

Domstolskontroll av vedtak i saker om lengeværende asylbarn

Kandidatnummer: 243

Antall ord: 14957



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2015

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1. Innledning.....	4
1.1 Oppgavens tema og problemstilling.....	4
1.2 Avgrensninger.....	5
1.3 Utlendingsloven § 38	6
1.4 Videre fremstilling.....	7
2. Metodevalg og kildebruk	9
2.1 Metodevalg.....	9
2.2 Kildebruk.....	10
3. Utviklingen av domstolskontrollen	11
3.1 Domstolskontroll i norsk rett.....	11
3.2 Domstolskontroll på utlendingsrettens område.....	12
3.2.1 Domstolskontroll i asylsaker	12
3.2.2 Domstolskontroll i utvisningssaker	14
3.2.3 Domstolskontroll i saker om opphold på humanitært grunnlag.....	16
4. Plenumsdommene	19
4.1 Terskelen for domstolskontroll.....	19
4.2 Flertallet og mindretallets faktiske kontroll av vedtaket.....	20
4.2.1 Plenumsdom I, Rt. 2012 s. 1985	20
4.2.2 Plenumsdom II, Rt. 2012 s. 2039	22
5. En utvidet adgang til domstolskontroll?.....	24
5.1 Kan Rt. 2015 s. 93 medføre en mer omfattende domstolskontroll av utl. § 38?.....	24
5.1.1 Kan lengeværende asylbarn etablere et «privatliv» i Norge, jf. Grl. § 102 og EMK art. 8 nr. 1?.....	26
5.1.2. Dersom et lengeværende asylbarn kan etablere et privatliv, jf. Grl. § 102, hvor vil terskelen for forholdsmessighetsvurderingen gå?	30
5.1.3 Vil Høyesterett kontrollere om vedtaket er forholdsmessig, jf. Grl. § 102?	33
5.2 Sammenligning av utlendingsloven § 38 og § 70	35
5.3 Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 og Grl. § 104 (2).....	38
5.3.1 Barnekonvensjonens stilling i norsk rett	38
5.3.2 Grunnloven § 104.....	43
4.4 Utlendingsforskriften § 8-5	44
5.5 Harmonisering av rettskildene	45
6. Avslutning.....	47
7. Kilder.....	48
7.1 Lover	48
7.1.1 Norske lover	48

7.1.2 Utenlandske konvensjoner	48
7.2 Forarbeider og etterarbeider	48
7.2.1 Forarbeider	48
7.2.2 Etterarbeider	48
7.3 Rettspraksis	49
7.3.1 Norsk rettspraksis	49
7.3.2 Utenlandsk rettspraksis	49
7.4 Litteraturliste	49
7.4.1 Norske bøker	49
7.4.2 Utenlandske bøker.....	50
7.4.3 Artikler	50

1. Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Norges innvandringspolitikk er et tema av sosial og økonomisk viktighet. Media vier stor oppmerksomhet til saker om lengeværende asylbarn, et tema som engasjerer og provoserer, og som har store politiske følger. Saker om lengeværende asylbarn er ikke bare politisk aktuelt, men også et rettslig aktuelt tema.

Oppgaven omhandler domstolskontroll av vedtak i saker om lengeværende asylbarn. Med domstolskontroll menes hvor domstolene kontrollerer om forvaltningen har holdt seg innenfor lovbestemmelsen når den har truffet et vedtak. Det er rettsikkerhetsgarantier og maktfordelingsprinsippet som begrunner domstolskontroll med forvaltningsvedtak.¹ Domstolene er borgernes viktigste garanti for en uavhengig prøving av vedtaket.²

Hvor omfattende domstolskontrollen er avhenger av en tolkning av den aktuelle lovbestemmelse.³ Det er Stortinget gjennom språkbruk og ordvalg ved utforming av lovteksten som bestemmer hvor dyp kontrollen med forvaltningen skal være. Det er imidlertid domstolene sin oppgave å tolke lovteksten, slik at det til sist er domstolene som avgjør hva i et forvaltningsvedtak som kontrolleres. Domstolskontroll av forvaltningen er skapt gjennom domstolenes egen langvarige praksis, en praksis som i dag anses som konstitusjonell sedvanerett.⁴

Oppgaven vil omhandle utlendingsloven § 38, som regulerer opphold på humanitært grunnlag.⁵ Høyesterett avsa i 2012 to plenumsdommer av stor interesse for en nærmere avklaring av domstolenes mulighet til å kontrollere innholdet av forvaltningens vedtak. Dommene omhandlet domstolskontroll av vedtak fattet etter utl. § 38, og er sentrale i denne avhandlingen.

I dommene var det ikke omstridt at domstolene kunne kontrollere forvaltningens lovtolkning, vurdering av faktum, om forvaltningen hadde begått saksbehandlingsfeil eller utøvet

¹ I 1818 satte domstolene til side en skatteligning som ugyldig, og i ettertid har domstolskontrollen med lovligheten av forvaltningsvedtak befestet seg i rettspraksis, jf. Sunnvia Christina Bragdø-Ellenes, *Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Danmark*, Oslo 2014, s. 75, Jørgen Aall, *Rettsstat og Menneskerettigheter*, 3. utgave, Bergen 2011 s. 133, Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave, Oslo 2015, s. 105.

² Bragdø-Ellenes s. 22.

³ Graver, s. 232, 243, 248-249.

⁴ Aall, s. 133, Graver, s. 240-243.

⁵ Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og opphold her (utlendingsloven).

myndighetsmisbruk. Spørsmålet var om hensynet til barnets beste, en svært sentral faktor i vurderingen av om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag skal gis, kunne overprøves av domstolene.

Høyesterett slo fast, på bakgrunn av lovbestemmelsens ordlyd, forarbeider og rettspraksis, at det er opp til utlendingsmyndighetene å vurdere hva som er barnets beste i en sak, samt å avveie dette hensynet opp mot den til enhver tid gjeldende innvandringspolitikk. Høyesterett mente at forvaltningen var mer egnet til å foreta slike politiske vurderinger, og var derfor mer tilbakeholden i domstolskontrollen av dette.

I etterkant av plenumsdommene har det kommet flere rettskilder som kan tilsi at domstolenes kontroll med forvaltningen kan bli mer omfattende. Norge ratifiserte Barnekonvensjonen⁶ i 1991, og i 2013 kom FNs Barnekomité med sin 14. generelle kommentar som sier hvordan artikkel 3 nr. 1 skal forstås. Denne konvensjonsartikkelen uttrykker at «barnets beste skal være et grunnleggende hensyn» ved alle handlinger som berører barn. Videre, ble en menneskerettighetskatalog inntatt i Grunnloven⁷ i anledning 200 års jubileet 17. mai 2014. Dette viser at Stortinget har et formål om å styrke menneskerettighetens stilling i norsk rett, og hensynet til barnets beste er nå grunnlovsfestet i Grl. § 104. I januar 2015 avsa Høyesterett Rt. 2015 s. 93 som gjaldt Grl. § 102 om retten til privatliv og Grl. § 104. Jeg vil undersøke om dommen kan tas til inntekt for å se spørsmålet om domstolskontroll av vedtak i saker om lengeværende asylbarn i et annet perspektiv enn plenumsdommene.

Oppgavens hovedproblemstilling er om Barnekomiteens 14. generelle kommentar, Grunnloven og Rt. 2015 s. 93 tilsier en mer omfattende domstolskontroll av vedtak i saker om lengeværende asylbarn enn hva Høyesterett la til grunn i plenumsdommene fra 2012.

1.2 Avgrensninger

Det er domstolskontrollen av utlendingssaker som skal behandles i oppgaven. Oppgaven avgrenses til å omhandle lengeværende asylbarn. Det finnes ingen legaldefinisjon av asylbarn, men begrepet har blitt anvendt om barn av foreldre om har fått avslag på asyl og som av ulike grunner har blitt værende i Norge. Et asylbarn regnes etter praksis som lengeværende med en oppholdstid på minst tre år i Norge.⁸ Oppgaven avgrenses videre til kun å gjelde de sakene om

⁶ FNs konvensjon om barnets rettigheter, 20. november 1989 (Barnekonvensjonen).

⁷ Kongerikets Norges Grunnlov 17. mai 1814.

⁸ Einarsen, Terje, «Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn», *Jussens Venner*, vol. 48, 05/2013, s. 291.

lengeværende asylbarn hvor et avslag på opphold medfører at hele familien må returnere samtidig til hjemlandet, og ikke de saker hvor avslag medfører at familier splittes som følge av at ett familiemedlem må returnere.

1.3 Utlendingsloven § 38

For at det lengeværende asylbarnet skal få opphold på humanitært grunnlag, må vilkårene i utlendingsloven § 38 være oppfylt. Bestemmelsens første ledd er som følger:

«Det kan gis opphold selv om de øvrige vilkårene i loven ikke er oppfylt dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller utlendingen har særlig tilknytning til riket.»⁹

Det presiseres i annet ledd at ved avgjørelsen om det foreligger «sterke menneskelige hensyn» skal det foretas en totalvurdering. Hva som kan vektlegges i vurderingen følger av bokstav a) til d), blant annet helserelevante forhold og situasjonen i hjemlandet. Tredje ledd uttrykker at i saker som berører barn, «skal hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn». Dette er en viktig del av bestemmelsen, da den eksplisitt verner barn på utlendingsfeltet i norsk rett, jf. «skal». I annet punktum påpekes det at oppholdstillatelse kan bli gitt til barn i en situasjon som «ikke har et slikt alvor at det ville bli innvilget oppholdstillatelse til en voksen».

Ordlyden tilsier dermed at barn står i en særskilt posisjon sammenlignet med voksne, og at barn anses som selvstendige rettssubjekter. De nærmere retningslinjer i hvordan barnets interesser skal vurderes er regulert i utlendingsforskriften § 8-5.

Bestemmelsen må leses slik at jo tyngre hensynet til barnet er, jo mer tungtveiende mothensyn kreves for at disse kan gjøres gjeldende. Slike motstående hensyn er trukket frem i § 38 fjerde ledd. Det fremkommer at i vurderingen av om tillatelse skal gis «kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn», og en uttømmende liste er gitt i bokstavene a) til d). Her kan blant annet hensynet til en kontrollert innvandring eller hensynet til respekten for norske lovregler vektlegges.

Utlendingsloven § 38 oppstiller en todelt vurdering av om oppholdstillatelse skal gis. Det må foreligge «sterke menneskelige hensyn» eller «særlig tilknytning til riket», jf. første ledd. Selv om et av disse vilkårene er oppfylt er det opp til forvaltningen om oppholdstillatelse skal gis, jf. ordlyden «kan» i første ledd.

⁹ Utlendingsloven § 38 første ledd.

Hvor et lengeværende asylbarn ikke får innvilget asyl, har utlendingsmyndighetene plikt til å vurdere om vilkårene for opphold på såkalt humanitært grunnlag er oppfylt etter utlendingsloven § 38.¹⁰ Det er Utlendingsdirektoratet (UDI) som fatter vedtak om opphold på humanitært grunnlag skal gis. Dersom UDI avslår søknaden, kan utlendingen klage til Utlendingsnemnda (UNE). UNE er et uavhengig klageorgan som fatter endelig vedtak i saken.¹¹ Utlendingen har ikke mulighet til å påklage vedtaket flere ganger, men kan begjære omgjøring ved å be UNE se på nye opplysninger i saken. Dersom UNE opprettholder vedtaket, kan utlendingen få det kontrollert ved domstolene. Dersom ikke påstand om vedtakets ugyldighet fører frem innen norske domstoler, kan utlendingen som siste utvei klage staten inn for Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) i Strasbourg med påstand om brudd på Den Europeiske Menneskerettskonvensjon (EMK).¹²

I avhandlingen vil begrepene «domstolskontroll», «domstolenes overprøvingskompetanse», «overprøving» og «prøving» benyttes om hverandre.

1.4 Videre fremstilling

Det vil i kapittel 2 redegjøres for metodevalg og kildebruk i avhandlingen. I kapittel 3 vil det redegjøres for domstolskontroll av forvaltningsvedtak generelt, med den nødvendige begrepsavklaring. Deretter vil det foretas en gjennomgang av utviklingen av domstolskontrollen på utlendingsrettens område, nærmere bestemt for vedtak om asyl, utvisning og opphold på humanitært grunnlag. Plenumsdommene vil i kapittel 4 analyseres og kommenteres, før rettskildene som har kommet til etter plenumsdommene vil bli vurdert i kapittel 5.

Kapittel 5 er oppgavens hoveddel, og kapitlet vil starte med en behandling av dommen Rt. 2015 s. 93. Selv om dommen omhandler utvisning, vil gjennomgangen kunne avklare rekkevidden av domstolskontrollen hvor det foreligger avslag på opphold etter utl § 38 i saker om lengeværende asylbarn. Deretter vil utl. § 38 tolkes og sammenlignes med utl. § 70 som omhandler utvisning. Siden Norge er bundet av Barnekonvensjonen vil art. 3 nr. 1. tolkes, før den rettskildemessige vekten av Barnekomiteens generelle kommentar nr. 14 vil vurderes. Grunnloven § 104 og utlendingsforskriften § 8-5¹³ vil kommenteres, før kapitlet avsluttes

¹⁰ Utlendingsloven § 28 syvende ledd.

¹¹ Utlendingsloven § 77.

¹² Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter 4. november 1950 (EMK)

¹³ Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsforskriften)

med en harmonisering av rettskildene.

Det er flere alternative måter å fremstille poengene oppgaven søker å vise. Jeg har valgt å gå gjennom en rettskilde om gangen for å best få frem den mulige utviklingen av domstolskontrollen i saker om lengeværende asylbarn. Siden domstolskontrollen skapes gjennom rettspraksis har jeg valgt innlede hoveddelen med den nylige avsagte dommen fra Høyesterett.

Til slutt vil det i kapittel 6 konkluderes på om Barnekomiteens 14. generelle kommentar, Grunnloven, og Rt. 2015 s. 93 tilsier en mer omfattende domstolskontroll av vedtak i saker om lengeværende asylbarn enn hva Høyesterett la til grunn i plenumsdommene fra 2012.

2. Metodevalg og kildebruk

2.1 Metodevalg

Oppgavens tema krysser flere rettsområder. Avhandlingen utgangspunkt er utlendingsretten, hvor utlendingsloven er sentral. Utlendingsretten sees i lys av forvaltningsretten, nærmere bestemt domstolskontroll som har konstitusjonell rang. Ved å behandle to nylig inntatte bestemmelser i Grunnloven, vil oppgaven også behandle regler av ulik trinnhøyde. Videre vil internasjonale regler også anvendes.

