

Barnets beste i utlendingsrettslige saker

Barnerettslig veileder for vedtak om opphold og utvisning



Innhold

Barnets beste i utlendingsrettslige saker	1
Om veilederen	7
Innledning.....	7
En barnerettslig veileder.....	8
Veilederens deler	9
Bakgrunnskunnskap: Barn som rettighetshavere og barnets beste	10
1. Barns menneskerettigheter	10
1.1 Barn som rettighetshavere	10
1.2 Menneskerettighetenes stilling og trinnhøyde i norsk rett	11
1.3 Nærmere om ulike typer menneskerettigheter	12
1.4 Statens, herunder UDIs plikter	13
1.5 Hvem pliktene gjelder overfor	14
1.6 Spenningen mellom menneskerettighetene og innvandringspolitikken	14
2 Tolkning av rettskilder for å klarlegge innholdet i barns rettigheter.....	16
2.1 Barnekonvensjonens særstilling	16
2.2 Fastlegging av innholdet i rettighetene i barnekonvensjonen	16
2.3 Rettighetenes dynamiske karakter.....	18
2.4 Særlig om tolkning av EMK og Grunnloven	19
3. Barnets beste	20
3.1 Et prinsipp, en rettighet og et sett med prosessuelle regler	20
3.2 Barnets bestes forhold til andre rettigheter.....	21
3.3 Retten til å bli hørt.....	21
3.4 Nærmere om den materielle rettighetens innhold	24
3.4.1 Rettighetens to sider	24
3.4.2 Vurderingen av barnets beste	25
3.4.3 Vektingen av barnets beste.....	28

3.4.4 Krav til statens interesser	30
3.4.5 Avveiningen mot statens interesser	31
3.5 Barnets bestes innvirkning på utredningsplikten	33
3.6 Krav til begrunnelsen	35
4. Kilder.....	38
4.1 Menneskerettsdomstolen	38
4.2 Barnekomiteen	38
4.3 Høyesterett	39
4.4 UDI s retningslinjer	40
4.5 Sivilombudsmannen	40
Del III Barnets beste i ulike typer saker	41
5. Beskyttelse	41
5.1 Innledning.....	41
5.2 Barneperspektiv og barnesensitive beskyttelsesvurderinger	42
5.3 Begrunnelsen for barneperspektivet og de barnesensitivvurderingene	43
5.4 Beskyttelsesvurderingen.....	44
5.4.1 Innledning.....	44
5.4.2 Dempet beviskrav	45
5.4.3 Risikovurderingen	46
5.4.4 Forfølgelseskriteriet i utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a.....	48
5.4.5 Beskyttelsesgrunnlagene i utlendingsloven § 28 første ledd bokstav b	50
5.4.6 Sentrale rettigheter i beskyttelsessaker	51
5.4.7 Internfluktvurderingen.....	52
5.4.8 Utelukkelse	54
5.5 Kilder og praksis	55
5.5.1 Menneskerettsdomstolen	55
5.5.2 Barnekomiteen	55

5.5.3 Høyesterett	56
5.5.4 UNHCR.....	57
5.5.5 Vedtak	57
6. Saker om opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket.....	58
6.1 Innledning.....	58
6.2 Barnets bestes innvirkning på reglen i utl. § 38	59
6.2.1 Opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning.....	59
6.2.2 Barnets bestes innvirkning på hva som må vurderes og på avveiningen	59
6.3 Vurderingen og vektingen av hva som best tjener barnets interesser	60
6.3.1 Utgangspunktet for vurderingen og vektingen av barnets beste	60
6.3.2 Sentrale rettigheter og interesse	61
6.3.3 Alder og modenhet	74
6.3.4 Sårbarhetsfaktorer	75
6.3.5 Vurderingen i saker som gjelder enslige mindreårige.....	76
6.3.6 Oppsummering over rettigheter og ulike momenter som ofte er relevante.....	77
6.4 Avveiningen mellom barnets interesser og de innvandringsregulerende hensynene.....	78
6.4.1 Innvandringsregulerende hensyn.....	78
6.4.2 Vektingen av statens interesser	79
6.4.3 Identifisering mellom barnet og foreldrenes handlinger og valg	81
6.4.4 Avveiningen	84
6.4.5 Innvandringsregulerende hensyn i saker som gjelder enslige mindreårige.....	86
6.5 Tidsbegrenset oppholdstillatelse til enslige mindreårige	88
6.6 Dokumentasjonskrav	90
6.7 Kilder og praksis.....	91
6.7.1 Menneskerettsdomstolen	91
6.7.2 Barnekomiteen	91

6.7.3 Høyesterett	92
6.7.4 Vedtak	93
7. Utvisningssaker	94
7.1 Innledning.....	94
7.2 Overordnet om barnets bestes betydning i utvisningssaker	94
7.3 Vurderingen og vektingen av hva som best tjener barnets interesser	96
7.3.1 Utgangspunktet.....	96
7.3.2 Familie og familieliv	97
7.3.3 Retten til å bli hørt.....	105
7.3.4 Alder og modenhet	106
7.3.5 Sårbarhet.....	108
7.4 Statens interesser	109
7.4.1 Legitime formål/interesser	109
7.4.2 Egnethet.....	111
7.4.3 Nødvendighet	112
7.4.4 Vekten av statens interesser	113
7.5 Snever forholdsmessighet/avveiningen.....	115
7.5.1 Innledning.....	115
7.5.2 Utgangspunktet for forholdsmessighetsvurderingen i saker som berører barn.....	115
7.5.3 Nyanseforskjeller ved ulike typer utvisningsgrunnlag.....	116
7.6 Kilder og praksis	121
7.6.1 Menneskerettsdomstolen	121
7.6.2 Barnekomiteen	122
7.6.3 Høyesterett	123
7.6.4 Vedtak	124
8. Saker om familieinnvandring	125
8.1 Innledning.....	125

8.2 Menneskerettighetenes betydning i saker om familielinnvandring.....	125
8.3 Hvem anses som barn i familieinnvandringssaker?	127
8.4 De ulike tilpasningene til barns rettigheter i regelverket	127
8.4.1 Innledning.....	127
8.4.2 Rettighetsbestemmelser.....	128
8.4.3 Familieetablering.....	130
8.4.4 Underholdskravet	130
8.4.5 Adgangen til å fremme søknad fra Norge	132
8.5 Opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn	133
8.5.1 Innledning.....	133
8.5.2 Vurderingen og vektingen av barnets beste	134
8.5.3 Avveiningen	146
8.6 Kilder og praksis	151
8.6.1 Menneskerettsdomstolen.....	151
8.6.2 Barnekomiteen	153
8.6.3 Høyesterett	154
8.6.4 Sivilombudsmannen	155
8.6.5 Vedtak	155
9. Litteraturliste	156

Om veilederen

Innledning

Denne barnerettslige veilederen er bestilt av barnefaglig nettverk hos UDI. Veilederen er utarbeidet av Mona Martnes¹ ved Det juridiske fakultet, UiT Norges arktiske universitet på oppdrag fra UDI.

Barnets beste er av betydning i UDIs arbeid. Hva som er til det beste for et barn, vil være et grunnleggende hensyn i alle saker som berører barn, jf. Grunnloven² (Grl.) § 104 annet ledd og barnekonvensjonen³ (BK) art. 3 nr. 1. Barnets beste anvendes også av Den europeiske menneskerettsdomstolen (menneskerettsdomstolen/EMD) ved tolkning og anvendelsen av rettighetene i menneskerettskonvensjonen⁴ (EMK).⁵ Det er i dag bred konsensus i internasjonal rett om at i alle saker som berører barn, skal hva som best tjener barnets interesser være av grunnleggende betydning.⁶ Hva som er til et barns beste vil ikke alltid være avgjørende, men det må tillegges betydelig vekt. Utlendingsloven⁷ (utl.), og det øvrige utlendingsregelverket, må tolkes og anvendes i tråd med forpliktelsene som følger av Grunnloven, barnekonvensjonen og menneskerettskonvensjonen.⁸

Temaet i denne veilederen er **betydningen av barnets beste i fire typer utlendingsrettslige saker**. Disse er saker om beskyttelse, opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til Norge, familieinnvandring og utvisning. Veilederen retter seg mot UDIs medarbeidere. Formålet er å sikre kunnskap om hvordan foreta, synliggjøre og vekte barnets beste i disse typene saker. Veilederen skal videre bidra til å gi UDIs medarbeidere kunnskap og rettleiding om hvordan ivareta barns rettigheter i beslutninger og handlinger som berører barn.⁹

¹ Mona Martnes er master i rettsvitenskap, ph.d. 2019, og forsker ved Det juridiske fakultet, UiT Norges arktiske universitet. Hun jobber med barns rettigheter innenfor blant annet utlendingsretten.

² Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814.

³ United Nations Convention on the Rights of the Child 20. November 1989.

⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 4. November 1950.

⁵ Domstolen er opprettet i kraft av EMK del II. Del II i konvensjonen reguler også domstolens virke og sammensetning, se EMK art. 19–51.

⁶ Se f.eks EMDs storkammerdom 3. oktober 2014, *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109 og 118.

⁷ Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

⁸ Utl. § 3, lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling norsk rett (menneskerettsloven/mrl.) §§ 2 og 3 og Grl. § 92.

⁹ Med «Barn» menes enhver person under 18 år. Se BK art 1. Ved en avgjørelse av om en asylsøker er over eller under 18 år har Høyesterett lagt til grunn at det gjelder et alminnelig beviskrav, altså et krav om

En barnerettslig veileder

I veilederen er det barns rettigheter som behandles. Hovedfokuset er på barnets beste. Begrunnelsen for dette er den sentrale plassen barnets beste har i utlendingsregelverket. Som for menneskerettighetene generelt, er det imidlertid ingen hierarki mellom barns rettigheter.¹⁰ Alle rettighetene er til barns beste. Barnets beste må tolkes i lys av barns øvrige rettigheter. Av den grunn kommer veilederen også i noen grad inn på andre rettigheter.

Det er mange rettskilder av betydning for analyser knyttet til barnets beste. I tillegg til internasjonale konvensjoner og Grunnloven er dommer fra EMD og Høyesterett, og uttalelser fra barnekomiteen viktige. Videre er det for temaet her, lovbestemmelser, forarbeider og forskriftsbestemmelser av betydning. De ulike rettskildene befinner seg på ulike nivåer, men gir alle føringer på innholdet i retten. Veilederens hovedfokus er på de menneskerettslige kildenes innvirkning på utlendingregelverket.

Veilederen behandler «gjeldende rett», det vil si den retten som kan utledes fra de rettskildene som foreligger ved utarbeidelsen. Gjeldende rett er imidlertid ingen statisk størrelse. Nye rettskilder kan endre eller klargjøre innholdet i rettsregler og rettigheter. Det er heller ikke slik at alle kilder er entydige eller i overensstemmelse med hverandre. Der det foreligger motstridende kilder, synliggjøres dette i veilederen.

Veilederen behandler retningslinjer for UDIs saksbehandling i den utstrekning de er relevante for temaene som tas opp. Veilederne skal være et supplement i UDIs vedtaksfatting og tilføre både breddekunnskap om barnekonvensjonen og dybdekunnskap i vurderingen av barnets beste.



sannsynlighetsovervekt, se HR-2019-2344-A. Se imidlertid forbeholdet i dommens avsnitt 85–86 knyttet til tilfeller hvor beskyttelsesvurderingen er direkte knyttet til statusen som barn.

¹⁰ Som påpekt i FNs barnekomité, General Comment nr. 14, *on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1) (CRC GC 14) avsnitt 4.

Veilederens deler

Veilederen er tredelt. Den første delen gir en introduksjon til veilederen. Her angis hva som er temaet og formålet med veilederen. Den andre delen inneholder grunnleggende opplysninger om barns rettigheter og barnets beste. Denne delen bidrar til nødvendig bakgrunnskunnskap for den tredje delen, som er en saksspesifikk del.

Ettersom UDIs medarbeidere har forskjellig bakgrunn og erfaring vil den enkelte saksbehandlerens bakgrunnskunnskap variere. Den andre delen inneholder tre kapitler. Det første kapitlet er om barns rettigheter. Det andre er om tolkning av rettskilder for å klarlegge innholdet i barns rettigheter, mens det tredje er om barnets beste. Tematikken vil for noen være velkjent og kanskje noe overflødig, mens for andre vil denne delen utgjøre et nyttig supplement til den saksspesifikke delen. Temaene er omfattende. Fremstillingen er derfor ikke uttømmende, men ment å gi en introduksjon til tematikken. Avslutningsvis inneholder derfor veilederen en oversikt over relevant litteratur, slik at de som ønsker kan fordype seg videre.

Den tredje delen tar for seg barnets beste i saker om beskyttelse, opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket, familieinnvandring og utvisning. Delen er delt inn i kapitler etter sakstyper, og inneholder dermed fire kapitler. Kapitlet om beskyttelse og opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket henger nært sammen, ettersom de to sakstypene også gjør det.

De er kun de barnerettslige sidene av sakstypene som behandles. Veilederen gir ikke en uttømmende oversikt over det generelle regelverket.

Det er materielle rettigheter og regler, det vil si rettigheter og regler som innvirker på innholdet i UDIs avgjørelser, som hovedsakelig behandles. I tillegg behandles kravene til begrunnelse.



Bakgrunnskunnskap: Barn som rettighetshavere og barnets beste

1. Barns menneskerettigheter

1.1 Barn som rettighetshavere

I likhet med voksne har barn visse grunnleggende rettigheter i kraft av å være mennesker. I tillegg har barn særskilte rettigheter som kun tilkommer barn. Barns rett til å få sitt beste vurdert og lagt til grunn som et grunnleggende hensyn, er en slik særrettighet. Barns særrettigheter henger sammen med deres særlige behov. Barn kan ha andre, eller sterkere behov enn voksne. I tillegg er barn i mer eller mindre grad avhengig av omsorg og støtte fra voksne.¹¹ Barn har ofte liten mulighet til å påvirke utformingen av politikken eller situasjonen de er i, og barn kan ha vansker med å bli hørt og å få sine interesser vurdert og prioritert.

Fremveksten av barns rettigheter startet kort tid etter første verdenskrig. At barn har behov for særlig beskyttelse gjennom internasjonal rett, ble anerkjent av verdenssamfunnet ved Genève deklarasjonen fra 1924.¹² I deklarasjonen er det blant annet slått fast at «mankind owes to the Child the best that it has to give» og at barn «shall be the first to receive relief in times of distress». I 1959 vedtok FN en noe mer utfyllende deklarasjon om barns rettigheter.¹³

Deklarasjonen fra 1959 var det første internasjonale dokumentet hvor det var inntatt en formulering om barnets beste. I 1989 ble barnekonvensjonen vedtatt. Etter vedtakelsen av BK har anerkjennelsen av at barn må gis beskyttelse gjennom internasjonal rett, og da gjennom materielle rettigheter, økt. Samtidig har det skjedd en endring hvor barn i stadig større grad behandles som selvstendige rettighetshavere. Et eksempel er når barn i dag får sin asylsøknad behandlet på selvstendig grunnlag, samtidig som det i vurderingen av om det foreligger grunnlag for beskyttelse tas hensyn til at søkeren er barn.

Den økende anerkjennelsen av barns rettigheter gjør at enkeltbarn i større grad enn tidligere har mulighet til å få ivare tatt sine behov. Samtidig innskrenkes statens frihet noe.

¹¹ Se BK art. 5 om barns gradvise utvikling og FNs barnekomité, General Comment nr. 7, *Implementing child rights in early childhood*, (CRC GC 7) avsnitt 13.

¹² League of Nations Geneva Declaration in the Rights of the Child 26. september 1924.

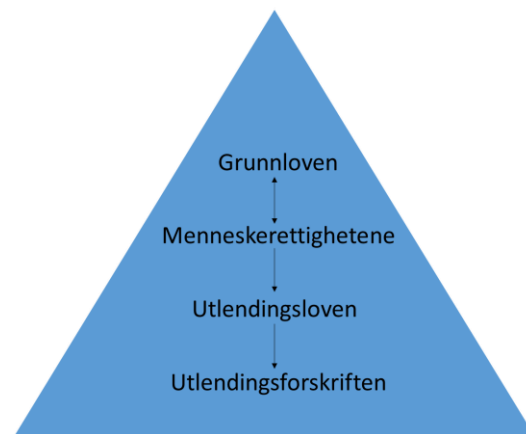
¹³ United Nations Declaration of the Rights of the Child 20. November 1959.

1.2 Menneskerettighetenes stilling og trinnhøyde i norsk rett

Menneskerettighetene går foran annen norsk rett. De generelle menneskerettighetene og barns særrettigheter er forankret både i internasjonal og nasjonal rett. For temaet i denne veilederen er barnekonvensjonen og menneskerettskonvensjonen sentral. Disse konvensjonene er en del av norsk rett, og skal ved motstrid med annen lov gis forrang, jf. mrl. §§ 2 og 3.

For saker om beskyttelse er flyktningkonvensjonen¹⁴ og dens protokoll fra 1967¹⁵ viktig. Av utlendingsloven § 3 følger det at loven skal anvendes «i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling», slik nettopp menneskerettighetene, og herunder flyktningkonvensjonen, har. I tillegg er det presisert i Grunnloven § 92 at «[s]tatens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter».

Grunnloven inneholder en rekke rettigheter som gjelder for alle, og rettigheter som kun tilkommer barn i § 104. Grunnloven er den rettskilden i Norge som har **høyest rang**. Rettighetene i Grunnloven går derfor foran annen lov (lex superior/trinnhøydeprinsippet). Grunnlovsbestemmelsene går formelt foran internasjonale menneskerettigheter, også de som er inntatt i menneskerettsloven. Samtidig innvirker internasjonale menneskerettigheter på tolkningen av Grunnlovsrettighetene. Trinnhøyden kan illustreres slik:



Hvis utlendingsloven eller utlendingsforskriften¹⁶ gir uttrykk for noe annet enn det som følger av Grunnloven eller menneskerettighetene, må det som følger av loven eller forskriften vike.

¹⁴ United Nations Convention Relating to the Status of Refugees 28. juli 1951.

¹⁵ Protocol Relating to the Status of Refugees 31. januar 1967.

¹⁶ Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften/utf.).

Innholdet i loven og forskriften må altså justeres etter de føringer menneskerettighetene i Grunnloven og de nevnte konvensjonene gir.

1.3 Nærmere om ulike typer menneskerettigheter

Det finnes ulike typer menneskerettigheter. Felles for disse er at de **begrenser myndighetens makt og gir plikter**. Rettighetene setter en grense for hvor lang staten kan forfølge sine interesser på bekostning av enkeltindividers interesser. De verner altså individers sterke interesser mot å bli ofret for statens interesser.

Menneskerettigheter deles ofte opp i sivile og politiske rettigheter og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Mens enkelte konvensjoner kun inneholder den ene typen rettigheter, inneholder barnekonvensjonen begge typene. I tillegg er det rettigheter som ikke faller klart inn i under noen av de to kategoriene, men istedenfor inneholder elementer fra begge. En slik rettigheter er barnets beste.¹⁷

Noen rettigheter er absolutte. Ved absolutte rettigheter faller tilfellet i saken eller en handling enten innenfor, eller utenfor. Staten kan ikke begrense slike rettigheten gjennom forholdsmessighetsvurderinger, interesseavveininger eller lignende. Et eksempel på en absolutt rettighet, er retten til frihet fra tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff etter EMK art. 3 og BK art. 37 nr. 1a. Innenfor sitt anvendelsesområde setter absolutte rettigheter klare grenser for myndighetsutøvelsen. Det er ikke rom for avveininger. Dette selv om staten skulle ha tungtveiende interesser.

Barnets beste er en rettighet som kan begrenses. I konkrete saker kan det være andre interesser som veier tyngre enn barnets, og dermed blir avgjørende. Barnets beste skal imidlertid være et grunnleggende element. Barnets beste skal tillegges stor vekt, og ikke bare være et hensyn på lik linje med andre hensyn.¹⁸ Det gjør at det må stilles krav til de motstående interessene, herunder til deres vekt. Dermed begrenses myndighetenes frihet, men grensen er ikke like skarp som etter absolutte rettigheter.

Som hovedregel forvalter individer rettighetene sine selv. Individer kan pårope seg rettigheter og håndheve rettigheter. Barn kan imidlertid være avhengig av hjelp for å håndheve sine rettigheter. I tillegg er det ikke alle rettigheter som anses å være håndhevbare for domstolene. En rettighet som ikke kan håndheves direkte for en domstol, er likefult en rettighet, men den

¹⁷ Som påpekt i FNs barnekomité, General Comment nr. 5, *General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child* (arts. 4, 42 and 44, para. 6) (CRC GC 5) avsnitt 6.

¹⁸ Se Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen*, avsnitt 65.

er noe vanskeligere å få sikret gjennom domstolsprøvning. Hvorvidt barnets beste er håndhevbar, slik at barnet kan gå til sak om at et vedtak krenker barnets beste, er omstridt i norsk rett.¹⁹ Det som er klart, er at domstolene prøver barnets beste i sammenheng med gyldighetskontroll av vedtak. Her vil prøvningsintensiteten variere ut fra sakstypen.

Uavhengig av spørsmålet om barnets beste kan håndheves direkte for domstolen, er det klart at barnets beste, i likhet med andre rettigheter, pålegger UDI plikter.

1.4 Statens, herunder UDIs plikter

Menneskerettighetene gir forpliktelser til staten, og følgelig UDI. Disse forpliktelsene innvirker både på saksbehandlingen og innholdet i vedtak i utlendingssaker. Rettighetene legger altså både prosessuelle og materielle føringer på UDIs arbeid. Forpliktelsene er både av positiv og negativ karakter.

Statens forpliktelser kommer frem både av Grunnloven og en rekke internasjonale konvensjoner. Staten skal «respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter», jf. Grl. § 92.²⁰ I barnekonvensjonen er statens plikt til å sikre rettighetene inntatt sammen med ikke-diskrimineringsplikten i art. 2, hvor formuleringen «respect and ensure» er benyttet. I tillegg har staten en plikt til å treffe alle egnede tiltak «for the implementation of the rights recognized in the [...] Convention» jf. BK art. 4.²¹

De ulike bestemmelsene får frem at staten ikke bare er forpliktet til å respektere rettighetene ved å unnlate å gripe inn i dem, altså en passiv eller negativ forpliktelse. Rettighetene skal sikres eller beskyttes, og i det ligger positive forpliktelser. Staten kan ikke forholde seg passiv, men må forebygge krenkelse av menneskerettighetene, for eksempel ved lovgivning, opplæring og hindre at andre enn staten selv krenker rettighetene. I den positive sikringsplikten ligger det også et krav om å oppfylle rettighetene.²² I det ligger at staten må

¹⁹ Se Rt. 2012 s. 2039, *plenumsdom II* og Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen*.

²⁰ Av EMK art. 1 følger det at medlemsstatene skal «secure to everyone» rettighetene i konvensjonen. Lignende formulering finnes i United Nations International Covenant on Civil and Political rights 16. desember 1966 (SP) art. 2.

²¹ Lignende formulering finnes i United Nations International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 16. desember 1966 (ØSK) art. 2.

²² Se FNs menneskerettskomité, General Comment No 31, *The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant* avsnitt 7, Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights : CCPR commentary*, 2. utgave (Kehl 2005) s. 38, Samantha Besson og Eleonor Kleber, *The UN Convention on the Rights of the Child. A Commentary*, John Tobin (red.) (Oxford 2019) s. 50.

jobbe for at rettighetene skal realiseres fullt ut. Staten har altså en **tre delt forpliktelse**: Staten skal respektere, beskytte og oppfylle menneskerettighetene.

Når det treffes vedtak i oppholds- og utvisningssaker, er det særlig plikten til å respektere og sikre rettighetene som er relevant. Det er ikke noen skarpt skille mellom de positive og negative forpliktelsene. Det kan forekomme tilfeller hvor både plikten til å sikre og respektere rettigheter gjør seg gjeldende i samme sak. Ofte vil det likevel være slik at når saken gjelder førstegangs oppholdstillatelse, blir spørsmålet om staten er positivt forpliktet til å sikre rettighetene ved å innvilge opphold, mens en utvisning ofte griper inn i en rettighet, og følgelig blir spørsmålet om staten må unnlate å utvise for å respektere rettigheten.

Når UDI fatter vedtak kan det være at også andre rettigheter enn barnets beste kommer til anvendelse. Kommer det frem at et vedtak griper inn i flere av barnets rettigheter, må alle rettighetene respekteres og sikres.

1.5 Hvem pliktene gjelder overfor

Statens myndigheter, herunder UDI er forpliktet til å respektere og sikre rettighetene til **alle barn i Norge**, uavhengig av hvilke statsborgerskap barnet har, eller om det har lovlig opphold.²³ Utlendingsdirektorat må respektere og sikre rettighetene i konvensjonen til «each child within their jurisdiction», uten diskriminering, jf. BK art. 2. Alle er like for loven, jf. GrL. § 98.

Forpliktelsene etter barnets beste gjelder **i alle saker som berører barn**. Barnets beste kommer til anvendelse i en rekke saker. Rettigheten har et svært vidt anvendelsesområdet. Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle «handlinger og avgjørelser som berører barn», jf. GrL. § 104 annet ledd, eller om som BK art. 3 nr. 1 slår fast, «[i]n all actions concerning children [...]». Så fremt saken berører et eller flere barn, kommer dermed barnets beste til anvendelse i alle de fire sakstypene som behandles i denne veilederen.

1.6 Spenningen mellom menneskerettighetene og innvandringspolitikken

Det er en spenning mellom de internasjonale forpliktelsene som følger av menneskerettighetene, og innvandringspolitikken. Utlendingsloven skal sørge for en regulering og kontroll av utlendingers opphold i riket i samsvar med både norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser, jf. utl. § 1. Innvandringspolitikken søker å ivareta statens generelle interesser, blant annet interesser som går ut på å regulere og føre

²³ Se CRC GC 14 avsnitt 21.

kontroll med innvandringen og beskytte samfunnet mot kriminalitet. Menneskerettighetene, herunder barnets beste, prioriterer derimot enkeltindividers interesser. Slike interesser kan for eksempel være et behov for å bli i Norge på grunn av forholdene i hjemlandet, relasjoner til andre personer eller en sterk tilknytning til landet.

Spenningen er til stede når UDI treffer vedtak i enkeltsaker, særlig i saker hvor vurderingen inneholder skjønn. Menneskerettighetene, herunder barnets beste kan innskrenke skjønnets. I enkeltsaker kan barnets interesser være så tungtveiende at de må gå foran statens generelle interesser. Avveiningen er vanskelig, men rettskildene gir noen føringer. For å klarlegge disse føringene, er det nødvendig å tolke rettskildene.

2 Tolkning av rettskilder for å klarlegge innholdet i barns rettigheter

2.1 Barnekonvensjonens særstilling

For fastlegging av innholdet i barns rettigheter, herunder barnets beste, står barnekonvensjonen i en særstilling. Dette skyldes flere forhold. Ved at BK er ratifisert av alle verdens land med unntak av USA, har konvensjonen global oppslutning.²⁴ Tilnærmet alle stater i verden er forpliktet til å respekter, sikre og oppfylle rettighetene i BK. Videre inneholder BK en samlet og helhetlig fremstilling av barns rettigheter, herunder de rettigheter som kun tilkommer barn. Rettighetene i BK har siden vedtakelsen hatt stor betydning. De benyttes som modell ved utforming av andre konvensjonsbestemmelser og anvendes av andre internasjonale organer. Dette bidrar til å gi konvensjonen en særskilt rolle ved tolkning, implementering og anvendelse av barns rettigheter, herunder barnets beste. I norsk rett er selvsagt også Grunnloven § 104 sentral. Grunnloven § 104 annet ledd om barnets beste er imidlertid utformet etter mønster fra BK art. 3 nr. 1, og kilder tilknyttet barnekonvensjonen er derfor relevant også ved tolkning av grunnlovsbestemmelsen.

2.2 Fastlegging av innholdet i rettighetene i barnekonvensjonen

Det er barnekonvensjonens **folkerettslige innhold** som forplikter staten, herunder UDI.²⁵ Inkorporasjonen av barnekonvensjonen er ikke begrenset til konvensjonsbestemmelsernes ordlyd. For å finne frem til rettighetenes folkerettslige innhold må det tas utgangspunkt i ordlyden, og videre konvensjonens konteksten og formålet slik de må forstås etter en tolkning i god tro, jf. Wien-konvensjonen om traktattolkning²⁶ art. 31 nr. 1.²⁷ At konvensjonens kontekst og formål har betydning, innebærer at konvensjonen må tolkes som en helhet.²⁸ Fortalen, tilleggsprotokoller og systematikk er en del av denne helheten.

Uttalelser fra internasjonale håndhevsorganer er sentrale for tolkning av internasjonale konvensjoner. Det er **barnekomiteen** som er autoritativ fortolker av rettighetene i BK.²⁹ For å

²⁴ Se oversikt med kart på <http://indicators.ohchr.org/> som viser hvilke land som har sluttet seg til FNs ulike konvensjoner, herunder BK (side sist besøkt 14. desember 2017). USA har signert, men ikke ratifisert BK.

²⁵ Se f.eks. Jens Edvin A. Skoghøy, «Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomité og FNs barnekomité som rettskilder?», *Foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar*, Oslo 14.–15. mars 2016 (s. 7) og Arnfinn Bårdsen, «Betydningen i norsk rett av FN-komiteens uttalelser i individuelle klagesaker», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2017 s. 160–187 (s. 176–177).

²⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties 23. mai 1969.

²⁷ Wienkonvensjonen art. 31 regnes som internasjonal sedvane og anvendes derfor i utgangspunktet ved tolkning av alle traktater, se for eksempel den internasjonale domstolens uttalelser i ICJ, *Arbitral Award*, 31. juli 1989, *Guinea-Bissau mot Senegal*, 12. november 1991 avsnitt 48.

²⁸ Amrei Müller, «En kort innføring i folkerettslig traktattolkning», *Jussens Venner* 2017 s. 222–259 (s. 231 flg.) om kontekst ved traktattolkning.

²⁹ Barnekomiteen er opprettet med hjemmel i BK art. 43 nr. 1.

komme frem til rettighetenes folkerettslige innhold, er det som oftest nødvendig å trekke inn kilder fra barnekomiteen. Komiteen utformer hovedsakelig tre typer dokumenter, som gir uttrykk for hvordan rettighetene i konvensjonen må forstås. Disse er «Concluding Observations», heretter avsluttende merknader til statsrapportene, «General Comments» heretter generelle kommentarer, og avgjørelser i individklagesaker. De tre typene kildene utfyller hverandre. De avsluttende merknadene bygger på en dialog med statene. De generelle kommentarene har sin styrke i at de bygger på komiteens samlede erfaringer og inneholder nokså grundige tolkninger av rettigheten på et generelt nivå. Individklagesakene inneholder konkrete tolkninger og subsumsjoner.

Verken de avsluttende merknadene, generelle kommentarene eller individklagesakene er rettslig bindende på samme måte som en EMD dom mot Norge er. Hvis det komiteen gir uttrykk for må anses å være dekkende for rettighetens folkerettslige innhold, vil imidlertid staten, ved å legge til grunn en annen tolkning, kunne krenke rettigheten. Komiteens uttalelser om hvordan en rettighet må forstås, innvirker på fastleggingen av innholdet i rettigheten, og klarlegger statens forpliktelser. De er også viktige for at rettighetene skal kunne tolkes dynamisk, i tråd med samfunnsutviklingen.

Hvilken vekt barnekomiteens uttalelser må tillegges, har imidlertid vært omfattende debattert i norsk rett. Høyesterett har behandlet betydningen av barnekomiteens generelle kommentarer i Rt. 2009 s. 1261, *Ashok-saken*. Her siterte flertallet fra forarbeidene til barnelova, hvor det legges til grunn at komiteens uttalelser må tillegges «relativt stor vekt».³⁰ Videre ble det presisert at det avgjørende for uttalelsens betydning må være «hvor klart den må anses å gi uttrykk for overvåkingsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonene».³¹ Flertallet la videre til at det særlig må vurderes om det er en «tolkingsuttalelse, eller mer som en tilråding om optimal praksis» og om «uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde».³² Annenvoterende peker på sin side på at det synes å være en alminnelig oppfatning i folkerettslig litteratur at tolkningsuttalelse fra FNs håndhevingsorganer må tillegges «betydelig vekt».³³

I Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen* ble det lagt til grunn at enkelte av uttalelsene i Generell kommentar nr. 14 utgjør et «naturlig utgangspunkt» ved tolkning av BK art. 3 nr. 1 og Grl. §

³⁰ Rt. 2009 s. 1261, *Ashok-saken* avsnitt 43.

³¹ Rt. 2009 s. 1261, *Ashok-saken* avsnitt 44.

³² Rt. 2009 s. 1261, *Ashok-saken* avsnitt 44.

³³ Rt. 2009 s. 1261, *Ashok-saken* avsnitt 88.

104 annet ledd.³⁴ Her er altså holdningen lite reservert. I Rt. 2015 s. 1388, *Plenumsdom III* hadde imidlertid flertallet en mer reservert holdning. Førstvoterende viste til flertallet i 2009-dommen, og så i tillegg ut til å kreve at komiteens tolkninger er forankret i konvensjonsteksten. Å kreve at uttalelsene må være forankret i ordlyden, vil imidlertid være til hinder for en dynamisk tolkning. I tillegg har mange av rettighetene en vag ordlyd, så en slik tilnærmingen vil skape tolkningsutfordringer.

Selv om Høyesterett har kommet med ulike uttalelser om de generelle kommentarene, er det klart at de må benyttes for å fastlegge det folkerettslige innholdet i rettighetene i BK. Etter omstendighetene kan uttalelsene måtte tillegges stor vekt. Betydning av kildene må imidlertid vurderes konkret. For noen problemstillinger er komiteens uttalelser mer sentral enn for andre. I tillegg har uttalelsene til komiteen varierende karakter. Noen er godt begrunnet og entydige. Andre er knapt begrunnet og vidtrekkende, eller tvetydige. Uttalelsene til komiteen vil derfor ikke alltid være avgjørende og ikke alltid ha like stor vekt. Uttalelser som kan gjenfinnes i flere kilder fra komiteen og entydige tolkningsuttalelser, må tillegges betydelig vekt ved fastlegging av rettighetenes folkerettslige innhold.

2.3 Rettighetenes dynamiske karakter

I likhet med menneskerettighetene for øvrig, er barns rettigheter dynamiske.³⁵ Rettighetenes innhold er ikke statisk, men endrer seg i takt med samfunnsutviklingen. Barnets beste er ikke noe unntak.³⁶ Endringer i samfunnet og retten, innvirker på tolkninger av rettskildene, og dermed på barnets bestes innhold. Barnekomiteen har også presisert at barnets beste «encompasses various issues which are continuously evolving».³⁷ Dette kan forklares med at heller ikke elementene som inngår i vurderingen av barnets beste, har en statisk karakter.

En dynamisk tolkning kan bidra til et effektivt rettighetsvern. Det er særlig gjennom uttalelser fra internasjonale håndhevingsorganer, at innholdet i rettighetene kan tilpasses

³⁴ Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen*, avsnitt 64.

³⁵ Om BK, se for eksempel FNs barnekomité, General Comment nr. 8, *The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment* (arts. 19; 28, para. 2; and 37, inter alia) (CRC GC 8) avsnitt 20 og Lucy Smith, «FNs konvensjon om barns rettigheter» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 5. utgave, Oslo 2020 s. 19–33 (s. 28–29). Om EMK og UNs Universal Declaration of Human Rights, se William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, Oxford 2015 s. 47–49.

³⁶ I tråd med det generelle utgangspunktet for menneskerettigheter, har barnekomiteen understreket at barnets beste er et dynamisk konsept, Se CRC GC 14 avsnitt 1 og 11.

³⁷ CRC GC 14 avsnitt 11.

samfunnsutviklingen. Rettighetens dynamiske karakter innebærer at rettskilder som for en tid tilbake syntes å gi klare svar, kan være av mindre betydning i dag. Samtidig kan også dagens rettskildebilde og de tolkninger som er forankret i rettskildene, endres. Rettighetens dynamiske karakter medfører at selv om utlendingsregelverket er forsøkt tilpasset barns rettigheter, kan det ettersom tiden går, oppstå motstrid mellom regelverket og rettighetenes folkerettslige innhold.

2.4 Særlig om tolkning av EMK og Grunnloven

For EMK er det EMD som er autoritativ fortolker. Når norske domstoler tolker rettighetene i EMK bygger de på samme metode som EMD. Dommer fra EMD tillegges stor betydning i norsk rett. Dette med god grunn. For å fastlegge innholdet i rettigheter i EMK er domstolens avgjørelser sentral. Praksis fra EMD er imidlertid ikke helt sjelden inkonsistent. Ikke alle uttalelser fra domstolen kan derfor gis like stor vekt. Utgangspunktet er likevel at dommene er av stor betydning. Menneskerettsdomstolen anvender barnets beste i sammenheng med rettighetene i EMK, og domstolen har behandlet mange utlendingssaker. Det er derfor nødvendig at UDIs medarbeider kjenner til praksis fra domstolen.

Uttalelser fra barnekomiteen har betydning ved tolkning av Grunnloven § 104 annet ledd om barnets beste. Dette fordi § 104 annet ledd ble utformet etter mønster fra blant annet BK art. 3 nr. 1.³⁸ Av samme grunn har praksis fra EMD betydning ved tolkningen av Grunnloven § 102 om retten til familie- og privatliv.³⁹ Det kan være av betydning om uttalelsene ble avsagt før vedtakelsen av grunnlovsrettighetene, eller etter.⁴⁰ Utgangspunktet er altså at praksis fra internasjonale organer er relevant for tolkningen av grunnlovsrettighetene. Det er likevel klart at det er «Høyesterett - ikke de internasjonale håndhevingsorganene - som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser».⁴¹ Det innebærer at uttalelser fra barnekomiteen og EMD er viktige, men at ved tolkning av grunnlovsbestemmelsen har Høyesterett det siste ordet. Betydningen av dette er imidlertid ikke så stor ettersom barnekomiteens uttalelser er sentrale for å fastlegge innholdet i rettighetene i BK, i likhet med at EMDs uttalelser er helt sentrale for rettighetene i EMK, og også disse rettighetene må respekteres og sikres av norske myndigheter, og herunder av UDI.

³⁸ Dok. 16 (2011–2012) s. 192.

³⁹ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57, *Maria-dommen*.

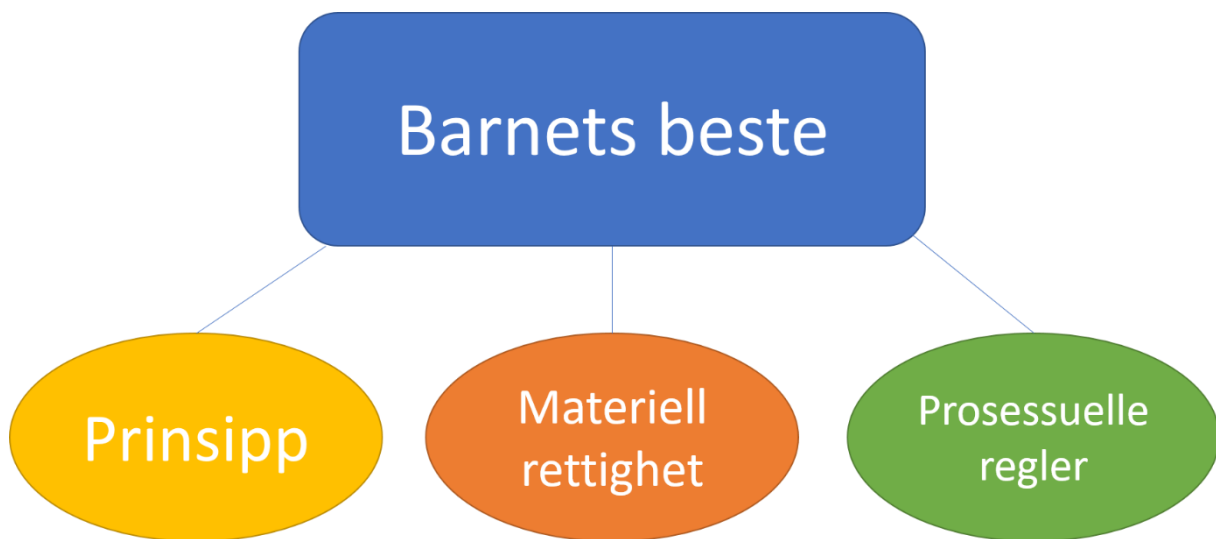
⁴⁰ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57, *Maria-dommen*.

⁴¹ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57, *Maria-dommen*.

3. Barnets beste

3.1 Et prinsipp, en rettighet og et sett med prosessuelle regler

Barnekomiteen har lagt til grunn at barnets beste har tre sider; et generelt prinsipp, en materiell rettighet og et sett med prosessuelle regler.⁴² Dette er dekkende for barnets bestes karakter og funksjon i retten.



De tre sidene til barnets beste henger sammen med hverandre, men har noe ulike funksjoner og virkninger. Det ene er som **generelt prinsipp**, som gir uttrykk for en grunnleggende verdi.⁴³ Prinsippet kan innvirke på tolkningen av andre rettskilder, og med det bidra til å tilpasse generelle rettskilder barns behov. For eksempel innvirker barnets beste på tolkningen av EMK art. 8. I tillegg gir prinsippet veiledning ved utforming av lovgivning, budsjett osv. Ved at prinsippet har betydning for tolkning og gir veiledning kan rettsregler, budsjett og utforming av politikk tilpasses barns behov.

Rettighetssiden stiller krav til en vurdering og vektlegging av hva som er i et barns beste interesser og gir konkrete plikter for staten. Rettigheten gir materielle føringer på myndighetsutøvelsen, noe som for eksempel kan medføre at UDI i enkelte tilfeller er forpliktet til å innvilge opphold etter den skjønnsmessige bestemmelsen om opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket i utl. § 38.

⁴² CRC GC 14 avsnitt 6.

⁴³ CRC GC 14 avsnitt 4.

Prosessuelle regler som kan utledes av barnets beste, er blant annet en skjerpet utredningsplikt, et strengt krav til begrunnelse og en tidsfaktor med krav til effektivitet hos forvaltningen.⁴⁴ Også de prosessuelle reglene er sentrale for UDIs saksbehandling.

3.2 Barnets bestes forhold til andre rettigheter

Statlige myndigheter, herunder UDI, er forpliktet til å respektere og sikre alle relevante rettigheter som kommer til anvendelse i enkeltsaker, jf. Grl. § 92. Hvis flere rettigheter blir berørte i en sak, må følgelig alle respekteres og sikres. I tillegg er menneskerettigheter udelelige, gjensidige avhengige og innbyrdes forbundet med hverandre. Rettighetene forsterker, støtter seg til og utfyller hverandre, og kan dermed innvirke på hverandres innhold. Innholdet i barnets beste må følgelig fastlegges i et helhetlig perspektiv, som tar i betraktning barns øvrige rettigheter.

Barnekonvensjonen inneholder fire prinsipper som ofte omtales som tolkningsprinsipp, hvorav ett er barnets beste. De øvrige prinsippene kommer til uttrykk i BK art. 2 om ikke-diskrimineringsprinsippet, art. 6 om liv, overlevelse og utvikling og art. 12 om barns medbestemmelse. At de er tolkningsprinsipp innebærer blant annet at de må tas i betraktning ved tolkning av andre rettigheter i BK, øvrige konvensjoner og lovbestemmelser.⁴⁵ De generelle prinsippene i BK har et høyt generalitetsnivå og vidt anvendelsesområde, og er derfor relevant i svært mange saker. I tillegg er prinsippene grunnleggende ved at de kan bidra til at alle barn kan nyte godt av sine rettigheter og at de betraktes som rettighetshavere. De fire prinsippene henger nært sammen. Disse forholdene gjør at UDI ved anvendelsen av barnets beste, også kan måtte trekke inn de øvrige prinsippene. Særlig gjelder det prinsippet som kommer til uttrykk i BK art. 12.

3.3 Retten til å bli hørt

Barn har rett til å bli i hørt og få sin mening tillagt vekt i spørsmål som gjelder dem selv, jf. Grl. § 104 første ledd, BK art. 12 nr. 1, fvl. § 17 første ledd, utl. § 81 og utlendingsforskriften

⁴⁴ Se Joint general comment No 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No 23 (2017) of the Committee, *on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return*, (CMW/CRC GC 4/23) avsnitt 15. Se videre Sivilombudsmannens uttalelse den 15. desember 2019 (2019/405) om saksbehandlingstid ved søknad om beskyttelse for enslig mindreårig, <https://www.sivilombudsmannen.no/uttalelser/soknad-om-beskyttelse-enslig-mindrearig-asylsoker-saksbehandlingstid-og-informasjon-til-parten-underveis/>. Se også UDI 2010-097 Vedtak for medfølgende barn i søknader om beskyttelse punkt 2.1. For familieinnvandring følger også kravet om effektivitet direkte av BK art. 10 nr. 1.

⁴⁵ FNs barnekomité, General Comment nr. 12, *The right of the child to be heard*, (CRC GC 12) avsnitt 2 og CRC GC 14 avsnitt 6 b.

§ 17-3. Barnekomiteen har fremhevet at barnets beste i art. 3 nr. 1 og barns rett til å bli hørt og få sin mening tillagt vekt, heretter barns rett til å bli hørt, i art. 12 er gjensidig avhengig av hverandre.⁴⁶ Barnekomiteen har utdypet med at:

There is no tension between articles 3 and 12, only a complementary role of the two general principles: one establishes the objective of achieving the best interests of the child and the other provides the methodology for reaching the goal of hearing either the child or the children. In fact, there can be no correct application of article 3 if the components of article 12 are not respected. Likewise, article 3 reinforces the functionality of article 12, facilitating the essential role of children in all decisions affecting their lives.⁴⁷

Rettighetene har altså komplementære roller og må tolkes i overensstemmelse med hverandre.⁴⁸

Barn som er i stand til å danne seg sine egne synspunkt har rett til fritt å gi uttrykk for sin mening. At art. 3 nr. 1 ikke kan anvendes korrekt uten at retten til å bli hørt er respektert og sikret, innebærer at barnet må få mulighet til å komme med sin mening, slik at denne kan inngå i barnets beste-vurderingen. Barnets mening vil ikke bare ha betydning for hva som er til et barns beste, men også for hvor tungtveiende interesser et barn har i en bestemt løsning. Barnet har imidlertid ikke plikt til å gi uttrykk for sin mening. Dersom barnet ikke ønsker å la seg høres, så må hva som er til barnets beste vurderes, og avgjørelsen tas, uten at det er klart hva barnet mener.

Barnets mening skal vektlegges i samsvar med dets alder og modenhet, jf. Grl. § 104 første ledd, BK art. 12 nr. 1, fvl. § 17 første ledd og utlendingsforskriften § 17-3 tredje ledd. Barnet har følgelig ikke selvbestemmelsesrett, men dets mening skal vektlegges.

Staten har en streng sikringsplikt etter art. 12.⁴⁹ Det innebærer at UDI må sikre at barnet gis mulighet til å uttrykke sine meninger fritt, enten direkte, gjennom en representant eller et egnet organ, jf. BK art. 12 nr. 1 og 2. I utlendingslovens forarbeider påpeker departementet at det ofte vil vær tilstrekkelig å innhente barnets syn «via den som representerer barnet i forvaltningssaken».⁵⁰ Barnekomiteen har imidlertid anbefalt at når det er mulig, bør barnet gis

⁴⁶ CRC GC 12 avsnitt 74 og CRC GC 14 avsnitt 43.

⁴⁷ CRC GC 12 avsnitt 74. Se også CRC GC 14 avsnitt 43.

⁴⁸ CRC GC nr. 14 avsnitt 43.

⁴⁹ CRC GC 12 avsnitt 19.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) punkt 17.1.6.4.

mulighet til å høres direkte.⁵¹ Forutsetningen må da være at det er mulig og at barnet ønsker det.⁵²

En representant kan være en forelder, advokat eller annen person som kan representere barnet.⁵³ Representanten må representerer barnet – ikke sine egne interesser – og følgelig gir uttrykk for barnets mening.⁵⁴ Hvis foreldre skal kunne representere barnet, må det derfor ikke foreligge en interessekonflikt mellom foreldre og barn. I alle tilfeller må måten barnet høres på sikre at barnet blir informert om saken og dens mulige utfall, og at det fritt får gitt uttrykk for sine egne meninger, uten noen form for press fra andre.⁵⁵ Dette kan være utfordrende, særlig hvis det er foreldrene som informeres om retten til å bli hørt. Da kan det være at foreldrene avgjør om – og på hvilken måte – barnet skal høres. Hvis informasjon og høring går gjennom foreldrene, og det foreligger en interessekonflikt mellom barn og forelder, kan det hinder at barnet fritt får gitt uttrykk for sin mening.

