.

Etter bokstav b kan «de samfunnsmessige konsekvensene» ved å gi oppholdstillatelse vektlegges som et innvandringsregulerende hensyn. Det går frem av forarbeidene at under dette alternativet kommer for eksempel utfordringen med at alle som søker om opphold på bakgrunn av behov for helsehjelp, ikke kan få tilbud om helsehjelp i Norge.⁷⁹ I tillegg er det ønskelig å motvirke negative konsekvenser for det norske samfunnet, og da kan det være nødvendig å nekte kriminelle og andre personer som kan utgjøre en trussel for samfunnet opphold.⁸⁰

Et tredje innvandringsregulerende hensyn er «hensynet til kontroll» jf. bokstav c. Det går frem av forarbeidene til utl. at dette hensynet dreier seg om forvaltningens mulighet til å kontrollere og verifisere søkerens opplysninger.⁸¹ Det kan være meget krevende og i mange tilfeller umulig å få informasjon om alle forhold i hjemlandet, som for eksempel søkers jobbsituasjon i hjemlandet og om søkeren har noe familie i hjemlandet som kan hjelpe til ved en eventuell i retur, noe som kan føre til en «ressurskrevende saksbehandling».⁸²

Det siste innvandringsregulerende hensynet som nevnes i § 38 fjerde ledd er «hensynet til respekten for lovens øvrige regler», jf. bokstav d. Dette omfatter særlig de situasjoner hvor en familie har fått avslag på søknad om opphold, men likevel blir i landet ulovlig. I slike tilfeller vises det ikke respekt for lovens regler, og dette bør ikke premieres med opphold. Det må også her foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet, men praksisen for å gi opphold bør være restriktiv sett hen til de innvandringsregulerende hensynene.⁸³

Det er foreldrenes valg å bli ulovlig i Norge, og etter min mening kan det derfor være betenkelig å la barnet bli identifisert med foreldrene da barnet er den uskyldige part. Det er klart at det er foreldrene som har ansvar for de valg de tar på vegne av familien sin og at det er uheldig å «belønne» ulovlig opphold med oppholdstillatelse. Likevel er det slik at staten har ansvar for å behandle søknaden raskt og å sende familien hjem dersom de ikke får innvilget opphold. Ved raskt effektivering av vedtak vil ikke familier ha samme mulighet til å bli ulovlig i landet så lenge at barna får opparbeidet seg tilstrekkelig tilknytning til å bli værende i Norge. Dermed unngår man å «belønne» ulovlig opphold med oppholdstillatelse.

⁷⁹ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 154

⁸⁰ *Ibid*, s. 154

⁸¹ *Ibid*, s. 154

⁸² *Ibid*, s. 154

⁸³ Øyen 2012 s. 329

4.2 Hvilken vekt skal de innvandringsregulerende hensyn ha?

Utl. § 38 sier ikke noe direkte om hvilken vekt de ulike innvandringsregulerende hensynene skal ha. Her suppleres imidlertid bestemmelsen av utf. § 8-5 tredje og fjerde ledd som skiller mellom tungtveiende innvandringsregulerende hensyn og mindre tungtveiende hensyn. De tungtveiende innvandringsregulerende hensyn er om foreldrene i saken «aktivt har motarbeidet avklaring av egen identitet etter ankomst til landet, og om de har begått alvorlige straffbare handlinger», jf. tredje ledd. De mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensynene er blant annet «ulovlig opphold, oversittet utreisefrist og at barnets foreldre ikke har klart å sannsynliggjøre egen identitet», jf. fjerde ledd.

Forskriften legger altså opp til et skille mellom de som aktivt motarbeider retur og de som samarbeider om retur. Av aktiv motarbeidelse regnes bl.a. at foreldrene har brukt falske identitetspapirer eller oppgitt falsk identitet.⁸⁴ Ved manglende eller falsk identitet vil man ikke kunne gjennomføre returen av familien. Dette kan resultere i et forlenget opphold, som til sist kan ende med at familien må innvilges opphold fordi barna har opparbeidet seg tilstrekkelig tilknytning til riket.

Selv om foreldrene ikke aktivt har motarbeidet retur, skal også en manglende medvirkning til retur tillegges vekt, dog som et mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. Dette henger klart sammen med utl. § 83 som plikter utlendingen å «medvirke til å avklare sin identitet», jf. andre ledd.

5 Avveiningen mellom hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn

5.1 Innledning

At barnets beste skal være «*et grunnleggende hensyn*» (min kursivering), jf. utl. § 38 tredje ledd, barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 og Grl. § 104, viser at hensynet til barnets beste skal veie særlig tungt, men at det ikke er det eneste hensynet som vil være relevant i en sak som berører barn.⁸⁵

Forvaltningen kan ikke uten videre velge det alternativ som er til det beste for barnet, men må også vurdere de relevante motstående hensynene i den konkrete saken, som på sin side kan bli

⁸⁴ Høringsnotat G-06/2014, kap 1.3

⁸⁵ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 159

avgjørende.⁸⁶ Det er større rom for å innvilge opphold i saker hvor innvandringsregulerende hensyn «i liten grad gjør seg gjeldende».⁸⁷ På dette punktet er det samsvar mellom bestemmelsene.

Selv om det foreligger relevante innvandringsregulerende hensyn må de alltid veies opp mot hensynet til barnets beste. Forarbeidene til utl. sier at hensynet til barnets beste i noen tilfeller vil veie så tungt at forvaltningen ikke lenger kan legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn uten at dette vil være i strid med bestemmelsen.⁸⁸ Hvis en løsning fremstår som den klart beste for barnet, skal det «svært gode grunner til for å oppveie dette».⁸⁹ Noe annet ville være å undergrave betydningen av hensynet som sådan, og det vil være i strid med konvensjonen og ordlyden i §§ 38 og 104.⁹⁰ I tillegg kan det ikke uten videre legges avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn dersom det ikke vil være «forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste».⁹¹ Noe lignende går frem av utf. § 8-5 sjette ledd som sier at dersom man skal gi avslag på opphold i en sak som angår barn må dette «være forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste». Ifølge ordlyden kan det altså ikke gis avslag på en søknad dersom dette ikke er forsvarlig sett hen til barnets beste, uavhengig av hvilke innvandringsregulerende hensyn som foreligger og hvor tungtveiende disse er. Justis- og beredskapsdepartementet uttaler i sitt rundskriv om endringer i forskriften at sjette ledd vil være særlig viktig i saker hvor det aktuelle barnet har sterk tilknytning til Norge, men at grensen for hvor lang oppholdstiden må være må «vurderes konkret i hver enkelt sak».⁹² Utf. og forarbeidene til utl. samsvarer på dette punkt.

