



BARNEOMBUDET

Justis- og politidepartementet,
Innvandringsavdelingen
Postboks 8005 Dep

0030 OSLO

Deres ref:	Vår ref:	Saksbeh:	Arkivkode:	Dato:
	11/00969-2	Anders Prydz Cameron	008;O;AS/MIN	27.9.2011

Høring - NOU 2010:12 Ny klageordning for utlendingssaker

Det vises til høringsbrev datert 16.5.2011 – NOU 2011:12 Ny klageordning for utlendingssaker.

Barneombudet skal i henhold til lov og instruks arbeide for at barns behov, rettigheter og interesser blir tatt tilbørlig hensyn til på alle samfunnsområder. Ombudet skal særlig følge med i at lovgivning til vern om barns interesser blir fulgt, og at norsk rett samsvarer med de forpliktelser Norge har etter FNs konvensjon om barnets rettigheter. Ombudet skal av egen tiltak, eller som høringsinstans, ivareta barn sine interesser i samband med planlegging og utredning på alle felter, foreslå tiltak som kan styrke barns rettsikkerhet, med mer. Ombudets mandat er begrenset til barn under 18 år.

Utvalget foreslår at man i utlendingssaker som hovedregel skal ha en ordinær klagebehandling etter forvaltningsloven, men at man skal innføre en domstolsliknende behandling forbeholdt de sakene som "(...) i særskilt grad skiller seg fra ordinære forvaltningssaker, særlig sett i forhold til bevisvurdering og velferdsmessig betydning". Av disse sakene skal flere enn i dag nemndbehandles, og flere klagere skal få mulighet til personlig fremmøte. Den domstolsliknende Flyktningnemnda skal behandle en del asylsaker. Resten av asylsakene og samtlige oppholdssaker er foreslått behandlet i et ordinært forvaltningsorgan, Utlendingsklage. Barneombudet mener det isolert sett er positivt at flere asylsaker skal behandles i nemnd med personlig fremmøte, men kan ikke stille seg bak utvalgets forslag om at oppholdssaker ikke lenger skal kunne behandles i nemnd.

I høringsuttalelsen drøfter Barneombudet følgende punkter:

1. Avgjørelser i oppholdssaker kan ha svært stor velferdsmessig betydning for barn. I slike saker gjøres det også en lang rekke kompliserte vurderinger, blant annet av bevis.
2. Rettssikkerhet i klagebehandlingen i asylsaker.
3. Barns rett til å uttale seg i saker som angår dem.
4. Uttak av nemndmedlemmer og nemndmedlemmenes kompetanse.
5. Kjent oppholdssted som vilkår for gjenåpning av sak i forslag til ny § 78 a.

1. Klagebehandlingen i oppholdssaker

Utvalget foreslår at alle oppholdssaker skal behandles i et ordinært forvaltningsorgan, Utlendingsklage. Begrunnelsen for dette er slik Barneombudet forstår det todelt. For det første er bevisvurderingene i slike saker - slik utvalget ser det - ikke like kompliserte som i asylsakene. Utvalget viser til at man i asylsaker i stor grad vurderer faktiske forhold i søkerens hjemland (s. 83) Barneombudet har på bakgrunn av henvendelser til kontoret sett at man i flere utvisningssaker og saker om familiegjenforening gjør relativt kompliserte vurderinger. I saker der barn søker gjenforening med mor i Norge, gjøres det for eksempel vurderinger av barns faktiske omsorgssituasjon i hjemlandet. I utvisningssaker kan det i enkelte tilfeller gjøres vurderinger av barns psykiske helsesituasjon. Dette er vurderinger som etter Ombudets mening er så kompliserte at det vil være viktig at man har mulighet for den kontradiksjon nemndbehandling med personlig fremmøte gir. Utvalgets forslag legger opp til at dette ikke skal være mulig i slike saker.