Dersom det ut fra forhold i saken er en mulighet for at barnet ikke vil kunne uttrykke seg fritt gjennom foreldrene, må barnet enten gis mulighet til å la seg høre direkte eller så må en annen enn foreldrene representerer barnet. Utlendingsregelverket er tilpasset en slik situasjon. Hvis barnet ønsker det, og det er nødvendig for å ivareta barnets rett til å bli hørt, så kan UDI beslutte at det skal gjennomføres en samtale med barnet selv om foreldrene ikke samtykker – og/eller uten at foreldrene får være tilstede, jf. utl. § 81 tredje ledd. Når det gjennomføres en samtale med barnet i Norge, uten at foreldrene er tilsted, «skal det oppnevnes en setteverge for barnet, med mindre barnet har en annen fullmektig som er til stede, jf. utl. § 81 fjerde ledd.

Dersom barnet ikke ønsker å gi uttrykk for sin mening direkte, og det heller ikke lar seg gjøre å benytte en annen representant enn foreldrene, kan en mulig interessekonflikt mellom barn eller foreldre påvirke hvor stor vekt det kan legges på det som anføres som barnets mening. Også andre forhold som gjør det vanskelig for barnet å gi fritt uttrykk for sitt syn, som at det ønsker å være lojal til sine foreldre i sine uttalelser, kan påvirke vekten, men jo eldre og mer modent barnet er, jo større vekt **skal** det legges på dets mening.

⁵¹ CRC GC 12 avsnitt 35.

⁵² Barnekomiteen har lagt til grunn at barnet selv skal bestemme om det vil høres direkte, eller gjennom en representant eller egnet organ, CRC GC 12 avsnitt 35.

⁵³ Se Lundy, Tobin og Parker (2019) s. 427 som nevner sosialarbeider, lærer og søsken som eksempel på representant.

⁵⁴ Lundy, Tobin og Parker (2019) s. 427.

⁵⁵ CRC GC 12 avsnitt 22 og 25.

Høring av barn er nærmere behandlet i UDI 2010-043 Høring av barn i utlendingssaker - unntatt søknader om beskyttelse og UDI 2010-075 Høring av medfølgende barn i saker om beskyttelse.

3.4 Nærmere om den materielle rettighetens innhold

3.4.1 Rettighetens to sider

Som rettighet har barnets beste en todelt struktur, hvorav en vurderingsside og en avveiningsside. Den todelte strukturen er en konsekvens av at barnets beste ikke er en absolutt rettighet.

At barnets beste ikke er en absolutt rettighet gjenspeiles av ordlyden i BK art. 3 nr. 1 og Grl. § 104 annet ledd. Av bestemmelsen i BK følger det at i alle avgjørelser som gjelder barn, «the best interests of the child shall be a primary consideration». En lignende formulering finnes i Grunnlovsbestemmelsen hvor det følger at ved «handling og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». Ordlyden i de to bestemmelsene får frem at hva som er i et barns beste interesser, er et sentralt vurderingstema, men at det ikke nødvendigvis er det eneste som kan vektlegges. I forarbeidene til § 104 er det presisert at barnets beste «bære i seg en forholdsmessighetsvurdering, der barnets interesser veier tyngre desto mer alvorlig beslutningen er for barnet».⁵⁶ Både etter BK og Grunnloven åpnes det følgelig for en avveining mot interesser som taler for et annet resultat enn barnets interesser. I konkrete saker kan det dermed måtte foretas en avveining mellom hva som er i barnets beste interesser på den ene siden og statens eller andres interesser på den andre. Av EMDs formulering av barnets beste følger det samme.⁵⁷

For å kunne foreta en avveining mellom hva som best tjener barnets interesser, og statens interesser, er det helt nødvendig å vurdere hva som er i et barns beste interesser.⁵⁸ Det sikrer at avveiningen ikke blir overfladisk og generell, men tar utgangspunkt i det konkrete barnets interesse og tyngden av disse. Dette er altså vurderingssiden av rettigheten.

Når UDI anvender barnets beste må det følgelig først vurderes hvilke løsning som best ivaretar barnets interesser og hvor tungtveiende interesser barnet har i denne løsningen, de eventuelle motstående interessene må så vurderes, før det foretas en avveining.

⁵⁶ Dok. 16 (2011–2012) s. 192.

⁵⁷ Se EMDs storkammerdom 3. oktober 2014, *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109.

⁵⁸ Som påpekt i Arnfinn Bårdsen, «Norges Høyesterett og «barnets beste» som konvensjonsforpliktelse og grunnlovsnorm» i *Rettsavklaring og rettsutvikling, festskrift til Tore Schei*, Oslo 2016 s. 243–268 (s. 257).

3.4.2 Vurderingen av barnets beste

3.4.2.1 Hva som er til det beste for barnet

Når det skal treffes et vedtak i en sak som berører et barn må UDI komme frem til hvilken løsning som er til det beste for barnet. Etter ordlyden «[t]he best interests of the child» i BK art. 3 nr. 1 må det vurderes **hva som er i barnets beste interesser**. Det er ikke nok å vurdere hva som er bra for barnet, eller hva som er i dets interesser. At det er hva som er til det beste for barnet som er vurderingstemaet, følger også av ordlyden i Grl. § 104 annet ledd og praksis fra EMD.⁵⁹

Vurderingstemaet innebærer at det må foretas et valg. Barnekomiteen har fastslått at oppmerksomheten må «be placed on identifying possible solutions which are in the child's best interests».⁶⁰ I en felles generell kommentar fra FNs komité for migrasjonsarbeidere og deres familie og barnekomiteen er det videre fremhevet at ulike løsninger må vurderes.⁶¹ Det overordnede spørsmålet blir hvilke av løsningene som best tjener barnets interesser. For å finne svare på dette spørsmålet er barnets mening sentral. I tillegg er det andre elementer som gjør seg gjeldende i vurderingen.

3.4.2.2 Interesser og rettigheters betydning i vurderingen

Når det skal vurderes hva som er til det beste for et barn, er et sentralt element barnets interesser og hvordan disse blir påvirket av UDIs avgjørelse. Utlendingsdirektoratet må vurdere hva som er i «the best interests of the child», jf. BK art. 3 nr. 1. Av menneskerettsdomstolen er det slått fast at «in all decisions concerning children, their best interests are of paramount importance».⁶² Formuleringene får frem at vurderingstemaet er hva som er i barnets beste **interesser**. At interesser er angitt i flertall tydeliggjør at en rekke interesser sammen kan peke ut den løsningen som er til det beste for barnet.

⁵⁹ For eksempel EMDs storkammerdom 6. juli 2010, *Neulinger og Shuruk mot Sveits* avsnitt 135, EMDs storkammerdom 26. november 2013, *X mot Latvia* avsnitt 96 og Jeunesse mot Nederland avsnitt 109. I en del eldre dommer innenfor utlendingsretten er ikke domstolen like tydelig. Et eksempel er EMDs dom 1. desember 2005, *Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland*, hvor det ikke sies uttrykkelig at hva som tjener barnets interesser best skal være grunnleggende, selv om enkelte interesser og momenter vurderes (avsnitt 44).

⁶⁰ CRC GC 14 avsnitt 33.

⁶¹ Joint general comment No 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child, *on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration*, (CRC GC 3/22) avsnitt 32 (j) og 33.

⁶² Se for eksempel EMDs storkammerdommer Jeunesse mot Nederland avsnitt 109, *Neulinger og Shuruk mot Nederland* avsnitt 135 og *X mot Latvia* avsnitt 96.

Ordlyden i Grunnloven § 104 annet ledd skiller seg noe fra BKs og EMDs formulering. I grunnlovsbestemmelsen står det kun at «barnets beste» skal være et grunnleggende hensyn. Selv om interessebegrepet mangler, er det ingen motstrid med det som følger av BK og praksis fra EMD. Grunnlovsbestemmelsen mangler bare en presisering av hva som må vurderes, nemlig hva som er i et barns beste interesser.

Begrepet interesser omfatter gjerne faktiske eller forestilte behov som søkes tilfredsstilt. Menneskerettighetene skal verne individers interesser. Det er følgelig en nær sammenheng mellom rettigheter og interesser. Når barnets beste gir vern til interesser, trenger ikke andre konkrete rettigheter å være overtrådt i saken for at barns interesser skal nyte et vern. Samtidig gir andre rettigheter veiledning ved at de interessene de skal ivareta, kan være sentrale i en barnets beste-vurdering, selv om ikke den konkrete rettigheten kommer til anvendelse. Kommer derimot andre materielle rettigheter til anvendelse, er UDI forpliktet til å respektere og sikre også disse. Andre rettigheter som gjør seg gjeldende, må derfor harmoniseres med barnets beste. Et typisk eksempel på en slik sak er utvisningssaker hvor både retten til familieliv, barnets beste og barnets rett til å bli hørt kommer til anvendelse.

Både individer, herunder barn, grupper og staten har interesser. For å sikre rettighetssiden av barnets beste må UDI først vurdere hva som er barnets interesser, og hvilken løsning disse taler for at er til det beste for barnet. Deretter må det vurderes hvor tungtveiende interesser barnet har i denne løsningen. Etter det må statens interesser vurderes og vektes, før det til slutt foretas en avveining mellom barnets og statens interesser.

Under forutsetning av at barnet er i stand til å gi uttrykk for sin mening, og ønsker å gjøre det, må UDI sikre at dets mening blir tillagt vekt. I vurderingen av hva som er i barnets interesser, hvilken løsning disse peker ut som til barnets beste og hvor tungtveiende interesser barnet har i løsningen, må UDI derfor ta i betraktning barnets mening.

3.4.2.3 Det individuelle barnets interesser, utgangspunkt og vurderingstema

Det er det individuelle barnets interesser, og hvilken løsning som best ivaretar disse UDI må ta utgangspunkt i ved sin vurdering. Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 fastslår at det må vurderes hva som er til det beste for «the child», mens Grl. § 104 annet ledd slår fast at «barnets» beste skal være grunnleggende. Angivelsen av barnet i bestemt form entall, klargjør at det nettopp er interessene til det barnet avgjørelsen gjelder eller berører, som er relevante.

I tråd med ordlyden har barnekomiteen lagt til grunn at barnets beste er «flexible and adaptable».⁶³ Videre har komiteen fastslått at hva som er til et barns beste «should be adjusted and defined on an individual basis, according to the specific situation of the child or children concerned, taking into consideration their personal context, situation and needs».⁶⁴

Menneskerettsdomstolen har uttalt at barnets «best interests, from a personal development perspective, will depend on a variety of individual circumstances, in particular his age and level of maturity, the presence or absence of his parents and his environment and experiences [...]».⁶⁵ En følge av disse variasjonene er at barnets beste må bli vurdert individuelt i hver konkrete sak.⁶⁶

3.4.2.4 Framtidsrettet karakter

Når det skal tas stilling til hva som er til et barns beste i en avgjørelse, må UDI foreta en fremtidsrettet vurdering. Beslutningsprosessen må inneholde en evaluering av de positive og negative effektene avgjørelsen vil ha for det barnet avgjørelsen gjelder eller berører.⁶⁷ Blikket må følgelig rettes fremover mot konsekvensene av avgjørelsens mulige utfall.

3.4.2.5 Relevante elementer fra barnekomiteen og EMDs praksis

Både barnekomiteen og EMD har kommet inn på ulike elementer som ofte er relevante i en barnets beste-vurdering. Når UDI skal fatte et vedtak i en sak som berører barn kan disse elementene gi veiledning.

Barnekomiteen har angitt barnets syn, barnets identitet, vern av familiemiljøet og bevaring av relasjoner, omsorg, beskyttelse og sikkerhet for barnet, sårbarhetssituasjoner, barnets rett til helse og barnets rett til utdanning som generelle relevante elementer i en barnets beste-vurdering.⁶⁸ I tillegg har komiteen en opplisting av individuelle forhold komiteen mener det må tas utgangspunkt i når det skal vurderes hva som er til et barns beste.⁶⁹ Her er blant annet alder, modenhet og kjønn nevnt.⁷⁰ Komiteen har altså utformet én liste over individuelle forhold knyttet til barnet og én mer generell liste over relevante elementer for vurderingen.⁷¹ Komiteen har uttalt at den sistnevnte listen inneholder en liste over elementer som «could be

⁶³ CRC GC 14 avsnitt 32.

⁶⁴ CRC GC 14 avsnitt 32. Se også avsnitt 16 og 17.

⁶⁵ Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 138.

⁶⁶ Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 138.

⁶⁷ CRC GC 14 avsnitt 6 (c). Se også CMW/CRC GC 3/22 avsnitt 32 (c), (j) og (k).

⁶⁸ CRC GC 14 avsnitt 52 flg.

⁶⁹ CRC GC 14 avsnitt 48.

⁷⁰ CRC GC 14 avsnitt 48.

⁷¹ CRC GC 14 avsnitt 48 og 52 flg.

included in a best-interests assesment» og at «[a]ll the elements of the list must be taken into consideration and balanced in light of each situation». ⁷² Uttalelsen tyder på at UDI må ta stilling til om - og eventuelt hvilke av elementene som - er relevante, og i så fall må de med i vurderingen.

Selv om EMDs terminologi varierer, er det enkelte elementer som går igjen i domstolens praksis i utlendingssaker, blant disse er alder, språk og omsorgssituasjonen.

Både barnekomiteens og EMDs elementer henger nært sammen med rettigheter og interesser barn har. Barnekomiteen har lagt til grunn at «when adding elements to the list, the ultimate purpose of the child's best interests should be to ensure the full and effective enjoyment of the rights recognized in the Convention and the holistic development of the child». ⁷³ Elementer som står i motsetning til rettighetene i BK skal ikke trekkes inn i vurderingen. ⁷⁴ At rettigheter, interesser og andre elementer, som er relevante i barnets beste-vurderingen henger nært sammen, gjør at vurderingen verken er fri eller subjektiv. Som ved mange andre vurderinger hvor verdier spiller inn, er det likevel vanskelig å komme helt unna skjønn. Det skjønnnet som utøves må imidlertid være innenfor de rammer som barnets rettigheter oppstiller. I tillegg må det utøves med det overordnede målet å komme frem til hvilke løsning som best ivaretar barnets øvrige rettigheter og interesser. Selv om de elementene som barnekomiteen og EMD har trukket frem kan gi veiledning, kan andre elementer være mer sentral i konkrete saker. Det avgjørende i vurderingen er det konkrete barnets egne interesser. ⁷⁵ Barns interesser er ulike fordi barn er ulike. Å ta utgangspunkt i hvert enkelt barn som avgjørelsen gjelder eller berører og de individuelle forholdene, er derfor nødvendig.

3.4.3 Vektingen av barnets beste

Fordi UDI i mange saker må foreta en avveining mellom barnets og statens interesser, er det nødvendig å vurdere hvor tungtveiende interesser barnet har i den løsningen som er til dets beste. Vektingen av barnets interesser henger uløselig sammen med vurderingen av hva som er til et barns beste. I likhet med i vurderingen av hva som er til et barns beste, vil individuelle forhold knyttet til barnet kunne påvirke vektingen. I tillegg gjelder det noen overordnede føringer.

⁷² CRC GC 14 avsnitt 50.

⁷³ CRC GC 14 avsnitt 51.

⁷⁴ CRC GC 14 avsnitt 51.

⁷⁵ Markus Jerkø, «Skal ikke barnets beste leses bokstavelig. – En kritikk av HR-2017-2015-A `Jakob-saken`, Lov og Rett, 2018 s. 112–127 (s. 123).

Etter ordlyden i BK art. 3 nr. 1 skal barnets beste være «a primary consideration». Det skal følgelig være en grunnleggende del av beslutningsgrunnlaget. Dette er av betydning for vektingen. Noe som er grunnleggende, veier tungt. Barnekomiteen har uttalt at formuleringen «means that the child's best interests may not be considered on the same level as all other considerations».⁷⁶ Dette rettferdiggjøres av «the special situation of the child: dependency, maturity, legal status and, often, voicelessness».⁷⁷ Barnets interesser skal gis «high priority and are not just one of several considerations».⁷⁸ At barn ofte ikke kan påvirke sin situasjon, taler også for å gi deres interesser høy prioritet.

Grunnloven § 104 annet ledd inneholder formuleringen «et grunnleggende hensyn». Ordlyden tyder, i likhet med ordlyden i BK, på at barnets beste skal være et fundamentalt hensyn, og dermed må gis vesentlig vekt. I EMDs praksis er en litt annen formulering benyttet. I *Jeunesse mot Nederland* som gjaldt familieinnvandring, ble det uttalt at «[w]here children are involved, their best interests must be taken into account».⁷⁹ Formuleringen «taken into account» er noe vag, og kan gi inntrykk av at barnets beste bare er et av mange momenter. Domstolen presiserte imidlertid at i alle saker som berører barn «their best interests are of paramount importance».⁸⁰ Barnets beste skal etter det være av overordnet betydning. Domstolen har utdypet at barnets interesser ikke alene kan være avgjørende, men at «such interests certainly must be afforded significant weight».⁸¹ Som presisert i *Salem mot Danmark*, som gjaldt utvisning, vil imidlertid statens interesser kunne variere ut fra sakstypen,⁸² Variasjonen i statens interesser vil imidlertid først påvirke den endelige avveiningen, ikke vektingen av barnets interesser.

I tråd med de internasjonale kildene uttalte førstvoterende i Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen*, som gjaldt utvisning av en mor, at «ved avveiningen mot andre interesser skal hensynet til barnets beste ha stor vekt - det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering, men skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen».⁸³ I Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* om opphold etter utl. § 38, slo førstvoterende fast at vekten kan variere; «jo

⁷⁶ CRC GC 14 avsnitt 37.

⁷⁷ CRC GC 14 avsnitt 37.

⁷⁸ CMW/CRC GC 3/22 avsnitt 28.

⁷⁹ *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109 med videre henvisninger til andre EMD dommer. Se også EMD dom 1. desember 2016, *Salem mot Danmark* avsnitt 75 og 76 for en dom med et annet resultat enn *Jeunesse mot Nederland*, men hvor det komme frem at det grunnleggende utgangspunktet gjelder.

⁸⁰ *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109 med videre henvisninger til andre EMD dommer.

⁸¹ *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109 og 118.

⁸² *Salem mot Danmark* avsnitt 76.

⁸³ Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen*, avsnitt 65 og Rt. 2015 s. 155 avsnitt 47.

tyngre hensynet til barnet er, jo mindre rom vil det bli for andre hensyn, og hensynet til barnet kan etter omstendighetene være så tungtveiende at det må slå igjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende».⁸⁴ Dette er sentralt. Vekten avhenger av hvilke interesser barnet har i de mulige utfallene, og hvor tungtveiende disse interessene er. I HR-2019-2286-A om utvisning, kom ikke Høyesterett med noen større avklaringer knyttet til utgangspunktet for vektingen, men ser ut til å bekrefte det som følger av eldre dommer.⁸⁵ I tillegg får domstolen frem at individuelle forhold knyttet til barnet vil ha stor betydning.⁸⁶

Utgangspunktet er altså barnets beste må tillegges **betydelig vekt**. Hvor tungtveiende interesser barnet har, avhenger i tillegg i stor grad av forhold knyttet til det konkrete barnet.

3.4.4 Krav til statens interesser

Ettersom barnets beste ikke er en absolutt rettighet, er det klart at UDI kan vektlegge også andre, motstridende hensyn og interesser i sine avgjørelser. Disse interessene må imidlertid være relevante og ha en viss tyngde i den konkrete saken.

Barnets beste «shall be a primary consideration»/«skal [...] være et grunnleggende hensyn», jf. BK art. 3 nr. 1 og Grl. § 104 annet ledd. Ordlyden i de to bestemmelsene sier imidlertid ingenting om hvilke andre interesser som kan vektlegges og gir heller ikke klare føringer på avveiningen. I motsetning til enkelte andre konvensjoner inneholder BK heller ingen generell hjemmel for å gripe inn i eller begrense rettighetene. Slike begrensningshjemler inneholder gjerne krav til eventuelle motstridende interesser som kan gå foran individets interesser og et krav om en avveining. For Grunnlovens del er det heller ikke, på nåværende tidspunkt, vedtatt noen begrensningshjemmel.⁸⁷ Det er imidlertid klart at de fleste rettigheten i Grunnloven ikke er absolutte.

For at rettigheten skal fungere effektivt, og at avveiningen ikke skal uthule rettighetsvernet, er det nødvendig med enkelte krav til statens interesser og avveiningen. Noen føringer må foreligge. Helt overordnet er det at hva som er i barnets beste interesser må være vurdert og vektet konkret, før det kan foretas en avveining. En korrekt vurdering og vektingen av barnets interesser er nødvendig for at rettigheten skal oppfylle sine funksjoner, og kunne gi et særlig

⁸⁴ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 134.

⁸⁵ HR-2019-2286-A, se særlig avsnitt 41 og 61–64.

⁸⁶ HR-2019-2286-A, se blant annet avsnitt 64, 77 og 107 som også i noen grad knytter seg til selve avveiningen.

⁸⁷ Under arbeidet med Grunnlovens rettighetskatalog ble det foreslått en generell begrensningshjemmel som skulle gjelde for § 104 om barns rettigheter og herunder barnets beste, se Dok. 16 (2011–2012) s. 69–76. Denne ble ikke vedtatt. Et nytt forslag er under behandling. Se Dok. 12:8 (2015–2016). Vedtas bestemmelsen vil den gjelde også for § 104.

vern til barns interesser. Det kan ikke foretas en avveining uten en tilstrekkelig vurdering og vekting av barnets interesser.

Når barnets beste skal være «a primary consideration»/ «et grunnleggende hensyn», må eventuelle motstridende interesser ha en viss tyngde og være relevante i den konkrete saken. Skulle lite tungtveiende interesser av mindre betydning for avgjørelsen gå foran barnets beste, hadde ikke kravet om å behandle barnets beste som grunnleggende, vært respektert. At de interesser eller hensyn som vektlegges, må være relevant i den aktuelle saken, er et krav som generelt må stilles til offentlig myndighetsutøvelse. Utlendingsloven danner rammer for hvilke hensyn og interesser staten kan forfølge. I utlendingssaker er særlig innvandringsregulerende hensyn, allmennpreventive hensyn og likebehandlingshensyn viktige.⁸⁸ Slike hensyn ivaretas gjerne ved at resultatet i konkrete saker sender et signal til andre utlendinger om hvem som har kan få opphold og hvilke handlinger og unnlatelser som kan medføre av avslag på opphold eller utvisning.

Staten (og kommunene) kan ikke treffer avgjørelser basert på tilfeldige hensyn eller for å forfølge interesser som ikke er relevante og heller ikke nødvendige å vektlegge i saken. Det vil være vilkårlig.⁸⁹ Skal en avgjørelse gå på bekostning av barnets interesser, må det altså være rettferdiggjort basert på **relevante interesser med en tyngde** som tilsier at de kan gå foran en grunnleggende faktor.

3.4.5 Avveiningen mot statens interesser

I avveiningssiden av barnets beste må UDI foreta en avvenning mellom barnets interesser og de motstridende interessene. Utgangspunktet for avveiningen er at barnets interesser taler for et annet resultat enn statens. I motsatt fall er ikke en avveining nødvendig.

Vurderingen og vektingen av barnets interesser og hvilken løsning disse taler for at er til barnets beste, danner utgangspunktet for avveiningen mot de motstridende interessene. Avveiningen er altså et resultat av vurderingen og vektingen av barnets beste og vektingen av statens interesser, som begge må gjøres konkret. Også avveiningen vil derfor avhenge av individuelle og konkrete forhold.⁹⁰ Her behandles derfor kun generelle trekk ved avveiningen.

⁸⁸ Se utl. § 1.

⁸⁹ Om nøytralitets- og saklighetskrav i forvaltningen, og forholdsmessighet, se f.eks. Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave Oslo 2015 kapittel syv og åtte.

⁹⁰ Som EMD har uttalt i *Jeunesse mot Nederland* om saker om opphold vil «the extent of a State's obligations to admit to its territory relatives of persons residing there [...] vary according to the particular circumstances of the persons involved and the general interest», avsnitt 107.

Utover at barnets beste skal være «a primary consideration»/«et grunnleggende hensyn», gir ordlyden i bestemmelsene liten føring på avveiningen. Barnekomiteen har uttalt følgende:

The expression `primary consideration` means that the child's best interests may not be considered on the same level as all other considerations. This strong position is justified by the special situation of the child: dependency, maturity, legal status and, often, voicelessness.⁹¹

Barnets beste skal altså ha høy prioritet, slik det også kommer frem av ordlyden i art. 3 nr. 1.⁹² Av EMD er det i *Jeunesse mot Nederland* lagt til grunn at staten må «advert to and assess evidence in respect of the [...] proportionality of any removal of a non-national parent in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it».⁹³ Staten må altså vurdere og undersøke proporsjonaliteten ved en eventuell utsending av en forelder, for å sikre tilstrekkelig vektlegging av barnets interesser. Også EMD får frem at barnets beste skal ha høy prioritet i avveiningen. Samtidig kan det se ut til at EMD mener utgangspunktet kan bli litt annerledes i saker ved utvisning av foreldre som har begått grov kriminalitet.⁹⁴ Det er imidlertid ikke barnets beste som generelt er mindre tungtveiende i slike saker, men statens interesser som kan være meget tungtveiende.

Skal staten interesser gå foran barnets, må de veie mer enn hva som best ivaretar barnets interesser. Hva som er til et barns beste, er imidlertid av en ganske annen karakter enn statens interesser i utlendingssaker. Fordi barnets interesser og statens interesser er to ulike størrelser, er det vanskelig å unngå noe skjønn i en avveining. Hvis staten i en konkret sak ikke har tungtveiende interesser, skaper ikke dette skjønnets nødvendigvis så store utfordringer. Dette fordi barnets interesser da kan prioriteres. Vanskeligere blir det når statens interesser regnes som tungtveiende. Hvis det i slike tilfeller ikke går en grense for hvor langt staten kan prioritere sine interesser på bekostning av barnets, vil vernet av barnets interesser være svakt, ikke effektivt slik menneskerettsvernet skal være. Det må derfor gå en grense, selv når staten har tungtveiende interesser.

Barnets beste skal være grunnleggende, og derfor må det gjelde noen føringer på avveiningen også i tilfeller hvor statens interesser er tungtveiende. En slik føring er at staten ikke kan gripe inn i kjernen av en rettighet. Noen interesser er så grunnleggende at de ikke kan tilsidesettes.

⁹¹ CRC GC 14 avsnitt 37.

⁹² Som fremhevet CRC GC 14 avsnitt 39.

⁹³ *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109.

⁹⁴ *Salem mot Danmark* avsnitt 76.

De veier for tungt, enten sammen, eller alene. For barn må deres sterke interesse i liv, overlevelse og utvikling kunne knyttes til kjernen av barnets beste. Hvis for eksempel en utsending fra Norge utgjør en stor risiko for alvorlig skade på barnets utvikling, må det kunne sies å falle inn under kjernen av barnets beste, og for så vidt også BK art. 6 nr. 2.

En annen meget tungtveiende interesse barnet har, og som henger nært sammen med dets utvikling, er barnets behov for omsorg fra sine foreldre. Barnekomiteens syn er at:

[T]he rupture of the family unit by the expulsion of one or both parents based on a breach of immigration laws related to entry or stay is disproportionate, as the sacrifice inherent in the restriction of family life and the impact on the life and development of the child is not outweighed by the advantages obtained by forcing the parent to leave the territory because of an immigration-related offence.⁹⁵

Griper et vedtak inn i barnets behov for omsorg fra forelderen, har barnet sterke interesser i å bli i Norge, og det er tvilsomt om barnet og forelderen kan opprettholde personlig og regelmessig kontakt på en måte som ivaretar barnets behov, vil vedtaket gripe inn i barnets tungtveiende interesser, og i kjernen av barnets rett til familieliv.

Også i andre tilfeller hvor familielivet, eller andre sterke interesser taler for at barnet må få bli, kan barnets interesser måtte gå foran statens, selv om de sistnevnte er tungtveiende. Kjernen av barnets beste må fastlegges ut fra barnets øvrige rettigheter og interesser, og kan vanskelig fastlegges helt generelt. Det avgjørende må være om noen tungtveiende og grunnleggende interesser eller rettigheter, gjør seg gjeldende. For å fastlegge dette, er barnets mening sentral. I tillegg vil det at barnet er sårbart eller i en sårbar situasjon ofte medføre at barnets interesser er meget tungtveiende, og vil av den grunn innvirke på avveiningen i alle typer saker.⁹⁶ Ettersom avveiningen UDI må foreta vil ha ulik kompleksitet i ulike typer saker, behandles tematikken nærmere i veilederens del III.

3.5 Barnets bestes innvirkning på utredningsplikten

For å kunne vurdere hva som er til et barns beste, må UDI innhente nødvendig faktagrunnlag.⁹⁷ Dette innvirker på kravet i forvaltningsloven § 17 første ledd om at det må

⁹⁵ CMW/CRC GC 4/23 avsnitt 29.

⁹⁶ Se for eksempel EMDs dom 28. juni 2011, *Nunez mot Norge*, EMDs dom 24. juli 2014, *Kaplan med flere mot Norge* og EMDs dom 14. februar 2012, *Antwi med flere mot Norge* avsnitt 100–101.

⁹⁷ Se *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109.

påses «at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes». Barnets beste innvirker følgelig på UDIs utredningsplikt.

At barnets beste innvirker på utredningsplikten, er i tråd med at Høyesterett har lagt til grunn at utredningsplikten er relativ.⁹⁸ Det innebærer at plikten er «avhengig av karakteren av saka og kva som er dei relevante spørsmåla i saka» og «må tilpassast dei konkrete omstenda i saka».⁹⁹ Høyesterett har videre knyttet omfanget av plikten til «til vilkåra i dei aktuelle heimlane i utlendingslova».¹⁰⁰ Dette utgangspunktet må imidlertid tilpasses at barnets beste skal være en grunnleggende faktor i avgjørelsen. Utredningen må være tilstrekkelig til å sikre at rettigheten respekteres og sikres, herunder at vurderingen av hva som er til et barns beste er basert på riktig faktagrunnlag.¹⁰¹ Det kan være nødvendig å innhente opplysninger utenifra, for eksempel helsefaglige uttalelser eller uttalelser fra barnevern og skole.¹⁰² Samtidig er tidsperspektivet viktig. Saken bør behandles effektivt.¹⁰³ Lang saksbehandlingstid kan være mer belastende for barn enn for voksne. Målet om effektivitet må imidlertid ikke gå på bekostning av barnets mulighet til å få sitt beste vurdert så korrekt som mulig.

Barnets rett til å bli hørt må respekteres og sikres av UDI, jf. BK art. 12.¹⁰⁴ I vurderingen av barnets beste er barnets mening viktig. I § fvl. 17 første ledd er det presisert at det må påses at mindreårige har fått uttrykt sitt syn. Barnets mening skal altså bidra til at saken blir så godt opplyst som mulig. I tråd med dette følger det av utlendingsforskriftens 17-3 at barnets mening må være en del av faktagrunnlaget for at saken skal være tilstrekkelig opplyst.¹⁰⁵ Barnet har imidlertid ikke plikt til å uttale seg. Det vil følgelig være saker hvor avgjørelse må tas uten at barnets mening er kjent.

⁹⁸ HR-2017-2376-A avsnitt 36.

⁹⁹ HR-2017-2376-A avsnitt 36.

¹⁰⁰ HR-2017-2376-A avsnitt 37.

¹⁰¹ Se CMW/CRC GC 3/22 avsnitt 32 (c).

¹⁰² CMW/CRC GC 3/22 avsnitt 32 (c), Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 159 og Trude Haugli, «Hensynet til barnets beste» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utgave, Oslo 2020 s. 55–78 (s. 60). Se også Louise Dane, «Europadomstolen och barnets bästa», *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, 2015 s. 193–225 (s. 193 og 197).

¹⁰³ CRC GC 14 avsnitt 93.

¹⁰⁴ Se UDI 2010-075 Høring av barn i asylsaker og UDI 2010-043 Høring av barn i utlendingssaker - unntatt søknader om beskyttelse.

¹⁰⁵ Bestemmelsen er gitt med hjemmel i utl. § 81 annet ledd som slår fast at «[k]ongen skal gi regler i forskrift om barns rett til å bli hørt i saker som vedrører det etter utl., jf. fvl. § 17 første ledd og BK art. 12».

3.6 Krav til begrunnelsen

Individens krav til begrunnelse av enkeltvedtak er en sentral rettsikkerhetsgaranti. I saker som gjelder eller berører barn, gjelder det et skjerpet krav til begrunnelsen. Kravet til begrunnelse er beskrevet av barnekomiteen og er inntatt i utlendingsforskriften.

Barnekomiteen har lagt til grunn følgende:

Assessing and determining the best interests of the child require procedural guarantees. Furthermore, the justification of a decision must show that the right has been explicitly taken into account. In this regard, States parties shall explain how the right has been respected in the decision, that is, what has been considered to be in the child's best interests; what criteria it is based on; and how the child's interests have been weighed against other considerations, be they broad issues of policy or individual cases.¹⁰⁶

Komiteen har altså oppstilt noen konkrete krav til begrunnelsen i avgjørelser som berører barn. Begrunnelsen skal etter komiteens mening få frem de materielle vurderingene som må gjøres, og utformes nokså detaljert.¹⁰⁷

I Rt. 2015 s. 1388, *plenumsdom III* la førstvoterende, som tilhørte flertallet, til grunn at det er vanskelig å se om uttalelsen fra barnekomiteen er et uttrykk for gjeldende rett eller en målsetning.¹⁰⁸ Ettersom komiteen benyttet uttrykkene «must» og «shall» må det imidlertid antas å gi uttrykk for en oppfatning av gjeldende rett.¹⁰⁹

Ut fra barnekomiteens uttalelse må altså en avgjørelse som berører barn inneholde en forklaring på hvordan barnets beste har blitt respektert i avgjørelsen. Begrunnelsen må beskrive hva som antas å være til barnets beste, hvilke kriterier denne vurderingen er basert på og hvordan barnets beste har blitt avveid mot motstridende interesser, herunder innvandringsregulerende hensyn.¹¹⁰

Etter utlendingsforskriften § 17-1a første ledd skal vedtak som berører barn få frem «hvilke vurderinger som har vært foretatt av barnets situasjon, herunder hvordan hensynet til barnets beste er vurdert», jf. bokstav a. Det skal også fremgå «hvilke innvandringsregulerende hensyn

¹⁰⁶ CRC GC 14 avsnitt 6 (c).

¹⁰⁷ CRC GC 14 avsnitt 97.

¹⁰⁸ Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 185.

¹⁰⁹ CRC GC 14 avsnitt 6 (c).

¹¹⁰ Også etter EMDs praksis knyttet til EMK art. 8 kommer det frem at et inngrep i barnets rett må begrunnes i tilstrekkelige tungtveiende interesser, se Kaplan med flere mot Norge avsnitt 97.

som er vurdert» og «avveiningen som er foretatt mellom eventuelle motstridende hensyn», jf. bokstav b og c. Begrunnelseskravet i § 17-1a første ledd synes hovedsakelig å gjenspeile det som følger av barnekomiteens uttalelser om begrunnelse.

Av annet ledd i forskriftens § 17-1a følger det at slik begrunnelse kan unnlates hvis det «anses åpenbart unødvendig fordi hensynet til barnet uansett ikke har betydning for vedtaket, for eksempel fordi det gis oppholdstillatelse på annet grunnlag». At det må anses «åpenbart unødvendig» er et strengt krav. Ettersom hva som best tjener barnets interesser skal være grunnleggende, er det uklart når barnets interesser ikke har hatt betydning. Barnets beste skal ha hatt betydning i en eller annen grad. Annet ledd må antageligvis forstås å gjelde der barnets beste ikke har hatt avgjørende betydning, men vedtaket likevel er i tråd med barnets beste. Det kan for eksempel være fordi det er innvilget opphold av en annen grunn. Det forutsetter imidlertid at det å innvilge opphold var det beste for barnet, noe det ofte vil være.

Unntaket i § 17-1a annet ledd kan ikke forstås som at kravene i første ledd ikke trenger å være oppfylt hvis barnets beste ikke har hatt avgjørende betydning fordi de innvandringsregulerende hensynene er for tungtveiende. En slik forståelse vil ikke være i tråd med de krav som følger av barnekomiteens uttalelser, og vil heller ikke ivareta de hensyn en grundig begrunnelse skal ivareta.

Begrunnelsen i vedtak som berører barn må gjenspeile de forpliktelser som følger av barnets beste.¹¹¹ At en begrunnelse gjenspeiler de menneskerettslige vurderingene som må gjøres i konkrete saker, er nødvendig for at en part skal kunne vurdere klage eller eventuelt søksmål. En slik grundig begrunnelse er videre nødvendig for å rette oppmerksomheten mot barnets interesser og rettigheter, slik at risikoen for at de overses minskes. I tillegg er begrunnelsen en sentral del av domstolskontrollen, og dermed et påkrevet ledd i sikringen av rettigheten. Begrunnelse skal følgelig sikre at barnets beste vurderes og vektlegges, og at vurderingene er etterprøvbare.

I begrunnelser som berører barn må det fremgå:

- hvilke av de mulige utfallene av avgjørelsen som vil ivareta barnets interesser best
- hvordan det er vurdert hva som er i barnets beste interesser, og i det ligger hvilke elementer denne vurderingen er basert på

¹¹¹ Se uttalelsene Ot.prp. nr. 75 avsnitt (2006–2007) s. 331.

- hvilke motstridende hensyn/interesser som er vurdert og hvordan barnets beste har blitt avveid mot slike motstridende hensyn.

Fordi hvert enkelt barns beste må vurderes konkret i hver sak, med utgangspunkt i barnets situasjon, må begrunnelsen også være konkret, noe som utelukker bruk av standardbegrunnelser alene.

4. Kilder

4.1 Menneskerettsdomstolen

- EMD dom 1. desember 2016, *Salem mot Danmark* (utvisning/barnets beste)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/salem-v.-denmark/>
- EMDs storkammerdom 3. oktober 2014, *Jeunesse mot Nederland* (familieinnvandring/barnets beste)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/jeunesse-v.-the-netherlands/>
- EMDs dom 24. juli 2014, *Kaplan med flere mot Norge* (utvisning/barnets beste)
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-145733%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-145733%22]})
- EMDs storkammerdom 26. november 2013, *X. mot Latvia* (barnets beste)
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-138992%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-138992%22]})
- EMDs dom 14. februar 2012, *Antwi med flere mot Norge* (utvisning/familierelasjoner)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/antwi-and-others-v.-norway/>
- EMDs dom 28. juni 2011, *Nunez mot Norge* (utvisning/barnets beste/sårbarhet)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/nunezvnorway/>
- EMDs storkammerdom 6. juli 2010, *Neulinger og Shuruk mot Sveits* (barnets beste)
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-99817%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-99817%22]})
- EMDs dom 1. desember 2005, *Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland* (familiegjenforening/foreldre/barn)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/tuquabo-tekle-and-others-v.-the-netherlands/>

4.2 Barnekomiteen

- Joint general comment No 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No 23 (2017) of the Committee, *on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return*, (CMW/CRC GC 4/23):

<https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/general-comments-no-23-g1734365.pdf>

- Joint general comment No 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child, *on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration*, (CMW/CRC GC 3/22): <https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/general-comments-no-22-g1734359.pdf>
- General comment nr. 14 (2013), *on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), (CRC GC 14): https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/fn_barnekonvensjon/crc_c_gc_14_7202_e.pdf
- General comment nr. 12 (2009), *The right of the child to be heard*, (CRC GC 12): <https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnets-rettigheter/general-comment-12---engelsk.pdf>
- General comment nr. 8 (2007), *The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment* (arts. 19; 28, para. 2; and 37, *inter alia*) (CRC GC 8): <https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnets-rettigheter/general-comment-8---engelsk.pdf>
- General comment nr. 7 (2006), *Implementing child rights in early childhood* (CRC GC 7): <https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnets-rettigheter/general-comment-7---engelsk.pdf>
- General comment nr. 5 (2003), *General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child* (arts. 4, 42 and 44, para. 6) (CRC GC 5): <https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnets-rettigheter/general-comment-5---engelsk.pdf>

4.3 Høyesterett

- HR-2019-2301-A (retten til å bli hørt/barnets beste) <https://lovdata.no/dokument/HRSIV/avgjorelse/hr-2019-2301-a?q=HR-2019-2301-A>
- HR-2019-2344-A (aldersundersøkelse i søknader om beskyttelse/beviskrav) <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2019-2344-a/>

- HR-2017-2376-A (familieinnvandring/saksbehandling)
<https://lovdata.no/pro/#document/HRSIV/avgjorelse/hr-2017-2376-a?searchResultContext=1227&rowNumber=1&totalHits=24>
- Rt. 2015 s. 1388, *plenumsdom III* (beskyttelse/opphold på humanitært grunnlag/barnets beste/internflukt)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/HR-2015-02524-P/>
- HR-2015-00206-A/Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen* (utvisning/barnets beste/EMK art. 8) <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2015-00206-a/>
- HR-2012-2399/Rt. 2012 s. 2039, *plenumsdom II* (opphold på humanitært grunnlag/barnets beste)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2012-2399-p/>
- HR-2009-01932/Rt. 2009 s. 1261, *Ashok-saken* (opphold på humanitært grunnlag/enslig mindreårig asylsøker/barnets beste)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2009-01932-a/>

4.4 UDI s retningslinjer

- UDI 2010-097 Vedtak for medfølgende barn i søknader om beskyttelse
- UDI 2010-075 Høring av barn i asylsaker
- UDI 2010-043 Høring av barn i utlendingssaker - unntatt søknader om beskyttelse

4.5 Sivilombudsmannen

- Sivilombudsmannens uttalelse sak 2019/405

Del III Barnets beste i ulike typer saker

5. Beskyttelse



5.1 Innledning

I beskyttelsessaker er det i utgangspunktet flyktningkonvensjonen som regulerer hvem som har rett til opphold etter reglene om beskyttelse. Barns rettigheter, og herunder barnets beste har likevel betydning også i beskyttelsessaker. For det første har den prosessuelle siden av barnets beste ([link til del II](#)) betydning for UDIs saksbehandling. For det andre innvirker barnets beste på tolkningen av flyktningkonvensjonen, og dermed også på reglene om beskyttelse. For det tredje, kan barnets beste veie så tungt at det gir barn rett til å bli i Norge, selv om vilkårene for beskyttelse ikke er oppfylt. Hvorvidt barnets beste, uavhengig av retten til beskyttelse, innebærer at barnet må få bli i Norge, må vurderes etter utl. § 38 om opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket. Ved avslag på opphold etter § 28 om beskyttelse, har UDI en plikt til å vurdere opphold etter § 38, jf. § 28 sjette ledd. Vurderinger etter utl. § 38 behandles i eget kapittel ([link](#)).

I dette kapittelet er temaer hvordan barnets beste innvirker på beskyttelsesvurderingen og hvordan UDI kan sikre et barneperspektiv med barnesensitive vurderinger i beskyttelsessaker.

Som ellers i veilederen er det hovedsakelig materielle, ikke prosessuelle regler som behandles.

5.2 Barneperspektiv og barnesensitive beskyttelsesvurderinger

I beskyttelsessaker må UDI ha et barneperspektiv og beskyttelsesvurderingen må være barnesensitiv. Barnet må behandles som selvstendig rettighetshaver, slik at dets søknad behandles individuelt og i tråd med relevante rettigheter.

Flyktningkonvensjonens bestemmelser gjelder for barn, så vel som for voksne.

Bestemmelsene i flyktningkonvensjonen må suppleres av andre menneskerettigheter, herunder rettighetene i BK. I BK er det flere rettigheter av betydning for beskyttelsessaker.¹¹² Barnekomiteen har fremhevet at det må foretas en «[c]hild-sensitive assessment» av enslige mindreårige asylsøkeres beskyttelsesbehov.¹¹³ Også ved asylsøknader fra barn som er i følge med familiemedlemmer må vurderingen av barnets sak være barnesensitiv.¹¹⁴ Dette er ivare tatt i utlendingslovens bestemmelser om beskyttelse.

I vurderingen av om vilkårene for beskyttelse i utl. § 28 første ledd er oppfylt, må UDI ta hensyn til om søkeren er barn, jf. § 28 tredje ledd. I forarbeidene er det presisert at tredje ledd markerer at «det skal tas hensyn til at barn kan være mer sårbare enn voksne».¹¹⁵ Videre pekes det på at terskelen for «hva som skal anses som forfølgelse eller umenneskelig eller nedverdige behandling mv., vil kunne være lavere for barn enn for voksne».¹¹⁶ Dette omtales som **barneperspektivet og barnesensitiv** anvendelse av reglene om beskyttelse.¹¹⁷

I UDIs retningslinjer benyttes begrepet barneperspektiv både om en vurdering tilpasset at søker er barn, og en vurdering hvor det tas stilling til ulike rettigheter barn har.¹¹⁸

Formuleringen barnesensitiv vurderinger benyttes om kravet om en beskyttelsesvurdering

¹¹² Se som et utgangspunkt oppramsingen i UDI 2010-094 Kvalitetsstandard for vedtak om enslige mindreårige asylsøkere punkt 2.1.

¹¹³ FNs barnekomité, General Comment nr. 6, *Treatment of Unaccompanied and Separated Children outside their country of origin*, (CRC GC 6) avsnitt (d).

¹¹⁴ UNHCR 22. desember 2009, *Guidelines on International Protection: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (UNHCR Guidelines) s. 3 flg., Joint general comment No 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child, *on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration*, (CMW/CRC GC 3/22) avsnitt 11. Se videre Jason M. Pobjoy, *The Child in International Refugee Law*, Cambridge 2017 s. 37 flg. om tolkning av flyktningkonvensjonen i sammenheng med BK. Se også FNs barnekomité, General Comment nr. 13, *The right of the child to freedom from all forms of violence*, (CRC GC 13) avsnitt 44 (i). Om EMK art. 3, se EMDs storkammerdom 4. november 2014, *Tarakhel mot Sveits* avsnitt 99 og 118-119.

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 414.

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 414.

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) punkt 5.2.5.

¹¹⁸ Se UDI 2010-094 Kvalitetsstandard for vedtak om enslige mindreårige asylsøkere punkt 2.1.

tilpasset at søker er barn, jf. utl. § 28 tredje ledd.¹¹⁹ Denne begrepsbruken gjenspeiler at barnesensitive vurderinger er en del av det å ha et barneperspektiv/barnerettslig perspektiv.

Utlendingsdirektoratet må altså legge til grunn et barneperspektiv. Et barneperspektiv innebærer:

- å ta i betraktning barnets synspunkt
- at barnets søknad må behandles individuelt
- at barns rettigheter må tas i betraktning
- at vurderingene må være barnesensitive og følgelig tilpasses at søkeren er barn og barns særskilte behov, herunder ut fra barnets alder og modenhet

Et barneperspektiv med barnesensitive vurderinger er i tråd med UDIs forpliktelser etter menneskerettighetene, herunder BK ([link til punkt 2.4](#)).¹²⁰

5.3 Begrunnelsen for barneperspektivet og de barnesensitivvurderingene

At UDI har et barneperspektiv og foretar en barnesensitiv beskyttelsesvurderinger er viktig.

Barn har normalt andre og sterkere behov enn voksne. Barn som søker beskyttelse anses å være i en meget sårbar situasjon.¹²¹ Uten et barneperspektiv risiker barn usynlighet i den forstand at de ikke betraktes som flyktning med egne rettigheter.¹²² I tillegg er det et risiko for at en beskyttelsesvurdering som ikke er barnesensitiv, ikke klarer å fange opp barnets reelle behov for beskyttelse.¹²³ I forarbeidene til utlendingsloven har departementet trukket frem at barn ikke har de samme «forutsetninger for å underbygge at de har et behov for beskyttelse som voksne, eller å formidle individuelle forhold av betydning».¹²⁴ Departementet nevner også at selv om retursituasjonen er trygg for voksne, kan barn risikerer å bli utsatt for overgrep dersom de må returnere uten å være sikret beskyttelse fra voksne.¹²⁵

Et barneperspektiv med barnesensitive beskyttelsesvurderinger bidrar til at barns rettigheter respekteres og sikres, at vurderingene fanger opp barns sårbarhet og særskilte behov og at hva

¹¹⁹ Se UDI 2010-094 Kvalitetsstandard for vedtak om enslige mindreårige asylsøkere punkt 3.3, UDI 2010-097V Kvalitetsstandard: Vedtak for medfølgende barn i søknader om beskyttelse punkt 3.7 og UDI 2010-075 Høring av medfølgende barn i saker om beskyttelse punkt 4.1.

¹²⁰ Se UNHCR Guidelines s. 4.

¹²¹ Se CRC GC 6 avsnitt 16, 40 og 47 CMW/CRC GC 3/22 avsnitt 3 og 40, UNHCR Guidelines s. 5 og Tarakhel mot Sveits avsnitt 99 og 118-119.

¹²² UNHCR Guidelines s. 3 og Pobjoy (2017) s. 3 og 46 flg..