Oppgavens fokus vil være en analyse av gjeldende rett, hvor folkerettslige forpliktelser vil være med å avklare norsk rett. Vedrørende forholdet mellom norsk og internasjonal rett, følger det av utlendingsloven § 3 at loven skal anvendes «i samsvar med internasjonale regler» som Norge er bundet av når disse har til formål «å styrke individets stilling». I henhold til menneskerettsloven, hvor flere internasjonale konvensjoner har blitt inkorporert i norsk rett, fremkommer det av § 3 at bestemmelsene i konvensjonene «skal ved motstrid gå foran» bestemmelser i annen lovgivning.¹⁴ Etter Grunnlovsreformen fremkommer det nå av Grl. § 92 at statens myndigheter skal «respektere og sikre menneskerettighetene» slik de er nedfelt i Grunnloven og i de traktater som binder Norge.

Av Grunnloven fremkommer det en dobbel gjennomføringsplikt, gjennom at staten ikke skal gjøre inngrep i borgernes rettigheter, jf. «respektere», og sørge for at andre borgere ikke gjør inngrep i andres rettigheter, jf. «sikre».¹⁵ Bestemmelsen innehar dermed både positive og negative forpliktelser. Etter den nye bestemmelsen i Grl. § 92 er det denne som er styrende for forholdet mellom norsk og internasjonal rett. Ved tolkning av internasjonale konvensjoner er det anerkjent folkerettslig metode som skal anvendes.¹⁶ I folkeretten er det Wien-konvensjonen som anvendes som tolkningsinstrument for internasjonale traktater og konvensjoner. Norge har ikke ratifisert konvensjonen, men er bindende for oss da den anses som folkerettslig sedvanerett. I henhold til WK art. 31 nr. 1 skal en traktat tolkes «in good faith in accordance with the ordinary meaning» i lys av dens «object and purpose». I denne avhandlingen er det Den Europeiske Menneskerettskonvensjon og Barnekonvensjonen som er sentrale.

¹⁴ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

¹⁵ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 31.

¹⁶ Geir Ulfstein, «Den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer», *Lov og Rett* vol. 51, 9/2012, s. 562.

Ved anvendelsen av nasjonale regler, er det tradisjonell norsk rettskildelære som er relevant. Selv om det i teorien er uenighet om nyanser i rettskildelæren, vil det være den rettskildelæren som er holdbar i saker for Høyesterett som vil være retningsgivende for denne avhandlingen.

2.2 Kildebruk

Oppgaven vil anvende utlendingsloven m/forskrift, Grunnloven, EMK og Barnekonvensjonen, forarbeider til Grunnloven, rettspraksis fra Høyesterett og EMD, uttalelser fra Barnekomiteen, samt juridisk litteratur. Plenumsdommene og Rt. 2015 s. 93 er viktige utgangspunkter for oppgavens tema om domstolskontroll.

3. Utviklingen av domstolskontrollen

Kapittelet omhandler utviklingen av domstolskontrollen på asylfeltet, utvisningsfeltet og på feltet for humanitært opphold. Dette gjennomgås grunnet utviklingen fra begrenset til full overprøving på asyl- og utvisningsfeltet. Utlendingsretten er et relativt nytt rettsområde, hvilket kan forklare tiden det har tatt for ulike prøvingslærer å feste seg. På utvisningsfeltet er det ikke mer enn fem år siden Høyesterett snudde i spørsmålet om rekkevidden av domstolskontrollen. Dermed behøver ikke prøvingslæren som ble fastsatt for vedtak etter utl. § 38 i plenumsdommene i 2012 heller være endelig.

Kapittelet vil starte med en gjennomgang av domstolskontrollen generelt, før utviklingen innen utlendingsretten belyses med rettspraksis.

3.1 Domstolskontroll i norsk rett

Juridiske forfattere har en noe ulik begrepsbruk om domstolskontroll. I denne oppgaven anvendes begrepene rettsanvendelsesskjønn og forvaltningsskjønn. Rettsanvendelsesskjønn omfatter både lovtolkning og subsumsjon.¹⁷ Ved klarlegging av innholdet i en bestemmelse anvendes lovtolkning, mens hvor tolkningsresultatet, kalt rettsregelen, blir anvendt på det aktuelle saksfaktum, kalles dette subsumsjon.

Domstolskontroll av forvaltningen stammer tilbake til 1800-tallet, men i nyere teori anvendes ofte Rt. 1995 s. 1427, Naturfredningsdommen, som illustrasjon på hvor omfattende domstolene kan føre kontroll med forvaltningen. Naturfredningsdommen omhandlet myndighetenes fredning av to vann. Høyesterett uttaler at

«[d]et er i dag et alminnelig prinsipp i forvaltningen at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover som gjør inngrep overfor den enkelte. Dette anses som en viktig del av rettssikkerheten.»¹⁸

Flertallet fremhever at dette alminnelige utgangspunktet kun kan fravikes dersom det er «sikre holdepunkter for noe annet».¹⁹ Uttalelsen henviser til hvor bestemmelsens ordlyd gir anvisning på et forvaltningsskjønn, eller hvor dette fremgår av dens forarbeider eller

¹⁷ Graver s. 238

¹⁸ Rt. 1998 s. 1427 (s. 1433).

¹⁹ *Ibid.*, (s. 1437).

rettspraksis.²⁰

Det er her tale om rene politiske, tekniske, eller faglige vurderinger som er så skjønnsmessige at forvaltningen er mer egnet til å treffe enn domstolene.²¹ Hvor en bestemmelse gir forvaltningen kompetanse til å foreta vurderinger av enn annen karakter enn rettslig, foreligger det forvaltningsskjønn.²² Også en effektiv arbeidsdeling mellom forvaltningen og domstolene begrunner forvaltningsskjønnet.²³ Begrepet forvaltningsskjønn dekker også «kan»-skjønnet i lovbestemmelser, bestemmelser som gir forvaltningen kompetanse til å bestemme om et vedtak skal treffes hvor lovens vilkår er oppfylt og hvilket innhold vedtaket skal ha.

Noen forfatter omtaler forvaltningsskjønnet som fritt hvor forvaltningen kan velge mellom flere lovlige alternativer.²⁴ Det kan hevdes at forvaltningsskjønnet aldri er helt fritt, fordi forvaltningen må holde seg innenfor en viss ramme. Denne rammen har blitt omtalt som myndighetsmisbrukslæren, som går ut på at forvaltningen ikke kan ta utenforliggende hensyn, drive usaklig forskjellsbehandling og ikke kan utøve skjønnet på en vilkårlig eller grovt urimelig måte.²⁵ Skjønnet må dermed ligge innenfor en ramme av forsvarlighet eller lovlighet. Videre kan domstolene alltid prøve om forvaltningen har bygget vedtaket på riktig faktum og om det foreligger saksbehandlingsfeil.

3.2 Domstolskontroll på utlendingsrettens område

3.2.1 Domstolskontroll i asylsaker

For å få asyl i Norge, må vilkårene i utl. § 28 være oppfylt. En person anses som en flyktning hvor vedkommende har en velbegrunnet frykt for forfølgelse, og har rett på beskyttelse. Bestemmelsen har en forkortet gjengivelse av definisjonen i Flyktningkonvensjonen art. 1A (2), og det vises til konvensjonen i bestemmelsen.

Det har skjedd en utvikling i domstolskontrollen i asylsaker. Abdidommen, Rt. 1991 s. 586, omhandlet subjektive «sur place»-flyktninger, mennesker som frykter forfølgelse i hjemlandet som følge av politisk aktivitet etter at vedkommende forlot dette landet. Saken gjaldt en somalisk mann som drev politisk virksomhet i Norge for en organisasjon som var kritisk til

²⁰ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, Oslo 2010 s. 383.

²¹ Graver, s. 109 og 245.

²² *Ibid*, s. 238.

²³ Bragdø-Ellenes, s. 286.

²⁴ Graver, s. 237, Eckhoff/Smith, s. 382-384.

²⁵ For nærmere redegjørelse, se Eckhoff/Smith, s. 405-427.

regimet i Somalia. Det var på dette tidspunktet fremmedloven fra 1956 som regulerte hvem som var å anse som flyktning.²⁶ Høyesterett uttalte at fremmedlovens § 2 annet ledd regulerte såkalte objektive «sur place»-flyktninger, mennesker som risikerer forfølgelse ved retur grunnet endrete politiske forhold i hjemlandet. Sakens hovedspørsmål var om subjektive «sur place»-flyktninger også ble omfattet av fremmedloven § 2.

Høyesterett viste til Flyktningkonvensjonen art. 1A (2) sin vesentlige betydning ved tolkningen av den norske bestemmelsen, men at denne ikke kastet nærmere lys over innholdet i fremmedloven § 2 angående spørsmålet. Når det gjaldt domstolskontrollen av flyktningbegrepet fremholdt Høyesteretts flertall (dissens 4-1) at

«flyktningebegrepet etter fremmedloven og flyktningekonvensjonen har et kjerneområde hvis omfang ikke er fastlagt en gang for alle, men påvirkes av landenes praksis i tilknytning til nasjonale regler, flyktningekonvensjonens bestemmelser og Høykommissærens syn på disse bestemmelsene. Flyktninger som omfattes av kjerneområdet, må etter fremmedloven innvilges politisk asyl i Norge.

Utenfor kjerneområdet vil det derimot være opp til norske myndigheter å gjøre seg opp en samvittighetsfull oppfatning av hvorledes flyktningebegrepet bør praktiseres og legge dette til grunn i sin praksis. Domstolenes prøvelsesrett vil da neppe kunne bli mer omfattende enn ved prøving av forvaltningsvedtak truffet etter fritt skjønn. Men også den nærmere avgrensning av kjerneområdet må i første omgang tilligge forvaltningsmyndighetene, og domstolene bør vise tilbakeholdenhet med å overprøve de standpunkter som inntas.»²⁷
(Min kursivering)

Terje Einarsen har kritisert dommen, og uttaler at Høyesterett ved å uttale at det er forvaltningens ansvar å tolke flyktningbegrepets grenser, legger opp til at Norge står folkerettslig fritt i rettanvendelsen utenfor det såkalte kjerneområdet.²⁸ Ved at forvaltningen får denne friheten kan det danne seg en spenning mellom folkeretten og norsk rett. Det vil også danne seg et spenningsforhold internrettslig, mellom lov og rettspraksis, siden utlendingsloven forutsetter å gjennomføre folkeretten korrekt. Det vil dermed bli et skille mellom faktisk fungerende asylrett i rettspraksis og en normativt gjeldende asylrett som

²⁶ Lov 27. juli 1956 om utlendingers adgang til riket m.v. (Fremmedloven).

²⁷ Rt. 1991 s. 586 (s. 594).

²⁸ Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Bergen 2000 s. 78.

fremkommer av loven.²⁹ Einarsen peker også på Flyktningskonvensjonen art. 42 hvor det fremgår at art. 1A har en absolutt karakter, altså har ikke statene nasjonal rådighet over flyktningsdefinisjonen. Bestemmelsen skal dermed ha et felles innhold uavhengig av hvem som tolkes bestemmelsen.³⁰

Til tross for spenningsforholdet i Abdidommen, var dommen retningsgivende for domstolskontrollen også etter vedtakelsen av utlendingsloven av 1988.³¹ Ikke før i 2010 uttrykte Høyesterett et annet standpunkt. Dommen Rt. 2010 s. 858 omhandlet tilbakekallelse av asyl, da en kvinne som på grunn av sin lesbiske legning hadde blitt ansett som en flykting etter utl. 1988 § 16, jf. Flyktningskonvensjonen art. 1A, to år etterpå giftet seg med en mann. Førstvoterende fremholdt at forvaltningens tolkning ikke kan legges til grunn ved tvilstilfeller, men at «[e]t tolknings spørsmål som det foreliggende må domstolene avgjøre på selvstendig og uavhengig grunnlag, basert på gjeldende prinsipper for tolkning av traktater».³² Høyesterett tok likevel ikke uttrykkelig avstand fra Abdidommen.

I Rt. 2011 s. 1481 om avslag på asyl for et ektepar fra Iran som påberopte seg å være politisk forfulgt, med fare for dødsstraff dersom mannen ble returnert til hjemlandet. Høyesterett uttalte at «temaene i saken er i utgangspunktet ikke av en slik karakter at domstolene bør vise tilbakeholdenhet med å overprøve forvaltningens rettsanvendelsesskjønn», altså anså Høyesterett seg kompetent til å prøve forvaltningens subsumsjon.³³ Selv om Høyesterett i Rt. 2012 s. 139 ikke uttaler seg eksplisitt om domstolenes prøvingskompetanse, foretar domstolen en selvstendig vurdering av asylspørsmålet ut i fra Flyktningskonvensjonen art. 1A (2).

Domstolskontrollen i asylsaker har dermed utviklet seg fra tilbakeholdenhet til en selvstendig tolkning i tråd med de folkerettslige reglene som fremgår av Wien-konvensjonen.³⁴

3.2.2 Domstolskontroll i utvisningssaker

Utlendingsloven §§ 66-70 hjemler utvisning av utlendinger. Utlendinger som har gjort seg skyldig i brudd på straffeloven eller utlendingsloven vil etter § 66 kunne bli utvist, såfremt dette ikke er et uforholdsmessig tiltak, jf. § 70. Etter § 67 og § 68 kan utlendinger som har midlertidig eller permanent oppholdstillatelse utvises, så lenge vedtak om dette er

²⁹ Vigdis Vevstad, *Utlendingsloven, Kommentartutgave*, Oslo 2010 s. 159-160.

³⁰ Einarsen, *op.cit.*, s. 78.

³¹ Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

³² Rt. 2010 s. 858 (avsnitt 37).

³³ Rt. 2011 s. 1481 (avsnitt 48).

³⁴ Wien-konvensjonen om traktatretten 23. mai 1969 (WK).

forholdsmessig, jf. § 70. Utlendingsloven §§ 66-68 angir de objektive vilkår for utvisning, mens § 70 angir de subjektive sidene ved saken, altså om utvisning er uforholdsmessig overfor utlendingen selv og hans familiemedlemmer.

