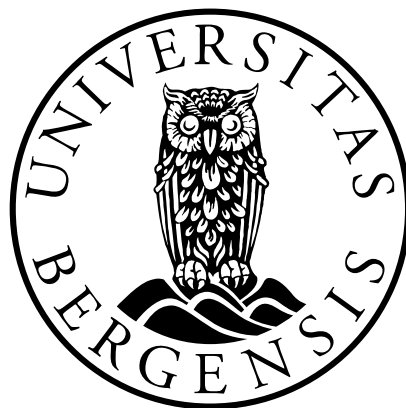


Lengeværende asylbarns rettsstilling i norsk rett

Vektlegging av hensynet til barnets beste i saker om opphold på
humanitært grunnlag.

Kandidatnummer: 213982

Antall ord: 12595



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2014

Innholdsfortegnelse

| | |
|---|-----------|
| 1 Innledning | 5 |
| 1.1 Problemstilling og aktualitet | 5 |
| 1.2 Rettskildelære og metode | 6 |
| 1.2.1 Generelt | 6 |
| 1.2.2 Tolkning av internasjonale konvensjoner | 7 |
| 1.3 Veien videre | 7 |
| 2 Utlendingsloven § 38 | 8 |
| 2.1 Innledning | 8 |
| 2.2 Første ledd | 10 |
| 2.3 Tredje ledd – hensynet til barnets beste | 11 |
| 3 Utlendingsloven § 38 tredje ledd i lys av folkerettslig forpliktelser | 12 |
| 3.1 FNs barnekonvensjon | 12 |
| 3.2 Barnets beste under EMK | 16 |
| 3.2.1 Retten til privatliv og familieliv | 16 |
| 3.2.2 Inngrep i de vernede rettighetene etter EMK..... | 17 |
| 3.2.3 Butt mot Norge..... | 18 |
| 4 I hvilken grad avgjør domstolene vedtak om opphold på humanitært grunnlag jf. § 38 | 20 |
| 4.1 Utgangspunktet | 20 |
| 4.2 Utlendingsloven § 38 første ledd | 21 |
| 4.3 Domstolens overprøvingsadgang i relasjon til hensynet til barnets beste ... | 24 |
| 4.3.1 Rt. 2012 s. 1985 | 24 |
| 4.3.1.1 Faktum | 24 |
| 4.3.1.2 Problemstilling | 24 |
| 4.3.1.3 Resultat | 25 |
| 4.3.1.4 Begrunnelse for resultat..... | 25 |
| 4.3.1.4.1 Om vektleggingen av hensynet til barnets beste | 25 |
| 4.3.1.4.2 Domstolenes overprøvelsesadgang | 26 |
| 4.3.1.4.3 Overført til selve vedtaket..... | 27 |
| 4.3.2 Rt. 2012 s. 2039 | 27 |

| | |
|--|-----------|
| 4.3.2.1 Faktum | 27 |
| 4.3.2.2 Problemstilling | 28 |
| 4.3.2.3 Resultat | 28 |
| 4.3.2.4 Begrunnelse for resultat | 28 |
| 4.3.3 Rt. 2013 s. 449 | 30 |
| 4.3.3.1 Faktum | 30 |
| 4.3.3.2 Problemstilling | 31 |
| 4.3.3.3 Resultat | 31 |
| 4.3.3.4 Begrunnelse for resultat | 31 |
| 4.3.4 Oppsummert om domstolenes overprøvingsadgang i relasjon til barnet beste | 33 |
| 4.4 Kritikkk | 34 |
| 4.4.1 Identifikasjon mellom barn og foreldre | 34 |
| 4.4.2 Domstolenes overprøvelseskompetanse | 36 |
| 4.4.2.1 Årsaken til at man ikke vil overprøve vektingen av barnets beste | 37 |
| 5 Vurdering av rettstilstanden de lege lata | 38 |
| 6 Vurdering av rettstilstanden de lege ferenda | 39 |
| 7 Litteraturliste | 42 |
| 7.1 Lover | 42 |
| 7.2 Opphevede lover | 42 |
| 7.3 Traktater | 42 |
| 7.4 Forskrifter | 42 |
| 7.5 Forarbeider | 42 |
| 7.6 Bøker | 42 |
| 7.7 Artikler | 43 |
| 7.8 Høyesteretts avgjørelser | 43 |
| 7.9 EMD avgjørelser | 43 |
| 7.10 Internett | 43 |
| 7.11 Øvrig | 44 |

1 Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

Overordnet problemstilling for denne avhandlingen er lengeværende asylbarns rettsstilling i norsk rett. Spesielt fokus rettes mot vektleggingen av hensynet til barnets beste der vilkårene i utlendingsloven ikke er oppfylt, men det likevel kan gis oppholdstillatelse dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller utlendingen¹ har særlig tilknytning til riket.² Barnets beste er et hensyn som gjør seg gjeldende på et overordnet plan, og berører alle rettsområder hvor barn³ er involverte. Norge har forpliktet seg til å gi hensynet til barnets beste stor gjennomslagskraft ved inkorporeringen av FNs barnekonvensjon art. 3 nr. 1 i menneskerettighetsloven § 2 nr. 4. Det fremgår av menneskerettighetsloven at lovens bestemmelser ved motstrid har forrang foran andre norske regler jf. menneskerettighetsloven § 3 jf. utlendingsloven § 3.

Det vil fokuseres på barn som oppholder seg i Norge sammen med sine foreldre, eller andre omsorgspersoner, ikke enslige mindreårige asylsøkere. Særlig fokus rettes mot de lengeværende asylbarn, altså lengeværende barn av foreldre med avslag på asyl.⁴ Praksis synes å ha skapt en nedre begrepsmessig grense hvor barnet anses å være lengeværende når det har vært i Norge i minst tre år.⁵ Likevel må barnet etter dagens praksis ha bodd i Norge i mer enn fire og et halvt år og gått minst ett år på skole for å ha en slik tilknytning til riket som danner grunnlag for oppholdstillatelse.⁶

Temaet er aktuelt da det i 2013 var 11 983 personer som søkte om asyl i Norge.⁷ Mange av disse er barn som kommer alene eller i følge med sine foreldre. Hvert år får flere av disse barna avslag på sine søknader om opphold, noe som innebærer at de skal returneres. Mange av barna har oppholdt seg i Norge over en lengre periode i påvente av

¹ En utlending er definert som "enhver som ikke er norsk statsborger" jf. Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) § 5(1).

² Utlendingsloven § 38.

³ Personer under 18 år jf. FNs barnekonvensjon art. 1.

⁴ Terje Einarsen, "Plenumsdommene om domstolsprøving: kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn?", *Jussens Venner vol. 48*, s. 287-319 s. 290.

⁵ *Ibid.*, s. 290.

⁶ Justis- og beredskapsdepartementet, *Meld. St. 27(2011-2012)*, Melding til stortinget – Barn på flukt, Tilråding av 8.juni 2012, s. 52 og Terje Einarsen, s. 296.

⁷ Tallene er hentet fra UDI sin statistikk for 2013. <http://www.udi.no/statistikk-og-analyse/arsrapporter/arsrapport-2013/hvor-mange-sokte-om-beskyttelse/> (august 2014).

en avklaring, og har ofte tilpasset seg og blitt en del av det norske samfunnet. Spørsmål knyttet til hensynet til barnets beste i asylsaker har vært oppe i Høyesterett flere ganger og det har vært visse uklarheter rundt innholdet av begrepet samt hvor mye vekt som skal tillegges hensynet. I desember 2012 ble det avsagt to plenumsdommer⁸ hvor forholdet til barnets beste var oppe til grundig drøfting. Da Solberg-regjeringen tiltrådte i oktober 2013 ønsket regjeringens støttepartier å få avklart situasjonen for lengeværende asylbarn, og forslag til endring av utlendingsforskriften⁹ ble sendt på høring høsten 2014. Endringsforslaget innebærer blant annet et ønske om å presisere hvilke momenter som skal vektlegges ved drøftelsen av barnets beste.¹⁰ Videre har medias oppmerksomhet de siste årene vært med på å bidra til et økt fokus på og interesse rundt saker hvor lengeværende asylbarn ikke får innvilget opphold og må returneres.

1.2 Rettskildelære og metode

1.2.1 Generelt

Utlendingsretten er et rettspolitisk område, og grensen mellom juss og politikk utfordres. Utlendingsloven må tolkes i lys av de grunnleggende politiske målsetningene som er satt.¹¹ Fokus i denne avhandlingen vil ligge på det juridiske aspektet og de eksisterende rettskildene som gir uttrykk for hvordan hensynet til barnets beste blir, skal og bør vektlegges.

Avhandlingen har hovedsakelig et de lege lata perspektiv, og i stor grad vil den tradisjonelle rettskildelæren benyttes. Aktuelle kilder i prosessen ved å klarlegge innholdet og vektingen av hensynet til barnets beste er tolkning av lov, Høyesterettspraksis, forarbeider, forskrifter og juridisk teori.

Rettskildebildet er sammensatt og det er nødvendig å ta i betraktning de folkerettslige forpliktelsene og aspektene ved hensynet til barnets beste. Aktuelle kilder her vil være

⁸ Rt. 2012 s. 1985 (Shabazi-dommen) og Rt. 2012 s. 2039 (Delic-dommen).

⁹ Forskrift 15.november 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften).

¹⁰ Utlendingsforskriften § 8-5 og Høringsnotat – 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.

¹¹ Vigdis Vevstad (Red.), *Utlendingsloven kommentarutgave*, Oslo 2010 s. 304 punkt 7.

FNs barnekonvensjon, FNs barnekomité's uttalelser, Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (heretter EMK) og noe praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (heretter EMD).

1.2.2 Tolkning av internasjonale konvensjoner

Tolkning av de internasjonale konvensjonene Norge er bundet av må skje i henhold til tolkingsprinsippene man finner i Wienkonvensjonen om traktatrett av 1969 art. 31 til 33. Disse tolkningsprinsippene kodifiserer alminnelig folkerett på dette området.

I hovedregelen om tolkning, art. 31 nr. 1, kommer det til uttrykk at traktater 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 lights of its object and purpose". Dette gjenspeiler at ord og uttrykk brukt i konvensjonen skal tolkes i samsvar med den alminnelige språklige forståelsen i den sammenheng den inngår i og i lys av konvensjonens formål.¹² Videre skal teksten tolkes lojalt og i god tro jf. "in good faith".

Forarbeider har klart mindre rettskildemessig vekt i folkeretten enn det som er vanlig norsk rettskildelære, dette gjelder også for juridisk teori.¹³ Etter Wienkonvensjonen art. 32 skal forarbeidene bare være et supplerende tolkningsmoment. Avgjørelser og praksis fra konvensjonens kontrollorganer vil derimot veie tungt og tillegges stor vekt. Fast og ensartet praksis på tvers av landegrensene vil også veie tungt.¹⁴

1.3 Veien videre

I det kommende introduseres utlendingslovens § 38 (punkt 2.1 og 2.2). Etter en introduksjon av den generelle regelen for opphold på humanitært grunnlag¹⁵ ses det nærmere på hensynet til barnets beste i relasjon til denne bestemmelsen jf. bestemmelsens tredje ledd (punkt 2.3). Det ses deretter til de folkerettslige forpliktelsene Norge har, for å få kunnskap om hvordan utlendingslovens § 38 tredje ledd skal forstås i lys av barnekonvensjonen (punkt 3.1) og EMK (punkt 3.2). Deretter vil

¹² Rt. 2012 s. 494 avsnitt 33.

¹³ Øyvind Dybvik Øyen (Red.), *Lærebok i utlendingsrett*, Oslo 2013 s. 39-40.

¹⁴ *Ibid.*, s. 39.

¹⁵ Bestemmelsen omtales som bestemmelsen for opphold på humanitær grunnlag i forarbeidene og praksis. Vigdis Vevstad (Red.) s. 303 punkt 1.

domstolenes prøvingskompetanse av § 38 (punkt 4.2) og hensynet til barnets beste klarlegges (punkt 4.3). En nøyere gjennomgang av Høyesterettspraksis benyttes til å avklare dagens rettstilstand i sammenheng med hensynet til barnets beste.