Hvis innvandringsregulerende hensyn klart veier tyngst, taler dette mot at oppholdstillatelse gis. På den annen side; «[j]o mer tungtveiende de menneskelige hensyn eller tilknytningen til Norge er, jo sterkere må også de innvandringsregulerende hensyn være for å avslå en søknad».⁹³ Det samme går frem av utf. § 8-5 femte ledd som sier at «[j]o sterkere barnets tilknytning» er, «desto mer skal det til for å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn». Ordlyden viser at vekten av innvandringsregulerende hensyn vil variere med hvor sterk tilknytning det aktuelle barnet har til Norge. Slik jeg ser det sørger bestemmelsen for at hensynet til barnets beste ivaretas i stor grad i avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn.

⁸⁶ NOU 2004: 20 s. 268 og Rt. 2009 s. 1261 avs. 78

⁸⁷ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 421

⁸⁸ Innst. O. nr. 42 s. 26

⁸⁹ Rt. 2015 s. 93 avs. 79

⁹⁰ Høstmølingen m.fl. 2013 s. 293

⁹¹ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 160

⁹² Høringsnotat G-06/2014, kap. 1.4

⁹³ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 421

5.2 Asylbarndom I, Rt. 2012 s. 1985

5.2.1 Faktum

Saken gjaldt gyldigheten av et avslag fra UNE på søknad om asyl og opphold på humanitært grunnlag for en iransk familie med barn som hadde bodd i Norge i lang tid. Moren og sønnen søkte om asyl i desember 2004 mens faren søkte i mai 2005. Bakgrunnen for søknaden var forfølgelse på grunnlag av morens tro og farens konvertering som familien hans hadde store problemer med. Moren viste ved ankomst frem falskt pass, men sa at identitetspapirene skulle ettersendes fra Iran. Den første søknaden ble for mor og sønn sin del avslått i juni 2005, og faren fikk avslag litt senere på sin søknad. Familien klaget så på avslaget på bakgrunn av at sønnen på tidspunktet fikk behandling i Norge mot tuberkulose og ønsket å fullføre behandlingen. UDI ville ikke omgjøre vedtaket, men familien fikk utsatt utreisefrist til 20. mars 2006 for at sønnen skulle fullføre behandlingen. På begjæring om omgjøring og ytterligere utsettelse fikk familie midlertidig oppholdstillatelse i enda ett år på grunn av sønnens sykdom, til juli 2007. Paret fikk en datter født i Norge 8. mars 2007 og søkte da om ny omgjørelse av avslaget fire ganger. Familien hadde plikt til å forlate Norge da den midlertidige oppholdstillatelsen hadde gått ut, men samarbeidet ikke om returen. Omgjøringen ble avslått 29. november 2010 og tatt inn for domstolene, hvor familien tapte både i tingretten og lagmannsretten.

5.2.2 Generelt om avveiningen

Et av spørsmålene for Høyesterett var forståelsen av utl. § 38, jf. barnekonvensjonen art. 3 nr. 1, samt omfanget av domstolskontrollen. Av spørsmålene i dommen er det disse som er relevante for denne fremstillingen, og følgelig kun disse jeg vil konsentrere meg om.

Når det gjelder avveiningen av hensynet til barnets beste opp mot innvandringsregulerende hensyn begynner Høyesterett med å gå inn i forarbeidene til utlendingsforskriften § 8-5.⁹⁴ Etter forskriften skal den tilknytningen som blir opparbeidet etter endelig avslag også tillegges vekt i vurderingen av barnets tilknytning til Norge.⁹⁵ Det blir presisert at det likevel må foretas en konkret vurdering, hvor manglende samarbeid om retur kan tale mot oppholdstillatelse.⁹⁶ Det må foretas en «grundig vurdering av alle sider ved barnets situasjon som kan ha betydning for saken».⁹⁷ Til slutt i forarbeidene blir det oppsummert med at selv om det foretas en avveining av de ulike hensynene opp mot hverandre, må det fortsatt fastholdes en «restriktiv politikk i forhold til dem som ikke

⁹⁴ Rt. 2012 s. 1985 avs. 123

⁹⁵ *Ibid*, avs. 124

⁹⁶ *Ibid*, avs. 124

⁹⁷ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 160

samarbeider om retur».⁹⁸ I forarbeidene blir det lagt til grunn at «jo større betydning avgjørelsen har for barnets situasjon, desto mer skal det til for å legge vekt på innvandringsregulerende hensyn».

Slik jeg ser det vil det på bakgrunn av forarbeidene være svært vanskelig å innvilge opphold til dem som ikke samarbeider om retur. Motarbeidelse av retur kan bli et innvandringsregulerende hensyn som trumfer andre hensyn. Særlig tydelig kommer dette til uttrykk i forarbeidene som understreker at det går et vesentlig skille mellom dem som samarbeider om retur og dem som ikke gjør det.⁹⁹ Utf. § 8-5 tredje ledd markerer et lignende skille ved å slå fast at aktiv motarbeidelse skal være et «tungtveiende innvandringsregulerende hensyn». At det skal mye til å innvilge opphold for familier som har motarbeidet retur mener jeg er i samsvar med både forarbeidene til utl. og utf. § 8-5 tredje ledd.

Førstvoterende oppsummerer med at forarbeidene og etterarbeidet viser at utgangspunktet er at hensynet til barnets beste skal «veie tungt».¹⁰⁰ Deretter slår førstvoterende fast at «[i]nnvandringsregulerende hensyn kan være så tungtveiende at de må gå foran hensynet til barnets beste [...] Men jo tyngre hensynet til barnet er, jo mindre rom vil det bli for andre hensyn, og hensynet til barnet kan etter omstendighetene være så tungtveiende at det må slå igjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende» (min kursivering).¹⁰¹

Jan Fridthjof Bernt mener at måten førstvoterende formulerer seg på her tilsier at den egentlige hovedregelen blir at innvandringsregulerende hensyn vil kunne gå foran hensynet til barnets beste.¹⁰² Jeg er enig med Bernt, en slik formulering legger opp til at det er det å la hensynet til barnets beste gå foran innvandringsregulerende hensyn som er unntaket og som dermed krever særlig begrunnelse, og ikke motsatt. Følgelig er det bare unntaksvis, «etter omstendighetene», at hensynet til barnets beste skal gå foran innvandringsregulerende hensyn. Slik jeg ser det stemmer ikke det førstvoterende sier overens med ordlyden i utl. § 38 tredje ledd og barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 som sier at hensynet til barnets beste skal være «et grunnleggende hensyn». Ordlyden «grunnleggende hensyn» tilsier at det er barnets interesser som skal veie tyngst og som skal legges til grunn for vurderingen. Hvis innvandringsregulerende hensyn skal gå foran dette grunnleggende hensynet må det begrunnes særskilt, ikke motsatt, slik jeg mener førstvoterende gir uttrykk for.

⁹⁸ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 166

⁹⁹ I Innst.O.nr.42 (2007-2008) s. 26-27

¹⁰⁰ Rt. 2012 s. 1985 avs. 134

¹⁰¹ *Ibid*, avs.134

¹⁰² Bernt 2015 s. 31

5.2.3 Avveiningen i den konkrete saken

Førstvoterende går så over til å vurdere gyldigheten av avslaget på begjæring om omgjøring i den konkrete saken. For å vurdere dette går førstvoterende ganske grundig gjennom det UNE har gjort i saken.