Det er utl. § 66 og § 70 som er det sentrale rettsgrunnlaget for utvisning av familier med lengeværende asylbarn, da disse oppholder seg ulovlig i Norge. Adgangen til domstolskontroll beror på en tolkning av utl. § 70 som angir en forholdsmessighetsvurdering. Høyesterett avklarte dette etter den tidligere utlendingsloven.

Rt. 1995 s. 72 omhandlet utvisning av en mann dømt for voldtekt og mishandling av sin datter. Høyesterett uttalte at den konkrete skjønnsutøvelsen lå til forvaltningen, og at domstolene måtte respektere denne forholdsmessighetsvurderingen, jf. utlendingsloven § 1988 § 30 tredje ledd. Dermed så Høyesterett seg kun kompetent til å prøve forvaltningens lovtolkning, sakens faktum, saksbehandlingsfeil og myndighetsmisbruk. Rettanvendelsen, altså anvendelse av juss på faktum, ville domstolene ikke prøve.

I 1998 snudde derimot Høyesterett i standpunktet sitt. Saken Rt. 1998 s. 1795 gjaldt en narkotikadømt person som kom til Norge som 13-åring, i 1976. Høyesterett kommenterte at uttalelsen i Rt. 1995 s. 72 var blitt modifisert gjennom senere praksis. Førstvoterende uttalte med henvisning til tre andre dommer at

«de beste grunner [taler] for å anse den forholdsmessighetsvurdering som utlendingsloven § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd gir anvisning på, som et rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves av domstolene. Den forholdsmessighetsvurdering som skal foretas etter disse bestemmelsene, er av typisk rettslig karakter ...».³⁵

Siden domstolene uansett må foreta en prøving av om utvisningen er et brudd på EMK art. 8 og disse vurderingene er sammenfallende, uttalte Høyesterett videre at det er liten grunn til å anse forholdsmessighetsvurderingen etter de norske reglene for å være unndratt overprøving av domstolene. Høyesterett presiserer deretter hva som eksakt kan prøves:

«Det domstolene kan prøve, er om utvisning i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. Den konkrete vurdering av hvorvidt utlendingen i tilfeller hvor utvisning ikke

³⁵ Rt. 1998 s. 1795 (s. 1803).

fremstår som et uforholdsmessig tiltak, skal utvises, må høre under forvaltningens frie skjønn.»³⁶

I spørsmålet om overprøvingskompetanse skiller dermed Høyesterett mellom om vilkårene for utvisning er oppfylt, og om hjemmelen til utvisning skal brukes eller ikke («kan»-skjønn), hvor sistnevnte er opp til forvaltningen.

Høyesterett presiserte sin prøvingskompetanse ytterligere i Rt. 2008 s. 560. Dommen omhandlet søknad om opphevelse av innreiseforbud ilagt ved utvisning. Saken skiller seg fra 1995- og 1998-dommene, som omhandlet utvisning av personer med bosettingstillatelse. I disse sakene fremkom forholdsmessighetsvurderingen direkte av lovteksten i §§ 29 annet ledd og 30 tredje ledd. Utlendingsloven § 29 fjerde ledd om opphevelse av innreiseforbud ga ikke anvisning på en slik forholdsmessighetsvurdering. Høyesterett uttalte at domstolene kan prøve en forholdsmessighetsbegrensning som er uttrykt i lovteksten siden det danner en rettslig ramme for utlendingsforvaltningens skjønnsutøvelse. Dersom en slik forholdsmessighetsbegrensning ikke er uttrykt i lovbestemmelsen kan ikke overprøving skje i større omfang enn det som følger av den alminnelige myndighetsmisbrukslæren.³⁷ Førstvoterende begrunnet overprøvingskompetansen i rettssikkerhetsgarantier. Disse gjør seg ikke like sterkt gjeldende for allerede utviste utlendinger som vil tilbake, som ved utvisningsvedtak mot utlendinger med lovlig opphold.

Høyesterett har opprettholdt standpunktet om prøving av forholdsmessighetsbegrensningen, senest i en Høyesterettsdom fra januar 2015, Rt. 2015 s. 93. Her uttalte førstvoterende, på bakgrunn av henvisning til flere tidligere dommer, at i utvisningssaker har domstolene full kompetanse.³⁸ Dommen gjennomgås i punkt 5.1.

3.2.3 Domstolskontroll i saker om opphold på humanitært grunnlag

Gjennomgangen over er gjort for å illustrere forskjellen mellom domstolskontroll på asyl- og utvisningsfeltet og på feltet for opphold på humanitært grunnlag etter utl. § 38.

Dommen Rt. 2008 s. 681 omhandlet en etiopisk mann med tidsbegrenset oppholdstillatelse. Han fikk ikke varig asyl eller oppholdstillatelse på humanitært grunnlag etter utl. 1988 § 8 annet ledd. Sakens spørsmål var om Høyesterett kunne prøve vilkåret «sterke menneskelige hensyn» i bestemmelsen. Førstvoterende uttaler videre at en tolkning av § 8 annet ledd ikke

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Rt. 2008 s. 560 (avsnitt 46-48).

³⁸ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 43).

gir nevneverdige bidrag til omfanget av prøvingskompetansen, men på bakgrunn av forarbeider og tidligere rettspraksis konkluderte Høyesterett med at forvaltningens anvendelse av vilkåret ikke var underlagt domstolskontroll.³⁹

Ashokdommen, Rt. 2009 s. 1261, gikk noe lenger enn dommen fra året før. Den omhandlet opphold på humanitært grunnlag for en enslig mindreårig gutt etter den tidligere utlendingsloven. Høyesterett viser til uttalelsen i Rt. 2008 s. 681 om at domstolskontrollen begrenser seg prøving av myndighetsmisbruk, men at det relevante spørsmålet er om den særlige forankringen av hensynet til barnets beste i Barnekonvensjonen krever en utvidet domstolsprøving. Flere rettskilder gjennomgås i dommen, med fokus på forholdet mellom folkeretten og norsk rett etter utl § 4, menneskerettsloven §§ 2 og 3, samt en generell kommentar avgitt av FNs Barnekomité. Det var likevel en kommentar til 2008-dommen fra boken «Utlendingsloven» av Terje Einarsen som blir tillagt avgjørende vekt. Førstvoterende siterer fra boken at

«[m]ye taler for at domstolene bl.a. må kunne prøve forvaltningens forståelse av hva begrepet «barnets beste» betyr i denne sammenheng, og at domstolene i tillegg kan – og ex officio skal – føre kontroll med at hensynet til barnets beste uttrykkelig er blitt vurdert og forsvarlig ved opp mot de motstående hensyn i saken».⁴⁰

Høyesterett mener dette er et hensiktsmessig utgangspunkt, og fremholder at

«[d]omstolenes oppgave blir dermed å kontrollere forvaltningens generelle forståelse av begrepet «barnets beste» på det aktuelle saksområdet, og at hensynet blir forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn. Den konkrete vurderingen av barnets beste, og den konkrete interesseavveiningen, hører derimot under forvaltningens frie skjønn.»⁴¹

Dommen Rt. 2012 s. 667 er interessant fordi et sentralt spørsmål var om vedtakstidspunktet eller domstidspunktet skal legges til grunn i gyldighetsvurderingen av Utlendingsnemndas vedtak. Hvor de faktiske forhold etter vedtakstidspunktet har endret seg, kan dette være utslagsgivende til gunst for utlendingen. Førstvoterende Bårdsen uttaler at spørsmålet om domstolskontroll må tilpasses forholdene på det aktuelle forvaltningsområde og vedtakets

³⁹ Rt. 2008 s. 681 (avsnitt 46).

⁴⁰ Rt. 2009 s. 1261 (avsnitt 76) som siterer Terje Einarsen, *Utlendingsloven: med kommentarer*, Bergen 2008 s. 44.

⁴¹ *Ibid* (avsnitt 77).

karakter.⁴² Sakens hovedspørsmål var om domstolene var avskåret fra å vurdere endrete forhold, og om vedtaket, dersom det ble opprettholdt, ville krenke EMK art. 8 og Barnekonvensjonen art. 3.

Bårdsen og tre andre dommere konkluderte med at etterfølgende forhold kunne trekkes inn. Han og en meddommer begrunnet dette med at EMD foretar nåtidsvurderinger, og at dette også må gjelde norsk rett uavhengig om saken gjelder menneskerettslig relevante forhold.⁴³

Dommer Skoghøy mente at domstolsprøving av forvaltningsvedtak generelt må skje på domstidspunktet, med mindre det finnes «særlig hjemmel for noe annet.»⁴⁴ Standpunktet begrunnet han i hensynet til å avsi en materielt riktig dom, jf. tvisteloven § 1-1, samt prosessøkonomiske hensyn. En meddommer sluttet seg til dette standpunkt.

Dissenterende dommer Kallerud mente med henvisning til rettspraksis at vedtakstidspunktet må legges til grunn. Han uttalte at den gjengitte rettspraksis har det grunnsyn at prøving av forvaltningsvedtak er en retrospektiv legalitetskontroll, hvor det sentrale er om vedtaket har slike feil at det må kjennes ugyldig.⁴⁵ Videre mente annenvoterende at det verken av Barnekonvensjonen eller EMK kan utledes en plikt for statene å organisere seg slik at nye bevis må vurderes av de nasjonale domstolene, men heller at ansvaret tilligger utlendingsmyndighetene.⁴⁶ Dommens konklusjon ble med dissens 4-1 at faktum på domstidspunktet må legges til grunn ved overprøving.

På slutten av 2012 kom som sagt plenumsdommene Rt. 2012 s. 1985 og Rt. 2012 s. 2039. Disse vil kommenteres i neste kapittel.

Etter denne gjennomgangen virker det som at utl. § 28 om lovbestemte rettigheter (skal-norm) og § 70 som gjelder en uttrykt forholdsmessighetsvurdering, er gjenstand for en mer omfattende domstolskontroll enn § 38 som gjelder tillatelser (kan-norm).

⁴² Rt. 2012 s. 667 (avsnitt 22).

⁴³ Rt. 2012 s. 667 (avsnitt 30).

⁴⁴ *Ibid* (avsnitt 50).

⁴⁵ *Ibid* (avsnitt 42).

⁴⁶ *Ibid* (avsnitt 45 og 47).

4. Plenumsdommene

Plenumsdommene ble avsagt samme dag, så fokuset vil være på dommen som ble avsagt først. Rt. 2012 s. 1985. Denne dommen behandler domstolskontroll grundigst, mens Rt. 2012 s. 2039 i stor grad kun henviser til forrige dom vedrørende spørsmålet om domstolskontroll.

4.1 Terskelen for domstolskontroll

Den første plenumsdommen, Rt. 2012 s. 1985, hadde to hovedproblemstillinger. Det første sentrale spørsmålet Høyesterett drøftet var om vedtakstidspunktet eller domstidspunktet skal legges til grunn ved vurderingen av om vedtaket er gyldig. Høyesterett konkluderte med 14 mot 5 stemmer på at det er faktum på vedtakstidspunktet som skal være avgjørende.

Neste sentrale spørsmål var rekkevidden av domstolskontrollen av vedtak fattet etter utl. § 38. Førstvoterende formulerer domstolskontrollen i saker som berører barn ved å vise til Ashokdommen, Rt. 2009 s. 1261, gjennomgått i punkt 3.2.3:

«[d]omstolens 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».⁴⁷

Denne rettssetningen sluttet mindretallet seg til, og ble lagt til grunn i Plenumsdom II, Rt. 2012 s. 2039. Høyesterett har dermed kompetanse til å tolke og finne det rettslige innholdet i vilkåret «barnets beste» i utl. § 38 tredje ledd. Domstolen vil på bakgrunn av de ulike rettskildene oppstille en rettsregel om hva det vil si at barnets beste skal vektlegges som et «grunnleggende hensyn», jf. tredje ledd. Videre er det kun *forsvarligheten* av innholdet i vedtaket som settes på prøve, og ikke *forvaltningens konkrete* anvendelse av rettsregelen på faktum i den enkelte sak. Domstolene kan dermed ikke prøve forvaltningens subsumsjon i vedtaket.

Terskelen for domstolskontroll av barnets beste og interesseavveiningen er således klarlagt. I

⁴⁷ Rt. 2012 s. 1985 (avsnitt 146).

neste punkt skal Høyesteretts konkrete prøving av vedtaket i dommen illustreres.

4.2 Flertallet og mindretallets faktiske kontroll av vedtaket

Selv om flertallet og mindretallet har det samme rettslige utgangspunktet for prøving av avslag på opphold etter utl. § 38, skiller de seg i den faktiske overprøvingen av vedtaket.

4.2.1 Plenumsdom I, Rt. 2012 s. 1985

Rt. 2012 s. 1985 omhandler en familie fra Iran. Foreldrene giftet seg i Iran i 2002, og de fikk en sønn i 2003. Mor kom til Norge med sønnen i 2004 og søkte om asyl i desember samme år. Faren kom etter i 2005 og søkte om asyl mai. Alle tre fikk avslag om asyl og opphold på humanitært grunnlag av UDI samme år. Familien klaget på vedtakene. Vedtakene ble ikke omgjort, men de fikk utsatt utreisefrist grunnet sønnens behandling av tuberkulose. Behandling av sønnens sykdom ga senere grunnlag for midlertidig oppholdstillatelse. Foreldrene fikk en datter i 2007. Familien forlot ikke Norge etter utløpet av oppholdstillatelsen, og begjærte omgjøring flere ganger. De fikk siste avslag november 2010. Ved dette avslaget hadde sønnen, som var 7 år og 7 måneder, vært i Norge i nesten 6 år, mens datterens alder og oppholdstid var 3,5 år.

Det er sønnens situasjon som står sentral i flertallets prøving av nemndas vurdering. Førstvoterende, dommer Webster, siterer i stor grad vedtaket, noen steder uten å kommentere det. Hun mener at forvaltningens lovtolkning er korrekt, samt at en forsvarlighetskontroll av å returnere barna til Irak er foretatt. Flertallet mener at det ikke foreligger mangler ved skjønnet som kan lede til ugyldighet, og at avgjørelsen ikke bygger på en uriktig forståelse av Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1, selv om UNEs tolkning ikke fremgår av dommen.

