

Justis- og beredskapsdepartementet

**Avd. Kommunikasjon- og markedsavdeling
Politikk- og folkerettseksjonen**

Deres ref. 14/1667-TFN

Dato 5.september2014

Røde Kors høringsinnspill til forslag om endringer i utlendingsforskriften, varig ordning for lengeværende barn og begrunnelse i vedtak som berører barn.

1. Innledning

Røde Kors er i utgangspunktet positive til at Justis- og beredskapsdepartementet fremmer forslag om endringer i utlendingsforskriften, for å tydeliggjøre regelverket om oppholdstillatelse som følge av barns tilknytning til Norge. Dette er også i tråd med FNs barnekomité's avsluttende merknader av januar 2010, hvor de anbefalte Norge å utarbeide retningslinjer for hvordan hensynet til barnets beste skal anvendes i praksis.

Som Røde Kors påpekte i forbindelse med stortingsmeldingen "Barn på flukt" må hensynet til barnets beste bero på en konkret vurdering av den enkelte sak, og det er FNs barnekonvensjon som utgjør det sentrale rettsgrunnlaget i denne vurderingen. Selv om departementet nå er tydelige på at formålet med forskriftsendringen er å innføre en

varig ordning som skal sikre at barns beste tillegges større vekt enn det gjøres i dag, er vi likevel bekymret for at forslaget vil virke mot sin hensikt. Dette fordi det blant annet innføres en hovedregel om at foreldrene må ha medvirket for at barnet skal få oppholdstillatelse. Det betyr i realiteten at forvaltningen ikke får mulighet til å foreta en konkret avveining i hver enkelt sak, mellom hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn. I det følgende vil vi redegjøre for de forholdene vi mener er vanskelig med det nye forslaget, og som kan utgjøre en krenkelse av barnekonvensjonens bestemmelser.

2. Hensynet til barnets beste

Barnekonvensjonen er inkorporert i norsk rett med forrang gjennom menneskerettsloven. Konvensjonens art. 3 (1) fastslår at prinsippet om barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn og det er det mest sentrale begrepet i barnekonvensjonen. Hensynet innebærer at det er barnet som skal stå i fokus. Sammen med hensynet til barnets beste er forbudet mot diskriminering, barns rett til liv og utvikling samt deres rett til å bli hørt de fire generelle prinsippene i barnekonvensjonen. Alle disse prinsippene skal ligge til grunn ved tolkning av barnekonvensjonens øvrige bestemmelser, samtidig som de hver og en utgjør positive rettigheter.

Røde Kors er bekymret for at hensynet til barnets beste vil settes til side i det nye forslaget, på grunn av kravet om medvirkning fra foreldrene i § 8-5 tredje ledd. Et medvirkningsansvar vil i denne sammenheng kunne svekke barnets stilling som selvstendig rettssubjekt, ettersom barnet automatisk vil bli lastet for sine foreldres handlinger. Det er barnekonvensjonens grunnleggende syn at som et selvstendig rettssubjekt skal barnet besitte selvstendige rettigheter samt, på grunn av sin fysiske og mentale umodenhet, få dekket sine behov for spesielle vernetiltak og særskilt omsorg. Vi er redd for at forslaget medfører at barns rettigheter blir betinget av at foreldrene har opptrådt på en bestemt måte.

Det er samtidig viktig å minne om at barnekonvensjonens art. 2 (2) pålegger statene å sikre at barnet beskyttes mot enhver form for diskriminering eller straff på grunn av sine foreldres virksomhet. Det er grunn til å stille spørsmål ved om forslaget slik det fremstår nå, vil føre til en diskriminering av disse barna i forhold til andre norske barn, ved at medvirkningsansvaret blir tillagt uforholdsmessig stor vekt i forhold til hensynet til barnets beste? Det er også et grunnleggende rettsprinsipp i Norge at barn ikke skal lastes for foreldrenes forhold. Dette kommer blant annet til uttrykk i sosiallovgivningen, hvor lovgiver understreker viktigheten av å forebygge diskriminering av barn som vokser opp i familier med svak økonomi. Foreldrenes svake økonomi er ikke noe barnet skal lastes for. Røde Kors mener det er viktig at også barn med sterk tilknytning til riket, er beskyttet av det samme rettsprinsipp. Vi kan ikke se at departementet har problematisert dette i sitt høringsforslag.