Nemnda begynner i utl. § 38 og slår fast at utgangspunktet er lovens ordlyd og at det må foretas en totalvurdering for å komme frem til et resultat. Nemnda slår fast at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, men at det også i saker som gjelder barn kan legges vekt på innvandringsregulerende hensyn. I vurderingen må man se på de momenter som taler for og de momenter som taler mot at opphold innvilges.¹⁰³ Førstvoterende er av den oppfatning at nemndas forståelse av § 38 er riktig.¹⁰⁴

Høyesterett tar deretter for seg nemndas vurdering av datteren sin tilknytning til Norge. UNE kommer frem til at datteren ikke har tilstrekkelig tilknytning til Norge. Dette på bakgrunn av at hun på vedtakstidspunktet bare var 3,5 år og at så små barn *normalt ikke* oppfyller kriteriet om å ha sterk nok tilknytning til Norge da de som regel bare har opparbeidet seg tilknytning til nærmeste familie. Førstvoterende legger til grunn at forvaltningen har foretatt en forsvarlig vurdering av datterens tilknytning.¹⁰⁵

Når nemnda vurderer datterens tilknytning legger de til grunn det generelle; at så små barn *generelt* ikke har den nødvendige tilknytningen. Å legge til grunn det generelle kan i mange tilfeller være nødvendig og hensiktsmessig. Både fordi man gjerne ikke har den nødvendige kunnskapen i den konkrete saken, og fordi det man har lagt til grunn i mange tidligere saker også vil stemme for lignende saker som kommer. Etter min mening er det likevel litt betenkelig at nemnda ikke sier noe konkret om situasjonen til datteren. Det er ikke gitt at situasjonen for datteren er lik som for barn flest på hennes alder. Vurderingen for henne kunne blitt en helt annen hvis nemnda hadde hatt tilstrekkelig kunnskap om hennes situasjon, noe som viser viktigheten av å ha nødvendig kunnskap for å komme frem til riktig resultat.

Deretter vurderer nemnda tilknytningen til sønnen som på vedtakstidspunktet var litt over 7,5 år og hadde vært i Norge i nesten 6 år. Sønnen hadde gått både i barnehage og på skole og hadde på bakgrunn av dette blitt integrert i Norge. Han hadde fått mange venner, deltatt på aktiviteter på fritiden og snakket godt norsk. Forvaltningen konkluderer på bakgrunn av dette med at sønnen i

¹⁰³ Rt. 2012 s. 1985 avs. 154

¹⁰⁴ *Ibid*, avs. 155

¹⁰⁵ *Ibid*, avs. 156

utgangspunktet hadde sterk nok tilknytning til å gi oppholdstillatelse etter § 38 (1), jf. (3), jf. utf. § 8-5.¹⁰⁶

Videre vurderer UNE de innvandringsregulerende hensynene. De relevante innvandringsregulerende hensynene var her ulovlig opphold og at foreldrene ikke hadde samarbeidet om retur, jf. utl. § 38 fjerde ledd bokstav a og bokstav d, og talte mot at oppholdstillatelse skulle gis. Familien hadde vært ulovlig i Norge i ca. tre år og en måned.¹⁰⁷ Nemnda legger til grunn at det var en klar forutsetning for den midlertidige oppholdstillatelsen at familien pliktet å forlate landet frivillig når tillatelsen var opphørt og behandlingen fullført. Nemnda karakteriserer foreldrenes oppførsel som et «grovt tillitsbrudd».¹⁰⁸ Høyesterett er enig i at slik oppførsel er å regne som tillitsbrudd fra familiens side da det de hadde fått var en tidsbegrenset oppholdstillatelse for et konkret formål. Nemndas syn er at innvandringsregulerende hensyn veier tungt i slike saker som denne og bør etter deres vurdering «være til hinder for å innvilge en tillatelse i denne saken»¹⁰⁹. På bakgrunn av dette konkluderer de med at de «innvandringsregulerende hensyn [må] veie tyngre enn og gå foran hensynet til barnets tilknytning til riket».¹¹⁰

Videre slår nemnda fast at hensynet til sønnen og hans tilknytning ikke taler sterkt imot å nekte opphold. Dette fordi han vil dra tilbake til hjemlandet sammen med familien, som etter deres kunnskap vil kunne ta vare på barna og gi dem den nødvendige omsorg. I tillegg har familien annen familie å støtte seg på i hjemlandet.¹¹¹ Til slutt i avsnittet konstaterer nemnda at de i vurderingen har lagt til grunn at det for barn «er en lavere terskel for oppholdstillatelse enn for voksne».¹¹²

Slik jeg ser det er den siste setningen noe grunnleggende som bør slås fast helt innledningsvis og ikke som avslutning på en så viktig vurdering. At nemnda tilsynelatende bare «slenger» ut en slik viktig setning helt avslutningsvis gjør at jeg blir skeptisk til om nemnda virkelig har lagt til grunn en lavere terskel for barn enn for voksne i vurderingen sin. Det er heller ingenting tidligere i nemndas vurdering som tyder på at de har lagt til grunn en lavere terskel for barn enn for voksne.

Førstvoterende legger til grunn at de relevante innvandringsregulerende hensyn har «saklig forankring i sakens fakta».¹¹³ Deretter viser han til at nemnda har foretatt en forsvarlighetskontroll av å sende barna til Iran.¹¹⁴ På bakgrunn av dette konkluderer førstvoterende med at «hensynet til

¹⁰⁶ Rt. 2012 s. 1985 avs. 157

¹⁰⁷ *Ibid*, avs. 160

¹⁰⁸ *Ibid*, avs. 161

¹⁰⁹ *Ibid*, avs. 163

¹¹⁰ *Ibid*, avs. 163

¹¹¹ *Ibid*, avs. 164

¹¹² *Ibid*, avs. 164

¹¹³ Rt. 2012 s. 1985 avs. 165

¹¹⁴ *Ibid*, avs. 165

[sønnen] er forsvarlig vurdert innenfor de rammene loven og Norges internasjonale forpliktelser oppstiller» og følgelig at vedtaket ikke er ugyldig.¹¹⁵

Her er jeg uenig med førstvoterende. Til tross for at nemnda konkluderer med at sønnens tilknytning er sterkt nok til å gi oppholdstillatelse, slår de fast at hans tilknytning ikke taler sterkt mot å nekte opphold på bakgrunn av en forsvarlighetsvurdering av en eventuell hjemsendelse. Jeg stiller meg derfor tvilende til om nemnda har vektlagt hensynet til barnets beste så tungt som forutsetningen er etter både utl. § 38 tredje ledd og barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. En forsvarlighetskontroll kan ikke oppheve betydningen av barnets beste. Etter min mening legger nemnda her for stor vekt på innvandringsregulerende hensyn i en sak hvor hensynet til barnets beste klart taler for at barnet skal få bli værende.