Avslutningsvis vil jeg komme med noen egne betraktninger om regelen og den bruk vi ser per dags dato (punkt 4.4 til 6).

2 Utlendingsloven § 38

2.1 Innledning

Det er utlendingsloven som regulerer kontroll ved inn- og utreise og utlendingers opphold i riket jf. § 1. Loven suppleres av utlendingsforskriften. Avhandlingen vil fokusere på lovens paragraf 38 om opphold på humanitært grunnlag.

Utlendingsloven av 2008 er relativt ny, men den viderefører mange av de prinsippene som var fastsatt i den tidligere utlendingsloven av 1988. Den nye bestemmelsen i utlendingsloven § 38 tilsvarer § 8 andre ledd i den tidligere utlendingsloven av 1988.¹⁶ Eldre praksis og teori vil derfor kunne være av betydning ved tolkning av § 38 i den nye utlendingsloven.¹⁷

Den nye bestemmelsen er noe mer detaljert enn den tidligere § 8 andre ledd, og begrunnelsen for dette er ønsket om mer kontroll og politisk styring. Målet med den mer detaljerte lovgivningen var å oppnå økt kunnskap om bestemmelsen og økt likebehandling i forvaltningen. Departementet ønsket at regelverket skulle gjenspeile de politiske målsetningene på området og man forsøkte derfor å gi mest mulig veiledning om rammene for skjønnsvurderingene.¹⁸ Å oppstille rammene har vært viktig for departementet og utlendingsdirektoratet (UDI) da organet som avgjør klagesakene, utlendingsnemnda (UNE), er et uavhengig organ.¹⁹ UNE har full kompetanse til å overprøve alle sider av et vedtak i spørsmål om opphold på humanitært grunnlag.²⁰

¹⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) s. 420.

¹⁷ Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her. Denne er opphevet ved den nye utlendingsloven fra 2008. At eldre praksis og teori vil kunne ha betydning for forståelsen av § 38 følger av Ot.prp. nr. 75 s. 420.

¹⁸ Øyvind Dybvik Øyen (Red.), s. 317 og Ot.prp. nr. 75 s. 153.

¹⁹ Ot.prp. nr. 75 s. 153.

²⁰ Terje Einarsen, s. 294.

Paragraf 38 anvendes i asylsaker hvor søkeren ikke oppfyller vilkårene til flyktningstatus etter lovens § 28 om oppholdstillatelse for utlendinger som trenger beskyttelse (asyl). Forvaltningen skal etter eget initiativ vurdere om det er basis for tillatelse på humanitært grunnlag jf. utlendingsloven § 28 syvende ledd. Paragraf 38 er et subsidiært vurderingsgrunnlag. Dette innebærer at det ikke er adgang til å fremme en selvstendig søknad etter § 38.²¹ Det må formelt søkes om asyl selv om man ønsker opphold på dette grunnlaget, dette følger av lovens system. Bestemmelsen får typisk anvendelse i saker der det foreligger et blandingstilfelle av beskyttelseshensyn og humanitære hensyn.²² Videre er § 38 av stor praktisk betydning da det er flere asylsøkere som får innvilget opphold etter § 38 enn asyl etter § 28.²³

Retningslinjer og veiledning på hvordan lovens § 38 skal forstås fremgår av utlendingsforskriftens kap. 8, i bestemmelsene §§ 8-1 til 8-13. Ordlyden av utlendingsloven § 38 er som følger:

§ 38. Oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket

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

For å avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn skal det foretas en totalvurdering av saken. Det kan blant annet legges vekt på om

- a) utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur,*
- b) det foreligger tvingende helsemessige forhold som gjør at utlendingen har behov for opphold i riket,*
- c) det foreligger sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen som gir grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse, eller*
- d) utlendingen har vært offer for menneskehandel.*

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

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

- a) mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag,*
- b) de samfunnmessige konsekvensene,*
- c) hensynet til kontroll, og*

²¹ Vigdis Vevstad (Red.), s. 304 punkt 9.

²² Ot.prp. nr. 75 s. 420.

²³ Øyvind Dybvik Øyen (Red.), s. 316.

d) hensynet til respekten for lovens øvrige regler.

Når det er tvil om utlendingens¹ identitet, når behovet er midlertidig, eller når andre særlige grunner tilsier det, kan det fastsettes at

a) tillatelsen ikke skal kunne danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse,

b) tillatelsen ikke skal kunne danne grunnlag for oppholdstillatelse etter lovens kapittel 6 for utlendingens familiemedlemmer,

c) tillatelsen ikke skal kunne fornyes, eller

d) at tillatelsens varighet skal være kortere enn ett år.

Kongen kan fastsette nærmere regler i forskrift.

2.2 Første ledd

Etter bestemmelsens første ledd "kan" det gis oppholdstillatelse dersom det foreligger "sterke menneskelige hensyn" eller dersom utlendingen "har særlig tilknytning til riket" til tross for at de øvrige vilkårene i loven for opphold ikke er oppfylt.²⁴ Det oppstilles altså i første ledd to ulike alternativer for når opphold på humanitært grunnlag kan innvilges. Utlendingslovens § 38 andre til fjerde ledd viser til momenter som skal og kan vektlegges ved vurderingen av de to ulike alternativene i første ledd. Andre ledd viser til noen momenter som kan vektlegges i vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn, men det er på det rene at vurderingen er en totalvurdering, og det åpnes her opp for en vid adgang til skjønn jf. "kan (...) legges vekt på". Tredje ledd viser til hensynet til barnets beste, og fjerde ledd til innvandringsregulerende hensyn.

Ordlyden i § 38 første ledd legger opp til en toleddet vurdering hvor det først vurderes om ett eller begge alternativene "sterke menneskelige hensyn" eller "særlig tilknytning til riket" er oppfylt. Om ett eller begge vilkår er oppfylt må forvaltningen deretter avgjøre om en oppholdstillatelse skal gis. Til tross for at det er lagt opp til en todelt vurdering har vurderingen en tendens til å skli over i hverandre. Dette illustreres i Rt. 2008 s. 681. Saken gjaldt en mann fra Etiopia med en tidsbegrenset oppholdstillatelse, han ble senere skadet i en snøscooterulykke som førte til at han fikk epilepsi. Saken ble ført for Høyesterett med et ønske om at domstolen skulle prøve om vilkåret "sterke menneskelige hensyn" var oppfylt. I dommens avsnitt 43 fremkom det at vurderingen av "sterke menneskelige hensyn" og vurderingen av om det skal innvilges tillatelse ofte går over i hverandre, og at man i praksis foretar en skjønnsmessig helhetsvurdering av

²⁴ Ved de "øvrige vilkårene" siktes det til utlendingslovens § 28 om oppholdstillatelse for personer som trenger beskyttelse (asyl).

momentene som i dag fremgår av utlendingslovens § 38 første ledd. Videre ble det uttalt at helhetsvurderingen innebar at det foretas en konkret vurdering i den aktuelle saken, men også at man ser hen til mer generelle hensyn slik som innvandringspolitiske hensyn, konsekvenshensyn og hensynet til likebehandling. Helhetsvurderingen innebærer med dette at man må se utover den enkelte sak, og det skal foretas en bred totalvurdering. Saken ble riktignok behandlet etter den tidligere utlendingslovens regler, men vurderingsmomentene er de samme, og dommen vil etter dette ha overføringsverdi også ved bruk av den nye loven.

Ordlyden "kan" viser at forvaltningen skal foreta en selvstendig vurdering av om det ligger tilstrekkelige årsaker til grunn for å tillate opphold. Det foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak, hvor de hensyn som taler for opphold må vurderes opp mot hensynet til en kontrollert og regulert innvandring.²⁵

2.3 Tredje ledd – hensynet til barnets beste

I bestemmelsens tredje ledd første setning heter det at "i saker som berører barn skal hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn". Dette innebærer ingen realitetsendring fra den tidligere utlendingsloven av 1988.²⁶ Videre formidler bestemmelsens tredje ledd andre setning at det kan gis oppholdstillatelse for barn etter første ledd til tross for at situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen.

Utlendingsforskriften § 8-5 uttrykker at det ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn i § 38 skal legges særlig vekt på barnets tilknytning til riket. Denne presiseringen kom med utlendingsforskriften etter endringer våren 2007.²⁷

Etter ordlyden står man overfor et hensyn som forvaltningen skal vurdere. Forvaltningen har ikke mulighet til å se bort fra hensynet til barnets beste som et grunnleggende hensyn ved vurderingen av om oppholdstillatelse skal gis på humanitært grunnlag. Den samme viktigheten av å legge vekt på hensynet til barnets beste følger av

²⁵ Ot.prp. nr. 75 s. 152.

²⁶ *Ibid.*, s. 420.

²⁷ Terje Einarsen, s. 294.

forskriften. Forvaltningen skal særlig vektlegge barnets tilknytning til riket som et moment i vurdering av om oppholdstillatelse skal innvilges. Vurderingen av barnets tilknytning til riket vil først og fremst få betydning i UNE-saker, da barn normalt ikke vil ha opparbeidet seg tilstrekkelig tilknytning på det tidspunktet saken behandles av UDI.²⁸

At hensynet til barnets beste skal være "et" grunnleggende hensyn innebærer ikke at det skal være det avgjørende hensyn eller det eneste hensyn som tas i betraktning,²⁹ men hensynet til barnets beste skal stå sentralt i vurderingen jf. bla. Rt. 2009 s. 1261.

Problemstillingen for Høyesterett var om en enslig mindreårig asylsøker hadde rettskrav på å få opphold i Norge der opphold ble funnet å være til barnets beste. Svaret på spørsmålet var avhengig av hvordan en uttalelse fra FNs barnekomité skulle forstås. Høyesterett kom frem til at det sentrale var at hensynet til barnets beste var vurdert som et grunnleggende hensyn, ikke at det trengte å være det avgjørende hensynet.

Slik ordlyden til bestemmelsens tredje ledd står i dag, senkes terskelen for å gi opphold til barn på humanitært grunnlag, sammenlignet med terskelen for å gi en voksen opphold på humanitært grunnlag. Årsaken til at man ved behandling av barn tar spesielle hensyn er at de er en spesielt sårbar gruppe, og har ekstra behov for omsorg, stabilitet og trygghet. Barnets beste som et grunnleggende hensyn kommer som regel på spissen og i konflikt med innvandringsregulerende hensyn som kan være av vesentlig vekt etter § 38 fjerde ledd. Det vil bli sett noe nærmere på disse kolliderende hensynene senere i avhandlingen.

3 Utlendingsloven § 38 tredje ledd i lys av folkerettslig forpliktelser

3.1 FNs barnekonvensjon

FNs barnekonvensjon av 20. November 1989 samlet for første gang barns rettigheter i en internasjonalt bindende konvensjon.³⁰ Hensynet til barnets beste er en av

²⁸ Terje Einarsen, s. 293.

²⁹ NOU 2004:20 Ny utlendingslov s. 92 og Ot.prp. nr. 75 s. 421.

³⁰ SOU 1996: 115 Barnkonventionen och utlänningslagen, Delrapport av Barnkommittén, Stockholm 1996 s. 11.

grunnpilarene i konvensjonen.³¹ Tanken er at barn er mer sårbare enn voksne, og trenger støtte og beskyttelse. Dette innebærer at man skal ha fokus på barnet i alle beslutningsfaser hvor barnet er involvert.³²

FNs barnekonvensjon ble ratifisert av Norge 8. januar 1991 og ble inkorporert i menneskerettighetsloven ved lov 1. august 2003 nr. 86 med virkning fra 1. oktober 2003.³³ Høyesterett har i en rekke avgjørelser uttalt at utlendingslovens § 38 og utlendingsforskriften § 8-5 gjennomfører FNs barnekonvensjon art. 3 nr. 1.³⁴

I originalversjonens art. 3 nr. 1 heter det at "In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration". At hensynet til barnets beste skal være "a primary consideration" innebærer rent språklig at hensynet ikke skal være det eneste og heller ikke alltid avgjørende i saker som berører barns interesser.³⁵ Ved utformingen av konvensjonen var det visse uenigheter om hvordan hensynet til barnets beste skulle formuleres. Det var foreslått at ordlyden skulle være "the paramount consideration"³⁶. En slik ordlyd ville i større grad talt for at man skulle vektlagt hensynet til barnets beste som hovedhensyn.³⁷

Slik ordlyden står i dag er den noe bredere og vagere formulert, og bestemmelsen blir mer fleksibel. På denne måten vil hensynet til barnets beste i større grad kunne veies opp mot andre konkurrerende hensyn. Barnets beste blir bare ett av relevante og nødvendige hensyn å ta stilling til.³⁸

Ettersom utlendingsloven § 38 er antatt å gjennomføre barnekonvensjonen art. 3 nr. 1, vil barnekonvensjonen være førende for tolkningen av § 38 i utlendingsloven.