Dommer Webster er enig med nemnda i at den midlertidige oppholdstillatelsen har visse likhetstrekk med tidsbegrensede oppholdstillatelser, som studietillatelser. Det eneste Webster er kritisk til i vedtaket er at den manglende utreisen etter at den midlertidige oppholdstillatelsen opphørte karakteriseres som et «grovt tillitsbrudd».⁴⁸

Flertallet er tilbakeholden i sin prøving, og foretar domstolskontrollen ut i fra UNEs begrunnelse i vedtaket. Høyesterett utøver en forsvarlighetskontroll, slik som tilnærmingen til vedtak etter utl. § 38 tradisjonelt har vært. Ut i fra den oppstilte terskelen blir gjennomgangen dermed mer formalistisk. Flertallet synes litt strengere vedrørende forvaltningens vurdering

⁴⁸ Rt. 2012 s. 1985 (avsnitt 162).

av barnets beste.⁴⁹ Dette samsvarer med utlendingsforskriften § 17-1a, som skjerper kravet til begrunnelse i vedtak som omhandler barn.

Mindretallet har en annen tilnærming til vedtaket. Annenvoterende Bårdsen er uenig i UNEs karakterisering av manglende utreise som en «grov overtredelse av utlendingsloven» og den selvstendige vekten dette gis.⁵⁰ Han mener dette er uforenlig med at botid etter endelig avslag også skal telle med. Å videre karakterisere foreldrenes fortsatte opphold som et «grovt tillitsbrudd» mener han er lite treffende. Mindretallets votum uttrykker at vedtakets begrunnelse skaper betydelig tvil om hensynet til sønnen har blitt vektlagt som så grunnleggende som Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. krever. Mindretallet kjenner vedtaket ugyldig.

Mindretallet er mer aktiv i overprøvingen, og har en mer kritisk tilnærming enn flertallet. For meg virker det som at annenvoterende noen steder foretar en selvstendig vurdering av sønnens interesser og hvordan disse skal avveies opp mot familiens ulovlige opphold. Dette skiller seg fra rammene for domstolskontroll både flertallet og mindretallet oppstilte.

Således blir det en spenning mellom mindretallets utgangspunkt om en forsvarlighetsprøving og mindretallets faktiske overprøving. Det kan dermed stilles spørsmål ved om mindretallet egentlig anser skjønnet som like fritt som han uttrykker.

Det må også påpekes et spenningsforhold i selve det rettslige utgangspunktet for prøvingen, som Høyesterett slutter seg til med henvisning til Ashokdommen:

«[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».⁵¹

Det er vanskelig å forstå hvordan domstolene skal kunne kontrollere at hensynet til barnets beste er forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn uten å prøve forvaltningens konkrete skjønnsutøvelse. Skal det kontrolleres om barnets beste er vektlagt som et grunnleggende hensyn kreves det en viss materiell vurdering. En innbyrdes motstrid

⁴⁹ Rt. 2012 1985 (avsnitt 146, 150 og 165).

⁵⁰ *Ibid* (avsnitt 208).

⁵¹ *Ibid* (avsnitt 146).

finnes derfor i Høyesteretts resonnement.

Gjennomgangen viser at det foretas en forsvarlighetsprøving av vedtak i saker om lengeværende asylbarn, mens for utvisningsvedtak etter utl. § 70 prøver domstolene forvaltningens forholdsmessighetsvurdering. Forskjellen mellom en forsvarlighetsvurdering og en forholdsmessighetsvurdering synes å være at i førstnevnte kontrollerer domstolene forvaltningens begrunnelse i vedtaket, mens domstolene i sistnevnte prøver om forvaltningens skjønnsutøvelse er holdbar og foretar en selvstendig vurdering hvor den er mangelfull. Dette skillet kan begrunnes i at forholdsmessighetsbegrensningen fremgår direkte av lovteksten i utl. § 70 i motsetning til interesseavveiningen i utl. § 38, jf. førstvoterendes uttalelse i Rt. 2008 s. 560 vist i punkt 3.2.2, samt at utvisning har et mer pønalt preg slik at rettssikkerhetshensyn slår inn. Forsvarlighetsvurderingen kan gjerne sammenlignes med domstolenes kontroll av om vedtaket inneholder saksbehandlingsfeil, siden det i begge tilfeller er begrunnelsen som prøves.

4.2.2 Plenumsdom II, Rt. 2012 s. 2039

Familien i Rt. 2012 s. 2039 kom til Norge fra Bosnia-Hercegovnia i februar 2003, hvor de søkte asyl og fikk en datter i september samme år. Asylsøknadene ble avslått i november 2003. Familien begjærte flere ganger omgjøring av vedtaket til Utlendingsnemnda, på bakgrunn av datterens tilknytning til landet. Siste avslag ble fattet mai 2010, og familien varslet UNE om at det ville bli reist søksmål for retten med prøving av gyldigheten av dette vedtaket. Et varsel om søksmål regnes etter UNEs retningslinjer som en anmodning om omgjøring. UNE avgjorde anmodningen med avslag i desember 2010. Søksmålet for tingretten gjelder dermed vedtakene av mai og desember 2010. Datteren var da 7 år og 3 måneder.

Dommer Matningsdal gjengir deler av vedtaket som omhandler hensynet til datteren, men uttrykker at vedtaket har enkelte svakheter i sin oppbygning. Likevel finner flertallet det ikke tvilsomt at UNE har tolket utl. § 38 korrekt, og at hensynet til datteren er forsvarlig vurdert opp mot de innvandringsregulerende hensyn. Flertallet er som i Plenumsdom I tilbakeholden i prøvingen.

Annenvoterende, dommer Bårdsen, kommenterer at vedtaket er «lite konkret og mindre informativt» vedrørende datteren.⁵² Han mener at det ikke entydig fremgår om

⁵² Rt. 2012 s. 2039 (avsnitt 108).

Utlendingsnemnda vurderte datterens tilknytning så sterkt at det isolert sett tilsa oppholdstillatelse for henne. Videre kommenteres mangelen på en bestemt konklusjon om hva som er datterens beste i saken.

Dommer Bårdsen fremhever at «ulovlig opphold og manglende medvirkning til utreise kan vektlegges ved avveiningen etter Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, men at den løsning som best tjener lengeværende barn med sterk tilknytning til riket 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».⁵³ Da UNE har gitt innvandringsregulerende hensyn størst vekt, mener annenvoterende at det da er usikkert om nemnda har bygget på riktig avveiningsnorm, og at begrunnelsen skaper tvil om hensynet til barnets beste er blitt behandlet som så grunnleggende som Barnekonvensjonen krever. Vedtaket kjennes derfor ugyldig av mindretallet.

⁵³ *Ibid* (avsnitt 112).

5. En utvidet adgang til domstolskontroll?

Som drøftet i forrige kapittel, ble domstolskontrollen av vedtak om avslag på opphold etter utl. § 38 avklart i plenumsdommene fra 2012. I skrivende stund har det gått ca. to og et halvt år siden domsavsigelsen, og nye rettskilder har kommet til. Som vist i kapittel 3 skulle domstolene tidligere være tilbakeholdne med å overprøve rettsanvendelsen til forvaltningen både på asylfeltet og i saker om utvisning, men dette snudde i henholdsvis 2010 og 1998. De nye rettskildene vil nå undersøkes for å vurdere om domstolskontrollen i saker om lengeværende asylbarn kan bli dypere enn hva Høyesterett kom til i 2012. Spørsmålet er om domstolene per dags dato kan prøve den konkrete vurderingen av barnets beste, samt interesseavveiningen i utl. § 38.

5.1 Kan Rt. 2015 s. 93 medføre en mer omfattende domstolskontroll av utl. § 38?

Spørsmålet om nye rettskilder kan tilsi dypere domstolskontroll vurderes først ut i fra en avgjørelse fra Høyesterett avsagt i januar 2015.

Rt. 2015 s. 93, Mariadommen, omhandler vedtak om utvisning på bakgrunn av ulovlig opphold etter avslag på asyl, samt avslag på søknad om familiegjenforening for en kenyansk kvinne. Kvinnen hadde brutt utlendingsloven ved å oppgi uriktig identitet og ved å oppholde seg ulovlig i Norge. Kvinnen hadde et barn med en norsk mann. Datteren var norsk statsborger, og var på vedtakstidspunktet tre år. Vedtaket mot moren ville resultere i at hun måtte ta med seg datteren tilbake til Kenya eller overlate henne til barnevernet i Norge, da faren hadde frasagt seg foreldreansvaret.

Dommens hovedspørsmål var om utvisning av moren medførte en krenkelse av datterens menneskerettigheter, som følge av at hun måtte forlate Norge og dra til Kenya. Høyesterett vurderte utvisningsvedtaket opp mot Grl. § 102 som verner retten til privatliv. Bestemmelsen er bygget opp etter mønster fra EMK art. 8. Det følger av Grl. § 102 første ledd første punktum at

«Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon.»

Høyesterett uttalte at domstolene har full kompetanse i utvisningssaker, også når de gjelder de

«skjønnsmessige elementene».⁵⁴ Som vist i kapittel 3 betyr dette at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også forvaltningens rettsanvendelse. Høyesterett foretok en selvstendig vurdering av om utvisningsvedtaket var uforholdsmessig overfor datteren.

Førstvoterende tok utgangspunkt i utlendingsmyndighetenes vedtak, men uttalte at datterens situasjon var dårlig belyst der og foretok heller en selvstendig vurdering av vedtakets betydning for datteren. Førstvoterende la i den konkrete forholdsmessighetsvurderingen stor vekt på at datteren hadde norsk statsborgerskap. Datterens hadde gjennom sitt statsborgerskap en tilknytning til Norge som utgjorde et «privatliv» som var vernet av Grl. § 102.

Utvisningsvedtaket mot moren representerte derfor et inngrep i datterens privatliv da hun også må forlate landet.⁵⁵

Selv om Grl. § 102 ikke stiller opp noen begrensninger i retten til respekt for sitt privatliv, uttalte førstvoterende Bårdsen at grunnlovsvernet ikke kan være absolutt. Høyesterett stilte i en tidligere dom, Rt. 2014 s. 1105, opp et krav om lov, formål og forholdsmessighet for at inngrep kan tillates, vilkår som er i tråd med de internasjonale bestemmelsene. Grl. § 102 er vedtatt etter samme mønster som EMK art. 8 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter art. 17 (SP) og da måtte det etter førstvoterendes syn også etter grunnlovsbestemmelsen være hjemmel for å gripe inn i disse rettighetene.⁵⁶ Det kan også tilføyes at det i rapporten fra Menneskerettsutvalget (Lønning-utvalget), som ble nedsatt for å utrede vedtakelse av en menneskeretskatalog i Grunnloven, var foreslått en generell bestemmelse i § 115 som satte begrensninger for de ulike rettighetene.⁵⁷ Høyesterett vurderte så om inngrepet i datterens privatliv utgjorde et uforholdsmessig tiltak.

Etter å ha fastslått begrensningene for et inngrep i privatlivet etter Grl. § 102, vurderte Høyesterett datterens tilknytning til Norge, samt retursituasjonen i Kenya, for å avgjøre om et inngrep i hennes privatlivet ville være et uforholdsmessig tiltak.

I denne forholdsmessighetsvurderingen la Høyesterett stor vekt på hensynet til barnets beste, jf. Grl. § 104 andre ledd og Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. Her trumfet datterens statsborgerskap og faktiske tilknytning til Norge de hensyn som tilsa at moren skulle utvises. Det var datteren som ble rammet hardest av utvisningsvedtaket, og hensynet til hennes beste mente domstolen måtte veie langt tyngre enn hva Utlendingsnemnda hadde lagt til grunn i vedtaket. Da Høyesterett anså utvisningsvedtaket for å være uforholdsmessig, ble dette, samt

⁵⁴ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 43).

⁵⁵ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 70).

⁵⁶ *Ibid* (avsnitt 60).

⁵⁷ Dok.nr.16 (2011-2012), pkt. 13.6, s. 76.

avslaget på familieforening, kjent ugyldig.

Som fremhevet var statsborgerskapet til datteren avgjørende for at hun hadde et privatliv i Norge. De lengeværende asylbarna vil åpenbart ikke være norske statsborgere. Mange har likevel en så lang oppholdstid i Norge, med relasjoner opparbeidet i barnehage, på skole og gjennom fritidsaktiviteter, at de vil ha en *faktisk* tilknytning til landet. Mariadommen kan synes litt uklar i om forholdsmessighetsvurderingen foretas etter utl. § 70 eller etter den innfortolkede forholdsmessigheten i Grl. § 102. Førstvoterende sier i avsnitt 55 at de ankende parter har gjort gjeldende at utvisningsvedtaket strider mot Grunnloven § 102 sammenholdt med EMK artikkel 8, Grunnloven § 104 sammenholdt med Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og utlendingsloven § 70. Etter å ha gjennomgått alle rettsgrunnlagene, avslutter han med å uttale at det som hittil har blitt sagt om innholdet i Grunnloven § 102 og § 104 og EMK artikkel 8, jf. Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, også virker styrende for forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 70.

Det synes som at paragraf 70 nevnes nærmest i en bisetning, da ordlyden ikke gjengis, tolkes eller kommenteres selv om utvisningsvedtaket har hjemmel i utl. §§ 66 og 70. Den konkrete vurderingen Høyesterett foretar av utvisningsvedtaket tar utgangspunkt i at det foreligger et inngrep som har hjemmel i lov, er begrunnet i et legitimt formål, og at den nærmere vurderingen blir om utvisningen av datteren er forholdsmessig. En slik oppbygning av vurderingen finnes ikke i utlendingsloven § 70, men finnes i Grl. 102 etter mønster fra EMK art. 8. Siden dommen fokuserer i så stor grad på at det foreligger et inngrep i datterens privatliv, må dommen være avsagt med Grl. § 102 som rettslig grunnlag.

Spørsmålet blir da om et lengeværende asylbarn ha fått en så sterk tilknytning til Norge at det kan etablere et privatliv som er vernet av EMK art. 8 nr. 1. og Grl. § 102 første ledd første punktum.

5.1.1 Kan lengeværende asylbarn etablere et «privatliv» i Norge, jf. Grl. § 102 og EMK art. 8 nr. 1?

Vi nå skal nå inn i Grunnloven for å vurdere om hva som ligger i ordlyden «privatliv».

Grunnloven § 102 første ledd første punktum lyder

«Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon.»