¹²³ UNHCR Guidelines s. 3 og Pobjoy (2017) s. 3.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 92.

¹²⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 92. Se også UNHCR Guidelines s. 3.

som er til et barns beste ivaretas. Det bidrar også til å hindre usynlighet og feilvurderinger, og dermed reduseres risikoen for at barn med behov for beskyttelse returneres.¹²⁶

5.4 Beskyttelsesvurderingen

5.4.1 Innledning

Barneperspektivet innvirker på alle de ulike elementene i beskyttelsesvurderingen etter utl. § 28. Barns rettigheter, og herunder de fire generelle prinsippene i BK gir veiledning og danner rammer for vurderingene.¹²⁷ I likhet med ellers når barn blir berørt, innebærer barnets beste og barnets rett til å bli hørt at ulike forhold knyttet til barnet, slik som dets alder, modenhet, utvikling og evne til å gi uttrykk for sine synspunkter kan innvirke på vurderingene i beskyttelsessaken.¹²⁸

I forarbeidene til § 28 la departementet til grunn at et barneperspektiv er særlig aktuelt for bevisvurderingen og for hvilke faresituasjoner som kan gi grunnlag for beskyttelse.¹²⁹ I enkelte situasjoner kan det være grunnlag for å operere med en lavere terskel for å konstatere at barn har en «velbegrunnet frykt for forfølgelse» enn ved voksne søkere.¹³⁰ Et lavere beviskrav og lavere terskel for hvilke faresituasjoner som kvalifiserer til beskyttelse henger sammen med barns behov, utvikling og modenhet. Barn kan ha vansker med å forklare seg eller ta inn over seg risikoen for forfølgelse.¹³¹ Samtidig kan barn rammes hardere av forfølgelse, blant annet fordi de kan være ute av stand til å ta vare på seg selv og avhengig av omsorg og beskyttelse fra andre.¹³² I tillegg kan det forekomme forfølgeshandlinger som særlig rettes mot barn eller grupper av barn.¹³³

At UDI må ta hensyn til at søker er barn etter utl. § 28 tredje ledd, innvirker på beskyttelsesvurderingen ved at det må:

- legges til grunn et **dempet beviskrav**

¹²⁶ Se barnekomiteens kritikk mot Norge i sine avsluttende merknader til Norges femte og sjette rapport, CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 31 (c).

¹²⁷ UNHCR Guidelines s. 4-5. se også UDI 2010-097V Kvalitetsstandard: Vedtak for medfølgende barn i søknader om beskyttelse punkt 3.7

¹²⁸ UNHCR Guidelines s. 6.

¹²⁹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 92.

¹³⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 92.

¹³¹ Se UDI 2010-094 Kvalitetsstandard for vedtak om enslige mindreårige asylsøkere punkt 3.3 og UDI 2010-097V Kvalitetsstandard: Vedtak for medfølgende barn i søknader om beskyttelse punkt 3.7.

¹³² Se UDI 2010-094 Kvalitetsstandard for vedtak om enslige mindreårige asylsøkere punkt 3.3 og UDI 2010-097V Kvalitetsstandard: Vedtak for medfølgende barn i søknader om beskyttelse punkt 3.7.

¹³³ Se UDI 2010-094 Kvalitetsstandard for vedtak om enslige mindreårige asylsøkere punkt 3.3 og UDI 2010-097V Kvalitetsstandard: Vedtak for medfølgende barn i søknader om beskyttelse punkt 3.7.

- legges til grunn en **lavere terskel** for når det foreligger en velbegrunnet frykt for forfølgelse og for hva som anses som forfølgelse eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling sammenlignet med ved voksne søkere
- vurderes om det er risiko for **barnespesifikk forfølgelse**
- **barns rettigheter** må respekteres og sikres

Det nærmere innholdet i et slikt barneperspektiv behandles i de følgende punktene.

5.4.2 Dempet beviskrav

Et barneperspektiv innvirker på beviskravet i beskyttelsessaker.

Utgangspunktet på utlendingsrettens område er at det alminnelige kravet om sannsynlighetsovervekt gjelder.¹³⁴ I beskyttelsessaker gjelder det imidlertid et unntak. Høyesterett har uttalt følgende:

Ved vurderingen av om det foreligger en reell fare for forfølgelse, skal asylforklaringen legges til grunn så langt den fremstår som noenlunde sannsynlig, og søkeren selv har medvirket til å opplyse saken så langt det er rimelig og mulig. Asylsøkerens generelle troverdighet er et relevant moment som skal tas i betraktning. Det kreves ikke sannsynlighetsovervekt for at forklaringen er riktig. I den forbindelse må konsekvensene av en eventuell uriktig avgjørelse i asylsøkerens disfavør vurderes. Jo alvorligere konsekvensene fortoner seg, jo mindre skal det til for å gi vedkommende beskyttelse.¹³⁵

Det gjelder altså generelt et dempet beviskrav ved vurderingen av om asylsøkeren står i fare for forfølgelse ved retur til hjemlandet.¹³⁶ Høyesterett har uttalt at asylforklaringen skal legges til grunn så langt den er «nokolunde sannsynleg, og søkjaren dessutan har medverka til å opplyse saka så langt det er rimeleg og mogleg».¹³⁷ I forarbeidene presiserer departementet at «[n]år det gjelder hva som ligger i vilkåret om en «velgrunnet frykt for forfølgelse», må det opereres med en betydelig lavere terskel enn et krav om sannsynlighetsovervekt».¹³⁸ Et barneperspektiv vil nødvendigvis innebærer at hva som er rimelig og mulig for et barn ikke kan bedømmes på samme måte ved voksne. Dette vil være særlig viktig for enslige barn, ettersom de ikke er sammen med foreldre som kan bidra med opplysninger.

¹³⁴ Rt-2006-1657 avsnitt 33 og HR-2019-2344-A avsnitt 36.

¹³⁵ Rt. 2011 s. 1481 avsnitt 45.

¹³⁶ HR-2019-2344-A avsnitt 36.

¹³⁷ Rt. 2015 s. 1388, *plenumsdom III* avsnitt 129. Se også Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 414.

¹³⁸ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 88.

Det dempede beviskravet henger sammen med de mulige konsekvensene av avgjørelsen. For barn som kan være mer sårbare enn voksne og følgelig kan rammes hardere enn voksne av en uriktig avgjørelse, er det dempede beviskravet særlig viktig. Av UNHCR er det lagt til grunn at selv om «the burden of proof usually is shared between the examiner and the applicant in adult claims, it may be necessary for an examiner to assume a greater burden of proof in children's claims, especially if the child concerned is unaccompanied».¹³⁹ Videre utdypes at hvis faktum i saken ikke kan fastslås, eller barnet ikke er i stand til å gi uttrykk for sitt krav, så må myndighetene treffe en avgjørelse ut fra «all known circumstances, which may call for a liberal application of the benefit of the doubt. Similarly, the child should be given the benefit of the doubt should there be some concern regarding the credibility of parts of his/her claim.»¹⁴⁰ Tvilen skal altså komme barnet til gode.

At staten har bevisbyrden for at det er trygt å returnere, og at tvil skal komme søkeren til gode er lagt til grunn generelt i forarbeidene til utlendingsloven.¹⁴¹ Ut fra barns mulige vansker med å forklare og underbygge sine påstander, er det ekstra viktig at tvilen kommer barnet til gode. Et barneperspektiv innebærer at et dempet beviskrav overfor barn, sammenlignet med voksne.¹⁴² Et dempet beviskrav vil også gjelde for vurderingen av om søker er mindreårig eller ikke, når beskyttelsesgrunnlaget er dirkede knyttet til statusen som barn.¹⁴³ Det innebærer at det gjelder et dempet beviskrav for vurderingen av om søkeren er mindreårig når det er risiko for barnespesifikk forfølgelse.

5.4.3 Risikovurderingen

En barnesensitiv risikovurdering krever at UDI legger avgjørende vekt på hvorvidt det foreligger en objektiv risiko for fremtidig forfølgelse. I denne vurderingen er individuelle forhold knyttet til det konkrete barnet av betydning.

Det er et krav for å ha rett på beskyttelse etter utl. § 28 første ledd bokstav a, at søkeren «har en velbegrunnet frykt for forfølgelse». At det må foreligge en velgrunnet frykt forutsetter at faren for forfølgelse er reell.¹⁴⁴ Tradisjonelt har kravet blitt ansett å innholdet et subjektivt og et objektiv elementet, hvor det må foreligge en subjektiv frykt for en objektiv risiko. Det

¹³⁹ UNHCR Guidelines s. 27.

¹⁴⁰ UNHCR Guidelines s. 27.

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 414.

¹⁴² Se UDI 2010-094V Kvalitetsstandard - Beskyttelse - innvilgelse/avslag for enslige mindreårige asylsøkere (EMA) punkt 3.3 og UDI 2010-097V Kvalitetsstandard: Vedtak for medfølgende barn i søknader om beskyttelse 3.7.

¹⁴³ HR-2019-2344-A avsnitt 85.

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 414.

subjektive elementet er imidlertid problematisk for barn.¹⁴⁵ Barn kan mangle evne til å forstå eller ta inn over seg en risiko for fremtidige skadelige handlinger. Samtidig kan de ha problemer med å gi uttrykk for en frykt for forfølgelse, selv om de opplever slik frykt.¹⁴⁶

I forarbeidene til § 28 er det på generelt grunnlag uttalt følgende om risikovurderingen:

Departementet er enig med utvalget i at det er en objektiv vurdering av risikoen som er avgjørende. Verken flyktningkonvensjonen eller loven kan imidlertid tolkes slik at det er noe hinder mot å legge vekt på en forsterket subjektiv frykt dersom søkeren er i en spesielt sårbar individuelle situasjon.¹⁴⁷

At det er den objektive vurderingen som blir avgjørende, er i tråd med en barnesensitiv risikovurdering.¹⁴⁸

I den objektive vurderingen er barnets alder og «other identity-based, economic and social characteristics of the child, such as family background, class, caste, health, education and income level» av betydning, ettersom det er momenter som kan påvirke risikoen for fremtidig forfølgelse og hvordan barnet i så fall rammes.¹⁴⁹

Som ellers vil landinformasjon være viktig. Barn vil ofte ha mindre oversikt over forholdene i landet enn voksne, noe som gir UDI et særlig ansvar for å kartlegge forholdene. Det er viktig at informasjonen er rettet mot forholdene for barn i landet.¹⁵⁰ Her kan rettighetene i BK gi veiledning om hvilke forhold som er av særlig betydning for barn. Noen eksempler på slike forhold er utdanning, helse, omfang av barnearbeid og barneekteskap og bruk av barnesoldater.¹⁵¹ Det er viktig at informasjonen som benyttes er relevant og sammenlignbar med barnets situasjon ved en retur.

Hvis det blir stilt spørsmål ved troverdigheten av opplysninger barnet gir i asylintervjuet, må det tas i betraktning at alder og modenhet kan ha stor betydning for formen og innholdet på barnets forklaring. Barn kan ikke forventes å gi en forklaring med samme innhold og form som voksne. I tillegg til at alder og modenhet kan innvirke på den informasjonen barnet gir, kan det også bli påvirket ved at barnet er overveldet eller forvirret av asylprosessen.¹⁵²

¹⁴⁵ Pobjoy s. 83 flg.

¹⁴⁶ UNHCR Guidelines s. 7.

¹⁴⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 88.

¹⁴⁸ UNHCR Guidelines s. 7 og Pobjoy s. 88-89.

¹⁴⁹ UNHCR Guidelines s. 7.

¹⁵⁰ UNHCR Guidelines s. 7 og Pobjoy s. 91.

¹⁵¹ Pobjoy s. 92.

¹⁵² Pobjoy s. 98.

Et barneperspektiv innebærer at UDI tar i betraktning at søkeren er barn i vurderingen av risiko, og at det foretas en objektiv vurdering av risiko for at barnet utsettes for forfølgelse.

5.4.4 Forfølgelseskriteriet i utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a

Utlendingsdirektoratets vurderinger av forfølgelseskriteriet må tilpasses at søkeren er barn. Det innebærer handlinger kan måtte regnes som forfølgelse, selv om disse ikke er alvorlige nok i saker som gjelder voksne. I tillegg må det vurderes om det er risiko for barnespesifikk forfølgelse.

Handlinger som enkeltvis - eller på grunn av gjentakelser - utgjør alvorlige **mennekerettighetskrenkelser** anses som forfølgelse etter utl. § 28, jf. § 29 første ledd bokstav a. Det samme gjør «forskjellige tiltak, herunder krenkelser av menneskerettigheter, som til sammen er så alvorlige at de berører et menneske på en måte som kan sammenlignes med situasjonen beskrevet i bokstav a», jf. § 29 første ledd bokstav b. Ulike måter forfølgelsen kan ta form på, er videre oppramset i § 29 annet ledd.

Av UNHCR er det slått fast at prinsippet om barnets beste krever at de skadelige handlingene blir vurdert fra barnets perspektiv, og at dette kan omfatte en analyse av hvordan barnets rettigheter og interesser blir - eller kan bli påvirket av handlingene.¹⁵³ Fordi BK inneholder en samlet fremstilling av barns rettigheter, tilpasset barns behov, vil konvensjonen her være sentral.¹⁵⁴ Som i andre saker som gjelder barn, må barnets behov kartlegges, herunder må det tas stilling til om det er forhold som gjør barnet spesielt sårbart for enkelte typer skadelige handlinger.¹⁵⁵ At det må tas utgangspunkt i barns rettigheter og behov, innebærer at handlinger som ikke er alvorlig nok til å anses som forfølgelse overfor voksne, kan omfattes når søkere er barn.¹⁵⁶ Det gjelder altså en **lavere terskel** enn for voksne søkere. Dette støttes av at barn kan oppleve forfølgelses annerledes enn voksne, blant annet på grunn av sin sårbarhet, avhengighet, manglende modenhet, manglende erfaringer og mestringsmekanismer, og andre behov.¹⁵⁷ For eksempel kan handlinger som fører til psykisk skade eller handlinger rettet mot foreldrene omfattes, og anses som forfølgelse.¹⁵⁸

¹⁵³ UNHCR Guidelines s. 6.

¹⁵⁴ Se Pobjoys s. 123 flg. I Norge er i tillegg utlendingsmyndighetene forpliktet til å ivareta rettighetene i BK etter Grl. § 92, mrl. §§ 2 og 3 og utl. § 3.

¹⁵⁵ CRC GC 6 avsnitt 31 iii.

¹⁵⁶ UNHCR Guidelines s. 6-7.

¹⁵⁷ UNHCR Guidelines s. 8-9.

¹⁵⁸ UNHCR Guidelines s. 9.

For å ta stilling til om en eller flere handlinger kan kategoriseres som en alvorlig krenkelse av barnets rettigheter, må det tas utgangspunkt i den eller de relevante rettighetene. Krenkelse av absolutte rettigheter vil alltid være alvorlig, men også krenkelse av andre rettigheter kan være alvorlige. I tråd med de føringer som gjelder for vurderingen av barnets beste, kan egenskaper ved det konkrete barnet eller dets situasjon gjøre det særlig sårbart, og påvirke alvorlighetsgraden av menneskerettskrenkelser ([link til 4.4.2.3](#)).

En måte forfølgelse kan ta form på, er ved handlinger særlig rettet mot barn, jf. § 29 annet ledd bokstav f. I tillegg til at barn kan bli utsatt for samme handlinger som voksne, kan de altså bli utsatt for **barnespesifikk forfølgelse**. Barn kan bli utsatt for forfølgelse som en følge - eller påvirket av deres alder, manglende modenhet eller sårbarhet.¹⁵⁹ Forfølgelsesbegrepet må tolkes slik at det tas hensyn til «the particular motives for, and forms and manifestations of, persecution experienced by children».¹⁶⁰

Både barn generelt, eller en gruppe barn, kan tilhøre kategorien sosial gruppe i utl. § 28 første ledd bokstav a.¹⁶¹ For eksempel kan barn med nedsatt funksjonsevne og barn som bor eller jobber på gaten regnes som en sosial gruppe.¹⁶² Handlinger som innebærer krenkelse av retten til liv, overlevelse og utvikling og grov diskriminering vil ofte utgjøre forfølgelse.¹⁶³

Handlinger rettet særskilt mot barn kan for eksempel være kjønnslemlestelse, handel med barn, skadelig arbeid og tvangsarbeid.¹⁶⁴ Det samme kan være tilfellet for ulike former for seksuelle overgrep og vold i hjemmet.¹⁶⁵ Også «under-age recruitment (including of girls for sexual services or forced marriage with the military) and direct or indirect participation in hostilities constitutes a serious human rights violation» og anses følgelig som forfølgelse.¹⁶⁶

Handlinger som enkeltvis eller på grunn av gjentakelse utgjør en alvorlig krenkelse av barns rettigheter, utgjør forfølgelse. Det samme gjør handlinger som sammen med andre tiltak, herunder krenkelser av menneskerettigheter er så alvorlige at de berører et barn på en måte som kan sammenlignes med førstnevnte situasjon, jf. § 29 første ledd bokstav b. Hva som

¹⁵⁹ UNHCR Guidelines s. 9.

¹⁶⁰ CRC GC 6 avsnitt 74. Se også UNHCR, 2009, Guidelines s. 4.

¹⁶¹ UNHCR Guidelines s. 19.

¹⁶² UNHCR Guidelines s. 19 og 20.

¹⁶³ UNHCR Guidelines s. 10.

¹⁶⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) 416, CRC GC 6 avsnitt 74 og UNHCR Guidelines s. 4 og 9-10. Se også Pobjoy s. 117. Se videre FNs barnekomité, *Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication*, nr. 3/2016 (CRC/C/77/D/3/2016) om vurderinger av risiko for kjønnslemlestelse.

¹⁶⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) 416, CRC GC 6 avsnitt 74 og UNHCR Guidelines s. 4 og 9-10.

¹⁶⁶ CRC GC avsnitt 59. Se også avsnitt 74.

utgjør en alvorlig krenkelse må vurderes ut fra et barneperspektiv, hvor barns rettigheter er sentrale. Mindre alvorlige krenkelser enn i saker med voksne kan omfattes. Det må også tas i betraktning at barn kan bli utsatt for forfølgelse i kraft av å være barn, eller tilhører en mindre gruppe barn.

5.4.5 Beskyttelsesgrunnlagene i utlendingsloven § 28 første ledd bokstav b

Beskyttelsesgrunnlagene i utl. § 28 første ledd bokstav b må, i likhet med grunnlagt i bokstav a, tolkes og anvendes i et barneperspektiv.

Et barn skal anerkjennes som flyktning ved en reell fare for «dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ved tilbakevending til hjemlandet», jf. § 28 første ledd bokstav b. Bestemmelsen kommer til anvendelse i tilfeller der Norge er folkerettslig forpliktet til ikke å sende en utlending ut av landet fordi han eller hun reelt risikerer å bli utsatt for overgrep.¹⁶⁷ Hva som er årsak til faren ved en retur, er uten betydning.¹⁶⁸

Av samme grunn som ved vurderinger etter § 28 første ledd bokstav a, må det også legges til grunn et dempet beviskrav etter bokstav b. At søkeren er barn, påvirker vurderingen av hva som må anses som umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.¹⁶⁹

I tillegg til forpliktelse etter EMK, vil BK art. 6 og 37 være sentrale rettigheter for vurderingen av om det må innvilges opphold etter bestemmelsen. Barnekomiteen har fastslått at det er uten betydning om det er staten eller privat personer som vil kunne krenke barnets rettigheter, og videre at:

States shall not return a child to a country where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm to the child, such as, but by no means limited to, those contemplated under articles 6 and 37 of the Convention, either in the country to which removal is to be effected or in any country to which the child may subsequently be removed.¹⁷⁰

Også en reell risiko for krenkelse av andre rettigheter enn de i art. 6 og 37 kan følgelig stenge for utsending. Dette henger sammen med at barns rettigheter er udelelige, gjensidige avhengige og innbyrdes forbundet med hverandre ([link til 4.2](#)). De ulike rettighetene kan

¹⁶⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 414.

¹⁶⁸ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 414.

¹⁶⁹ Se f.eks. Tarakhel mot Sveits avsnitt 99 og 118-119.

¹⁷⁰ CRC GC 6 avsnitt 27.

kaste lys over hva som må anses som umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. I det følgende punktet behandles ulike rettigheter som er sentrale i beskyttelsessaker, og da både saker som vurderes etter § 28 første ledd bokstav a og bokstav b.

5.4.6 Sentrale rettigheter i beskyttelsessaker

Både de generelle rettighetene som tilkommer alle, og barns særrettigheter, er relevante i beskyttelsessaker. Utlendingsdirektoratet må vurdere relevante bestemmelser, og da særlig rettighetene i BK.

Rettighetene i BK er tilpasset barns alder og behov, herunder deres avhengighet til omsorgspersoner. Dette gjør rettighetene viktige for å beskytte barn og deres særskilte behov, og følgelig for et barneperspektiv i beskyttelsessaker.¹⁷¹ Blant rettighetene UNHCR trekker frem som kan være relevant i beskyttelsessaker, er retten til:¹⁷²

- å ikke bli separert fra sine foreldre etter BK art. 9
- beskyttelse mot alle former for vold, overgrep og omsorgssvikt etter BK art. 19¹⁷³
- beskyttelse mot helseskadelig praksis etter BK art. 24 nr. 3
- tilfredsstillende levestandard for barnets utvikling etter BK art. 27
- ikke å bli frihetsberøvet utenom som siste utvei etter BK art. 37
- beskyttelse mot rekruttering til - og deltakelse i - væpnede konflikter etter BK art. 38¹⁷⁴

Opplistingen er langt fra uttømmende. Andre viktige rettigheter er blant annet retten til:¹⁷⁵

- å ikke bli diskriminert etter BK art. 2
- få sitt beste lagt til grunn som et grunnleggende hensyn etter BK art. 3 og Grl. § 104
- liv, overlevelse og utvikling etter BK art. 6
- kontrakt med begge foreldre i BK art. 10
- å bli hørt etter BK art. 12 og Grl. § 104
- privatliv etter BK art. 16, Grl. § 102 og EMK art. 8
- vern for flyktningbarn etter BK art. 22
- vern mot seksuell utnyttelse etter BK art. 34

¹⁷¹ UNHCR Guidelines s. 8.

¹⁷² UNHCR Guidelines s. 8.

¹⁷³ Se CRC /C/77/D/3/2016 for en vurdering av forpliktelsene etter BK art. 19 ved risiko for kjønnslemlestelse ved retur til Somalia.

¹⁷⁴ Se også CRC GC 6 avsnitt 28 om rekruttering av barn til deltakelse i konflikthandlinger.

¹⁷⁵ Se UDI 2010-94 Kvalitetsstandard - Beskyttelse -innvilgelse/avslag for enslige mindreårige asylsøkere (EMA) punkt 2.1.

- vern mot bortføring og handel med barn etter BK art. 35
- beskyttelse mot tortur eller annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff etter BK art. 37

Fordi rettighetsvernet henger sammen, er både økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og sivile og politiske rettigheter viktige i beskyttelsessaker.¹⁷⁶ Manglende sikring av en rettighet, kan gi risiko for krenkelse av også andre rettigheter. For eksempel kan «a denial of the right to education or an adequate standard of living [...] lead to a heightened risk of other forms of harm, including violence and abuse».¹⁷⁷ Et annet eksempel er diskriminering, som kan lede til at en rekke rettigheter ikke blir respektert og sikret. En alderssensitiv vurdering innebærer også at det må tas i betraktning the particularly serious consequences for children of the insufficient provision of food or health services.¹⁷⁸

Som i andre saker er barnets **rett til å bli hørt** viktig. Barnets fremstilling kan være helt sentral for å vurdere beskyttelsesbehovet, og kan kaste lys over relevante rettigheter.¹⁷⁹

I konkrete saker kan også andre rettigheter enn de som er nevnt her være sentrale. Det er derfor viktig at UDI, i tråd med barnets beste, starter med å vurdere forhold knyttet til det konkrete barnet og dets situasjon.

5.4.7 Internfluktvurderingen

Ved vurdering av om et barn kan henvises til internflukt, må UDI foreta en barnesensitiv vurdering av om alternativet vil være trygt og tilgjengelig for barnet.

Retten til beskyttelse gjelder ikke hvis barnet kan få «effektiv beskyttelse i andre deler av hjemlandet enn det området søkeren har flyktet fra», jf. utl. § 28 femte ledd. Det må foreligge et trygt og tilgjengelig område for internflukt.¹⁸⁰ Internflukt er kun relevant «where the applicant can access practically, safely and legally the place of relocation».¹⁸¹ Vurderingen må gjøres i et barneperspektiv, og som i andre saker som berører barn, innvirker barnets beste på avgjørelsen.¹⁸²

¹⁷⁶ UNHCR Guidelines s. 8. Se også Pobjoy s. 117.

¹⁷⁷ UNHCR Guidelines s. 8.

¹⁷⁸ CRC GC 6 avsnitt 27.

¹⁷⁹ UNHCR Guidelines s. 26. Se også Pobjoy s. 56.

¹⁸⁰ Se f.eks. Rt. 2015 s. 1388, *plenumsdom III* avsnitt 122 og 218 og UNHCR, 2009, Guidelines s. 21.

¹⁸¹ UNHCR Guidelines s. 21.

¹⁸² UNHCR Guidelines s. 21.

Barnets beste innebærer at det må tas utgangspunkt i det konkrete barnets behov, og det må legges stor vekt på disse i vurderingen av om barnet kan gis effektiv beskyttelse i form av internflukt til et trygt og tilgjengelig sted. I tillegg er det av grunnleggende betydning hvordan barnets rettigheter vil bli sikret ved en henvisning til internflukt.

For at internflukt skal anses som trygt, må barnets **rettigheter sikres effektivt** ved en retur. Det må vurderes om staten er i stand - og villig til å beskytte barnet. Av UNHCR er det lagt til grunn at for handlinger særskiltrettet mot kjønn, som vold i nære relasjoner og kjønnslemlestelse, som typisk utføres av private, kan manglende beskyttelse fra staten i en del av landet, tydet på at staten heller ikke vil klare eller være villig til å beskytte barnet i en annen del av landet.¹⁸³ I tillegg blir det trukket frem at «[i]f the child were to relocate, for example, from a rural to an urban area, the protection risks in the place of relocation would also need to be examined carefully, taking into account the age and coping capacity of the child».¹⁸⁴

En internflukt vurdering fordrer altså en grundig vurdering av om alternativet vil være trygt for barnet. I vurderingen kan blant annet følgende elementer være relevante:¹⁸⁵

- barnets forklaring
- barnets identitet, relasjoner og tilknytning
- barnet muligheter for omsorg, beskyttelse og sikkerhet
- sårbarhet
- helse

Det samme vil andre elementer som kan ha betydning for om barnet vil få effektivt beskyttelse ved internflukt, slik som:

- kjønn
- nedsatt funksjonsevne
- familiesituasjon

Ved vurderingen av om barnet kan gis effektiv beskyttelse ved internflukt må UDI følgelig ta i betraktning konkrete forhold knyttet til barnet som kan innvirke på om internflukt vil være trygt og tilgjengelig for barnet.

¹⁸³ UNHCR Guidelines s. 21.

¹⁸⁴ UNHCR Guidelines s. 21.

¹⁸⁵ UDI 2010-097V Kvalitetsstandard: Vedtak for medfølgende barn i søknader om beskyttelse punkt 3.8.

5.4.8 Utelukkelse

Utelukkelse etter utlendingsloven § 31 må vurderes i et barneperspektiv. Et barneperspektiv innebærer at terskelen for utelukkelse må legges svært høyt.

Rett til beskyttelse etter § 28 første ledd foreligger ikke dersom utlendingen faller inn under flyktningkonvensjonen artikkel 1D eller E, eller dersom søkeren har begått visse andre alvorlige forbrytelser nevnt i utl. § 31. Vilkårene er strenge i utgangspunktet, og i et barneperspektiv må de tolkes enda strengere.

Barnet må være over den kriminelle lavalderen for at utelukkelse skal være mulig.¹⁸⁶ Selv om barnet er over den kriminelle lavalderen vil det ofte ikke bare være overgriper, men også selv offer.¹⁸⁷ Av UNCHR er det slått fast følgende:

It is important to undertake a thorough and individualized analysis of all circumstances in each case. In the case of a child, the exclusion analysis needs to take into account not only general exclusion principles but also the rules and principles that address the special status, rights and protection afforded to children under international and national law at all stages of the asylum procedure. In particular, those principles related to the best interest of the child, the mental capacity of children and their ability to understand and consent to acts that they are requested or ordered to undertake need to be considered. A rigorous application of legal and procedural standards of exclusion is also critical.¹⁸⁸

Barnets beste og andre relevante rettigheter må legges til grunn også i utelukkelsessaker. Barnekonvensjonen art. 40 er av betydning. I tråd med barnets beste må reintegrering være et tungtveiende hensyn når barn har begått alvorlige lovbrudd, jf. BK art. 40 nr. 1. Vurderingen må også ta i betraktning barnets «emotional, mental and intellectual development» og hvordan dette innvirker på forståelsen av lovbruddenes karakter og konsekvenser.¹⁸⁹ Videre må andre grunner for å utelukke individuelt ansvar for barnet, slik som tvang eller selvforsvar. Avslutningsvis må det også tas stilling til om konsekvensene av utelukkelse er forholdsmessige i lys av alvorligheten av lovbruddene som er begått.¹⁹⁰ I en slik

¹⁸⁶ UNHCR Guidelines s. 22.

¹⁸⁷ UNHCR Guidelines s. 22.

¹⁸⁸ UNHCR Guidelines s. 22.

¹⁸⁹ UNHCR Guidelines s. 24.

¹⁹⁰ UNHCR Guidelines s. 24.

forholdsmessighetsvurdering vil faktorer som innvirker på hvordan barnet vil rammes av en utelukkelse være viktige.

Både barns sårbarhet og behov for beskyttelse, at de ofte også selv vil være offer og hensynet til reintegrering taler for at terskelen for utelukkelse må være svært høy.

5.5 Kilder og praksis

5.5.1 Menneskerettsdomstolen

- EMDs storkammerdom 4. november 2014, *Tarakhel mot Sveits* (asylsøkende barn/sårbarhet) [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-148070%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-148070%22]})

5.5.2 Barnekomiteen

- Felles general comment nr. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and nr. 23 (2017) of the Committee, *on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return*, (CMW/CRC GC 4/23):
<https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/general-comments-no-23-g1734365.pdf>
- Felles general comment nr. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and nr. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child, *on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration*, (CMW/CRC GC 3/22):
<https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/general-comments-no-22-g1734359.pdf>
- Felles general recommendation/general comment nr. 31/18, of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/general comment No. 18 of the Committee *on the Rights of the Child on harmful practices* (CEDAW/CRC C/GC 31/18):
<https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/general-comments-no-18-n1462778.pdf>
- General comment nr. 14 (2013), *on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), (CRC GC 14):

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/fn_barnekonvensjon/crc_c_gc_14_7202_e.pdf

- General Comment nr. 13, *The right of the child to freedom from all forms of violence*, (CRC GC 13):
https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/fn_barnekonvensjon/barnekonvensjonen_generell_kommentar_nr_3_engelsk_originalversjon.pdf
- General comment nr. 12 (2009), *The right of the child to be heard*, (CRC GC 12):
<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnets-rettigheter/general-comment-12---engelsk.pdf>
- General comment nr. 6, *Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin* (CRC GC 6):
<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnets-rettigheter/general-comment-6---engelsk.pdf>
- Concluding observations 4. juli 2018, *on the combined fifth and sixth periodic reports of Norway* (CRC/C/NOR/CO/5-6):
<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhskd8j6m8TLYHEq%2b8lcfyyNiK5HTv3BlHD2yUDbkYkjYjn9xD8vprwt%2bd7OOPlcLT3X9z%2fdVue7vDSd17DwXVGdC0p28EZNdSyedRb2agr1el>
- Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication, nr. 3 2016 (CRC /C/77/D/3/2016): <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2345>

5.5.3 Høyesterett

- HR-2019-2344-A (aldersundersøkelse i søknader om beskyttelse/beviskrav)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2019-2344-a/>
- Hr-2018-572-A (beskyttelse/tilbakekall)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2018-572-a/>
- HR-2015-02524-P/Rt. 2015 s. 1388, *plenumsdom III* (beskyttelse/opphold på humanitært grunnlag/barnets beste/internflukt)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/HR-2015-02524-P/>
- Rt. 2011 s. 1481 (beskyttelse/beviskrav)
<https://lovdata.no/pro/#document/HRSIV/avgjorelse/hr-2011-2133-a?searchResultContext=2266&rowNumber=1&totalHits=347>

- Rt. 2006 s. 1657 (beviskrav) <https://lovdata.no/pro/#document/HRSIV/avgjorelse/hr-2006-2109-a?searchResultContext=2366&rowNumber=1&totalHits=123>

5.5.4 UNHCR

- UNHCR 22. desember 2009, *Guidlines on International Protection: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (UNHCR Guidelines)
<https://www.unhcr.org/publications/legal/50ae46309/guidelines-international-protection-8-child-asylum-claims-under-articles.html>

5.5.5 Vedtak

6. Saker om opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket

6.1 Innledning

Hovedregelen er at utenfor de tilfellene hvor vilkårene for beskyttelse er oppfylt, er det i utgangspunktet et politisk spørsmål hvor mange det skal innvilges oppholdstillatelse til, og hva som må til for at opphold skal innvilges. Barns rettigheter, og da særlig barnets beste kan imidlertid innskrenke statens frihet og medføre at UDI er forpliktet til å innvilge opphold i enkeltsaker.

Når det gis avslag på en asylsøknad har UDI plikt til å vurdere om det skal innvilges opphold etter reglene om opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket i utl. § 38.¹⁹¹ Utlendingsloven § 38 er ikke utformet som en rettighetsbestemmelse, og gir følgelig normalt ikke et rettskrav på opphold. Bestemmelse operere i krysningen mellom humanitære hensyn og innvandringsregulerende hensyn. I saker som berøre barn, skal imidlertid barnets beste være et grunnleggende hensyn, jf. § 38 tredje ledd. I noen saker vil hva som er til barnets beste være så tungtveiende at UDI må innvilge opphold til barnet og/eller dets nærmeste familie. I dette kapittelet behandles betydningen av barnets beste i saker om opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning, herunder hvordan foreta, synliggjøre og vekte barnets beste i slike saker.



¹⁹¹ jf. utl. § 28 syvende ledd.

6.2 Barnets bestes innvirkning på reglen i utl. § 38

6.2.1 Opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning

Ved spørsmål om det skal innvilges opphold på opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til Norge, må det først **vurderes** om det foreligger «sterke menneskelige hensyn» eller «særlig tilknytning til riket», jf. utl. § 38 første ledd. For å avgjøre om vilkårene er oppfylt, må det foretas en totalvurdering av saken. I denne vurderingen er det blant annet relevant om utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur, det foreligger tvingende helsemessige forhold som gjør at utlendingen har behov for opphold i riket, det foreligger sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen som gir grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse, eller utlendingen har vært offer for menneskehandel, jf. § 38 annet ledd.

Hvis vilkårene er oppfylt, blir spørsmålet om tillatelse **bør** innvilges, jf. ordlyden «kan» i § 38 første ledd. I vurderingen av om opphold bør innvilges må det som taler for at opphold gis, veies mot hensynet til en regulert og kontrollert innvandring (innvandringsregulerende hensyn).¹⁹² Fjerde ledd angir enkelte innvandringsregulerende hensyn som kan vektlegges i avveiningen.

Vurderingen av om det skal innvilges opphold etter § 38 kan følgelig sies å være **todelt**. Det må først vurderes om det foreligger sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket, før det foretas en avveining mellom utlendingens interesser og innvandringsregulerende hensyn.¹⁹³

6.2.2 Barnets bestes innvirkning på hva som må vurderes og på avveiningen

Barnets beste innvirker både på hva UDI må vurdere, og på avveiningen som må foretas etter utl. § 38.

I alle saker som berøre barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn, jf. § 38 tredje ledd.¹⁹⁴ Barn kan gis oppholdstillatelse «selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen», jf. § 38 tredje ledd. Dette henger sammen med at barns sårbarhet gjør at vilkårene i § 38 første ledd lettere vil være oppfylt overfor barn og

¹⁹² Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

¹⁹³ I Rt. 2008 s. 681 avsnitt 43 omtales vurderingen etter lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven 1988) § 8 annet ledd som en «helhetsvurdering».

¹⁹⁴ Bestemmelsen skal ivareta BK art. 3 nr. 1, Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 159–160.

barnefamilier, enn i saker med bare voksne.¹⁹⁵ Vurderingen av om vilkårene i § 38 første ledd er oppfylt, må tilpasses at saken gjelder eller berører et barn, og at UDI er forpliktet til å vurdere hva som er til det konkrete barnets beste.

En vurdering av hva som er til et barns beste må ta utgangspunkt i forhold knyttet til det konkrete barnet og dets behov.¹⁹⁶ Alle elementer som er av betydning for vurderingen må tas i betraktning.¹⁹⁷ Det gjør at i saker som gjelder eller berører barn, kan vurderingen av om vilkårene i § 38 første ledd er oppfylt bli bredere, og med et noe annet siktemål enn i saker som kun berører voksne. Formålet i saker som berører barn, er ikke bare å komme frem til om det foreligger sterke menneskelige hensyn eller en særlig tilknytning til riket, men å komme frem til hva som best ivaretar barnets interesser. Et sentralt spørsmål vil derfor ofte være om det foreligger humanitært forhold - eller om barnet har en slik tilknytning til Norge - at det er til barnets beste å få bli i landet.

I formuleringen «et grunnleggende hensyn» ligger det at barnets beste skal være tungtveiende. Denne føringen påvirker igjen avveiningen av om det bør innvilges opphold. I avveiningen mot de invandringsregulerende hensynene skal hva som er til barnets beste veie tungt.¹⁹⁸

Vurderingstemaet slik det følger av vilkårene i første ledd endres altså noe, samtidig som terskelen for å innvilge opphold blir lavere. Barnets beste passer dermed godt inn i den todelte strukturen til regelen i § 38.

6.3 Vurderingen og vektingen av hva som best tjener barnets interesser

6.3.1 Utgangspunktet for vurderingen og vektingen av barnets beste

Utgangspunktet ved en barnets beste-vurdering etter § 38 er det samme som i andre typer saker som gjelder eller berører barn. Utlendingsdirektoratet må vurdere hva som er til barnets beste.¹⁹⁹ Sentralt i vurderingen er hvordan barnets rettigheter og interesser blir ivaretatt ved de mulige utfallene av saken.²⁰⁰ Risiko for rettighetskrenkelser som ikke er alvorlige nok til å anses som forfølgelse, kan være av betydning i en vurdering etter § 38. De samme

¹⁹⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 160.

¹⁹⁶ Se veiledernes punkt 4.4.2 ([link](#)). Se også UDI 2017-004 Sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket punkt 3.3.1.

¹⁹⁷ Se veiledernes punkt 4.4.2 ([link](#)). Se også UDI 2017-004 Sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket punkt 3.3.1.

¹⁹⁸ Se Rt. 2009 s. 1261, *Ashok-saken* avsnitt 85, Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 134 og 187 og Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen*, 47–48.

¹⁹⁹ Se veilederens punkt 4.4.2.1 ([link](#)).

²⁰⁰ Se veilederens punkt 4.4.2.2 ([link](#)).

rettighetene som UDI må ta stilling til under spørsmålet om det må innvilges opphold etter reglene om beskyttelse, kan derfor også være relevante for vurderingen etter utl. § 38. I tillegg kan også andre rettigheter være av betydning. I vurderingen av barnets beste må UDI ta i betraktning alle rettigheter av betydning i den konkrete saken. Vurderingen av hva som er til barnets beste må ha en fremtidsrettet karakter²⁰¹, og ta utgangspunkt i individuelle forhold knyttet til det individuelle barnet, dets situasjon og den konkrete saken.²⁰²

I det følgende behandles ulike rettigheter, interesser og andre momenter som ofte innvirker på vurderingen i saker om opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning.

6.3.2 Sentrale rettigheter og interesse

6.3.2.1 Retten til å bli hørt

Noen rettigheter er relevante i alle, eller tilnærmet alle saker. En slik rett er barnets rett til å bli hørt, jf. GrL § 104 første ledd, BK art. 12, fvl. § 17 første ledd og utf. 17-3.²⁰³ Barn som er i stand til å danne seg sine egne synspunkt, har rett til å bli hørt.

Hva barnet må høres om, beror i stor grad på innholdet i vurderingen av hva som er til det beste for barnet. Dette er vurderinger som varierer fra sak til sak. Under forutsetningen av at barnet ønsker å gi uttrykk for sin mening, må det gis mulighet til å si sin mening om alle de ulike elementene som er relevante i vurderingen av barnets beste.

Mange elementer som ofte er sentrale i vurderingen, er nært knyttet til barnets synspunkter. Retten til privatliv, tilknytning til Norge og retten til å bevare sin identitet, er for eksempel nært knyttet opp til barnets indre oppfatninger. Barnet er derfor normalt nærmest til å si noen om hvilke - og hvor sterke interesser det har i denne sammenheng. Hvis barnet ikke er hørt om denne typen rettigheter og interesser, er det en risiko for feilvurderinger, eller at rettigheter, interesser eller andre momenter av betydning, overses.

Andre forhold som kan være sentrale er blant annet forholdet til omsorgspersoner i Norge og hjemlandet, helsesituasjon, bekymringer knyttet til utlendingssaken, skolegang, venner, bosted og hvordan barnet ser for seg sin situasjon etter avgjørelsen. Opplistingen utf. § 8-5,

²⁰¹ Se veilederens punkt 4.4.2.4 ([link](#)).

²⁰² Se veilederens punkt 4.4.2.3 ([link](#)).

²⁰³ Se veilederens punkt 4.3 ([link](#)).

kan også tjene som eksempler på spørsmål som ofte kan være aktuelle i vurdering av barnets beste, og dermed å høre barnets mening om.

Mulighet til å stille spørsmål er viktig for barns mulighet til å delta i håndhevelsen av sine rettigheter.²⁰⁴ Barnet bør derfor også gis mulighet til å stille spørsmål.

Barn kan ha rettigheter og interesser som taler for forskjellige utfall av avgjørelsen. Dermed kan det oppstå konflikt mellom de ulike elementene i vurderingen og vektingen av barnets beste. For eksempel kan barnets mening tale for at en løsning er til barnets beste, mens en annen rettighet taler for en annen løsning. Er ikke harmonisering mulig, må det foretas en avveining for å finne frem til hvilke løsning som er til barnets beste. Som følge av at retten til å bli hørt er av grunnleggende betydning for en barnerettslig tilnærming, må barnets mening også tillegges vekt ved harmonisering og en eventuell avveining mellom ulike elementer i en barnets beste-vurdering. At barnets mening vektlegges er i seg selv til barnets beste.²⁰⁵

De føringer rett til å bli hørt gir på vektingen av barnets mening, innvirker på hvordan barnets synspunkter innvirker på vurderingen og vektingen av barnets beste. Når barnets mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med dets alder og modenhet, vil det variere i hvor stor grad dets mening innvirker på vurderingen og vektingen av barnets beste. Barnekomiteen har imidlertid presisert at «[t]he fact that the child is very young or in a vulnerable situation (e.g. has a disability, belongs to a minority group, is a migrant, etc.) does not deprive him or her of the right to express his or her views, nor reduces the weight given to the child's views in determining his or her best interests».²⁰⁶ Utgangspunktet er derfor at barnet mening skal vektlegges, og dette innvirker ikke bare på vurderingen av hva som er til dets beste, men kan også ha betydning for hvor tungtveiende interesser barnet har i en bestemt løsning.

6.3.2.2 Retten til ikke-diskriminering

Barn har rett til å ikke bli diskriminert, jf. Grl. § 98, BK art. 2 og EMK art. 14. Hvis barnet risikerer diskriminering hvis det må forlate Norge, har dette betydning for UDIs vurdering og vekting av barnets beste.

²⁰⁴ Se FNs barnekomité, General Comment nr. 7, *Implementing child rights in early childhood* (CRC GC 7) avsnitt 14 som gir uttrykk for at barnet har en aktiv rolle for å fremme og håndheve sine egne rettigheter.

²⁰⁵ FNs barnekomité, General Comment nr. 12, *The right of the child to be heard* (CRC GC 12) avsnitt 74 og FNs barnekomité, General Comment nr. 14, *on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), (CRC GC nr. 14) avsnitt 4 og 43.

²⁰⁶ CRC GC nr. 14 avsnitt 54.

Alvorlig diskriminering kan innebære en risiko for barns liv, overlevelse og utvikling.²⁰⁷ Hvis barnet ved en utsending fra Norge står i en reell fare for å bli utsatt for diskriminering som griper inn i rettigheter som faller inn under utl. § 28 første ledd bokstav b, blir det ikke rom for en avveining mot statens interesser. Det samme gjelder hvis diskrimineringen må regnes som forfølgelse etter § 28 første ledd bokstav a. At diskriminering i noen tilfeller gir rett til opphold, er nødvendig for å ivareta sikringsplikten i BK art. 2, Grl. § 92 og EMK art. 1. Risiko for diskriminering av mindre alvorlig karakter som ikke alene gir rett til opphold, eller risiko som ikke er stor nok til å falle inn under retten til opphold, må inngå som et tungtveiende element i vurderingen og vektingen av barnets beste i saker om opphold på opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn. For eksempel kan det gjelde ved diskriminering knyttet til utdanning eller helsetjenester. At risikoen for diskriminering som hovedregel må veie tungt, skyldes at diskriminering innebærer en negativ påvirkning på barnets rettighetsvern.

I en vurdering og vekting av hva som er i barnets beste må det tas utgangspunktet i risikoen for det individuelle barn, i den konkrete saken, og det er sentralt hvilke rettigheter og interesser som kan bli skadelidt av diskrimineringen. Jo høyere og mer alvorlig risikoen for det berørte barnet er, jo mer tungtveiende må det være i vurderingen og vektingen. Alder og kjønn, og andre risikofaktorer, kan gjøre at barnets beste, blir meget tungtveiende.²⁰⁸

6.3.2.3 Retten til utvikling

Barn har rett til liv, overlevelse og utvikling, jf. BK art. 6. Barnekomiteen har lagt til grunn at barnet må sikres en rett til en «holistic development».²⁰⁹ Utvikling må tolkes vidt og i et helhetlig perspektiv, i sammenheng med de øvrig rettighetene.²¹⁰ I vurderingen og vektingen av hva som er til et barns beste, må staten «ensure full respect for his or her inherent right to life, survival and development».²¹¹ Det innebærer at UDI må ta stilling til hvordan de mulig utfallene av et vedtak innvirker på barnets liv, overlevelse og utvikling.

²⁰⁷ Se BK art. 6 om retten til liv, overlevelse og utvikling.

²⁰⁸ Se f.eks. CRC GC 7 avsnitt 11 (a) og FNs barnekomitè, General Comment nr. 20, *on the implementation of the rights of the child during adolescence* (CRC GC 20) avsnitt 21.

²⁰⁹ CRC GC nr. 14 avsnitt 42 og FNs barnekomitè, General Comment nr. 5, *General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6)* (CRC GC nr. 5) avsnitt 12.

²¹⁰ CRC GC 14 avsnitt 42 og CRC GC 5 avsnitt 12. Se også CRC GC 7 avsnitt 10 hvor det uttales at «the right to survival and development can only be implemented in a holistic manner, through the enforcement of all the other provisions of the Convention».

²¹¹ CRC GC 14 avsnitt 42. Barnekomiteens uttalelse er i overensstemmelse med at staten er forpliktet til å respektere å sikre *alle* menneskerettigheter som Norge er bundet av, jf. Grl. § 92.

Retten til liv og overlevelse har et smalt anvendelsesområde, men gir utslag i enkelte absolutte skranker for når opphold kan avslås, og faller dermed først og fremst inn under retten til opphold etter utl. § 28. Barnets rett til en utvikling er relevant i svært mange saker som berører barn. Rettigheten er overgripende og egnet til å fange opp en rekke av barns særskilte behov. Dette gjør at rettigheten ofte innvirker på vurderingen og vektingen av barnets beste i saker om opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn/særlig tilknytning til riket.

Flere rettigheter i BK støtter opp - og utfyller retten til utvikling. For eksempel er sikring og oppfyllelse av retten til «health, adequate nutrition, social security, an adequate standard of living, a healthy and safe environment, education and play (arts. 24, 27, 28, 29 and 31)» av stor betydning for et barns utvikling.²¹² I tillegg er statens plikt til å beskytte barnet mot vold og utnytting, av betydning.²¹³ Disse rettighetene bidrar til å konkretisere retten til utvikling til håndfaste behov barn har.

Et spørsmål UDI må ta stilling til, er hvordan avgjørelsen vil påvirke barnets utvikling, og hva er i barnets beste interesser i denne sammenheng. For å kunne svare på dette kan det være nødvendig å ta stilling til hvordan ulike forhold, slik som for eksempel levestandard og helse innvirker på barnets utvikling ved et avslag på opphold.