³¹ 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) avsnitt A1.

³² SOU 1996: 115 s. 29.

³³ Rt. 2009 s. 1261, avsnitt 33 og Rt. 2012 s. 2039, avsnitt 91.

³⁴ Eks. Rt. 2012 s. 1985, avsnitt 104.

³⁵ Rt. 2009 s. 1261, avsnitt 31.

³⁶ SOU 1996: 115 s. 35.

³⁷ *Ibid.*, s. 35.

³⁸ *Ibid.*, s. 35.

At ordlyden i barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 er formulert så vidt kan by på tolkningsproblemer. Ved utformingen av konvensjonen vurderte man om begrepet barnets beste skulle defineres. Dette ble ikke gjort da man fant det vanskelig å finne noen god definisjon på hva som ligger i hensynet til barnets beste.³⁹

FNs barnekomité har i etterkant av utformingen av konvensjonen kommet med en rekke utsagn i form av General comments som ikke er bindende, men ment å være veiledende for de statene som har ratifisert FNs barnekonvensjon.⁴⁰ Til tross for at uttalelsene komiteen kommer med ikke er folkerettslig bindende, har Høyesterett tidligere uttalt at konvensjonstolkning foretatt av FNs Menneskerettighetskomité i menneskerettslige spørsmål skal ha betydelig rettskildemessig vekt.⁴¹ Dette tilsier at også FNs barnekomités uttalelser om hvordan bestemmelsen i barnekonvensjonen skal forstås vil måtte ha betydelig vekt som rettskilde i spørsmål som angår barn.

I Ot.prp.nr. 104 (2008-2009) om endringer i barneloven side 26 uttaler departementet at de generelle kommentarene "FNs barnekomité utgir er verdifulle retningslinjer for tolkning og anvendelse av konvensjonen. FNs barnekomité er det ekspertorgan som tolker barnekonvensjonen. Det bør derfor legges relativt stor vekt på disse uttalelsene ved tolking og anvendelse av konvensjonens bestemmelser i praksis".

De to avsnittene ovenfor viser at de generelle kommentarene FNs barnekomité kommer med bør ha relativt stor rettskildemessig vekt ved tolkning og anvendelse av bestemmelsene i barnekonvensjonen her i Norge.

I General Comment no. 14 fra 2013⁴² har FNs barnekomité kommet med uttalelser om hvordan hensynet til barnets beste skal forstås og benyttes i saker som angår barn. Det kan være verdt å merke seg at denne kommentaren er kommet ut i etterkant av de dommene det fokuseres på senere i avhandlingen.

³⁹ SOU 1996: 115 s. 34.

⁴⁰ Rt. 2009 s.1261, avsnitt 41.

⁴¹ Rt. 2008 s. 1764, avsnitt 81.

⁴² 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).

Det fremgår av kommentaren at hensynet til barnets beste må forstås dynamisk⁴³ og at begrepet skal forstås ut fra en "case-by-case" situasjon. Dette innebærer at innholdet av hensynet vil kunne variere noe fra sak til sak.⁴⁴ "The best interests of the child" skal vektlegges som et hovedhensyn, altså det som i den norske oversettelsen heter "et grunnleggende hensyn".⁴⁵ Dersom begrepet i den enkelte sak åpner for ulike forståelser, skal den forståelsen som mest effektivt ivaretar hensynet til barnets beste benyttes.⁴⁶ Det påpekes at det er vanskeligere for barn å ivareta sine egne interesser og føre en solid sak. Det er derfor viktig at de som behandler sakene vektlegger hensynet til barnets beste som et hovedhensyn på en tilstrekkelig tilfredsstillende måte, og om nødvendig skal barnet bli rettslig representert.⁴⁷ Det er videre viktig å huske at barn er selvstendige rettssubjekter,⁴⁸ og at disse kan ha ulike interesser og behov – man må se på det enkelte barn i hver avgjørelse.⁴⁹

Der hensynet til barnets beste er blitt brukt som et hovedhensyn, må det godtgjøres hvordan hensynet er blitt undersøkt, vurdert og avveid mot de andre hensynene som gjorde seg gjeldende.⁵⁰ For å demonstrere at hensynet er vurdert som et hovedhensyn og blitt respektert, skal avgjørelsen om barnet inneholde en begrunnelse som rettferdiggjør og forklarer resultatet. Det skal videre klargjøres hvilke elementer som har vært ansett som relevante. Om hensynet til barnets beste ikke veide tyngst skal det gjøres rede for hvorfor hensynet til barnets beste ikke slo igjennom med mer vekt enn de andre hensynene.⁵¹

For at dette skal la seg gjøre, fremgår det av uttalelsen at staten må ha mekanismer for å kontrollere at bruken av hensynet til barnets beste som et grunnleggende hensyn er tilfredsstillende. Her ilegges staten en plikt til å utforme prosessene slik at vurderingene av hensynet til barnets beste blir objektive og transparente. Dette gjelder spesielt i saker hvor lovgivning, domstolenes og administrative myndigheters avgjørelser direkte

⁴³ General Comment No. 14 (2013), avsnitt 11.

⁴⁴ *Ibid.*, avsnitt 32.

⁴⁵ *Ibid.*, avsnitt 1.

⁴⁶ *Ibid.*, avsnitt 6b.

⁴⁷ *Ibid.*, avsnitt 37 og 96.

⁴⁸ *Ibid.*, avsnitt 16b.

⁴⁹ *Ibid.*, avsnitt 55.

⁵⁰ *Ibid.*, avsnitt 14b.

⁵¹ *Ibid.*, avsnitt 97.

påvirker barna som er involvert.⁵² Det må altså være mulig å drive en etterkontroll av statens handlinger. Årsaken til dette er at man i ettertid skal kunne sikre at barna får maksimalt utbytte av de rettighetene barnekonvensjonen gir.⁵³

3.2 Barnets beste under EMK

3.2.1 Retten til privatliv og familieliv

EMK er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettighetsloven § 2 nr. 1. Reglene i EMK skal ved motstrid gå foran annen norsk lovgivning jf. menneskerettighetsloven § 3 jf. utlendingsloven § 3.

Hensynet til barnets beste fremgår ikke direkte av noen av EMKs artikler, men omfattes av art. 8 nr. 1 som oppstiller et generelt vern av den enkeltes rett til og respekt for "private and family life (...)". Barn faller inn under ordlyden "everyone" i art. 1 og er med dette vernet etter konvensjonen og sett på som selvstendige rettighetshavere.⁵⁴

EMK verner både positive og negative rettigheter. Det kan gjøres inngrep i rettighetene som følger av EMK dersom betingelsene for inngrep er tilstede. Det oppstilles tre kumulative krav for inngrep og disse fremkommer i denne sammenhengen av EMK art. 8 andre ledd.

For den videre gjennomgangen er det viktig å huske at det etter utlendingslovens § 38 opprinnelig ikke er tale om å gjøre inngrep overfor den enkelte. Paragraf 38 omfatter en skjønnsmessig tildeling av en gode fra staten (oppholdstillatelse). Det må derfor i § 38 tilfeller avgjøres om de lengeværende asylbarna i det hele tatt har et slikt "family life" eller "private life" som faller inn under det vernet som EMK art. 8 oppstiller. Dersom man kommer til at vedkommende har et "family life" eller "private life" som EMK art. 8 verner må det videre avgjøres om den handling staten gjør ved å nekte vedkommende opphold er å anse som et rettmessig inngrep. Et avslag om opphold etter § 38 vil med dette kunne representere et inngrep dersom det foreligger "family life" eller "private

⁵² General Comment No. 14 (2013), avsnitt 87.

⁵³ *Ibid.*, avsnitt 82.

⁵⁴ Øyvind Dybvik Øyen (Red.), s. 390.

life”. I Buttdommen⁵⁵ sto man overfor denne problemstillingen. EMD fant at det var en krenkelse av søskenparet Butts rettigheter etter EMK art. 8 å ikke innvilge opphold. Dommen vil undersøkes senere.

Som nevnt forvalter ikke EMK barnekonvensjonens krav,⁵⁶ men man kan lese inn hensynet til barnets beste som et moment i EMK art. 8 nr. 1. Det at EMD ikke er forpliktet til å vurdere barnekonvensjonen gjør at man ved å se til EMDs praksis ikke kan vite om barnekonvensjonen er oppfylt.⁵⁷ Der EMD likevel har vurdert forholdet til barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 har domstolen kommet frem til at det må være en særskilt interesseovervekt i favør av samfunnets behov for at man skal kunne gripe inn overfor barnet. Altså må de samfunnsmessige behovene være ekstraordinære, ikke barnas behov.⁵⁸ Dette utgangspunktet er det motsatte av det som oppstilles i norsk rett. I sine vedtak viser UDI og UNE ofte til at det vil være uheldig for barna at de ikke får tildelt opphold da dette anses å være til barnets beste, men likevel veier innvandringsregulerende hensyn tyngst.⁵⁹ Ved den norske forståelsen av barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 trenger man altså ikke sørge for den aller beste situasjonen for barna, man er bare forpliktet til å påse at barnet ikke påføres uvanlige belastninger ved inngrepet.⁶⁰

3.2.2 Inngrep i de vernede rettighetene etter EMK

Etter art. 8 andre ledd kan det gjøres inngrep overfor den enkelte dersom inngrepet er i tråd med lov, ivaretar et legitimt formål og er nødvendig i et demokratisk samfunn. Det oppstilles med dette tre kumulative krav til inngrep.

Det stilles for det første et legalitetskrav. For å gjøre inngrep overfor den enkelte må man ha hjemmel i nasjonal lov eller forskrift. Hensikten med lovskravet er å sikre forutberegnelighet for borgerne. I relasjon til artikkel 8 må inngrepet være ”in accordance with the law” jf. bestemmelsens andre ledd. EMD har i sin praksis akseptert

⁵⁵ Butt mot Norge (EMD-2009-47017).

⁵⁶ Øyvind Dybvik Øyen (Red.), s. 391.

⁵⁷ *Ibid.*, s. 391.

⁵⁸ *Ibid.*, s. 392.

⁵⁹ *Ibid.*, s. 391. Eks. Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 157 jf. avsnitt 163 og Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 47-48 jf. avsnitt 61.

⁶⁰ Øyvind Dybvik Øyen (Red.), s. 392.

både formell og uformell lovgivning som "law". I Norge stilles det imidlertid strengere krav til legalitetskravet da loven må være formell for å kunne aksepteres som grunnlag for inngrep. Dersom det ikke finnes lovregler som regulerer og hjemler inngrepet statueres krenkelse.⁶¹

For det andre må inngrepet være formålstjenelig. I art. 8 nr. 2 er det en uttømmende oppregning over visse legitime formål som må foreligge ved inngrep.⁶² Det er sjelden at formålet med inngrepet gir anledning til problemer i forhold til konvensjonen.

For det tredje må inngrepet være forholdsmessig, altså "necessary in a democratic society". Dette innebærer at behovet for inngrepet må godtgjøres på en overbevisende måte. Staten må ha en legitim begrunnelse for inngrepet, og videre må begrunnelsen være tilstrekkelig relevant. I mange tilfeller har staten et visst rom for skjønn jf. "margin of appreciation"⁶³ som EMD ikke kan overprøve.

3.2.3 Butt mot Norge

Buttsaken ble avsagt i EMD 4. desember 2012 og slo fast at det ville utgjøre en krenkelse av EMK art. 8 dersom Norge returnerte to søsken som hadde oppholdt seg ulovlig i Norge i 17 år til Pakistan. Saken omhandlet ikke hensynet til barnets beste, men har overføringsverdi til avhandlingens problemstilling da saken omhandlet oppholdstillatelse grunnet særlig tilknytning til riket som et resultat av lengeværende ulovlig opphold.