Annenvoterende er uenig med førstvoterende og konkluderer med at vedtaket er ugyldig.¹¹⁶

Om hensynet til barnets beste sier annenvoterende at det «ikke bare [er] ett av flere momenter i en helhetsvurdering», men at barnets interesser skal «løftes spesielt frem og så i forgrunnen; det skal være «primary».¹¹⁷ Innvandringsregulerende hensyn kan vektlegges, men for at de skal kunne bli avgjørende stiller annenvoterende krav om «saklighet og forholdsmessighet».¹¹⁸ Her ser man tydelig at annenvoterende har et klarere utgangspunkt enn førstvoterende om at hensynet til barnets beste skal være det grunnleggende.

Videre viser annenvoterende at man ikke kan sette hensynet til barnets beste «ut av spill» bare av den grunn at forsvarlighetsvurderingen viser at barnet ikke «risikerer noen uakseptabel risiko for overlast eller omsorgssvikt ved utsendelsen».¹¹⁹ I alle tilfeller må det foreligge «relevante og tilstrekkelig tungtveiende hensyn» for at man skal kunne gå bort fra den løsningen som er til barnets beste.¹²⁰ Foreligger tilstrekkelig tilknytning, må man på et tidspunkt gi oppholdstillatelse selv om konklusjonen er at det er forsvarlig å sende barnet hjem igjen.¹²¹

Her er jeg enig med annenvoterende. Det at hjemsendelse vil være forsvarlig, kan ikke åpne for at man legger mindre vekt på hensynet til barnets beste. Hjemsendelse må basere seg på tungtveiende innvandringsregulerende hensyn som et utgangspunkt. Og deretter, hvis man kommer til at de innvandringsregulerende hensyn taler for retur, skal det foretas en vurdering av om en eventuell

¹¹⁵ Rt. 2012 s. 1985 avs. 165

¹¹⁶ *Ibid*, avs. 168

¹¹⁷ *Ibid*, avs. 187

¹¹⁸ *Ibid*, avs. 187

¹¹⁹ *Ibid*, avs. 191

¹²⁰ *Ibid*, avs. 191

¹²¹ *Ibid*, avs. 191

retur vil være forsvarlig sett hen til forholdene i hjemlandet osv. Å legge for stor vekt på at hjemsendelse vil være forsvarlig, innebærer en risiko for å svekke viktigheten av å ta hensynet til barnets beste på alvor. I tillegg kan argumentet fort bli brukt for å «legitimere» hjemsendelse i en sak hvor hensynet til barnets beste taler for oppholdstillatelse.

Annenvoterende er skeptisk til å identifisere barna med foreldrene da barnekonvensjonen setter fokus på barn som selvstendig rettssubjekt.¹²² Det er klart at ulovlig opphold er et innvandringsregulerende hensyn som kan vektlegges, i noen tilfeller også ganske tungt. Likevel skal hensynet til barnets beste veie veldig tungt, og da skal det mye til før ulovlig opphold kan bli avgjørende til fordel for hensynet til barnets beste.¹²³

På bakgrunn av at UNE kommer frem til at de innvandringsregulerende hensynene veier tyngre enn hensynet til barnets beste i en sak hvor barnet har så sterk tilknytning til Norge, stiller annenvoterende seg tvilende til om UNE har vektlagt hensynet til barnets beste som så grunnleggende som art. 3 nr. 1 krever. Annenvoterende konkluderer følgelig med at vedtaket er ugyldig.¹²⁴

5.3 Asylbarndom II, Rt. 2012 s. 2039

5.3.1 Faktum

Dommen gikk ut på om et avslag på søknad om opphold på humanitært grunnlag for en familie fra Bosnia-Hercegovina som hadde fått barn i Norge, var ugyldig. Foreldrene søkte asyl da de kom til Norge i februar 2003. September samme år fikk paret en datter. I februar 2012 fikk de enda en datter, mens de fortsatt bodde på asylmottak i Norge. Familien ble værende i Norge til tross for flere avslag på begjæring om omgjøring av det første avslaget, det første kom 6. september 2006, det siste kom 15. desember 2010.

5.3.2 Generelt om avveiningen

Når det gjelder forståelsen av utl. § 38 og barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 viser førstvoterende til redegjørelsen gjort av førstvoterende i Rt. 2012 s. 1985, og det vil følgelig ikke bli behandlet om igjen.¹²⁵

¹²² Rt. 2012 s. 1985 avs. 193

¹²³ *Ibid*, avs. 194

¹²⁴ Rt. 2012 s. 2039 avs. 211

¹²⁵ *Ibid*, avs. 40

5.3.3 Avveiningen i den konkrete saken

Førstvoterende går inn på selve ugyldighetsspørsmålet og ser på hvordan UNE har behandlet saken.

Nemnda vurderer først datterens tilknytning til Norge. På bakgrunn av de konkrete opplysningene som foreligger har datteren «tilknytning til sine omgivelser, i og med at hun i flere år har gått i barnehage, nå går på skole, og snakker norsk».¹²⁶ Nemnda legger til grunn at tilknytningen derfor «kan være utslagsgivende for avgjørelsen».¹²⁷

Allerede her ser vi et en klar forskjell fra Asylbarndom I. I den andre saken ble det ikke fremlagt noen opplysninger om hvilken tilknytningen datteren *faktisk* hadde, det ble bare slått fast at det generelt ikke foreligger sterk nok tilknytning for så små barn. Forskjellen kan nok forklares med at datteren i Asylbarndom I var mye yngre enn datteren i denne saken. Poenget er at hvis man skal ta på alvor at det er det konkrete barnet i saken som skal stå i fokus, bør man se hen til faktum i den konkrete saken og ikke *uten videre* legge til grunn generelle erfaringer.

Nemnda går så videre til å vurdere de relevante innvandringsregulerende hensyn som foreligger i saken. Familien hadde ikke frivillig forlatt Norge etter avslag på søknad om opphold, noe som hadde resultert i at familien hadde vært i Norge ulovlig i nærmere 5 år. Dette var ifølge nemnda innvandringsregulerende hensyn som gjorde seg «sterkt gjeldende» og måtte gis «større vekt» i en helhetsvurdering, noe som talte mot å gi familien oppholdstillatelse. Etter å ha slått fast dette presiserer nemnda at hensynet til barnets beste skal veie tungt, men at innvandringsregulerende hensyn likevel kan bli avgjørende.¹²⁸

At nemnda konkluderer med at familiens ulovlige opphold må gis større vekt i helhetsvurderingen til tross for barnets tilknytning stemmer ikke, slik jeg ser det, overens med det forarbeidene sier om at ulovlig opphold er et mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn.¹²⁹ Jeg stiller meg også kritisk til at førstvoterende ikke har kommentert dette.

Førstvoterende går deretter inn og påpeker det han anser som «svakheter» i nemndas vedtak.¹³⁰ For det første påpeker han at nemnda *først* slår fast viktigheten av en helhetsvurdering av barnets beste opp mot motstående hensyn, før de *deretter* går inn på hensynet til barnets beste som et grunnleggende hensyn.