Utvalget understreker videre at avslag på asyl er ett av de mest inngripende vedtakene i norsk forvaltning (s. 82). På side 83 skriver utvalget at også utvisningssaker og saker om familiegjenforening kan skille seg fra ordinære forvaltningssaker på grunn av spesielt stor velferdsmessig betydning for den enkelte. På bakgrunn av henvendelser til vårt kontor kan Barneombudet bekrefte at både saker der foreldre blir utvist fra Norge, og avslag i saker om familiegjenforening kan ha svært store velferdsmessige konsekvenser for barn. Dette taler etter Ombudets mening for at man har mulighet for nemndbehandling med personlig fremmøte. I tilfeller der utlendinger utvises på grunn av ilagt straff, er det heller ikke mulighet for fritt rettsråd, noe som gjør at konsekvensene for utvistes barn i noen saker kun kan være basert på saksbehandleres og beslutningstakeres antakelser.

Barneombudet kan på denne bakgrunn ikke støtte forslaget om at alle oppholdssaker skal behandles i et rent forvaltningsorgan. Dette vil etter vår mening svekke barns rettssikkerhet i disse sakene. Det at man i liten grad behandler slike saker i nemnd i dag, kan ikke brukes som argument for at dette ikke skal være mulig i fremtiden. Barneombudet har tidligere gitt uttrykk for at man snarere bør behandle flere oppholdssaker i nemnd.

2. Asylsaker som ikke skal behandles av Flyktningnemnda

Utvalget foreslår at saker som ikke har fått innvilget utsatt iverksettelse skal behandles i Utlendingsklage, og at de dermed ikke skal kunne nemndbehandles. I 2009 fikk under halvparten av asylsakene innvilget utsatt iverksettelse¹. Barneombudet ser flere rettsikkerhetsmessige dilemmaer ved utvalgets forslag. Det vil blant annet være UDI som avgjør om man skal gi utsatt iverksettelse, og dermed i praksis om saken skal kunne behandles i nemnd eller ikke.

Såkalte Dublin-saker skal etter utvalgets forslag behandles i Utlendingsklage. Barneombudet har mottatt flere henvendelser om slike saker der det er usikkerhet om mottaksforholdene for barnefamilier i landet som skal behandle søknaden er gode nok, og om asylprosessen i tilstrekkelig grad ivaretar søkers rettigheter. Videre kan det være uenighet om utlendingen faktisk har søkt asyl i et førsteland, eller om en registrering hos politiet i forbindelse med innreise har blitt registrert som en søknad om asyl. EMDs dom i saken M.S.S vs Belgium and Greece viser at søker i enkelte tilfeller kan få medhold i slike anførsler. Barneombudets inntrykk fra de enkeltsakene vi har sett i slike tilfeller, er at forvaltningen i noen enkeltsaker ikke i tilstrekkelig grad vurderer de faktiske forhold ved retur til land som deltar i Dublin II-forordningen. I enkelttilfeller kan retur til et land uten fungerende mottakssystem og asylsaksbehandling ha stor velferdsmessig betydning for søker. Vurdering av sakens faktum

¹ NOU 2010: 12 s. 62

kan innebære til dels kompliserte bevisvurderinger knyttet til faktiske forhold i et Dublinland. I slike saker mener Ombudet derfor at det i noen tilfeller vil kunne være behov for en muntlig nemndbehandling av hensyn til barns rettssikkerhet.

3. Barns rett til å uttale seg i saker som angår dem

Barnekonvensjonens artikkel 12 gir barn rett til å si sin mening i saker som angår dem. Barneombudet er bekymret for at man i klagesaksbehandlingen i utlendingssaker ikke i tilstrekkelig grad innhenter informasjon om og fra barn. Dette er bekymringsfullt av flere grunner. Barnekonvensjonens artikkel 12 gir barn en selvstendig rett til å bli hørt i alle saker som berører dem. FNs barnekomité understreker dette i sin generelle kommentar nr. 12 hvor det påpekes at ”skal garantere” i artikkel 12 ikke gir rom for skjønnsutøvelse når det gjelder hvorvidt barn skal høres (se para 19). Informasjon om barnets egne meninger er videre av avgjørende betydning når man skal gjøre en konkret vurdering av det enkelte barns beste etter barnekonvensjonens artikkel 3. Slike vurderinger er svært sentrale i mange utlendingssaker, både asylsaker og oppholdssaker.