Søsknene var født i 1985 og 1986, og de ankom Norge i 1989 sammen med sin mor. De ble i februar 1992 innvilget opphold på humanitært grunnlag etter den tidligere utlendingsloven. Moren og barna returnerte imidlertid til Pakistan sommeren 1992 og kom ikke tilbake til Norge før årsskiftet 1995/1996. UDI, som ikke var kjent med dette, ga barna og moren bosettingstillatelse i august 1995. Da det ble oppdaget at bosettingstillatelsen var gitt på uriktig grunnlag ble den tilbakekalt i januar 1999. Alle tre fikk samtidig avslag på videre opphold i Norge. De to barna ble værende i Norge uten

⁶¹ Jon Fridrik Kjølbro, *Den europeiske menneskerettighetskonvention – for praktikere*, 3. Udgave, København 2010 s. 590.

⁶² *Ibid.*, s. 598.

⁶³ *Ibid.*, s. 599.

oppholdstillatelse etter dette. Moren forsvant i 2001, og barna bodde etter dette hos en tante og onkel i Oslo. Barna hadde ikke kontakt med moren før hun i 2004 ble innlagt på sykehus. I 2005 ble moren utsendt til Pakistan hvor hun i 2007 døde. EMD fant at søskenparet måtte antas å ha "close emotional links" til sin tante og onkel.⁶⁴ Da søskenparet hadde sine venner og sosiale nettverk i Norge og i tillegg hadde tatt den essensielle delen av utdanningen sin her, og var flytende i det norske språk var det klart at søskenparet hadde "strong personal and social attachment to Norway". EMD fant det ikke tvilsomt at begge hadde både "family life" og "private life" i Norge som falt inn under beskyttelsen av art. 8.⁶⁵ Det ville være et inngrep å utvise søskenparet i relasjon til art. 8.

EMD uttalte eksplisitt i dommen at EMK ikke gir en utlending krav eller garanti for å få opphold i et spesifikt land.⁶⁶ EMD har tidligere ført en praksis der en persons "private life" er vernet dersom man er å regne som "settled migrants".⁶⁷ Som nevnt hadde søskenparet Butt oppholdt seg ulovlig i Norge etter at bosettingstillatelsen ble trukket tilbake i 1999, av denne årsak kunne ikke søskenparet anses som "settled migrants".⁶⁸ Domstolen fant imidlertid at det forelå "exceptional circumstances" i dette tilfellet, og at det ville være en krenkelse av art. 8 å utvise søskenparet.⁶⁹

Avgjørende for sakens utfall var at søskenparet hadde sterke bånd til Norge og den utvidede familien som bodde i riket. Søsknene hadde over en lengre periode ikke vært klar over at deres opphold var ulovlig, og de var mindreårige på det tidspunkt de fikk vite dette. De hadde som mindreårige ikke mulighet til å skaffe seg tilstrekkelig reisedokumentasjon til å forlate Norge uten hjelp fra sin mor som var gått i dekning. Etter at søsknene ble myndige gjorde staten ingen tiltak for å sende søsknene ut. I tillegg til dette hadde Buttsøsknene oppholdt seg uvanlig lenge i Norge, og hadde ikke sterke bånd til Pakistan. Disse momentene trakk alle i retning av at det var brudd på EMK art. 8 å utvise søskenparet fra Norge.

⁶⁴ Butt mot Norge, avsnitt 76.

⁶⁵ *Ibid.*, avsnitt 76.

⁶⁶ *Ibid.*, avsnitt 77.

⁶⁷ "settled immigrants" viser til om man har oppholdt seg i riket lovlig.

⁶⁸ Butt mot Norge, avsnitt 78.

⁶⁹ *Ibid.*, avsnitt 90.

Dette er den første dommen fra EMD hvor det er lagt til grunn at personer som ikke er "settled migrants" har etablert "private life" i konvensjonens forstand.⁷⁰ På bakgrunn av Buttdommen ble det derfor i Rt. 2012 s. 2039 lagt til grunn at det skulle svært mye til for at en utsendelse krenker EMK art. 8.⁷¹ I etterkant av Buttdommen er det imidlertid tilkommet flere dommer hvor utsendelse av enkeltindivider anses å bryte med EMK art. 8.⁷² Den høye terskelen som Høyesterett viste til i Rt. 2012 s. 2039 må derfor nedjusteres noe. Dette berøres noe senere, i avhandlingens punkt 6.

4 I hvilken grad avgjør domstolene vedtak om opphold på humanitært grunnlag jf. § 38

4.1 Utgangspunktet

Det vil være av interesse å undersøke hvor langt domstolenes prøvingsadgang går for å kunne si noe om hvordan hensynet til barnets beste vektlegges av domstolene. Dette da domstolene vil ha materiellrettslig den samme kompetansen som forvaltningen til å overprøve der forvaltningens kompetanseregelen er strengt lovbundet.⁷³ Der loven bare oppstiller rammene for forvaltningens kompetanse, vil forvaltningen kunne treffe avgjørelser etter eget skjønn innenfor disse rammene. Det er dette som kalles forvaltningens frie skjønn.⁷⁴ Der kompetanseregelen legger opp til en vurdering etter forvaltningens frie skjønn vil domstolene ha begrenset adgang til å prøve alle sider av saken, og vil dermed ikke kunne erstatte den konkrete vurderingen som forvaltningen har foretatt.⁷⁵ Domstolen vil altså ikke kunne føre kontroll med forvaltningens vekting i selve forvaltningsvedtaket.

I Naturfredningsdommen⁷⁶ uttales at "det er i dag et alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover som gjør inngrep overfor den enkelte. Dette

⁷⁰ Rt. 2012 s. 2039, avsnitt 85.

⁷¹ Rt. 2012 s. 2039, avsnitt 84.

⁷² Marius Emberland, "Bordet fanger i EMD", *Lov og rett*, vol. 53, 3, 2014 s. 443-444.

⁷³ Frode Innjord, "Hva er "vakkert"? – Domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt ved vage og/eller skjønnspregede ord og uttrykk", *Jussens venner*, 1996 s. 161 – 194 s. 161.

⁷⁴ *Ibid.*, s. 162.

⁷⁵ *Ibid.*, s. 163.

⁷⁶ Rt. 1995 s. 1427, side 1433.

anses som en viktig del av rettssikkerheten. Selv om det er unntak fra denne hovedregelen, må de særskilt begrunnes.”

Som det fremgår av det øvre avsnittet er hovedregelen etter norsk rett at domstolene ved inngrep overfor den enkelte skal kunne prøve alle sider av saken, altså at det foreligger lovbundet rettsanvendelsesskjønn. Det er bare unntaksvis man står overfor forvaltningens frie skjønn, og disse tilfellene må særskilt begrunnes. For å avgjøre om man står overfor forvaltningens frie skjønn eller det lovbundne rettsanvendelsesskjønnet må man tolke kompetansebestemmelsen.⁷⁷

4.2 Utlendingsloven § 38 første ledd

Spørsmålet er i hvilken grad man står overfor rettsanvendelsesskjønn eller forvaltningens frie skjønn i utlendingslovens § 38.

Det er opp til forvaltningen selv å avgjøre om noen skal få oppholdstillatelse i Norge på humanitært grunnlag jf. ordlyden ”kan” i § 38(1). En slik ”kan”-fullmakt bestemmer *når* forvaltningen har kompetanse og *hva* forvaltningen har kompetanse til å avgjøre.⁷⁸ Forvaltningen kan dermed fritt velge om det skal tildeles opphold på humanitært grunnlag dersom ett eller to av de alternative grunnlagene er oppfylt. Søkeren har etter dette ikke et rettskrav på tillatelse til tross for om det skulle foreligge ”sterke menneskelige hensyn” eller ”særlig tilknytning til riket”.⁷⁹ Ordlyden ”kan” markerer at denne delen av avgjørelsen hører inn under det diskresjonære skjønn.⁸⁰ Forvaltningen kan altså skjønne fritt innenfor de rammene som bestemmelsen ellers oppstiller.

De rammer bestemmelsen oppstiller er de to skjønnsmessige vilkårene ”sterke menneskelige hensyn” og ”særlig tilknytning til riket”. Et neste spørsmål er i hvilken grad domstolene kan overprøve forvaltningens skjønnsutøvelse ved tolkningen av disse vilkårene.

⁷⁷ Frode Innjord, s. 162.

⁷⁸ *Ibid.*, s. 166. Uthevingen er Innjords.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 75 s. 420.

⁸⁰ Frode Innjord, s. 166.

Ordlyden av "sterke menneskelige hensyn" og "særlig tilknytning til riket" er svært vag og skjønnsmessig. Eckhoff skal ha uttalt at "jo vagere lovens kriterium er, og jo flere forskjellige hensyn som kan komme i betraktning, desto mer nærliggende er det å anse vurderingen for å høre under forvaltningens frie skjønn".⁸¹ Videre har Eckhoff presisert at domstolene i større grad er komfortabel med å overprøve spørsmål som er av juridisk og moralsk preg enn vurderinger som oppfordrer til tekniske, politiske og økonomiske vurderinger.⁸² Som nevnt innledningsvis i avhandlingen befinner man seg ved tildelingen av opphold på humanitært grunnlag i grensedragningen mellom politikk og juss. Vurderinger av utpreget politisk karakter bør i mange tilfeller anses å ligge under forvaltningens frie skjønn, da det for domstolen vil være uheldig å blande seg inn i en oppgave som er typisk for den utøvende makt. I det lange løp kan det gå utover domstolenes uavhengighet og objektivitet om de overprøver politiske spørsmål.⁸³ Ut av dette kan man lese at vurderinger som i stor grad vil kunne variere med skiftende samfunnsforhold og samfunnssyn bør overlates til forvaltningen.⁸⁴ Dette tilsier begrenset overprøving fra domstolenes side.

Utlendingsloven § 38 er en "kan"-fullmakt. Det betyr at der det foreligger "sterke menneskelige hensyn" eller "særlig tilknytning til riket" (betingelsessiden), kan forvaltning gi opphold på humanitært grunnlag (følgessiden). Det at forvaltningen kan velge å gi utlendingen opphold, men også kan velge å ikke gi utlendingen opphold medfører at det foreligger en delvis åpenhet på følgessiden. Innjord fremhever i sin artikkel at så langt avgjørelsesgrunnlaget etter kompetanseregelen står åpent er det opp til forvaltningen å bestemme om kompetansen skal brukes i det enkelte tilfellet. Det er altså opp til forvaltningen å foreta den konkrete avgjørelsen, og loven binder ikke forvaltningen til én bestemt løsning.⁸⁵

Loven har oppstilt retningslinjer for forvaltningens skjønnsutøvelse i form av et generelt angitt vurderingstema. Domstolene kan da kontrollere at forvaltningen har bygget på en riktig forståelse av lovens vurderingstema og holdt seg innenfor rammen av dette. Det er vanlig å si at domstolene da prøver den generelle tolkningen, men ikke subsumsjonen.

⁸¹ Frode Innjord, s. 183.

⁸² *Ibid.*, s. 183-184.

⁸³ *Ibid.*, s. 184.

⁸⁴ *Ibid.*, s. 184.

⁸⁵ *Ibid.*, s. 169.

Det at domstolene er tilbakeholdne med å overprøve subsumsjonen innebærer at domstolene ikke prøver den konkrete vurderingen som forvaltningen har foretatt. Dette da loven ikke avgjør hva som skal bli resultatet av vurderingen i den enkelte sak.⁸⁶ Den konkrete vurderingen overlates til forvaltningens skjønn, men forvaltningen er bundet til et bestemt vurderingstema.⁸⁷

Bestemmelsen gir forvaltningen fritt skjønn med tanke på om vedtak skal treffes og med tanke på subsumsjonen. Dette er lagt til grunn i omfattende rettspraksis.⁸⁸ Eksempelvis i Rt. 2008 s. 681⁸⁹ uttalte Høyesterett at domstolene ikke kan prøve hvorvidt utlendingen har en "særlig tilknytning til riket" eller om det foreligger "sterke menneskelige hensyn". Videre uttalte Høyesterett at domstolene ikke kan overprøve vedtak om opphold på humanitært grunnlag utover det som følger av reglene om myndighetsmisbruk.