¹²⁶ Rt. 2012 s. 2039 avs. 47

¹²⁷ *Ibid*, avs. 48

¹²⁸ *Ibid*, avs. 50

¹²⁹ Innst.57 S (2012-2013) s. 33

¹³⁰ Rt. 2012 s. 2039 avs. 52

Her er jeg enig med førstvoterende; utgangspunktet i en slik sak er hensynet til barnets beste, jf. både utl. § 38 og barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. I en vurdering må man alltid starte med utgangspunktet, nemlig at hensynet til barnets beste skal være «et grunnleggende hensyn». Deretter kan det slås fast at det skal foretas en helhetsvurdering opp mot innvandringsregulerende hensyn.

Til tross for dette betviler ikke førstvoterende at nemnda har riktig forståelse av utl. § 38 da de i vedtaket «uttrykkelig [har] fremhevet at i saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn, at barnets tilknytning til riket skal tillegges særlig vekt ved vurderingen av om tillatelse skal gis, men at innvandringsregulerende hensyn etter omstendighetene kan få avgjørende betydning også i slike saker».¹³¹

Jeg er i utgangspunktet enig med førstvoterende i at nemnda har slått fast de riktige utgangspunktene for hvordan en sak om opphold som berører barn skal vurderes. Jeg mener dog at Høyesterett bør se på hvordan nemnda *faktisk* vurderer saken, og ikke bare på hva nemnda *sier* at de legger vekt på. At nemnda legger til grunn de riktige utgangspunktene for vurderingen i ord, betyr ikke nødvendigvis at nemnda *faktisk* vurderer saken i henhold til dette. Jeg mener at førstvoterende bør si noe konkret om hvorfor han mener at nemnda faktisk har riktig forståelse av § 38 og hva i nemndas vurdering som «beviser» dette.

Ifølge Terje Einarsen stemmer det bedre overens med ordlyden i art. 3 nr. 1 at Høyesterett er mer grundig og selvstendig i sin vurdering av nemndas sak. Art. 3 nr. 1 sier at ««barnets beste» skal være norm for alle organer, herunder uttrykkelig *domstolene* («courts of law»)».¹³² Barnekomiteen slår fast at art. 3 nr. 1 gir en plikt for statene som er «directly applicable (self-executing) and can be invoked before a court».¹³³ Einarsen mener at uttalelsen fra komiteen ikke kan forstås slik at det er tilstrekkelig for domstolene å bare kontrollere forvaltningens begrunnelse, men at domstolene har «plikt til å foreta en *selvstendig* vurdering av barnets beste interesser i den enkelte sak».¹³⁴ Jeg er enig med Einarsen i at det stemmer dårlig overens med ordlyden i art. 3 nr. 1 og barnekomiteens uttalelser at domstolen bare kan prøve om forvaltningens begrunnelse er tilfredsstillende. Domstolene bør følgelig være mer inngående i prøvingen for å oppfylle forpliktelsene etter barnekonvensjonen.

Førstvoterende ser det slik at hensynet til barnets beste er «vektlagt og forsvarlig vurdert og avveid mot motstående hensyn».¹³⁵ Her er førstvoterende litt mer grundig da han viser til hvorfor han

¹³¹ Rt. 2012 s. 2039 avs. 53

¹³² Einarsen 2013 s. 314

¹³³ General Comment No. 14 (2013) s. 4

¹³⁴ Einarsen 2013 s. 315

¹³⁵ Rt. 2012 s. 2039 avs. 54

mener at nemnda har vurdert saken riktig. Førstvoterende kunne med fordel vært enda grundigere ved å vise til *hvorfor* han mener at barnets beste er forsvarlig vurdert, i stedet for å bare slå det fast.

Nemnda har ifølge førstvoterende foretatt en vurdering av om en eventuell retur er forsvarlig og lagt til grunn at det ikke er noen forhold som tilsier at det er uforsvarlig å sende familien hjem, verken på bakgrunn av omsorgssituasjonen i hjemlandet eller forholdene i landet.

Barn har alltid en rett til å bli hørt i saker som angår dem, jf. art. 12 og utf. § 17-3. Førstvoterende legger til grunn at det ikke er en saksbehandlingsfeil at barnet ikke har blitt hørt i denne saken.

Nemnda har lagt til grunn at barnets beste var å bli værende i Norge, og at resultatet ikke ville blitt et annet dersom de hadde forhørt seg med barnet om dets mening.¹³⁶

Jeg er helt uenig i at det er tilstrekkelig å slå fast at *dersom* barnet hadde blitt hørt ville resultatet uansett ikke blitt et annet. Poenget med art. 12 er at barnet skal bli hørt i saker som angår dem, *uavhengig* av hva resultatet vil bli. Har ikke barnet blitt hørt i en sak som berører det, uavhengig av hva som er grunnen, er ikke kravet etter art. 12 oppfylt. Dette må kunne regnes som et brudd på barnets rettigheter etter art. 12 og også på art. 3 nr. 1 da bestemmelsene henger tett sammen. Det skal ikke være opp til forvaltningen å avgjøre i hvilke saker barnet har rett til å bli hørt. Hvis forvaltningen skulle avgjøre dette ville det foreligge en risiko for å tillegge barnet andre meninger og tanker enn det faktisk har, og det er etter min mening ikke forenelig med kravet etter art. 12 og følgelig heller ikke med art. 3 nr. 1. Bestemmelsene må ses i lys av hverandre fordi de gir uttrykk for grunnleggende prinsipper i barnekonvensjonen.

Førstvoterende konkluderer med at nektelse av omgjøringen ikke er ugyldig.

Annenvoterende er uenig med førstvoterende og mener at UNEs nektelse av omgjøring er ugyldig.¹³⁷

Annenvoterende viser først til sin redegjørelse av forståelsen av art. 3 nr. 1, utl. § 38 og utf. § 8-5 som fremgår av Asylbarndom I.¹³⁸

Annenvoterende er enig i at ulovlig opphold kan vektlegges som innvandringsregulerende hensyn, men at det som er til barnets beste «vanskelig kan velges bort, under henvisning til at barnets tilknytning til Norge er etablert ved ulovlig opphold, og fordi foreldrene har forholdt seg passive og ikke har medvirket til utreise».¹³⁹ At nemnda slår fast at de innvandringsregulerende hensynene i denne saken gjør seg «sterkt gjeldende» og at de må gis «større vekt i helhetsvurderingen i denne

¹³⁶ Rt. 2012 s. 2039 avs. 57

¹³⁷ *Ibid*, avs. 105

¹³⁸ *Ibid*, avs. 106

¹³⁹ *Ibid*, avs. 112

saken» gjør annenvoterende usikker på om avveiningen er foretatt på riktig måte. Særlig skaper avgjørelsen tvil om hensynet til datterens beste er vurdert som et så grunnleggende moment som det går frem av art. 3 nr. 1 at det skal gjøre.¹⁴⁰ På denne bakgrunn konkluderer annenvoterende med at vedtaket må regnes som ugyldig.

