



BARNEOMBUDET

Kommunal- og regionaldepartementet
Postboks 8112 Dep

0032 OSLO

KOMM. OG REG. DEP	
25 JUL 2005	
04/3411-111	
Ark	531.1
Åvd.	INN / PRE / KAB

Deres ref:

Vår ref:
05/00018-2

Saksbeh:
CJ

Arkivkode:
008

Dato:
15.02.2005

Høring: NOU 2004:20 Ny utlendingslov

Det vises til høringsbrev av 23. desember 2004 hvor det bes om kommentarer på forslag til ny utlendingslov (NOU 2004:20). I telefon med Kenneth Baklund fikk Barneombudet utsatt høringsfrist til 1. august.

1. Generelle kommentarer

Dagens regelverk på utlendingsrettens område er komplisert. Barneombudet er derfor fornøyd med at det nå foreslås ny utlendingslov. Ombudet er særlig positiv til at det legges opp til mer lovfesting av reglene på dette området. Dette er viktig i et rettsikkerhetsperspektiv og vil gi større forutberegnlighet for de berørte.

Dagens utlendingslov § 2 angir hva som er formålet med loven. Barneombudet mener også at en ny utlendingslov bør ha en formålsbestemmelse. Loven vil bestå av en rekke bestemmelser av mer eller mindre skjønnsmessig karakter, og det er derfor særlig viktig å ha en bestemmelse som kan være førende ved tolkningen av disse reglene.

Barneombudet støtter utvalgets forslag om å ha en bestemmelse som henviser til internasjonale regler. Dette er viktig for å tydeliggjøre at loven skal tolkes i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser, også de som ikke gjengis i menneskerettsloven.

Barnekonvensjonen artikkel 4 fastslår at alle tiltak som er nødvendige for å virkeliggjøre rettighetene som anerkjennes i konvensjonen skal benyttes. Ved innarbeidelsen av barnekonvensjonen i norsk rett valgte man en todelt løsning, hvor selve konvensjonen ble inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettsloven. Samtidig foretok man enkelte lovendringer i relevante lover for å sikre at disse er i samsvar med konvensjonen. Ved utarbeidelsen av ny utlendingslov bør denne todelte ordningen videreføres, slik at barnekonvensjonens bestemmelser og prinsipper gjengis i utlendingsloven der dette er naturlig. En tydeliggjøring av barnekonvensjonens bestemmelser i lovteksten er viktig, ikke minst av pedagogiske hensyn, da det er sannsynlig at både saksbehandler i utlendingsforvaltningen og søker i stor grad vil forholde seg til utlendingsregelverket og ikke nødvendigvis ha internasjonale konvensjoner, som barnekonvensjonen, lett tilgjengelig - eller ha inngående kjennskap til hvilke bestemmelser som er særlig relevante.

Barneombudet er glad for at utvalget i flere bestemmelser henviser til barnets beste, men understreker imidlertid at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle saker vedrørende barn, ikke kun der det er nevnt spesifikt i lovutkastet. Det ville være en fordel om dette fremgår klart av loven, for eksempel i en innledende bestemmelse.

Videre mener Barneombudet at også andre prinsipper i barnekonvensjonen med fordel kunne vært innlemmet i den foreslåtte loven. Det bør for det første fremgå klart av loven at barn har en selvstendig rett til å bli hørt, jf. barnekonvensjonen artikkel 12. Det er etter Ombudets oppfatning naturlig å nevne dette i lovutkastets § 90. Videre vil det for eksempel være naturlig å synliggjøre i loven at barn har rett til å få søknader om familiegjenforening med sine foreldre behandlet på en positiv, human og rask måte og at barnet har rett til, unntatt under særlige omstendigheter, å opprettholde regelmessige, personlige forbindelser og direkte kontakt med begge foreldrene, jf. barnekonvensjonen artikkel 10. I tillegg bør det synliggjøres i loven at myndighetene har et særlig ansvar for å treffe egnede tiltak for å sikre at barn som søker flyktningstatus eller som anses som flyktning, enten de kommer alene eller sammen med foreldre eller andre, får behørig beskyttelse og humanitær hjelp i utøvelsen av sine rettigheter, jf. barnekonvensjonen artikkel 22.