6.3.2.4 Retten til privatliv og å ivareta sin identitet

I en barnets beste-vurdering etter § 38 vil ofte barnets privatliv og identitet innvirke på vurderingen og vektingen. Barn har, i likhet med voksne, rett til privatliv, jf. Grl. § 102, EMK art. 8 og BK art. 16. Privatlivet til både barn og voksne knyttes til - og formes av landet de bor i, personene der og forholdene i lokalsamfunnet. Tilknytningen og påvirkningen gir sterke interesser i å bli i landet. Både personlige, sosiale og økonomiske relasjoner er en del av privatlivet som dannes gjennom opphold i landet.²¹⁴ Dette er særlig sentralt når barnet har oppholdt seg i Norge over en periode.

Etter EMDs praksis skal det i utgangspunktet nokså lang oppholdstid til før tilknytningen gjennom ulovlig opphold nyter vern etter EMK art. 8.²¹⁵ Hvor lang tid det tar før barns

²¹² CRC GC 7 avsnitt 10. At retten til best mulig helse og adekvat levestandard, herunder sosial sikkerhet, har nær sammenheng med barnets utvikling, fremgår også av Grl. § 104 tredje ledd, se Dok. 16 (2011–2012) s. 102 og 104.

²¹³ BK art. 19 og FN's barnekomité, General comment nr. 6 *Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin* (CRC GC 6) avsnitt 23.

²¹⁴ EMDs storkammerdom 9. oktober 2003, *Slivenko mot Latvia* avsnitt 96. Om en rett til å etablere og utvikle relasjoner til andre mennesker, se EMDs storkammerdom 16. desember 1992, *Niemietz mot Tyskland* avsnitt 29 og EMDs dom 28. januar 2003, *Peck mot Storbritannia* avsnitt 57.

²¹⁵ Se for eksempel *Slivenko mot Latvia* og EMDs dom 4. desember 2012, *Butt mot Norge*.

tilknytning og herunder nære relasjoner dannes, trenger imidlertid ikke samsvare med hva som vil gjelde for en voksen. Terskelen for at EMK art. 8 skal komme til anvendelse trenger uansett ikke å være nådd for at barnets privatliv skal innvirke på vurderingen og vektingen av barnets beste.

Barnekomiteen har, sammen med komiteen for beskyttelse av migrasjonsarbeidere og deres familiers rettigheter anbefalt at:

States provide avenues for status regularization for migrants in an irregular situation residing with their children, particularly when a child has been born or has lived in the country of destination for an extended period of time, or when return to the parent's country of origin would be against the child's best interests.²¹⁶

Uttalelsen viser at komiteene er oppmerksom på at lang oppholdstid gir barn sterk tilknytning til landet.

Av utlendingsforskriften § 8-5, følger det at **lengden på barnets opphold** skal være et grunnleggende hensyn. Jo lengre oppholdstid i Norge, jo sterkere blir vanligvis barnets identitet formet av forholdene i landet. Både lovlig og ulovlig opphold kan ha betydning for tilknytningen, og må følgelig telle med når tidsmomentet skal vurderes.²¹⁷

Forhold på skolen og i barnehagen, venner og fritidsaktiviteter kan påvirke tilknytningen til Norge.²¹⁸ Barnekomiteen har presisert at «[a]s they move through their second decade, children begin to explore and forge their own individual and community identities on the basis of a complex interaction with their own family and cultural history, and experience the creation of an emergent sense of self».²¹⁹ I saker etter utl. § 38 skal barnets tilknytning til familie, venner og nærmiljø i Norge og i hjemlandet vektlegges, jf. utf. § 8-5 første ledd bokstav d.

At lang oppholdstid, også når oppholdet er ulovlig, tilser at barna kan ha sterke interesser i å bli i landet, henger sammen med **barnets identitet**. Retten til «identity» og «personal

²¹⁶ Joint general comment No 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No 23 (2017) of the Committee, *on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return*, (CMW/CRC GC 4/23) avsnitt 29.

²¹⁷ Slik det følger av EMDs praksis hvor også ikke «settled migrants» kan ha en så sterk tilknytning til riket at EMK art. 8 krenkes ved en utsendelse, se f.eks. Butt mot Norge. Se også annenvoterendes grundige behandling av temaet i Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 193–195, 199 og 208.

²¹⁸ Se G-2014-6 punkt 1.2 som angir en rekke ulike momenter som kan være av betydning.

²¹⁹ FNs barnekomité, General comment nr. 20 *on the implementation of the rights of the child during adolescence* (CRC GC 20) avsnitt 10.

development» er en del av retten til privatliv etter EMK art. 8.²²⁰ Barn har i tillegg en særskilt rett til å «preserve his or her identity, including nationality, name and family relations», jf. BK art. 8 nr. 1. Bestemmelsen i BK presiserer ulike sider av barnets identitet, hvor særlig nasjonalitet og familierelasjoner er av betydning for saker etter § 38.

Barnekomiteen har uttalt at «[a] determination of what is in the best interests of the child requires a clear and comprehensive assessment of the child's identity, including her or his nationality, upbringing, ethnic, cultural and linguistic background [...]».²²¹ En slik tilknytningsvurdering tar utgangspunktet i individuelle forhold knyttet til barnet, i tråd med det generelle utgangspunktet for vurderingen av hva som er til et barns beste.

Barn med norsk statsborgerskap har i utgangspunktet en sterk tilknytning til Norge, og rett til å utvikle sitt privatliv her.²²² Dette kan måtte tillegges stor vekt i en barns beste-vurdering ved spørsmål om det skal innvilges opphold til barnets foreldre/foreldre.

I saker om opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til Norge, må følgelig UDI vurdere barnets tilknytning til Norge og landet det eventuelt må returnere til ved et avslag. Lang oppholdstid i Norge kan ha formet barnets identitet, og dette vil normalt være av stor betydning i en barns beste-vurdering. Tilknytningsvurderingen må fange opp, ivareta- og suppleres av retten til privatliv, identitet og statsborgerskap og de øvrige interessene barnet har i å bli i Norge, eller eventuelt å returnere til opprinnelseslandet.²²³

6.3.2.5 Retten til familieliv

Barn har rett til familieliv, jf. GrL § 102, EMK art. 8 og BK art. 16. Staten har en plikt til å forebygge at foreldre og barn blir adskilt, jf. BK art. 9 nr. 1.²²⁴ Forholdet mellom et mindreårig barn og dets foreldre hører til kjernen av retten til familieliv. Ofte er det klart at det beste for barnet er å få bli i Norge med sine foreldre.²²⁵ Det som ikke nødvendigvis er like klart, er hvor tungtveiende interesser barnet har i et slikt utfall. Samme momenter som ellers kan innvirke vurderingen av barnets beste, er også relevant i en sak som kan gripe inn i

²²⁰ EMDs storkammerdom 13. februar 2003 *Odievre mot Frankrike* avsnitt 29.

²²¹ CRC GC 6 avsnitt 20.

²²² Sml. Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen*, som gjaldt utvisning, men hvor elementer i barnets beste-vurderingen likevel kan være relevante i en sak om opphold.

²²³ Slik barnekomiteen også fremhever i CRC GC 14 avsnitt 55.

²²⁴ Se også CRC GC 14 avsnitt 60.

²²⁵ Som for eksempel i EMDs storkammerdom 3. oktober 2014, *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 119 hvor EMD uttalte at «it is obvious that their interests are best served by not disrupting their present circumstances by a forced relocation of their mother». I Rt. 2005 s. 229 avsnitt 50 legges det til grunn at utvisningen av en familiefar «åpenbart» ikke vil være til barnas beste.

familielivet. Samtidig kommer et tilleggselement inn, nemlig barnets rett og sterke interesse i å leve med sin forelder/sine foreldre.

Normalt vil en adskillelse mellom barn og foreldre være meget alvorlig for barnet. Av EMD er det uttalt at «the protection of the child's best interests involves [...] keeping the family together, as far as possible».²²⁶ Hvis en avgjørelse kan føre til en splittelse mellom barn og forelder må staten «advert to and assess evidence in respect of the practicality, feasibility and proportionality of any removal of a non-national parent» for å gi effektiv beskyttelse og tilstrekkelig vekt til det berørte barnets «best interests».²²⁷ Staten må altså foreta en grundig undersøkelse av de praktiske konsekvensene, gjennomførbarheten og forholdsmessigheten av en utsending, med det formål å sikre at barnets beste gis en effektiv beskyttelse og tilstrekkelig vekt. Vurderingen er utdypet med at «the Court pays particular attention to the circumstances of the minor children concerned, especially their age, their situation in the country or countries concerned and the extent to which they are dependent on their parents».²²⁸ Hvis en sak kan føre til splittelse av familien, er momentene fra EMD sentrale.

Hvis det er foreldrene som risikerer å måtte forlate Norge, er det av **betydning om barnet kan følge med** dem. I vurderingen og vektingen av barnets beste er hvilke vansker barnet vil oppleve hvis det må forlate Norge relevante, selv om de ikke skulle være så alvorlige at de utelukker at barnet følger med forelderen. Det er nok at det vil innvirke på barnets interesser. Hvis barnets vil oppleve store vansker, eller dets behov i stor grad blir skadelidt dersom det må forlate Norge, tilsier det at barnets beste med tyngde taler for at også foreldrene får bli i Norge. Motsetningsvis vil barnets interesser ofte ikke være særlig tungtveiende hvis det er nokså uproblematisk for barnet å følge med foreldrene ut av landet, selv om familien helst ønsker å bli i Norge sammen.

I vurderingen av om barnet kan følge med foreldrene vil mange av de elementene som ellers er relevante i en barnets beste-vurdering etter § 38, kunne være av betydning. Som i andre saker kan sosiale og humanitære forhold ved en retur, vektlegges, jf. § 38 annet ledd bokstav

²²⁶ Se EMDs dom 19. januar 2012, *Popov mot Frankrike* avsnitt 141. Uttalelsen er fra en sak om frihetsberøvelse. Som barnekomiteen får frem, gjelder imidlertid dette utgangspunktet generelt. Barnekomiteen har uttalt at når «the child's relations with his or her parents are interrupted by migration (of the parents without the child, or of the child without his or her parents), preservation of the family unit should be taken into account when assessing the best interests of the child in decisions on family reunification», CRC GC 14 avsnitt 66. Se også avsnitt 58 og 60.

²²⁷ Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

²²⁸ Jeunesse mot Nederland avsnitt 118. De samme momentene ble trukket frem med en litt annen ordlyd, i *Tuquabo-Tekle* med flere mot Nederland, se EMDs dom 1. desember 2005, *Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland* avsnitt 44. Se også EMDs dom 30. juli 2013, *Berisha mot Sveits* avsnitt 51 og EMDs dom 21. desember 2001, *Şen mot Nederland* avsnitt 40.

c. Det samme gjelder barnet behov for stabilitet og kontinuitet, hvilke språk barnets snakker og tilknytningen til familie, venner og nærmiljø i Norge og i hjemlandet, jf. utf. § 8-5 første ledd bokstav a, b, d. Disse momentene kan ha betydning for hvor sterk interesse barnet har i å bli i Norge og dermed for om det kan følge med foreldrene uten større vansker. Behov for stabilitet og kontinuitet kan sikte både til stabilitet ved å bli boende på samme sted, i kjente omgivelser, og til stabilitet i omsorgssituasjonen. Har barnet norsk statsborgerskap taler det normalt for at barnet har sterke interesser i å ikke følge med forelderen/foreldrene.²²⁹

Hvis en forelder allerede har opphold, vil det påvirke vurderingen og vektingen av barnets beste. Med mindre den andre forelderen kan følge med ut av Norge, vil begge mulige utfall innebærer et inngrep i barnets familieliv. Et eksempel på en slik situasjon, er hvor foreldrene ikke er sammen.²³⁰ I slike saker kan det være at vanskelig eller umulig for barnet å følge med den foreldrene som ikke har opphold. Selv om foreldrene er sammen, kan det være forhold som gjør det vanskelig eller umulig for den som har opphold og følge med ut av Norge. For eksempel kan språkproblemer, særkullsbarn og arbeid gjør det svært vanskelig.²³¹

Barn i alle aldre har behov for omsorg for å oppnå en sunn utvikling. Denne interessen ivaretas ofte best av foreldrene. Barn har følgelig, i de fleste tilfeller, en sterk interesse i å nyte omsorg fra sine foreldre. Hvordan barnets **omsorgssituasjon** påvirkes ved en adskillelse vil derfor være av stor betydning i en barnets beste-vurdering og vekting. Omsorgssituasjon i Norge og ved en retur, er relevant og må vektlegges i saker etter § 38 som berører barn, jf. utf. § 8-5 første ledd bokstav e og f.

Jeunesse mot Nederland gjaldt spørsmålet om staten hadde en positiv forpliktelse til å innvilge opphold til en mor. I saken vektla EMD at moren var den primære og faste omsorgspersonen for barna.²³² Foreldrene bodde sammen, men faren jobbet fulltid og i skift. Han var derfor borte en del, også på kveldstid.²³³ Barna hadde altså en far som kunne tatt seg av dem hvis moren måtte forlate landet. Vurderingen knyttet seg følgelig ikke bare til barnets behov for omsorgen på et fysisk plan. Dette kunne de også fått av den gjenværende forelderen. Vurderingen så ut til å knytte seg vel så mye til de emosjonelle bånd, behovet for nærheten og tilknytningen til forelderen. Det er i tråd med at barnets sterke behov for omsorg ikke bare omfatter fysisk omsorg. Omsorg er viktig for barnets utvikling. Stabil og trygg

²²⁹ Som i Rt. 2015 s 93, *Maria-dommen* og *Jeunesse mot Nederland*.

²³⁰ Se f.eks. EMDs dom 28. juni 2011, *Nunez mot Norge*.

²³¹ Se f.eks. EMDs dom 11. juli 2002, *Amrollahi mot Danmark*.

²³² *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 119.

²³³ *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 119.

tilknytning er i barnets interesser. Hvor tungtveiende barnets interesser i stabil og trygg tilknytning er, kan variere, blant annet ut fra alder og sårbarhet.

Barn har rett til regelmessige, personlige samvær og direkte kontakt med begge sine foreldre, med mindre det er i strid med dets beste, jf. BK art. 9 nr. 3.²³⁴ Regelmessighet er viktig for fordi det skaper forutsigbarhet. At det gjelder et krav «direct contact» innebærer at barnet må kunne møte foreldrene sin. Det utelukker bruk av telefon og internettløsninger som Skype og epost alene, men slike løsninger kan være nyttige som et tillegg til direkte kontakt. Når barn og foreldre bor i forskjellige stater, skal barnet «have the right to maintain on a regular basis, save in exceptional circumstances personal relations and direct contacts with both parents», jf. BK art. 10 nr. 2. Unntak kan altså bare gjøres når det foreligger usedvanlige omstendigheter. Det tilser at terskelen er høy, noe som sammen med art. 9 gjenspeiler barnets sterke interesser i å kunne møte sine foreldre jevnlig.

Barnets sterke interesse gjenspeiles også i noen grad av EMK art. 8. I ordlyden «family life» ligger det at familien har rett til å leve sammen, og EMD har slått fast at «the mutual enjoyment by parent and child of each other's company», er en grunnleggende del av retten.²³⁵ Et inngrep eller en unnlattelse av å sikre retten kan bli mindre inngripende hvis barn og foreldre kan opprettholde personlig kontakt, noe som kan innvirke på vektingen av barnets beste og på avveiningen mot statens interesser.

Hvis det ikke er mulig for barnet å **opprettholde regelmessig og direkte kontakt** med forelderen, taler dette ofte for at barnet har meget sterke interesser i å ikke bli adskilt fra sine foreldre ([link til kap. om utvisning og familie.](#)). Barnets beste vil da måtte veie meget tungt.

I saker hvor vedtaket kan gripe inn i barnets familieliv vil det altså særlig være tre elementer som innvirker på vurderingen og vektingen av barnets beste:

- hvilke vansker vil barnet oppleve hvis det må følge med foreldrene ut av Norge
- hvordan vil barnets omsorgssituasjon påvirkes
- kan barnet opprettholde personlig og regelmessig kontakt med forelderen/foreldrene

²³⁴ Se også BK art. 20 nr. 1 og 22 nr. 2 annen setning om andre forpliktelser staten har når barn og foreldre er adskilt.

²³⁵ Se uttalelsen i EMDs storkammerdom 13. juli 2000, *Elsholz mot Tyskland* avsnitt 43 som riktignok ikke er en utlendingssak. Barn kan selvsagt også ha en svært nær tilknytning til andre enn sine foreldre. Retten til familieliv kan gjelde også her.

6.3.2.6 Retten til en tilfredsstillende levestandard, helse og utdanning

Barn har rett til en levestandard som ivaretar deres øvrige behov, helsehjelp og utdanning.²³⁶ Dette er elementer som kan måtte tillegges stor betydning i UDIs vurdering og vekting av barnets beste i saker om opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn.

Alle barn har rett til «a standard of living adequate for the child's physical, mental, spiritual, moral and social development», jf. BK art. 27 nr. 1. Begrepet «adequate» tyder på at levestandarden må være tilfredsstillende eller fyllestgjørende.²³⁷ Levestandard omfatter blant annet behovet for mat, rent vann, klær, helse og bolig. For at den skal være tilfredsstillende må levestandarden dekke disse behovene.

For å avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn er det relevant om det «foreligger sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen», jf. utl. § 38 annet ledd bokstav c. I forarbeidene er det trukket frem at «økonomisk nød, boligmangel, mangel på infrastruktur mv., kan som klar hovedregel ikke i seg selv danne grunnlag for opphold».²³⁸ Uttalelsen sikter imidlertid til hva som generelt skal til for å innvilge opphold, ikke hva som må tas i betraktning i vurderingen og vektingen av barnets beste. I saker som berører barn er «skal» den sosiale og humanitære situasjonen vektlegges, jf. utf. § 8-5 første ledd bokstav g.

Behov for en tilfredsstillende levestandard er så tungtveiende at store mangler ved levestandarden alene kan bli avgjørende. I Tarakhel mot Sveits kom EMD til at for å kunne returnere en barnefamilie krevdes individuell garanti fra førsteankomst landet Italia om at familien ville møttes med tilfredsstillende mottaksforhold og ikke bli splittet. Uten individuell garanti, ville EMK art. 3 krenkes.²³⁹ Det ble presisert at asylsøkende barn har spesielle behov og er ekstremt sårbarere, også når de er i følge med sin foreldre.²⁴⁰ Deres sårbarhet innebærer at «the reception conditions [...] must be adapted to their age, to ensure that those conditions do not 'create ... for them a situation of stress and anxiety, with particularly traumatic consequences'».²⁴¹ Kommer en utsending i konflikt med EMK art 3, kan ikke barnet sendes

²³⁶ Se BK art. 24, 26, 27, 28 og 29.

²³⁷ Se Mons Oppedal, «Retten til materiell velferd» i Barnekonvensjonen. *Barns rettigheter i Norge*, 4. utgave, Oslo 2016 s. 268–287 (s. 273) om de norske oversettelsene av begrepet «adequate» i BK og ØSK.

²³⁸ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 157.

²³⁹ Se også EMDs dom 12. oktober 2006, *Mubilanzila Mayeka og Kaniki Mitunga mot Belgia* om leveforhold som krenker art. 3.

²⁴⁰ EMDs storkammerdom 4. november 2014, *Tarakhel mot Sveits* avsnitt 119, med videre henvisning til EMDs dom 19. januar 2012, *Popov mot Frankrike* avsnitt 91.

²⁴¹ Tarakhel mot Sveits avsnitt 119.

ut.²⁴² I så alvorlige tilfeller er det dermed andre rettigheter enn barnets beste som blir avgjørende.

Dommen fra EMD gjaldt tilbakesending til førsteankomstlandet, altså ikke til landet familien opprinnelig kom fra. I slike tilfeller kan familien ha større behov for hjelp fra myndighetene enn hvis de returneres til hjemlandet, hvor de kan ha familie, nettverk, snakker språket og/eller har bolig.²⁴³ En situasjon som kan ligne retur til førsteankomstland, er ved henvisning til internflukt, hvor familien kan være avhengig av myndighetens hjelp for en tilfredsstillende levestandard. I en del land klarer ikke myndighetene å ivareta internflyktninger, noe som medfører at barn i slike situasjoner kan ha en levestandard med alvorlige mangler.²⁴⁴ Det er derfor viktig at levestandard vurderes særlig grundig i saker om opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn hvor barn og barnefamilier er henvist til internflukt.

Barn har rett til å nyte «the highest attainable standard of health and to facilities for the treatment of illness and rehabilitation of health», heretter omtalt som **retten til helsen**, jf. BK art. 24 nr. 1. Ordlyden «highest attainable» angir strenge krav. Rettigheten har en nær sammenheng med retten til liv, overlevelse og utvikling i BK art. 6.²⁴⁵ Staten «skal legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige [...] helsemessige trygghet», jf. Grl. § 104 tredje ledd.

Utgangspunktet etter utl. § 38 annet ledd er at det «kan» legges vekt på «tvingende helsemessige forhold som gjør at utlendingen har behov for opphold». Formuleringen «tvingende» og «behov for opphold», viser at terskelen er ment å være høy.²⁴⁶ I forarbeidene understrekes at det er nødvendig å føre en restriktiv praksis, fordi de fleste land asylsøkere kommer fra, har dårligere helsetilbud enn i Norge.²⁴⁷ Terskelen for å innvilge opphold for

²⁴² Utlendingsloven § 73 annet ledd, jf. § 28 første ledd bokstav b. I § 28 står det riktignok at utlendingen ikke kan sendes til «hjemlandet», men utlendingen kan heller ikke sendes til andre land hvis det innebærer en reell fare for «dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff».

²⁴³ Se Tarakhel mot Sveits avsnitt 121 om enkelte sider av levestandarden som er viktig når barnefamilier kommer til en plass hvor de er avhengig av myndighetenes hjelp for en tilfredsstillende levestandard.

²⁴⁴ Se for eksempel FNs barnekomité, *Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention, Concluding observations: Afghanistan*, 8. april. 2011 (CRC/C/AFG/CO/1) avsnitt 62, FNs barnekomité, *Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Iraq*, 3. mars 2015 (CRC/C/IRQ/CO/2-4) avsnitt 74, FNs barnekomité, *Concluding observations on the fifth periodic report of Pakistan*, 11. juli 2016 (CRC/C/PAK/CO/5) avsnitt 67.

²⁴⁵ Dette fremgår først og fremst av rettighetens karakter, men er også presisert i FNs barnekomité i General comment nr. 15, *on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health* (art. 24), (CRC GC 15) avsnitt 2, 13 og 18.

²⁴⁶ Også EMD har stilt opp en nokså høy terskel for at en utlendings helse medfører at utlendingen må få bli i landet, se EMDs storkammerdom 13. desember 2016, *Paposhvili mot Belgia*.

²⁴⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 155.

barn av medisinske årsaker er ment å være lavere.²⁴⁸ Barnets psykiske og fysiske helsesituasjon «skal» vektlegges i spørsmålet om det foreligger sterke menneskelige hensyn, jf. utf. § 8-5 første ledd. Ordlyden gjør det klart at alle sider av barnets helsesituasjon er relevante og skal vektlegges. Jo sterkere en utsending vil påvirke barnets helse, jo mer tungtveiende vil barnets beste være.

Også sykdom hos en forelder kan måtte vurderes og vektlegges i en barnets beste-vurdering, og kan etter omstendighetene påvirke andre interesser og momenter i vurderingen av barnets beste, slik som behovet for en tilfredsstillende levestandard og omsorg fra sine forelder.

Utgangspunktet i Norge er at «[e]nhver har rett til utdanning», og at barn har rett til å motta «grunnleggende opplæring», jf. GrL § 109 første ledd. Det er videre presisert at opplæringen «skal ivareta den enkeltes evner og behov». Dette er i tråd med synet på barn som barnets beste bygger på, nemlig at barn er ulike og har ulike behov.²⁴⁹ Barnekonvensjonen art. 28 og 29 om **utdanning** inneholder flere krav til statene. Barns mulighet til å delta i undervisning er viktig for dets utvikling, herunder for å kunne ta kunnskapsbaserte valg for seg selv. Barn har tungtveiende interesser i å få grunnleggende undervisning, noe som kan innvirke på vurderingen og vektingen av barnets beste. Både tilgjengeligheten og kvaliteten på undervisningen er relevante i denne sammenheng.

Dersom barnet ikke vil motta undervisning hvis det må forlate Norge, eller hvis undervisningen vil være svært mangelfull, vil det veie tungt. I noen saker kan det tenkes at barnet har gått flere år på skole før det kom til Norge. Hvis barnet kan fortsette med påbegynt undervisning på et språk det kan godt i opprinnelseslandet, og undervisning vil være tilgjengelig for barnet, ivaretar barnets behov og er i tråd med de krav som er fremhevet i BK art. 29 nr. 1, kan det være at det er i barnets interesse å fortsatte undervisning der. Særlig hvis barnet har en sterk tilknytning til landet i tillegg.²⁵⁰ Andre momenter kan likevel tale med tyngde for at motsatt løsning er til det beste for barnet totalt sett.

Både levestandard, helse og undervisning kan samlet, eller alene, ha stor innvirkning på UDIs vurdering og vekting av barnets beste. I noen saker kan disse rettighetene peke mot samme løsning som den beste for barnet, mens i andre kan det være at de må harmoniseres.

²⁴⁸ Utlendingsloven § 38 tredje led annet punktum og Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 155 og 421.

²⁴⁹ Se også BK art. 29.

²⁵⁰ Se f.eks. Berisha mot Sveits avsnitt 60.

6.3.2.7 Retten til frihet fra skadelige skikker

Kulturell tilhørighet er en viktig del av barnets identitet. Det finnes imidlertid enkelte typer kulturelle, religiøse og/eller tradisjonelle skikker som aldri er til barnets beste, og som barnet må vernes mot, såkalt «harmful practices».²⁵¹ Slike skikker er blant annet «[f]emale genital mutilation», «[a]mputations, binding, scarring, burning and branding» og «[f]orced marriage and early marriage».²⁵² Endel skadelige skikker er skadelig både for barnets utvikling og for dets liv og overlevelse. Statene er forpliktet til å treffe alle tiltak for å avskaffe skadelige skikker, jf. BK art. 24 nr. 3, men ikke alle land har gjort det.

Barn har rett til vern av sin «personlige integritet», jf. Grl. § 104 tredje ledd. Ordlyden er vid og rommer både psykisk og fysisk integritet. I BK art. 19 er det også slått fast at staten skal «take all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse». Slik handlinger er skadelig for barnets utvikling, og åpenbart ikke til dets beste.²⁵³ Retten til privatliv etter EMK art. 8 omfatter en rett til fysisk og psykologisk integritet. Alvorlige krenkelser eller unnlatelse av å sikre en persons fysisk og psykisk integritet, faller også inn under BK art. 37a, Grl. § 97, EMK art. 3, og SP art. 7.²⁵⁴

Det er to faktorer som er av vesentlig betydning for hvordan en risiko for at barnet ved en utsending vil bli utsatt for skadelige skikker, innvirker på barnets beste. For det første hvilke handlinger, og alvorlighetsgraden av de handlinger det er risiko for at barnet blir utsatt for. For det andre hvor stor risiko det er for at barnet blir utsatt for disse handlingene.

Høy risiko gir **rett til opphold**, uten noen avveining opp mot statens interesser. I saker hvor «det er reell fare for» at barnet bli utsatt for handlinger som omfattes av EMK art. 3, og BK art. 37 a, SP art. 7 og Grl. § 93 annet ledd, har barnet rett til opphold etter § 28. Fordi handlinger som omfatter av skadelige skikker griper inn i rettigheter og kan skade barnets

²⁵¹ CRC GC 14 avsnitt 57. Barnekomiteen har kommet med en ikke-uttømmende liste over skadelig praksis i FNs barnekomité, General Comment nr. 13, *The right of the child to freedom from all forms of violence*, (CRC GC 13) avsnitt 29 og har, sammen med komiteen for å avskaffe diskriminering av Kvinner, kommet med en egen kommentar om skadelig praksis, Felles general recommendation/general comment nr. 31/18, of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/general comment No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on harmful practices (CEDAW/CRC C/GC 31/18). I sist nevnte kommentarens avsnitt 15–16 behandles kriteriene for å avgjøre om en praksis er skadelig.

²⁵² CRC GC 13 avsnitt 29 (b), (c) og (e) og CRC GC 31/18 avsnitt 19.

²⁵³ CRC GC 13 avsnitt 2, 15, 61 og 62.

²⁵⁴ Jon Fridrik Kjølbro, *Den europeiske menneskerettskonvensjon - for praktikere*, 4. utgave, (København 2017) s. 784.

utvikling, og i noen tilfeller liv og overlevelse, må de normalt være tungtveiende i en barnets beste vurdering og vekting også når risikoen eller alvorlighetsgraden ikke gir rett til opphold etter utl. § 28. Hvor tungtveiende må vurderes konkret, og her vil risikoen for det individuelle barnet og de skadelige skikkenes karakter være sentralt.

6.3.3 Alder og modenhet

Ettersom det er forskjell på behovene til barn i ulike aldre, kan alder ha betydning for hva som er til deres beste og hvor tungtveiende deres beste må anses å være.²⁵⁵ Barn utvikler seg ulikt. Arv, miljø og om barnet er sykt eller har nedsatt funksjonsevne, kan innvirke. Alder må derfor suppleres med en konkret vurdering av modenhet.²⁵⁶

Alder og modenhet kan innvirke på et barns sårbarhet. Både lav alder, og ungdomstiden kan bidra til sårbarhet, slik at hvorvidt barnets alder, og eventuelt modenhet medfører at barnet er sårbart, må vurderes konkret.²⁵⁷ Alder og modenhet kan også innvirke på barnets omsorgsbehov og hvordan de takler adskillelse fra sine omsorgspersoner. For eksempel har små barn dårlige forutsetninger for å forstå omstendighetene rundt en adskillelse fra foreldrene/omsorgspersoner, noe som ble vektlagt i *Nunez mot Norge* som gjaldt utvisning.²⁵⁸

Alder og modenhet kan også innvirke på hvordan retten til privatliv og å ivareta sin identitet gjør seg gjeldende. Det innebærer at aldersmomentet har betydning i saker hvor barnet har oppholdt seg lenge i Norge. I *Jeunesse mot Nederland* uttalte EMD at barnas «relatively young age» var med på å gjøre at «there would appear to be no insurmountable obstacles for them to settle in Suriname».²⁵⁹ Yngre barn anses altså å være mer tilpasningsdyktige hvis de må følge med en forelder, enn eldre. Utlendingsforskriften trekker en parallell mellom barnets alder og tilknytning til Norge ved at slås fast at «lengden av barnets opphold, sammenholdt med barnets alder, skal være et grunnleggende hensyn», jf. § 8-5 første ledd, annet punktum.

Alder og modenhet kan videre innvirke på hvilke andre interesser barnet har, og hvor tungtveiende de er. Eksempelvis kan alder og/eller modenhet innvirke på hva som er en

²⁵⁵ CRC GC 14 avsnitt 48 og *Berisha mot Sveits* avsnitt 51, EMDs dom 28. juni 2011, *Nunez mot Norge* avsnitt 19 og *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 118.

²⁵⁶ Barnekomiteen har fremhevet at det at «the implementation of rights should take account of children's development and their evolving capacities», CRC GC 20 avsnitt 1.

²⁵⁷ CRC GC 7 blant annet i avsnitt 2 bokstav (c) og (f) og avsnitt 36 og CRC GC 20 avsnitt 2.

²⁵⁸ CRC GC 7 avsnitt 18 og *Nunez mot Norge*.

²⁵⁹ *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 117.

tilfredsstillende levestandard for barnet, behovet for vern mot skadelige skikker og hvordan behovet for ulike typer helsehjelp gjør seg gjeldende.

6.3.4 Sårbarhetsfaktorer

Barn er normalt mer sårbare enn voksne, noe som er en sentral del av begrunnelsen for at de har egne rettigheter.²⁶⁰ Noen barn er mer sårbare, eller i en mer sårbar situasjon, enn andre. Manglende psykisk og fysisk modenhet og avhengighet av omsorg og beskyttelse, er faktorer som kan gjøre barn sårbart eller særlig sårbart.²⁶¹ Hvis barnet er særlig sårbart eller i en sårbar situasjon kan det påvirke dets behov og hvilke rettigheter som gjør seg gjeldende. I en barnets beste-vurdering og vekting er det derfor nødvendig å ta stilling til barnets sårbarhet. Å vurdere barnets sårbarhet i sammenheng med barnets beste skal bidra til å sikre «full enjoyment of all the rights provided for in the Convention».²⁶² Og videre å sikre «other human rights norms related to these specific situations, such as those covered in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the Convention relating to the Status of Refugees, among others».²⁶³

Asylsøkende barn er i en sårbarsituasjon.²⁶⁴ Andre forhold, slik som at barnet er «undocumented, stateless, unaccompanied or separated from their families» kan øke sårbarheten.²⁶⁵ Dette kan gi økt risiko for blant annet ulike former for vold.²⁶⁶ Videre kan det at barnet tilhører en minoritet eller har vært offer for overgrep påvirke dets sårbarhet.²⁶⁷ Andre forhold som er antatt at kan innvirke på sårbarheten til barn spesifikk i migrasjonssituasjoner er kjønn, seksuell orientering, kjønnsidentitet, religion, nedsatt funksjonsevne, migrasjon eller oppholdsstatus, statsborgerskap, alder, økonomisk eller politisk status.²⁶⁸ Mange av disse faktorene henger sammen med risikoen for diskriminering. Diskriminering setter barn i en sårbarsituasjon, ettersom det innebærer at barn ikke får ivaretatt sine rettighetsbeskyttede interessere. Slike faktorer – og andre faktorer som øker sårbarheten til barnet – kan innvirke på hva som er til dets beste og på vekten av barnets beste.

²⁶⁰ Se for eksempel Dok.16 (2011–2012) s. 186.

²⁶¹ Dok.16 (2011–2012) s. 186 og Rand Sigurdson, «Barns krav på respekt for sitt menneskeverd», i *Rettsvitenskap under nordlys og midnattssol. Festskrift ved det Juridiske fakultets 30-års jubileum. UIT Norges arktiske universitet*, Trude Haugli, Gunnar Eriksen og Ingvild Ulrikke Jakobsen (red.) (Bergen 2018) s. 289–306 (s. 297).

²⁶² CRC GC 14 avsnitt 75.

²⁶³ CRC GC 14 avsnitt 75.

²⁶⁴ Se EMDs dom 12. oktober 2006, *Mubilanzila Mayeka og Kathinka Mitunga mot Belgia*.

²⁶⁵ CRC GC 4/23 avsnitt 39.

²⁶⁶ CRC GC 4/23 avsnitt 39.

²⁶⁷ CRC GC 14 avsnitt 75.

²⁶⁸ CRC GC 3/22 avsnitt 3.

6.3.5 Vurderingen i saker som gjelder enslige mindreårige

Hvis barnet er enslig, er det et forhold som gjøre det ytterligere sårbart. Etter utl. § 38 annet ledd bokstav a «kan det blant annet legges vekt på at utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur». Ordlyden «kan» tyder på at UDI kan velge å vektlegge omsorgssituasjonen ved retur. I vurderingen av hva som er i barnets beste interesser må imidlertid alle relevante elementer tas i betraktning. Og hvis barnet er enslig, så er omsorgssituasjonen i Norge og ved en retur helt sentral, og må følgelig vurderes og vektlegges, jf. utf. § 8-5 første ledd bokstav e og f.

I tråd med at barnet har en tungtveiende interesse i å få ivaretatt sitt behov for omsorg, har barnekomiteen lagt til grunn at retur til opprinnelseslandet, hvis omsorg fra foreldre eller medlemmer av storfamilien ikke er mulig, bare kan skje når det på forhånd er sikret en konkret ordning for omsorgen og ansvaret for barnet i opprinnelseslandet.²⁶⁹ Praksis etter utlendingsloven fra 1988, var å innvilge opphold når det ikke kunne legges til grunn at en «enslig mindreårig vil bli tatt hånd om av foreldre eller andre med omsorgsansvar ved retur».²⁷⁰ Etter forarbeidene til någjeldende lov var denne praksisen ment å videreføres.²⁷¹ Uten at det er sikret forsvarlig omsorg kan det ikke være til barnets beste å returneres. Det vil kunne krenke en rekke andre rettigheter, herunder EMK art. 3 og 8.²⁷² At det kan sikres en forsvarlig omsorg ved retur er heller ikke det samme som at det er til barnets beste med retur. Vurderingen av hva som er i barnets beste interesser er ikke en forsvarlighetsvurdering.

Hvis barnet kan gjenforenes med sine foreldre ved en retur, har dette betydning for vurderingen av barnets beste. Det vil ofte være til barns beste å vokse opp sammen med sine foreldre.²⁷³ Barnekomiteen har understreket at staten har en positiv forpliktelse, «where possible and if in the child's best interest, to reunify separated and unaccompanied children with their families as soon as possible».²⁷⁴

Av BK art. 9 nr. 1 andre setning følger forhold som gjøre at det ikke er til barnets beste å bo med sine foreldre. Oppramsingen er ment å gi veiledning også for vurderingen av spørsmålet om familiegjenforening.²⁷⁵ Vurderingen av om det er til barnets beste å gjenforenes med sine

²⁶⁹ CRC GC 6 avsnitt 85.

²⁷⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 420–421.

²⁷¹ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 420–421.

²⁷² Se Mubilanzila Mayeka og Kaniki Mitunga mot Belgia.

²⁷³ Slik BK art. 9 bygger på.

²⁷⁴ CRC GC 6 avsnitt 13.

²⁷⁵ CRC GC 6 avsnitt 81.

foreldre må, som i andre saker, gjøres konkret og barnets rett til å bli hørt må respekteres og sikres, jf. BK art. 12 og GrL. § 104 første ledd.²⁷⁶ Selv om det ikke skulle være til barnets beste å bo sammen med sine foreldre, kan det likevel være til dets beste å bo i nærheten av dem, ha kontakt med dem, oppholde seg der det har sine røtter og ofte har utviklet sitt privatliv, herunder sin identitet. En absolutt forutsetning må i så fall være at barnet sikres forsvarlig omsorg fra andre.

Som for andre barn, kan barnets identitet og herunder nasjonalitet «upbringing, ethnic, cultural and linguistic background, particular vulnerabilities and protection needs» være sentral i vurderingen og vektingen.²⁷⁷ At et barn er enslig, kan føre til at det knytter sterke bånd til sine omsorgspersoner i Norge. Det kan etter omstendighetene gi en tilknytning til omsorgspersoner i Norge som er så sterk at den omfattes av barnets rett til familie- eller privatliv.

Som ellers kan en rekke momenter være relevante i vurderingen og vektingen av barnets beste.²⁷⁸ På grunn av at barnet er enslig, og som andre barn har sterkt behov for omsorg, vil likevel muligheten til å kunne gjenforenes med foreldre eller andre hovedomsorgspersoner, sammenholdt med hvordan barnets omsorgssituasjon vil være ved retur, normalt danne utgangspunktet for UDIs vurdering og vekting av barnets beste.²⁷⁹

6.3.6 Oppsummering over rettigheter og ulike momenter som ofte er relevante

En rekke ulike rettigheter og momenter kan være relevante i en barnets beste-vurdering og vekting i saker etter utl. § 38. Utgangspunktet må alltid tas i det individuelle barnets behov. Det kan derfor vanskelig utformes en uttømmende liste. Følgende punktliste inneholder mange av de sentrale rettighetene, interessene og momentene:

- barnets mening
- alder og utvikling
- risiko for diskriminering
- barnets utvikling
- privatliv, herunder identitet og tilknytning Norge
- språk

²⁷⁶ CRC GC 6 avsnitt 81.

²⁷⁷ CRC GC 6 avsnitt 20.

²⁷⁸ Se også CRC GC 6 avsnitt 84 hvor komiteen trekker frem hvordan «safety, security and other conditions, including socio-economic conditions» vil være ved en retur.

²⁷⁹ Saker hvor spørsmålet om beskyttelse er det sentrale vil nødvendigvis ha en noe annen karakter.

- statsborgerskap
- barnets behov for stabilitet og kontinuitet,
- barnets tilknytning til familie, venner og nærmiljø i Norge og i hjemlandet
- opprettholdelse av familien som enhet
- særlige omsorgsbehov
- omsorgssituasjonen i Norge
- omsorgssituasjonen ved retur
- mulighet til regelmessig og personlig kontakt mellom barn og foreldre ved adskillelse
- levestandard, herunder den sosiale og humanitære situasjon ved retur
- psykisk og fysisk helse
- utdanning
- risiko for skadelige skikker, vold og overgrep

I tillegg er det nødvendig å vurdere hvorvidt det foreligger faktorer som påvirker barnets sårbarhet.

6.4 Avveiningen mellom barnets interesser og de innvandringsregulerende hensynene

6.4.1 Innvandringsregulerende hensyn

I vurderingen av om oppholdstillatelse skal innvilges etter § 38, kan innvandringsregulerende hensyn vektlegges, jf. utl. § 38 fjerde ledd. I forarbeidene er det lagt til grunn at utgangspunktet er at de skal vektlegges, så fremt de gjør seg gjeldende i den konkrete saken.²⁸⁰ Formuleringen «kan» ble valgt fordi hensynene i en del saker i liten grad gjør seg gjeldende.²⁸¹ Når det står «kan», synliggjøres det at UDI ikke er forpliktet til å vektlegge hensynene i slike tilfeller.

Innvandringsregulerende hensyn som er nevnt i § 38 er:

- mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag
- de samfunnsmessige konsekvensene
- hensynet til kontroll
- hensynet til respekt for lovens øvrige regler

²⁸⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 422. Se også Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 116.

²⁸¹ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 155.

Som eksemplene viser skal innvandringsregulerende hensyn ivareta statens interesser i å regulere innvandringen. I tillegg skal de ivareta effektivitetshensyn og statens interesse i å kontrollere innvandringen. Hensynene skal altså bidra til å regulere hvor mange og hvem som får oppholdstillatelser, styre atferd, beskytte mot kriminalitet og sikre effektivitet.²⁸² Det er et mål at vektleggingen av hensynene skal ha en preventiv- eller signaleffekt, og med dette hindre overtredelser av utlendingsloven.²⁸³

Hvis de innvandringsregulerende hensynene skal vektlegges, må de være relevante i den konkrete saken. At hva som best tjener barnets interesser skal være «a primary consideration»/«et grunnleggende hensyn», innebærer at hvis andre interesser skal kunne gå foran, må også de være av grunnleggende karakter, og dermed viktige i den konkrete saken. Å behandle barnets beste som grunnleggende, forutsetter derfor at barnets interesser kun avveies mot interesser som er relevante og viktige i den aktuelle saken. En avveining hvor barns behov befinner seg på den ene siden, mens det på den andre siden er helt generelle interesser som ikke kan ivaretas gjennom avgjørelsen, selv om de er aldri så viktige, vil være vilkårlig. En del av de innvandringsregulerende hensynene, slik som effektivitets- og likhetshensyn er imidlertid nokså generelle i sin karakter, vil derfor ofte være relevante. På grunn av at det finnes flere generelt utformede og nokså vidtrekkende innvandringsregulerende hensyn, vil ofte et eller flere hensyn være relevant i konkrete saker.

Det ligger i hensynenes karakter, at så fremt de gjør seg gjeldende i den konkrete saken, taler de mot å innvilge opphold. I de tilfellene hvor det er til barnets beste å bli i Norge, vil det dermed foreligge motstrid. I slike tilfeller må det foretas en avveining. For å kunne foreta en avveining er det nødvendig å ta stilling til vekten av de innvandringsregulerende hensynene.

6.4.2 Vektingen av statens interesser

Hvorvidt innvandringsregulerende hensyn gjør seg gjeldende, og hvor tungtveiende de i så fall er, må vurderes fra sak til sak.²⁸⁴ Noen generelle føringer gjelder likevel, og disse gjennomgås her.

²⁸² Se også Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154–155 om de innvandringsregulerende hensynenes formål. Se videre UDI 2017-004 Sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket punkt 3.3.

²⁸³ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154.

²⁸⁴ Se Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 117 og Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154–155 og 421. Se også Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 131–132 om regjeringens sonndring mellom aktiv og passiv motstand mot utlendingsmyndighetens arbeid med retur.

De innvandringsregulerende hensyn i § 38 har noe ulike karakter. To av hensynene; hensynet til kontroll og hensynet til respekten for lovens øvrige regler er først og fremst relevante ved brudd på utlendingslovens bestemmelser. Hensynene har likhetstrekk med utvisningsgrunnlagene som kan benyttes ved utvisning av en utlending uten oppholdstillatelse.²⁸⁵ I likhet med ved utvisning henger vekten sammen med **alvorlighetsgraden av lovbrudd** som er begått. Utgangspunktet er at jo grovere lovbrudd, desto tyngre vekt har hensynene.

Hensynet til mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag og de samfunnsmessige konsekvensene, har en litt annen karakter. De to hensynene er i forarbeidene betraktet som konsekvenser «av prinsippet om likebehandling», altså at like tilfeller skal behandles likt.²⁸⁶ Her er det ikke nødvendigvis utlendingens handling som har aktualisert hensynene. Det kan være sakens karakter. Det som er særlig relevant er hvorvidt det å innvilge opphold på et bestemt grunnlag, kan føre til en økning av søknader på samme grunnlag eller at det må innvilges opphold i lignende tilfeller.²⁸⁷

Barn kan ha ulike behov, som har ulik tyngde. At det i mange saker vil være til det beste for barna å få bli i Norge, sammen med sin familie, innebærer ikke at sakene er like, eller at hva som er i barnets beste interesser er like tungtveiende. At barn har ulike interesser, med ulik tyngde, er saklige grunner for å behandle de ulikt. Likhetsprinsippet stenger ikke for saklig forskjellsbehandling. Skiller saken seg ut fra andre saker, vil innvandringsregulerende hensyn basert på likhetsprinsippet kunne være lite tungtveiende. Motsetningsvis vil det at saken er av en slik karakter at i «omfanget av søknader på liknende grunnlag» øker, tale for at de innvandringsregulerende hensynene har en viss tyngde, jf. utl. § 38 fjerde ledd. Opplistingen i utf. § 8-5 tredje og fjerde ledd illustrerer imidlertid at de innvandringsregulerende i utgangspunktet ikke skal anses spesielt tungtveiende når utlendingen ikke aktualisert hensynene ved egne handlinger.

Utlendingsforskriften § 8-5 tredje og fjerde ledd inneholder en ikke-uttømmende liste over hensyn som kan vektlegges i saker som gjelder barns oppholdstillatelse.²⁸⁸

²⁸⁵ Se utl. § 66 føret ledd bokstav a.

²⁸⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 421.

²⁸⁷ Forarbeidene trekker frem to måter likebehandlingsprinsippet kan gjøre seg gjeldende på; «enten fordi vedkommende sak kun er en av mange likeartede som skal behandles, eller fordi et positivt vedtak kan ventes å øke antall nye asylsøkere», Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 421.

²⁸⁸ Se også opplistingen i UDI 2017-004 Sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket punkt 3.3.

Forskriftsbestemmelse sier også noe om hvor tungt disse hensynene er ment å veie. Hensyn som anses som **tungtveiende** er:

- om barnets foreldre aktivt har motarbeidet avklaring av egen identitet etter ankomst til landet
- om foreldrene har begått alvorlige straffbare handlinger

Som **mindre tungtveiende** innvandringsregulerende hensyn regnes:

- ulovlig opphold
- oversittet utreisefrist
- at barnets foreldre ikke har klart å sannsynliggjøre egen identitet

Opplistingen viser at aktive overtredelser av utlendingsregelverket er ment å veie nokså tungt, mens passivitet og unnlaterse anses som mindre tungtveiende. Dette har betydning for vektingen av de fire typene innvandringsregulerende hensyn som er ramset opp i utl. § 38 fjerde ledd.

I saker som berører barn er det i tillegg av betydning for vektingen av de innvandringsregulerende hensynene at det i de fleste tilfellene er foreldrenes handlinger eller unnlaterse som aktualiserer hensynene.

6.4.3 Identifisering mellom barnet og foreldrenes handlinger og valg

De innvandringsregulerende hensynene er ofte relevante som følge av foreldrene til barnets valg, handlinger eller unnlaterse. Gjennom vektleggingen av de innvandringsregulerende hensynene innvirker dermed foreldrenes handlinger og unnlaterse på barnets sak. En slik identifisering mellom barnet og foreldrene er det i utgangspunktet åpnet for både i forarbeidene til utlendingsloven, og etter praksis fra norsk Høyesterett og EMD.²⁸⁹ Ettersom barnet har egne rettigheter som UDI må respektere og sikre, går det imidlertid en grense for hvor langt en slik identifisering kan strekkes.

