

Justis- og beredskapsdepartementet
Innvandringsavdelingen
Postboks 8005 Dep
0030 OSLO

Høring- endring i utlendingsforskriften, varig ordning for lengeværende barn og begrunnelse i vedtak som berører barn

Høring fra Forskergruppa for barnerett ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Tromsø

Forskergruppen for barnerett begrenser sin høringsuttalelse til følgende fem punkter: 1) Intensjonen med forskriftsendringen, 2) oppstillingen over momenter i vurderingen av barnets beste, 3) medvirkningskravet, 4) vilkåret om at avslag må være barnefaglig forsvarlig og 5) unntaket for begrunnelsesplikten i vedtak som berører barn.

1. Intensjonen med forskriftsendringen

Det fremgår av både samarbeidsavtalen mellom Venstre, Kristelig Folkeparti, Fremskrittspartiet og Høyre om utlendingsfeltet fra høsten 2013 og av avtalen mellom de samme partiene fra 28. februar 2014, at formålet med forskriftsendringen er å sikre en varig ordning hvor barns beste tillegges større vekt enn i dag. I tillegg følger det av avtalene at vurderingen av barnets beste og dets tilknytning til riket skal klargjøres.

Forskergruppa for barnerett ser det som positivt at målsettingen er at barnets beste skal tillegges større vekt enn etter dagens regelverk og at vurderingene skal klargjøres i utlendingsforskriften. Vi er imidlertid i tvil om de foreslåtte endringene i utlendingsforskriften § 8-5 annet ledd, er egnet til å gi en slik økt vektlegging av barnets beste eller en klargjøring av vurderingen. Det er vanskelig å se hvordan barnets beste kan tillegges økt vekt når det skal være et vilkår at foreldrene har medvirket til å avklare identitet og bidratt til å muliggjøre retur under hele oppholdet. Den foreslåtte ordlyden synes å legge opp til at innvandringsregulerende hensyn skal tillegges økt vekt, ikke barnets beste. Forslaget innebærer en økt identifisering mellom barn og foreldre, fremfor en økt vektlegging av barnets beste, noe som etter vår mening er uheldig. Ordlyden i forslaget åpner i tillegg for nye vanskelige vurderinger. Et slikt spørsmål er hva det innebærer at foreldrene "som hovedregel" må ha medvirket? Når kan det gjøres unntak fra dette vilkåret? I tillegg bidrar ikke kravet om at et avslag må være «barnefaglig forsvarlig» til noen klargjøring av vurderingene, da det er uklart hva innholdet i begrepet skal være.

2. Momenter i vurderingen av barnets beste

Vi er positive til at flere sentrale momenter i vurderingen av barnets beste er foreslått inntatt i utlendingsforskriften. Det er også bra at det følger klart av ordlyden at opplistingen ikke er uttømmende, da det må sikres at alle relevante momenter i en konkret sak blir vurdert. I tillegg til de momentene som er foreslått, mener vi at barnets egen mening bør fremgå av opplistingen. Det er nær sammenheng mellom barnekonvensjonen artikkel 12 og artikkel 3 nr.1, og i General comment No. 14 i avsnitt 43 har barnekomitéen uttalt at artikkel 3 nr. 1 ikke kan anvendes korrekt uten at barnets rettigheter etter artikkel 12 er ivaretatt. Ettersom barnets egen mening er et så sentralt punkt i barnets beste-vurderingen, er det uheldig at barnets mening ikke fremgår av opplistingen i § 8-5 annet ledd.

3. Medvirkningskravet

Forholdet til utlendingsloven § 38

Etter forslaget er det et vilkår at foreldrene som hovedregel må ha medvirket til å avklare egen identitet og bidratt til å muliggjøre retur, for at barnets skal gis opphold på grunn av særlige tilknytning til riket. Etter utlendingsloven § 38 fjerde ledd, *kan* innvandringsregulerende hensyn vektlegges i vurderingen av om oppholdstillatelse som følge av særlig tilknytning til riket, skal gis. Det følger av ordlyden “kan” i § 38 at det må foretas en skjønnsmessig vurdering av om opphold skal gis. Det er videre presisert i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 420 med at det i hver enkelt sak må foretas en konkret vurdering, hvor innvandringsregulerende hensyn vil inngå i avveiningen. Å innføre et vilkår i forskriftens § 8-5 om at foreldrene må ha medvirket, kan medføre at det ikke lenger gjøres en konkret, skjønnsmessig vurdering som følge av at medvirkningsvilkåret ikke er oppfylt. Det bør derfor vurderes om forslaget til forskriftsendring innskrenker utlendingsloven § 38 i større grad enn det er rom for, ved at det bare legges opp til en skjønnsmessig vurdering når foreldrene har medvirket. Dersom foreldrene ikke har medvirket, vil vilkåret som hovedregel stenge for at det gis opphold, og det uten at en skjønnsmessig vurdering blir foretatt.