Barneombudet vil for øvrig understreke at det er svært viktig at utlendingsmyndighetene benytter barnefaglig kompetanse til å vurdere hva som vil være til barnets beste i det enkelte tilfellet. Det er ofte snakk om vedtak som vil ha stor velferdsmessig betydning for det enkelte barn. Det er derfor av stor betydning at myndighetene er villig til å bruke ressurser på å få personer med barnefaglig kompetanse til å uttale seg der dette er nødvendig, på samme måte som man gjør i for eksempel barnevernssaker og barnefordelingssaker. Det er etter Ombudets oppfatning uansett ikke tilstrekkelig for å oppfylle barnekonvensjonens krav at det kun henvises til at barnets beste har vært vurdert. Det må fremgå klart av vedtaket hva som er barnets beste i det enkelte tilfelle og hvorfor man eventuelt kommer til at andre hensyn skal veie tyngre.

Barneombudet vil i det videre komme med bemerkninger knyttet til enkelte temaer som er særlig relevant for barn.

2. Visum

Barneombudet mener det må legges til rette for at barn som ikke bor i samme land som en eller begge av foreldrene får opprettholdt kontakt med dem. Det vises i denne sammenheng til barnekonvensjonen artikkel 3 og 10 og EMK artikkel 8. I dag praktiseres visumreglene slik at det legges til dels stor vekt på innvandringspolitiske hensyn og hvorvidt det er sannsynlig at vedkommende vil returnere til hjemlandet. Sannsynligheten er i stor grad basert på hvorvidt andre personer i tilsvarende situasjoner har returnert tidligere. Det kan etter Barneombudets oppfatning være i strid med retten til familieliv å hindre kontakt mellom foreldre og barn basert på en slik generell antakelse. Barneombudet mener det i større grad må legges til rette for en konkret vurdering i den enkelte sak, jf. barnets beste i barnekonvensjonen artikkel 3. Utgangspunktet bør etter Ombudets oppfatning være at nærmeste familie, dvs ektefeller, foreldre og barn, skal få visum og at unntak eventuelt må begrunnes konkret, for eksempel basert på at man har eksakte holdepunkter for at søker ikke vil returnere til hjemlandet.

3. Kortvarig opphold

Barneombudet støtter en bestemmelse som gir mulighet for kortidsopphold utover tre måneder, jf. utkastets § 23.

Dette vil kunne skape fleksibilitet og bidra til at for eksempel familier som trenger ekstra hjelp fra slekt i utlandet over noe tid kan få dette. Barneombudet er imidlertid skeptisk til at det i forslaget sies at forholdet må falle utenfor lovens øvrige regler og at utvalget i sine kommentarer understreker at bestemmelsen skal praktiseres restriktivt. Det kan medføre at dette i realiteten blir en unntaksbestemmelse som svært sjelden vil bli brukt. Det forutsettes at det ikke vil være til hinder for å kunne få opphold etter denne bestemmelsen at vedkommende ville kunne ha fått visum.

4. Beskyttelse

Barneombudet er fornøyd med at flyktningskonvensjonens definisjon nedfelles i loven slik at lovens definisjon samsvarer med våre internasjonale forpliktelser.

Barn som kommer til landet i følge med familie vil kunne ha selvstendig grunn til beskyttelse. De kan for eksempel ha deltatt i politisk aktivitet som kan gi grunnlag for beskyttelse, uavhengig av foreldrene. Det er derfor viktig at barn blir vurdert som selvstendige individer og ikke kun som vedheng til foreldrene. Dette vil særlig være aktuelt for større barn. Barneombudet ser at utvalget påpeker at det som hovedregel skal avholdes en samtale med medfølgende barn. Dette støttes. Barneombudet savner imidlertid en nærmere redegjørelse av hvordan barns eventuelle selvstendige behov for beskyttelse skal ivaretas. Det reiser seg for eksempel i den forbindelse spørsmål omkring hvorvidt barn over en viss alder bør ha egne partsrettigheter og hvordan man ivaretar barnas behov dersom de er motstridende til forelderens behov. Det er for øvrig viktig å presisere at selv om barn skal høres, må barn aldri settes i en situasjon hvor de kommer i en lojalitetskonflikt eller må uttale seg uten at de ønsker det selv.

