

OPPHOLD PÅ HUMANITÆRT GRUNNLAG

Etter utlendingsloven § 38

1. INNLEDNING

1.1 Generelt	3
1.2 Folkerettslige utgangspunkt	3
1.3 Det humanitære begrep. Formål.	4
1.4 Utlendingsloven § 38	5
1.5 Hvem søker?	6
1.6 Historikk	7
1.7 Rettskildesærpreget ved beskyttelsesvurderingen	8

2. HOVEDDEL

2.1 Generelt. Hovedvilkårene "sterke menneskelige hensyn" og "særlig tilknytning til riket".	11
2.2 Sterke menneskelige hensyn	12
2.2.1 Sykdom.	12
2.2.1.1 Generelt	12
2.2.1.2 Fysiske lidelser	12
2.2.1.3 Psykiske lidelser	15
2.2.1.3.1 Psykiske lidelser	15
2.2.1.3.2 Traumer	17
2.2.1.3.3 Bevisituasjonen ved psykiske lidelser	18
2.2.1.4 Adekvat behandlingstilbud	18
2.2.1.5 Helhetsvurderingen	19
2.2.2 Sosiale eller humanitære forhold	20
2.2.3 Barn	21
2.2.3.1 Generelt	21
2.2.3.2 Enslige mindreårige. Omsorgsalternativene.	22
2.2.3.3. Hensynet til barnets beste	25
2.2.4 Ofre for menneskehandel	28
2.3 Særlig tilknytning til riket	30
2.4 Innvandringsregulerende hensyn	31
2.4.1 Generelt	31
2.4.2 Hva ligger i begrepet innvandringsregulerende hensyn?	32
2.4.3 Kritikk av innvandringsregulerende hensyn	34
2.5 Utvalgt statistikk UDI	35
2.6 Oppsummering	35

1. INNLEDNING

1.1 Generelt

Utlendingsretten generelt, og det humanitære grunnlag spesielt, kjennetegnes av komplekse problemstillinger og vurderinger. Temaene som her berøres tiltrekker seg ofte mye oppmerksomhet i offentligheten på grunn av at de gjerne rører ved den allmenne rettsfølelse. Under beskyttelsesgrunnlagene i Utlendingsloven¹ (heretter utl.) blir denne problematikken særlig synlig. Herunder behandles blant annet kvinner og barn i sosial nød, dødssyke, ofre for overgrep, tortur og diskriminering. Det er klart reaksjonene ikke lar vente på seg når de rammede personer i noen tilfeller returneres uten at man helt forstår hvorfor. Spørsmålene reiser debatt og engasjement av naturlige årsaker. Folks rettferdighetsfølelse blir utfordret.

Men bildet er sammensatt. Det starter med generelle verdispørsmål som i hvilken grad vi ønsker en streng eller mer liberal innvandringspolitikk her i landet. Kan vi ta inn de vi ønsker, eller må vi begrense oss? Hvem trenger beskyttelsen mest? Kan vi forskjellsbehandle? Dette er først og fremst en politisk oppgave og må følgelig som utgangspunkt løses utenfor rettsapparatet. Samfunnet trekker selv opp hovedlinjene og prinsippene for innvandringen. Reglene i utlendingsloven er således redskaper for å iverksette disse ideene. Samlet sett blandes her politikk og jus, norske og internasjonale regler og avveininger av kryssende interesser i forholdet mellom individ og stat. Hensynet til en kontrollert og regulert innvandring balanserer det hele på vegne av allmenne samfunnsinteresser. Temaet i denne framstillingen er rett til opphold i Norge på humanitært grunnlag.

1.2 Det folkerettslige utgangspunkt

Det er et folkerettslige grunnprinsipp, og klart utgangspunkt, at enhver suveren stat selv må avgjøre hvem som får oppholde seg på deres territorium. Noe den Europeiske Menneskerettsdomstolen (heretter EMD) også legger til grunn i Saadi mot Italia 2008:

"as a matter of well established law (...) the right to control the entry, residence and removal of aliens".

Prinsippet står, av meget naturlige årsaker, veldig sterkt og er et av de grunnleggende fundament i folkeretten, noe som også understrekes av reaksjonene i det internasjonale kollektiv ved ethvert forsøk på å krenke et lands suverenitet².