Ved tolkning av Grunnloven vil det være naturlig å ta bestemmelsens alder i betraktning for å

avgjøre innholdet i en bestemmelse. Grunnloven § 102 kom til i 2014, slik at ordlyden kan tolkes etter dagens språkbruk. Det fremkommer av forarbeidene til menneskerettskatalogen i Grunnloven at rettighetsbestemmelsene skal tolkes i lys av EMK og EMDs praksis. Internasjonale menneskerettighetskonvensjoner og praksis fra internasjonale domstoler kan utgjøre «tungtveiende faktorer» ved tolkningen av rettighetsvernet i Grunnloven.⁵⁸

Som for annen lovtolkning, vil tolkningen av en grunnlovsbestemmelse starte med dens ordlyd. En naturlig forståelse av ordlyden «privatliv» er at man innenfor visse rammer kan holde sine aktiviteter og relasjoner avskjermet fra omverdenen. Hva som ligger i bestemmelsens «... sitt hjem og sin kommunikasjon» kan bidra til å klargjøre disse rammene. Personlig utvikling synes å falle under begrepet, men utvikling av relasjoner til andre må også omfattes. Ordlyden er vid, så andre rettskilder behøves for å avklare innholdet.

Forarbeidene til grunnlovsbestemmelsen fokuserer på retten til personvern og retten til privatlivets fred, og gir ikke bidrag til tolkningen av ordlyden «privatliv». Da betydningen av internasjonale konvensjoner og praksis understrekes i forarbeidene, må ordlyden tolkes slik EMD gjør etter EMK art. 8, noe også Høyesterett gjorde i Mariadommen. I dommen uttaler Høyesterett at bestemmelsen skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, nærmere bestemt EMK art. 8 og SP art. 17. Høyesterett uttaler at begrepet «privatliv» favner vidt. Likevel, begrepet omfatter den «fysiske og psykiske *integritet*, alle de ulike elementene i den enkeltes *identitet* i videste forstand, og den *personlige autonomi*».⁵⁹ Videre, retten til «respekt» for privatliv betyr et vern mot uberettigede offentlige inngrep.⁶⁰ Ordlyden omfatter dermed retten til respekt for seg selv og sin person, samt egenutvikling og selvbestemmelsesrett.

I Plenumsdom II krevde familien fastsettelsesdom på at utsendelse av familien krenket datterens privatliv etter EMK art. 8. For tolkning av ordlyden «privatliv» viste Høyesterett til EMD-dommen *Üner mot Nederland*, som omhandlet utvisning av en tobarnsfar. I dommen uttales det at artikkel 8 beskytter «the right to establish and develop relationship with other human beings and the outside world».⁶¹ Da omfatter ordlyden ikke bare retten til personlig utvikling, men også utviklingen av relasjoner til andre mennesker.

Spørsmålet om utlendingers etablering av privatliv var oppe for EMD i saken *Butt mot Norge* som ble avsagt i 2012 kun noen dager før behandlingen av plenumsdommene.⁶² Dommen

⁵⁸ Dok.nr.16 (2011-2012), pkt. 15.2.1, s. 88, og pkt. 15.4, s. 91.

⁵⁹ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 58).

⁶⁰ *Ibid* (avsnitt 59).

⁶¹ Rt. 2012 s. 2039 (avsnitt 70), jf. EMDs dom 18. oktober 2006 *Üner mot Nederland* avsnitt 59, EMDN-1999-4641.

⁶² EMDs dom 4. desember 2012 *Butt mot Norge*, EMDN-2009-47017.

omhandlet returnering av to personer som kom til Norge fra Pakistan med sin mor i 1989, da var barna 3 og 4 år gamle. Barna ble i 1991 innvilget oppholdstillatelse, men samme år returnerte moren og barna til hjemlandet. De kom tilbake til Norge i 1995, og samme år fikk de innvilget bosettingstillatelse. Utlendingsmyndighetene var ukjent med oppholdet i Pakistan de siste fire årene, og da dette ble kjent i 1999 ble tillatelsen trukket tilbake. Etter dette oppholdt barna seg ulovlig i landet. Moren forsvant ved årsskiftet 2000/2001, og først i 2004 fikk barna kontakt med henne da hun på dette tidspunkt ble innlagt på sykehus. I denne perioden hadde barna bodd hos sin onkel og tante i Oslo. Moren ble utsendt til Pakistan i 2005, og i 2007 døde hun. Søskenparet var på tidspunktet for domsavsigelsen ved EMD 26 og 27 år gamle. Søskenparet var besluttet utvist på grunn av kriminelle handlinger.

EMD uttalte at søsknene ble ansett å ha en slik tilknytning til Norge, at de i utgangspunktet var vernet av EMK art. 8 nr. 1 om privatliv.⁶³ Likevel, presiserte EMD at det etter praksis er av stor betydning at man er en «settled migrant». Domstolen viste til dommene *Üner mot Nederland* og *Maslov mot Østerrike* hvor EMD uttaler at det kreves lovlig opphold for å anses som en etablert innvandrers.⁶⁴ EMD konkluderte i *Butt mot Norge* at selv om søskenparets personlige og sosiale tilknytning var sterk, kunne de ikke anses som «settled migrants» da deres opphold var ulovlig.

Det fremgår likevel av dommen at personer uten lovlig opphold *kan* etablere et privatliv i landet de oppholder seg i.⁶⁵ Søskenparet ble ansett å ha etablert et slikt privatliv. I slike tilfeller vil utvisning fra landet «in exceptional circumstances» kunne krenke EMK art. 8.⁶⁶ EMD uttalte i denne sammenheng at innvandringsregulerende hensyn tilsier at barn som utgangspunkt må identifiseres med sine foreldre hvor sistnevnte har brutt utlendingsloven, men at «the need to identify children with the conduct of their parents could not always be a decisive factor (...)».⁶⁷ Terskelen for å anse at det foreligger «exceptional circumstances» er derfor ikke helt klar. I den aktuelle saken ble det vektlagt at søskenparet hadde uvanlig lang oppholdstid i Norge, og at det tok svært lang tid før utlendingsmyndighetene tilbakekalte bosettingstillatelsen. Barna kunne heller ikke klandres for å ikke ha skaffet reisedokumenter til Pakistan, da de før myndighetsalder var avhengig av moren som var forsvunnet. Videre hadde utlendingsmyndighetene forholdt seg passiv etter at søskenparet hadde blitt myndig, og ikke forsøkt å returnere dem til Pakistan. EMK art. 8 var i dette tilfellet krenket.

⁶³ EMDN-1999-47017 (avsnitt 76).

⁶⁴ EMDN-1999-46410 og EMDs dom 23. juni 2008, *Maslov mot Østerrike*, EMDN-2003-1638.

⁶⁵ EMDN-1999-47017 (avsnitt 76).

⁶⁶ *Ibid* (avsnitt 78).

⁶⁷ *Ibid* (avsnitt 80).

En utlending kan dermed være vernet av EMK art. 8, selv om oppholdet er ulovlig. Det kan tilsi at lengeværende asylbarn kan etablere et privatliv etter art. 8 nr. 1. Spørsmålet blir om et lengeværende asylbarn kan etablere et privatliv etter Grl. § 102.

Førstvoterende i Mariadommen kommenterte forholdet mellom EKM art. 8 og Grl. § 102 vedrørende vilkåret «privatliv»: Selv om grunnlovsbestemmelsen skal tolkes i lys av folkerettslige kilder, så er det Høyesterett, og ikke de internasjonale håndhevingsorganene, som har ansvaret for å «tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.»⁶⁸ Med denne uttalelsen åpner Høyesterett opp for at Grl. § 102 kan tolkes på en annen måte enn EMK art. 8, hvilket vil bety en lavere terskel for å oppnå «privatliv» etter grunnlovsbestemmelsen. Siden Norge etter menneskerettsloven har forpliktet seg til å tolke norske bestemmelser i tråd med våre internasjonale forpliktelse, jf. menneskerettsloven § 3, vil det si at personer ikke kan gis dårligere vern etter Grunnlovsbestemmelsen enn etter våre internasjonale forpliktelser.

At Høyesteretts uttalelse må forstås som at Grunnloven har større rekkevidde, bekreftes når Dommer Bårdsen i samme setning sier at «fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkning som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene».⁶⁹ Det fremkommer også i Lønning-utvalgets rapport om Grunnlovsrevisjonen at utvalget har tillit til at Høyesterett tolker og avgjør hvor stor vekt konvensjonsbestemmelsene skal ha ved grunnlovstolkning, slik at det er ingen grunn til å grunnlovsfeste hvordan menneskerettsbestemmelsene skal fortolkes.⁷⁰

Mariadommen er den eneste Høyesterettsdommen som er avsagt innen utlendingsretten hvor Grl. § 102 benyttes. Siden datteren hadde statsborgerskap, kom spørsmålet om lovlig eller ulovlig opphold ikke på spissen i tolkningen av vilkåret «privatliv». Det er uklart om Høyesterett vil benytte seg av EMDs begrepsbruk i kommende saker, nærmere bestemt begrepet «settled migrant».

I kommende saker om lengeværende asylbarn kan det tenkes at Høyesterett vil vurdere «privatliv» isolert sett gjennom faktisk tilknytning, eller at domstolen foretar en vurdering av om asylbarnet er å anse som en «settled migrant» etter mønster fra EMD. Det er dermed usikkert om Høyesterett vil ta utgangspunkt i EMDs praksis, eller om det foretas en autonom tolkning. Etter uttalelsene i Mariadommen synes det som at Høyesterett i alle fall etter hvert

⁶⁸ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 57).

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Dok.nr.16 (2011-2012), pkt. 15.4, s. 91.

vil utvikle et eget innhold av vilkåret.

Det lengeværende asylbarnets tilknytning til landet vil uansett være relevant. At barnets tilknytning til landet skal tas hensyn til, er presisert i utlendingsforskriften §§ 8-5. Denne ble revidert i desember 2014.⁷¹ Forskriftsbestemmelsen om krav til begrunnelse i vedtak som omhandler barn, § 17-1a, ble endret samtidig. Det skal fremgå av utlendingsmyndighetens vedtak hvilke vurderinger som har blitt foretatt av barnets situasjon, jf. første ledd bokstav a). Begge disse forskriftsbestemmelsene er relevante ved vurderingen av om det foreligger «sterke menneskelige hensyn» som gir grunnlag for opphold etter utl. § 38.

Utlendingsnemnda har skapt en praksis om at dersom et barn har fire års opphold og ett års skolegang, skal det i utgangspunktet være tilstrekkelig til å danne grunnlag for oppholdstillatelse.⁷²

Ved vurderingen av om det lengeværende asylbarnet har et «privatliv», jf. Grl. § 102, vil nok UNEs praksis være et utgangspunkt for Høyesterett. Likevel, siden Høyesterett uttaler at de selv har ansvar for tolkning og utviklingen av Grunnlovens menneskerettsbestemmelser, vil de nok tilkjenne seg fleksibilitet ved anvendelsen av vilkåret.

Siden Høyesterett ikke har besvart dette spørsmålet enda, kan det ikke konkluderes sikkert på om et lengeværende asylbarn gjennom sin faktiske tilknytning vil anses å ha etablert et «privatliv» i Norge, jf. EMK art. 8 nr. 1 og Grl. § 102. Resten av vurderingen i punkt 5.1 vil derfor besvares forutsatt et bekræftende svar på spørsmålet.

5.1.2. Dersom et lengeværende asylbarn kan etablere et privatliv, jf. Grl. § 102, hvor vil terskelen for forholdsmessighetsvurderingen gå?

Et vedtak om avslag på opphold etter utl. § 38 betyr at barnet innen kort tid må bryte opp fra sin vante tilværelse i Norge, og forlate barnehage eller skole og venner. Et påbud om utreise er å anse som et inngrep i privatlivet etter EMK art. 8.⁷³ Det samme må gjelde for Grl. § 102 også, da Grunnloven ikke kan gi dårligere vern enn EMK, jf. punkt 5.1.1. Siden et slikt påbud om utreise vil utgjøre et inngrep i det lengeværende asylbarnets privatliv, vil Høyesterett i en slik sak måtte vurdere om avslaget på opphold er forholdsmessig.

Før en sak kan vurderes konkret, må terskelen for forholdsmessighetsvurderingen avklares.

⁷¹ Forskrift om endring i utlendingsforskriften (varig ordning for lengeværende asylbarn og begrunnelse i vedtak som berører barn), 8. desember 2014 nr. 1519.

⁷² Meld.St. 27 (2011–2012), *Barn på Flukt*, s. 52.

⁷³ Aall, *Rettsstat og Menneskerettigheter*, s. 109.

Praksis fra EMD vil først bli vurdert, før spørsmålet blir hvilken terskel Høyesterett vil stille opp.

I Buttsaken var det spørsmål om «exceptional circumstances» tilsa at utreisepålegget krenket EMK art. 8. Terskelen virker ikke helt klar, jf. punkt 5.1.1, men den synes svært høy, jf. «exceptional». Det virker som at det i denne saken kreves mer for at utsendelsen skal anses som uforholdsmessig enn etter andre saker for EMD, hvor det foretas en ordinær forholdsmessighetsvurdering.

I Ünersaken uttaler EMD at det er en rekke kriterier som er relevante for forholdsmessighetsvurderingen. Disse kriteriene er hentet fra saken *Boultif mot Sveits* som omhandlet nektelse av å fornye en oppholdstillatelse, på bakgrunn av søkerens kriminelle handlinger.⁷⁴ Relevante kriterier er blant annet lengden på oppholdet, familiesituasjonen hvor det er tale om at utvisning vil føre til familiesplittelse, samt alvorligheten av og tidsforløpet siden den kriminelle handlingen.⁷⁵ Dommeren i Ünersaken trakk spesielt frem hensynet til barnets beste og den sosiale, kulturelle og familiære tilknytningen til vertslandet og returlandet.

Disse to dommene omhandlet utvisningsvedtak mot en voksen mann som hadde lovlig opphold i landet, altså var å anse som en «settled migrant». Da kreves det tydeligvis ikke slike eksepsjonelle omstendigheter for at utvisningen skal anses som uforholdsmessig.

I Buttsaken vektlegges det nemlig om utlendingen ved etableringen av privat- eller familielivet visste at dette ville kunne opphøre på grunn av det ulovlige oppholdet. Her uttalte EMD at hvor utlendingen var klar over dette, vil utsendelse kun i eksepsjonelle tilfeller være uforholdsmessig. Det ble i dommene *Kaplan og andre mot Norge* og *Jeunesse mot Nederland* også krevd at det forelå «exceptional circumstances».⁷⁶

Kaplansaken gjaldt utvisning med fem års innreiseforbud for en far med kone og tre barn som hadde oppholdstillatelse i Norge, yngstedatteren med autisme. Saken omhandlet en situasjon hvor utvisning medførte familiesplittelse, da vedtaket var rettet kun mot faren. Vedtaket var truffet på grunn av kriminelle handlinger. Siden den yngste datteren var avhengig av hans omsorg, kom EMD til at slike eksepsjonelle omstendigheter forelå, og art. 8 var krenket. Jeunessesaken gjaldt også familiesplittelse, hvor en kvinne hadde hatt ulovlig opphold i

⁷⁴ EMDs dom 2. august 2001, *Boultif mot Sveits*, EMDN-2000-54273.