Enslige mindreårige asylsøkere er en helt spesielt utsatt gruppe som myndighetene har et særlig ansvar for. Barneombudet vil understreke at det *alltid* bør oppnevnes en verge for vedkommende. Det vises i den forbindelse til vår høringsuttalelse i forbindelse med ny lov om NOU 2004:16 om lov om representasjon for enslige mindreårige asylsøkere. Det har den siste tiden vært rette mye kritikk mot hvordan enslige mindreårige asylsøkere blir ivaretatt. Barneombudet mener denne gruppen barn må ha samme standard som barn som er i kontakt med barnevernet. Ombudet er imidlertid bekymret for at det ikke er tilfelle i dag. Det gjelder bl.a. standard og bemanning på mottakene. Videre mener Barneombudet at alle barn som kommer til Norge alene i seg selv er en grunn til bekymring som barnevernet må se nærmere på. Det bør derfor etableres et system som gjør at barnevernet rutinemessig blir varslet når et barn kommer alene til landet. Så vil det være opp til barnevernet å vurdere om det skal settes i gang spesielle tiltak.

Barneombudet støtter utvalget i at det vil være behov for å benytte eksperter i barnepsykologi i forbindelse med søknader fra enslige mindreårige asylsøkere og at det må sees hen til barnets mentale utvikling og modenhet ved vurderingen av søknaden.

5. Sterke rimelighetsgrunner

Barneombudet støtter en videreføring av en slik bestemmelse i § 47 og er positiv til at den foreslåtte bestemmelsen er mer konkretisert enn dagens lov, da dette forhåpentligvis vil skape større forutberegnlighet for søker og likere behandling enn i dag. Ombudet er særlig positiv til at enslige mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur nevnes som eksempel på *særlig omstendighet*. Det understrekes for øvrig at hva som legges i sterke rimelighetsgrunner / særlige omstendigheter ikke må tolkes for strengt.

Barneombudet er som nevnt positiv til at barnets beste synliggjøres i lovteksten som et viktig hensyn, men vil nok en gang understreke at det er viktig at det gjøres en reell vurdering av hva som er barnets beste, slik at det ikke bare automatisk henvises til at dette er vurdert. Som nevnt bør det i vedtakene synliggjøres hva som konkret vil være til barnets beste i det enkelte tilfellet, og det må gis en begrunnelse for hvorfor myndighetene eventuelt har valgt å legge større vekt på andre hensyn.

Når det gjelder midlertidige tillatelser, vil Barneombudet oppfordre til at dette brukes med varsomhet, særlig når det gjelder barn. Det kan være svært belastende å leve i en uavklart situasjon lenge. Det må derfor tilstrebes at det gis varige oppholdstillatelser med mindre gode grunner taler mot det. Dersom det ikke vil være mulig å returnere søkerne, mener Barneombudet at det må gis opphold etter en viss tid etter en individuell vurdering der barnets alder, modenhet og behov er utgangspunktet. Dette er spesielt viktig når det gjelder barn, da de ikke bør leve for lenge under uavklarte forhold.

6. Familiegjenforening

Barneombudet vil innledningsvis påpeke at foreldre og barn har en grunnleggende rett til kontakt med hverandre. Selv om det ikke ut fra dette kan utledes en ubetinget rett til familiegjenforening i Norge, mener Barneombudet at norske myndigheter gjennom internasjonale konvensjoner har forpliktet seg til å legge til rette for at barn og foreldre, med visse unntak, kan utøve et familieliv, jf. barnekonvensjonen 10 og EMK artikkel 8. I en del tilfeller er eneste reelle mulighet for at barn og foreldre skal kunne forenes, at søker gis opphold i Norge.

Barneombudet er positiv til at utvalget ser at det er viktig med kontakt mellom barn og samværsforeldre og støtter at det innføres en rett til førstegangs oppholdstillatelse for foreldre som skal ha samvær med barn i Norge, jf. § 54. Ombudet er også positiv til at retten til å få oppholdstillatelse på bakgrunn av samvær med barn i Norge for personer som bor i landet og som har hatt opphold i landet på annet grunnlag videreføres, jf. 63.