I saker om opphold på opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til Norge, hvor vedtaket retter seg direkte mot barnet, hender det at forelderens handlinger benyttes for å rettferdiggjøre at innvandringsregulerende hensyn gjør seg

²⁸⁹ Utformingen av § 38 åpner for en slik innvirkning ved at innvandringsregulerende hensyn kan vektlegges etter fjerde ledd, Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 160, Rt. 2012 s. 1985, *pleumsdom I* avsnitt 133 og EMDs dom 4. desember 2012, *Butt mot Norge* avsnitt 79.

gjeldende i barnets sak, så vel som i foreldrenes.²⁹⁰ Foreldrenes handlinger kan da innvirke på barnets mulighet til å få et vedtak i samsvar med dets beste. Også i saker hvor vedtaket direkte retter seg mot barnets foreldre eller andre hovedomsorgspersoner, skal barnets beste legges til grunn som et grunnleggende hensyn. Identifikasjonen mellom barnet og forelderen er likevel mer indirekte, i slike saker. Foreldrenes handlinger eller unnlatelser har gjort at staten har legitime interesser som vektlegges i saken mot dem.

I Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* var et spørsmål om tiknytningen barna hadde fått til Norge i perioden med ulovlig opphold, måtte ses bort fra.²⁹¹ Det ville innebære at foreldrenes unnlatelse av å forlate landet, kunne innvirket på barnets rett til å få sitt beste vurdert og vektlagt og få ivarettatt sitt privatliv og sin identitet. Slik identifisering ville ikke vært i tråd med barns rettigheter eller et rettighetsperspektiv. Både flertallet og mindretallet kom også til at barnets tilknytning skal vektlegges, selv om den er opparbeidet mens barnet var ulovlig i Norge.²⁹² Barn er selvstendige rettighetshavere, og foreldrene handlinger endrer ikke dette.²⁹³ Uavhengig av hva foreldrene har gjort eller ikke har gjort, har barn rett til å få sitt beste vurdert og lagt til grunn som et grunnleggende hensyn i alle avgjørelser det blir berørt av. Noen direkte identifisering mellom foreldrene og barnet, på en måte som gjør at barnets rettigheter ikke respekteres eller sikres, er det ikke adgang til.

Fordi barnets beste ikke er en absolutt rettighet, er det imidlertid ikke utelukket at foreldrenes handlinger kan innvirke på avveiningen som må gjøres i saker etter § 38. I Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* ble det lagt til grunn at det var behov for en restriktiv praksis med å innvilge opphold av hensyn til andre barn enn de som blir berørt av vedtaket. Flertallet uttalte at «[v]ed vurderingen av om det skal gis oppholdstillatelse etter § 38, kan det altså legges vekt på hvilken konsekvens vedtaket vil kunne få for andre barn».²⁹⁴ Flertallet uttalte også at «[n]år barna ikke kan bedømmes isolert fra foreldrenes ulovlige opphold, har det sammenheng med at barn i så fall lett vil kunne bli brukt som «middel» fra foreldrenes side for å oppnå oppholdstillatelse ved å la være å følge opp plikten til å forlate landet, med de uheldige følger det kan få for andre barn».²⁹⁵ Hva som menes med «bedømmes», er noe uklart. Det ser ut til at konsekvensene vedtaket kan ha for andre barn ikke er et selvstendig hensyn, men benyttes for

²⁹⁰ Som i Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* som gjaldt både forelderens og barnets oppholdstillatelse.

²⁹¹ Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 123–125, 134 og 185–199

²⁹² Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 134 og 199.

²⁹³ Som annenvoterende i Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* er noe inne på i avsnitt 193.

²⁹⁴ Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 115.

²⁹⁵ Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 133.

å legitimere en identifikasjon mellom barnet og foreldrene, og med det rettferdiggjøre en vektlegging av innvandringsregulerende hensyn i barnets sak.

I Butt mot Norge behandles argumentet om hensynet til andre barn. I den forbindelse uttalte EMD følgende:

[T]he Court has noted the general approach of the Borgarting High Court that strong immigration policy considerations would in principle militate in favour of identifying children with the conduct of their parents, failing which there would be a great risk that parents exploited the situation of their children in order to secure a residence permit for themselves and for the children (see paragraph 34 above). The Court, seeing no reason for disagreeing with this general approach [...].²⁹⁶

Domstolen godtar altså i utgangspunktet argumentasjonen. Den legger imidlertid til at «the need to identify children with the conduct of their parents could not always be a decisive factor; in the concrete case there had been no such risk of exploitation as mentioned above since the applicants had reached the age of majority and their mother had died».²⁹⁷ Det nevnes også at det uvanlige lange oppholdet, sammen med andre forhold i saken «militate strongly against identifying the applicants' conduct with that of their mother and bringing them to bear adverse consequences from this state of affairs».²⁹⁸ Argumentasjonen til domstolen tyder på at **nødvendigheten av en slik identifisering må vurderes nøye**. Det er sentralt om det er forhold i saken som taler for at foreldrene har skjøvet barnet fremfor seg.

I Butt mot Norge var moren død, og dermed var en identifisering mellom barna og moren unødvendig. Et annet tilfelle hvor slik identifikasjon er unødvendig, er hvis moren eller faren til barnet allerede er sendt ut av landet som en reaksjon på lovbrudd, mens barnet er under andres omsorg. I spørsmålet om barnet må innvilges oppholdstillatelse, kan det ikke da være nødvendig å identifisere barnet med foreldrenes handlinger eller unnlatelser. Disse har allerede fått konsekvenser for foreldrene. Noe annet er at det kan være til det beste for barnet å gjenforenes med foreldrene, og at dette kan påvirke avgjørelsen.

At barnet ikke kan klandres for foreldrenes handlinger, er videre et moment som kan innvirke på vekten av statens interesser, der disse er knyttet opp mot foreldrenes handlinger eller unnlatelser.

²⁹⁶ Butt mot Norge avsnitt 79.

²⁹⁷ Butt mot Norge avsnitt 79.

²⁹⁸ Butt mot Norge avsnitt 86. Se også annenvoterendes behandling av dommen i Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 194.

6.4.4 Avveiningen

Avveiningen må gjøres konkret i hver sak.²⁹⁹ Avveiningen henger sammen med vurderingen og vektingen av barnets beste, og vektingen av de innvandringsregulerende hensynene, som er avhengige av individuelle forhold knyttet til barnet og den enkelte saken.

Etter vurderingen og vektingen av barnets beste, og at det er klarlagt hvilke - om noen - innvandringsregulerende hensyn som gjør seg gjeldende, og hvor tungtveiende de anses å være, må det foretas en avveiningen mot barnets interesser. I forarbeidene er det uttalt at «[j]o mer tungtveiende de menneskelige hensyn eller tilknytningen til Norge er, jo sterkere må også de innvandringsregulerende hensyn være for å avslå en søknad».³⁰⁰ Berører saken barn, må de innvandringsregulerende hensynene i utgangspunktet være mer tungtveiende for at de skal kunne tillegges avgjørende vekt, enn ellers.³⁰¹ Som uttalt av Høyesterett, så skal barnets beste veie tungt.³⁰² Innvandringsregulerende hensyn kan være så tungtveiende at de må gå foran hensynet til barnets beste, men «jo tyngre hensynet til barnet er, jo mindre rom vil det bli for andre hensyn, og hensynet til barnet kan etter omstendighetene være så tungtveiende at det må slå igjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende».³⁰³

Ettersom barnets beste må vurderes og avveies konkret i hver sak, er det vanskelig å utforme en opplisting over forhold som kan innvirke på avveiningen. Alt som kan innvirke på vurderingen og vektingen av barnets beste, og de momentene som innvirker på vektingen av de innvandringsregulerende hensynene, vil kunne innvirke på avveiningen. På **barnets side** av interesseavveiningen vil særlig hvilke rettigheter og interesser som er relevante i vurderingen av barnets beste, og **hvor sterke disse interessene** er, ha stor betydning for avveiningen. Noen rettigheter og interesser som kan gjøre seg gjeldende er så tungtveiende at det er vanskelig å se hvordan de innvandringsregulerende hensynene kan gå foran barnets interesser, slik som for eksempel barns rett- og sterke interesser i liv, overlevelse og utvikling, og i omsorg fra sine foreldre. I tillegg har **individuelle forhold** knyttet til barnet, for eksempel dets alder og identitet betydning for vektingen av barnets beste, og innvirker dermed også på avveiningen. Videre har det stor betydning om barnet må anses som **sårbar** eller i en sårbar situasjon, for eksempel hvi det er enslig, sykt eller risikerer diskriminering.

²⁹⁹ Ot.prp. nr.75 (2006–2007) side 160.

³⁰⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 422.

³⁰¹ Se Høyesteretts uttalelser om avveiningen i Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 134, 139 og 190 flg.

³⁰² Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 134.

³⁰³ Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 134.

Barns **tilknytning til riket**³⁰⁴ skal tillegges særlig vekt, jf. utf. § 8-5 første ledd.³⁰⁵ Det skal legges vekt på tilknytning som er opparbeidet også mens barnet har hatt ulovlig opphold i landet.³⁰⁶ At tilknytningen til riket skal tillegges særlig vekt, kan bidra til å ivareta barns rett til privatliv og til å bevare sin identitet. Som ved andre barnets beste-vurderinger, må barnets tilknytning vurderes konkret. Lengden på oppholdet, alder, omsorgssituasjon og relasjoner til andre enn nærmeste familie kan innvirke på tilknytningen.³⁰⁷ Jo sterkere til Norge er, desto mer tungtveiende må de innvandringsregulerende hensynene veie for at de skal kunne tillegges avgjørende vekt, jf. utf. § 8-5. Andre elementer i barnets beste-vurderingen, slik som barnets helse og den humanitære situasjonen ved en retur, kan sammen med tilknytningen til Norge innvirke på avveiningen, og medføre at UDI er forpliktet til å innvilge opphold, også når det foreligger meget tungtveiende innvandringsregulerende hensyn.³⁰⁸

Forhold på statens side, som innvirker på de innvandringsregulerende hensynenes vekt, og følgelig på avveiningen er særlig de **innvandringsregulerende hensynenes karakter**, herunder hvordan de gjør seg gjeldende i den konkrete saken. **Lang tidsbruk** som ikke utlendingsmyndigheten kan klandres for forsterker barnets interesser, og vil i tillegg tale for at vedtaket i mindre grad vil ivareta statens interesser effektivt. Hvis saken **skiller seg fra andre saker**, for eksempel fordi den gjelder et sykt eller på annen måte sårbart barn, er også i mindre grad egnet til å sende et signal/ha en preventive effektiv. Høyesterett har slått fast at:

[j]o mindre konsekvenser en innvilgelse av en oppholdstillatelse får for andre saker, jo større rom vil det være for å legge vekt på individuelle hensyn. Hensynet til barnets beste vil derfor lettere kunne bli avgjørende i avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn der det er spesielle forhold knyttet til barnet, enn der barnet er i en normalsituasjon som ikke atskiller seg fra det som gjelder for barn flest som søker om opphold.³⁰⁹

³⁰⁴ Se punkt 7.3.2.4 om retten til privatliv og til å bevare sin identitet og barns tilknytning til landet de oppholder seg i ([link til punkt](#)).

³⁰⁵ Endringene som ble gjort i utf. § 8-5 i 2014, innebærer at barnets beste skal veie tyngre i avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn, enn hva som var tilfellet i eldre praksis, se G-06/2014 Ikrafttredelse av endringer i utlendingsforskriften – varig ordning for lengeværende barn og begrunnelse i vedtak som berører barn.

³⁰⁶ Rt. 2012 s. 1985, *plenumdom I* avsnitt 134.

³⁰⁷ Se G-06/2014 Ikrafttredelse av endringer i utlendingsforskriften – varig ordning for lengeværende barn og begrunnelse i vedtak som berører barn punkt 1.2.

³⁰⁸ Se G-06/2014 Ikrafttredelse av endringer i utlendingsforskriften – varig ordning for lengeværende barn og begrunnelse i vedtak som berører barn punkt 1.2 og 1.4.

³⁰⁹ Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 119.

Spesielle forhold vil derfor ikke bare påvirke vekten barnets interesser, men også statens interesser, og følgelig i stor grad avveiningen.

Avveiningen må altså gjøres konkret. En helt overordnet føring er imidlertid at barnets beste må vektlegges som et grunnleggende hensyn.

6.4.5 Innvandringsregulerende hensyn i saker som gjelder enslige mindreårige

Noen barn er mer sårbare, eller i en mer sårbar situasjon, enn andre. Dette påvirker avveiningen som må gjøres etter utl. § 38.

Barnekomiteen har i kommentaren om enslige barn utenfor sitt opprinnelsesland, uttalt at «[n]on-rights-based arguments such as those relating to general migration control, cannot override best interests considerations».³¹⁰ I uttalelsen gir altså komiteen uttrykk for at argumenter som ikke er rettighetsbaserte, herunder argumenter knyttet til innvandringskontroll, ikke kan gå foran hva som er i enslige mindreåriges beste.

Barnekomiteen anser følgelig kun andres rettigheter som relevante i en avveining mot disse barnas beste.

I Rt. 2009 s. 1261, *Ashok-saken* forsto et flertall barnekomiteens uttalelse om enslige barn slik at «innvandringspolitiske hensyn ikke skal kunne gå foran barnets beste i situasjoner der barnet i utgangspunktet er i en situasjon som ikke tilsier retur».³¹¹ Det ble tilføyd at det «er derimot ikke grunnlag for å forstå anbefalingen slik at innvandringspolitiske hensyn aldri kan tas i betraktning ved vurdering av søknad om oppholdstillatelse fra enslige mindreårige asylsøkere».³¹² I den sammenheng trekkes det frem at det spesielt må gjelde hensyn som ikke er helt generelle.³¹³ Helt generelle hensyn, som ikke gjør seg gjeldende i den konkrete saken, er imidlertid sjelden særlig tungtveiende. For flere av de innvandringsregulerende hensynene i § 38 må utlendingen ha handlet på en måte som gjør at de er relevante i den konkrete saken.³¹⁴

³¹⁰ FNs barnekomité, General comment nr. 6, *Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin* (CRC GC 6) avsnitt 86. I en nyere kommentar om barns rettigheter ved internasjonal migrasjon, blir det på lignende vis uttalt at «[c]onsiderations such as those relating to general migration control cannot override best-interests considerations», se Felles general comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child, *on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration*, (CMW/CRC GC 3/22) avsnitt 33.

³¹¹ Rt. 2009 s. 1261, *Ashok-saken* avsnitt 62.

³¹² Rt. 2009 s. 1261, *Ashok-saken* avsnitt 62.

³¹³ Rt. 2009 s. 1261, *Ashok-saken* avsnitt 62.

³¹⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 421.

Annenvoterende i 2009-dommen kom til at invandringsregulerende hensyn ikke kan begrunne en retur av et enslig barn, med mindre retur er til barnets beste.³¹⁵

I Rt. 2012 s. 1985 var et spørsmål om barnekomiteens uttalelse også er relevant for barn som er i følge med sine foreldre.³¹⁶ Det ble ikke tatt direkte stilling til innholdet i uttalelsen, men førstvoterende som tilhørte flertallet la til grunn at enslige barn er «i en særlig sårbar situasjon som er vesensforskjellig fra tilfeller hvor barnet er sammen med sine foreldre».³¹⁷ At uttalelsen må legges til grunn i saker med enslige barn ser ut til å aksepteres.³¹⁸

Som annenvoterende i 2009-dommen viste til, har det liten praktisk betydning at innvandringsregulerende hensyn ikke kan gå foran barnets beste. Retur til familie vil ofte være til barnets beste, fordi barn normalt har sterke interesser i å vokse opp med sine foreldre.³¹⁹ Det kan imidlertid være unntak fra dette utgangspunktet, og det kan forekomme saker hvor det er uklart hva som er den beste løsningen for barnet. Som ellers skal barnets mening vektlegges, og det kan bidra til å klarlegge hvilken løsning som er til barnets beste.

Etter utl. § 38 annet ledd bokstav a skal det vektlegges om «utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur». Av forarbeide fremgår det at praksis etter 1988-loven var å innvilge opphold dersom det ikke var mulig å oppspore foreldrene, og at dette ble forutsatt videreført etter 2008-loven.³²⁰ Dette er i tråd med barnekomiteens standpunkt om at hvis barnet ikke kan sikres forsvarlig omsorg ved retur, kan det ikke returneres.³²¹ Anses ikke innvandringsregulerende hensyn som legitime i en avveining mot enslige barns beste, innskrenkes følgelig statens mulighet til å ivareta sine interesser kun i to typer tilfeller. For det første hvor det ikke er til barnets beste å returneres til sin familie, og for det andre hvor barnet kunne fått forsvarlig omsorg ved retur, men det av andre grunner ikke er til dets beste å returens. I slike saker har barnet ofte tungtveiende interesser i å få bli, som for eksempel behovet for beskyttelse mot vold eller behov for helsehjelp. Innvandringsregulerende hensyn ville derfor sjelden vært tungtveiende nok til å gå foran barnets beste uansett.

Når barn er enslige, er de normalt i en meget sårbar situasjon. Hva som er i deres interesser må derfor gis svært stor vekt, uavhengig av om det er til barnets beste med en retur, eller å bli

³¹⁵ Rt. 2009 s. 1261, *Ashok-saken* avsnitt 96.

³¹⁶ Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 137.

³¹⁷ Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 137.

³¹⁸ Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 138.

³¹⁹ Rt. 2009 s. 1261, *plenumsdom I* avsnitt 96.

³²⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 420–421 og 157. Se også UDI 2020-007 Enslige mindreårige asylsøkere og aldersvurdering punkt 8.

³²¹ CRC GC 6 avsnitt 85.

i Norge. Det gir en generell presumsjon for at barnet interesser er så tungtveiende at innvandringsregulerende hensyn ikke kan gå foran og føre til at barnet returneres.

6.5 Tidsbegrenset oppholdstillatelse til enslige mindreårige

Hvis vilkårene er oppfylt, «kan» det innvilges tidsbegrenset oppholdstillatelse til enslige, mindreårige asylsøkere etter utf. § 8-8. Det er et vilkår at barnet har **fylt 16** år på vedtakstidspunktet og **ikke har annet grunnlag for opphold** enn at UDI anser at barnet er **uten forsvarlig omsorg ved retur**, jf. § 8-8 første ledd.

Alle barn har behov for omsorg fra foreldre eller andre omsorgspersoner, men de kan likevel ha forskjellige behov, noe som kan påvirke hva som må anses som forsvarlig omsorg. I forarbeidene til utl. § 38, legger departementet til grunn at spørsmålet om barnet vil få forsvarlig omsorg ved retur, må løses ut fra en konkret vurdering av forholdene i den enkelte sak.³²² Normalt vil det være «en forutsetning at barnet kan returneres til foreldrene eller til andre voksne som hadde den daglige omsorgen for barnet før utreisen».³²³

Eksempler på hvor barnet vil være uten forsvarlig omsorg er

- Situasjoner der den mindreårige mangler omsorgspersoner i hjemlandet, eller andre trygge områder.
- Tilfeller hvor omsorgspersoner finnes, men av ulike grunner ikke kan oppspores eller etableres kontakt med.

Også i en avgjørelse av om tillatelsen skal gjøres tidsbegrenset, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. At enslige barn kan innvilges midlertidig opphold hvis vilkårene er oppfylt, innebærer at utgangspunktet for vurderingen og vektingen av barnets beste, ikke er låst til alternativene å innvilge- eller å avslå opphold. Det foreligger et tredje alternativ, midlertidig oppholdstillatelse. En rekke momenter kan, som i andre barnets beste-vurderinger være relevante. I forskriften nevnes følgende momenter:

- barnets alder
- hvilke språk barnet snakker
- barnets fysiske og psykiske helsesituasjon
- barnets behov for stabilitet og kontinuitet

³²² Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 157.

³²³ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 157.

- barnets tilknytning til familie, venner og nærmiljø i hjemlandet og i Norge
- barnets omsorgssituasjon i Norge
- den sosiale og humanitære situasjonen ved retur
- om barnet henvises til internflukt og mangler omsorgspersoner, nettverk eller ressurser til å etablere seg i internfluktområdet
- om barnet har vært utsatt for menneskehandel, overgrep eller omsorgssvikt
- medgått saksbehandlingstid, med mindre barnet selv har bidratt til at saken ikke er avgjort tidligere

Som ordlyden «blant annet» i § 8-8 annet ledd får frem, er ikke opplistingen uttømmende.

Flere av momentene i opplistingen er relevante for å vurdere om barnet har en sterk tilknytning til Norge eller at barnet av andre grunner har tungtveiende interesser i å bli i landet. Vurderingen kan derfor avdekke at forsvarlig omsorg ved en retur likevel ikke er eneste grunnlag for opphold, og i så tilfelle skal ikke midlertid tillatelse benyttes. Dette vil imidlertid normalt være avklart før det vurderes om midlertidig opphold kan innvilges, og momentene er ment å avklare om det er forhold som tilsier et barnets beste taler mot midlertidig opphold, for eksempel fordi det foreligger helsemessige problemer som ikke er av tilstrekkelig alvorlig karakter til i seg selv å gi grunnlag for opphold etter § 38, men som likevel taler for at det innvilges.³²⁴ Et annet moment som kan være relevant, er om søkeren har en svak tilknytning til opprinnelseslandet, herunder om vedkommende har vært lenge borte fra sitt hjemland før ankomst til Norge.³²⁵ Ettersom det kan være tungt for barn å leve med midlertidig oppholdstillatelse over tid, og barnet etter hvert kan få en sterkere tilknytning til landet, og en svakere tilknytning til opprinnelseslandet, vil det kunne ha stor betydning i en barnets beste-vurdering og vekting om barnet nettopp er fylt 16, eller om det er nesten 18 år.

Når det i det siste punktet står at medgått saksbehandlingstid, «med mindre barnet selv har bidratt til at saken ikke er avgjort tidligere» skal vektlegges, må det tas i betraktning at det ikke kan forventes samme atferd fra barn, som fra voksne. Det må derfor utvises forsiktighet med å klandre barnet for lang saksbehandlingstid. Videre har Sivilombudsmannen lagt til grunn at en tidsbegrensning etter forskriften § 8-8 vil være klart urimelig, dersom en

³²⁴ Se UDI 2020-007 Enslige mindreårige asylsøkere og aldersvurdering punkt 8.3.

³²⁵ UDI 2020-007 Enslige mindreårige asylsøkere og aldersvurdering punkt 8.3.

mindreårig asylsøker har blitt 16 år som følge av brudd på de lovbestemte krav til behandlingstid i forvaltningsloven³²⁶ § 11a.³²⁷

Barnekomiteen har i sin avsluttende merknader til Norge fra mai 2018 trukket frem bruken av midlertidig oppholdstillatelse.³²⁸ Her fremheves det at midlertidig oppholdstillatelse gjør at enslige barn opplever frykt for at «applications for permanent residency will be denied, which is a significant reason for the relatively large number of children disappearing from reception centres».³²⁹ Videre nevner komiteen at barn som har forsvunnet fra mottakssenter er «particularly vulnerable to becoming victims of trafficking in persons and prostitution».³³⁰ Midlertidig oppholdstillatelse kan følgelig sette barn i en meget sårbar situasjon. Barnekomiteen har anbefalt at Norge «[c]onsider establishing a system to automatically reassess temporary residency permits of unaccompanied children and issuing residence permits of a longer duration».³³¹ Ulempene ved midlertidig oppholdstillatelse tyder på at slik tillatelse kun kan benyttes når barnets beste ikke er særlig tungtveiende. Har barnet tungtveiende interesser i å få innvilget permanent oppholdstillatelse, vil ikke midlertidig opphold være «forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste», jf. utf. § 8-8 tredje ledd.

6.6 Dokumentasjonskrav

Utlendingen har plikt til å medvirke til å avklare sin identitet, jf. utl. § 83. Som hovedregel må utlendingen fremskaffe dokumentasjon på sin identitet, jf. 8-12. Dette gjelder også ved oppholde etter § 38.³³² Det kan gjøres unntak fra dokumentasjonskravet når det er umulig å fremskaffe «originalt gyldig pass eller annen tilsvarende legitimasjon med tilstrekkelig notoritet», eller av hensyn til søkerens sikkerhet. I UDIs retningslinjer er det lagt til grunn at «det er en høy terskel for å konkludere med at det er umulig å fremskaffe identitetsdokumenter, også for mindreårige».³³³ Det er imidlertid klart at det kan være vanskeligere for enslige barn, enn for voksne og overholde et strengt medvirkningskrav. De kan videre ha behov for veiledning og bistand for å skaffe dokumentasjon.³³⁴

³²⁶ Lov om

³²⁷ Se Sivilombudsmannens uttalelse i 2018/2714 og 2018/3865.

³²⁸ CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 31 a.

³²⁹ CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 31 a. Også I 2010 ble det at barn forsvinner fra mottakssenter tatt opp av komiteen, CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 50 (e).

³³⁰ CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 31 (b).

³³¹ CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 32 (a).

³³² Se UDI 2020-007 Enslige mindreårige asylsøkere og aldersvurdering punkt 8.2.

³³³ UDI 2020-007 Enslige mindreårige asylsøkere og aldersvurdering punkt 8.2.

³³⁴ Se CRC GC 6 avsnitt 31 ii og iv hvor det ser ut til at også staten har et ansvaret for å klarlegge barnets identitet, noe som er i tråd med at staten har et ansvar for å bidra til at barns identitet ivaretas etter BK art. 8, se individsklagesak, Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights

Ved enslige mindreårige må saksbehandleren «se hen til søkerens alder og hvilke muligheter søkeren har for å fremskaffe dokumenter fra hjemlandets myndigheter eller deres representasjon i Norge». Å avslå søknaden på bakgrunn av at dokumentasjonskravet ikke er oppfylt, anses ikke å være i tråd med barnets beste.³³⁵ Når det er tvil om utlendingens identitet, kan det innvilges midlertidig opphold, jf. § 38 femte ledd. Også i en avgjørelse av om tillatelsen skal gjøres tidsbegrenset, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Saksbehandleren må derfor foreta en vurdering og vekting av barnets beste, og en avveining mot statens behov for å vite utlendingens identitet med sikkerhet, for å komme frem til å det kan innvilges midlertidig opphold.

6.7 Kilder og praksis

6.7.1 Menneskerettsdomstolen

- Paposhvili mot Belgia <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/paposhvili-v.-belgium/>
- Jeunesse mot Nederland <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/jeunesse-v.-the-netherlands/>
- Mubanzila Mayeka og Kaniki Mitunga mot Belgia (sårbarhet) <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/mubanzila-mayeka-kaniki-mitunga-v.-belgium/>
- EMDs storkammerdom 16. desember 1992, *Niemietz mot Tyskland* [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Niemietz%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-57887%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Niemietz%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57887%22]})

6.7.2 Barnekomiteen

- Felles general comment nr. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and nr. 23 (2017) of the Committee, *on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit,*

of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 17/2017 (CRC/C/82/D/17/2017) avsnitt 13.9.

³³⁵ UDI 2020-007 Enslige mindreårige asylsøkere og aldersvurdering punkt 8.2.

destination and return, (CMW/CRC GC 4/23):

<https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/general-comments-no-23-g1734365.pdf>

- Felles general comment nr. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and nr. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child, *on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration*, (CMW/CRC GC 3/22):
<https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/general-comments-no-22-g1734359.pdf>
- Felles general recommendation/general comment nr. 31/18, of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/general comment No. 18 of the Committee *on the Rights of the Child on harmful practices* (CEDAW/CRC C/GC 31/18):
<https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/general-comments-no-18-n1462778.pdf>
- General comment nr. 14 (2013), *on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), (CRC GC 14):
https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/fn_barnekonvensjon/crc_c_gc_14_7202_e.pdf
- General comment nr. 12 (2009), *The right of the child to be heard*, ():
<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnets-rettigheter/general-comment-12---engelsk.pdf>
- General comment nr. 6, *Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin* (CRC GC 6):
<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnets-rettigheter/general-comment-6---engelsk.pdf>

6.7.3 Høyesterett

- HR-2019-2344-A (aldersundersøkelse i søknader om beskyttelse/beviskrav)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2019-2344-a/>
- Hr-2018-572-A (beskyttelse/tilbakekall)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2018-572-a/>

- HR-2015-02524-P/Rt. 2015 s. 1388, *plenumsdom III* (beskyttelse/opphold på humanitært grunnlag/barnets beste/internflukt)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/HR-2015-02524-P/>
- HR-2013-704-A/Rt. 2013 s. 449 (avslag på oppholdstillatelse/gyldighet av utvisningsvedtak/barnets beste)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2013-704-a/>
- HR-2012-2399/Rt. 2012 s. 2039, *lengeværende barn II/plenumsdom II* (opphold på humanitært grunnlag/barnets beste)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2012-2399-p/>
- HR-2012-2398-P/Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* (beskyttelse/opphold på humanitært grunnlag/barnets beste)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2012-2398-p/>
- HR-2009-2074-A/Rt. 2009 s. 1374, (oppholdstillatelse og arbeidstillatelse/sterke menneskelige hensyn/barnets beste)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2009-02074-a/>
- HR-2009-01932/Rt. 2009 s. 1261, *Ashok-saken* (opphold på humanitært grunnlag/enslig mindreårig asylsøker/barnets beste)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2009-01932-a/>

6.7.4 Vedtak

7. Utvisningssaker

7.1 Innledning

Utvisning kan ikke vedtas dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene, jf. utl. §§ 70 og 122 fjerde ledd. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn jf. Grl. § 104 annet ledd, BK art. 3 nr. 1 og utl. §§ 70 og 122 fjerde ledd. I tillegg vil et utvisningsvedtak ofte gripe inn i retten til familie- og privatliv som følger av Grl. § 102, EMK art. 8 og BK art. 16. Dermed må også disse rettighetene respekteres. Barnets beste inngår da som et tungtveiende element i forholdsmessighetsvurderingen som må gjøres dersom et vedtak griper inn retten til familie- og privatliv.³³⁶

I denne veilederen behandles hvordan barnets beste må vurderes, vektes og avveies mot statens interesser i utvisningssaker.

7.2 Overordnet om barnets bestes betydning i utvisningssaker

Utgangspunktet i utvisningssaker er det samme som i andre typer saker hvor barn blir berørt. Utlendingsdirektoratet må vurderer og vekte det konkrete barnets beste, ta stilling til hvilke av statens interesser eller hensyn utvisningen skal ivareta og hvor tungtveiende disse er, før det så foretas en avveining, hvor barnets bests skal være et grunnleggende hensyn. Dette gjøres som en del av forholdsmessighetsvurderingen etter utl. §§ 70 eller 122 fjerde ledd.

Som oftest bli barn berørt ved at utvisningssaken retter seg mot en av foreldrene.

Utlendingsloven inneholder imidlertid ingen nedre aldersgrense for utvisningsvedtak. I prinsippet kan derfor barn utvises, men det skjer svært sjeldent.³³⁷ Også hvis det er spørsmål om å utvise barn skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

Forholdsmessighetsvurderingen legger opp til at de samfunnsmessige hensyn skal veies mot hensynet til enkeltindividet.³³⁸ De samfunnsmessige hensynene springer ut av utvisningsgrunnlaget, og må ta utgangspunkt i dette.³³⁹ Jo mer alvorlig forholdet som begrunner utvisningen, jo tyngre vil statens interesser veie. Individer kan imidlertid ha sterke

³³⁶ Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen* og HR-2019-2286-A avsnitt 44.

³³⁷ UDI 2010-043 Høring av barn i utlendingssaker - unntatt søknader om beskyttelse 6.5.2.

³³⁸ HR-2019-2286-A avsnitt 44.

³³⁹ Se redegjørelsen i HR-2019-2286-A avsnitt 48.

interesser i å bli i Norge, og kravet om forholdsmessighet sørger for at statens interesser ikke i for stor grad går på bekostning av enkeltindivider. Forholdsmessighetskravet utgjør en materiell skranke for UDIs kompetanse og er gjenstand for full overprøving av domstolene.

Menneskerettighetene innvirker i stor grad på innholdet i forholdsmessighetsvurderingen.³⁴⁰

Et krav om forholdsmessighet gjelder ved inngrep og ved unnlatelse av å sikre retten til familie- og privatliv i EMK art. 8 og Grl. § 102.³⁴¹ Retten til familie- og privatliv og barnets beste er i denne sammenheng komplementære.³⁴² De utfyller hverandre, og så fremt alle rettighetene kommer til anvendelse, kan ikke den ene tolkes og anvendes i sin helhet uten at de andre er ivaretatt. Rettskilder knyttet til retten til familie- og privatliv og barnets beste virker styrende på forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70.³⁴³

Et krav om forholdsmessighet inneholder normalt fire elementer:³⁴⁴

1. formålet som det aktuelle utvisningsgrunnlaget skal ivareta, må være **legitimt**
2. utvisningen må være **egnet** til å ivareta dette formålet
3. utvisningen må være **nødvendig**, et mindre inngrep ikke må ha samme effekt
4. det må foretas en snever **forholdsmessighetsvurdering/proporsjonalitetsvurdering** hvor det tas stilling til om fordelene ved utvisningen overstiger byrdene/skaden det har for den som utvises og hans eller hennes familie

Det første element skaper sjelden problemer i utvisningssaker ettersom utvisningsgrunnlagene normalt skal ivareta hensyn som er legitime.

Mye av ansvaret for det andre og det tredje elementet faller på lovgiver. For eksempel kan det være nødvendig med lovendring for å ha tilgjengelig mindre inngripende sanksjoner enn utvisning, som kan ivareta statens interesser i enkelte typer saker hvor individer rammes særlig hardt.³⁴⁵ Dersom UDI ser at utvisning i en konkret sak er lite egnet til å ivareta statens interesser, eller ikke er nødvendig for å ivareta statens interesser, vil det imidlertid være vanskelig å

³⁴⁰ Se f.eks Rt. 1996 s. 551 s. 558 og Rt. 2005 s. 229 avsnitt 39.

³⁴¹ Se Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen* avsnitt 60. se også Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 28.

³⁴² Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen* avsnitt 66. Se også avsnitt 79 om betydningen av dette i den konkrete saken.

³⁴³ Se Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen* avsnitt 68 hvor dette slås fast uttrykkelig. Også i HR-2019-2286-A kommer menneskerettighetenes store innvirkning på vurderingen klart frem.

³⁴⁴ Se blant annet Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave (Oslo 2015) s. 128–129 om forholdsmessighetskravet i forvaltningsretten, Jørgen Aall, *Forholdsmessighet som vilkår for inngrep i EMK-rettigheter*, i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Bergen 2015 s. 75–110 (s. 81) og Jon Petter Rui, «Grunnlovens krav om forholdsmessighet ved inngrep i grunnlovfestede menneskerettigheter», *Lov og Rett*, 2018 s. 129–130. Enkelte deler kravet inn i tre, og ser på kravet om et legitimt formål som et eget krav.

³⁴⁵ Se HR-2019-2286 avsnitt 103.

komme til at utvisningen er forholdsmessig. Dermed kan også det andre og tredje elementet innvirke på konkrete saker. Utgangspunktet etter høyesterettspraksis er imidlertid at en forholdsmessighetsvurdering fordrer en bred avveining av alle relevante hensyn og at det ikke kan stilles opp «[n]oen absolutte terskler eller normer som styrer forholdsmessighetsvurderingen».³⁴⁶ Det er i tråd med at egnethet og nødvendighetselementet inneholder skjønnsmessige vurderinger.

Når barn blir berørt, må UDI vurdere hva som er til det individuelle barnets beste i den konkrete saken, og hvor tungtveiende barnets beste er.³⁴⁷ Dette må gjøres **før** det kan foretas en snever forholdsmessighetsvurdering. I tillegg innvirker barnets beste på denne snevre forholdsmessighetsvurderingen, ved at hva som er til barnets beste her må inngå som et **tungtveiende element**.

Fordi barnets beste skal være grunnleggende, kan et vedtak være uforholdsmessig overfor barnet, selv om det ikke er uforholdsmessig overfor en utvist forelder eller den utvistes ektefelle eller samboer.

7.3 Vurderingen og vektingen av hva som best tjener barnets interesser

7.3.1 Utgangspunktet

Vurderingen og vektingen av barnets beste må ta utgangspunkt i individuelle forhold knyttet til barnet, dets situasjon og den konkrete saken.³⁴⁸ Vurderingen må ha en fremtidsrettet karakter.³⁴⁹ Sentralt i vurderingen er hvordan barnets rettigheter og interesser/behov blir ivare tatt ved de mulige utfallene av saken.³⁵⁰ Et utvisningsvedtak som berører barn, innebærer ofte at barnet risikerer å bli adskilt fra en av sine foreldre. Dermed legger retten til familieliv sterke føringer på vurderingen og vektingen av barnets beste. Hvis vedtaket griper inn i barnets privatliv, for eksempel hvis barnet må følge med sin utviste forelder, og dermed forlate Norge, kommer også retten til privatliv til anvedelse. Som i andre saker har barnet rett til å bli hørt, og i tillegg kan andre rettigheter være sentrale i vurderingen og vektingen av barnets beste.

³⁴⁶ HR-2019-2286 avsnitt 105.

³⁴⁷ Se f.eks Jeunesse mot Nederland avsnitt 109, Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 135 og X. mot Latvia avsnitt 96 om krav til vurdering av barnets beste i saker som griper inn i retten til familieliv.

³⁴⁸ Se veilederens punkt 4.4.2.3 ([link](#)).

³⁴⁹ Se veilederens punkt 4.4.2.4 ([link](#)).

³⁵⁰ Se veilederens punkt 4.4.2.2 ([link](#)).

7.3.2 Familie og familieliv

7.3.2.1 Hvem omfattes av familiebegrepet

Familiebegrepet er dynamisk, som menneskerettighetene generelt.³⁵¹ Båndet mellom mindreårige barn og deres foreldre hører til kjernen av det vernede familielivet.³⁵² Også andre enn de biologiske foreldrene, herunder fosterforeldre, omfattes av familiebegrepet.³⁵³ Tilsvarende gjelder for søsken.³⁵⁴ Hvor sterk beskyttelse familierelasjonen nyter, kan variere ut fra de faktiske forholdene i saken, men barnets bånd til sine foreldre nyter et nokså ubetinget sterkt vern.³⁵⁵

Det skal mye til for at familielivet anses opphørt. Av EMD er det lagt til grunn at «the concept of family on which Article 8 is based embraces, even where there is no cohabitation, the tie between a parent and his or her child, regardless of whether or not the latter is legitimate».³⁵⁶ Videre har domstolen lagt til grunn at selv om båndet kan bli brutt ved senere hendelser, kan det bare skje ved «exceptional circumstances».³⁵⁷ At det skal mye til for at familielivet anses opphørt gjelder også i utlendingssaker.³⁵⁸ ([link til familieinnvandringsaker punkt 9.5.2.2](#))

7.3.2.2 Hva må vurderes hvis barnet risikerer å bli adskilt fra sin familie?

Normalt vil en adskillelse mellom barn og foreldre være meget alvorlig for barnet, og vil følgelig ha stor innvirkning på vurderingen og vektingen av barnets beste.³⁵⁹ Vurderingen og

³⁵¹ CMW/CRC GC 4/23 avsnitt 27.

³⁵² Se BK art. 9, 18 og 20, General comment nr. 14 (2013), *on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)* (CRC GC 14) avsnitt 58–66 og EMDs dom 19. september 2000 *Gnahoré mot Frankrike* avsnitt 50 og EMDs dom 12. oktober 2006, *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga mot Belgia* avsnitt 75.

³⁵³ Se f.eks. EMDs storkammerdom 24. januar 2017, *Paradiso og Capanelli mot Italia* avsnitt 149, Jon Fridrik Kjølbro, *Den europeiske menneskerettigheds konvention - for praktikere*, 4. utgave, (København 2017) s. 788–789 og David Harris mfl., *Harris, O'Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave (Oxford 2018) s. 506–507. Barnekomiteen har lagt til grunn at foreldre kan omfatte «biological, adoptive or foster parents, or, where applicable, the members of the extended family or community as provided for by local custom», CMW/CRC GC 4/23 avsnitt 27.

³⁵⁴ CRC GC 14 avsnitt 65, CMW/CRC GC 4/23 avsnitt 27 og Harris mfl. (2018) s. 507.

³⁵⁵ Se BK art. 9, 18 og 20.

³⁵⁶ EMDs dom 7. August 1996, *C. mot Belgia* avsnitt 25.

³⁵⁷ *C. mot Belgia* avsnitt 25.

³⁵⁸ EMDs dom 19. februar 1996, *Gül mot Sveits* avsnitt 33.

³⁵⁹ Av EMD er det uttalt at «the protection of the child's best interests involves [...] keeping the family together, as far as possible, Se EMDs dom 19. januar 2012, *Popov mot Frankrike* avsnitt 141. Uttalelsen er fra en sak om frihetsberøvelse. Som barnekomiteen får frem, gjelder imidlertid dette utgangspunktet generelt. Barnekomiteen har uttalt at når «the child's relations with his or her parents are interrupted by migration (of the parents without the child, or of the child without his or her parents), preservation of the family unit should be taken into account when assessing the best interests of the child in decisions on family reunification», CRC GC nr. 14 avsnitt 66. Se også avsnitt 58 og 60.

vektingen av barnets beste vil likevel ofte bli kompleks, blant annet fordi det kan være usikkert om barnet kan følge med en utvist forelder, og om familielivet på den måten består.

Hvis en avgjørelse kan føre til en splittelse mellom barn og forelder har EMD slått fast at staten må «advert to and assess evidence in respect of the practicality, feasibility and proportionality of any removal of a non-national parent» for å gi effektiv beskyttelse og tilstrekkelig vekt til det berørte barnets beste.³⁶⁰ Staten må altså foreta en grundig undersøkelse av de praktiske konsekvensene, gjennomførbarheten og forholdsmessigheten av en utsending, med det formål å sikre at barnets beste gis en effektiv beskyttelse og tilstrekkelig vekt. I denne sammenheng er det flere momenter som er sentrale, og som har betydning for hva som er til barnets beste, og vekten av dette:³⁶¹

- barnets alder
- forholdene i Norge og i landet barnet eventuelt må reise til, herunder sosiale, kulturelle og familiære bånd i begge land
- alvorlighetsgraden av vansker barnet vil oppleve i landet forelderen er utvis til
- i hvilken grad barnet er avhengige av omsorg fra foreldrene

Momentene gjenspeiler at når en forelder er utvist, er det av stor **betydning om barnet kan følge med** denne. Hvis barnet vil oppleve store vansker eller dets behov i stor grad blir skadelidt hvis det må forlate Norge, tilsier det at barnets beste med tyngde taler for å ikke utvise. Motsetningsvis vil barnets interesser ofte ikke være særlig tungtveiende hvis det er nokså uproblematisk for barnet å følge med foreldrene ut av landet, selv om familien helst ønsker å bli i Norge sammen.

Momentene fra EMD viser at det er to vurderingstemaer som ofte er sentrale i avgjørelser som kan føre til adskillelse mellom barn og foreldre:

1. hvorvidt barnet kan følge med en utvist forelder, og herunder er barnets situasjon, sosiale, kulturelle og familiære bånd i de to landene sentral
2. barnets avhengighet til sine foreldre, altså omsorgssituasjonen

³⁶⁰ Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

³⁶¹ Menneskerettsdomstolen har benyttet noe ulike formuleringer, men kjernen i momentene ser ut til å ligge fast, se Jeunesse mot Nederland avsnitt 118, EMDs dom 1. desember 2005, *Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland* avsnitt 44, EMDs dom 30. juli 2013, *Berisha mot Sveits* avsnitt 51 og EMDs dom 21. desember 2001, *Şen mot Nederland* avsnitt 40, EMDs dom 2. august 2001, EMDs dom 2. august 2001, *Boultif mot Sveits* avsnitt 48 og EMDs storkammerdom 19. oktober 2006, *Üner mot Nederland mot Nederland* avsnitt 58.

Det førstnevnte kriteriet springer ut av både av retten til familieliv og til privatliv. Det får frem at noen av interessene rettighetene skal ivareta, kan tale for ulike resultat. For begge de to vurderingstemaene er barnets alder av betydning.

Hvis det er barnet som står i fare for å bli utvist eller få avslag på opphold, må vurderingen tilpasses at det er barnet som eventuelt må reise. Et sentralt spørsmål etter EMDs praksis blir om barnet vil oppleve vansker hvis det må forlate landet. Ved utvisning etter straffelovbrudd, må muligheten for reintegrering tas i betraktning. I tillegg blir det et spørsmål om foreldrene kan følge med barnet, og hvis ikke, hvordan omsorgssituasjonen vil bli.³⁶²

7.3.2.3 Nærmere om vurderingen av om barnet kan følge med forelderen

Når det skal tas stilling til hvorvidt barnet kan følge med den utviste forelderen, må UDI - som i andre typer saker - ta utgangspunkt i individuelle forhold knyttet til barnet og dets behov.

Sentralt i vurderingen er barnets situasjon i Norge og landet det eventuelt må bosette seg i. Privatlivet til både barn og voksne knyttes til - og formes av landet de bor i, personene der og forholdene i lokalsamfunnet. Tilknytningen og påvirkningen kan gi sterke interesser i å få bli i Norge, og disse interessene nyter et vern gjennom retten til privatliv. Barn som bor i Norge vil over tid utvikle sitt privatliv her ved at de får en tilknytning til landet, herunder kulturen og språket, og danner relasjoner til andre enn sin nærmeste familie. Dette vil kunne innvirke på vurderingen av om barnet kan følge med en utvist forelder. Jo sterke tilknytning til Norge, jo vanskeligere kan det være for barnet å måtte forlate landet. Høyesterett har uttalt at «selv om det i og for seg vil være mulig at familiemedlemmene følger med utlendingen til hans statsborgerstat, vil familiemedlemmenes ønske om å bli i Norge eller deres problemer av språklig eller kulturell art i forbindelse med å flytte til utlandet, måtte tillegges betydning».³⁶³

Har barnet norsk statsborgerskap kan det tyde på at barnet har sterke interesser i å ikke følge med forelderen.³⁶⁴ Barn uten norsk statsborgerskap kan imidlertid også ha sterk tilknytning til Norge, og kan oppleve det som sterkt belastende å måtte forlate landet. Særlig kan det gjelde det eldre barn, som har oppholdt seg lenge i landet. Yngre barn anses ofte for lettere å kunne tilpasse seg forholdene i et nytt land, enn eldre ([link til punkt 7.3.2.1](#)).³⁶⁵

³⁶² Barn kan ikke uttransporteres med tvang uten omsorgspersoner eller et omsorgstilbud i hjemlandet, jf. ut. § 90 åttende ledd.

³⁶³ Rt. 1996 s. 551 s. 559.

³⁶⁴ Som i Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen* og *Jeunesse mot Nederland*. Se denne bokens punkt 7.7.

³⁶⁵ Se f.eks EMDs dom 31. juli 2008, *Darren Omoregie med flere mot Norge* avsnitt 66.

Noen barnet kan ha bånd til landet det vil måtte bosette seg i hvis det følger med forelderen. Også dette vil kunne innvirke på vurderingen og vektingen av barnets beste.

Hvordan barnets rettigheter og behov blir ivaretatt i landet det eventuelt må bosette seg i, har også betydning. Levestandarden, muligheten til utdanning og ivaretagelse av andre rettigheter, vil kunne tale for at barnet har tungtveiende interesser i å bli i Norge.³⁶⁶

Hva som skal til for at EMD legger til grunn at barna, og eventuelt den andre forelderen, ikke kan følge med den som må forlate landet, varierer. For eksempel kan barnas helse ha betydning. I EMDs dom *Salem mot Danmark* hadde «several of the eight children [...] serious problems, including of a psychological and educational nature», og barnas helse medførte at de ikke kunne følge med faren ved en utvisning av han.³⁶⁷ Hvis barnet har behov for behandling, må det vurderes hvorvidt det er tilgjengelig og adekvat behandling i landet det eventuelt må bosette seg i. Noen barn kan imidlertid ha helseproblemer som innebærer at å måtte forlate Norge i seg selv vil være belastende, uavhengig av helsetilbud.

Hvis en forelder har oppholdstillatelse i Norge eller er norsk statsborger, vil det påvirke vurderingen og vektingen av barnets beste, ettersom begge mulige utfall kan innebære et inngrep i barnets familieliv. Hvis foreldrene ikke er sammen, kan det være vanskelig eller umulig for barnet å følge med den foreldrene som ikke har opphold, fordi det da må forlate den andre forelderen. I *Nunez mot Norge* hadde faren foreldreansvaret og moren var utvist. Dermed var det uaktuelt at barna skulle følge med moren.

