

Justis- og beredskapsdepartementet
Innvandringsavdelingen
Postboks 8005 Dep
0030 OSLO

Uttalelsen er også sendt på e-post til tonje.falch-nevand@jd.dep.no.

Dato: 1. september 2014

Uttalelse fra Nasjonal institusjon for menneskerettigheter i forbindelse med høring om endringer i utlendingsforskriften – varig ordning for lengeværende barn og begrunnelse i vedtak som berører barn

Det vises til departementets høringsbrev datert 6. juni 2014 med forslag om endring i utlendingsforskriften §§ 8-5 om en varig ordning for lengeværende barn og 17-1 a om begrunnelse av vedtak som berører barn. Forslagene har sin bakgrunn i samarbeidsavtalen mellom Fremskrittspartiet, Høyre, Kristelig folkeparti og Venstre.

Norsk senter for menneskerettigheter har inntil videre status som Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter (NI) i henhold til kongelig resolusjon av 21. september 2001. Dette gir senteret en formell rolle i overvåkingen av menneskerettighetene nasjonalt i henhold til FNs såkalte Paris-prinsipper. Som Nasjonal institusjon for menneskerettigheter skal senteret bidra til større bevissthet om og bedre oppfyllelse av de internasjonalt vedtatte menneskerettighetene i Norge. Senteret skal videre ha en rådgivende funksjon overfor myndigheter og sivilt samfunn.

NIs hovedanliggende i denne høringsuttalelsen er at

- Forslaget til § 8-5 andre ledd med presisering av hvilke momenter som skal tillegges vekt ved vurdering av barnets tilknytning og § 17-1 a første ledd om begrunnelsesplikten i vedtak som omfatter barn ansees som svært positive endringer.
- Departementets vurderinger av forslagenes forhold til Norges internasjonale menneskerettighetsforpliktelser er mangelfulle. NI mener det er nødvendig å foreta en utredning av dette før forskriftsendringene kan vedtas.
- Forslaget til § 8-5 tredje ledd om foreldrenes medvirkning er problematisk i forhold til barnekonvensjonen artikkel 3 om barnets beste og grunnsynet på barnet som eget rettssubjekt.
- Innholdet i begrepet «barnefaglig forsvarlig» i den foreslåtte § 8-5 fjerde ledd er uklart, og står i et usikkert forhold til barnekonvensjonen artikkel 3.
- Forslaget til § 8-5 er samlet sett ikke egnet til å oppnå formålet om økt vektlegging av barnets beste. For å oppnå dette må det forskriftsfestes klare retningslinjer for vektingen av hensynet til barnets beste mot innvandringsregulerende hensyn.



Postadresse:
Postboks 6706
St. Olavs plass 5
0130 OSLO Norge

Besøksadresse:
Cort Adelers gate 30
0254 OSLO Norge

Tlf.: 228 42001
Faks: 228 42002
E-post: info@nchr.uio.no
www.jus.uio.no/smr

1. Innledning

Nasjonal institusjon ønsker innledningsvis å fremheve at vi anser det som svært positivt at regjeringen og samarbeidspartiene ønsker en varig ordning for lengeværende barn som sikrer at barnets beste tillegges større vekt enn i dag. Lengeværende asylbarn er en særlig sårbar gruppe som i mange tilfeller lever store deler av barndommen sin med høy grad av usikkerhet og bekymring for seg selv og familiens fremtid.

Etter NIs syn er lang saksbehandlingstid i norsk utlendingsforvaltning i seg selv en utfordring som er problematisk i forhold til barnets rettigheter. Det er ikke en ønskelig situasjon verken for barnet, eller for norske myndigheter, at familien oppholder seg i riket uten gyldig oppholdstillatelse over mange år, kanskje hele barnets levetid. Når dette likevel er tilfelle, blir det nødvendig å regulere disse situasjonene i tråd med Norges internasjonale forpliktelser. Barnekonvensjonen artikkel 3 vil i denne sammenheng være av stor betydning, og artikkel 3 vil derfor bli brukt aktivt i NIs vurdering av departementets forslag i det følgende.

Nasjonal institusjon ønsker også å presisere at å tillegge barnets beste vekt som et grunnleggende hensyn i tråd med barnekonvensjonen artikkel 3, ikke alltid vil føre til den konklusjon at barnet må få opphold i Norge. I noen saker, for eksempel hvor barnets tilknytning til hjemlandet er sterk, kan det være til barnets beste å bli returnert. I andre saker kan barnets beste tale for at barnet blir gitt opphold, men ikke med slik tyngde at innvandringsregulerende hensyn ikke kan bli avgjørende. Dette vil være tilfellet i flere saker jo lenger man kommer i å korte ned saksbehandlingstiden i utlendingsforvaltningen. Det sentrale er etter NIs mening at barnets beste er ivaretatt gjennom hele prosessen i tråd med Norges menneskerettslige forpliktelser etter barnekonvensjonen artikkel 3.