Forvaltningens frie skjønn innebærer, som indikert ovenfor, at domstolene ikke har kompetanse til å prøve annet enn "forvaltningens generelle lovtolkning, om forvaltningen har bygget på riktig faktum, om det foreligger feil i saksbehandlingen, om det er tatt utenforliggende hensyn, om det foreligger myndighetsmisbruk, vilkårlighet eller en så høy grad av urimelighet at det må få betydning for vedtakets gyldighet".⁹⁰ Grensen for hva domstolen kan overprøve er trukket opp etter omfattende rettspraksis og kalles for myndighetsmisbrukslæren.

Utlendingslovens § 38 legger etter dette opp til en vurdering hvor forvaltningen står fritt til å tildele opphold på humanitært grunnlag etter en selvstendig vurdering hvor lovens rammer er innfridd. Domstolenes overprøvingsadgang av vedtak om opphold på humanitært grunnlag er etter dette begrenset.

⁸⁶ Frode Innjord, s. 171-172.

⁸⁷ *Ibid.*, s. 174.

⁸⁸ Eks. Rt. 2009 s. 851 avsnitt 43, Rt. 2009 s. 1374 avsnitt 35 og Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 142.

⁸⁹ avsnitt 46.

⁹⁰ Rt 1995 s. 1427, s.1435.

4.3 Domstolens overprøvingsadgang i relasjon til hensynet til barnets beste

4.3.1 Rt. 2012 s. 1985

4.3.1.1 Faktum

D og E⁹¹ giftet seg i Iran i 2002. De fikk året etter sønnen F. I desember 2004 ankom E Norge med sønnen F og søkte asyl. Ektemannen D kom til Norge i mai 2005 og søkte asyl. Utlendingsdirektoratet avsto søknaden fra E og F om opphold i vedtak av 21. juni 2005 da direktoratet ikke kunne finne å anse E som flyktning. Senere ble også Ds søknad avslått. Sønnen F hadde på dette tidspunktet fått påvist tuberkulose. Familien klaget på vedtakene og fikk utsatt utreisefristen til mars 2006 grunnet medisinsk behandling av F. Familien begjærte omgjøring av vedtaket og søkte om utsatt iverksettelse av utreisen. I juli 2006 ble omgjøringsbegjæringen delvis tatt til følge da det ble gitt midlertidig tillatelse til opphold i landet i ett år regnet fra vedtaksdato. I 2007 fødte E datteren G. Etter dette søkte familien om omgjøring av avslagene fire ganger, den siste gangen 30. april 2009. Familien hadde plikt til å forlate landet fra 11. oktober 2007. Høsten 2010 igangsatte UNE et praksisavklaringsprosjekt for saker med barn som hadde vært lenge i Norge, familiens sak var oppe til behandling. Fs vedtak ble ikke omgjort, og det er dette siste vedtaket av 29. november 2010 avsagt i forbindelse med praksisavklaringen til UNE som er gjenstand for Høyesteretts overprøving.⁹² Norsk Organisasjon for Asylsøkere (NOAS) opptrådte som partshjelp for den iranske familien.

4.3.1.2 Problemstilling

Høyesterett måtte ta stilling til to sentrale spørsmål. For det første ble det stilt spørsmål om domstolene ved prøvingstidspunktet skulle ta stilling til sakens faktiske forhold på vedtakstidspunktet eller på domstidspunktet. For det andre skulle retten behandle spørsmål knyttet til forståelsen av det særlige vernet for barn i utlendingsloven § 38 tredje ledd, herunder domstolens kompetanse ved prøving.⁹³

⁹¹ Personene er i denne avhandlingen referert til bokstavis, slik det er blitt gjort i Høyesterettsdommene. Dette gjelder for alle de tre dommene som blir gjennomgått.

⁹² Rt. 2012 s. 1985, avsnitt 1 til 11.

⁹³ *Ibid.*, avsnitt 1.

4.3.1.3 Resultat

Flertallet i Høyesterett representert ved førstvoterende kom i det første spørsmålet frem til at det er faktum som foreligger på vedtakstidspunktet som skal legges til grunn ved prøvingen av forvaltningsvedtak. I spørsmål nummer to, som er interessant for vår del, kom Høyesterett til at UNEs vedtak viste at hensynet til barnets beste var forsvarlig vurdert og at det ikke forelå feil ved vedtaket som medførte ugyldighet. Domstolenes overprøvelsesadgang ved hensynet til barnets beste ble også klargjort.

4.3.1.4 Begrunnelse for resultat

4.3.1.4.1 Om vektleggingen av hensynet til barnets beste

Da det er spørsmål nummer to som er av interesse for denne avhandlingen, ses det bare til begrunnelsen for dette resultatet.

Førstvoterende uttalte at man sto overfor en vanskelig avveining av utpreget politisk karakter mellom hensynet til barnets beste og de innvandringsregulerende hensynene jf. utlendingsloven § 38 tredje og fjerde ledd.⁹⁴ Høyesterett gikk igjennom en rekke forarbeidsuttalelser for å klargjøre hva som lå i begrepet hensynet til barnets beste.⁹⁵ Her ble det særlig vist til at vurderingen av hensynet til barnets beste må være skjønnsmessig, og at barna selv er uskyldige for den aktuelle livssituasjonen de befinner seg i. Videre ble de allmennpreventive hensyn trukket frem, og fokus ble lagt på at man ikke kan se hensynet til barnets beste isolert i forhold til det enkelte barn. Innholdet av de innvandringsregulerende hensynene ble også forsøkt klargjort ved å se hen til uttalelser i forarbeidene.⁹⁶ Her trakk man frem likhetsprinsippet som et moment, og særlig hvorvidt utlendingen har samarbeidet om retur eller ikke. I avsnitt 123 til 139 gikk førstvoterende igjennom ytterligere momenter i vurderingen og vektet hensynene mot hverandre. Høyesterett uttalte at det skal føres en restriktiv politikk overfor de som ikke samarbeider om retur, videre ble det trukket en parallell til barna som rammes av dette.⁹⁷ Høyesterett uttalte så at barn ikke kan bedømmes isolert sett fra foreldrenes ulovlige opphold.⁹⁸ Førstvoterende uttalte seg deretter om vekten av hensynet til

⁹⁴ Rt. 2012 s. 1985, avsnitt 110.

⁹⁵ *Ibid.*, avsnitt 111 til 115.

⁹⁶ *Ibid.*, avsnitt 116 til 122.

⁹⁷ *Ibid.*, avsnitt 129 til 131.

⁹⁸ *Ibid.*, avsnitt 133.

barnets beste i avsnitt 134. "(H)ensynet til barnets beste skal veie tungt. Det skal legges vekt på tilknytning som er opparbeidet også mens barnet har hatt ulovlig opphold i landet. Hensynet til barnets beste kan imidlertid avveies mot eventuelle motstridende interesser. Innvandringsregulerende hensyn kan være så tungtveiende at de må gå foran hensynet til barnets beste. (...) (J)o 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."

4.3.1.4.2 Domstolenes overprøvelsesadgang

Høyesterett gikk så over til å uttale seg om adgang til overprøving i saker om opphold på humanitært grunnlag som angår lengeværende barn jf. utlendingsloven § 38 tredje ledd.⁹⁹ I avsnitt 146 sa Høyesterett at forvaltningens frie skjønn ikke er like fritt ved vedtak som berører barn som det ellers ville vært etter § 38.¹⁰⁰ Dette da hensynet til barnets beste skal være et *grunnleggende hensyn* og barnets tilknytning til riket skal tillegges *særlig vekt*¹⁰¹ (min uthevning). Høyesterett stilte deretter spørsmål om hensynet til barnets beste forankring i barnekonvensjonen tilsa utvidet prøvingskompetanse. Deretter viste flertallet til avsnitt 77 i Rt. 2009 s. 1261 hvor det ble konkludert med at "(d)omstolenes oppgave blir (...) å kontrollere forvaltningens generelle forståelse av begrepet "barnets beste" på det aktuelle saksområdet, og at hensynet er forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn. Den konkrete vurderingen av barnets beste, og den konkrete interesseavveiningen, hører derimot under forvaltningens frie skjønn." Deretter ble anførselen fra partshjelperen om at vedtakets forholdsmessighet kan prøves avfeid, og Høyesterett uttalte at domstolene ikke har noen adgang til å prøve skjønnet ut over det som kan utledes av ordlyden. Avslutningsvis ble resonneringen oppsummert i avsnitt 149: "dette (betyr) 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, (det) innebærer at det må fremgå av

⁹⁹ Rt. 2012 s. 1985, avsnitt 145 til 149.

¹⁰⁰ For mer om det frie skjønnet i § 38 første ledd, se punkt 4.2 i avhandlingen.

¹⁰¹ Følger av utlendingsloven § 38 tredje ledd og utlendingsforskriften § 8-5.

vedtaket at hensynet til barnets beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn. Domstolene kan ikke prøve den konkrete interesseavveiningen”.¹⁰²

4.3.1.4.3 Overført til selve vedtaket

Høyesterett viste til at UNE hadde tatt utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd og gjort rede for at hensynet til barnets beste var et sentralt hensyn, men at andre hensyn kunne gjøres gjeldende med tyngre vekt.¹⁰³ UNE sa i vedtaket at F opprinnelig hadde en slik tilknytning til landet at det vil være til hans beste å få bli i riket.¹⁰⁴ Deretter ble det vist til de innvandringsregulerende hensynene. Her ble det spesielt lagt vekt på at foreldrene ikke hadde samarbeidet om retur etter at den tidsbegrensede oppholdstillatelsen løp ut.¹⁰⁵ UNE kom deretter til at de innvandringsregulerende hensynene veide så tungt at de måtte gå foran hensynet til barnets beste.¹⁰⁶ Førstvoterende fant begrunnelsen fra UNE tilfredsstillende og at det ikke forelå feil ved vedtaket som gjorde det ugyldig.

4.3.2 Rt. 2012 s. 2039

4.3.2.1 Faktum

Samboerparet B og A kom til Norge i slutten av februar 2003, og søkte asyl. De fikk i september 2003 datteren C. Begge fikk avslag i separate vedtak november 2003, begrunnelsen for avslaget var at de ikke oppfylte flyktningvilkårene og UDI mente at det heller ikke forelå forhold som kunne begrunne opphold på humanitært grunnlag. Utreisefristen ble satt til 2. desember 2003. Vedtaket ble påklaget, ingen endringer ble foretatt i nytt vedtak av 1. februar 2005. Familien etterkom ikke plikten om utreise etter påminnelse, men søkte gjentatte ganger om omgjøring av vedtaket. I 2007 ble begjæringen om omgjøring behandlet på nytt etter nye instruksjer om vektlegging av barnets tilknytning til riket for de barn som hadde oppholdt seg i Norge i mer enn tre år. UNE av slo i september 2007 å ta begjæringen om omgjøringen til følge og familien ble påminnet sin utreiseplikt. Familien ble værende og søkte i februar 2010 på nytt om omgjøring av avslaget fra februar 2005. Begjæringen ble avslått i vedtak av 15. mai 2010. I november 2010 reiste familien søksmål om gyldigheten av mai 2010-vedtaket.

¹⁰² Rt. 2012 s. 1985, avsnitt 149.

¹⁰³ *Ibid.*, avsnitt 154.

¹⁰⁴ *Ibid.*, avsnitt 157.

¹⁰⁵ *Ibid.*, avsnitt 161.

¹⁰⁶ *Ibid.*, avsnitt 163.

Omgjøringsbegjæringen ble behandlet på nytt. UNE besluttet 15. desember 2010 at begjæringen ikke ble tatt til følge, og satte ny utreisedato til midten av januar 2011. Da familien tok saken inn for tingretten la de ned påstand om at beslutningene av 15. mai og 15. desember 2010 skulle kjennes ugyldig. Paret fikk i februar 2012 enda et barn. Den 26. mars 2012 ble familien uttransportert av politiets utlendingsenhet. For Høyesterett ble det gjort gjeldende at vedtaket av 15. desember 2010 var ugyldig.¹⁰⁷ Det eldste barnet hadde på vedtakstidspunktet bodd i Norge i mer enn syv år.