Barneombudet er videre fornøyd med at utvalget foreslår å styrke retten til familiegjenforening i tilfeller hvor samboere har felles barn ved å gjøre det til et rettskrav, jf. § 50. Ombudet støtter også at det kan gjøres unntak fra kravet om at ingen av partene er gift og kravet om at de må ha vært samboere i to år.

Barneombudet støtter at foreldre til barn med opphold i riket etter §§ 38 eller 43 gis rett til oppholdstillatelse, jf. § 52, men er imidlertid kritisk til utformingen av § 52. For det første er bestemmelsen svært vanskelig formulert. Det er for eksempel uklart hva formuleringen om barnets beste henviser til. Hvis bestemmelsen er forstått riktig, har utvalget ment å begrense foreldrenes rett til familiegjenforening i Norge til de tilfeller hvor familiegjenforening ikke kan skje i foreldrenes hjemland eller eventuelt det land de oppholder seg eller hensynet til barnets beste taler avgjørende mot familiegjenforening der foreldrene oppholder seg. Utvalget sier imidlertid på side 220 at det skal inntas en reservasjon i forhold til retten til familiegjenforening slik at gjenforening kan nektes dersom barnets beste tilsier at tillatelse ikke gis. Det er ikke slik reservasjonen er gjengitt i lovteksten.

Det kan være tilfeller der det vil være det beste for barnet å gjenforenes med sine foreldre der foreldrene er. I hvilket land man skal gjenforenes, bør imidlertid bør være en sak familien selv bestemmer.

På grunn av reservasjonene i § 52 er bestemmelsen i realiteten svært "utvannet" som rettighetsbestemmelse.

Den overlater i praksis valget om hvor familiegjenforening skal skje til utlendingsmyndighetene. Utvalget begrunner dette med hensynet til barnets beste. Barneombudet mener dette virker søkt. Det vil etter Barneombudets oppfatning sjelden være tilfelle at det er det beste for barnet å gjenforenes med foreldrene i et land hvor norske utlendingsmyndigheter har anerkjent at barnet har et beskyttelsesbehov (forslagets § 52 omfatter kun barn som har opphold som flyktning eller kollektiv beskyttelse). Når det gjelder gjenforening i tredje land, vil det måtte vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle hvorvidt dette vil være den beste løsningen for barnet. Barneombudet vil anta at det ofte vil være til det beste for barnet å få bli i et miljø der det har etablert seg, istedenfor å flytte til et antakelig ukjent tredje land.

Det kan heller synes som at det er innvandringsregulerende hensyn som ligger bak begrensningene i § 52. I så fall bør det fremgå tydeligere.

Bestemmelsen er formulert på en slik måte at det er innbakt i bestemmelsen en presumsjon for at det, dersom det er mulig, vil være til det beste for barnet å gjenforenes med sine foreldre der de befinner seg. Det motsatte, at det er det beste for barnet at foreldrene får opphold i Norge, må sannsynliggjøres, og det kreves en kvalifisert form for sannsynliggjøring, nemlig at barnets beste må tale *avgjørende* mot gjenforening hos foreldrene. Det tas dermed i liten grad hensyn til forhold som at barnet kan ha blitt integrert i det norske samfunn, at det har opparbeidet seg et nettverk her, at det å bryte opp vil være skadelig for barnet, at foreldrenes hjemsted kan være usikkert, ha dårligere tilbud mht helsetjeneste, skole etc. Barneombudet mener at en slik begrenset vurdering av barnets beste ikke er i tråd med barnekonvensjonens krav om at barnets beste skal vurderes i alle saker som vedrører barn. Vurderingen skal være konkret og ta utgangspunkt i det enkelte barn, uten føringer på hva som antas å være best for barnet. Dersom andre hensyn skal kunne vektlegges, for eksempel innvandringspolitiske hensyn, så bør det ikke fremstå som at dette er en rettighetsbestemmelse.