⁷⁵ EMDN-1999-46410 (avsnitt 57-59).

⁷⁶ EMDs dom 24. juli 2014, *Kaplan og andre mot Norge* EMDN-2011-32504 og EMDs dom 3. oktober 2014, *Jeunesse mot Nederland*, EMDN-2010-12738.

Nederland. Det forelå brudd på utlendingsloven, og det ble truffet pålegg om utreise. Vedtaket var rettet kun mot kvinnen som hadde mann og tre barn. Kvinnen var barnas primære omsorgsperson, og barna var tett knyttet til Nederland. Vedtaket om utsendelse av kvinnen ble ansett som uforholdsmessig, og art. 8 var krenket.

Det kan sluttet av disse dommene at EMD dermed krever eksepsjonelle omstendigheter for å anse art. 8 som krenket hvor det foreligger ulovlig opphold. I saker om lengeværende asylbarn vil det foreligge ulovlig opphold, og EMD vil nok derfor kreve at det foreligger «exceptional circumstances» før art. 8 anses som krenket. Siden det heller ikke er snakk om en situasjon om familiesplittelse, vil nok ikke EMD lempe på denne terskelen. Så langt finnes det ikke rene tilfeller om lengeværende asylbarn med ulovlig opphold for EMD hvor hele familien har blitt sendt ut av landet.

Likevel, i sakene om lengeværende asylbarn vil et utreisepålegg være rettet direkte mot barnet, og siden barnet er mindreårig må hensynet til barnets beste vektlegges som et grunnleggende hensyn i forholdsmessighetsvurderingen, jf. Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. Hensynet til barnets beste var ikke relevant i Buttsaken, da søsknene var blitt voksne, henholdsvis 26 og 27 år. Dette kan forklare den strenge forholdsmessighetsvurderingen i den saken. Selv om Kaplansaken gjelder familiesplittelse, viser dommen at foreldrene identifiseres med barnets beste, og ikke omvendt slik UNE ofte argumenterer for i sine vedtak om lengeværende asylbarn. I den senere tiden har EMD i utlendingssaker lagt større vekt på barnets beste enn tidligere.⁷⁷ Denne utviklingen må ha betydning for saker om lengeværende asylbarn, og ikke kun for situasjoner hvor familiesplittelse skjer.

Gjelder et vedtak barnet direkte og dersom EMD vurderer barnet selvstendig, kan det tenkes at domstolen lempet på kravet til kunnskap om det ulovlige oppholdet. Hvor barnet er i en slik alder at det ikke kan forventes å ha et bevisst forhold til sitt eget ulovlige opphold, kan det være at domstolen ikke krever at det foreligger eksepsjonelle omstendigheter. Om en ordinær forholdsmessighetsvurdering hadde blitt foretatt betviles, siden barnet ikke er en «settled migrant».

Det er vanskelig å vite hvor tett Høyesterett vil knytte seg til EMDs terskler og begrepsbruk. Det kan nok påregnes at Høyesterett i de første sakene om Grl. § 102 vil knytte vurderingene til EMDs praksis ved fastlegging av terskelen i forholdsmessighetsvurderingen. Etterhvert vil nok Høyesterett, med hensyn til uttalelsene i Mariadommen om en autonom tolkning av

⁷⁷ Rt. 2015 s 93 (avsnitt 67).

menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven, gjerne fastlegge en egen terskel. Det er mulig at dermed ikke kreves eksepsjonelle omstendigheter for å anse Grl. § 102 for krenket i saker om lengeværende asylbarn.

5.1.3 Vil Høyesterett kontrollere om vedtaket er forholdsmessig, jf. Grl. § 102?

Uansett hvilken terskel Høyesterett vil legge seg på vurderingen av forholdsmessighet, er det mest interessante spørsmålet om domstolene vil prøve vedtakets forholdsmessighet, jf. Grl. § 102.

I Mariadommen hvilte forholdsmessighetsvurderingen på Grl. § 102, nærmere bestemt den innfortolkede forholdsmessighetsvurderingen i § 102, på bakgrunn av EMK og SP. Vedtaket om utvisning var fattet etter utl. § 70, men overprøvd og kjent ugyldig på et annet rettsgrunnlag, nemlig Grl. § 102. I saker om lengeværende asylbarn treffes vedtak etter utl. § 38, men dommen kan tas til inntekt for at vedtaket kan bli overprøvd etter Grl. § 102. Det vil fremdeles bli en avveining mellom barnets tilknytning til Norge og nødvendigheten av å håndheve innvandringspolitikken, men det er en helt annen rettssetning om overprøving enn den som har eksistert om opphold på humanitært grunnlag. Tidligere har domstolene tradisjonelt holdt seg unna en slik prøving, men heller begrenset seg til lovtolkning og en forsvarlighetsvurdering av utlendingsmyndighetenes vedtak, jf. plenumsdommene. En selvstendig prøving foretatt av domstolene slik som rettbildet nå kan forstås som har ikke tidligere skjedd.

Med et slikt utgangspunkt oppstår det tre spørsmål. Det første spørsmålet er om prøving av forvaltningens forholdsmessighetsvurdering etter Grl. § 102 knytter seg til type vedtak. I Mariadommen uttaler førstvoterende Bårdsen at domstolene har full kompetanse til å overprøve vedtaket i *utvisningssaker*. Det synes dermed som at overprøvingen knytter seg til typen vedtak som prøves, og at vedtak fattet etter utl. § 38 fremdeles ikke vil bli prøvd.

Likevel, dommen gjelder ikke bare utvisning, den gjelder også avslag om familiegjenforening, jf. dommens innledning. Høyesterett konkluderer med at også dette vedtaket er ugyldig. Det kan tilsi at overprøvingskompetansen ikke utelukkende knytter seg til hvilket type vedtak som foreligger, men at det knyttes til rettsgrunnlaget det behandles etter. Siden forholdsmessigheten er innfortolket i Grl. § 102 tilsier det at den skal prøves, jf. rettsetningen i Rt. 2008 s. 560 om at hvor forholdsmessighetsvurderingen fremgår av

rettsgrunnlaget kan domstolene prøve denne. Dersom et vedtak fattet etter § 38 blir prøvd under Grl. § 102, tilsier det at domstolene vil prøve forholdsmessigheten i vedtaket.

Selv om det er forholdsmessigheten etter Grl. § 102 som prøves, og ikke interesseavveiningen i utl. § 38, må det likevel presiseres at de samme momentene vil være relevante. Det vil foretas en avveining av det lengeværende asylbarnets tilknytning til Norge og samfunnsinteressen i å nekte opphold, som vil være kontroll av innvandring og å ikke premiere utlendinger har brutt utlendingsloven ved å fortsatt bli værende i Norge. Det andre spørsmålet blir da om forholdsmessigheten etter Grl. § 102 likevel vil bli prøvd, på grunn vurderingen av politiske hensyn. De innvandringsregulerende hensyn synes å være mer fremtredende i vedtak etter utl. § 38 enn etter utl. § 70, og det spørres om Høyesterett vil kvie seg for å foreta slike politiske vurderinger. Høyesterett sin oppgave er å håndheve rett, og ikke politikk, slik at domstolene vil kunne begrunne en tilbakeholdenhet i at slike skjønsmessige vurderinger tilligger forvaltningen å foreta.

Det tredje spørsmålet er om vurderingen av forholdsmessigheten ut i fra en menneskerettsbestemmelse som Grl. § 102 vil foretas på vedtakstidspunktet eller domstidspunktet. Når en sak kommer opp for EMD prøves saken ut i fra domstidspunktet, og dette betyr at alle sider av saken blir prøvd fullt ut. Også for norske domstoler kan partene påberope at det foreligger brudd på EMK, og da er det også situasjonen når saken tas opp til doms som er avgjørende.⁷⁸ Dette gjelder imidlertid fastsettelsessøksmål, også kalt håndhevelsessøksmål, hvor det prøves om det foreligger brudd på noen av konvensjonsrettighetene.

Det denne oppgaven omhandler er imidlertid *gyldighetsspørsmålet* av vedtak. Det fremkommer av plenumsdommen at «domstolenes prøving av et forvaltningsvedtaks gyldighet også i saker som berører menneskerettigheter, herunder utlendingssakene, må knytte seg til faktum på vedtakstidspunktet.»⁷⁹ Dette standpunktet ble fulgt opp i Mariadommen, og det vil antas at Høyesterett følger opp dette også i fremtiden.⁸⁰

I en sak om lengeværende asylbarn hvor spørsmålet er om vedtaket krenker Grl. § 102, kan det etter dette tenkes at Høyesterett er tilbakeholden med å prøve forholdsmessigheten. Om Høyesterett eksplisitt vil uttale hvorfor de er tilbakeholden i overprøvingen ved behandling av en sak om lengeværende asylbarn, eller om domstolen vil være tilbakeholden uten å si hvorfor

⁷⁸ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 83).

⁷⁹ Rt. 2012 s. 1985 (avsnitt 98).

⁸⁰ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 43).

er usikkert. Etter min mening vil Høyesterett mest sannsynlig opprettholde rettssetningen om å vurdere om hensynet til barnets beste er forsvarlig vurdert og avveid mot de innvandringsregulerende hensyn. Denne vurderingen antas at Høyesterett vil foreta slik situasjonen var for det lengeværende asylbarnet på vedtakstidspunktet.

Mariadommen kan dermed ikke tas til inntekt for at Høyesterett vil prøve forholdsmessigheten av vedtak i saker om lengeværende asylbarn.

5.2 Sammenligning av utlendingsloven § 38 og § 70

Mariadommen tilsier ikke at domstolene kan prøve forholdsmessighetsvurderingen av et vedtak fattet etter utl. § 38. At Grunnloven kan brukes som rettslig grunnlag for å vurdere gyldigheten av vedtaket, kan likevel være et moment som kan tale for at domstolskontrollen er i ferd med å endre seg. Det kan også stilles spørsmålsteget ved om utl. §§ 38 og 70 er så ulike at prøvingen av vedtak fattet etter disse må være tilsvarende forskjellig.

Ordlyden i utl. § 70 første ledd lyder som følger:

«En utlending kan ikke utvises dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»

Bestemmelsen i § 38 er lang, men det sentrale som kan trekkes ut er fra første, andre, tredje og fjerde ledd:

«Det kan gis opphold 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

c) det foreligger sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen som gir grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse (...)

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

d) hensynet til respekten for lovens øvrige regler»

I relasjon til utl. § 38, er utlendingsforskriften § 8-5 relevant. Denne bestemmelsen slår fast at

«Ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn etter lovens § 38, skal barns tilknytning til riket tillegges særlig vekt»

Høyesterett argumenterer for prøving av forholdsmessighetsvurderingen i utl. § 70, da denne er av typisk rettslig karakter. Det fremgår av Rt. 2015 s. 93, som viser til Rt. 2005 s. 229, som viser til Rt. 2000 s. 591, som viser til Rt. 1998 s. 1795, som igjen viser til juridisk litteratur av Jørgen Aall. Høyesterett sier ikke hvorfor forholdsmessighetsvurderingen er typisk rettslig, og det er kritikkverdig at Høyesterett kun viser til tidligere avsagte dommer, uten å kommentere henvisningen til Aall. Dette gjelder spesielt siden juridisk litteratur er en rettskilde i vekt kommer etter både lov, forarbeider og rettspraksis.

I artikkelen dommen viser til, «Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettssaker», uttaler Aall at ordlyden i § 70 er egnet for domstolskontroll, fordi den har en typisk rettslig, og ikke politisk, karakter.⁸¹ Videre viser Aall til en forarbeidsuttalelse, samt til at reelle hensyn tilsier at behovet for en domstolskontroll med forvaltningen er stor når det gjelder sterke inngrep i klassiske menneskerettigheter.

I saker om utl. § 38 har Høyesterett imidlertid argumentert for at vilkårene er så skjønnsmessig at det er forvaltningen som må avgjøre om disse er oppfylt.⁸² Rt. 2012 s. 1985 fremhever spesielt at det er en «kan»-bestemmelse som ikke gir rett på opphold. Forarbeidene uttrykker også et vidt rom for skjønn, og at terskelen ved rimelighetsvurderingen er et politisk spørsmål. Tidligere rettspraksis har også gitt føringer på at vilkårene «sterke menneskelige hensyn» og «særlig tilknytning til riket» angir et fritt forvaltningsskjønn, jf. Rt. 2008 s. 681, som ikke egner seg for domstolskontroll. Også overfor barn mener Høyesterett at det er et politisk spørsmål hvor grensen for å gi opphold på humanitært grunnlag skal gå.⁸³

Einarsen argumenterer for at det gjerne kreves både faglig kompetanse, innsikt i Barnekonvensjonens rettigheter, sunt bondevett og grundige vurderinger for å kartlegge hva

⁸¹ Jørgen Aall, «Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettssaker», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, nr. 1, 1998, s. 140.

⁸² Rt. 2008 s. 681, Rt. 2012 s. 1985, Rt. 2012 s. 2039.

⁸³ Rt. 2012 s. 1985 (avsnitt 145).

som er barnets beste, men ikke politiske avveininger.⁸⁴ Han viser til at i barnefordelings- og barnevernssaker er «barnets beste» en «styrende rettsnorm».⁸⁵ Det kan etter min mening stilles spørsmålstegn ved hvorfor for eksempel administrative tvangsvedtak mot barn skal overprøves, jf. tvisteloven § 36-5 tredje ledd, men at pålegg om å forlate landet ikke skal overprøves konkret.

Vilkårene i utl. § 38 er skjønnsmessige, men Utlendingsnemndas vedtak viser at vurderingen ofte er den samme: Hvor sterk tilknytning til Norge det lengeværende asylbarnet har opp mot hvilke brudd på loven foreldrene har gjort seg skyldig. Denne vurderingen tilsvarer vilkårene «forholdets alvor» og «utlendingens tilknytning til riket» i utl. § 70, slik at meningsinnholdet i vilkårene og vurderingen blir den samme for begge bestemmelser.