4.3.2.2 Problemstilling

Saken ble behandlet i samtidig med Rt. 2012 s. 1985, og mange av de samme problemstillingene ble berørt. Høyesteretts ankeutvalg tillot fremmet anke om rettsanvendelsen ved anvendelsen av utlendingsloven § 38 jf. barnekonvensjonen art. 3. NOAS fikk tillatelse til å opptre som partshjelper, og det ble fremmet ytterligere to krav. Det ble lagt ned krav om fastsettelsesdom for at utsendelsen av C var i strid med EMK art. 8 og FNs barnekonvensjon art. 3.¹⁰⁸

4.3.2.3 Resultat

Flertallet representert ved førstvoterende kom til at anken og kravene om fastsettelsesdom ikke førte frem. Førstvoterende mente UNE hadde lagt en riktig forståelse av utlendingsloven § 38 til grunn for sin vurdering¹⁰⁹ og at den vurdering som var foretatt tilfredstilte kravene til forsvarlighet.¹¹⁰ I den andre problemstillingen kom flertallet frem til at utsendelsen av C ikke krenket EMK art. 8. Flertallet kom i det siste spørsmålet frem til at utsendelsen av C ikke var i strid med barnekonvensjonen art. 3.

4.3.2.4 Begrunnelse for resultat

For spørsmålet om rettsanvendelsen ved anvendelsen av utlendingslovens § 38 jf. barnekonvensjonen art. 3 viste førstvoterende til at innholdet av bestemmelsene skulle forstås på samme måte som i Rt. 2012 s. 1985. I relasjon til domstolenes

¹⁰⁷ Rt. 2012 s. 2039, sammendrag av avsnitt 2 til 17.

¹⁰⁸ *Ibid.*, avsnitt 17 til 20.

¹⁰⁹ *Ibid.*, avsnitt 53.

¹¹⁰ *Ibid.*, avsnitt 55.

overprøvelsesadgang ble det vist til avsnitt 75 til 77 i Rt. 2009 s. 1261.¹¹¹ For mer, se til punkt. 4.3.1.4.1 og 4.3.1.4.2.

Ved vurderingen av vedtakets gyldighet fant førstvoterende at det "i vedtaket er (...) uttrykkelig 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."¹¹² Førstvoterende konkluderte med at vedtaket tilfredsstilte disse kravene,¹¹³ dette til tross for at det ble gjort klart at vedtaket led av visse svakheter.¹¹⁴ Videre uttalte førstvoterende i avsnitt 56 at "avveiningen av de kryssende hensyn kan domstolen ikke prøve". Dette ble uttalt for å konstatere at domstolen ikke kunne overprøve vedtaket i større grad enn de allerede hadde gjort. Etter å ha redegjort for noen av de innvandringsregulerende hensynene, som at familien ikke hadde samarbeidet om utreise ved å skaffe til veie nødvendige reisedokumenter, konkluderte førstvoterende med at vedtaket av 15. desember 2010 var gyldig.¹¹⁵

I spørsmålet om utsendelsen av C var i strid med EMK art. 8. fant flertallet først at det ikke forelå noen krenkelse av "family life" i art. 8 forstand. Spørsmålet ble dermed om utsendelsen av C krenket retten til "private life". Det ble vist til to dommer fra EMD, disse viste at terskelen for å få innvilget opphold var svært høy dersom det forelå "private life", men man ikke var å anse som "settled migrants". C hadde oppholdt seg kort tid i Norge sammenlignet med søsknene i Buttdommen,¹¹⁶ videre påpekes at tiden i Norge gjaldt en periode der C's følelsesmessige og sosiale bånd primært var knyttet til foreldrene, ikke omverdenen. Foreldrene hadde hele tiden vært klar over sin utreiseplikt. Høyesterett oppstilte så spørsmål om C i forhold til EMK art. 8 kunne belastes sine foreldres kunnskap og mislighold. Førstvoterende viste til et utdrag fra

¹¹¹ Rt. 2012 s. 2039, avsnitt 40 til 41.

¹¹² *Ibid.*, avsnitt 53.

¹¹³ *Ibid.*, avsnitt 54.

¹¹⁴ *Ibid.*, avsnitt 52.

¹¹⁵ *Ibid.*, avsnitt 64.

¹¹⁶ *Ibid.*, avsnitt 80 og punkt 3.2.3 Butt mot Norge i avhandlingen.

Buttdommen¹¹⁷ hvor EMD identifiserte barn og foreldre. Deretter ble det konkludert med at utsendelsen av C ikke var i strid med EMK art. 8.

Det siste spørsmålet i saken gikk på om det kunne gis fastsettelsesdom for om utsendelsen av C krenket barnekonvensjonen art. 3. Førstvoterende fant at Norges internasjonale forpliktelser ikke utledet plikt til fastsettelsesdom. Han så deretter hen til om tvisteloven ga krav på fastsettelsesdom. Det ble vist til en rekke forarbeider, noe praksis og teori uten at førstvoterende fant støtte for at det kunne avsies fastsettelsesdom.

4.3.3 Rt. 2013 s. 449

4.3.3.1 Faktum

En pakistansk kvinne (A) flyttet til Norge i 1986 etter å ha fått innvilget familiegjenforening med sin ektemann F. Ekteparet fikk tre barn i tidsrommet fra 1987 til 1991. A og de tre barna fikk innvilget bosettingstillatelse. I februar 1997 returnerte A og de tre barna til Pakistan for å ta vare på As svigermor og slik at barna skulle få gå på skole der. A fødte i september 1997 enda et barn. I desember 2003 døde F i Norge, A og de fire barna fikk innvilget 90 dagers besøksvisum og reiste til Norge. De tidligere bosettingstillatelsene hadde på dette tidspunktet falt bort. Familien søkte om oppholdstillatelse i januar 2004. Søknadene ble avslått i april samme år og det ble satt frist for utreise. Avslaget ble påklaget til UNE som i november 2004 ikke tok klagen til følge. En senere anmodning om omgjøring ble ikke etterkommet. A og barna ble værende i landet til tross for pålegg om å forlate landet. UDI besluttet i juni 2008 å utvise A ettersom hun ikke reiste frivillig. A tok ut stevning for Oslo tingrett, saken ble stanset i påvente av ny behandling av UDI og UNE. Grunnet nye opplysninger ble det i oktober 2008 utsatt iverksetting av utvisningsvedtaket. Moren og hvert av de fire barna fremmet nye selvstendige søknader om oppholdstillatelse. UDI realitetsbehandlet søknadene i august 2009, og de fikk alle avslag. UNE traff den 14. juni 2010 under dissens vedtak der A ble besluttet utvist. UNE traff samme dag under samme dissens vedtak hvor alle de fire barnas søknader om opphold ble avslått med endelig virkning. Moren og de fire barna ble igjen påminnet plikten til å forlate landet frivillig,

¹¹⁷ Rt. 2012 s. 2039, avsnitt 86.

utreisefristen ble satt til 14. juli 2010. Familien hadde til tross for dette blitt i Norge. Etter endelig behandling hos UNE ble saken gjenopptatt hos tingretten.¹¹⁸ På vedtakstidspunktet var barna 13, 19, 21 og 23 år gamle og de hadde oppholdt seg ca seks og et halvt år i Norge, hvorav fire av disse var ulovlig.¹¹⁹

4.3.3.2 Problemstilling

Anken for Høyesterett gjaldt selve rettsanvendelsen. Det var to spørsmål i saken. Det første gjaldt gyldigheten av UNEs avslag på søknad om oppholdstillatelse for A og de fire barna. For det andre ble det reist spørsmål om gyldigheten av vedtaket om å utvise moren.¹²⁰ For det første spørsmålet måtte det avgjøres om hensynet til barnets beste var vurdert som et grunnleggende hensyn i relasjon til datteren E som var 13 år på vedtakstidspunktet. Det er dette som er interessant for avhandlingens del.

4.3.3.3 Resultat

Flertallet representert ved førstvoterende fant at hensynet til barnets beste var tillagt tilstrekkelig vekt som grunnleggende hensyn ved vurderingen av Es oppholdstillatelse. I spørsmålet om vedtakene var å anse som grovt urimelig fant førstvoterende at dette ikke var tilfellet, vedtakene var med dette gyldige. Utvisningen av A ble heller ikke funnet å være grovt urimelig.

4.3.3.4 Begrunnelse for resultat

Innledningsvis viste førstvoterende til uttalelsen i Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 134 om hvordan hensynet til barnets beste skal avveies mot andre interesser.¹²¹ Om domstolens adgang til å prøve saker etter utlendingslovens § 38(1) ble det vist til at Høyesterett tidligere har tolket bestemmelsen til å falle inn under forvaltningens frie skjønn. Domstolens adgang til å overprøve vedtak om opphold på humanitært grunnlag som angår barn faller inn under samme kategori, og det ble vist til avsnitt 77 i Rt. 2009 s.

¹¹⁸ Rt. 2013 s. 449, avsnitt 2 til 15.

¹¹⁹ *Ibid.*, avsnitt 55.

¹²⁰ *Ibid.*, avsnitt 1 og 15.

¹²¹ *Ibid.*, avsnitt 45.

1261 og avsnitt 149 i Rt. 2012 s. 1985¹²² som støtte for dette. Prøvelsesadgangen ble med dette funnet å være begrenset.

I spørsmålet om barnets beste var forsvarlig vurdert og avveid som et grunnleggende hensyn mot innvandringsregulerende hensyn ga førstvoterende uttrykk for at nemnda hadde en riktig oppfatning av hvordan hensynet til "barnets beste" skulle forstås og avveies mot andre hensyn.¹²³ Flertallet viste videre at UNE hadde kommet frem til at E hadde en slik tilknytning til riket at tillatelse om opphold kunne gis. Ved vurdering av motstående hensyn kom UNE til at innvandringsregulerende hensyn stilte sterkere enn hensynet til barnets beste og at E ikke kunne innvilges opphold på humanitært grunnlag. Bakgrunnen for dette var bla. at familien ble utvist som helhet. Hadde man tillatt E opphold, ville hele resten av familien også måtte få bli. Det var også avgjørende at hvis man innvilget E opphold ville dette kunne medføre at man sendte signaler til foreldre i lignende saker om at det var greit å ikke etterfølge utreiseplikten. E ble her identifisert med sin mor som ikke frivillig hadde tatt med seg barna og forlatt Norge. UNE var redd for at innvilgelse av opphold for E skulle sende uheldige signaler og virke motiverende for andre asylsøkere i samme situasjon. Førstvoterende konkluderte med at det ikke var tvilsomt at hensynet til Es beste var blitt tillagt vekt som et grunnleggende hensyn, og at hensynet var tilstrekkelig avveid mot motstående hensyn. Deretter nevnte førstvoterende at "den konkrete vurderingen av hva som er til barnets beste, og den konkrete interesseavveiningen i forhold til motstående hensyn, kan domstolene som nevnt ikke prøve".¹²⁴

Spørsmålet om vedtakene var å anse som grovt urimelige er også av noe interesse, dette da de myndige barna hadde tilbrakt mange av sine barndoms- og ungdomsår i Norge. Førstvoterende uttalte at anførselen rettet seg mot manglende bredde i skjønn nemnda hadde utvist, og mot resultatet på bakgrunn av den historiske tilknytningen familien hadde til Norge. Disse anførselene falt inn under myndighetsmisbrukslæren og kunne derfor prøves fullt ut.¹²⁵

¹²² Rt. 2013 s. 449, avsnitt 52.

¹²³ *Ibid.*, avsnitt 61.

¹²⁴ *Ibid.*, avsnitt 66.

¹²⁵ *Ibid.*, avsnitt 70.

Førstvoterende viste til den vurdering som var gjort, og at UNE ut i fra ordlyden av vedtaket måtte ha vært klar over den tilknytning A og de tre myndige barna hadde hatt til Norge da de hadde bodd her i første omgang. Det ble også trukket frem at selv om de tre myndige barna til A hadde tilbrakt mange av sine barndoms- og ungdomsår i Norge, ville ikke hensynet til barnets beste kunne slå igjennom overfor dem ettersom de eldste barna på vedtakstidspunktet var over 18 år. Høyesterett uttalte at hensynet til barnets beste først og fremst verner barn fordi de er barn, og ikke de interesser man eventuelt har opparbeidet seg som barn.¹²⁶

Ved den konkrete interesseavveiningen uttalte Høyesterett at domstolene er tilbakeholdne med å overprøve rimeligheten av forvaltningsskjønnet, og at dette har sitt grunnlag i selve skillet mellom forvaltning og rettspleie.¹²⁷ Høyesterett finner deretter at UNEs avveining av de ulike momentene ikke kan settes til side av domstolene som grovt urimelig.