Selv om foreldrene er sammen, kan det være umulig for den andre forelderen å forlate Norge. I *Amrollahi mot Danmark*, som gjaldt utvisning av en far, ble det trukket frem at barnas mor aldri hadde vært i Iran, ikke snakket språket og ikke var muslim.³⁶⁸ Det ble lagt til grunn at selv om det ikke var umulig for moren og de to barna på seks og ett år å følge med faren, ville det gi dem åpenbare og alvorlige vansker. Vurderingen så langt knyttet seg først og fremst til moren. Moren hadde i tillegg et særkullsbarn, en tretten år gammel jente. Hun hadde bodd med moren siden hun ble født og nektet å flytte.³⁶⁹ Dette ble tillagt vekt som ytterligere et moment som talte for at moren og barna ikke kunne flytte til Iran.³⁷⁰ Her ble dermed det ene

³⁶⁶ Se f.eks Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen*.

³⁶⁷ EMDs dom 1. desember 2016, *Salem mot Danmark* avsnitt 77.

³⁶⁸ EMDs dom 11. juli 2002, *Amrollahi mot Danmark* avsnitt 41. Barnets beste ble ikke uttrykkelig nevnt i dommen. Se også Darren Omoregie med flere mot Norge avsnitt 66.

³⁶⁹ *Amrollahi mot Danmark* avsnitt 41.

³⁷⁰ *Amrollahi mot Danmark* avsnitt 41. Resultatet i saken ble at en utvisning ville være uforholdsmessig, og dermed krenke EMK art. 8,

barnets mening vektlagt. Når det er flere barn i familien, kan det tenkes at barna har ulik mening, og ulike interesser. Ettersom det heller ikke var til de yngste barnas beste å følge med faren, var ikke dette en problemstilling i denne saken.

I likhet med barnets beste-vurderingen og vektingen generelt vil barnets rettigheter og konkrete behov innvirke på om hvor tungtveiende interesser barnet har i å få bli i Norge, og følgelig på spørsmålet om det kan følge med en utvist forelder. I denne sammenheng har barnets mening og alder og modenhet betydning.

7.3.2.4 Omsorgssituasjonen

I tillegg til vurderingen av om barnet kan følge med den utviste forelder, er det sentralt hvordan omsorgsbehovet til barnet er, og hvordan omsorgssituasjonen vil påvirkes av en utvisning. Hvordan omsorgssituasjonen påvirkes av en adskillelse beror både på hvordan den har vært frem til vedtaket, og hvordan den vil bli etter vedtaket. Det er følgelig nødvendig å se både fremover og bakover. Et spørsmål er hvilken rolle forelderen eller foreldrene har hatt frem til avgjørelsen.

Hvis den utviste forelderen har hatt hovedansvaret, eller mye av ansvaret for den daglige omsorgen for barnet, taler det ofte for at barnet har sterke interesser i fortsatt omsorg fra forelderen.³⁷¹

I Nunez mot Norge startet EMD vurderingen med morens forhold til barna.³⁷² Det ble trukket frem at barna fra fødselen og frem til barnefordelingssaken hadde bodd sammen med moren. Hun hadde følgelig vært barnas primære omsorgsperson. Sammen med faren, var hun den viktigste personen i barnas liv. Den mulige adskillelse hadde allerede påvirket barna negativt, noe som ble vektlagt av domstolen.³⁷³

I Jeunesse mot Nederland ble det vektlagt at moren, var den primære og faste omsorgspersonen for barna.³⁷⁴ Foreldrene bodde sammen, men faren jobbet fulltid og i skift. Han var derfor borte en del, også på kveldstid.³⁷⁵ Både i Nunez mot Norge og Jeunesse mot Nederland var barnas fedre viktige omsorgspersoner. Vurderingen av omsorgssituasjonen knyttet seg følgelig ikke bare til barnets behov for omsorgen på et fysisk plan. Dette kunne de også fått av den gjenværende foreldrene. Vurderingen så ut til å knytte seg vel så mye til de

³⁷¹ Se for eksempel Rt. 2011 s. 948 avsnitt 51, 58–59 og 63.

³⁷² Nunez mot Norge avsnitt 79.

³⁷³ Nunez mot Norge avsnitt 84.

³⁷⁴ Jeunesse mot Nederland avsnitt 119.

³⁷⁵ Jeunesse mot Nederland avsnitt 119.

emosjonelle bånd, behovet for nærheten og tilknytningen til forelden som risikerte å bli utvist. Barns sterke behov for omsorg omfatter ikke bare fysisk omsorg. Omsorg er viktig for barnets utvikling. Stabil og trygg tilknytning er i barnets interesser. Hvor tungtveiende barnets interesser i stabil og trygg tilknytning er, kan variere, blant annet ut fra alder og sårbarhet. I Nunez ble barna vurdert som særlig sårbare på grunn av belastningen ved foreldrenes samlivsbrudd, rettsak om foreldreansvar og daglig omsorg og morens utvisningssak.

I Kaplan med flere mot Norge, hvor det var faren som skulle utvises, la EMD til grunn at det yngste barnet i familien hadde sterke og nære bånd til faren, men at hun hadde tilbrakt mest tid med moren, ettersom faren jobbet.³⁷⁶ Selv om moren hadde hatt en større andel av ansvaret for omsorgen, ble behovet for omsorg fra faren tillagt stor vekt. Her var det snakk om både et fysisk behov for omsorg begrunnet i at moren var utslitt og at barnet hadde særskilte behov, og at barnet hadde sterke bånd til faren.

Når forelderen er eneforsørger er ofte barnets behov for fortsatt omsorg tungtveiende. Hvor tungtveiende må som ellers vurderes konkret. Illustrerende er Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen*, hvor retten uttalte følgende:

B er best tjent med å ha moren som sin viktigste omsorgsperson. Dette støttes ikke bare av den alminnelige presumsjonen for at barn har det best når de kan vokse opp med sine foreldre. Det materialet som har vært lagt frem for Høyesterett, tilsier at mor og datter er sterkt forbundet, og at A ivaretar sine omsorgsforpliktelser overfor B på den beste måte, forholdene tatt i betraktning. For B finnes det ikke noen alternativ til morens omsorg. Utvisning av moren alene, kombinert med at barnevernet overtar omsorgen for B, legger jeg i det videre til grunn som uaktuelt.³⁷⁷

Retten konkluderer etter en lengre drøftelse av mulige konsekvenser for barnet at «Bs interesser taler etter mitt syn klart og med stor tyngde for at B må bli værende i Norge og at moren, som hennes eneste omsorgsperson, ikke kan utvises».³⁷⁸ At moren var den eneste omsorgspersonen veide tungt, og ble ytterligere forsterket av det nære båndet til barnet.

I vurderingen av omsorgsbehovet, må det tas utgangspunkt i at barn normalt har et sterkt behov for omsorg fra sine foreldre. Samtidig kan ulike forhold knyttet til det individuelle

³⁷⁶ Kaplan med flere mot Norge avsnitt 97.

³⁷⁷ Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen* avsnitt 73.

³⁷⁸ Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen* avsnitt 79.

barnet og dets forhold til foreldrene, ha betydning for UDIs vurdering og vekting av barnets beste.

7.3.2.5 Mulighet for samvær

Et inngrep eller en unnlatelse av å sikre retten til familieliv kan bli mindre inngripende hvis barn og foreldre kan opprettholde personlig kontakt, noe som kan innvirke på vurderingen og vektingen av barnets beste.

Barnet har rett til regelmessige, personlige samvær og direkte kontakt med begge sine foreldre, med mindre det er i strid med dets beste, jf. BK art. 9 nr. 3.³⁷⁹ Regelmessighet er viktig for fordi det skaper forutsigbarhet. Når barn og foreldre bor i forskjellige land, skal barnet «have the right to maintain on a regular basis, save in exceptional circumstances personal relations and direct contacts with both parents», jf. BK art. 10 nr. 2. Unntak kan altså bare gjøres når det foreligger usedvanlige og tungtveiende omstendigheter. Det tilser at terskelen er høy, noe som sammen med art. 9 gjenspeiler barnets sterke interesser i å kunne møte sine foreldre jevnlig. At det gjelder et krav om «direct contact» innebærer at barnet må kunne møte foreldrene sin. Det utelukker bruk av telefon og internettløsninger som Skype og epost alene, men slike løsninger kan være nyttige som et tillegg til direkte kontakt.

Fordi en utvisning vedtas med et innreiseforbud, må barn i slike saker kunne besøke forelderen hvis han eller hun er utvist, og motsatt hvis barnet er utvist, med mindre det foreligger usedvanlige og tungtveiende omstendigheter.

På lignende måte som for omsorgsbehovet, kan det ha betydning hvordan kontakten mellom barnet og forelderen var før avgjørelsen. Et eksempel på at dette fikk betydning er i EMDs dom *Joseph Grant mot Storbritannia*, hvor klageren hadde fire barn, hvorav ett var mindreårig, en tolv år gammel jente.³⁸⁰ Domstolen trakk frem at han aldri hadde bodd sammen med sine barn.³⁸¹ Det ble lagt til grunn at selv om en utsending nok ville ha en forstyrrende effekt på jenta, så ville det ikke ha samme innvirkning som hvis de hadde levd sammen som en familie.³⁸² Videre ble det vektlagt at de kunne holde kontakt ved telefon og

³⁷⁹ Se også BK art. 20 nr. 1 og 22 nr. 2 annen setning om andre forpliktelser staten har når barn og foreldre er adskilt.

³⁸⁰ EMDs dom 8. januar 2009, *Joseph Grant mot Storbritannia*.

³⁸¹ *Joseph Grant mot Storbritannia* avsnitt 40.

³⁸² *Joseph Grant mot Storbritannia* avsnitt 40.

epost, og at det ikke var noe som hindret barnet å besøke faren.³⁸³ Barnets beste ble ikke uttrykkelig behandlet.³⁸⁴ Faren var ikke en sentral omsorgsperson for barnet.³⁸⁵

Har forelderen hatt en mindre sentral rolle i barnets liv, kan det være barnet ikke har tungtveiende interesser i hyppig kontakt.³⁸⁶ Dette henger sammen med hvordan forelderens rolle i barnets liv er ment å være fremover. Dersom barnet uansett utfall av saken ikke skal bo sammen med forelderen, men kun ha samvær, kan det være at besøk dekker behovet for kontakt.³⁸⁷ Mens ved et nært forhold til forelderen kan det være at besøk i liten grad ivaretar barnets behov for fortsatt omsorg og direkte kontakt med forelderen.

Da saken i Nunez mot Norge ble behandlet av Høyesterett, la retten til grunn at barnas far ville sørge for at de fikk besøke moren, særlig i sommer - og juleferiene.³⁸⁸ Til det uttalte EMD at barna uansett ville være separert fra moren i minst to år, og at det var lenge for barn i deres alder. Deres sårbarhet ble også nevnt.³⁸⁹ Argumentasjonen tyder på at sporadisk besøk ikke ville være nok for å bøte på skadene en adskillelse ville medføre, og dermed hadde barna tungtveiende interesser i at moren fikk bli.³⁹⁰ Et mindretall på to dommere vektla imidlertid at dagens kommunikasjon kan bidra til å gjøre en utvisning mindre byrdefullt enn et fengselsopphold.³⁹¹

Barnets alder og modenhet kan ha betydning for vurderingen. Barnekomiteen har fremhevet at små barn «form strong emotional attachments to their parents or other caregivers, from whom they seek and require nurturance, care, guidance and protection».³⁹² Dette kan ikke gjøres via epost eller Skype. Omsorg kan ikke utøves primært ved hjelp av epost eller Skype, heller ikke for eldre barn. Veiledning, pleie, omsorg og beskyttelse krever at forelderen er fysisk tilstede i

³⁸³ Joseph Grant mot Storbritannia avsnitt 40.

³⁸⁴ Barnets beste ble kun nevnt i et sitat over momenter domstolen må ta stilling til i vurderingen av om et inngrep er nødvendig i et demokratisk samfunn, Joseph Grant mot Storbritannia avsnitt 37.

³⁸⁵ Hvis han hadde vært en sentral omsorgsperson kunne resultat fort blitt ett annet. Se for eksempel EMDs dom 24. november 2009, *Omojudi mot Storbritannia* avsnitt 46, hvor det ser ut til at EMD la til grunn at kontakt gjennom brev og telefon ikke ville bøte tilstrekkelig på den negative effekten inngrepet i familielivet vil få.

³⁸⁶ Et familieliv vil likevel normalt eksistere, men utvisningen blir mindre inngripende og dermed kreves det heller ikke like hyppig kontakt for at den skal regnes som forholdsmessig. At familieliv eksisterer selv om barnet ikke bor sammen med foreldrene er lagt til grunn i flere dommer fra EMD, f.eks EMDs dom 24. april.1996, *Boughanemi mot Frankrike* avsnitt 35.

³⁸⁷ Se HR-2017-2376.

³⁸⁸ Nunez mot Norge avsnitt 81.

³⁸⁹ Nunez mot Norge avsnitt 81.

³⁹⁰ Se også EMDs dom 31. januar 2006, *Rodrigues Da Silva og Hoogkamer mot Nederland* avsnitt 42. Her la EMD til grunn at å nekte moren opphold og å utvise henne ville bryte de tette båndene mellom moren og datteren, fordi det ville være umulig for de å opprettholde regelmessig «regulær» kontakt.

³⁹¹ Nunez mot Norge dissenterende dommer Miljovć og Gaetano avsnitt 6.

³⁹² CRC GC nr. 7 avsnitt 6 bokstav (b). Se også avsnitt 18 i samme kommentar.

barnets liv. Sammen med regelmessig besøk, kan imidlertid kontakt via telefon, epost og internett bidra til å ivareta barns behov for kontakt med forelderen.

Hvis besøk skal gjennomføres ved reise til den utviste, må det være et realistisk alternativ. Økonomi, sykdom og manglende infrastruktur i landet som forelderen er utvist til, kan være forhold som gjør reise vanskelig. Dersom det er forhold som gjør det vanskelig for barnet å besøke forelderen, innvirker det på vurderingen og vektingen av barnets beste.

Hvis det ikke er mulig for barnet å **opprettholde regelmessig og direkte kontakt** med forelderen, taler dette ofte for at barnet har meget tungtveiende interesser i å ikke bli adskilt fra sine foreldre.

7.3.3 Retten til å bli hørt

Barn som er i stand til å danne seg sine egne synspunkt, har rett til å bli hørt om spørsmål som gjelder dem selv, jf. Grl. § 104 første ledd, BK art. 12, fvl. § 17 første ledd, forvaltningsloven § 17 og utlendingsforskriften 17-3.³⁹³ Hva som er til et barns beste i en utvisningssaker er et spørsmål som gjelder barnet. Under forutsetningen av at barnet ønsker å gi uttrykk for sin mening, må det gis mulighet til å si sin mening om alle de ulike elementene som er relevante i vurderingen av barnets beste i utvisningssaken.

Hvis det er et spørsmålet om barnet kan følge med en utvist forelder, må barnet gis mulighet til å bli hørt om dette.³⁹⁴ I denne sammenhengen vil barnets forhold i Norge og landet det eventuelt må reise til kunne være sentralt. Det samme vil hva barnet opplever som vanskelig med å måtte forlate Norge være.

Barnets må også gis mulighet til å uttale seg om en eventuell splittelse med forelderen dersom barnet blir igjen i Norge mens forelderen blir utvist.³⁹⁵ I slike tilfeller vil også spørsmål knyttet til mulighet for samvær, herunder besøk eller andre løsninger være noe barnet må få uttale seg om.

Når det er andre rettigheter, interesser eller momenter i vurderingen som gjør seg gjeldende i vurderingen og vektingen av barnets beste, må barnet gi mulighet til å uttale seg også om disse.

³⁹³ Se veiledernes punkt 4.3 ([link](#)).

³⁹⁴ Se UDI 2010-043 Høring av barn i utlendingssaker - unntatt søknader om beskyttelse 6.5.3.

³⁹⁵ Se UDI 2010-043 Høring av barn i utlendingssaker - unntatt søknader om beskyttelse 6.5.3.

Barn kan ha rettigheter og interesser som taler for forskjellige utfall av avgjørelsen. Dermed kan det oppstå konflikt mellom de ulike elementene i vurderingen og vektingen av barnets beste. For eksempel kan barnets mening tale for at en løsning er til barnets beste, mens en annen rettighet taler for en annen løsning. Er ikke harmonisering mulig, må det foretas en avveining for å kunne komme frem til hvilke løsning som er til barnets beste. Som følge av at retten til å bli hørt er av grunnleggende betydning for en barnerettslig tilnærming, må barnets mening også tillegges vekt ved harmonisering og en eventuell avveining mellom ulike elementer i en barnets beste-vurdering. At barnets mening vektlegges er i seg selv til barnets beste.³⁹⁶

Barnets menings innvirkning på vektingen av barnets beste, påvirkes av de føringer barnets rett til å bli hørt, gir. Når barnets mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med dets alder og modenhet, vil det variere i hvor stor grad dets mening innvirker på vurderingen og vektingen av barnets beste. Barnekomiteen har imidlertid presisert at «[t]he fact that the child is very young or in a vulnerable situation (e.g. has a disability, belongs to a minority group, is a migrant, etc.) does not deprive him or her of the right to express his or her views, nor reduces the weight given to the child's views in determining his or her best interests».³⁹⁷ Utgangspunktet er derfor at barnets mening skal vektlegges, og dette innvirker ikke bare på vurderingen av hva som er til dets beste, men kan også ha betydning for hvor tungtveiende interesser barnet har i en bestemt løsning.

7.3.4 Alder og modenhet

Alder og modenhet har betydning i en barnets beste-vurdering og vekting ([link til 6.3.3 og 4.4.2.3](#)). Både alder og modenhet kan innvirke på barns behov, og på barns sårbarhet på en rekke ulike måter.

I utvisningssaker er ofte et sentralt spørsmål om barnet kan følge med en utvist forelder. En måte alder og modenhet kan innvirke på barnets beste-vurderingen og vektingen på, er hvordan retten til privatliv og å ivareta sin identitet gjør seg gjeldende. Små barn anses å ha mindre tilknytning til landet de oppholder seg i enn eldre barn. I *Jeunesse mot Nederland* som riktig nok gjaldt opphold, uttalte EMD at barnas «relatively young age» var med på å gjøre at «there would appear to be no insurmountable obstacles for them to settle in Suriname».³⁹⁸

³⁹⁶ CRC GC nr. 12 avsnitt 74 og CRC GC nr. 14 avsnitt 4 og 43.

³⁹⁷ CRC GC nr. 14 avsnitt 54.

³⁹⁸ *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 117.

Samme måte å vektlegge alder på kommer også frem av saker som gjelder utvisning. I *Üner mot Nederland* uttalte EMD at barna «were still very young – six and one and a half years old respectively – and thus of an adaptable age».³⁹⁹ I *Omojudi mot Storbritannia* la domstolen til grunn at to av klagerens barn på rundt 16 og 17 år, ikke var i en «adaptable age and would likely encounter significant difficulties if they were to relocate to Nigeria».⁴⁰⁰ Yngre barn anses altså å være mer tilpasningsdyktige hvis de må følge med en forelder, enn eldre.⁴⁰¹

Hvis barnet ikke kan følge med den utviste forelderen taler ofte lav alder for at barnet har tungtveiende interesser i at forelderen får bli i Norge. Alder og modenhet kan innvirke på barnets omsorgsbehov og hvordan de takler adskillelse fra sine omsorgspersoner. Små barn har normalt stort behov for omsorg fra sine foreldre og samtidig dårlige forutsetninger for å forstå omstendighetene rundt en adskillelse fra foreldrene eller andre omsorgspersoner, noe som ble vektlagt i EMDs dom *Nunez mot Norge*.⁴⁰² Et annet eksempel er Rt. 2005 s. 229, hvor retten la til grunn at barna på fire, åtte og ni år, ville lide under en utvisning av faren, som var en viktig omsorgsperson for dem.⁴⁰³ Barnas alder var et moment som bidro til at utvisning med to års innreiseforbud ble ansett å være uforholdsmessig.⁴⁰⁴ I Rt. 2011 s. 948 ble det trukket frem at utvisningen av en mor ville føre til en «tilsidesettelse av de små barnas sterke interesse i å få fortsette å vokse opp sammen med sin hovedomsorgsperson».⁴⁰⁵ Barna var da fem år og tre og ett halvt år gamle.

Alder kan altså innvirke på om barnet må anses som sårbart, dets omsorgsbehov og på tilpasningsdyktighet og tilknytning. Det samme kan modenhet. Alder og modenhet kan også innvirke på hvilke andre interesser barnet har, og hvor tungtveiende de er. Eksempelvis kan alder og modenhet innvirke på behovet for ulike typer helsehjelp. Alder og modenhet har også betydning for vektleggingen av barnets mening.

³⁹⁹ *Üner mot Nederland* avsnitt 64. Se også *Darren Omoregie med flere mot Norge* avsnitt 66.

⁴⁰⁰ EMDs dom 24. november 2009 *Omojudi mot Storbritannia* avsnitt 46. Barna ble født i oktober 1991 og september 1992. Da EMD avsa dom, 24. november 2009, var de altså akkurat fylt 17 og 18 år. Det står ikke hvor gamle de var da saken ble behandlet, men ettersom det vanligvis tar noe tid fra domsbehandling til domsavsigelse, er det nærliggende å legge til grunn at deres alder må ha vært 16 og 17 år da saken ble behandlet.

⁴⁰¹ Se også *Darren Omoregie med flere mot Norge* avsnitt 66.

⁴⁰² CRC GC nr. 7 avsnitt 18 og *Nunez mot Norge*.

⁴⁰³ Rt. 2005 s. 229 avsnitt 49–50.

⁴⁰⁴ Rt. 2005 s. 229 avsnitt 55.

⁴⁰⁵ Rt. 2011 s. 948 avsnitt 63.

7.3.5 Sårbarhet

Barn er normalt mer sårbare enn voksne, noe som er en sentral del av begrunnelsen for at de har egne rettigheter.⁴⁰⁶ Noen barn er mer sårbare, eller i en mer sårbar situasjon, enn andre. Manglende psykisk og fysisk modenhet og avhengighet av omsorg og beskyttelse, er faktorer som kan gjøre barn særlig sårbart.⁴⁰⁷ Hvis barnet er særlig sårbart eller i en sårbar situasjon kan det påvirke dets behov og hvilke rettigheter som gjør seg gjeldende. I en barnets beste-vurdering og vekting er det derfor nødvendig å ta stilling til barnets sårbarhet.

Å vurdere barnets sårbarhet i sammenheng med barnets beste skal bidra til å sikre barnet at barnet nyter godt av alle sine rettigheter, enten de følger av barnekonvensjonen eller andre konvensjoner.⁴⁰⁸ Alle barn har rett til å få sine rettigheter respektert og sikret, uavhengig av sårbarhet. Enkelte typer sårbarhet kan imidlertid gjøre at noen særskilte rettigheter kommer til anvendelse. Vurderingen av barnets beste må derfor gjøres på en måte som avdekker om noen særrettigheter kommer til anvendelse.

Blant forhold som kan innvirke på sårbarheten til barn er kjønn, seksuell orientering, kjønnsidentitet, religion, nedsatt funksjonsevne, migrasjon eller oppholdsstatus, statsborgerskap, alder og økonomisk eller politisk status.⁴⁰⁹ Mange av disse faktorene henger sammen med risikoen for diskriminering. Diskriminering setter barn i en sårbarsituasjon, ettersom det innebærer at barn ikke får ivaretatt sine rettighetsbeskyttede interesser. Slike sårbarhetsfaktorer kan innvirke på vurderingen av om barnet kan følge med en utvist forleder. De kan også innvirke på en barnets beste-vurderingen og vekting hvis det er barnet som er utvist.

Barn med nedsatt funksjonsevne anses å tilhøre en av de mest sårbare gruppene barn.⁴¹⁰ De vil kunne oppleve store vansker hvis de må følge med en utvist forelder, samtidig som de kan ha et særlig behov for å ha forelderen sammen med seg i Norge. Hvis barnet har nedsatt funksjonsevne kan det altså medføre at barnet har tungtveiende interesser i at forelderen ikke utvises. Hvor tungtveiende barnets beste vil være kan imidlertid avhenge av om landet barnet

⁴⁰⁶ Se for eksempel Dok.16 (2011–2012) s. 186.

⁴⁰⁷ Dok.16 (2011–2012) s. 186 og Rand Sigurdson, «Barns krav på respekt for sitt menneskeverd», i *Rettsvitenskap under nordlys og midnattssol. Festskrift ved det Juridiske fakultets 30-års jubileum. UIT Norges arktiske universitet*, Trude Haugli, Gunnar Eriksen og Ingvild Ulrikke Jakobsen (red.) (Bergen 2018) s. 289–306 (s. 297).

⁴⁰⁸ CRC GC nr. 14 avsnitt 75.

⁴⁰⁹ CRC GC nr. 3/22 avsnitt 3.

⁴¹⁰ CRC GC nr. 9 avsnitt 9.

eventuelt vil måtte bosette seg i har et godt utbygd helsevesen og barnets omsorgsbehov og andre behov vil bli ivaretatt der.

Barn kan være særlig sårbare eller i en sårbar situasjon selv om de ikke tilhører en gruppe som ofte regnes som sårbar. I Nunez mot Norge slo EMD fast at de to barna som ble berørt av utvisningsvedtaket mot moren, måtte regnes som «vulnerable».⁴¹¹ Dette fordi de hadde opplevd stress, var små og hadde vansker med å forstå begrunnelsen for en adskillelse fra sin mor.⁴¹² Dommen illustrerer at sårbarhetsvurderingen må gjøres konkret i hver sak.

Utvisningsvedtaket vil i seg selv bidra til å øke barns sårbarhet. Utvisning et svært inngripende vedtak for barn. Vedtaket kan ramme barn svært hardt, ved at det kan innebære en varig eller tidsbegrenset familiesplittelse. Hvis barnet må leve lenge med usikkerhet knyttet til en utvisningssak kan det være en betydelig påkjenning for barnet og skape stressreaksjoner.

Barn som blir berørt av utvisningssaker kan være i en sårbar situasjon som følge av at deres mulighet for å bli i Norge eller for å få leve sammen med sine foreldre, er usikker. Samtidig kan de i likhet med andre barn være sårbare som følge av rekke ulike individuelle forhold. Vurderingen og vektingen av barnets beste må gjøres på en måte som avdekker om og på hvilken måte barnet er sårbart eller i en sårbar situasjon.

7.4 Statens interesser

7.4.1 Legitime formål/interesser

Trusselen om utvisning med grunnlag i overtredelser av bestemmelser i utlendingsloven skal sørge for en effektiv etterlevelse av utlendingslovens bestemmelser.⁴¹³ Utvisningsreglene med grunnlag i overtredelser av straffeloven har blant annet som formål å beskytte samfunnet mot personer som kan utgjøre en samfunnsfare og bidra til respekt for norske lover og regler.⁴¹⁴

At formålet med utvisning er i tråd de hensyn utlendingsloven skal ivareta er ikke tvilsomt. Legitime formål ved inngrep i retten til familie - og privatliv angitt er angitt i EMK art. 8 nr. 2. Utvisning begrunnet i brudd på straffelovgivningen anses å være i tråd med formålet om å forebygge uorden og kriminalitet angitt i bestemmelsen.⁴¹⁵ I tillegg har EMD i mange saker akseptert at «immigration control, which serves the general interests of the economic well-

⁴¹¹ Nunez mot Norge avsnitt 81.

⁴¹² Nunez mot Norge avsnitt 81. At barna var små ble også vektlagt av mindretallet i Høyesterett, Rt. 2009 s. 534 avsnitt 88 med videre henvisning til CRC GC nr. 7 avsnitt 18.

⁴¹³ NOU 2004: 20 s. 303 og Ot.prp.nr. 75 (2006–2007) s. 290.

⁴¹⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 288.

⁴¹⁵ Boutlif mot Sveits avsnitt 44–45, Maslov mot Østerrike avsnitt 67 og Udeh mot Sveits avsnitt 42.

being of the country» forfølger et legitimt formål.⁴¹⁶ Utgangspunktet er altså at de interessene som søkes ivarettatt i utvisningssaker, er legitime.

Barnekomiteen har imidlertid kommet med uttalelser som tyder på at ikke alle interesser anses å være legitime i en avveining mot barnets beste.⁴¹⁷ I en uttalelse om «any decision to return a child to his or her country of origin» blir det uttalt at «[c]onsiderations such as those relating to general migration control cannot override best-interests considerations».⁴¹⁸ Uttalelsen ser ut til å rette seg mot situasjoner hvor det er spørsmål om å returnere et barn, og er ikke nødvendigvis direkte overførbar til utvisningssaker.⁴¹⁹ I en annen felleskommentar uttales imidlertid følgende:

The Committees are of the view that the rupture of the family unit by the expulsion of one or both parents based on a breach of immigration laws related to entry or stay is disproportionate, as the sacrifice inherent in the restriction of family life and the impact on the life and development of the child is not outweighed by the advantages obtained by forcing the parent to leave the territory because of an immigration-related offence.⁴²⁰

Uttalelsen tyder på at komiteene mener utvisning begrunnet i brudd på utlendingsloven ikke veier tungt nok til å gå foran barnets beste. Komiteene ser ikke ut til å utelukke at utvisning av foreldre som har begått brudd på straffelovgivningen kan veie tyngre enn barnets beste, men understreker at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i slike saker.⁴²¹

Selv om norsk rett åpner for utvisning med grunnlag i overtredelser av utlendingsloven, er komiteenes oppfatning verd å ta med seg i forholdsmessighetsvurderingen. Statens interesser kan vanskelig være like tungtveiende ved brudd på utlendingsloven som ved alvorlige straffelovbrudd.⁴²² Dermed vil utvisning begrunnet i brudd på utlendingsloven lettere være uforholdsmessig overfor barnet enn når utvisningen er begrunnet i alvorlig kriminalitet. Dette gjenspeiles også ved at det ved mindre alvorlige brudd på utlendingsloven ikke skal benyttes utvisning dersom utlendingen har barn, og øvrige vilkår i utlendingsforskriften § 14-1 første ledd er oppfylt.

⁴¹⁶ EMDs storkammerdom 24. mai 2016, *Biao mot Danmark* avsnitt 117.

⁴¹⁷ Om utgangspunktet, se CRC GC nr. 14 avsnitt 39 og CRC GC nr. 3/22 avsnitt 28.

⁴¹⁸ CRC GC nr. 3/22 avsnitt 33.

⁴¹⁹ Se første og andre setning i avsnitt 33 i CRC GC nr. 3/22.

⁴²⁰ CMW/CRC GC nr. 4/23 avsnitt 29.

⁴²¹ CRC GC nr. 4/23 avsnitt 29.

⁴²² Se EMDs dom 1. desember 2016, *Salem mot Danmark* avsnitt 76.

7.4.2 Egnethet

Et inngrep må være egnet til å ivareta de interesser det legitimeres i. Egnethetskravet henger sammen med nødvendighetskravet, som gjelder ved inngrep i blant annet EMK art. 8. Hvis en utvisningen skal anses nødvendig for å ivareta statens interesser, må den være egnet til å ivareta nettopp disse interessene.⁴²³ Et inngrep kan neppe være forholdsmessig hvis det ikke er egnet til å ivareta statens interesser.

Vedtak kan virke på ulike måter, hvor noen er lettere å bedømme egenhetene av enn andre. I den konkrete saken er det klart at vedtaket er egnet til å ivareta formålet om å regulere hvor mange, og eventuelt hvem som får bosette seg her. De som får avslag eller blir utvist må forlate landet. Det er også et mål å påvirke andres atferd ved hjelp av utvisningsvedtak. Utvisningen skal virke preventivt og ha en signaleffekt.⁴²⁴

Spesielle saker, som ikke vil ha presedensvirkning, er normalt i liten grad egnet til å sende signaler til andre. Målgruppen saken skal sende et signal til blir i alle fall veldig snever, noe som taler for at statens interesser ikke kan være særlig tungtveiende. Det kan for eksempel være saker hvor et barn er sykt eller har nedsatt funksjonsevne. Saken som ble behandlet i Kaplan med flere mot Norge er derfor en sak som neppe var særlig egnet til å sende et signal. Her var datteren, som hadde alvorlig barnautisme, født etter at familien hadde vært i Norge en periode.⁴²⁵ Da saken ble behandlet av lagmannsretten, kom retten til at en utvisning av faren ville påføre barnet og hennes familien en «ekstraordinær påkjenning, som medfører at den blir uforholdsmessig».⁴²⁶ Videre mente retten at «verken allmennpreventive eller innvandringspolitiske hensyn [talte] med noen styrke mot et slikt resultat». Retten kom også inn på at den ekstraordinære situasjonen gjorde at avgjørelsen heller ikke ville være i strid med praksis i lignende saker med «lenge ventende» barn.⁴²⁷ Uttalelsene er illustrerende for hvordan spesielle saker kan medføre at de ikke er egnet til å ivareta innvandringsregulerende hensyn som er ment å ha en signalfunksjon.

⁴²³ EMDs plenumsdom 26. november 1991 *Observer og Guardian mot Storbritannia* er illustrerende for sammenhengen mellom egnethet og nødvendighet. Se særlig dommens avsnitt 66–70. Se også Jørgen Aall, *Rettstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Bergen 2018 s. 154.

⁴²⁴ Se for eksempel *Üner mot Nederland* avsnitt 56.

⁴²⁵ Kaplan med flere mot Norge avsnitt 14–16.

⁴²⁶ LB-2009-102660.

⁴²⁷ LB-2009-102660.

På grunn av karakteren til statens interesser, kan det være vanskelig å bedømme om en sak er helt uegnet til å ivareta disse. Virker saken mindre egnet til å ivareta statens interesser, kan det imidlertid påvirke vekten av disse.

7.4.3 Nødvendighet

Inngrep må være nødvendig for å ivareta de legitime interessene det er basert på.

Et vedtak som ikke er nødvendig for å ivareta statens interesser, men likevel går foran hva som er i barnets beste interesser, vil være uforholdsmessig overfor barnet.

I *Nunez mot Norge* går EMD inn på nødvendigheten av å kunne reagere med utvisning ved alvorlige og/eller gjentatte brudd på utlendingsloven:

If serious or repeated violations of the immigration law were to be met with impunity, it would undermine the public's respect for that law. Since an application for a residence permit would be rejected in the event of failure to meet the conditions for residence, a refusal of such an application would not in itself constitute a sanction for the provision of false information. Therefore, the possibility for the authorities to react with expulsion would constitute an important means of general deterrence against gross or repeated violations of the Immigration Act.⁴²⁸

Her er vises det altså til allmennpreventive hensyn, og behovet for å kunne utvise i slike saker kobles opp mot statens behov for å kunne påvirke atferden til andre utlendinger. I utgangspunktet anses altså utvisning som et nødvendig virkemiddel.

I HR-2019-2286-A tar retten opp om en utvisning kan være nødvendig hvis det finnes andre sanksjoner som kunne vært benyttet.⁴²⁹ Høyesteretten aviste at det gjelder et slikt nødvendighetskrav og pekte på at det «er en oppgave for lovgiveren – innenfor de rammer som følger av våre internasjonale forpliktelser – å vurdere hvilke reaksjoner som bør benyttes ved alvorlige brudd på utlendingsloven hvor hensynet til barns beste taler for at en av foreldrene ikke sendes ut av landet».⁴³⁰ Et generelt nødvendighetskrav av denne typen ser altså ikke ut til å gjelde.

Avslag på opphold og/eller vedtak om utvisning må imidlertid være nødvendig for å ivareta statens interesser i den konkrete saken. Det kan være forhold i saken som gjør at

⁴²⁸ *Nunez mot Norge* avsnitt 71. Se også EMDs dom 14. februar 2012, *Antwi med flere mot Norge* avsnitt 90.

⁴²⁹ HR-2019-2286-A avsnitt 98–103.

⁴³⁰ HR-2019-2286-A avsnitt 102–103.

nødvendighetskravet likevel ikke er oppfylt. I Butt mot Norge uttalte EMD at «the Court cannot but note the observation made by the High Court (in 2008) that, in view of the unusually long duration of the applicants' unlawful stay in Norway, it was questionable whether general immigration policy considerations would carry sufficient weight to regard the refusal of residence 'necessary in a democratic society'». ⁴³¹ Domstolen er inne på at lang, uforklarlig passivitet fra statens side, kan tyde på at avslag på opphold/utvisning ikke er nødvendig for å ivareta statens interesser. ⁴³²

Også ved utvisning av utlendinger med oppholdstillatelse, må «the time elapsed since the offence was committed and the applicant's conduct during that period» vurderes. ⁴³³ Har det gått lang tid siden lovbruddet, og utlendingen heller ikke har begått nye lovbrudd, tyder det på at utvisning ikke er nødvendig. Det er ikke bare statens passivitet som fanges opp av tidsmomentet, men også utlendingens etterfølgende atferd. ⁴³⁴ Staten kan ikke hevde at tungtveiende interesser gjør det nødvendig å utvise en utlending, for så å forholde seg helt passiv over en lengre periode etter å ha fått vite om lovbruddet. ⁴³⁵ Lang tid virker også inn på barnets interesser, men det fanges opp av vurderingssiden av barnets beste, og vil kunne påvirke den endelige avveiningen. ⁴³⁶

Utgangspunktet er følgelig at avslag på opphold eller utvisning ofte anses nødvendig for å ivareta statens legitime interesser. I konkrete saker, kan det likevel være forhold som gjør at nødvendighetskravet ikke er oppfylt.

7.4.4 Vekten av statens interesser

Vekten av statens interesser påvirkes av forholdene i den konkrete saken. Vektingen må ta utgangspunkt i de interessene staten søker å ivareta ved avgjørelsen. Etter utl. § 70, er «forholdets alvor», sentralt for å avgjøre om en utvisning vil være forholdsmessig. Av ordlyden følger det at jo mer alvorlig forholdet er, jo sterkere interesser har staten i å utvise utlendingen.

⁴³¹ Butt mot Norge avsnitt 85.

⁴³² Se også Nunez mot Norge avsnitt 84 og Kaplan med flere mot Norge avsnitt 98 hvor det fremkommer at også i disse dommene vektla EMD at det hadde gått lang tid før utlendingsmyndighetene fattet vedtak om utvisning.

⁴³³ Boutlif mot Sveits avsnitt 48 og Maslov mot Østerrike avsnitt 68.

⁴³⁴ Se f.eks. EMDs dom 24. november 2009, *Omojudi mot Storbritannia* avsnitt 47.

⁴³⁵ Utvisning av personer med midlertidig eller permanent oppholdstillatelse må vedtas innen ett år etter ilagt eller sonet straff i Norge, jf. utl. §§ 67 første ledd og 68 første ledd.

⁴³⁶ Se Boutlif mot Sveits avsnitt 48 og Maslov mot Østerrike avsnitt 68 hvor et moment er «the length of the applicant's stay in the country from which he or she is to be expelled».

Utvisningsgrunnlaget og graden av alvorlighet i de handlingene som aktualiserer grunnlaget, danner følgelig utgangspunktet for vektingen av statens interesser.⁴³⁷

Videre er det en rekke momenter som har betydning for vurderingen av forholdets alvor. Vurderingen er konkret og skjønnsmessig. Momenter som har betydning ved utvisning begrunnet i straffbare forhold er blant annet:⁴³⁸

- strafferamme
- alvorlighetsgraden av de straffbare forholdet/lovbruddet
- utmålt straff eller særreaksjon
- tidligere straffbare forhold
- tid som har gått fra lovbruddet
- utlendingens atferd i perioden frem til vedtak
- nye straffbare forhold
- gjentakelsesfaren
- skjerpende omstendigheter
- formidlende omstendigheter

Listen er ikke uttømmende.

Alvorligheten av overtredelsen har også betydning når utvisningen er begrunnet i overtredelser av utlendingslovens regler.⁴³⁹ Sammenlignet med strafferettslige lovbrudd, fremstår de fleste overtredelser av utlendingsloven som mindre alvorlig. Vurderingen av alvorlighetsgraden må imidlertid hovedsakelig gjøres ut fra et forvaltningsrettslig perspektiv, ikke et strafferettslig.⁴⁴⁰ I den sammenheng er utlendingslovens formål sentral. Det samme er behovet for tillit til at opplysningene som gis er riktige, og at utlendingen forøvrig forholder seg lojalt til lovens regler.⁴⁴¹ Det er av betydning om lovbrudd rammer de kontrollhensynene som loven skal ivareta. Høyesterett har imidlertid presisert at «overtredelser av utlendingsloven kan ha svært ulik karakter».⁴⁴² Det må foretas en konkret vurdering av de aktuelle overtredelsene, og i hvilken

⁴³⁷ HR-2019-2286-A avsnitt 48.

⁴³⁸ Se Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 291, Üner mot Nederland avsnitt 57, Boultif mot Sveits avsnitt 48, Maslov mot Østerrike avsnitt 81 og UDI 2010-024 Utvisning av tredjelandsborgere punkt 11.3.

⁴³⁹ Se f.eks Rt. 2011 s. 948 avsnitt 38 og Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen* avsnitt 80.

⁴⁴⁰ Rt. 2009 s. 534 avsnitt 49 og 86. Saken ble behandlet av EMD i *Nunez mot Norge*, hvor Norge ble dømt for krenkelse av EMK art. 8.

⁴⁴¹ Rt. 2009 s. 534 avsnitt 49 og HR-2019-2286-A avsnitt 51. Se også *Antwi* med flere mot Norge avsnitt 90.

⁴⁴² Rt. 2011 s. 948 avsnitt 35.

grad de vanskeliggjør myndighetens arbeid.⁴⁴³ Også subjektive forhold, slik som graden av skyld, kan måtte trekkes inn i vurderingen.⁴⁴⁴

Noe som også kan påvirke vekten i begge typene saker er i hvor stor grad avgjørelsen er egnet og nødvendig for å ivareta statens interesser. Hvis saken for eksempel er spesiell, men likevel ikke helt uegnet til å ivareta statens interesser, vil de ofte ikke være særlig tungtveiende.

7.5 Snever forholdsmessighet/avveiningen

7.5.1 Innledning

For at det skal kunne vedtas utvisning må utvisningen ikke være uforholdsmessig over for utlendingen eller utlendingens familie, herunder barn, jf. utl. § 70. Her det kun vurderingen av forholdsmessigheten overfor barn som behandles.⁴⁴⁵

I saker som berører barn, skal hensynet til barnets beste være grunnleggende. Det innebærer at barnets beste skal veie tungt, altså tillegges stor vekt, i avveiningen.⁴⁴⁶ Hvor tungtveiende hva som er til barnets beste vil være i en konkret sak, må avgjøres konkret gjennom vurderingen og vektingen av det individuelle barnets beste. Avveiningen må derfor gjøres konkret. I de følgende punktene behandles ulike forhold som ofte innvirker på avveiningen.

7.5.2 Utgangspunktet for forholdsmessighetsvurderingen i saker som berører barn

Utlendingsdirektoratets forholdsmessighetsvurderingen må være i tråd med barns rettigheter etter Grl. §§ 102 og 104, BK art. 3 nr. 1, 9 og 16 og EMK art. 8, jf. utl. § 3, menneskerettsloven. § 3 og Grl. § 92.⁴⁴⁷

Forpliktelsene etter EMK art. 8 krever at når det er risiko for adskillelse mellom barn og foreldre, må UDI «advert to and assess evidence in respect of the [...] proportionality of any removal of a non-national parent in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it».⁴⁴⁸ Staten må altså vurdere og undersøke proporsjonaliteten ved en eventuell utsending av en forelder, for å sikre tilstrekkelig vektlegging av barnets interesser. Menneskerettsdomstolen har uttalt at «regard must be had to

⁴⁴³ Rt. 2011 s. 948 avsnitt 38 og 47.

⁴⁴⁴ Rt. 2011 s. 948 avsnitt 46.

⁴⁴⁵ Om forholdsmessighetsvurderingen overfor utlendingen selv, se UDI 2010-024 Utvisning av tredjelandsborgere punkt 11.4.

⁴⁴⁶ Se Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen* avsnitt 65 og HR-2019-2286-A avsnitt 107.

⁴⁴⁷ Se UDI 2010-024 Utvisning av tredjelandsborgere punkt 11.2 og UDI 2012-027V2.

⁴⁴⁸ *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109.

the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole».⁴⁴⁹ Når barn blir berørt, skal deres beste være «of paramount importance» i vurderingen av om det foreligger en «fair balance [...] between the competing interests of the individual and of the community as a whole».⁴⁵⁰ Det innebærer at barnets beste kan medføre at et vedtak som i utgangspunktet er forholdsmessig overfor en forelder, er uforholdsmessig overfor det berørt barnet.

I tråd med EMDs praksis har Høyesterett lagt til grunn at barnets beste utgjør et tungtveiende element i forholdsmessighetsvurderingen som må gjøres når Grl. § 102 kommer til anvendelse.⁴⁵¹

Etter Grunnloven § 104 annet ledd og BK art. 3 nr. 1 skal barnets beste være «a primary consideration»/«et grunnleggende hensyn». Barnekomiteen har uttalt følgende:

The expression `primary consideration` means that the child's best interests may not be considered on the same level as all other considerations. This strong position is justified by the special situation of the child: dependency, maturity, legal status and, often, voicelessness.⁴⁵²

Barnets beste skal altså ha høy prioritet, slik det også kommer frem av ordlyden i art. 3 nr. 1.⁴⁵³ De overordnede kravene som er oppstilt av EMD og Høyesterett, er i tråd med dette.⁴⁵⁴

Avveiningen i den konkrete saken vil bero på vurderingen og vektingen av barnets interesser og vektingen av statens interesser, med utgangspunkt i at barnets beste må gis høy prioritet og veie tungt i forholdsmessighetsvurderingen.

7.5.3 Nyanseforskjeller ved ulike typer utvisningsgrunnlag

Selv om utgangspunktet ligger klart, har EMD og Høyesterett trukket frem litt ulike elementer ved utvisninger med grunnlag i straffelovbrudd og utvisninger begrunnet i overtredelser av utlendingsloven.

Etter EMDs praksis er det enkelte forskjeller ut fra den utvistes oppholdsstatus. En utvisning av en utlending med oppholdstillatelse, anses alltid som et inngrep i privatlivet, enten alene

⁴⁴⁹ Nunez mot Norge avsnitt 68.

⁴⁵⁰ Se Jeunesse mot Nederland avsnitt 109 sammenholdt med avsnitt 106 og Nunez mot Norge avsnitt 78.

⁴⁵¹ Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen* avsnitt 66.

⁴⁵² CRC GC nr. 14 avsnitt 37.

⁴⁵³ Som fremhevet i CRC General Comment nr. 14 avsnitt 39.

⁴⁵⁴ UDI 2010-024 Utvisning av tredjelandsborgere punkt 11.2.

eller i tillegg til i familielivet, og statens negative forpliktelser kommer dermed til anvendelse.⁴⁵⁵ Hvis utlendingen derimot ikke hadde oppholdstillatelse, er terskelen for at privatlivet som er dannet i landet skal nyte et vern, høy.⁴⁵⁶ Det må foreligge «exceptional circumstances» for at det skal foreligge et inngrep i privatlivet.⁴⁵⁷ Utvises en forelder, griper det imidlertid inn i barnets rett til familieliv. Det er likevel ikke helt klart om slike saker anses å falle under statens positive eller negative forpliktelser.

Utlendingsdirektoratet må både respektere og sikre menneskerettighetene, jf. BK art. 2, EMK art. 1 og Grl. § 92, og har følgelig både negative og positive forpliktelser. Av EMD er det fremhevet at statens positive and negative forpliktelser etter artikkel 8 «do not lend themselves to precise definition».⁴⁵⁸ I begge tilfeller «[t]he applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole».⁴⁵⁹ Utgangspunktet for avveiningen er altså den samme. Fordi den faktiske og rettslige situasjonen til en utlending med oppholdstillatelse er ulik situasjonen til en utlending uten oppholdstillatelse, er det imidlertid nyanseforskjeller, ved at ulike elementer kan gjøre seg gjeldende - og slå ulikt ut i avveiningen.⁴⁶⁰

For proporsjonalitetsvurderingen i saker hvor en forelder har begått **straffelovbrudd** har EMD kommet med en rekke kriterier.⁴⁶¹ Et av de er «the best interests and well-being of the children, in particular the seriousness of the difficulties which any children of the applicant are likely to encounter in the country to which the applicant is to be expelled», må vektlegges.⁴⁶² At EMD i etterfølgende storkammerdommer på generelt grunnlag har lagt til grunn at barnets beste skal være av «paramount importance» og at «such interests certainly must be afforded significant weight», tilsier at barnets beste må være tungtveiende også når utlendingen har begått alvorlige lovbrudd.⁴⁶³ Domstolen har imidlertid presisert at i saker hvor utlendingen har begått alvorlige lovbrudd «the decision first and foremost concerns the offender».⁴⁶⁴ Videre har EMD fått frem at «the nature and seriousness of the offence

⁴⁵⁵ Üner mot Nederland avsnitt 59.

⁴⁵⁶ Butt mot Norge avsnitt 79–80.

⁴⁵⁷ Butt mot Norge avsnitt 79–80.

⁴⁵⁸ Se for eksempel Nunez mot Norge avsnitt 68.

⁴⁵⁹ Nunez mot Norge avsnitt 68.

⁴⁶⁰ Som presisert i Jeunesse mot Nederland avsnitt 104–105.