¹ Utl. §§ 28 og 38

² Russlands annektering av krim-halvøya 2014 ble møtt med fordømmelse av et samlet internasjonalt samfunn. FN og NATO inkludert.

Suvereniteten gir nasjoner handlefrihet og selvbestemmelsesrett på dette området. Denne retten begrenses imidlertid av de avtaler som inngås for å sikre individer bestemte rettigheter det er bred enighet om, og andre folkerettslige prinsipper. De begrenses av det enkelte lands internasjonale forpliktelser. Loven framhever dette i kapittel 1. I utl. § 1 heter det: "Loven skal gi grunnlag for regulering og kontroll (...) i samsvar med (...) internasjonale forpliktelser". I tillegg stadfester i utl. § 3 at "Loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler". Grunnlovens (heretter grl.) § 110 c slår fast at "Det paaligger Statens Myndigheter at respektere og sikre menneskerettighetene". Dette fører til at konvensjonsbestemmelsene har forrang ved motstrid.

Norge blir i økende grad bundet av konvensjoner. Noe av årsaken til dette er at samarbeid på tvers av landegrensene synes politisk formålstjenlig. For humanitære spørsmål er EMK og Barnekonvensjonen (heretter BK), de mest sentrale. Konvensjonsforpliktelsene får den konsekvens at Norge må inkorporere og tolke bestemmelser som berøres, i samsvar med nedfelte prinsipper. Til eksempel vil EMK art. 3 kunne hindre en konvensjonspart i å returnere en søker til sitt hjemland hvis det er på det rene at personen vil bli utsatt for tortur eller umenneskelig behandling i hjemlandet eller ved annen returdestinasjon: "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment". En annen løsning må søkes. De tre kildene til internasjonal rett er konvensjoner, sedvane og alminnelige folkerettsprinsipper.³

1.3 Det humanitære begrep. Formål.

Humanitær betyr i dagligtale "menneskevennlig, menneskekjærlig eller veldedig"⁴. Det er i utgangspunktet et positivt ladet ord som ut ifra en naturlig språklig forståelse handler om å hjelpe mennesker. Ytterligere belyst blir begrepet hvis en ser på en tilgrensende begrep som "humanitært arbeid". I dette ligger: "Arbeid som har som mål at mennesker som på en eller annen måte lider, eller på annen måte har det vanskelig, skal få det bedre"⁵. Dette er kjernen i hensynene som ligger til grunn for unntakshjemmelen i utl. § 38. Formålet er å ha en rettslig mulighet til å hjelpe personer som faller utenfor flyktningekategorien i utl. § 28 og den generelle konvensjonsbeskyttelse. I Utl. § 38 1. ledd heter det imidlertid:

"Det kan gis oppholdstillatelse (...) dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller utlendingen har særlig tilknytning til riket."

Uttrykket "humanitær" er her erstattet med "sterke menneskelige hensyn". Det er dette begrepet som danner grunnlaget for tolkingen av bestemmelsen. Det overordnede spørsmål blir hva som ligger i vilkåret.

³ Statuttene til den internasjonale domstolen av 1946 art. 38 nr 1.

⁴ Cappelens leksikon

⁵ Cappelens leksikon

1.4 Utlendingslovens § 38

Opphold på humanitært grunnlag har sitt rettslige fundament i utl. §§ 38, 11 (kapittel 2. om visum) og 49 (kapittel 6. om familieinnvandring). I denne framstilling vil jeg belyse sider ved den skjønnsmessige vurderingen etter utl. § 38.

Utl. § 38 karakteriseres som en rimelighetsbestemmelse⁶ i motsetning til flyktningsregelen i utl. § 28 som representerer en ren rettighetsbestemmelse. Forskjellen på disse er at mens § 28 automatisk utløser oppholdstillatelse etter de nærmere angitte vilkår, er det i § 38 opp til beslutningstakers frie skjønn å avgjøre utfallet i det konkrete tilfelle ut ifra en helhetlig vurdering. Paragrafen er på mange måter en kodifisering av noen av de relle hensyn som gjør seg gjeldende i disse spørsmål. Man ser det som urimelig å ikke kunne innvilge opphold i den konkrete sak.