4.3.4 Oppsummert om domstolenes overprøvingsadgang i relasjon til barnet beste

Det som er felles for de tre dommene som er undersøkt ovenfor er at de legger de samme rammene til grunn for vektleggingen av hensynet til barnets beste og hvor langt domstolenes prøvingsadgang går.

Høyesterett oppstiller i Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 134 utgangspunktet for hvor mye vekt hensynet til barnets beste skal tillegges per dags dato. Høyesterett uttaler at hensynet til barnets beste skal veie tungt, men at motstridene hensyn kan måtte gå foran. Dette avsnittet benyttes i de senere dommer for å gi uttrykk for det samme syn.

Når det kommer til domstolenes prøvingskompetanse vises det til flertallets uttalelser i Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 77. Her uttales at "(d)omstolenes oppgave blir (...) å kontrollere forvaltningens generelle forståelse av begrepet "barnets beste" på det aktuelle saksområdet, og at hensynet er forsvarlig vurdert og avvleid mot eventuelle motstående hensyn. Den konkrete vurderingen av barnets beste, og den konkrete

¹²⁶ Rt. 2013 s. 449, avsnitt 77.

¹²⁷ *Ibid.*, avsnitt 80.

interesseavveiningen, hører derimot under forvaltningens frie skjønn.” Dette syn gjentas i andre ordlag i Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 149.

Det ble i både Rt. 2009 s. 1261 og Rt. 2012 s. 1985 diskutert om forvaltningens frie skjønn ved vedtak om opphold på humanitært grunnlag burde være mindre fritt ved vedtak som berører barn. Dette da hensynet til barnets beste skal være et *grunnleggende hensyn* og barnets tilknytning til riket skal tillegges *særlig vekt*. Dette tilsier at domstolene i større grad skulle kunne overprøve bruken av hensynet til barnets beste. Høyesterett kom imidlertid frem til at domstolene ikke hadde noen ekstraordinær mulighet til å overprøve om hensynet til barnets beste var vurdert tilstrekkelig utover det som følger av den lovfestede myndighetsmisbrukslæren. Med andre ord har domstolene valgt å forstå hensynet til barnets beste som et skjønnsmessig vilkår som ikke kan overprøves.

Svaret på avhandlingens overordnede problemstilling blir med dette at Høyesterett ved vektleggingen av hensynet til barnets beste i saker om opphold på humanitært grunnlag per i dag kun ser på ordlydstolkningen av barnets beste, om hensynet er brukt, om det er konkludert ut i fra hensynet, deretter at hensynet er sett opp i mot de andre hensynene som gjør seg gjeldende og at forvaltningen har begrunnet det resultat de er kommet til. Domstolene går ikke inn i den konkrete interesseavveiningen som forvaltningen har foretatt.

4.4 Kritikk

4.4.1 Identifikasjon mellom barn og foreldre

Det første som umiddelbart vekker oppsikt for mitt vedkommende er at i samtlige av de tre dommene identifiseres foreldre og barn. Og barna får ikke innvilget opphold fordi foreldrene har brutt utlendingsloven. Altså må hensynet til barnets beste vike grunnet innvandringsregulerende hensyn.

Høyesterett uttalte i Rt. 2012 s. 1985 at barnet ikke skal ”straffes” for den situasjonen foreldrene har brakt det i.¹²⁸ Dette syn støttes i avsnitt 124 hvor det ble uttalt at

¹²⁸ Rt. 2012 s. 1985, avsnitt 113.

”hensynet til barnet skulle i utgangspunktet tillegges særlig vekt uavhengig av hvordan foreldrene hadde opptrådt i oppholdsperioden.” Så ble ”(d)et (...) likevel presisert at foreldrenes manglende samarbeid kunne tale mot at oppholdstillatelse ble gitt”. Den ankende part og partshjelperen anførte at å identifisere barn med foreldrene er det samme som å ”straffe” barna for noe foreldrene har gjort.¹²⁹ Høyesterett svarte at ”barna ikke kan bedømmes isolert fra foreldrenes ulovlige opphold” da barna lett vil kunne bli brukt som middel fra foreldrenes side. Høyesterett viste videre til at EMD har akseptert identifikasjon mellom barn og foreldre og at dette derfor ikke kan være problematisk.¹³⁰

Jeg stiller meg kritisk til at Høyesterett aksepterer å identifisere barn og foreldre i et stort antall tilfeller. Spesielt kritisk er jeg da Høyesterett velger å akseptere identifikasjonen med den begrunnelse at EMD har tillatt denne identifikasjonen. Som nevnt under punkt 3.2.1 i avhandlingen er ikke EMD et organ som først og fremst ivaretar barnekonvensjonens rettigheter. Barn er i dag anerkjent som subjekter med selvstendige rettigheter,¹³¹ dette kommer også tydelig frem i General Comment 14 fra 2013.¹³² Det at barn er akseptert til å ha egne rettigheter taler sterkt mot at barn skal identifiseres med sine foreldre. Barnas søknader om opphold på humanitært grunnlag bør ideelt sett vurderes selvstendig.

Barns rettigheter ivaretas av FNs barnekonvensjon som Stortinget har gitt forrang foran annen norsk lovgivning ved inkorporeringen i menneskerettighetsloven.¹³³ Ved spørsmål om opphold på humanitært grunnlag har Stortinget vedtatt lovverk som skal ivareta barnet som et eget rettssubjekt jf. utlendingsloven § 38 tredje ledd og utlendingsforskriften § 8-5. Barn er en sårbar gruppe mennesker, derfor har de fått egne regler for å ivareta deres spesielle interesser. Det strider da mot lovgivernes intensjon og den alminnelige rettsoppfatning¹³⁴ at foreldrenes handlinger skal være styrende for om et barn innvilges opphold eller ikke i nesten alle tilfeller. Det er etter mitt syn viktig

¹²⁹ Rt. 2012 s. 1985., avsnitt 133.

¹³⁰ *Ibid.*, avsnitt 133 og Butt mot Norge, avsnitt 79.

¹³¹ Terje Einarsen, s. 288.

¹³² General Comment No. 14 (2013), avsnitt 16b.

¹³³ Menneskerettighetsloven § 3 jf. § 2 nr. 4.

¹³⁴ Jon Kåre Skiple, ”...som speiler det samfunnet vi har”. Høyesterett, asylbarn og den alminnelige rettsoppfatning, *Lov og rett*, vol 52, 9, 2013 s. 609-629 s. 626.

at Norge søker å oppnå en akseptabel balanse for hvor langt identifikasjonen mellom barn og foreldre kan forekomme.

Den rettstilstand som foreligger, hvor man går langt i å identifisere barn og foreldre, kan hevdes å bryte de internasjonale forpliktelsene som følger av barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. Dette da hensynet til barnets beste ikke får den virkning hensynet er tiltenkt. Rettssituasjonen ville kanskje vært en annen dersom Norge hadde ratifisert den tredje tilleggsprotokollen til barnekonvensjonen og godkjent klageorganet som er opprettet for barnekonvensjonen.¹³⁵ Siden Norge ikke har ratifisert tilleggsprotokollen vil ikke spørsmål vedrørende grensen for identifikasjon kunne prøves på et høyere nivå enn av Høyesterett, som selv strekker seg langt i å identifisere barn og foreldre.

4.4.2 Domstolenes overprøvelseskompetanse

For det andre er Høyesterett nokså beskjedne når de kommer til prøvingen av hensynet til barnets beste. Det vises i de ulike dommene til avsnitt 77 i Rt. 2009 s. 1261. De uttalelser som Høyesterett kommer med i 2009-dommen kan synes selvmotsigende. Den siste setningen i avsnittet er viktig for rekkevidden av domstolskontrollen. Her blir det sagt at "(d)en konkrete vurderingen av barnets beste, og den konkrete interesseavveiningen, hører derimot under forvaltningens frie skjønn." Høyesterett sier altså at den konkrete vurderingen av barnets beste og den konkrete interesseavveiningen ikke kan overprøves. I setningen som kommer før denne uttaler Høyesterett at man kan kontrollere den generelle forståelsen av "barnets beste" på det aktuelle saksområdet og at hensynet er forsvarlig vurdert og avveid. Et spenningsforhold synes å foreligge da en kontroll med at hensynet til barnets beste er "forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn" i en bestemt sak også synes å måtte innebære at domstolene i en viss utstrekning må etterprøve den konkrete interesseavveiningen for å kunne sikre at avveiningen har vært forsvarlig.¹³⁶ Det kan

¹³⁵ 19. Desember 2011 godtok FNs generalforsamling en tredje frivillig protokoll som tillot individklagerett for barn for visse overtredelser av barnekonvensjonen og de to tidligere frivillige protokollene. De landene som tidligere har ratifisert barnekonvensjonen har siden februar 2012 hatt mulighet også til å ratifisere den tredje tilleggsprotokollen.

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIntro.aspx> (besøkt: november 2014).

¹³⁶ Rettsdate, kommentarer til utlendingsloven § 38, note 117

http://abo.rechtsdata.no/browse.aspx?bid=direct&s_terms=utlendingsloven&sDest=gL20080515z2D35K5#gN20080515z2D35z2E117 (besøkt: september 2014).

synes at vurderingen av om barnets beste er forvarlig vurdert og avveid mot motstående hensyn krever en materiell overprøvningsadgang utover det Høyesterett tillater.

Dette spenningsforholdet kommer også til syne i Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 149. Man kan stille seg spørsmål om hvordan Høyesterett skal kunne si noe om hvordan hensynet til barnets beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn uten å prøve den interesseavveiningen forvaltningen tidligere har foretatt. Svaret er at om Høyesterett skal kunne føre en tilstrekkelig kontroll med om barnets beste er vurdert som et grunnleggende hensyn må de se hen til sakens faktum, som er subsumsjonen.

4.4.2.1 Årsaken til at man ikke vil overprøve vektingen av barnets beste

Årsaken til Høyesteretts uvillighet til å ta stilling til og gå inn å vekte hensynet til barnets beste mot andre hensyn kan forankres i maktfordelingsprinsippet. I Norge er makten fordelt på tre uavhengige statsorganer, Stortinget, Kongen (nå Kongen i statsråd, som regel Regjeringen) og domstolene. Det er Stortinget som er det folkevalgte lovgivende, bevilgende og kontrollerende organ. Regjeringen med de ulike departementene er den utøvende makt. Regjeringen har det politiske initiativet og ansvaret for å iverksette Stortingets vedtak igjennom forvaltningen. Domstolsapparatet er den dømmende makt, som dømmer på bakgrunn av lovene Stortinget har laget.¹³⁷ Utlendingsretten er som nevnt et område hvor grensen mellom juss og politikk utfordres, noe som gjør de overnevnte spørsmål utfordrende.

Høyesterett har sagt at "sterke menneskelige hensyn", "særlig tilknytning til riket" og "barnets beste" faller inn under forvaltningens frie skjønn. Dette innebærer at domstolene ikke kan overprøve disse skjønnsmessige og ikke minst politisk ladete vurderingene. Dersom Høyesterett faktisk hadde overprøvd forvaltningens avgjørelser ville dette innebære en maktforskyvning hvor man flyttet politikken på utlendingsrettens område fra den utøvende makthaver og inn i domstolsapparatet. Slik systemet i Norge er bygd opp kan det stilles spørsmål ved om det er riktig at 19 dommere i Høyesterett skal legge føringen på utøvelsen av dagens utlendingspolitikk

¹³⁷ Informasjonen er hentet fra <https://www.stortinget.no/no/Stortinget-og-demokratiet/Storting-og-regjering/Fordeling-av-makt/> (besøkt: oktober 2014).

alene. Dette er årsaken til at Høyesterett ønsker å være tilbakeholdne i overprøvelsen av spørsmål av en slik politisk karakter.