⁴⁶¹ Se for eksempel Boutlife mot Sveits, Üner mot Nederland, Maslov mot Østerrike og Udeh mot Sveits.

⁴⁶² Üner mot Nederland avsnitt 58. Formuleringen er senere gjentatt, Udeh mot Sveits avsnitt 45.

⁴⁶³ Jeunesse mot Nederland avsnitt 109 med videre henvisninger.

⁴⁶⁴ EMDs dom 1. desember 2016, *Salem mot Danmark* avsnitt 76.

committed or the offending history may outweigh the other criteria to take into account».⁴⁶⁵

Uttalelsen står imidlertid ikke i motsetning til at barnets beste skal være av grunnleggende betydning. Dette er utgangspunktet i alle saker som berører barn, men hvis den utviste har begått alvorlige lovbrudd veier det tungt, og det skal dermed mye til for at barnets beste blir avgjørende.

Momenter som ofte gjør seg gjeldende i vurderingen når utvisningsgrunnlaget er strafflovbrudd er blant annet:

- barnets alder
- kan barnet kan følge med forelderen, og hvilke vansker vil det i så fall oppleve
- barnets omsorgssituasjon og avhengighet til forelderen
- kan barnet opprettholde personlig og regelmessig kontakt med forelderen/foreldrene
- barnets sårbarhet for en adskillelse eller hvis det må forlate Norge
- barnets mening
- hvor nødvendig og egnet er utvisningen til å ivareta statens interesser
- alvorlighetsgraden av de straffbare forholdet/lovbruddet
- tid som har gått fra lovbruddet
- utlendingens atferd i perioden frem til vedtak
- skjerpene omstendigheter
- formidlende omstendigheter
- hvorvidt familielivet ble etablert før eller etter at ektefellen burde forstått at utvisning kunne være aktuelt

Listen er ikke uttømmende.⁴⁶⁶

Ved utvisning med grunnlag i brudd på utlendingsloven er det av betydning at EMD gitt uttrykk for en høy terskel hvis familielivet ble opprettet, når utlendingen viste at «immigration status in the country was such that the persistence of that family life would [...] be

⁴⁶⁵ Salem mot Danmark avsnitt 76.

⁴⁶⁶ UDI 2010-024 Utvisning av tredjelandborgere punkt 11.5.

precarious».⁴⁶⁷ Det må foreligge «exceptional circumstances».⁴⁶⁸ Ble familielivet opprettet da det var usikkert om familiemedlemmene ville kunne bo sammen i landet, inngår barnets beste i vurderingen av om det foreligger usedvanlige omstendigheter. I Kaplan med flere mot Norge uttalte EMD for eksempel at hvorvidt det «removal of the first applicant from Norway was incompatible with Article 8 [...] on account of exceptional circumstances pertaining in particular to the best interests of the youngest child».⁴⁶⁹

Høyesterett har oppstilt en terskel om «uvanlig stor belastning» som langt på vei er ment å svar til EMDs «exceptional circumstances», og har uttalt følgende:

[D]er alvorlige brudd på utlendingsloven fører til at oppholdsgrunnlaget faller bort, vil utvisning i alminnelighet bare være uforholdsmessig overfor barna dersom det medfører uvanlig store, eller ekstraordinære, belastninger for dem. Inngrep i familielivet som ikke går utover det som må antas å være en alminnelig konsekvens av et utvisningsvedtak – økonomisk, sosialt og følelsesmessig – er ikke i seg selv tilstrekkelig til at inngrepet anses uforholdsmessig.⁴⁷⁰

Det understrekes imidlertid at hensynet til barnets beste er viktig og tungtveiende.⁴⁷¹ Det kan reises tvil om terskelen Høyesterett oppstiller, uten en nyansering i konkrete saker, er i tråd med Norges folkerettslige forpliktelser. Dommen mangler en grundig tolkning av hvilke krav barnekonvensjonen oppstiller. I tillegg viser Høyesterett til Rt. 2009 s. 534 og Rt. 2010 s. 1430, når terskelen oppstilles.⁴⁷² Begge disse dommene resulterte i at Norge ble dømt for krenkelse av EMK art. 8, og selv om det var konkrete forhold som innvirke på forholdsmessighetsvurderingen, så tyder dommene på at Høyesterett hadde satt terskelen for krenkelse for høyt. I tillegg viser EMDs praksis at flere elementer sammen kan utgjøre «exceptional circumstances», slik at en vurdering som utelukkende retter seg mot belastningen barna vil oppleve kan bli for snevrere i enkelte saker. At det oftest er barna, som er en helt uskyldig part, som rammes hardest, taler for også for at deres beste må tillegges stor vekt, og at det ikke kan settes som et generelt og absolutt krav om at de skal lide uvanlig stor belastning.⁴⁷³

⁴⁶⁷ Jeunesse mot Norge avsnitt 108 og EMDs dom 31. januar 2006, *Rodrigues Da Silva og Hoogkamer mot Nederland* avsnitt 39. I sistnevnte dom beskrives dette som en «important consideration».

⁴⁶⁸ Butt mot Norge avsnitt 79. Jeunesse mot Norge avsnitt 108 og *Rodrigues Da Silva and Hoogkamer mot Nederland* avsnitt 39.

⁴⁶⁹ Kaplan med flere mot Norge avsnitt 88. Se også *Nunez mot Norge*.

⁴⁷⁰ HR-2019-2286 avsnitt 107.

⁴⁷¹ HR-2019-2286-A avsnitt 108.

⁴⁷² HR-2019-2286-A avsnitt 93–94.

⁴⁷³ Se Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen* avsnitt 81.

Det er uansett klart at også når oppholdsgrunnlaget var usikkert da familielivet ble opprett, er det en rekke momenter som kan innvirke på avveiningen, for eksempel barnets tette bånd til den utviste forelderen, sårbarhet, og passivitet/lang tidsbruk fra statens side.⁴⁷⁴

Momenter som ofte gjør seg gjeldende i avveiningen ved utvisning begrunnet i brudd på utlendingslovens regler er blant annet:

- barnets alder
- kan barnet kan følge med forelderen, og hvilke vansker vil det i så fall oppleve
- barnets omsorgssituasjon og avhengighet til forelderen
- kan barnet opprettholde personlig og regelmessig kontakt med forelderen/foreldrene
- barnets sårbarhet for en adskillelse eller hvis det må forlate Norge
- barnets mening
- hvorvidt familielivet opprettet da det var usikkert om familiemedlemmene ville kunne bo sammen i landet
- alvorlighetsgraden av bruddet på utlendingsloven
- hvor nødvendig og egnet er utvisningen til å ivareta statens interesser
- passivitet fra statens side

Listen er ikke uttømmende. Mange av momentene i opplistingen over er av EMDs praksis, som følgelig gir viktig veiledning for avveiningen. Det er imidlertid ikke alltid EMD går i dybden på vurderingene. Domstolen overlater en skjønnsmargin til nasjonale myndigheter. Skjønnsmarginen er særlig begrunnet i at EMDs rolle i å sikre menneskerettighetene er subsidiær. Nasjonale myndigheter har det **primære ansvaret**, og UDI må derfor foreta grundige vurderinger i saker hvor de griper inn i menneskerettighetene. I tillegg har UDI ikke bare forpliktelser etter EMK, men også etter Grunnloven og BK ([link til veilederens punkt 2.4](#)). Dermed må UDI foreta en grundig og konkret vurdering av det individuelle barnets beste, i tråd med forpliktelsene etter EMK, så vel som Grunnloven og BK, før barnets beste avveies mot statens interesser.

⁴⁷⁴ Se f.eks Nunez mot Norge avsnitt 84, Kaplan med flere mot Norge avsnitt 98 og Jeunesse mot Nederland avsnitt 113–122.

Hvor lenge innreiseforbudet varer kan påvirke forholdsmessigheten av utvisningen i begge sakstypene.⁴⁷⁵

Selv om det er nyanse forskjeller ved avveiningen i de to sakstypene er utgangspunktet det samme. Barnets beste skal veie tungt, og individuelle forhold knyttet til det berørte barnet, og dets behov kan medføre at barnets beste blir særlig tungtveiende, og følgelig må bli avgjørende selv om statens interesser også veier tungt. Nøyaktig hvor tungtveiende barnets beste er i den konkrete saken må altså - som i andre saker vurderes konkret - ut fra det individuelle barnets behov, rettigheter og forholdene i den konkrete saken ([link til veiledernes punkt 4.4](#)).

Også hvis det er barnet selv som er utvist, skal barnets beste være av grunnleggende betydning.⁴⁷⁶ I Maslov mot Østerrike tok domstolen opp utvisning ved lovbrudd begått av en mindreårig.⁴⁷⁷ Her la EMD til grunn at «where expulsion measures against a juvenile offender are concerned, the obligation to take the best interests of the child into account includes an obligation to facilitate his or her reintegration», og viste til BK art. 40.⁴⁷⁸ Etter EMDs mening vil ikke reintegrering «be achieved by severing family or social ties through expulsion».⁴⁷⁹ Utvisning må følgelig «remain a means of last resort in the case of a juvenile offender».⁴⁸⁰ Domstolen understreker også at den «sees little room for justifying an expulsion of a settled migrant on account of mostly non-violent offences committed when a minor».⁴⁸¹ Uttalelsene tyder på at kun svært **alvorlige, voldelige lovbrudd** kan kvalifisere for utvisning ved lovbrudd begått av mindreårige. Utvisning av barn kan altså bare gjøres helt unntaksvis, som siste utvei.

7.6 Kilder og praksis

7.6.1 Menneskerettsdomstolen

- Ejimson mot Tyskland <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/ejimson-v.-germany/>
- Salem mot Danmark <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/salem-v.-denmark/>

⁴⁷⁵ Se UDI 2010-024 Utvisning av tredjelandsborgere punkt 11.5.2.

⁴⁷⁶ Maslov mot Østerrike avsnitt 82.

⁴⁷⁷ Det avgjørende, er i tråd med BK, om lovbruddet ble begått mens utlendingen var et barn.

⁴⁷⁸ Maslov mot Østerrike avsnitt 83.

⁴⁷⁹ Maslov mot Østerrike avsnitt 83.

⁴⁸⁰ Maslov mot Østerrike avsnitt 83.

⁴⁸¹ Maslov mot Østerrike avsnitt 84.

- Jeunesse mot Nederland <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/jeunesse-v.-the-netherlands/>
- Butt mot Norge <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/butt-v.-norway/>
- Antwi med flere mot Norge <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/antwi-and-others-v.-norway/>
- Nunez mot Norge <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/nunezvnorway/>
- Joseph Grant mot Storbritannia (utvisning/samvær/besøk) [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Joseph%20Grant%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-90402%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Joseph%20Grant%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-90402%22]})
- Maslov mot Østerrike (utvisning/familieliv/strek tilknytning/barnets beste) <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/maslov-v.-austria/>
- Ünner mot Nederland (alvorlig straffbar handling/sterk tilknytning/relevante momenter for forholdsmessighetsvurderingen) <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/uner-v.-the-netherlands/>
- Moustaquim mot Belgia (Sterk tilknytning/lovbrudd mens mindreårig) <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/moustaquim-v.-belgium/>
- Ciliz mot Nederland (Skilsmisse/barn/familieliv) <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/ciliz-v.-the-netherlands/>

7.6.2 Barnekomiteen

- Felles general comment nr. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and nr. 23 (2017) of the Committee, *on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return*, (CMW/CRC GC 4/23): <https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/general-comments-no-23-g1734365.pdf>

- Felles general comment nr. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and nr. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child, *on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration*, (CMW/CRC GC 3/22):
<https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/general-comments-no-22-g1734359.pdf>
- Felles general recommendation/general comment nr. 31/18, of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/general comment No. 18 of the Committee *on the Rights of the Child on harmful practices* (CEDAW/CRC C/GC 31/18):
<https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/general-comments-no-18-n1462778.pdf>
- General comment nr. 14 (2013), *on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), (CRC GC 14):
https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/fn_barnekonvensjon/crc_c_gc_14_7202_e.pdf
- General comment nr. 12 (2009), *The right of the child to be heard*, ():
<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnets-rettigheter/general-comment-12---engelsk.pdf>
- General comment nr. 6, *Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin* (CRC GC 6):
<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnets-rettigheter/general-comment-6---engelsk.pdf>

7.6.3 Høyesterett

- HR-2019-2286-A, *Djibouti* (utvisning/falsk identitet/barnets beste/EMK art. 8)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2019-2286-a/>
- HR-2016-935-U (utvisning/partsrettigheter)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/HR-2016-935-U/>
- HR-2015-00206-A/Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen* (utvisning/barnets beste/EMK art. 8)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2015-00206-a/>

- HR-2013-704-A/Rt. 2013 s. 449 (avslag på oppholdstillatelse/gyldighet av utvisningsvedtak/barnets beste)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2013-704-a/>
- HR-2011-1280/Rt. 2011 s. 948 (Utvisning/uforholdsmessig overfor barna)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2011-1280-a/>
- HR-2010-2033-A/Rt. 2010 s. 1430, *Kaplan* (utvisning/barn med barneautisme). Saken ble behandlet i EMD, hvor Norge ble dømt for krenkelse av EMK art. 8
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2010-2033-a/>
- HR-2009-00929-A/Rt. 2009 s. 534, *Nunez* (utvisning/små barn/EMK art. 8). Saken ble behandlet i EMD, hvor Norge ble dømt for krenkelse av EMK art. 8. EMD sluttet seg i stor grad til Høyesteretts mindretalls vurdering.
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2009-00929-a/>
- HR-2009-00930-A/Rt. 2009 s. 546 (utvisning/lav alder ved ankomst til Norge/svak tilknytning til hjemlandet)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2009-00930-a/>
- HR-2005-374-A/Rt. 2005 s. 229 (utvisning/barnets beste/forholdsmessighet overfor barna) <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2005-374-a/>
- HR-2000-23-A/Rt. 2000 s. 591 (utvisning/overgrep mot barn/innreiseforbud)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2000-23-a/>

7.6.4 Vedtak

8. Saker om familieinnvandring

8.1 Innledning

Familieinnvandring er viktig for at retten til familieliv etter Grl. § 102, EMK art. 8 og BK art. 16, skal ivaretas. Som i andre typer saker, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn i saker som berører barn, jf. Grl. § 104 annet ledd, BK art. 3 nr. 1 og utl. § 49 tredje ledd.

Barnets beste og retten til familie- og privatliv er komplementære. Barnets beste inngår som et tungtveiende element i avveiningen som må gjøres dersom et vedtak griper inn retten til familie- og privatliv.⁴⁸² Som oftest er det til et barns beste å leve sammen med sin nærmeste familie. Innvilges søknad om familieinnvandring, vil derfor normalt barnets beste ivaretas.

Familieinnvandring er detaljert i regulert i utlendingsloven og utlendingsforskriften.

Veilederen behandler ikke de enkelte reglene i detalj, men fokuserer på barns rettigheter, og da særlig hensynet til barnets beste og barns rett til familieliv. At barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle saker som berører barn, innebærer at rettigheten kommer til anvendelse både når det er barnet som er søker og foreldre eller annen nær familie er referanseperson, og når det er barnet som er referanseperson, mens en i nær familie er søker.⁴⁸³ I tillegg kan barn som verken er søker eller referanseperson bli berørt, for eksempel som barn til referansepersonen.

8.2 Menneskerettighetenes betydning i saker om familielinnvandring

Menneskerettighetene gir ikke en ubetinget rett til familieinnvandring.

Menneskerettsdomstolen har fastslått at «a State is entitled, as a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, to control the entry of aliens into its territory and their residence there».⁴⁸⁴ Utlendingsdirektoratet kan imidlertid være forpliktet til å innvilge oppholdstillatelse i konkrete saker etter retten til familieliv i bl.a. EMK art. 8, Grl. § 102, BK art. 9, 10 og 16. I tillegg har barn og foreldre rett til å få behandlet en søknad om familieinnvandring «in a positive, humane and expeditious manner», jf. BK art. 10 nr. 1.

⁴⁸² Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen* og HR-2019-2286-A, *Djibouti* avsnitt 44.

⁴⁸³ Se definisjonen av referanseperson i utl. § 39.

⁴⁸⁴ Se EMDs storkammerdom 3. oktober 2014, *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 100, med videre henvisninger. Se også avsnitt 107 i samme dom. Se videre Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) punkt 9.4.1, s. 182. Se også Felles general comment No 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No 23 (2017) of the Committee, *on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return*, (CMW/CRC GC 4/23) avsnitt 28.

Videre har barn som bor i en annen stat enn sine foreldre, rett til å opprettholde «personal relations and direct contacts with both parents», med mindre det foreligger «exceptional circumstances», jf. BK art. 10 nr. 2.

Retten til familieliv innebærer ikke bare at staten må avstå fra handlinger som splitter familiemedlemmer, men kan også kreve «positive measures to maintain the family unit, including the reunion of separated family members».⁴⁸⁵ EMD har gjentatte ganger understreket at både ved spørsmål om statens negative og positive forpliktelser «regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole».⁴⁸⁶ Videre har domstolen slått fast at «in a case which concerns family life as well as immigration, the extent of a State's obligations to admit to its territory relatives of persons residing there will vary according to the particular circumstances of the persons involved and the general interest».⁴⁸⁷

Familiebegrepet er dynamisk, som menneskerettighetene generelt.⁴⁸⁸ Båndet mellom mindreårige barn og deres foreldre hører til kjernen av det vernede familielivet.⁴⁸⁹ Også andre enn de biologiske foreldrene, herunder fosterforeldre, omfattes av familiebegrepet.⁴⁹⁰ Tilsvarende gjelder for søsken.⁴⁹¹

Som i andre avgjørelser som berører barn, skal barnet beste være et grunnleggende hensyn i, jf. Grl. § 104 annet ledd, BK art. 3 nr. 1 og utl. § 49 tredje ledd. Utlendingsdirektoratet må vurdere hva som er til det individuelle barnets beste.⁴⁹² Sentralt i vurderingen er hvordan barnets rettigheter og interesser/behov blir ivaretatt ved de mulige utfallene av saken.⁴⁹³

⁴⁸⁵ CMW/CRC GC 4/23 avsnitt 27. Se også Jeunesse mot Nederland avsnitt 105.

⁴⁸⁶ Jeunesse mot Nederland avsnitt 106.

⁴⁸⁷ Jeunesse mot Nederland avsnitt 107. Se også EMDs dom 4. desember 2012, *Butt mot Norge* avsnitt 78.

⁴⁸⁸ CMW/CRC GC 4/23 avsnitt 27.

⁴⁸⁹ Se BK art. 9, 18 og 20, General comment nr. 14 (2013), *on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)* (CRC GC 14) avsnitt 58–66 og EMDs dom 19. september 2000 *Gnahoré mot Frankrike* avsnitt 50 og EMDs dom 12. oktober 2006, *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga mot Belgia* avsnitt 75.

⁴⁹⁰ Se f.eks. EMDs storkammerdom 24. januar 2017, *Paradiso og Capanelli mot Italia* avsnitt 149, Jon Fridrik Kjølbro, *Den europeiske menneskerettigheds konvention - for praktikere*, 4. utgave, (København 2017) s. 788–789 og David Harris mfl., *Harris, O'Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave (Oxford 2018) s. 506–507. Barnekomiteen har lagt til grunn at foreldre kan omfatte «biological, adoptive or foster parents, or, where applicable, the members of the extended family or community as provided for by local custom», CMW/CRC GC 4/23 avsnitt 27.

⁴⁹¹ CRC GC 14 avsnitt 65, CMW/CRC GC 4/23 avsnitt 27 og Harris mfl. (2018) s. 507.

⁴⁹² Se veilederens punkt 4.4.2.1 ([link](#)).

⁴⁹³ Se veilederens punkt 4.4.2.2 ([link](#)).

Vurderingen må ha en fremtidsrettet karakter⁴⁹⁴, og ta utgangspunkt i individuelle forhold knyttet til barnet, dets situasjon og den konkrete saken.⁴⁹⁵

Utlendingsloven må tolkes i samsvar med internasjonale regler Norge er bundet av, jf. utl. § 3. Reglene for familieinnvandring er detaljert utformet og forsøkt tilpasset disse internasjonale forpliktelsene. Dersom det likevel oppstår motstrid, har menneskerettighetene, herunder barnets beste og retten til familieliv, forrang foran utlendingsregelverket, jf. mrl. § 3. Fordi både EMDs praksis og barnets beste fordrer at det foretas en individuell og konkret vurdering og avveining i den enkelte avgjørelse, må det foreligge en adgang til å innvilge opphold ut fra en skjønnsmessig vurdering. Dette åpner utl. §§ 49, 38 og de andre unntaksbestemmelsene knyttet til reglene om familieinnvandring for. For den skjønnsmessige vurderingen vil rettskilder tilknyttet EMK art. 8 og BK art. 3 nr. 1 være sentrale.

8.3 Hvem anses som barn i familieinnvandringssaker?

Når det er avgjørende for at det skal gis tillatelse etter reglene om familieinnvandring at søkeren er- eller har barn under 18 år, anses barnet å være under 18 år når søknaden med alle nødvendige opplysninger og vedlegg, er innkommet UDI innen 18-årsdagen, jf. utl. § 50.⁴⁹⁶ At grensen går ved 18 år, er i tråd med definisjonen av barn i BK art. 1.

Når en søknad først avgjøres etter barnets 18-års dag, må vilkårene være oppfylt både på 18-årsdagen og på vedtakstidspunktet, jf. utf. § 9-8.⁴⁹⁷

8.4 De ulike tilpasningene til barns rettigheter i regelverket

8.4.1 Innledning

Barn eller deres foreldre har i mange tilfeller rett til familieinnvandring. Vilråene i rettighetsbestemmelsene hviler på generelle hensyn og avveininger. Selv om rettighetsbestemmelsene ofte ivaretar barns beste, kan det i enkeltsaker være barn med sterke interesser i at opphold innvilges, som faller utenfor retten til opphold. Hvis vilråene i rettighetsbestemmelsene ikke er oppfylt, må først de mulige unntakene til vilråene vurderes. Er det for eksempel manglende inntekt som gjør at søkeren ikke har rett på

⁴⁹⁴ Se veilederens punkt 4.4.2.4 ([link](#)).

⁴⁹⁵ Se veilederens punkt 4.4.2.3 ([link](#)).

⁴⁹⁶ I motsetning til etter den tidligere definisjonen utlendingsforskriften 1990 § 23 annet ledd, er det ikke et generelt krav om at personen er uten ektefelle eller samboer for å regnes som barn, se sivilombudsmannens uttalelse i sak 2018/4025.

⁴⁹⁷ Se imidlertid EMDs dom 14. juni 2011, *Osman mot Danmark* avsnitt 55 om unge menneskers familieliv. Staten kan også ha forpliktelser overfor myndige, særlig når de har sterk tilknytning til familie i landet det søker opphold i.

familieinnvandring, må UDI vurdere unntaket fra kravet til sikret underhold etter utf § 10-11 første ledd. Dersom unntakene ikke kommer til anvendelse, kan det være nødvendig å innvilge opphold etter utl. §§ 49 eller 38 på grunnlag av sterke menneskelige hensyn.

8.4.2 Rettighetsbestemmelser

Oppholdstillatelse for barn er regulert av utl. § 42. Et barn under 18 år, «uten ektefelle eller samboer, har rett til oppholdstillatelse når begge foreldrene har eller får oppholdstillatelse som nevnt i § 40 første ledd», jf. § 42 første ledd. Det samme gjelder «barn under 18 år uten ektefelle eller samboer [...] når én av foreldrene har oppholdstillatelse som nevnt i § 40 første ledd, med mindre hensynet til barnets beste taler mot det», jf. § 42 annet ledd. I slike tilfeller gjelder et krav om at referansepersonen har foreldreansvar, enten alene eller sammen med den andre forelder. Ved felles foreldreansvar, kreves det samtykke fra den andre av foreldrene, «med mindre dette er umulig å innhente, eller særlige grunner tilsier at oppholdstillatelse uansett bør gis», jf. § 42 annet ledd. Formålet med samtykkekravet er at spørsmål om forelderansvar, daglig omsorg og samværsrett skal være avklart før barnet bosetter seg i Norge, og å hindre barnebortføring.⁴⁹⁸ Bestemmelsen gjelder også for adoptivbarn under 18 år, jf. § 42 tredje ledd.

Vilkåret om at barnet må være uten ektefelle eller samboer kan medføre at barnets beste ikke ivaretas. Barneekteskap vil som hovedregel ikke være til barns beste, men tvert imot en skadelig skikk barn skal vernes mot.⁴⁹⁹ Barnekomiteen har, sammen med komiteen for å avskaffe diskriminering av kvinner, uttalt at «a marriage of a mature, capable child below 18 years of age may be allowed in exceptional circumstances, provided that the child is at least 16 years of age and that such decisions are made by a judge based on legitimate exceptional grounds defined by law and on the evidence of maturity, without deference to culture and tradition».⁵⁰⁰ Unntaket er altså snevert. Dersom barnet er gift, er det derfor viktig at barnets beste vurderes grundig. Hvis ekteskapet ikke faller inn under det snevre unntaket hvor ekteskap kan være i tråd med barnets interesser, må barnets beste veie svært tungt i en vurdering av om opphold skal innvilges etter §§ 49 eller 38.

⁴⁹⁸ Se UDI 2013-003 Familieinnvandring for barn med én forelder i Norge.

⁴⁹⁹ Felles general recommendation/general comment No. 31/18, of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/general comment No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on harmful practices (CEDAW/CRC C/GC 31/18) avsnitt 20 flg. Se også EMDs dom 1. desember 2005, *Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland*.

⁵⁰⁰ CEDAW/CRC C/GC 31/18 avsnitt 20.

Familiegjenforening mellom **barn med opphold** etter §§ 28 og 34 og foreldre og søsken er regulert av utl. § 43. I motsetning til etter § 42 inneholder ikke § 43 et krav om at barnet skal være uten ektefelle eller samboer.⁵⁰¹ Bestemmelsen innebærer at foreldre og ugifte søsken under 18 år, som bor sammen med foreldrene, har rett til familiegjenforening med en enslig mindreårig som har fått beskyttelse i Norge. Når barnet har fått opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn etter utlendingsloven § 38, kommer ikke § 43 til anvendelse, og opphold må vurderes etter § 49.⁵⁰² Det er et vilkår for opphold etter § 43 at søkeren skal bo sammen med barnet, jf. § 43 første ledd.

En forelder til et norsk barn, har rett til oppholdstillatelse for å bo med barnet i Norge, med mindre søkeren skal bo sammen med barnets andre forelder, jf. utl. § 44 første ledd.⁵⁰³

Skal barnet bo fast sammen med den andre forelderen, kan en forelder likevel ha rett til opphold hvis det skal utøves **samvær**, jf. utl. § 45. For å ha rett til opphold må forelderen ha bodd sammen med barnet eller ha utøvet samvær av et visst omfang det siste året i utlandet, ha samværsrett av et visst omfang i riket og sannsynliggjør at samvær vil bli utøvet, jf. § 45 første ledd. Kravet til samværets omfang tilsvarer «en ettermiddag i uken, annenhver helg, fjorten dager i sommerferien, samt jul eller påske», jf. utf. § 9-3 annet ledd. Høyesterett har uttalt at dette tilsvarer omtrent 100 timer i måneden.⁵⁰⁴ Ved mindre samværet kan tillatelse innvilges dersom «særlige grunnet taler for det», jf. utf. § 9-3 tredje ledd. I vurderingen av om det foreligger særlige grunner, skal blant annet «varigheten av tidligere samliv og samvær mellom forelderen og barnet, barnets alder, at samvær i en kort periode er vanskelig gjort på grunn av store avstander, eller at det foreligger en plan for opptrapping til samvær av nødvendig omfang» vektlegges, jf. § 9-3 tredje ledd.⁵⁰⁵

Hvis vilkårene i utl. § 45 og utf. § 9-3 ikke er oppfylt, kan det være aktuelt å innvilge opphold etter utl. § 49.⁵⁰⁶ For eksempel påpekes det i forarbeidene at dersom søkeren ikke tidligere har hatt kontakt med barnet, må opphold vurderes etter § 49.⁵⁰⁷ Foreldre kan også innvilges korttidsopphold for å besøke barn i Norge etter utl. § 47.

⁵⁰¹ Se sivilombudsmannens behandling av denne tematikken i sak 2018/4025.

⁵⁰² Se UDI 2010-068 Familieinnvandring med barn som har oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn.

⁵⁰³ Se også § 44 annet ledd.

⁵⁰⁴ HR-2017-2376-A avsnitt 38.

⁵⁰⁵ Se også EMDs dom 8. januar 2009, *Joseph Grant mot Storbritannia* og EMDs dom 11. juni 1988, *Berrehab mot Nederland*.

⁵⁰⁶ Se HR-2017-2376-A.

⁵⁰⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 215.

Utlendingsloven § 52 regulere når en foreldre har rett til **ny oppholdstillatelse for å videreføre samvær** med barn i Norge, og for å videreføre samvær mellom barnet og den andre foreldre i Norge. Vilkårene for at søkeren skal ha rett til opphold for å videreføre samvær, er at søkeren har oppholdt seg i Norge det siste året, barnet oppfyller vilkårene etter § 40 første ledd og har opphold i riket sammen med den andre av foreldrene som barnet bor fast sammen med, og søkeren har samværsrett av et visst omfang og benytter denne, jf. utl. § 52 første ledd. Er oppholdstillatelse nødvendig for å videreføre samvær med barnets andre forelder, er det denne som må oppfylle kravene i § 40 og ha samværsrett av et visst omfang, jf. § 52 annet ledd. Annet ledd gjelder «tilsvarende for barnet dersom barnet mistet oppholdstillatelsen som følge av at forelderen som barnet bor fast sammen med, mistet sin tidligere oppholdstillatelse» jf. § 52 tredje ledd. Selv om vilkårene om samvær ikke er oppfylt, kan det i alle tilfellene gis ny oppholdstillatelse dersom det sannsynliggjøres at vilkåret vil være oppfylt i løpet av et angitt tidsrom, som ikke overstiger ett år, jf. § 52 fjerde ledd.

Selv om vilkårene i rettighetsbestemmelsene er oppfylt, finnes det noen unntak fra retten til familieinnvandring. Blant annet kan oppholdstillatelse nektes dersom familielivet kan utøves trygt i et land som familien samlet sett har sterkere tilknytning til, og referansepersonen har oppholdstillatelse etter §§ 28, 35 eller 34, jf. § 51 tredje ledd. Barnets beste må imidlertid være et grunnleggende hensyn i en vurdering av om familielivet kan utøves utenfor Norge. I en slik vurdering vil barnets tilknytning til de aktuelle landene være av sentral betydning.

8.4.3 Familieetablering

For familieetablering gjelder det et krav til referansepersonen om fire års arbeid eller utdanning etter utl. § 40a.⁵⁰⁸ Kravet gjelder likevel ikke hvis ekteskapet var inngått eller partene har unnfanget barn før tidspunktet for referansepersonens innreise i riket, eller partene har inngått ekteskap eller unnfanget barn mens begge har hatt oppholdstillatelse i Norge, jf. § 40a annet ledd. I tillegg kan det gjøres unntak hvis hensynet til familiens enhet taler for det, jf. utl. § 40a tredje ledd. Unntaket åpner dermed for at barns interesser i å leve med sine foreldre, kan ivaretas.

8.4.4 Underholdskravet

Ved familieinnvandring gjelder det i utgangspunktet et krav til underhold og bolig, jf. utl. § 58. Krav om framtidig inntekt gjelder imidlertid ikke når referansepersonen er under 18 år, jf.

⁵⁰⁸ Se UDI 2010-190 Fireårskrav for familieetablering.

utf. § 10-8 fjerde ledd bokstav d. Det samme gjelder dersom søkeren er under 15 år, uten omsorgsperson i hjemlandet, utf. § 10-8 fjerde ledd bokstav e.⁵⁰⁹ Det innebærer at underholdskravet i utgangspunktet gjelder dersom et barnet som har omsorgsperson i hjemlandet eller er over 15 år, søker om familiegjengenforening med en forelder i Norge. Det kan imidlertid gjøres unntak fra kravene dersom «særlig sterke menneskelige hensyn» tilsier det, jf. utf. § 10-11 første ledd.⁵¹⁰ Når barn søker opphold etter utl. § 42 kan det også gjøres unntak dersom forelderen «åpenbart er i stand til å forsørge» barnet, jf. utf. § 10-11 annet ledd.

Unntaket «særlig sterke menneskelige hensyn» er ment å være snevert.⁵¹¹ Vurderingen beror på en konkret helhetsvurdering. I UDI-2010-118 nevnes vesentlige hindringer for at familien kan bo samlet i annet land, helsemessige forhold, tilknytning til Norge og hensynet til barnets beste som momenter som eksempel på relevante momenter i vurderingen.⁵¹² Under hensynet til barnets beste er det presisert at barnets alder, livssituasjon og omsorgssituasjon vil være sentralt for om det bør gjøres unntak fra underholdskravet.

I UDI 2017-002 legges det til grunn at det må foreligge «spesielle omstendigheter» for at barn over 15 år skal få unntak fra underholdskravet etter utf. § 10-11 første ledd.⁵¹³ At barnet akkurat har fylt 15 år, vil kunne ha betydning i vurderingen.⁵¹⁴ Hvis et avslag vil føre til splittelse av søskenflokket som har vokst opp sammen, skal barnets beste normalt tillegges avgjørende vekt, og unntak skal gjøres.⁵¹⁵ I likhet med ved en barnets beste vurdering for yngre barn, kan livssituasjon og omsorgssituasjon være relevant også for barn over 15 år. Fra EMDs praksis har omsorgssituasjonen, herunder om barnet risikerer å bli giftet bort betydning.⁵¹⁶ Det sammen kan barnets tilknytning til landet det søker opphold i, ha.⁵¹⁷

Også barn over 15 år, har rett til å få sitt beste lagt til grunn som et grunnleggende hensyn, og de har rett til familieliv. Adgangen til å gjøre unntak fra underholdskravet er viktige for å ivareta barns rettigheter og behov. Barnekomiteen og komiteen for migrasjonsarbeidere har uttrykt bekymring for at barn mellom 15 og 18 ofte blir «provided much lower levels of

⁵⁰⁹ Om tolkning av omsorgsperson, se GI-08/2011 Instruks om tolkning av utlendingsforskriften § 10-8 fjerde ledd bokstav e – Unntak fra underholdskravet når søkeren er barn under 15 år uten omsorgspersoner i hjemlandet – Tolkning av begrepet “omsorgspersoner” og UDI 2017-002 Unntak fra underholdskravet i familieinnvandringsaker.

⁵¹⁰ Se GI-08/2012 – Instruks om unntak fra underholdskravet, jf. utlendingsforskriften § 10-11.

⁵¹¹ UDI 2010-118 Krav om underhold i søknader om familieinnvandring punkt 8.1.1.

⁵¹² UDI 2010-118 Krav om underhold i søknader om familieinnvandring Punkt 8.1.1.

⁵¹³ UDI 2017-002 Unntak fra underholdskravet i familieinnvandringsaker punkt 3.2.3.

⁵¹⁴ UDI 2017-002 Unntak fra underholdskravet i familieinnvandringsaker punkt 3.2.3.

⁵¹⁵ UDI 2017-002 Unntak fra underholdskravet i familieinnvandringsaker punkt 3.2.4.

⁵¹⁶ Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland.

⁵¹⁷ Osman mot Danmark.

protection», og oppfordret til å sikre like standarder for denne aldersgruppen som for andre barn.⁵¹⁸ Også EMDs praksis viser at staten kan ha plikt til å innvilge opphold for barn over 15 år, for å ivareta deres rett til familieliv.⁵¹⁹ Selv om aldersgrenser ofte er basert på legitime hensyn, må et avslag også være «proportionate to the aim pursued», i den konkrete saken.⁵²⁰ Vurdering og avveiningen må følgelig gjøres konkret.

8.4.5 Adgangen til å fremme søknad fra Norge

Førstegangs oppholdstillatelse skal være gitt før innreise i riket, jf. utl. § 56 første ledd. En slik regel er godtatt av EMD som har slått fast at «in principle, Contracting States have the right to require aliens seeking residence on their territory to make the appropriate request from abroad. They are thus under no obligation to allow foreign nationals to await the outcome of immigration proceedings on their territory».⁵²¹ Barnets beste skal imidlertid være et grunnleggende hensyn i alle avgjørelser, og det vil normalt være til barnets beste at en søknad om familiegjengenforening realitetsbehandles, selv om den ikke er inngitt korrekt etter reglene i utlendingsloven.⁵²²

Utlendingsforskriften § 10-1 inneholder en opplisting over flere typer unntak som er relevante når barn blir berørt.⁵²³ I tillegg har UDI adgang til å gjøre unntak fra hovedregelen «når sterke rimelighetsgrunner tilsier det», jf. § 56 tredje ledd. Myndighetene skal «alltid av eget tiltak vurdere om det er sterke rimelighetsgrunner som tilsier at søknaden likevel bør tas til behandling», jf. utf. § 10-1 fjerde ledd. Terskelen for å realitetsbehandle søknaden skal være lavere i saker som berører barn.⁵²⁴ Dersom saken berører et barn som søkeren har omsorg for, må UDI vurdere hvilke konsekvenser vedtaket får for barnet.⁵²⁵

Fremgangsmåte ved søknad er regulert i utf. § 10-2. Utgangspunktet når søkeren oppholder seg utenfor Norge, er at søknad må fremmes ved personlig fremmøte på norsk utenriksstasjon, jf. tredje ledd. Bestemmelsen gjelder også barn, jf. § 10-2 sjette ledd. Dersom sterke rimelighetsgrunner tilsier det, kan imidlertid UDI samtykke i at søknad fremmes på annen måte, herunder ved at referansepersonen leverer søknaden, jf. § 10-2 syvende ledd. I UDI

⁵¹⁸ CMW/CRC GC 4/23 avsnitt 3.

⁵¹⁹ Se Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland og Osman mot Danmark.

⁵²⁰ Osman mot Danmark avsnitt 66-67.

⁵²¹ Jeunesse mot Nederland avsnitt 101.

⁵²² Se også Jeunesse mot Nederland.

⁵²³ Se også UDI 2013-007 Søke om oppholdstillatelse fra Norge.

⁵²⁴ UDI 2013-007 Søke om oppholdstillatelse fra Norge punkt 5.1.3.

⁵²⁵ UDI 2013-007 Søke om oppholdstillatelse fra Norge punkt 5.1.3.

2010-015 nevnes typetilfeller for når det kan være aktuelt å gi referansepersoner i Norge adgang til å fremme søknad fra riket på vegne av et barn.⁵²⁶ Disse er:

- begge biologiske foreldre bor i Norge og har foreldreansvar
- en av de biologiske foreldre bor i Norge og han/hun utvilsomt har foreldreansvaret alene

Hvis søkeren er fosterbarn av referansepersonen, anser UDI at det som regel er mest hensiktsmessig at søknaden fremmes via norsk utenriksstasjon.⁵²⁷ Adoptivforeldre og adoptivbarn behandles på samme måte som biologiske foreldre og biologiske barn.⁵²⁸

8.5 Opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn

8.5.1 Innledning

Både EMK art. 8 og barnets beste innebærer at det kan være nødvendig å innvilge opphold etter en konkret vurdering og avveining av individets, og herunder berørte barns interesser og statens interesser. En slik vurdering og avveining åpner utl. §§ 49 og 38 om opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn for.

Etter ordlyden gjelder § 49 første ledd i saker hvor avslaget skyldes at søker ikke faller inn under gruppen av familiemedlemmer som omfattes av §§ 40 til 53 og hvor vilkår knyttet til referansepersonens status, ikke er oppfylt. Bestemmelsen er ment å fungere som en sikkerhetsventil for å unngå urimelige resultat.⁵²⁹ Etter utl. § 38 første ledd kan det gis oppholdstillatelse selv om de øvrige vilkårene i loven ikke er oppfylt. Anvendelsesområdet til § 38 er altså generelt, mens § 49 er en særvariant. Av begge bestemmelsene følger det at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, noe som senker terskelen for å innvilge opphold når barn blir berørt sammenlignet med saker som kun berører voksne. De to bestemmelsenes skjønnsmessige utforming bidrar til at barnets beste og retten til familieliv kan ivaretas i saker som faller utenfor rettighetsbestemmelsene.

I saker som berører barn, må UDI vurdere hva som er til det individuelle barnets beste.⁵³⁰ Sentralt i vurderingen er hvordan barnets rettigheter og interesser/behov blir ivaretatt ved de

⁵²⁶ UDI 2010-015 Søknad om oppholdstillatelse fra riket på vegne av barn i utlandet punkt 3.

⁵²⁷ UDI 2010-015 Søknad om oppholdstillatelse fra riket på vegne av barn i utlandet punkt 3.3. Om oppholdstillatelse for fosterbarn, se utf. § 9-7 første ledd bokstav c og UDI 2010-011 familieinnvandring for fosterbarn.

⁵²⁸ UDI 2010-015 Søknad om oppholdstillatelse fra riket på vegne av barn i utlandet punkt 3.4.

⁵²⁹ Ot.prp nr. 75 (2006-2007) s. 226.

⁵³⁰ Se veilederens punkt 4.4.2.1 ([link](#)).

mulige utfallene av saken.⁵³¹ I familieinnvandringssaker vil normalt retten til familieliv være sentral, men som i andre saker kan også andre rettigheter og interesser være av betydning. Ofte vil innvandringsregulerende hensyn gjøre seg gjeldende i saker som vurderes etter §§ 49 og 38. Det innebærer at det, etter at barnets beste er vurdert og vektet, må de innvandringsregulerende hensynene vurderes, og hvis disse taler for en annen løsning enn den som er til barnets beste, må det til slutt foretas en avveining.

Vurderingen og vektingen av barnets beste, og avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn etter utl. § 38 er behandlet i et eget kapittel i veilederen.⁵³² Her behandles derfor bare særskilte spørsmål knyttet til familieinnvandring.

8.5.2 Vurderingen og vektingen av barnets beste

8.5.2.1 Familieliv og barnets beste

Som tidligere påpekt, er barnets beste og retten til familieliv komplementære. Normalt er det til barns beste å leve sammen med sin nærmeste familie, og familieinnvandring vil derfor bidra til å ivareta barns beste. Det nære forholdet mellom rettighetene gjør at samme momenter som er sentrale for vurderingen av om retten til familieliv kan begrenses, ofte også er relevante i vurderingen av barnets beste, samtidig som barnets beste vil være et selvstendig og tungtveiende element i førstnevnte vurdering.

Av EMD er det gjentatte ganger slått fast at:

[T]here is a broad consensus, including in international law, in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests are of paramount importance [...]. Whilst alone they cannot be decisive, such interests certainly must be afforded significant weight. Accordingly, national decision-making bodies should, in principle, advert to and assess evidence in respect of the practicality, feasibility and proportionality of any removal of a non-national parent in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it.⁵³³

Staten må altså foreta en grundig undersøkelse av de praktiske konsekvensene, gjennomførbarheten og forholdsmessigheten av et avslag på opphold som griper inn i

⁵³¹ Se veilederens punkt 4.4.2.2 ([link](#)).

⁵³² [Link til kapittel 6.](#)

⁵³³ Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

familielivet, med det formål å sikre at barnets beste gis en effektiv beskyttelse og tilstrekkelig vekt.

Barnets beste må vurderes og vektas **konkret i hver sak**. Barnekomiteen og komiteen for migrasjonsarbeidere har i en felles kommenter uttalt at:

[A]ssessing the child's best interests is a unique activity that should be undertaken in each individual case and in the light of the specific circumstances of each child or group of children, including age, sex, level of maturity, whether the child or children belong to a minority group and the social and cultural context in which the child or children find themselves.⁵³⁴

En vurderingen av hva som er til et barns beste må ta utgangspunkt i forhold knyttet til det konkrete barnet og dets behov.⁵³⁵ Alle elementer av betydning for vurderingen må tas i betraktning.⁵³⁶ Vurderingen av om vilkårene i § 49 første ledd er oppfylt kan dermed bli bredere, og med et noe annet siktemål enn i saker som kun berører voksne. Formålet i saker som berører barn er ikke bare å komme frem til om det foreligger sterke menneskelige hensyn, men også å komme frem til hva som best ivaretar barnets interesser. I HR-2017-2376-A slo førstvoterende fast at det etter § 49 i utgangspunktet er søkerens situasjon som utgjør vurderingstemaet, men dersom referansepersonen er et barn, innebærer barnets beste at vurderingen også må knyttes til barnet.⁵³⁷

Av EMD er det fastslått at statens plikt til å tillate utlendingen å bli i Norge vil variere ut fra «the particular circumstances of the persons involved and the general interest».⁵³⁸ Videre har domstolen uttalt at:

Factors to be taken into account in this context are the extent to which family life would effectively be ruptured, the extent of the ties in the Contracting State, whether there are insurmountable obstacles in the way of the family living in the country of origin of the alien concerned and whether there are factors of immigration control

⁵³⁴ Felles general comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child, *on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration* (CWC/CRC 3/22) avsnitt 31.

⁵³⁵ Se veiledernes punkt 4.4.2 ([link](#)).

⁵³⁶ Se veiledernes punkt 4.4.2 ([link](#)).

⁵³⁷ HR-2017-2376-A avsnitt 40.

⁵³⁸ Jeunesse mot Nederland avsnitt 107.

(for example, a history of breaches of immigration law) or considerations of public order weighing in favour of exclusion [...].⁵³⁹

I dette ligger blant annet at hvis familien rettslig og faktisk har mulighet til å forenes i et annet land de har tilknytning til, så skal det i normalt mye til før å nekte rett til familieinnvandring anses som uforholdsmessig.⁵⁴⁰ Et eksempel på at familien ikke kan leve sammen i opprinnelseslandet, er når et familiemedlem har behov for beskyttelse.

Selv om EMD benytter formuleringen «insurmountable» hindringer, viser praksis at også «a degree of hardship» ved å måtte nyte familielivet i opprinnelseslandet, vektlegges i saker som berører barn.⁵⁴¹ Det vil imidlertid normalt være et langt mer tungtveiende moment at det foreligger uoverstigelige hindre.

Når det skal tas stilling til hvorvidt barnet vil oppleve vansker hvis familielivet må opprettholdes i et annet land enn Norge, må UDI - som i andre typer saker - ta utgangspunkt i individuelle forhold knyttet til barnet og dets behov.

Barn som har oppholdt seg i Norge over tid, kan ha utviklet en sterk tilknytning til landet. Barn har rett til privatliv, jf. GrL § 102, EMK art 8 og BK art. 16. Privatlivet knyttes til - og formes av landet de bor i, personene der og forholdene i lokalsamfunnet. Dette kan gi sterke interesser i å bli i landet. Både personlige, sosiale og økonomiske relasjoner er en del av privatlivet som dannes gjennom opphold i landet.⁵⁴² Lovlig opphold nyter et sterkere vern etter EMDs praksis, enn ulovlig opphold.⁵⁴³ I en barnets beste-vurdering har imidlertid barnets tilknytning til landet betydning, også når tilknytningen er opparbeidet under ulovlig opphold. Alder kan ha betydning i vurderingen av barnets tilknytning. Yngre barn anses lettere for å kunne tilpasse seg forholdene i et nytt land, enn eldre ([link til punkt 7.3.2.1](#)).⁵⁴⁴ En sterk tilknytning til Norge, kan imidlertid medføre at familiegjenforening i et annet land medfører vanskeligheter også for yngre barn.

⁵³⁹ Jeunesse mot Nederland avsnitt 107. Se også Butt mot Norge avsnitt 78.

⁵⁴⁰ Se Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) punkt 9.4.1, s. 182.

⁵⁴¹ Jeunesse mot Nederland avsnitt 117. Se også uttalelsene i General comment nr. 6, *Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin* (CRC GC 6) avsnitt 82-84 og CMW/CRC GC 4/23 avsnitt 35.

⁵⁴² EMDs storkammerdom 9. oktober 2003, *Slivenko mot Latvia* avsnitt 96. Om en rett til å etablere og utvikle relasjoner til andre mennesker, se EMDs storkammerdom 16. desember 1992, *Niemietz mot Tyskland* avsnitt 29 og EMDs dom 28. januar 2003, *Peck mot Storbritannia* avsnitt 57.

⁵⁴³ Se f.eks EMDs uttalelse i Jeunesse mot Nederland avsnitt 104-105.

⁵⁴⁴ Se f.eks EMDs dom 31. juli 2008, *Darren Omoregie med flere mot Norge* avsnitt 66.