Barneombudet mener for øvrig at barn som har fått opphold på bakgrunn av sterke rimelighetshensyn, jf. § 47, også må omfattes av denne bestemmelsen.

Barneombudet er positiv til forslaget om at det er tidspunktet for når søknad kommer til utlendingsmyndighet, dvs. for eksempel utenriksstasjon, som er avgjørende for om en person anses som over eller under 18 år, jf § 61. Det kan ha stor betydning for ens søknad hvorvidt man anses som over eller under 18 år. Skjæringstidspunktet bør derfor være et tidspunkt søker selv har kontroll over, uten innvirkning fra eventuell sendrektighet i postgang og forvaltningen.

7. Underholdskravet

I forslaget § 68 gis det hjemmel til å stille krav om sikret underhold for å gi oppholdstillatelse. Selv om underholdskravet ikke er et formelt hinder for opphold i Norge, har det i praksis vist seg å være et reelt hinder for bl.a. familiegjenforening mellom foreldre og barn i en del tilfeller. Barn har i disse tilfellene kommet i en svært vanskelig situasjon. Noen er blitt igjen alene i hjemlandet eller i et tredjeland under meget vanskelige forhold, frarøvet muligheten for å ha et familieliv med sine foreldre. Dette er svært uheldig.

Barneombudet mener det må tydeliggjøres i loven i hvilke tilfeller det ikke kan kreves underhold. Det bør i det minste fremgå av loven, og ikke kun forskriftsfestes, at det ikke kan kreves underhold fra de som fått innvilget asyl og deres familie. Videre bør det ikke kreves underhold for familiemedlemmer til personer som har søkt asyl, men som har fått opphold på bakgrunn av sterke rimelighetsgrunner.

Barneombudet har også fått en del tilbakemeldinger på at det er svært vanskelig å oppfylle kravet til underhold og samtidig følge integreringsprogrammet. Det er positivt at utlendinger følger integreringsprogrammet, og det er forståelig at det er vanskelig å jobbe så mye ved siden av at man klarer å oppfylle underholdskravet. Det er derfor uheldig at dette ofte vil medføre at de ikke vil kunne bli gjenforent med familiemedlemmer før programmet er ferdig. Vi ber departementet se nærmere på dette for å finne en løsning.

8. Utvisning

Utvisningsbestemmelsene er relevante overfor barn på to måter. For det første vil personer over den kriminelle lavalder, 15 år, selv kunne utvises. For det andre vil barn kunne berøres fordi foreldrene deres kan utvises.

Barneombudet støtter at utlending som er født og har vært bosatt i riket ikke kan bortvises eller utvises.

Barneombudet mener for øvrig at personer under 18 år ikke bør kunne utvises. Utvisning er et meget inngripende tiltak som etter Ombudets oppfatning ikke er en egnet reaksjon for barn. Alternativt bør det inngå i loven en særlig restriksjon på utvisning av personer under 18 år hvor det fremgår at listen legges svært høyt når det vurderes om utvisning av barn er uforholdsmessig og at utvisning kun kan skje i de tilfeller der tilknytningen til Norge er liten. Det vises for øvrig til at lovutkastet sier at "barnets beste" skal være et grunnleggende hensyn i forholdsmessighetsvurderingen. Det vil etter Barneombudets vurdering nær sagt aldri være barnets beste å utvises, og en utvisning vil ofte ha dramatiske følger for barnet. Det bør derfor kreves svært mye av andre hensyn for at disse skal veie tyngre enn hensynet til barnet i disse sakene.

Det bør også for personer over 18 år sees hen til om vedkommende begikk den straffbare handlingen mens han eller hun var under 18 år.