På den annen side har Stortinget som nevnt implementert barnekonvensjonen gjennom menneskerettighetsloven, med forrang foran annen norsk rett. Dette innebærer at Høyesterett burde kunne prøve alle sider av saken hvor hensynet til barnets beste problematiseres. Dette da Høyesterett har plikt til å sikre at Norge ivaretar de folkerettslige forpliktelser de har påtatt seg. En slik plikt til å føre kontroll med de folkerettslige forpliktelsene vil ikke Høyesterett kunne føre fullt ut dersom man ikke prøver alle sider av vedtaket der barnets beste som et grunnleggende hensyn gjør seg gjeldende. Med andre ord vil en etterlevelse av Norges folkerettslige forpliktelser ikke kunne skyves ut av domstolen.

5 Vurdering av rettstilstanden de lege lata

Spørsmålet videre er om det standpunkt Høyesterett legger til grunn er riktig de lege lata i lys av barnekonvensjonen.

Etter barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 skal barnets beste være et grunnleggende hensyn i alle saker som berører barn. Den norske forvaltningen har en betydelig skjønnsmargin i avveiningen av motstående hensyn og interesser innenfor rammene av utlendingslovens § 38. Til tross for dette bør det ikke være tale om fritt skjønn i den konkrete vurderingen av barnets beste.¹³⁸ Som insinuert tidligere kan det hevdes at dagens rettsstilling er kommet på direkte kollisjonskurs med barnekonvensjonen art. 3 nr. 1.¹³⁹ Dette da hensynet til barnets beste skal være en tilstrebet norm i alle tilfeller og for alle organer, her også for domstolene jf. "courts of law" i barnekonvensjonens art. 3 nr. 1. Dette syn presiseres også i General comment no. 14.¹⁴⁰ Som nevnt tidligere er denne kommentaren til barnekonvensjonen utkommet i etterkant av de tre overnevnte Høyesterettsdommene. Rettskildebildet som lå til grunn på domstidspunktene har blitt presisert ytterligere, og det fremgår i kommentaren at domstolene skal ha mulighet til å overprøve i større grad enn det som har blitt gjort. Dette taler sterkt for at domstolene

¹³⁸ Terje Einarsen, s. 313.

¹³⁹ *Ibid.*, s. 314.

¹⁴⁰ General Comment No. 14 (2013), avsnitt 6(a). Se også avsnitt 10, 12b, 14a og 97. Begrepet "court of law" er presisert nærmere i avsnitt 27-29.

skal kunne overprøve forvaltningens konkrete vurdering i den aktuelle saken både prosessuelt og materielt. Professor Einarsen mener barnekomiteens uttalelser ikke kan forstås slik at domstolene kun kan nøye seg med å kontrollere om begrunnelsen i en avgjørelse fremstår som tilfredsstillende. Domstolene har etter barnekonvensjonens ordlyd og barnekomiteens uttalelser en plikt til å foreta en selvstendig vurdering av barnets beste interesser i den enkelte sak.¹⁴¹ Denne plikten innebærer også at domstolene har et selvstendig ansvar for å opplyse saken.

Ordlyden i barnekonvensjonen art. 3 nr. 1, dens implementering i menneskerettighetsloven¹⁴² og uttalelsen fra barnekomitén gjør at Høyesterett ved neste anledning burde overprøve alle sider av saken neste gang hensynet til barnets beste gjør seg gjeldende i saker om opphold på humanitært grunnlag.¹⁴³ I tillegg til dette burde det revurderes en adgang til å få dom på at en utsendelse krenket eller vil krenke barnekonvensjonen art. 3 nr. 1.¹⁴⁴ Alternativt bør Stortinget regulere domstolsprøvingen av barnet beste i lovs form etter mønster av tvisteloven kap. 36 om administrative vedtak i helse- og sosialsektoren hvor domstolen har full overprøvelseskompetanse.¹⁴⁵

Høyesterett står i en vanskelig posisjon der de ikke ønsker å bli en politisk arena ved å fatte avgjørelser som vil være førende for den politikk som føres på utlendingsrettens område. På den annen side er domstolene etter barnekonvensjonens art. 3 nr. 1 sin ordlyd, uttalelsene i barnekomiteens General comment nr. 14 og det faktum at Stortinget har inkorporert barnekonvensjonen med forrang foran annen norsk rett direkte bundet til å prøve alle sider av forvaltningens avgjørelser, så vel den materielle som den prosessuelle.

6 Vurdering av rettstilstanden de lege ferenda

Spørsmålet er hvordan Høyesterett skal tilnærme seg og løse spørsmålet om prøving av hensynet til barnets beste i saker der lengeværende barn ikke innvilges opphold. Et

¹⁴¹ Terje Einarsen, s. 314-315.

¹⁴² Menneskerettighetsloven § 3 jf. § 2 nr. 4.

¹⁴³ Dette syn støttes av Terje Einarsen på s. 317.

¹⁴⁴ Terje Einarsen, s. 317.

¹⁴⁵ *Ibid.*, s. 317.

alternativ er at man åpner for prøvelse av subsumsjonen. Slik som barnekonvensjonen og uttalelsen fra barnekomiteen samt de folkerettslige forpliktelsene våre taler for. Dette vil innebære at domstolene prøver forvaltningens konkrete interesseavveining. Dersom dette skulle skje ville man på den andre siden vanskelig kunne si at det er noe igjen av kan-skjønnnet i utlendingslovens § 38 første ledd ettersom domstolene går inn og sier at det er i strid med barnets beste å ikke innvilge opphold. Det vil mao. være vanskelig for domstolene å si at det å ikke innvilge opphold er i strid med barnets beste og samtidig la forvaltningen få avgjøre om barnet skal få bli. Dersom domstolene gjør dette går de inn på politikken område, og slik Norges maktfordelingsstruktur er bygget opp er det politikerne og den utøvende makt som skal stå for utlendingspolitikken. Det vil være vanskelig på den ene siden å si at nektelse av opphold er i strid med barnets best, og på den andre siden at søknaden kan ha mulige konsekvenser for samfunnet av søknader på liknende grunnlag.

En annen innfallsvinkel er at hensynet til barnets beste ikke er et politisk spørsmål. Man kan si at hensynet til barnets beste er av rettslig karakter, og at hensynet skal utøves uavhengig av skiftende utlendingspolitikk da det er folkerettslig forpliktende. Dette innebærer at hva som er "barnets beste" er den styrende rettsnorm. Sett opp i mot utlendingsloven § 38 må det være slik at den politiske vurderingen mot innvandringsregulerende hensyn først kan finne sted etter at "barnets beste" og den konkrete egenvekten av dette hensynet er blitt fastlagt i den konkrete saken.¹⁴⁶ Et slikt syn er det holdepunkter for ved at man har inkorporert barnekonvensjonen.

For øvrig kan det også være interessant å se på EMDs tilnærming til slike menneskelige spørsmål. Som nevnt under punkt 3.2.2 i avhandlingen opererer staten med et visst spillerom for skjønn jf. "margin of appreciation" som EMD ikke kan overprøve.¹⁴⁷ Ved spørsmål om utvisning og menneskelige hensyn ser det ut til at skjønnsmarginen for staten ikke er særlig vid. Det kan synes som at EMD praktiserer en intens overprøvelse av statens skjønnsmargin i spørsmål vedrørende sterke menneskelige hensyn.¹⁴⁸ EMD går langt inn i subsumsjonen i de enkelte saker, noe som medfører at EMD går lenger i

¹⁴⁶ Terje Einarsen, s. 304.

¹⁴⁷ Jon Fridrik Kjølbro, s. 599.

¹⁴⁸ Marius Emberland, s. 443-444.

overprøvelsen av subsumsjonen enn det Høyesterett tillater for overprøvingen av UNEs vedtak.

Til tross for at denne avhandlingen ikke har tatt for seg utvisning av enkeltindivider, vil brudd på utreiseplikten etter avslag på søknad om opphold kunne medføre utvisning etter utlendingsloven. Problemstillinger vedrørende menneskelige hensyn er i kjernen av avhandlingens tematikk. Hvordan EMD har valgt å se på problemstillinger som berører spørsmål av denne type art vil derfor ha overført betydning til denne avhandlingen.

Det er mulig at Høyesterett, ved utformingen av reglene om prøvelse av vedtak hvor det ikke er innvilget opphold, ikke har vært tilstrekkelig klar på at det er tale om prøving av grunnleggende menneskerettigheter, hvor skiftende utlendingspolitikk ikke skal ha så stor betydning. Sett opp mot EMDs praksis er det klart at Høyesterett bør prøve subsumsjonen og hensiktsmessighetsskjønnet i like stor grad som det EMD gjør, om ikke i større grad.

Kanskje må man akseptere at barnets beste er en sentral menneskerettighet som slår igjennom politiske utfordringer. Slik det er i dag er dette hensynet ikke gitt fullt gjennomslag. I dag anser Høyesterett barnets beste som ett av flere hensyn som inngår i en politisk beslutningsprosess og som de vil holde seg unna. Retts situasjonen ville trolig vært annerledes dersom man i Norge hadde ratifisert tilleggsprotokollen som gir barna klageadgang,¹⁴⁹ slik at man hadde fått et håndhevelsesorgan med tilstrekkelig kompetanse til å kontrollere dagens norske rettspraksis.

¹⁴⁹ Optional protocol to the convention on the rights of the child on a communications procedure av 19. desember 2011.

7 Litteraturliste

7.1 Lover

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

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

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

7.2 Opphevede lover

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

7.3 Traktater

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) 4. november 1950

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

- Optional protocol to the convention on the rights of the child on a communications procedure av 19. desember 2011.

Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969

7.4 Forskrifter

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

7.5 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.).

7.6 Bøker

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9.utgave (Oslo 2010)

Kjølbros, Jon Fridrik, *Den europæiske menneskerettighets konvention – for praktikere*, 3. Udgave (København 2010)

Vevstad, Vigdis, *Utlendingsloven Kommentartutgave* (Oslo 2010)
Øyen, Øyvind Dybvik (Red.), *Lærebok i utlendingsrett* (Oslo 2013).

7.7 Artikler

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

Emberland, Marius, "Bordet fanger i EMD", *Lov og rett*, vol. 53, 3, 2014 s. 443-444.

Innjord, Frode, "Hva er "vakkert"? – Domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt ved vage og/eller skjønnspregede ord og uttrykk", *Jussens venner*, 1996 s. 161-194.

Skiple, Jon Kåre, ""...som speiler det samfunnet vi har". Høyesterett, asylbarn og den alminnelige rettsoppfatning", *Lov og rett*, vol. 52,9, 2013 Frøy Gudbrandsen og Gunnar Grendstad (Red.) s. 609-629.

7.8 Høyesteretts avgjørelser

Rt. 1995 s. 1427 (Naturfredningsdommen)

Rt. 1996 s. 551

Rt. 2008 s. 1764

Rt. 2008 s. 681

Rt. 2009 s. 851

Rt. 2009 s. 1261

Rt. 2009 s. 1374

Rt. 2012 s. 494

Rt. 2012 s. 1985 (Shabazi-dommen)

Rt. 2012 s. 2039 (Delic-dommen)

Rt. 2013 s. 449

7.9 EMD avgjørelser

Butt mot Norge (EMD-2009-47017)

7.10 Internett

Lovkommentar på rettsdata til utlendingslovens § 38, note 117 om domstolskontrollen
http://abo.retsdata.no/browse.aspx?grid=189424&terms_and=utl.#gN20080515z2D35z2E117 (besøkt: november 2014)

Statistikk over antall asylsøkere for 2013. Tallene er hentet fra UDI sin hjemmeside <http://www.udi.no/statistikk-og-analyse/arsrapporter/arsrapport-2013/hvor-mange-sokte-om-beskyttelse/> (besøkt: august 2014)

Informasjon om maktfordelingen i Norge <https://www.stortinget.no/no/Stortinget-og-demokratiet/Storting-og-regjering/Fordeling-av-makt/> (besøkt: oktober 2014)

Informasjon om klageorganet til barnekonvensjonen og dens tilleggsprotokoller <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIntro.aspx> (besøkt: november 2014)

7.11 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 – 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.

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

SOU 1996: 115 Barnekonventionen och utlänningslagen, Delrapport av Barnkommittén, Stockholm 1996.