Beskyttelse av mennesker som trenger det i form av oppholdstillatelse, er imidlertid ikke den eneste måten vi som nasjon bidrar på dette feltet. Norge yter også internasjonal bistand i betydelig grad. Det humanitære grunnlag representerer således ett, av flere virkemidler som tas i bruk, noe som får betydning for anvendelsen og rekkevidden av bestemmelsen i utl. § 38. Det er viktig å se det totale bistandsbildet her for å blant annet kunne forstå den tidvis meget restriktive anvendelsen av grunnlaget i praksis.

En avgjørende forutsetning for å i det hele tatt kunne vurdere opphold etter utl. § 38, er at det ikke må foreligge grunnlag for flyktningsstatus etter utl. § 28. Dette får den konsekvens at selv om søker ønsker å bli vurdert på humanitært grunnlag, må man altså først søke asyl etter utl. § 28. Utl. § 38 representerer dermed ikke et eget søkegrunnlag, men et unntak fra flyktningsbestemmelsen. Den har likevel fått sentral betydning som hjemmel for oppholdstillatelser i asylsaker. Praktisk vurderer man først det potensielle flyktningsgrunnlaget og deretter, ved eventuelt negativt resultat, et mulig humanitært oppholdsgrunnlag etter utl. § 38.

Det er viktig å understreke at Norge ikke har noen folkerettslig forpliktelse til å beskytte søkere utover flyktningsregelen i utl. § 28 og rekkevidden av ansvaret som følger med internasjonale avtaler. Her beveger vi oss frivillig utenfor rammen av våre folkerettslige forpliktelser⁷. Det er et resultat av et ønske om å nå politiske målsettinger på dette området. Imidlertid dekkes noen av de tilfeller som søkes beskyttet av begrepet "umenneskelig behandling" i EMK art. 3. I tillegg vil andre tilfeller falle inn under⁸ blant annet Barnekonvensjonens, Kvinnekonvensjonens og Palermoprotokollens prinsipielle rekkevidde⁹ (ot.prp. nr. 75). Unntaket representerer likevel en selvstendig utvidelse av det totale beskyttelsesgrunnlaget da det vil eksistere tilfeller der opphold innvilges utover konvensjonsforpliktelsene nevnt ovenfor. Dette utgangspunkt, samt regelens åpne og skjønnsmessige utforming, nødvendiggjør varsomhet i anvendelsen av bestemmelsen¹⁰.

Lovteknisk er utl. § 38 altså en skjønnsbasert regel. Utformingen av § 38 er inspirert av lignende bestemmelser i land det er naturlig å sammenligne oss med. I forarbeidene

⁶ NOU 2004 :20

⁷ jf. ot.prp. nr. 75

⁸ "non-refoulement" jf. Flyktningskonvensjonen art. 33 og utl. § 73

⁹ ot.prp. nr. 75

¹⁰ jf. ot.prp. nr. 75 og forvaltningspraksis

til nåværende lov ble det vist til tilsvarende bestemmelser i svensk, finsk, kanadisk og nederlandsk rett jf. ot.prp. nr. 75.. Bestemmelsen er ikke direkte rettighetsutløsende som flyktningeregelen i § 28, jf. formuleringen "kan" i § 38 1. ledd.. Paragrafen kan karakteriseres som en skjønnsbasert generalklausul som er ment å sikre rettslig grunnlag for opphold i riket der særlige hensyn gjør seg gjeldende. Gruppen som omfattes, faller utenfor flyktningbegrepet i utl. § 28, men finnes likevel å være beskyttelsesverdig ut ifra individuelle rimelighetsbetraktninger veid opp mot de samfunnsmessige mothensyn som til enhver tid gjør seg gjeldende. På mange måter representerer derfor grunnlaget en politisk og rettslig sikkerhetsventil som sikrer de verdier vi til enhver tid legger til grunn i samfunnet. Verdier som vil endre seg med tiden, selv om det tidvis er bred politisk enighet om fundamentet. Den åpne utformingen av regelen gir således rom for å følge skiftene i det politiske klima i disse spørsmål. Endringer i innvandrings- og flyktningpolitikken som bryter med tidligere hovedprinsipper, må godkjennes av stortinget, jf. utl. § 75¹¹.