5.4 Avgjørelse fra EMD; Jeunesse mot Nederland (2014)

Dommen angår ikke direkte lengeværende barn og utl. § 38, men angår spørsmålet om retten til familieliv etter EMK art. 8. EMDs praksis har i de senere år vist at hensynet til barnets beste har en helt sentral plass i proporsjonalitetsvurderingen etter art. 8 nr. 2, også i utlendingssaker.¹⁴¹ Det er klart at et vedtak som angår en av foreldrene i familien, her moren, klart griper inn i barnas rettigheter. Hvis moren må sendes ut av landet, mister barna muligheten til samvær med henne. Dette griper inn i deres rett til familieliv etter art. 8. Siden vedtaket også berører barna, blir hensynet til barnets beste helt sentralt i saken. I tillegg har de innvandringsregulerende hensyn som taler for utvisning klare likhetstrekk med de som ofte påberopes som argument mot å gi opphold etter § 38. Slik er også selve avveiningen relevant for saker etter § 38. Følgelig er dommen relevant for denne fremstillingen.

5.4.1 Faktum

Dommen handler om en dame fra Surinam som hadde bodd med ektemannen i Nederland i 16 år. Både ektemannen hennes og barna var nederlandske statsborgere på dette tidspunktet, og på bakgrunn av dette påpeker domstolen at de «have a right to enjoy their family life with each other in the Netherlands».¹⁴² Kvinnen selv var også fra fødselen av nederlandsk statsborger, men da Surinam ble selvstendig ble hun ufrivillig surinamsk statsborger som et resultat av en avtale mellom Nederland og Surinam om statsborgerskap.¹⁴³

¹⁴⁰ Rt. 2012 s. 2039 avs. 112

¹⁴¹ Rt. 2015 s. 93 avs. 67

¹⁴² Jeunesse mot Nederland 2014 avs. 115

¹⁴³ *Ibid*, avs. 115

5.4.2 Avveining og resultat

Problemstillingen var for domstolen om staten pliktet å innvilge oppholdstillatelse til kvinnen slik at hun kunne utøve sin rett til respekt for familieliv i Nederland, jf. EMK art. 8, og dermed om en utsendelse av kvinnen ville krenke hennes rett etter bestemmelsen.

For at det skal foreligge en krenkelse av art. 8 må det foreligge «exceptional circumstances»¹⁴⁴.

Domstolen måtte vurdere om slike særlige omstendigheter forelå i denne saken. Det avgjørende for domstolen var å avgjøre om «a fair balance has been struck between the grounds underlying the authorities' decision to withdraw the right of residence and the Article 8 rights of the individual concerned».¹⁴⁵ Altså måtte domstolen vurdere om det forelå rimelig balanse mellom, på den ene siden, kvinnens og familiens ønske om å fortsette familielivet, og på den andre siden, hensynet til at staten skal kunne kontrollere innvandringen til landet.

Etter opplysningene som forelå i saken ville det etter en forsvarlighetsvurdering ikke foreligge noen «insurmountable obstacles» for familien å bosette seg i Surinam, men familien ville trolig oppleve «a degree of hardship if they were forced to do so», noe som talte for at familien måtte få bli.¹⁴⁶

Da det var barn involvert i saken, la domstolen til grunn at deres interesser måtte tas hensyn til. I alle saker hvor barn er involvert er barnets interesser av «paramount importance».¹⁴⁷ Domstolen viser så til at selv om barnets interesser «alone [...] cannot be decisive, such interests certainly must be afforded significant weight».¹⁴⁸ Domstolen påpeker at i saker om familiegjenforening skal man legge stor vekt på forholdene for de mindreårige barn som er berørt, særlig deres alder, situasjonen i landet/landene saken gjelder og i hvilken grad hvert enkelt barn er avhengig av foreldrene sine.¹⁴⁹ I den konkrete vurderingen av barnas beste viser domstolen til at kvinnen var barnas primære omsorgsperson, og at det følgelig ville være til det beste for barna om deres mor ikke ble sendt ut av landet.¹⁵⁰ I tillegg hadde barna sterk tilknytning til Nederland, samt at de også var nederlandske statsborgere. Staten hadde ved vurderingen av saken, lagt for lite vekt på hensynet til barnets beste, og dermed feilet i å «assess evidence in respect of the practically, feasibility and proportionality of any such removal in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it».¹⁵¹

¹⁴⁴ Jeunesse mot Nederland 2014 avs 108

¹⁴⁵ *Ibid*, avs. 104

¹⁴⁶ *Ibid*, avs. 117

¹⁴⁷ *Ibid*, avs. 109

¹⁴⁸ *Ibid*, avs. 109

¹⁴⁹ *Ibid*, avs. 118

¹⁵⁰ *Ibid*, avs. 119

¹⁵¹ *Ibid*, avs. 120

Videre går domstolen over til å se på om det foreligger «fair balance» mellom de motstridende interesser i saken.¹⁵² For å kunne nekte kvinnen opphold i Nederland, må det foreligge sterke nok innvandringsregulerende hensyn. Kvinnen hadde vært i landet ulovlig, men staten hadde godtatt dette over lengre tid mens kvinnen ventet på svar på ulike søknader. Kvinnen hadde ikke noe rulleblad.¹⁵³ Det var i hele perioden av ulovlig opphold opp til staten å fjerne kvinnen, uten at de gjorde noe med det. Dette førte til at kvinnen kunne «establish and develop strong family, social and cultural ties in the Netherlands».¹⁵⁴ Tilknytningen kvinnen hadde opparbeidet seg talte for at hun måtte få bli i Nederland. Domstolen presiserer at et langt opphold ikke automatisk kan føre til at hun har krav på opphold.¹⁵⁵

Domstolen konkluderte, på bakgrunn av de relevante prinsippene og det foreliggende faktum i saken, med at det forelå en krenkelse av art. 8 i denne saken da det forelå særlige omstendigheter og den nødvendige balansen mellom de to sidene ikke var ivaretatt i tilstrekkelig grad.¹⁵⁶

5.5 Maria-saken, Rt. 2015 s. 93

Heller ikke denne dommen angår direkte lengeværende barn og utl. § 38, men angår spørsmålet om utvisning og retten til familieliv etter EMK art. 8. Dommen er relevant for denne fremstillingen av samme grunn som Jeunesse mot Nederland og jeg viser følgelig til begrunnelsen gitt for den.

5.5.1 Faktum

Dommen gjaldt en kvinne fra Kenya som etter UNEs beslutning skulle utvises på bakgrunn av at kvinnen hadde blitt værende ulovlig i Norge etter å ha fått avslag på asylsøknad. I tillegg fikk kvinnen avslag på søknad om oppholdstillatelse for familiegjening med datteren som på tidspunktet var 5 år og norsk statsborger. Det sentrale for Høyesterett var om utvisningsvedtaket var ugyldig fordi det krenket datterens menneskerettigheter.

5.5.2 Avveining og resultat

Det sentrale for denne fremstillingen blir hva Høyesterett sier om vurderingen av barnets beste.