Det kan også pekes på at begge er «kan»-bestemmelser. Det er *adgang* til å gi opphold etter § 38, og det foreligger *ingen plikt* for forvaltningen å utvise en utlending, selv om lovens vilkår i § 70 er oppfylt. En ulikhet kan likevel påpekes. Etter § 70 er ordlyden formulert som at utvisning er et *inngrep*, mens § 38 er formulert som at en *tillatelse* gis. Bestemmelsene er henholdsvis negativt og positivt formulert. Likevel, utlendingen vil måtte forlate landet i begge tilfeller, slik at resultatet blir det samme.

Det fremkommer likevel politiske vurderinger av selve ordlyden i § 38 fjerde ledd bokstav a)-d) i motsetning til § 70. Det er politikerne som skal styre innvandringen til Norge. Det er imidlertid rettssikkerhetshensyn og kriminalitetshemmende formål som synes å begrunne § 70, ved at det må være et visst samsvar mellom mål og middel. Selv om en utlending har brutt loven, vil det ikke i enhver situasjon være rimelig å utvise ham.⁸⁶ På den annen side, det er rettssikkerhetshensyn som begrunner konkret prøving av et vedtak, og det må kunne argumenteres for at rettssikkerheten til barn er like viktig. Dersom et barn som har levd hele sitt liv i Norge sendes ut, må dette være en materielt riktig avgjørelse.

Vurderingstemaene og begrunnelsen for bestemmelsene er dermed svært like. Om politiske hensyn tilsier at domstolskontrollen av interesseavveiningen i utl. § 38 ikke kan bli dypere, tilsier ordlyden i tredje ledd at domstolene skal foreta en konkret vurdering av barnets beste, da dette er en rettslig vurdering.

⁸⁴ Terje Einarsen, «Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn», s. 303-304.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Ken Uggerud, «Domstolenes myndighet til å prøve vedtak om utvisning etter utlendingsloven. Rt-1995-72», *Kritisk Juss*, 1996, s. 85.

5.3 Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 og Grl. § 104 (2)

5.3.1 Barnekonvensjonens stilling i norsk rett

Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 påberopes i nærmest alle saker om lengeværende asylbarn. De fleste dommer siterer kun bestemmelsen uten å kommentere innholdet. Et eksempel på dette er Plenumsdom I, Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 104 og 105. Foruten om at dommer Webster siterer bestemmelsen på norsk, sies også at Barnekonvensjonen er inkorporert som norsk lov, og at denne vil gå foran andre lovbestemmelser. Noe mer enn dette fremkommer altså sjeldent av dommer fra Høyesterett, eller fra de lavere rettsinstanser.

Ordlyden i Barnekonvensjonens art. 3 nr. 1

Slik som med lovbestemmelser, må også ordlyden i konvensjonsteksten tolkes. Det følger av Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 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 det fremkommer av konvensjonsteksten at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn er viktig, men mindre interessant i denne sammenheng. Det som er interessant for denne oppgaven er at ordlyden «in all actions» må tolkes som at barnets beste skal vurderes også når saken er til domstolsbehandling. Det kan tilsi at det ikke er nok at domstolene kun kontrollerer forsvarligheten av forvaltningens begrunnelse i vedtaket. Dette forsterkes ved at teksten eksplisitt nevner «courts of law». At domstoler er nevnt ved siden av «administrative authorities», er også et argument for at domstolene på selvstendig grunnlag må vurdere hva som er til barnets beste i den konkrete saken.

Likevel, det fremgår kun av ordlyden at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker for domstolene, men ikke *hvordan* dette skal gjennomføres. Spørsmålet er om det er tilstrekkelig med en forsvarlighetsvurdering eller om konvensjonsteksten pålegger domstolene å foreta en selvstendig vurdering.

Siden ordlyden ikke er helt klar, må andre rettskilder anvendes for å presisere innholdet.

Barnekomiteens generelle kommentarer

I etterkant av plenumsdommene kom Barnekomiteen med en uttalelse om hvordan art. 3 nr. 1 skulle forstås, General Comment no. 14.⁸⁷ Selv om ordlyden i Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 er folkerettslig bindende, er ikke Barnekomiteens generelle kommentarer bindende.⁸⁸ Disse vil falle innunder WK art. 32, som gir supplerende tolkningsbidrag rettskildemessig vekt. At Barnekomiteen er et overvåkningsorgan gir uttalelsene tyngde. Det relevante spørsmålet er *hvor* stor vekt slike kommentarer fra Barnekomiteen kan tillegges.

Høyesterett synes ikke å kommentere den rettskildemessige vekten av Barnekomiteens generelle kommentarer hvor disse blir påberopt. Jeg har kun funnet tre dommer hvor det uttales noe om vekten, og den nyeste dommen, Plenumsdom I, henviser til de to andre.

Plenumsdom I viser i avsnitt 136 til Ashokdommen, Rt. 2009 s. 1261. I Ashokdommen viser førstvoterende til storkammerdommen, Rt. 2008 s. 1764, som omhandlet om en beslutning om ankenektelse etter straffeprosessloven § 321 var i strid med SP. Her uttales det at en konvensjonstolkning i en individklage for FNs menneskerettskomité måtte ha «betydelig vekt» som rettskilde.⁸⁹ Det må kommenteres at dette gjaldt vekten av en avgjørelse og ikke en generell kommentar. Førstvoterende henviser videre til forarbeidene til menneskerettsloven ved inkorporeringen av kvinnediskrimineringskonvensjonen, som uttaler at de generelle kommentarene fra kvinnediskrimineringskomiteen «trulig [må] leggjast stor vekt på», avhengig av uttalelsens klarhet og hvilke situasjon uttalelsen er tiltenkt.⁹⁰ Til sist viser dommeren til forarbeidene til barnelova, hvor det uttales at siden FNs barnekomité er et ekspertorgan, bør uttalelsene deres tillegges «relativt stor vekt» ved tolkning og anvendelse av konvensjonen.⁹¹

Flertallet mener at det avgjørende for vurdering av vekten av generelle kommentarer er om uttalelsen anses som en tolkningsuttalelse, eller mer som en anbefaling av hva som er optimal praksis på konvensjonens område. Det må også vurderes om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde.⁹² Det oppstilles ingen klar rettssetning om hvilken vekt de generelle kommentarene må ha, men forarbeidsuttalelsene som brukes i dommen tilsier at

⁸⁷ 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).

⁸⁸ Karl Harald Søvig, «Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett», En utredning gjort på oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet. *Det juridiske fakultets skriftserie*, UiB 115/2009, s. 34, som siterer Verheyde og Goedertier, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Articles 43-45, The UN Committee on the Rights of the Child*, (Nederland 2006) s. 30 og Smith, i Høstmølingen m.fl., *Barnekonvensjonen* s. 20.

⁸⁹ Rt. 2009 s. 1261 (avsnitt 41), jf. Rt. 2008 s. 1764 (avsnitt 81).

⁹⁰ Rt. 2009 s. 1261 (avsnitt 42), jf. Ot.prp.nr.93 (2008-2009) s. 32.

⁹¹ *Ibid* (avsnitt 43).

⁹² *Ibid* (avsnitt 44).

kommentarene må ha stor vekt.

Det må bemerkes at flertallet brukte norske lovforarbeider for å utlede vekten av Barnekomiteens generelle kommentarer.⁹³ Siden kommentarene er en internasjonal rettskilde, må det kreves at folkerettslige kilder blir anvendt for å utlede rettskildevekten. Dommer Bårdsen, som var den dissenterende dommer, foretar en slik folkerettslig drøftelse av kommentarens rettskildevekt. Han tar her for seg innledningen til den aktuelle kommentaren fra Barnekomiteen (nr. 6), folkerettslig litteratur, samt uttalelser fra forarbeidene til menneskerettsloven og barnelova. Selv om mindretallet heller ikke formulerer en klar rettssetning, virker det ut fra Bårdsens rettskildebruk som at kommentarene tillegges «betydelig vekt» ved tolkning av konvensjonsteksten.⁹⁴

På grunn av flertallets og mindretallets ulike tilnæringsmåte til spørsmålet, gir de kommentarene ulik rettskildevekt.

Plenumsdom I henviser kun til flertallets votum i Ashokdommen vedrørende vekten til de generelle kommentarene, uten å kommentere eller å klargjøre innholdet der. Det er urovekkende at Høyesterett her skaper et spenningsfelt mellom norsk rett og internasjonal tolkningspraksis. Det er kritikkverdig at Høyesterett heller ikke forsøker å utlede en klar norm på området, når Norge selv har bundet seg til konvensjonen.

Førstvoterende i Mariadommen uttaler imidlertid at den 14. generelle kommentaren utgjør et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1.⁹⁵ Likevel sier heller ikke Høyesterett her noe konkret om vekten av kommentarene.

For å finne den korrekte rettssetningen må det derfor søkes til internasjonale rettskilder. FN vedtok i 2011 den tredje tilleggsprotokollen til Barnekonvensjonen som opprettet en individklageordning for Barnekomiteen.⁹⁶ Denne trådte i kraft i april 2014. Norge har ikke underskrevet eller ratifisert denne tilleggsprotokollen. Komiteen har enda ikke behandlet noen individuelle klagesaker, slik at det ikke foreligger noen retningslinjer herifra om tolkningen av konvensjonen og vekten av de generelle kommentarene. Det er også usikkert hvilken vekt Norge vil tillegge avgjørelser mot andre land, siden vi selv ikke er bundet av protokollen. Disse avgjørelsene er, som de generelle kommentarene, ikke bindende

Den internasjonale domstolen, ICJ, har uttalt i Diallo-saken at menneskerettskomiteens

⁹³ *Ibid* (avsnitt 42-44).

⁹⁴ *Ibid* (86-92).

⁹⁵ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 64).

⁹⁶ Generalforsamlingsresolusjon 66/138 (2011).

praksis skal tillegges «great weight» som rettskilde. Dommen gjør her ingen forskjell mellom de ulike menneskerettskonvensjonene, eller om det gjelder klagesaker fra organene eller generelle uttalelser.⁹⁷ Selv om ICJ ikke har tilknytning til Barnekomiteen, kan den likevel si noe om vekten av kommentarer fra FNs konvensjonsorganer. Dommen tilsier at de generelle kommentarene skal tillegges stor vekt.

De to folkerettslige forfatterne Verheyde og Goedertier skriver i en kommentarutgave til Barnekonvensjonen at

«[g]eneral comments contain the view of the Committee - being the most authoritative body monitoring the Convention - as a whole and are addressed to all States Parties. They hence constitute an authoritative interpretation of the rights enshrined in the Convention. The interpretations made by the Committee, although technically not binding, should therefore be given *considerable weight* in the identification of the scope of the rights and obligations enshrined in the CRC.»⁹⁸ (Min kursivering)

Her brukes normen «considerable weight», som oversettes til betydelig vekt. Forfatterne gir dermed de generelle kommentarene større vekt de norske rettskildene og praksis fra ICJ gjør.

Også i norsk litteratur om Barnekonvensjonen er oppfatningen at Barnekomiteens uttalelser må ha stor gjennomslagskraft. Einarsen mener at dersom en sak om Barnekonvensjonen kommer opp for ICJ, vil de generelle kommentarene ha stor vekt dersom Barnekomiteens rettsoppfatning er tilstrekkelig klar, begrunnet og forankret i Barnekonvensjonens ordlyd, formål og språklige kontekst.⁹⁹ Karl Harald Søvig presiserer imidlertid at den generelle kommentarens relevans må vurderes konkret, og uttaler videre at «[e]n uttalelse i en generell kommentar har større gjennomslagskraft jo mer utfyllende argumentasjonen er, og jo mer spesifikt den tar opp tematikken som skal prøves».¹⁰⁰

Etter denne gjennomgangen av rettskilder må det slutes at de generelle kommentarene fra Barnekomiteen har stor vekt, og kanskje til og med betydelig vekt. Likevel, relevansen av kommentaren må vurderes ut fra dens klarhet, begrunnelse og hvor spesifikt den tar opp

⁹⁷ *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)* 2010, avsnitt 66.

⁹⁸ Verheyde og Goedertier, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Articles 43-45, The UN Committee on the Rights of the Child*, (Nederland 2006) s. 40.

⁹⁹ Terje Einarsen, «Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn», s. 316.

¹⁰⁰ Søvig, s. 38.

temaet som er gjenstand for overprøving i de nasjonale domstolene. Nå vil den generelle kommentar nr. 14 vurderes konkret.

Barnekomiteens General Comment no. 14 har en rekke punkter der domstolene blir trukket ut som en viktig nøkkelspiller for å sikre ivaretagelse av hensynet til barnets beste. I punkt 6 (a) står det at konvensjonsteksten «(...) is directly applicable (self-executing) and can be invoked before a court.» Denne uttalelsen er generelt utformet, men grunnet dens klarhet bør norske domstoler hvor art. 3 nr. 1 blir påberopt gå nærmere inn på selve ordlyden i konvensjonsteksten.

Det gjentas flere ganger i kommentaren at en avgjørelse må eksplisitt vise hvordan hensynet til barnets beste har blitt vurdert. De faktiske omstendighetene i en sak må være med i vurderingen, samt hva som synes å være barnets beste interesser med en nærmere redegjørelse av momentene i denne vurderingen, og hvordan barnets interesser avveies mot andre hensyn.¹⁰¹ Det er usikkert om komiteen mener at en begrenset kontroll ved domstolene er godt nok, eller om domstolene må foreta en mer omfattende prøving av forvaltningens beslutning. Denne usikkerheten svekker vekten av uttalelsen. Det bemerkes at innholdet i Utlendingsforskriften § 17-1a samsvarer med kravet i kommentaren.

I punkt 98 fremkommer det at det alltid skal være en mulighet «to request a review or to appeal (...) decisions». Ordlyden «review» tolkes som en gjennomgang av den trufne avgjørelsen. Det står videre at “[t]he reviewing body must look into (...) if it is considered that the procedural safeguards had not been respected, the facts are wrong, the best-interest assessment had not been adequately carried out or that competing considerations had been given too much weight.” Dette kan tolkes som at en forsvarlighetsvurdering er nok, jf. «adequately», og at Barnekomiteen mener at en begrenset kontroll av hva som er til barnets beste er tilstrekkelig. Likevel, Barnekomiteens synes å kreve en slik grundighet at uttalelsen må tilsi at domstolen må foreta en selvstendig vurdering av alle sider av saken.