3. Avveiningen mellom hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende forhold

Det følger av både forarbeider og etterarbeider til utlendingsloven at hensynet til barnets beste skal veie tungt, og at dette hensynet etter omstendighetene vil være så tungtveiende at det må slå igjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende.¹ Det samme har Høyesterett uttalt at jo tyngre hensynet til barnet er jo mindre rom vil det bli for andre hensyn.²

Røde Kors er enig med departementet i at ordlyden i barnekonvensjonens art. 3 (1) må tolkes slik at også andre hensyn enn hensynet til barnets beste kan tillegges like stor eller større vekt. Vi kan likevel ikke se at det er denne forståelsen av konvensjonens bestemmelse som nå er kommet til uttrykk i forslagets § 8-5 tredje ledd. Her står det at «dersom opphold skal gis på grunn av barnets tilknytning til riket, må foreldrene som hovedregel ha medvirket til å avklare egen identitet og bidratt til å muliggjøre retur». Slik vi forstår denne regelen vil det innebære at ved avveiningen mellom innvandringsregulerende hensyn og hensynet til barnets beste, så skal hovedregelen

¹ Meld. St. 27 (2011-2012)

² HR-2012-2398-P

være at de innvandringsregulerende hensynene skal veie tyngst. Røde Kors mener at dette i så fall gir uttrykk for en feilaktig tolkning av barnekonvensjonens art. 3 (1).

I likhet med høyesterett mener vi at barnekonvensjonens art. 3 oppstiller en avveiningsnorm hvor nettopp hensynene til barnets beste skal løftes frem og stå i forgrunnen, men hvor også andre legitime og tungtveiende interesser kan åpne for andre løsninger enn den som er den beste for barnet. Det kreves med andre ord at det foretas en konkret avveining i hver enkelt sak mellom hensynene til barnets beste og de innvandringsregulerende hensynene. Slik forslaget fremstår nå så åpner det ikke for en slik avveiningsnorm, men det fratar forvaltningen en reell mulighet til å foreta en konkret avveining i hver enkelt sak.

I forslagetets fjerde ledd står det at «ved avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn, skal et avslag være barnefaglig forsvarlig.» Røde Kors mener at dette heller ikke kan sies å gi uttrykk for avveiningsnormen i barnekonvensjonens art. 3.

Høyesterett har blant annet uttalt følgende om avveiningsnormen i art. 3: «Det er altså ikke slik at hensynet til barnets beste har absolutt prioritet. Men dette er heller ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering. Avveiningsnormen i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 går ut på at det som alt i alt best tjener barnets interesser, skal løftes spesielt frem og stå i forgrunnen; det skal være «primary». Imidlertid kan legitime og tungtveiende interesser - gode og sterke argumenter - altså åpne for andre løsninger enn den som er den beste for barnet. Kjernen i denne avveiningsnormen er slik sett et krav om *saklighet* og *forholdsmessighet* ved tilsidesettelse av barns interesser.»³

Røde Kors vil derfor anbefale departementet å endre ordlyden i forslagetets § 8-5 tredje ledd, slik at avveiningsnormen i barnekonvensjonens art. 3 nr. 1 kommer tydeligere frem. Det kan for eksempel stå noe i retning av at «Ved utlendingsmyndighetenes vurdering av om oppholdstillatelse skal innvilges kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn.»

³ HR-2012-2398 pkt. 187

Videre mener vi at forslagetes fjerde ledd om at tillatelse likevel skal gis dersom et avslag ikke vil være «barnefaglig forsvarlig» bør fjernes. «Barnefaglig forsvarlig» er ikke en juridisk terminologi og det fremstår som uklart hvilke materielt innhold departementet mener begrepet skal ha. Det vil også være vanskelig for domstolen å overprøve en slik vurdering.

Med vennlig hilsen



Preben Marcussen

Fungerende leder Politikk- og folkerettseksjonen



Charlotte Bayegan-Harlem

Juridisk seniorrådgiver