¹⁵² Jeunesse mot Nederland 2014 avs. 121

¹⁵³ Rt. 2015 s. 93 avs. 116

¹⁵⁴ *Ibid*, avs. 116

¹⁵⁵ *Ibid*, avs. 103

¹⁵⁶ *Ibid*, avs. 122-123

Høyesterett slår fast at relevante motstående hensyn kan tillegges vekt i saker som dette, men at hensynet til barnets beste skal ha stor vekt, det skal «ikke bare [være] ett av flere momenter i en helhetsvurdering. Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og så i forgrunnen».¹⁵⁷

Høyesterett går deretter inn i vurderingen av selve utvisningsvedtaket av moren. Det slås fast at vedtaket klart nok er et inngrep i datterens rettigheter da hun enten må oppgi kontakten med foreldrene, som er et inngrep i hennes rett til familieliv, eller hun må flytte fra Norge som hun har tilknytning til, som er et inngrep i hennes rett til respekt for sitt privatliv.¹⁵⁸

Moren har blitt værende i Norge ulovlig, og det er følgelig klart at det foreligger hjemmel for utvisning ved at moren har brutt utlendingslovens regler, som også er et relevant innvandringsregulerende hensyn. Det springende punkt for Høyesterett er om utvisningen av moren kan sies å være forholdsmessig.¹⁵⁹

Det er presumsjon for at det er til et barns beste å få opprettholde kontakten med familien. At datteren har en sterk tilknytning til sin mor, samt at mor tar ansvar og gir nødvendig omsorg, og at datteren ikke har noen andre som kan ta seg av henne taler for at det til det beste for datteren å være sammen med moren.¹⁶⁰ Ingen opplysninger viser at datteren hadde opparbeidet seg noen særlig tilknytning til andre personer enn moren. Datteren var på vedtakstidspunktet bare 3 år, og da er det vanlig at den primære tilknytningen foreligger til foreldre og nærmeste familie.¹⁶¹

Det er helt sentralt for Høyesterett at datteren er født i Norge og dermed er norsk statsborger. At datteren er norsk statsborger, kan ikke i seg selv være avgjørende ved at det går foran alle andre momenter i saken, men det har «likevel spesiell betydning ved forholdsmessighetsvurderingen», jf. det som går frem av barnekonvensjonen art. 7 og 8.¹⁶² Høyesterett viser til forarbeidene til statsborgerloven som stadfester hvor viktig statsborgerskap er da det «markerer en tilhørighet til det norske samfunnet» i tillegg til å gi «viktige rettigheter og plikter» i samfunnet.¹⁶³ Siden datteren er norsk statsborger har hun rett til å bo i landet og til å være beskyttet på lik linje med andre, og til å få de samme godene og tilbudene som alle andre. I tillegg har hun rett til å gå på skole her og til å

¹⁵⁷ Rt. 2015 s. 93 avs. 65

¹⁵⁸ *Ibid*, avs. 70

¹⁵⁹ *Ibid*, avs. 71

¹⁶⁰ *Ibid*, avs. 73

¹⁶¹ *Ibid*, avs. 74

¹⁶² *Ibid*, avs. 75

¹⁶³ *Ibid*, avs. 76 og Innst.O.nr.86 (2004-2005) punkt 2.2

utvikle sin norske identitet. Alt dette vil bli fratatt datteren dersom hun og moren må sendes ut av landet.¹⁶⁴

I FAB 2015-3 stilles det spørsmål om resultatet i dommen ville blitt det samme dersom barnet ikke var norsk statsborger. I tillegg påpekes det at det er et svakhet med dommen at den ser ut til å gi uttrykk for at barn som er norske statsborgere vil ha sterkere vern enn barn med samme behov for beskyttelse som ikke er norske statsborgere, da barnets beste skal være et grunnleggende hensyn *uansett* hvilket barn det er tale om.¹⁶⁵ Ifølge artikkelen skal norsk statsborgerskap kunne vektlegges i en vurdering av hva som er til barnets beste, men det må vurderes opp mot de motstående hensyn i saken.¹⁶⁶ Jeg er enig.

Videre går Høyesterett inn på situasjonen for moren og datteren ved en eventuell retur til hjemlandet Kenya. Det er ikke noe ved situasjonen i landet som tilsier at vedtaket ikke kan settes i verk. En eventuell retur vil likevel skape utfordringer for moren og datteren da det er usikkert om det finnes noen familie i Kenya som kan hjelpe moren og datteren når de kommer. I tillegg er moren HIV-positiv og uten utdanning. Det vil ikke bli lett for moren å skaffe jobb ved en eventuell hjemsendelse. Sett hen til den vanskelige situasjonen, er det stor sjanse for at moren og datteren må bosette seg i et slumområde i Kenya. Dette vil gjøre situasjonen ytterligere utfordrende og risikofyllt for datterens fremtid. Det er ifølge Høyesterett realistisk at datterens fremtid vil bli «barsk, risikofyllt og i alle fall høyst uviss».¹⁶⁷

På bakgrunn av vurderingen som er gjort av datterens interesser, konkluderer Høyesterett med at det helt klart vil være det beste for datteren at både hun og moren får bli værende i Norge. Det skal «svært gode og tungtveiende grunner til for å oppveie dette».¹⁶⁸

Bakgrunnen for morens utvisning var at de identitetsopplysninger moren hadde gitt var uriktige, i tillegg hadde hun oppholdt seg i Norge ulovlig i litt over ett år. Det er klart at disse forhold gir grunnlag for utvisning, jf. utl. § 66 første ledd bokstav a. Dette er også innvandringsregulerende hensyn som kan vektlegges i en vurdering av om familien får bli i Norge eller ikke, jf. utl. § 38 fjerde ledd. Det må likevel foretas en forholdsmessighetsvurdering, hvor man må se hen til de konkrete forholdene i saken, jf. Rt. 2011 s. 948 avs. 38.

Forholdene som tilsier utvisning i denne saken er ganske typiske forhold i slike saker og er klare brudd på utl. som kan resultere i å bli nektet adgang til Norge i opptil fem år. Dette taler klart for å

¹⁶⁴ Rt. 2015 s. 93 avs. 77

¹⁶⁵ FAB 2015-3 Grunnloven § 104 og barnets beste: Høyesterett viser vei s. 201

¹⁶⁶ FAB 2015-3 s. 201

¹⁶⁷ Rt. 2015 s. 93 avs. 87

¹⁶⁸ *Ibid*, avs. 79

nekte opphold for mor og datter. Det er likevel ikke tale om alvorlig kriminalitet, som kunne endt i varig utvisning.¹⁶⁹ Her skiller altså Høyesterett etter hvor alvorlig overtredelsene er, noe som er naturlig i en forholdsmessighetsvurdering. Et lignende skille foretas også i vurderingen av de relevante innvandringsregulerende hensyn etter utl. § 38 fjerde ledd og utf. § 8-5 tredje og fjerde ledd.