I NOU 2010:12 finner vi lite konkret informasjon om hvordan utvalget mener man skal legge til rette for at barn blir hørt i klagesaksbehandlingen. Det er mulig at utvalget anser dette temaet å være i utkanten av sitt mandat. Barneombudet mener det er viktig at man organisatorisk legger til rette for høring av barn, og for at man sikrer barnevennlige prosesser i et eventuelt nytt klageorgan.

I utvalgets forslag legges det i hovedsak opp til at barn enten skal høres direkte i nemndmøte eller skriftlig via advokat. Barnekomiteen understreker i sin generelle kommentar 12 at et barn ikke kan høres effektivt dersom omgivelsene er lite sensitive og egnet for barn (para 34), og at myndighetene har ansvar for å sikre at barnets rett til å bli hørt skjer på en måte som sikrer nødvendig ivaretagelse og beskyttelse av barnet (para 21). Barneombudet anbefaler derfor at man vurderer andre måter å høre barn på, for eksempel i egne, tilrettelagte samtaler i forkant av nemndmøter eller gjennom en representantordning. I barnevernssaker, straffesaker og saker etter barneloven legger man i en del tilfeller til rette for en barnevennlig høring av barn utenfor formelle møter med mange voksne tilstede, og slike ordninger bør man etter Ombudets mening også vurdere i klagesaksbehandlingen i utlendingsforvaltningen.

Barneombudet vil anbefale at man vurderer muligheten for å høre barn direkte i flere sammenhenger, i tråd med anbefalingene i FNs barnekomités generelle kommentar 12, para 35. Vi støtter derfor mindretallsforslagene til nytt § 77a første ledd i utlendingsloven.

Særlig om barns møterett i saker der det er strid om faktum for vurdering av opphold etter utlendingslovens § 38

Barneombudet har ovenfor argumentert mot en slik organisering av klagesaksbehandlingen som utvalget har foreslått. Dersom departementet likevel går inn for en slik organisering, mener Ombudet departementet bør ta inn forslagene fra enten utvalgsmedlemmene Hashi og Skagestad og eller utvalgsmedlem Tungesvik til nytt § 77 a første ledd i utlendingsloven. I sine to ulike mindretallsforslag går de inn for bestemmelser som sikrer at barn skal få rett til personlig fremmøte når det er aktuelt å fravike det faktum klageren anfører, og slik fravikelse kan få betydning for retten til oppholdstillatelse etter § 38. Barneombudet støtter argumentasjonen som utvalgsmedlem Tungesvik legger til grunn for sitt forslag om at barn skal ha rett til personlig fremmøte i slike saker. Så vidt Ombudet foreslår, går forslaget fra Hashi og Skagestad videre enn utvalget fra Tungesvik, men ivaretar barns rett til oppmøte samme måte. Ombudet har derfor ikke tatt stilling til hvilket av de to forslagene departementet bør gå inn for.

4. Uttak av nemndmedlemmer og nemndmedlemmers kompetanse

I høringsbrevet ber departementet spesifikt om kommentarer knyttet til hvordan uttaket av nemndmedlemmer best kan organiseres, herunder hvem som bør fremme forslag om nemndmedlemmer, og hvorvidt det er behov for personer med spesiell kompetanse blant nemndmedlemmene.