1.5 Hvem søker?

Man må være utlending i rettslig forstand for å søke opphold på humanitært grunnlag etter utl. § 38. Med utlending menes "enhver som ikke er norsk statsborger" jf utl. § 5. Nordiske borgere er unntatt fra kravet om oppholdstillatelse jf. utl. § 5 2. ledd. Det prinsipielle utgangspunkt er at enhver har rett til å forlate sitt hjemland og søke om asyl i et annet land. Dette er en grunnleggende menneskerett som i dag regnes som rettslig fundamentert i folkerettslig sedvane.

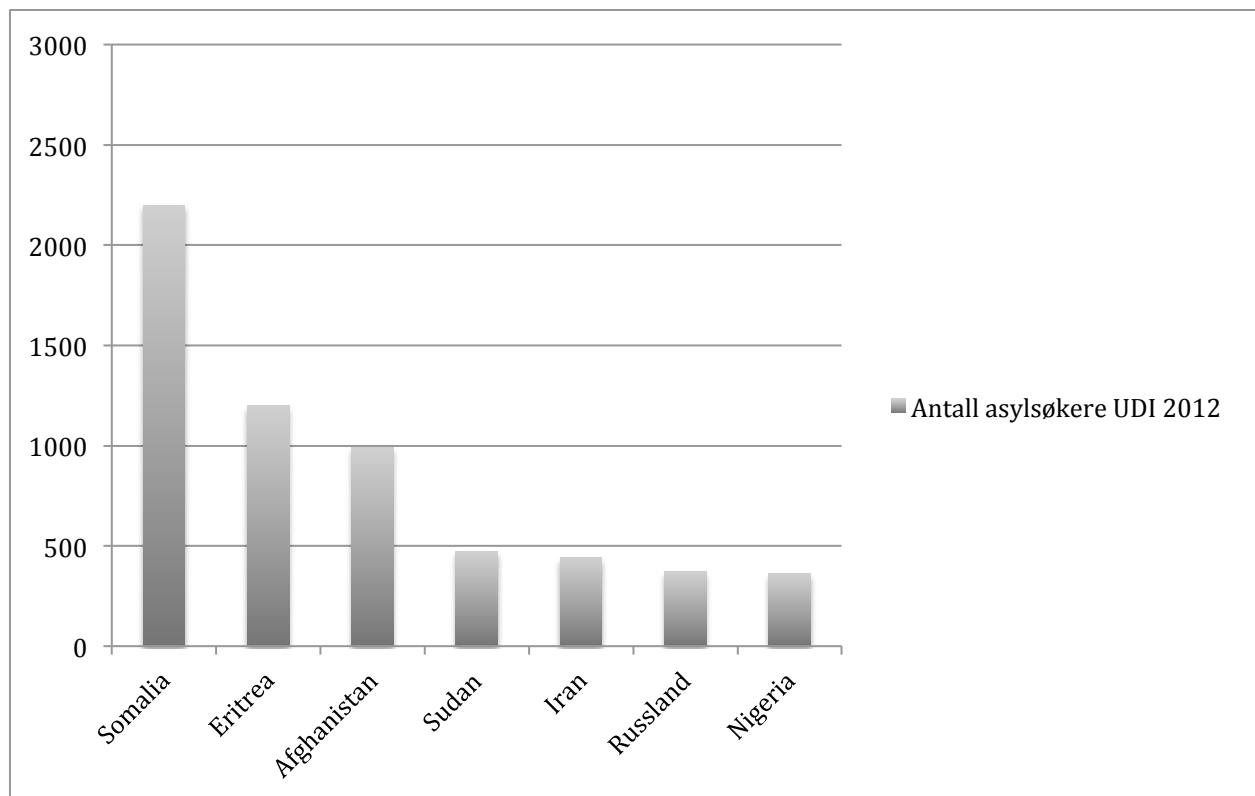
Utviklingen i retning av tettere europeisk samarbeid og et ønske om en harmonisering av regler på tvers av landegrensene, har ført til en lemping av vår grensekontroll. Schengensamarbeidet, som Norge operativt har vært en del av siden 2001, har som mål å gi fri ferdsel mellom deltakerlandene. De deltakende stater er Island, Sveits, Liechtenstein og EU-medlemslandene.. Dette fører i praksis til at våre nasjonale yttergrenser blir flyttet til de "ytre Schengengrenser"¹². Utlendinger som omfattes EØS-avtalen og EFTA-konvensjonen er underlagt særlige regler om opphold i utl. kap. 13. Dette fører til at vi nå opererer med begrepet "tredjelandsborgere" som omfatter "utlendinger som ikke er EU-borgere eller som ikke har rett til fri bevegelse i henhold til fellesskapsretten"¹³. Det er denne gruppen som utgjør søkere på humanitært grunnlag etter utl. § 38. Av de som søkte asyl til UDI i 2012 var fordelingen slik¹⁴:

¹¹ UNEs interne retningslinjer 2012.