Høyesterett viser så til den spenningen som foreligger mellom forvaltningens behov for kontroll og effektivitet på område for utlendingsrett, og kravet om at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, jf. Grl. § 104 annet ledd og art. 3 nr. 1. Ifølge Høyesterett er konklusjonen at de forhold som tilsier utvisning ikke er tungtveiende nok til å kunne gå foran hensynet til barnets beste i dette tilfellet, særlig sett hen til at det er den uskyldige datteren som rammes hardest ved en eventuell utsendelse.¹⁷⁰ På bakgrunn av dette mener Høyesterett at vedtaket fra UNE er ugyldig.¹⁷¹

6 Konklusjon og avsluttende bemerkninger

6.1 Konklusjon

Etter plenumsdommene fra 2012 virket rettspraksis å gi uttrykk for at innvandringsregulerende hensyn som utgangspunkt skulle vektlegges tyngre enn hensynet til barnets beste. Maria-saken skiller seg klart fra de to foregående dommene ved at Høyesterett tar et annet standpunkt; hensynet til barnets beste skal i utgangspunktet veie tyngst. Innvandringsregulerende hensyn kan også tillegges vekt, men dersom de skal gå foran hensynet til barnets beste, må de være særlig tungtveiende og begrunnes særskilt. Også Jeunesse mot Nederland viser tydelig hvor tungt hensynet til barnets beste skal veie sett opp mot innvandringsregulerende hensyn.

6.2 Avsluttende bemerkninger

Slik jeg ser det markerer Maria-saken et skille i norsk rettspraksis når det kommer til avveiningen av hensynene. Dommen er også mer i samsvar med både utl. § 38 og utf. § 8-5, barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 og Grl. § 104 som alle sier at hensynet til barnets beste *skal* være «et grunnleggende hensyn» i alle saker som berører barn. Dersom mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn går

¹⁶⁹ Rt. 2015 s. 93 avs. 80

¹⁷⁰ *Ibid*, avs. 81

¹⁷¹ *Ibid*, avs. 82

foran hensynet til barnets beste i en sak vil det undergrave viktigheten av hensynet til barnets beste. Dette ville være i strid med våre folkerettslige forpliktelser.

Hensynet til barnets beste er, som nevnt, et prinsipp som ikke er angitt veldig konkret. Dette skaper fare for lite ensartet praksis. I tillegg kan ikke det konkrete innholdet i hensynet til barnets beste prøves av domstolene. På grunn av dette er det viktig at lovbestemmelsene er så konkrete og klare som mulig. På denne måten blir praksis mest mulig ensartet og vurderingene mest mulig like. Dette ivaretar bedre rettssikkerheten for den enkelte.

Utf. §8-5 er et viktig supplement til utl. § 38 for å klargjøre innholdet av prinsippet i større grad. Særlig når det gjelder barnets tilknytning til riket er § 8-5 viktig, jf. første ledd. Sterk tilknytning til Norge vil i stor grad tale for oppholdstillatelse. Dette synes jeg samsvarer godt med viktigheten av å ta hensyn til barnets beste. For et barn som har bodd de fleste av sine leveår i Norge og ikke kjenner til noe annet land eller kultur, er det særlig inngripende å skulle bli sendt tilbake til hjemlandet. Det er mange slike tilfeller. Mange asylbarn har hatt traumatiske opplevelser og trenger mer enn noen andre trygge omgivelser som tar vare på dem og deres behov. Paragraf 8-5 første ledd vil etter sin ordlyd gjøre det vanskeligere å sende barn hjem da de innvandringsregulerende hensyn må veie tilsvarende tyngre etter som hvor sterk tilknytningen er.

I tillegg er § 8-5 tredje og fjerde ledd viktig i konkretiseringen av vurderingen da de slår fast hvilke innvandringsregulerende hensyn som skal være mindre tungtveiende og hvilke som skal være mer tungtveiende. På denne måten kan praksis bli mer ensartet ved at de samme innvandringsregulerende hensyn tillegges lik vekt, uavhengig av hvem som er rettsanvenderen.

På bakgrunn av dette ser jeg på utf. § 8-5, samt Maria-saken som særlig viktig for rettstilstanden i fremtiden.

Til slutt vil jeg slå fast viktigheten av, og det ansvaret Norge har, for at saker om opphold blir behandlet og effektivt så fort som mulig. Dette er viktig for samfunnet, fordi man unngår at veldig mange søknader må innvilges på grunn av opparbeidet tilknytning ved ulovlig opphold. I tillegg er det viktig for barna sakene berører som unngår påkjenningen med å få sterk tilknytning til Norge, for så å bli sendt hjem til noe som for mange er et ukjent land med ukjent kultur. Det er også svært uheldig og en stor påkjenning for familier å være i en midlertidig situasjon over flere år der man ikke vet hvordan fremtiden ser ut. Særlig uheldig er det for barn som er de mest sårbare.

7 Litteraturliste

7.1 Lover

Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814

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

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

7.2 Traktater

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) 4. november 1950

FN-konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen) 20. november 1989

Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969

7.3 Forskrifter

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

7.4 Forarbeider

NOU 2004:20 Ny utlendingslov

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

Ot.prp.nr. 104 (2008-2009) Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.)

Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Innst.O.nr.86 (2004-2005) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om norsk statsborgerskap (statsborgerloven)

Innst.O.nr.42 (2007-2008) Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Innst.57 S (2012-2013) Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om barn på flukt

7.5 Bøker

Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 2. utgave, (Oslo 2012).

Øyen, Øyvind Dybvik (red.), *Lærebok i utlendingsrett*, (Oslo 2013).

7.6 Artikler

Einarsen, Terje, "Plenumsdommene om domstolsprøving: kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn?", *Jussens Venner*, vol. 48, 5, 2013 s. 287-319.

Graver, Hans Petter, «I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2006, s. 189-221.

Bernt, Jan Fridthjof, «Krav om forholdsmessighet ved kontroll av offentlig myndighetsutøving», *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.) (Bergen 2015) s. 27-47.

Aasen, Henriette Sinding, «Grunnloven § 104 og barnets beste: Høyesterett viser vei», *Tidsskrift for familierett*, s. 197-201, FAB 2015-3.

7.7 Avgjørelser fra Høyesterett

Rt. 2009 s. 1261

Rt. 2011 s. 948

Rt. 2012 s. 494

Rt. 2012 s. 1025

Rt. 2012 s. 1985

Rt. 2012 s. 2039

Rt. 2015 s. 93

7.8 Avgjørelser fra EMD

EMDs dom 3. oktober 2014 *Jeunesse mot Nederland*

7.9 Øvrig

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

Høringsnotat G-06/2014, Ikrafttredelse av endringer i utlendingsforskriften – varig ordning for lengeværende barn og begrunnelse i vedtak som berører barn, 06.06.2014. Ref. 14/1667 –TFN. Justis og beredskapsdepartementet.

Weiss, Nerina. Fafo-rapport 47 (2013) «Normalitet i limbo. Asylbarn med endelig avslag».

Justis- og beredskapsdepartementet, *Meld. St. 27 (2011-2012)*, Melding til stortinget - Barn på flukt, Tilråding av 8. juni 2012.