Barneombudet har ikke tatt stilling til hvordan nemndmedlemmer bør tas ut og hvem som bør foreslå nemndmedlemmer, utover at det er viktig at man sikrer at nemndmedlemmene er uavhengige og kompetente. Ombudet mener at det i mange saker vil være behov for barnefaglig kompetanse. Vurderinger av hensynet til barnets beste, vurderinger knyttet til barns helsesituasjon og andre spørsmål, krever at nemndmedlemmer har kompetanse på barns rettigheter som en spesielt sårbar gruppe asylsøkere. Videre er det avgjørende for at barn skal bli hørt og at barnets mening tillegges vekt etter alder og modenhet, at nemndmedlemmer er i stand til å vurdere for eksempel barnets alder og modenhet i hver enkelt sak. Det er ikke tilstrekkelig med aldersgrenser eller andre administrativt fastsatte regler for høring av barn i enkeltsaker.

Barneombudet vil anbefale departementet å foreslå en ordning som sikrer at et tilstrekkelig antall nemndmedlemmer har barnefaglig kompetanse, enten gjennom kriterier i utvelgelsen eller ved skolering av nemndmedlemmene etter utvelgelse. Kompetansen bør både være knyttet til barns rettigheter som en spesielt sårbar gruppe asylsøkere, og til høring og vektlegging av barns oppfatninger i saken.

5. Kjent oppholdssted som vilkår for gjenåpning av sak i forslag til ny § 78 a

I sitt forslag til ny § 78 a i utlendingsloven går utvalgets flertall inn for å sette som vilkår for at saken kan gjenåpnes, at utlendingen har kjent oppholdssted. Barneombudet forstår at det er sterke samfunnsmessige hensyn som taler for at myndighetene skal vite hvor utlendinger oppholder seg, og at utvalgets forslag kan bidra til dette. Samtidig mener Ombudet, i likhet med utvalgets mindretall, at konsekvensene av å stille et slikt krav i loven ikke er tilstrekkelig klarlagt. Ombudet støtter i all hovedsak mindretallets argumentasjon. I tillegg vil vi anføre at det er viktig at barns muligheter for gjenåpning av sin sak ikke er avhengig av om foreldrenes oppholdssted er kjent. Dette er særlig relevant i saker der man vurderer gjenåpning av en sak på grunn av et barns tilknytning til riket etter utl § 38, tredje ledd. Ombudet forstår at det er sterke samfunnsmessige hensyn som taler for et vilkår om kjent oppholdssted, men mener hensynet til det enkelte barn må gå foran disse i en vurdering av om saken skal gjenåpnes eller ikke. Barneombudet anbefaler derfor departementet ikke å gå inn for en lovfesting av vilkåret om kjent oppholdssted, men i stedet legge til grunn mindretallets forslag til ny § 78 a, eller på annet vis tydeliggjøre at barns mulighet til å få sin sak gjenåpnet ikke knyttes til foreldrenes valg av oppholdssted for familien.

6. Oppsummering

Barneombudet mener utvalgets forslag til ny klageordning for utlendingssaker ikke i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til barns rettssikkerhet i saker som innebærer store velferdsmessige konsekvenser for barn, og der det gjøres til dels svært kompliserte vurderinger, både av bevis og av vekten av ulike hensyn. Ombudet mener at departementet bør vurdere en klageordning som i større grad åpner for muntlig saksbehandling i nemnd eller annet uavhengig, domstolsliknende organ, også i oppholdssaker og asylsaker der det ikke er gitt utsatt iverksettelse. Alternativt kan man vurdere en rettsliggjøring av klageordningen slik som i Sverige, men Ombudet ser at heller ikke en slik ordning er uproblematisk når det gjelder hensynet til barn.

Hvis departementet likevel velger å gå inn for hovedelementene i utvalgets forslag til organisering og saksbehandling, ber vi om at man vurderer hensynet til barn som en spesielt sårbar gruppe asylsøkere med selvstendig rett til å bli hørt i saksbehandlingen.

Barneombudet takker for muligheten til å uttale seg i saken, og vi stiller oss til disposisjon for videre drøftelser med departementet hvis det er ønske om det.

Vennlig hilsen

Knut Haanes
nestleder

Anders Prydz Cameron
rådgiver

Dette brevet er elektronisk godkjent, og har derfor ingen underskrift.
KH - 03.10.2011