Videre, i punkt 29 synes det som at det kreves mer av dommeren enn kun en begrenset kontroll. Her skriver komiteen at «in civil cases (...) [t]he courts must provide for the best interest of the child to be considered (...), whether of a procedural or substantive nature, and must demonstrate that they have effectively done so.» Det fremgår her at *domstolene* må både prosessuelt og *materielt* vise, jf. «demonstrate», at de har vektlagt barnets beste i saken. I dette avsnittet er det kun domstolene som er nevnt som beslutningsorgan, og finnes under

¹⁰¹ 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), punkt 6 (c), 14 (b), og 97.

avsnittet med tittelen «courts of law» i den generelle kommentaren. Dette kan tolkes som at domstolene har et eget ansvar for å vurdere selvstendig hva som er barnets beste. Komiteen eksemplifiserer dette avsnittet med saker om «residence», altså opphold. Denne uttalelsen anses som svært relevant, da det er en klar uttalelse hvilket vil omfatte lengeværende asylbarn. Begrunnelsen for uttalelsen er at slike avgjørelsen vil ha «(...) important impact on the life and development of the child (...)» Uttalelsen må derfor tillegges stor vekt.

Sistnevnte punkt, samt at Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 har selvkraft, tilsier at kun en forsvarlighetsvurdering av hensynet til barnets beste i gyldighetsvurderingen av vedtak etter § 38, ikke er tilstrekkelig. Når konvensjonsteksten selv utpeker domstolene til å vektlegge barnets beste som et grunnleggende hensyn, taler dette til sammen for at Barnekonvensjonen krever en mer omfattende domstolskontroll i saker om lengeværende asylbarn.

Det må også fremheves at i henhold til Barnekomiteens merknader til Norges rapport for 2010 nevnes utlendingssaker som eksempel på et område i norsk rett hvor prinsippet om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, ikke er gjennomført fullt ut.¹⁰² Det kan her påpekes at utlendingsloven selv binder Norge til å anvende loven i samsvar med de internasjonale regler vi er bundet av når disse «har til formål å styrke individets rettsstilling», jf. utl. § 3. Siden Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 styrker barnets rettsstilling, må også norske domstoler bruke denne aktivt ved vurderingen av om et avslag om opphold på humanitært grunnlag er gyldig.

5.3.2 Grunnloven § 104

Som nevnt overfor under punkt 5.1.1 er menneskerettskatalogen i Grunnloven så ny at den må tolkes i lys av internasjonal tolkningspraksis. For Grl. § 104 vil det være Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 og Barnekomiteens uttalelser. Likevel, Høyesterett har et selvstendig ansvar for grunnlovstolkningen av § 104, slik førstvoterende uttalte i Mariadommen.¹⁰³

Av Grl. § 104 annet ledd fremkommer det at «[v]ed handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.» Som Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 er Grl. § 104 annet ledd generelt formulert, men grunnlovsreformen førte til at vektleggingen av barnets beste fikk grunnlovs rang.

Bestemmelsen sier ingenting om domstolsprøving, og innehar ikke ordlyden om domstoler,

¹⁰² Rt. 2012 s. 1985 (avsnitt 129), jf. merknader av 29. januar 2010, punkt 22.

¹⁰³ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 64).

«courts of law», slik Barnekonvensjonen har. Bestemmelsen er ikke mindre relevant av den grunn da den innehar ordlyden «[v]ed alle handlinger og avgjørelsen som berører barn». Når en sak kommer opp for domstolen må retten sørge for at barnets beste har blitt vektlagt som et grunnleggende hensyn.

Førstvoterende i Mariadommen kommenterte forholdet mellom Grl. § 102 og § 104. Han uttalte at

«Det er en nær forbindelse mellom privat- og familielivet og regelen om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Grunnloven § 102 og § 104 er på dette området komplementære, slik at barnets interesser inngår som et tungtveiende element ved forholdsmessighetsvurderingen etter Grunnloven § 102»¹⁰⁴

Siden menneskerettighetskatalogen ble inntatt i Grunnloven med det formål å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett, vil det antas at denne bestemmelsen får stor betydning fremover i saker om lengeværende asylbarn. Om bestemmelsen vil føre til en mer omfattende prøving av hensynet til barnets beste og forholdsmessighetsvurderingen for domstolene er likevel usikkert. Likevel, «barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen.»¹⁰⁵

4.4 Utlendingsforskriften § 8-5

Utlendingsforskriften § 8-5 har blitt revidert på flere tidspunkt, og den seneste revideringen fant sted i desember 2014. Bestemmelsen har blitt mer utfyllende, og i stedet for kun å stadfeste at ved vurderingen av vilkåret «sterke menneskelige hensyn» i utl. § 38 skal barnets tilknytning til riket vektlegges, har flere momenter nå blitt opplistet i bestemmelsen.

Det fremkommer av forskriftsbestemmelsen at barns tilknytning til riket skal tillegges «særlig vekt», og at lengden på oppholdstiden sammenholdt med barnets alder, skal være «et grunnleggende hensyn», jf. første ledd. I følge andre ledd skal barnets behov for stabilitet, barnets språk, barnets fysiske og psykiske helsesituasjon, barnets tilknytning og omsorgssituasjon i Norge og i hjemlandet, samt den sosiale og humanitære situasjonen i hjemlandet vurderes. Det er dermed en bred vurdering, men med spesielt fokus på barnets behov. Det fremkommer av bestemmelsens femte ledd at

¹⁰⁴ *Ibid* (avsnitt 66).

¹⁰⁵ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 65).

«[j]o sterkere barnets tilknytning etter første ledd er, desto mer skal det til for å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn».

Bestemmelsens andre til fjerde ledd omhandler innvandringsregulerende hensyn.

Bestemmelsen i seg selv synes å verne om barnets interesser i større grad enn tidligere, men sier ikke noe om domstolskontroll. Siden bestemmelsen er en konkretisering av vurderingen etter utl. § 38, vil politiske hensyn også måtte vektlegges i helhetsvurderingen, jf. de innvandringsregulerende hensynene i § 38 fjerde ledd. Likevel, bestemmelsen synes å rettsliggjøre barnets interesser i større grad enn før.

Bestemmelsen er nok hovedsakelig ment som veiledning til utlendingsmyndighetene i vurderingen av om oppholdstillatelse skal gis, men den vil også være relevant for domstolene som tolkningsbidrag i prøving av om et vedtak er gyldig eller ikke.

Noe svært interessant for denne oppgaven er at det synes som at forskriftsbestemmelsens femte ledd angir en vurdering som ligner på en forholdsmessighetsvurdering. En slik vurdering er den samme vurderingen som tas etter Grl. § 102, og det synes dermed som at en forholdsmessighetsvurdering fremgår av forskriftsteksten. Det kan da stilles spørsmålsteget ved om dette vil kunne tilsi en mer omfattende overprøving av vedtak etter § 38, slik det ble uttalt i Rt. 2008 s. 560 om utvisning.

5.5 Harmonisering av rettskildene

Etter en tolkning av de relevante rettskildene, kan det konkluderes med at Grl. § 102 kan brukes som rettslig grunnlag i saker om lengeværende asylbarn, for å vurdere om et vedtak om avslag på opphold etter utl. § 38 er gyldig. Siden Høyesterett enda ikke har behandlet en sak hvor ordlyden «privatliv» i Grl. § 102 har kommet på spissen, er det usikkert om et lengeværende asylbarn gjennom sin faktiske tilknytning anses å ha etablert et privatliv i Norge.

Det er heller ikke sikkert at Høyesterett vil prøve forholdsmessigheten av et vedtak fattet etter utl. § 38, av hensyn til innvandringspolitikken som inngår i vurderingen og som retten ikke ser seg kompetent til å vurdere. Det kan tyde på at domstolene fremdeles kun vil se seg egnet til å prøve forsvarligheten av vedtakets begrunnelse. Det kan likevel argumenteres for at ulikhetene i vurderingstemaene etter utl. §§ 38 og 70 ikke er store.

Selv om domstolene sannsynligvis ikke vil prøve forholdsmessigheten, tilsier imidlertid dommen sammenholdt med ordlyden i § 38 og Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 at den konkrete

vurderingen av barnets interesser vil være gjenstand for en mer omfattende prøving. Her krever både ordlyden i konvensjonsteksten og uttalelsene fra Barnekomiteen at domstolene kartlegger hva som er barnets beste. Ordlyden i utl. § 38 og Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 vil ha størst vekt, men de nevnte uttalelsene fra Barnekomiteen vil tillegges stor vekt, jf. folkerettslig tolkningspraksis. Grunnloven pålegger nå at barnets interesser blir ivaretatt, og siden utlendingsforskriften § 8-5 er blitt mer detaljert, vil denne brukes som tolkningsbidrag til at barnets interesser konkret må vurderes når et spørsmål om gyldigheten av et vedtak truffet etter § 38 kommer opp for domstolene. Det kan likevel spørres om forskriftsbestemmelsen gir anvisning på en forholdsmessighetsvurdering, og det blir interessant å se om Høyesterett vil anvende denne slik at de ser seg egnet til en mer omfattende domstolskontroll.

Selv om ikke rettskildene tilsier at interesseavveiningen etter § 38 skal prøves selvstendig av domstolene, vil rettskildene samlet tilsi at domstolene konkret skal vurdere hva som er barnets beste. Rettstilstanden synes dermed å ha endret seg noe fra plenumsdommene ble avsagt i 2012.

6. Avslutning

Konklusjonen på oppgaven er at Barnekomiteens 14. generelle kommentar, Grunnloven og Rt. 2015 s. 93 tilsier en mer omfattende domstolskontroll av vedtak i saker om lengeværende asylbarn enn hva Høyesterett la til grunn i plenumsdommene fra 2012.

Det er ingen tvil om at saker om lengeværende asylbarn er av politisk og rettslig stor viktighet. Oppgaven argumenterer for at rettskildene kommet til etter plenumsdommene tilsier en mer omfattende domstolskontroll. Rettskildene åpner opp for at domstolene ikke bare må klargjøre hva som ligger i begrepet barnets beste, men også må foreta en selvstendig vurdering hvor det synliggjøres hva som er barnets beste i den konkrete sak. Hvorvidt dette i realiteten vil følges er imidlertid et spørsmål som ligger til Høyesterett selv å avgjøre, men domstolene har tidligere overrasket ved å snu i spørsmålet om hvor omfattende domstolskontrollen skal være i saker på asyl- og utvisningsfeltet. Tiden vil vise om domstolene vurderer barna på et selvstendig grunnlag, slik denne oppgaven argumenterer at bør være tilfellet.

Rettskildene åpner ikke opp for at domstolene konkret kontrollerer forvaltningens avveining av barnets beste opp mot de politiske hensyn, verken med Grl. 102 eller utl. § 38 som rettslig grunnlag. Om barnets beste vil være avgjørende for utfallet ligger fortsatt til forvaltningen å avgjøre.

7. Kilder

7.1 Lover

7.1.1 Norske lover

Kongerikets Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven)

Lov 27. juli 1956 om utlendingers adgang til riket m.v. (Fremmedloven)

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

Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og opphold her (utlendingsloven) m/
Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsforskriften)

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

7.1.2 Utenlandske konvensjoner

Wien-konvensjonen om traktatretten 23. mai 1969 (WK)

Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter 4. november 1950 (EMK)

FNs Konvensjon om barnets rettigheter 20. november 1989 (Barnekonvensjonen)

7.2 Forarbeider og etterarbeider

7.2.1 Forarbeider

Dok.nr.16 (2011-2012)

Innst. 263 S (2014-2015)

7.2.2 Etterarbeider

Dok.nr.16 (2011-2012)

Meld.St. 27 (2011–2012), *Barn på Flukt*

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)

7.3 Rettspraksis

7.3.1 Norsk rettspraksis

Rt. 1991 s. 586

Rt. 1995 s. 72

Rt. 1995 s. 1427

Rt. 2007 s. 1573

Rt. 2008 s. 681

Rt. 2009 s. 1261

Rt. 2010 s. 858

Rt. 2011 s. 1481

Rt. 2012 s. 667

Rt. 2012 s. 1985

Rt. 2012 s. 2039

Rt. 2015 s. 93

7.3.2 Utenlandsk rettspraksis

EMDs dom 18. oktober 2006 *Üner mot Nederland* avsnitt 59, EMDN-1999-46410

EMDs dom 4. desember 2012 *Butt mot Norge*, EMDN-2009-47017

EMDs dom 23. juni 2008, *Maslov mot Østerrike*, EMDN-2003-1638.

EMDs dom 2. august 2001, *Boultif mot Sveits*, EMDN-2000-54273.

EMDs dom 24. juli 2014, *Kaplan og andre mot Norge* EMDN-2011-32504

EMDs dom 3. oktober 2014, *Jeunesse mot Nederland*, EMDN-2010-12738

EMDs dom 24. juli 2014, *Kaplan og andre mot Norge* EMDN-2011-32504

ICJs dom 30. november 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*

7.4 Litteraturliste

7.4.1 Norske bøker

Aall, Jørgen, *Rettsstat og Menneskerettigheter*, 3. utgave (Bergen 2011)

Bragdø-Ellenes, Sunniva Cristina, *Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Frankrike*, (Oslo, 2014)

Einarsen, Terje, *Retten til vern som flyktning* (Bergen 2000)

Einarsen, Terje, *Utlendingsloven: med kommentarer* (Bergen 2008)

Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave (Oslo 2015)

Vevstad, Vigdis (red.), *Utlendingsloven, Kommentartutgave* (Oslo, 2010)

7.4.2 Utenlandske bøker

Verheyde, Mieke and Geert Goedertier, «*A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Articles 43-45, The UN Committee on the Rights of the Child*», (Nederland 2006)

7.4.3 Artikler

Aall, Jørgen, «Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettssaker», *Tidskrift for Rettsvitenskap*, nr. 1, 1998

Einarsen, Terje, «Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn», *Jussens Venner*, vol. 48, 05/2013, s. 303-304

Uggerud, Ken, «Domstolenes myndighet til å prøve vedtak om utvisning etter utlendingsloven. Rt-1995-72», *Kritisk Juss*, 1996, s. 85

Ulfstein, Geir, «Den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer», *Lov og Rett* vol. 51, 9/2012, s. 562

Søvig, Karl Harald, «Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett», En utredning gjort på oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet. *Det juridiske fakultets skriftserie*, UiB 115/2009, s. 34