Det skal i vurderingen av om utvisningen er forholdsmessig bl.a. legges stor vekt på vedkommendes tilknytning til Norge og om han/hun har tilknytning til hjemlandet. Loven blir per i dag, slik vi ser det, praktisert på en måte som ikke sikrer at personer med sterk tilknytning til riket unngår å bli utvist. Det vises i denne sammenheng til Rt 2005 side 238 hvor en ung mann ble utvist til tross for at han ikke hadde vært i hjemlandet siden han var 9 år og hadde bodd i Norge siden han var 12 år. Mannen hadde begått flere alvorlige straffbare handlinger, etter det vi kan se, før han fylte 18 år, men da utvisningen ble vurdert var han over 18 år. Saken viser etter Barneombudets syn at det blir lagt for liten vekt på lang botid i landet og at hans kriminelle atferd er "skapt" i Norge. Det er etter Ombudets oppfatning rimelig at det er det norske samfunn som bærer ansvaret for den kriminalitet barn og ungdom som bor i Norge utfører. Det blir derfor en for enkel løsning å sende "problemungdom" ut av landet og overlate ansvaret til et land som kan være til dels fremmed for ungdommen.

Når det gjelder foreldre som vurderes utvist, må det også i disse tilfellene legges stor vekt på barnets behov. I disse sakene er barna en uskyldig tredjepart. Barneombudet oppfordrer til at barnets behov i disse sakene tas på alvor. Utlendingsmyndighetene bruker argumenter som at familien kan flytte etter og at det derfor ikke er snakk om en reell atskillelse. Dette er imidlertid ikke alltid en reell mulighet, noe utlendingsmyndighetene må ta på alvor. Det vises for øvrig til Rt 2005 side 229 hvor Høyesterett kom til at utvisningen var uforholdsmessig, da det ville være svært skadelig for barna dersom faren ble utvist.

9. Barnets rett til å uttale seg

Det legges opp til at barn som søker asyl selv, eller sammen med sin familie, som hovedregel skal intervjues. Det kan imidlertid også være aktuelt å høre barn i andre type saker. Det følger av barnekonvensjonen artikkel 12 at barn har rett til å bli hørt i saker som vedrører dem. Barneombudet mener det vil være hensiktsmessig å nedfelle dette prinsippet i utkastets § 90, hvor det tydeliggjøres at barnet har en selvstendig rett til å bli hørt dersom det ønsker det.

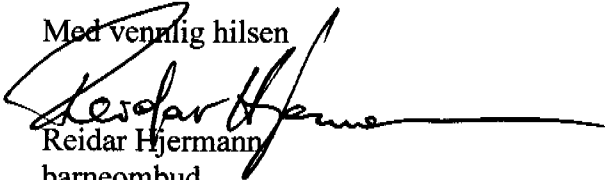
10. Alderstesting

Barneombudet er i utgangspunktet positiv til at utlendinger som søker om asyl får fastslått sin riktige alder. Det er ikke minst viktig for å sikre at ikke voksne påberoper seg rettigheter som skulle vært forbeholdt barn og at de blir plassert sammen med barn. Ombudet er imidlertid, på bakgrunn av siste års debatt, kritisk til bruk av dagens alderstester.

Det er vanskelig for Barneombudet å vurdere hvorvidt alderstestene er faglig forsvarlige. Det er imidlertid viktig å understreke at testene uansett bare gir en indikasjon på søkers alder. Det kan synes som at utlendingsmyndighetene per i dag legger for stor vekt på resultatene fra testene, noe som er svært uheldig. Dersom utlendingsmyndighetene vil fortsette å benytte alderstester, oppfordres myndighetene til å foreta en gjennomgang av hvorvidt dagens alderstester er kvalitetsmessig gode nok - og gi tydelige retningslinjer på hvordan resultatene skal benyttes av den enkelte saksbehandler. Videre vil Barneombudet oppfordre til at søker som bestrider den alder utlendingsmyndighetene fastslår, får møte saksbehandler i UDI og eventuelt nemnda i en klagesak. Etter det Ombudet kjenner til, har personlig oppmøte for UNE nettopp gjort at en lavere alder er blitt lagt til grunn. Det er da viktig at det legges til rette for slike tiltak som kan bedre rettsikkerheten.

For å sikre søkers rettsikkerhet bør det tydeliggjøres i loven at alderstesten kun skal inngå som ett av flere momenter når alder fastsettes. Det bør videre lovfestes at andre momenter, som barnets psykologiske og fysiske modenhet, også skal tillegges vekt og at tvil om søkers alder skal komme søker til gode.

Med vennlig hilsen


Reidar Hjermann
barneombud


Frøydis Heyerdahl
rådgiver