2. Positive endringer i vurdering av barnets tilknytning og begrunnelse av vedtak

Departementet foreslår å endre utlendingsforskriften § 8-5 andre ledd slik at det fremgår hvilke momenter som skal tillegges vekt ved vurderingen av barnets tilknytning til Norge i saker om opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38. Innføringen av bestemmelsens nye andre ledd er etter NIs syn en ønsket endring som kan bedre asylbarns rettssikkerhet fordi den gir forvaltningen gode og presise vurderingskriterier.

Endringen i utlendingsforskriften § 17-1 a innebærer en presisering av utlendingsmyndighetenes begrunnelsesplikt, som allerede følger av forvaltningsloven §§ 24-25. Dette er en lenge etterspurt endring som vil bedre barns rettssikkerhet. Tilstrekkelig begrunnelse er viktig både for å sikre forsvarlig behandling hos forvaltningen og for de berørte parters mulighet til å ettergå forvaltningens vurderinger.

NI finner imidlertid grunn til å bemerke at § 17-1 a annet ledd som åpner for unntak når «hensynet til barnet uansett ikke har betydning for vedtaket», potensielt kan være problematisk i forhold til

barnekonvensjonen artikkel 3, ettersom hensynet til barnet etter artikkel 3 er av betydning i alle vedtak som berører barnet.

3. Mangelfulle menneskerettslige vurderinger

Etter NIs syn har departementet ikke gjort tilfredsstillende vurderinger av hvordan forslagene forholder seg til Norges internasjonale menneskerettighetsforpliktelser. NI gav tilsvarende tilbakemelding i vår høringsuttalelse om engangsløsningen for lengeværende barn tidligere i år.¹ NI understreker igjen viktigheten av at menneskerettslige aspekter blir grundig vurdert av norske myndigheter for å sikre at lov- og forskriftsendringer er i tråd med folkerettslig bindende konvensjoner. Plikten til å identifisere og drøfte menneskerettslige spørsmål følger også uttrykkelig av Utredningsinstruksen punkt 2.3.2. At forslagene springer ut fra samarbeidsavtalen mellom regjeringspartiene og støttepartiene fritar ikke myndighetene for dette utredningsansvaret.

FNs barnekonvensjon artikkel 3 bestemmer at «ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». Det er ingen tvil om at de fremlagte forslagene berører barn, og at hensynet til barnets beste dermed skal vurderes i utformingen av regelen; herunder regelens formål, de vilkår regelen setter og regelens forventede virkninger.

I departementets høringsbrev presenteres barnekonvensjonens artikkel 3, men det gjøres ikke konkrete vurderinger av forslagenes forhold til denne. NI mener det er nødvendig med en utredning av forslagenes forhold til Norges menneskerettslige forpliktelser før forskriftsendringene kan vedtas.

4. Barn som eget rettssubjekt uavhengig av foreldrens handlinger

Forslaget til § 8-5 tredje ledd bestemmer at barn ikke skal gis opphold i saker der foreldrene ikke har medvirket til klargjøring av identitet og muliggjøring av retur. Foreldrenes handlemåte blir på denne måten satt som et avgjørende vilkår i barnas sak om oppholdstillatelse.

Barnekonvensjonen gir barn rettigheter som selvstendige rettssubjekter i tråd med artikkel 3 nr. 1.² Departementet legger selv denne forståelsen til grunn i stortingsmeldingen *Barn på flukt*,³ og Høyesterett har uttalt at det ikke er uproblematisk å foreta en alminnelig identifikasjon mellom barn og foreldre.⁴ Etter NIs syn fører den foreslåtte bestemmelsen i forskriftens tredje ledd til en svært uheldig identifikasjon mellom barn og foreldre som undergraver barnets stilling som eget rettssubjekt. NI mener dette kan være i strid med barnekonvensjonen artikkel 3 og at denne problemstillingen må utredes nærmere.

¹ <http://www.regjeringen.no/pages/38678536/Norsk-senter-for-menneskerettigheter.pdf>

² FNs barnekomité Generell kommentar nr. 14 avsnitt 5, 12 og 16

³ Mld. St. 27 (2011-2012) Barn på flukt s. 33

⁴ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 193

5. Begrepet «barnefaglig forsvarlig» i uklart forhold til barnekonvensjonen art. 3

Av § 8-5 fjerde ledd følger det at alle avgjørelser skal være barnefaglig forsvarlige. NI forstår bestemmelsen slik at den er ment å bidra til å ytterligere sikre barnets rettigheter i saker om opphold på humanitært grunnlag.