Hva som skal til for at EMD legger til grunn at barna, og eventuelt den andre forelderen, ikke kan bosette seg i et annet land enn oppholdslandet, varierer. For eksempel kan barnas helse ha betydning. I EMDs dom *Salem mot Danmark*, som gjaldt utvisning, hadde «several of the eight children [...] serious problems, including of a psychological and educational nature», og barnas helse medførte at de ikke kunne følge med faren.⁵⁴⁵

At en av foreldrene har oppholdstillatelse i Norge eller er norsk statsborger, kan påvirke vurderingen og vektingen av barnets beste. I slike saker kan det være vanskelig eller umulig for barnet å forlate Norge for å leve med den ene forelderen, fordi barnet da må forlate den andre.⁵⁴⁶

Noe annet som kan innvirke på barnets beste- vurderingen og vektingen, er barnets identitet og herunder nasjonalitet «upbringing, ethnic, cultural and linguistic background, particular vulnerabilities and protection needs».⁵⁴⁷

Barn i alle aldre har behov for omsorg for å oppnå en sunn utvikling. Denne interessen ivaretas ofte best av foreldrene. Barn har følgelig, i de fleste tilfeller, en sterk interesse i å nyte omsorg fra sine foreldre.⁵⁴⁸

Jeunesse mot Nederland gjaldt spørsmålet om staten hadde en positiv forpliktelse til å innvilge opphold til en mor. Av EMD ble det vektlagt at moren var den primære og faste omsorgspersonen for barna.⁵⁴⁹ Foreldrene bodde sammen, men faren jobbet fulltid og i skift. Han var derfor borte en del, også på kveldstid.⁵⁵⁰ Barna hadde altså en far som kunne tatt seg av dem hvis moren måtte forlate landet. Vurderingen knyttet seg følgelig ikke bare til barnas behov for omsorgen på et fysisk plan. Dette kunne de også fått av den gjenværende forelderen. Vurderingen så ut til å ta i betraktning også emosjonelle bånd, behovet for nærheten og tilknytningen til forelden. Det er i tråd med at barns sterke behov for omsorg ikke bare omfatter fysisk omsorg. Omsorg er viktig for barnets utvikling. Stabil og trygg tilknytning er i barns interesser. Hvor tungtveiende barnets interesser i stabil og trygg tilknytning er, kan variere, blant annet ut fra alder og sårbarhet.

⁵⁴⁵ EMDs dom 1. desember 2016, *Salem mot Danmark* avsnitt 77.

⁵⁴⁶ Se f.eks. EMDs dom 11. juli 2002, *Amrollahi mot Danmark*.

⁵⁴⁷ CRC GC 6 avsnitt 20.

⁵⁴⁸ Se f.eks. *Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland*.

⁵⁴⁹ *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 119.

⁵⁵⁰ *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 119.

Noen barn er mer sårbare, eller i en mer sårbar situasjon, enn andre. Manglende psykisk og fysisk modenhet og stort behov for omsorg og beskyttelse, er faktorer som kan gjøre barn særlig sårbart.⁵⁵¹ Hvis barnet er særlig sårbart eller i en sårbar situasjon kan det påvirke dets behov og hvilke rettigheter som gjør seg gjeldende. I en barnets beste-vurdering og vekting er det derfor nødvendig å ta stilling til barnets sårbarhet.

Etter EMDs praksis nyter allerede etablert familieliv sterkere vern, enn hvis innvandringen har som formål å etablere et familieliv.⁵⁵² Et viktig hensyn er «whether family life was created at a time when the persons involved were aware that the immigration status of one of them was such that the persistence of that family life within the host State would from the outset be precarious».⁵⁵³ I så fall vil et avslag kun innebære krenkelse når det foreligger «exceptional circumstances».⁵⁵⁴ Hvis barn blir berørt, må imidlertid deres beste vektlegges som et grunnleggende hensyn også i slike saker.⁵⁵⁵

Et inngrep eller en unnlattelse av å sikre retten til familieliv kan bli mindre inngripende hvis barn og foreldre kan opprettholde personlig og regelmessig kontakt. Muligheten til å opprettholde personlig og regelmessig kontakt, kan også innvirke på vurderingen og vektingen av barnets beste. Barn har rett til regelmessige, personlige samvær og direkte kontakt med begge sine foreldre, med mindre det er i strid med dets beste, jf. BK art. 9 nr. 3.⁵⁵⁶ Når barn og foreldre bor i forskjellige stater, har barnet «the right to maintain on a regular basis, save in exceptional circumstances personal relations and direct contacts with both parents», jf. BK art. 10 nr. 2.⁵⁵⁷ Vilkåret «exceptional circumstances» gjenspeiler, sammen med art. 9, barnets sterke interesser i å kunne møte sine foreldre jevnlig. At kontakt ikke er til et barns beste på grunn av slike forhold som nevnt i art. 9, må imidlertid anses også å falle inn under «exceptional circumstances» i art. 10 nr. 2.⁵⁵⁸

⁵⁵¹ Dok.16 (2011–2012) s. 186 og Rand Sigurdson, «Barns krav på respekt for sitt menneskeverd», i *Rettsvitenskap under nordlys og midnattssol. Festschrift ved det Juridiske fakultets 30-års jubileum. UIT Norges arktiske universitet*, Trude Haugli, Gunnar Eriksen og Ingvild Ulrikke Jakobsen (red.) (Bergen 2018) s. 289–306 (s. 297).

⁵⁵² Se Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) punkt 9.4.1, s. 182.

⁵⁵³ Jeunesse mot Nederland avsnitt 108.

⁵⁵⁴ Jeunesse mot Nederland avsnitt 108.

⁵⁵⁵ Jf. BK art. 3 nr. 1 og Grl. § 104 annet ledd, se også Jeunesse mot Nederland avsnitt 108.

⁵⁵⁶ Se også BK art. 20 nr. 1 og 22 nr. 2 annen setning om andre forpliktelser staten har når barn og foreldre er adskilt.

⁵⁵⁷ Se også uttalelsene i CRC GC 6 avsnitt 82-84 og CMW/CRC GC 4/23 avsnitt 35.

⁵⁵⁸ Se Jason M. Pobjoy og John Tobin, «The Right to Family Reunification», i *The UN Convention on the Rights of the Child*, Oxford 2019 s. 361.

Momenter som ofte er relevante, både i vurderingen og vektingen av barnets beste, og i om opphold må innvilges som følge av EMK art. 8 er blant annet:⁵⁵⁹

- konsekvensene for barnets familieliv, herunder om det i praksis blir brutt
- bevaringen av familien som enhet
- hindrer for at familielivet kan nytes i et annet land
- alvorlighetsgraden av vansker barnet vil oppleve dersom familielivet må i et annet land
- tilknytningen til Norge og øvrige land av betydning, herunder kulturell, språklig og familiemessig tilknytning
- barnets omsorgsbehov og hvordan det vil bli ivaretatt ved et avslag
- barnets avhengighet til foreldrene
- kan barnet opprettholde personlig og regelmessig kontakt med forelderen/foreldrene ved et avslag
- individuelle forhold knyttet til barnet, herunder alder, modenhet, helse og om det foreligger forhold som gjør det sårbart
- barnets mening

Listen er ikke uttømmende og noen av momentene er delvis overlappende. Hvilke momenter som er relevante vil variere ut fra sakstypen.

8.5.2.2 Betydningen av lengre adskillelse mellom foreldre og barn

Det hender at barn og foreldre oppholder seg adskilt for en lengre periode, for eksempel ved at et barn søker opphold mens foreldrene har blitt igjen i opprinnelseslandet, eller at barnet har blitt igjen i opprinnelseslandet uten foreldrene. Uavhengig av grunnen til adskillelsen har barnet rett til å få sitt beste lagt til grunn som et grunnleggende hensyn, men adskillelsen kan innvirke på elementene i vurderingen og vektingen av barnets beste, og på statens interesser.

Det skal mye til for at familielivet anses opphørt. Som BK art. 9 nr. 3 og 4 og 10 nr. 2 viser, er utgangspunktet at barnets relasjon til sine foreldre vernet selv om de lever adskilt. Av EMD er det lagt til grunn at «the concept of family on which Article 8 is based embraces, even where there is no cohabitation, the tie between a parent and his or her child, regardless of whether or

⁵⁵⁹ Se *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 118, EMDs dom 30. juli 2013, *Berisha mot Sveits* avsnitt 51, *Osman mot Danmark* 53 flg., *Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland* avsnitt 44, EMDs dom 28. november 1996, *Ahmut mot Nederland* 67 flg., EMDs dom 21. desember 2001, *Şen mot Nederland* avsnitt 40, EMDs dom 19. februar 1996, *Gül mot Sveits* avsnitt 38 flg., CRC GC 14 avsnitt 66, CMW/CRC GC 3/22 avsnitt 33 og CMW/CRC GC 4/23 32-38.

not the latter is legitimate».⁵⁶⁰ Videre har domstolen lagt til grunn at selv om båndet kan anses brutt ved senere hendelser, kan det bare skje ved «exceptional circumstances».⁵⁶¹ Dette gjelder også i utlendingssaker, og innebærer at terskelen er høy.⁵⁶² Hvis det er statens handlinger, for eksempel i form av omsorgsovertakelse, som fører til adskillelsen, kan «family ties [...] only be severed in very exceptional circumstances».⁵⁶³

At foreldre reiser fra barnet til et annet land for å søke opphold, er ikke alene nok til at vilkåret «exceptional circumstances», er oppfylt.⁵⁶⁴ I EMDs dom Gül mot Sveits hadde en far reist fra sin da tre måneder gamle sønn, for å søke asyl.⁵⁶⁵ Etter å ha fått opphold på humanitært grunnlag i Sveits, søkte faren om tillatelse til å hente gutten som da var blitt seks år, men fikk avslag. Avslaget var begrunnet i at vilkårene for familiegjennforening ikke var oppfylt og foreldrenes oppholdstillatelse ikke var av en slik karakter at de hadde rett til familiegjennforening. Domstolen kom til at det fremdeles eksisterte et familieliv mellom far og sønn.⁵⁶⁶ Det ble vektlagt at faren gjentatte ganger hadde søkt om opphold for sønnen og hadde besøkt han mange ganger i perioden.⁵⁶⁷

Selv om det kan være et moment at kontakt har vært opprettholdt ved besøk, kan det ikke nødvendigvis trekkes motsatt slutning av at besøk ikke har funnet sted. Det kan være ulike forhold som vanskeliggjør besøke.⁵⁶⁸ For eksempel frykt for forfølgelse, manglende nødvendige papirer, helse eller ulike praktiske eller økonomiske årsaker.

I Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland hadde en mor latt sin datter født i 1981 være igjen da hun flyktet fra Etiopia i 1989.⁵⁶⁹ I 1997 søkte moren og hennes nye mann om en «provisional residence visa» for datteren i Nederland. Søknaden ble avslått av myndighetene. Til tross for den lange tiden som var gått, var det ikke bestridt for EMD at familielivet fortsatt eksisterte.⁵⁷⁰

⁵⁶⁰ EMDs dom 7. August 1996, *C. mot Belgia* avsnitt 25.

⁵⁶¹ *C. mot Belgia* avsnitt 25.

⁵⁶² Gül mot Sveits avsnitt 33 og *C. mot Belgia* avsnitt 25.

⁵⁶³ EMDs storkammerdom 10. september 2019, *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 207.

⁵⁶⁴ Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga mot Belgia avsnitt 75, Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 41 og Gül mot Sveits avsnitt 30–32.

⁵⁶⁵ Gül mot Sveits avsnitt 7. For å få tilstrekkelig medisinsk behandling måtte moren også reise fra gutten fire år senere, avsnitt 8 og 9.

⁵⁶⁶ Gül mot Sveits avsnitt 33.

⁵⁶⁷ Gül mot Sveits avsnitt 33. Til tross for at det eksisterte et familieliv, kom EMD under dissens til at art. 8 ikke var krenket.

⁵⁶⁸ Se f.eks. Osman mot Danmark avsnitt 73, hvor slike forhold får betydningen i forholdsmessighetsvurderingen.

⁵⁶⁹ Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 8–18.

⁵⁷⁰ Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 41. Domstolen kom til at avslaget innebar en krenkelse av rettigheten.

Dommen illustrerer at det skal svært mye til for at en lengre adskillelse innebærer at familielivet har opphørt.⁵⁷¹ Noe annet er at lengre adskillelse kan påvirke ulike elementer i vurderingen og vektingen av barnets beste, og forholdsmessighetsvurderingen, f.eks. kan det ha betydning for barnets tilknytning til Norge og opprinnelseslandet. Lengre adskillelse vil også kunne ha betydning for tilknytningen til forelderen.

Det er ofte foreldrenes valg eller handlinger som har ført til adskillelsens. I *Osman mot Danmark* la EMD til grunn at «the exercise of parental rights constitutes a fundamental element of family life, and that the care and upbringing of children normally and necessarily require that the parents decide where the child must reside».⁵⁷² Domstolen har imidlertid presisert at «in respecting parental rights, the authorities cannot ignore the child's interest including its own right to respect for private and family life».⁵⁷³ Det samme gjelder barnets rett til å få sitt beste lagt til grunn som et grunnleggende hensyn. Foreldrenes handlinger eller valg kan ikke tillegges så stor betydning at barnets rettigheter settes til side. I dommen var det også et poeng at foreldrene ikke kunne forutsett konsekvensene av å sende barnet ut av landet, fordi lovbestemmelsen om familiegjennforening ble endret i ettertid.⁵⁷⁴ Hvor stor vekt det kan legges på foreldres handlinger uten at det krenker barnets rett til familie eller privatliv, er et vanskelig spørsmål. Det er imidlertid sentralt at vurderingen gjøres med utgangspunkt barnets behov og rettigheter, og at barnets mening vektlegges.

8.5.2.3 Barnets mening

Barn som er i stand til å danne seg sine egne synspunkt, har rett til å bli hørt, jf. GrL § 104 første ledd, BK art. 12, fvl. § 17 første ledd og utlendingsforskriften 17-3.⁵⁷⁵

Hva barnet må høres om, beror i stor grad på innholdet i vurderingen av hva som er til det beste for barnet. Dette er vurderinger som varierer fra sak til sak. Under forutsetningen av at barnet ønsker å gi uttrykk for sin mening, må det gis mulighet til å si sin mening om alle de ulike elementene som er relevante i vurderingen og vektingen av barnets beste.

Mange elementer som ofte er sentrale i vurderingen, er nært knyttet til barnets synspunkter. Retten til privatliv, tilknytning til Norge og retten til å bevare sin identitet, er for eksempel nært knyttet opp til barnets indre oppfatninger. Barnet er derfor normalt nærmest til å si noen

⁵⁷¹ Se også *Şen mot Nederland*.

⁵⁷² *Osman mot Danmark* avsnitt 73.

⁵⁷³ *Osman mot Danmark* avsnitt 73.

⁵⁷⁴ *Osman mot Danmark* avsnitt 75.

⁵⁷⁵ Se veiledernes punkt 4.3 ([link](#)).

om hvilke - og hvor sterke interesser det har i denne sammenheng. Hvis barnet ikke er hørt om denne typen rettigheter og interesser, er det en risiko for feilvurderinger, eller at rettigheter, interesser eller andre momenter av betydning, overses.

Andre forhold som kan være sentrale er blant annet forholdet til omsorgspersoner i Norge og hjemlandet, helsesituasjon, bekymringer knyttet til utlendingssaken, skolegang, venner, bosted og hvordan barnet ser for seg sin situasjon etter avgjørelsen.⁵⁷⁶ Hvilken situasjon barnet er i, vil kunne innvirke på hva samtalen med barnet bør ta opp.⁵⁷⁷

Barnets mening skal vektlegges i overensstemmelse med dets alder og modenhet, jf. GrL § 104 første ledd, BK art. 12, fvl. § 17 første ledd og utf. 17-3 tredje ledd. Det gjelder også når det tas stilling til hva som er til et barns beste. Når andre personer, slik som foreldrene kan ha sterke interesser i sakens utfall, er det imidlertid viktige at det legges til rette for at barnet kan uttrykke sin mening fritt, uten påvirkning fra andre. For eksempel ved å høre barnet selv, fremfor gjennom en representant.⁵⁷⁸ Utgangspunktet for flere typer familieinnvandringssaker er også at barn over 7 år, «skal» tilbys en samtale, med mindre det anses «åpenbart unødvendig», jf. utf. § 17-5 første ledd. Dette gjelder barn som søker alene, barn som søker gjenforening med én forelder, fosterbarn, enslige mindreårige barn som har flyktningstatus i Norge, og barn med oppholdstillatelse etter lovens § 38, dersom det er aktuelt å innvilge oppholdstillatelse til én eller begge foreldre etter lovens § 49 første ledd, jf. 17-5 første ledd.

Barn har en selvstendig rett til å bli hørt, uavhengig av om foreldrene ønsker at barnet skal høres.⁵⁷⁹ Utlendingsloven § 81 tredje ledd åpner derfor for at det gjennomføres samtale med barnet selv om foreldrene ikke samtykker. Vilkårene er at barnet ønsker det, og at det er nødvendig for å ivareta barnets rett til å bli hørt. Etter samme vilkår kan UDI også beslutte at samtale skal gjennomføres uten foreldrene til stede, jf. utl. § 81 tredje ledd, siste punktum.

8.5.3.4 Alder og modenhet

Ettersom det er forskjell på behovene til barn i ulike aldre, kan alder ha betydning for hva som er til deres beste og hvor tungtveiende deres beste må anses å være.⁵⁸⁰ Barn utvikler seg ulikt.

⁵⁷⁶ Se UDI 2010-043 Høring av barn i utlendingssaker – unntatt søknader om beskyttelse punkt 3.3.2 og 6.1.

⁵⁷⁷ Se UDI 2010-043 Høring av barn i utlendingssaker – unntatt søknader om beskyttelse punkt 3.3.2 og 6.1.

⁵⁷⁸ Se UDI 2010-043 Høring av barn i utlendingssaker – unntatt søknader om beskyttelse punkt 3 om gjennomføring av høringen.

⁵⁷⁹ Kirsten Sandberg, «Asylsøkende barns rettigheter», i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utgave Oslo 2020 s. 334-366 (s. 339).

⁵⁸⁰ CRC GC 14 avsnitt 48 og Berisha mot Sveits avsnitt 51, Nunez mot Norge avsnitt 19 og Jeunesse mot Nederland avsnitt 118.

Arv, miljø og om barnet er sykt eller har nedsatt funksjonsevne, kan innvirke. Alder må derfor suppleres med en konkret vurdering av modenhet.⁵⁸¹

Alder og modenhet kan innvirke på et barns sårbarhet. Både lav alder, og ungdomstiden kan bidra til sårbarhet, slik at hvorvidt barnets alder, og eventuelt modenhet medfører at barnet er sårbart, må vurderes konkret.⁵⁸² Alder og modenhet kan også innvirke på barnets omsorgsbehov og hvordan de takler adskillelse fra sine omsorgspersoner. For eksempel har små barn dårlige forutsetninger for å forstå omstendighetene rundt en adskillelse fra foreldrene/omsorgspersoner.⁵⁸³ Samtidig anses yngre barn å være mer tilpasningsdyktige hvis de må følge med en forelder, enn eldre.⁵⁸⁴ Aldersmomentet er likevel ikke entydig. Eldre barn kan ha et sterkt behov for omsorg fra en forelder, og yngre barn kan ha sterk tilknytning til Norge eller opprinnelseslandet sitt.

Et eksempel på en sak om opphold hvor barnets alder fikk betydning er EMDs dom Şen mot Nederland. I denne saken var Barnet var ni år da foreldrene søkte om familiegjennforening med henne. Hennes alder ble vektlagt som et moment for at staten hadde en forpliktelse til å innvilge søknaden.⁵⁸⁵ I Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland var jenta 15 år, altså en del eldre. I saken tok EMD opp om hennes alder «constitutes such a material difference that the present case ought, for that reason, to be distinguished from Şen, and lead to a different outcome».⁵⁸⁶ Domstolen kom til at den 15 år gamle jenta var mer avhengig av moren nå, enn tidligere. Dette skyldtes at bestemoren, i tråd med tradisjonen i hjemlandet, hadde tatt jenta ut av skolen, og at hun var kommet i den alderen hvor hun kunne bli giftet bort.⁵⁸⁷ Hvis jenta ikke fikk opphold, kunne ikke moren forhindre at hun ble giftet bort. Alderen tilsa dermed ikke et annet resultat enn i Sen.⁵⁸⁸ Alderen tilsa at hun hadde behov for den beskyttelsen hennes mor kunne gi henne.

⁵⁸¹ Barnekomiteen har fremhevet at det at «the implementation of rights should take account of children's development and their evolving capacities», FNs barnekomité, General Comment nr. 20, *on the implementation of the rights of the child during adolescence*, (CRC GC 20) avsnitt 1.

⁵⁸² FNs barnekomité, General comment nr. 7, *Implementing child rights in early childhood* (CRC GC 7) blant annet i avsnitt 2 bokstav (c) og (f) og avsnitt 36 og CRC GC 20 avsnitt 2.

⁵⁸³ Se f.eks. Nunez mot Norge.

⁵⁸⁴ Se f.eks. Jeunesse mot Nederland avsnitt 117.

⁵⁸⁵ Şen mot Nederland avsnitt 10, 13 og 40.

⁵⁸⁶ Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 48.

⁵⁸⁷ Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 50.

⁵⁸⁸ Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 50.

8.5.2.5 Barn som har fått opphold etter § 38 som enslige mindreårige asylsøkere

Foreldre til barn som har fått innvilget opphold etter § 38 fordi de er enslige mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur, har ikke rett til opphold. Opphold må vurderes etter § 49. I forarbeidene har departementet slått fast at «hvor oppholdstillatelse er gitt etter bestemmelsen om opphold på humanitært grunnlag, vil begrunnelsen som oftest være at foreldrene ikke har latt seg oppspore. Når foreldrene lokaliseres, vil det normalt ligge til rette for en gjenforening av familien i hjemlandet»⁵⁸⁹ Departementet mente likevel at det må være rom for konkrete skjønnsvurderinger etter § 49.⁵⁹⁰ Uttalelsen er i tråd med at barnets beste må vurderes og vektas konkret, med utgangspunktet i barnets behov og sakens karakter.⁵⁹¹

Som oftest vil det være til barns beste å vokse opp sammen med sine foreldre.⁵⁹²

Barnekomiteen har understreket at staten har en positiv forpliktelse, «where possible and if in the child's best interest, to reunify separated and unaccompanied children with their families as soon as possible».⁵⁹³ Det kan imidlertid være tilfeller hvor familiegjenforening ikke er til barnets beste. I BK art. 9 nr. 1 andre setning nevnes foreldres mishandling eller vanskjøtsel av barnet som eksempel på forhold som gjøre at det ikke er til barnets beste å bo med sine foreldre. Bestemmelsen er ment å gi veiledning også for vurderingen av spørsmålet om familiegjenforening.⁵⁹⁴ Vurderingen av om det er til barnets beste å gjenforenes med sine foreldre må, som i andre saker, gjøres konkret og barnets rett til å bli hørt må respekteres og sikres, jf. BK art. 12 og GrL § 104 første ledd.⁵⁹⁵ Noen barn kan ha sterke behov for å gjenforenes med sine foreldre enn andre, og dette vil kunne påvirke vektingen av barnets beste.

Hvis det er til barnets beste å leve med sine foreldre, må det tas stilling til om barnet kan gjenforenes med foreldrene i opprinnelseslandet eller annet land familien har tilknytning til. Om en slik vurdering har barnekomiteen og komiteen for migrasjonsarbeidere uttalt følgende:

The decision as to whether a child should be reunited with his or her family in the country of origin, transit and/or destination should be based on a robust assessment in which the child's best interests are upheld as a primary consideration and family

⁵⁸⁹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 218.

⁵⁹⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 218.

⁵⁹¹ Se også siste avsnitt i UDI 2010-068 Familieinnvandring med barn som har oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn.

⁵⁹² Slik BK art. 9 bygger på.

⁵⁹³ CRC GC 6 avsnitt 13.

⁵⁹⁴ CRC GC 6 avsnitt 81.

⁵⁹⁵ CRC GC 6 avsnitt 81.

reunification is taken into consideration, and which includes a sustainable reintegration plan where the child is guaranteed to participate in the process.⁵⁹⁶

Komiteene har videre presisert at familiegjenforening «in the country of origin should not be pursued where there is a “reasonable risk” that such a return would lead to the violation of the human rights of the child».⁵⁹⁷

Hvis det forelå en risiko for alvorlig krenkelser av menneskerettigheter ved en retur på det tidspunktet barnet søkte om oppholde Norge, vil barnet normalt ha fått innvilget opphold etter utl. § 28. Situasjonen kan imidlertid ha endret seg i ettertid, slik at det på vedtakstidspunktet foreligger risiko for forfølgelse eller annen alvorlig menneskerettskrenkelse, og så tilfelle vil familiegjenforening i opprinnelseslandet ikke være mulig. Barnets beste taler da med svært stor tyngde for at opphold må innvilges, ettersom det er eneste mulighet for at familien kan leve sammen. Hvis opphold etter § 38 ble innvilget som følge av både manglende omsorgspersoner ved en retur, og en risiko for menneskerettskrenkelser som ikke var så alvorlig at det tilsa rett til beskyttelse, kan det også være svært vanskelig for barnet å returnere til foreldrene.⁵⁹⁸ I forarbeidene til utlendingsloven la departementet til grunn at situasjonen i returområdet kan være slik at å returner barnet ville ha vært urimelig selv om foreldrenes oppholdssted hadde vært kjent på tidspunktet for vurderingen av barnets asylsøknad.⁵⁹⁹

Også i andre tilfeller kan barnets beste tale mot retur, for eksempel fordi barnet har utviklet en sterk tilknytning til Norge. Privatlivet til både barn og voksne knyttes til- og formes av landet de bor i, personene der og forholdene i lokalsamfunnet. Lovlig opphold nyter et sterkere vern etter EMDs praksis, enn ulovlig opphold.⁶⁰⁰ Selv om tilknytningen ikke skulle være sterk nok til å omfattes av rettighetene, kan det likevel være et sentralt element i vurderingen og vektingen av barnets beste. Jo sterke tilknytning til Norge, jo vanskeligere kan der være for barnet å måtte forlate landet. Barn som kommer til Norge uten foreldre eller andre omsorgspersoner, kan i tillegg ha knyttet sterke bånd til omsorgspersoner i Norge. Det kan etter omstendighetene gi en tilknytning til som er så sterk at den omfattes av barnets rett til familie- eller privatliv.

Også alder kan ha betydning for vurderingen og vektingen av barnets beste. Yngre barn kan være mer sårbare enn eldre. I UDI 2010-068 legges det til grunn at «jo eldre barnet er, jo

⁵⁹⁶ CMW/CRC GC 4/23 avsnitt 34.

⁵⁹⁷ CMW/CRC GC 4/23 avsnitt 35. Se også CRC GC 6 avsnitt 82 og 84.

⁵⁹⁸ Se CRC GC 6 avsnitt 82.

⁵⁹⁹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 218.

⁶⁰⁰ Se f.eks. EMDs uttalelse i Jeunesse mot Nederland avsnitt 104-105.

tyngre momenter skal foreligge for å fravike utgangspunktet om at gjenforening bør skje i hjemlandet når dette er mulig». Hvis barnet har vært lenge i Norge, kan imidlertid det at barnet er eldre, tilsi en sterk tilknytning til landet, og følgelig tale for at det beste for barnet er å få bli.⁶⁰¹ I tillegg kan også eldre barn være sårbare eller i en sårbarsituasjon.

Aldersmomentet må derfor vurderes konkret.

Også andre elementer kan være av betydning i vurderingen og vektingen av barnets beste, f.eks. om barnet er sårbart som følge av sykdom eller annen lidelse, språk, mulighet for skolegang.⁶⁰² Som ellers må barnet gis mulighet til å uttale seg.⁶⁰³ Utgangspunktet er som ellers, at barnets mening skal tillegges vekt i tråd med alder og utvikling.

En rekke ulike momenter kan følgelig være sentrale i vurderingen og vektingen av barnets beste, blant annet:

- barnets mening
- barnets alder
- individuelle forhold, slik som sårbarhet og psykisk og fysisk helse
- om familiegjenforening kan finne sted i hjemlandet/annet land
- alvorlighetsgraden av vansker barnet vil oppleve i landet det eventuelt må bosette seg i
- barnets omsorgssituasjon
- mulighet for at barnet kan opprettholde regelmessig og personlig kontakt med foreldrene hvis de ikke får opphold
- tilknytning til landene
- barnets tilknytning til familie, venner og nærmiljø i Norge og i hjemlandet
- språk

8.5.3 Avveiningen

8.5.3.1 Innvandringsregulerende hensyn

I vurderingen av om oppholdstillatelse skal innvilges, kan innvandringsregulerende hensyn vektlegges, jf. utl. § 49 annet ledd. At hva som best tjener barnets interesser skal være «a primary consideration»/«et grunnleggende hensyn», innebærer at hvis andre interesser skal kunne gå foran, må også de være av grunnleggende karakter, og dermed viktige i den

⁶⁰¹ Se f.eks. Jeunesse mot Nederland avsnitt 117.

⁶⁰² Se CRC GC 6 avsnitt 20.

⁶⁰³ Som også påpekt i UDI 2010-068 Familieinnvandring med barn som har oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn punkt 2.1.

konkrete saken. Å behandle barnets beste som grunnleggende, forutsetter derfor at barnets interesser kun avveies mot interesser som er relevante og viktige i den aktuelle saken.

Ettersom det i forarbeidene er presisert at utl. §§ 38 og 49 må sees i sammenheng, er de samme innvandringsregulerende hensynene relevant etter de to bestemmelsene.⁶⁰⁴ I § 38 fjerde ledd er relevante innvandringsregulerende hensyn opplistet. Disse er:

- mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag
- de samfunnsmessige konsekvensene
- hensynet til kontroll
- hensynet til respekten for lovens øvrige regler

Som eksemplene viser skal innvandringsregulerende hensyn ivareta statens interesser i å regulere innvandringen. I tillegg skal de ivareta effektivitetshensyn og statens interesse i å kontrollere innvandringen. Hensynene skal altså bidra til å regulere hvor mange og hvem som får oppholdstillatelser, styre atferd, beskytte mot kriminalitet og sikre effektivitet.⁶⁰⁵ Det er et mål at vektleggingen av hensynene skal ha en preventiv- eller signaleffekt, og med dette hindre overtredelser av utlendingsloven.⁶⁰⁶

Vekten av de innvandringsregulerende hensynene må avgjøres ut fra hvordan de gjør seg gjeldende i den konkrete saken. Som EMD har slått fast, beror statens eventuelle plikt til å innvilge opphold på om «whether there are factors of immigration control (for example, a history of breaches of immigration law) or considerations of public order weighing in favour of exclusion [...]».⁶⁰⁷

To av hensynene nevnt i utl. § 38; hensynet til kontroll og hensynet til respekten for lovens øvrige regler er først og fremst relevante ved brudd på utlendingslovens bestemmelser. Hensynene har likhetstrekk med utvisningsgrunnlagene som kan benyttes ved utvisning av en utlending uten oppholdstillatelse.⁶⁰⁸ I likhet med ved utvisning henger vekten sammen med alvorlighetsgraden av lovbrudd som er begått. Utgangspunktet er at jo grovere lovbrudd, desto tyngre vekt har hensynene.

⁶⁰⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 420.

⁶⁰⁵ Se også Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154–155 om de innvandringsregulerende hensynenes formål. Se videre UDI 2017-004 Sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket punkt 3.3.

⁶⁰⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154.

⁶⁰⁷ Jeunesse mot Nederland avsnitt 107.

⁶⁰⁸ Se utl. § 66 føret ledd bokstav a.

Noe annet som kan ha betydning etter EMDs praksis, er når familielivet ble etablert og hvilke berettigede forventninger om å få leve sammen som forelåg på dette tidspunktet.⁶⁰⁹

Hensynet til mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag og de samfunnsmessige konsekvensene er i forarbeidene betraktet som konsekvenser «av prinsippet om likebehandling», altså at like tilfeller skal behandles likt.⁶¹⁰ Her er det ikke nødvendigvis utlendingens handling som har aktualisert hensynene. Det kan være sakens karakter. Det som er særlig relevant er hvorvidt det å innvilge opphold på et bestemt grunnlag, kan føre til en økning av søknader på samme grunnlag eller at det må innvilges opphold i lignende tilfeller.⁶¹¹ At en sak er spesiell, svekker normalt vekten av innvandringsregulerende hensyn basert på likhetsprinsippet. Likhetsprinsippet stenger ikke for saklig forskjellsbehandling. Innvandringsregulerende hensyn som skal ivareta likhetsprinsippet, kan heller ikke tillegges så stor vekt at det i realiteten utvisker det særskilte vernet hensynet til barnets beste gir barn. Barn har rett til at deres individuelle behov tillegges særskilt vekt.

De innvandringsregulerende hensynene i saker som vurderes etter § 49, henger ofte sammen med hvilke rettighetsbestemmelser som i utgangspunktet gjelder for den aktuelle sakstypen, og begrunnelsen for de vilkårene i rettighetsbestemmelsen som ikke er oppfylt. At vilkåret ikke er oppfylt vil altså ofte utgjøre et innvandringsregulerende hensyn. For eksempel har lovgiver ved ikke å gi foreldre til barn som har oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn rett til familiegjengenforening, forsøkt å hindre en praksis hvor utenlandske barn sendes hjemmefra i den hensikt å skaffe familien et innvandringsgrunnlag for å komme etter.⁶¹² I forlengelsen av dette kommer det frem av UDI 2010-068 at hvilke opplysninger som ble gitt om foreldrene/slektninger i forbindelse med søknaden om beskyttelse, skal vektlegges. Det samme kan andre innvandringsregulerende hensyn.⁶¹³ Ikke alle vilkårene gjenspeiler imidlertid utelukkende statens interesser. Noen vilkår er utformet for å fange opp de tilfellene hvor utlendingen typisk har sterke interesser i at opphold innvilges, for eksempel når opphold søkes for at et barn og foreldrene skal kunne ha samvær over et visst omfang.

⁶⁰⁹ Se f.eks. Darren Omoregie med flere mot Norge avsnitt 57.

⁶¹⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 421.

⁶¹¹ Forarbeidene trekker frem to måter likebehandlingsprinsippet kan gjøre seg gjeldende på; «enten fordi vedkommende sak kun er en av mange likeartede som skal behandles, eller fordi et positivt vedtak kan ventes å øke antall nye asylsøkere», Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 421.

⁶¹² UDI 2010-068 Familieinnvandring med barn som har oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn punkt 2.1.

⁶¹³ UDI 2010-068 Familieinnvandring med barn som har oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn siste avsnitt (hvor begrepet generelle konsekvenser og innvandringspolitikken hensyn benyttes).

Hvilke vilkår som ikke er oppfylt, og begrunnelsen for dette vilkåret, kan videre innvirke på vekten av de innvandringsregulerende hensynene. Noen vilkår henger nært samme med utlendingslovens formål slik disse er angitt i utl. § 1, og vil derfor kunne anses som tungtveiende. Hvis formålet med vilkårene ikke gjør seg gjeldende i en konkret sak, veier derimot ikke de innvandringsregulerende hensynene særlig tungt.⁶¹⁴ Innvandringsregulerende hensyn som i liten grad er relevant i den konkrete saken, veier lite.

I saker som berører barn er det i tillegg av betydning for vektingen av de innvandringsregulerende hensynene at det i de fleste tilfellene er foreldrenes handlinger eller unnlatelser, eller ønske om å styre foreldrenes handlinger, som aktualiserer disse hensynene. Dette taler for å vise varsomhet med å tillegg de innvandringsregulerende hensynene stor vekt i barnets sak, eller på en måte som setter barnets tungtveiende interesser til side. Barns interesser skal nyte et særlig vern.

8.5.3.2 Avveiningen mot barnets beste

De konkrete rettighetsbestemmelsene hviler på generelle avveininger av individets interesser og statens interesse i en regulert og kontrollert innvandring. I konkrete saker kan disse generelle avveiningene være mer eller mindre treffende. En avveining etter §§ 49 eller 38 må gjøres konkret i hver sak.⁶¹⁵ Avveiningen er nært knyttet til vurderingen og vektingen av barnets beste, og vektingen av de innvandringsregulerende hensynene.

En helt overordnet føring er derfor at hvis saken berører barn, må barnets beste vektlegges som et grunnleggende hensyn. I avveiningen mot de innvandringsregulerende hensynene skal hva som er til barnets beste veie tungt.⁶¹⁶ Det innebære at de innvandringsregulerende hensynene i utgangspunktet må være mer tungtveiende for at de skal kunne tillegges avgjørende vekt i saker som berører barn, enn ellers.⁶¹⁷ Innvandringsregulerende hensyn kan likevel være så tungtveiende at de må gå foran hensynet til barnets beste, men «jo tyngre hensynet til barnet er, jo mindre rom vil det bli for andre hensyn, og hensynet til barnet kan etter omstendighetene være så tungtveiende at det må slå igjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende».⁶¹⁸

⁶¹⁴ Se f.eks. Butt mot Norge avsnitt 79-80.

⁶¹⁵ Ot.prp. nr.75 (2006–2007) side 160.

⁶¹⁶ Se Rt. 2009 s. 1261, *Ashok-saken* avsnitt 85, Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 134 og 187 og Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen*, 47–48.

⁶¹⁷ Se Høyesteretts uttalelser om avveiningen i Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 134, 139 og 190 flg.

⁶¹⁸ Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 134.

Resultatet av avveiningen vil bero på hvor tungtveiende interesser det individuelle barnet har i at familiejenforening innvilges, og vekten av de innvandringsregulerende hensynene som eventuelt er relevant i den konkrete saken. Alt som kan innvirke på vurderingen og vektingen av barnets beste, og de momentene som innvirker på vektingen av de innvandringsregulerende hensynene, vil kunne innvirke på avveiningen. På **barnets side** av interesseavveiningen vil særlig hvilke rettigheter og interesser som er relevante i vurderingen av barnets beste, og **hvor sterke disse interessene** er, ha stor betydning for avveiningen.

Forhold på statens side, som innvirker på de innvandringsregulerende hensynenes vekt, og følgelig på avveiningen er særlig de **innvandringsregulerende hensynenes karakter**, herunder hvordan de gjør seg gjeldende i den konkrete saken. Hvis saken skiller seg fra andre saker, for eksempel fordi den gjelder et sykt eller på annen måte sårbart barn, er også i mindre grad egnet til å sende et signal/ha en preventive effekt. Høyesterett har slått fast at:

[j]o mindre konsekvenser en innvilgelse av en oppholdstillatelse får for andre saker, jo større rom vil det være for å legge vekt på individuelle hensyn. Hensynet til barnets beste vil derfor lettere kunne bli avgjørende i avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn der det er spesielle forhold knyttet til barnet, enn der barnet er i en normalsituasjon som ikke atskiller seg fra det som gjelder for barn flest som søker om opphold.⁶¹⁹

Spesielle forhold vil derfor ikke bare påvirke vekten barnets interesser, men også statens interesser, og følgelig i stor grad avveiningen. Dette henger også sammen med likhetsprinsippet. Hvis saken skiller seg fra andre saker av samme type, så vil ikke saken bidra til å skape presedens eller til en økt tilstrømning av samme type sak.

Det er ikke bare forhold knyttet til barnet som kan bidra til at saken skiller seg fra andre saker. Hvis foreldrene er syke og har vansker med å ivareta omsorgen for barnet, kan det være et moment. I forarbeidene nevnes «last link» saker som et eksempel hvor det kan innvilges opphold etter § 49.⁶²⁰ Et annet eksempel er hvis barnet rammes hardt av en nylig lovendring som innstrammer adgangen til opphold, hvis dets livssituasjon har endret seg på en uforutsett måte eller hvis det er forhold utenfor familiens kontroll som har medført at vilkårene for familieinnvandring ikke er oppfylt.

⁶¹⁹ Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 119.

⁶²⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 426.

Avveiningen må altså gjøres konkret. En helt overordnet føring er imidlertid at barnets beste må vektlegges som et grunnleggende hensyn.

8.6 Kilder og praksis

8.6.1 Menneskerettsdomstolen

- EMDs storkammerdom 10. september 2019, *Strand Lobben med flere mot Norge*
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-195909%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-195909%22]})
- EMDs storkammerdom 24. januar 2017, *Paradiso og Capanelli mot Italia*
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-170359%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-170359%22]})
- EMDs dom 1. desember 2016, *Salem mot Danmark*
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22salem%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-168934%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22salem%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-168934%22]})
- EMDs storkammerdom 3. oktober 2014, *Jeunesse mot Nederland*
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/jeunesse-v.-the-netherlands/>
- EMDs dom 30. juli 2013, *Berisha mot Sveits* (familiegjenforening/foreldre/barn)
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Berisha%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-122978%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Berisha%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-122978%22]})
- EMDs dom 4. desember 2012, *Butt mot Norge*
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/butt-v.-norway/>
- EMDs dom 14. juni 2011, *Osman mot Danmark* (Familiegjenforening. Lengre opphold i utlandet. Foreldre/barn. Somalia)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/case-of-osman-v.-denmark/>
- EMDs dom 8. januar 2009, *Joseph Grant mot Storbritannia* (utvisning/samvær/besøk)
- [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Joseph%20Grant%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-90402%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Joseph%20Grant%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-90402%22]})
- EMDs dom 31. juli 2008, *Darren Omoregie med flere mot Norge*

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Darren%20Omoregie%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-88012%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Darren%20Omoregie%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-88012%22]})

- EMDs dom 12. oktober 2006, *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga mot Belgia*
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/mubanzila-mayeka-kaniki-mitunga-v.-belgium/>
- EMDs dom 1. desember 2005, *Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland* (familiegjenforening/foreldre/barn)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/tuquabo-tekle-and-others-v.-the-netherlands/>
- EMDs storkammerdom 9. oktober 2003, *Slivenko mot Latvia*
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Slivenko%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-61334%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Slivenko%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-61334%22]})
- EMDs dom 28. januar 2003, *Peck mot Storbritannia*
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22peck%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-60898%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22peck%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-60898%22]})
- EMDs dom 11. juli 2002, *Amrollahi mot Danmark*
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Amrollahi%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-60605%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Amrollahi%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-60605%22]})
- EMDs dom 21. desember 2001, *Şen mot Nederland* (Familiegjenforening/Foreldre/barn)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/en-v.-netherlands/>
- EMDs dom 19. september 2000, *Gnahoré mot Frankrike*
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Gnahor%C3%A9%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-58802%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Gnahor%C3%A9%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-58802%22]})
- EMDs dom 28. november 1996, *Ahmut mot Nederland* (familiegjenforening/far og sønn) <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/ahmut-v.-the-netherlands/>

- EMDs dom 7. august 1996, *C. mot Belgia* (familieliv ved lengre adskillelse)
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57992%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57992%22]})
- EMDs dom 19. februar 1996, *Gül mot Sveits* (familiegjenforening/ far og sønn)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/gul-v.-switzerland/>
- EMDs storkammerdom 16. desember 1992, *Niemietz mot Tyskland*
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Niemietz%22\],\[%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-57887%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Niemietz%22],[%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],[%22itemid%22:[%22001-57887%22]})
- EMDs dom 11. juni 1988, *Berrehab mot Nederland* (regelmessig samvær)
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/internasjonale-rettskilder/rettspraksis/emd-sin-rettspraksis/berrehab-v.-the-netherlands/>

8.6.2 Barnekomiteen

- Felles general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 (2017) of the Committee, *on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return*, (CMW/CRC GC 4/23):
<https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/general-comments-no-23-g1734365.pdf>
- Felles general comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child, *on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration*, (CMW/CRC GC 3/22):
<https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/general-comments-no-22-g1734359.pdf>
- General Comment nr. 20 (2016), *on the implementation of the rights of the child during adolescence*, (CRC GC 20)
<https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/general-comments-no-20-g1640444.pdf>
- Felles general recommendation/general comment nr. 31/18, of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/general comment No. 18 of the Committee *on the Rights of the Child on harmful practices* (CEDAW/CRC C/GC

31/18):

<https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/general-comments-no-18-n1462778.pdf>

- General comment nr. 14 (2013), *on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), (CRC GC 14):
https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/fn_barnekonvensjon/crc_c_gc_14_7202_e.pdf
- General comment nr. 12 (2009), *The right of the child to be heard*, ():
<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnets-rettigheter/general-comment-12---engelsk.pdf>
- General comment nr. 7 (2006), *Implementing child rights in early childhood* (CRC GC 7): <https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnets-rettigheter/general-comment-7---engelsk.pdf>
- General comment nr. 6, *Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin* (CRC GC 6):
<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnets-rettigheter/general-comment-6---engelsk.pdf>

8.6.3 Høyesterett

- HR-2019-2286-A, *Djibouti* (utvisning/falsk identitet/barnets beste/EMK art. 8) <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2019-2286-a/>
- HR-2017-2376-A (familieinnvandring/samvær/saksbehandling/barnets beste) <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2017-2376-a/>
- HR-2015-00206-A/Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen* (utvisning/barnets beste/EMK art. 8) <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2015-00206-a/>
- HR-2012-2398-P/Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* (beskyttelse/opphold på humanitært grunnlag/barnets beste) <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2012-2398-p/>
- HR-2009-01932/Rt. 2009 s. 1261, *Ashok-saken* (opphold på humanitært grunnlag/enslig mindreårig asylsøker/barnets beste) <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/hoyesterettsavgjorelser/hr-2009-01932-a/>

8.6.4 Sivilombudsmannen

- Sivilombudsmannens uttalelse sak 2018/4025

8.6.5 Vedtak

Forslag til vedtak: UNEs vedtak datert 16.12.2017- grundige vurderinger av barnets situasjon, barnets mening kommer tydelig frem og er vektlagt

UNEs vedtak 19.11.2019 – illustrerer noen dilemma- hvordan treffe en avgjørelse når det er usikkert hva som er til barnets beste- blant annet fordi forelderen ikke ønsker at barnet skal høres direkte.

9. Litteraturliste

- Besson, Samantha og Kleber, Eleonor *The UN Convention on the Rights of the Child. A Commentary*, John Tobin (red.) (Oxford 2019).
- Bårdsen, Arnfinn, «Norges Høyesterett og «barnets beste» som konvensjonsforpliktelse og grunnlovsnorm» i *Rettsavklaring og rettsutvikling, festskrift til Tore Schei*, Magnus Matningsdal, (Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.) (Oslo 2016) s. 243–268.
- Dane, Louise, «Europadomstolen och barnets bästa», *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, 2015 s. 193–225
- Graver, Hans Petter Alminnelig forvaltningsrett, 4. utgave (Oslo 2015).
- Harris, David mfl., Harris, O'Boyle & Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave (Oxford 2018).
- Haugli, Trude «Hensynet til barnets beste» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Eline Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 4. utgave (Oslo 2020) s. 55–78.
- Jerkø, Markus, «Skal ikke barnets beste leses bokstavelig. – En kritikk av HR-2017-2015-A `Jakob-saken`», *Lov og Rett*, 2018 s. 112–127.
- Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den europæiske menneskerettigheds konvention - for praktikere*, 4. utgave, (København 2017).
- Müller, Amrei, «En kort innføring i folkerettslig traktattolkning», *Jussens Venner* 2017 s. 222–259.
- Nicholson, Frances, «The “Essential Right” to Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection in the Context of Family Reunification», *UNHCR Legal and Protection Policy Research Series* (2018).
- Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights : CCPR commentary*, 2. utgave (Kehl 2005).

Oppedal, Mons, «Retten til materiell velferd» i Barnekonvensjonen. *Barns rettigheter i Norge*, Høstmælingen, Njål, Kjørhold, Elin Saga og Sandberg, Kirsten (red.) 4. utgave (Oslo 2016) s. 268–287.

Pobjoy, Jason M., *The Child in International Refugee Law*, (Cambridge 2017).

Pobjoy, Jason M. og Tobin, John, «The Right to Family Reunification», i *The UN Convention on the Rights of the Child*, Oxford 2019 s. 343-369.

Sandberg, Kirsten «Asylsøkende barns rettigheter», *Barnekonvensjonen. Barnerettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red) 4. utgave (Oslo 2020) s. 334-366.

Schabas, William A., *The European Convention on Human Rights*, (Oxford 2015).

Sigurdsen, Rand «Barns krav på respekt for sitt menneskeverd», i *Rettsvitenskap under nordlys og midnattssol. Festskrift ved det Juridiske fakultets 30-års jubileum. UIT Norges arktiske universitet*, Trude Haugli, Gunnar Eriksen og Ingvild Ulrikke Jakobsen (red.) (Bergen 2018) s. 289–306.

Skoghøy, Jens Edvin A. «Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomité og FNs barnekomité som rettskilder?», *Foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar*, Oslo 14.–15. mars 2016 (s. 7) og Arnfinn Bårdsen, «Betydningen i norsk rett av FN-komiteens uttalelser i individuelle klagesaker», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2017 s. 160-187.

Smith, Lucy «FNs konvensjon om barns rettigheter» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Eline Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 4. utgave (Oslo 2020) s. 19–33.

Stang, Elisabeth Gording, «Barn, tortur og retur. Den rettslige betydningen av barnespesifikk tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling i asylsaker, herunder barns returvern», *Institutt for offentlig retts skriftserie* nr. 4/2008.

Tobin, John, *The UN Convention on the Rights of the Child*, (Oxford 2019).