Barnets beste

Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker som berører barn, jf. BK. art. 3 nr. 1, Grunnloven § 104 annet ledd og utlendingsloven § 38 tredje ledd. Det følger av utlendingsloven § 38 tredje ledd at barn kan gis oppholdstillatelse selv om situasjonen ikke har slikt alvor at det ville blitt innvilget til en voksen. Det må vurderes konkret i hver sak hva som er til barnets beste og hvilke tyngde hensynet har. Hvilke vekt barnets beste har, kan avhenge av de særlige forholdene i den enkelte saken. Barnets beste må så avveies mot andre hensyn som gjør seg gjeldende, og i denne avveiningen skal barnets beste være et *grunnleggende hensyn*. På et tidspunkt kan barnets beste veie så tungt at andre hensyn ikke kan gå foran. Det må også vurderes konkret hvilke innvandringsregulerende hensyn som gjør seg gjeldende. Barnekonvensjonen bygger på et grunnleggende syn på at barn er innehavere av egne rettigheter. Som Høyesterettsdommer Bårdsen uttaler i Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 193, er det ikke uproblematisk å foreta en alminnelig identifikasjon mellom barn og foreldre.

Å gjøre barns adgang til oppholdstillatelse enda sterkere avhengig av og knyttet til foreldrenes tidligere handlinger, er etter vår mening et steg i gal retning. Barnet har liten eller ingen rådighet over foreldrenes handlinger. Det er da særlig viktig at barnets beste blir nøye vurdert, og avveid mot eventuelle motstående hensyn, slik at ikke barnets situasjon blir overskygget av foreldrenes handlinger. At foreldrenes medvirkning fremstilles som et vilkår, og ikke bare som et hensyn eller moment, gjør at det er en stor risiko for at barns situasjon ikke blir vurdert eller vektlagt i tråd med barnekonvensjonen.

4. Uttrykket “Barnefagligforsvarlig” i forslagets § 8-5 fjerde ledd

Å innføre et absolutt krav om at avgjørelsen må være barnefaglig forsvarlig vil ikke kunne hindre krenkelse av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Prinsippet om barnet beste er langt mer enn en forsvarlighetsvurdering.

Vi mener i tillegg det er uheldig at det innføres en ny vurderingsnorm med utydelig innhold, når de vurderingene som må gjøres allerede er vanskelige. Det er uklart hva det innebærer at et avslag må være "barnefaglig forsvarlig". I høringsnotatet er det ikke tydeliggjort hvilke vurderinger som må gjøres. Det nevnes både at utlendingsmyndighetene må ivareta *barneperspektivet* på en god måte og at utlendingsforvaltningen må ha tilstrekkelig *barnefaglig kompetanse*. Hva det innebærer å ha et barneperspektiv og hva barnefaglig kompetanse er, er ikke klart.

I tillegg mener vi at forholdet mellom tredje og fjerde ledd er meget uklart. Er fjerde ledd ment som et unntak fra vilkåret i tredje ledd, slik at det likevel skal kunne gis opphold om avslag ikke vil være barnefaglig forsvarlig? Det er i så fall vanskelig å se hvordan et så uklart begrep skal kunne fungere som noen skranke.

5. Unntaket for begrunnelsesplikten i vedtak som berører barn

Vi er positive til at kravene til begrunnelsens innhold er skjerpet. Presise begrunnelser er viktig for at den private part skal kunne vurdere om vedkommende bør klage. Det er også viktig av hensyn til overprøving og likebehandling.

Når det gjelder unntaket som er foreslått i § 17-1 a annet ledd, finne vi dette noe vanskelig å forstå. Når barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle saker som berører barn, er det vanskelig å tenke seg tilfeller hvor «hensynet til barnet uansett ikke har betydning for vedtaket».

Vennlig hilsen

Forskergruppa i barnerett ved Det juridiske fakultet, UIT Norges Arktiske Universitet

v/ forskergruppeleder

Lena R. L. Bendiksen
Professor dr. juris
Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
9037 Tromsø
Norge
Direkte innvalg: +47 77 64 45 52