Etter vår mening fremstår imidlertid forholdet mellom begrepet «barnefaglig forsvarlig» og prinsippet om barnets beste i barnekonvensjonen artikkel 3 som høyst uklart. I høringsbrevet presiseres det ikke hva som er vurderingskriteriene for å avgjøre om et vedtak er barnefaglig forsvarlig. Videre er begrepet «barnefaglig forsvarlig» etter vår forståelse et typisk ikke-juridisk kriterium som er underlagt forvaltningens frie skjønn, og derfor ikke kan overprøves av domstolene. Dette fratrar barna og deres familier sentrale rettsikkerhetsgarantier i saker som er av avgjørende betydning for deres livssituasjon.

NI mener innføringen av et nytt, svært skjønnsmessig kriterium som er underlagt forvaltningens frie skjønn ikke er egnet til å sikre barnets rettigheter etter FNs barnekonvensjon. Norske myndigheter bør heller sikre at det foretas gode vurderinger av hensynet til barnets beste slik det er fastslått i barnekonvensjonen artikkel 3, opp mot andre motstridende hensyn.

6. Styrker det fremlagte forslaget til varig ordning hensynet til barnets beste?

Av høringsnotatet går det frem at formålet med de foreslåtte endringene i utlendingsforskriften er at barnets beste skal tillegges større vekt enn i dag. NI anser dette som en positiv utvikling i tråd med anbefalinger fra FNs barnekomité.⁵ Vi stiller oss imidlertid sterkt tvilende til om endringen i § 8-5 samlet sett er egnet til å oppnå dette formålet.

Slik NI forstår de foreslåtte endringene i § 8-5, er utgangspunktet i første og andre ledd at barnets tilknytning til riket skal tillegges betydelig vekt, og at momentene som følger i andre ledd skal være med i vurderingen av barnets tilknytning. Disse utgjør således en konkretisering og styrking av barnets beste. Tredje ledd fungerer imidlertid som et omfattende unntak fra dette ved at barnet som hovedregel ikke skal gis opphold når foreldrene ikke har medvirket til identifisering og retur.

Forslagets fjerde ledd om at avslag skal være barnefaglig forsvarlig ser i første omgang ut som det vil styrke barns rettssikkerhet. Etter NIs syn er det imidlertid svært usikkert hvordan bestemmelsen i fjerde ledd skal anvendes i praksis. Hvordan vurderingen skal gjøres og hvordan motstridende hensyn skal vektes mot hverandre, er det opp til utlendingsmyndighetene å avgjøre. Erfaring viser dessverre at utlendingsmyndighetene har utviklet en praksis hvor innvandringsregulerende hensyn vektlegges tyngre enn forutsatt i lov og forskrift.⁶ Etter NIs syn kan løsningen som er valgt i tredje og fjerde ledd i verste fall føre til krenkelser av Norges internasjonale forpliktelser.

⁵ FNs barnekomités avsluttende merknader til Norge 2010 s. 5

⁶ Meld. St. 27 (2011–2012) s. 56. og Dagsavisen 9. november 2011 – «Er barnepraksis blitt strengere?»

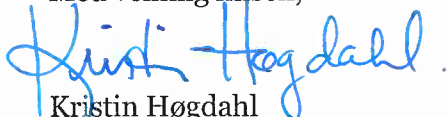
Etter NIs mening er det fremlagte forslaget til § 8-5 ikke egnet til å oppnå formålet om økt vektlegging av barnets beste. Forslaget til nytt tredje og fjerde ledd kan etter vårt syn i verste fall føre til en svekkelse, snarere enn en styrking, av hensynet til barnets beste. NI mener hensynet til barnets beste i tråd med barnekonvensjonens artikkel 3 blir best i varetatt ved at departementet i forskrifts form vedtar klare retningslinjer for vektingen av hensynet til barnet mot innvandringsregulerende hensyn.⁷ En slik forskriftsbestemmelse bør regulere både hvilke momenter som skal tillegges vekt i vurderingen av barnets beste, og hvilke andre momenter som kan vektlegges som innvandringsregulerende hensyn. Forskriften bør også inneholde regler om hvilken vekt de ulike momentene kan tillegges i forhold til hverandre. Slike retningslinjer vil også være bedre egnet til å sikre forutberegnelighet og likebehandling i saker om opphold på humanitært grunnlag.

7. Anbefalinger

Nasjonal institusjon for menneskerettigheter anbefaler etter dette at departementet

- gjør en substansiell vurdering av forslagenes forhold til Norges menneskerettslige forpliktelser, særlig forholdet til barnekonvensjonen artikkel 3 og
- fastsetter i forskrifts form retningslinjer for forvaltningens skjønnsutøvelse ved vekting av barnets beste på den ene siden og innvandringsregulerende hensyn på den andre

Med vennlig hilsen,



Kristin Høgdaahl

Fungerende leder av Nasjonal institusjon



Ingrid Egenland Thorsnes
Seniorkonsulent

⁷ I tråd med vår anbefaling i Årbok 2012 s. 51-52