¹² jf. uf. § 1-19

¹³ justis og beredskapsdep. prop. 3 L "gjennomføring av returdirektivet"

¹⁴ Kilde: UDI årsrapport 2012 tall og fakta.



1.6 Historikk

Det har ikke alltid eksistert et rettsgrunnlag for humanitært opphold i norsk rett. Gammel fremmedlov fra 1956 hadde ingen tilsvarende regler, men la seg likevel på en meget liberal linje. Helt fram til 1975, da vi får en innvandringsstopp¹⁵. Som et resultat av erfaringer fra den tidligere så liberale innvandringspolitikk, meldte det seg et behov for økt kontroll og begrensning av innvandringen til landet. Stopp er imidlertid noe misvisende da det i praksis ble tatt inn grupper som f. eks. flyktninger og fagutdannede på nærmere vilkår. Det ble også etablert grunnlag for opphold på humanitært grunnlag. I 1988 får vi en ny utlendingslov¹⁶ og lovens § 8 danner grunnlaget for dagens bestemmelse.

Hvorfor en slik utvikling? Det internasjonale klima for samarbeid har gradvis utviklet seg over tid. Vi ser en økt vilje til samarbeid og harmonisering av regler på tvers av landegrensene. Fordelen med dette er at vi får sikret det vi til enhver tid er enige om representerer grunnleggende rettigheter, både for individer og stater. En internasjonal tilnærming gjør det også enklere å samarbeide på andre viktige områder, noe som igjen kan forebygge potensielle konflikter eller fiendskap. Utlendingsretten er også et resultat av dialog og felles interesser.

¹⁵ forskrift om innvandringsstopp 1975

¹⁶ trådte ikke i kraft før 1991

1.7 Rettskildebildesærpreg ved beskyttelsesvurderingen

Det skal foretas en helhetsvurdering. *Lovteksten* er utgangspunktet for den rettslige behandlingen. Begrepet "sterke menneskelige hensyn" er lite distinkt og krever derfor ytterligere belysning. Begrepet må tolkes. I utl. § 38 nevnes noen momenter til hjelp i vurderingen. Disse er ikke ment å være uttømmende men mer et uttrykk for hva lovgiver ønsker å legge i begrepet. Det er også basert på tidligere praksis .

Utlendingsforskriften (heretter uf.) kan komme inn å detaljregulere noen særtilfelle men gir ingen generelle svar i tolkningen av hovedvilkårene¹⁷. *Reelle hensyn* er klart en sentral faktor i disse spørsmål. Regelen baserer seg på rimelighetsbetraktninger så dette faller naturlig. *Andre myndigheters praksis*, eller statspraksis, er relevant. Vi ser gjerne hen til statspraksis i land det er naturlig å sammenligne oss med både ved utformingen av våre egne regler og ved tolkningen av disse. Således vil tendenser i anvendelsen av lignende bestemmelser internasjonalt også være relevant her på grunn av utlendingsrettens utforming. Et eksempel er hvordan andre nasjoner vektlegger innvandringsregulerende hensyn. Vår utlendingsrett er utformet slik at internasjonale regler er en del av rettsgrunnlaget jf. utl. § 3.

Rettspraksis som kilde for argumentasjon står i en særstilling på dette området. Vanligvis vil denne utgjøre en tungtveiende faktor og lede an i rettsutviklingen. Men på grunn av at utl. § 38 er utformet som en skjønnsbasert regel er det opp til beslutningstaker å vurdere i hvilken grad søker bør få innvilget opphold eller ikke. Beslutningstaker på dette området er de ulike organer i utlendingsforvaltningen som UDI og UNE. Resultatet er en tungtveiende *forvaltningspraksis*.

Forvaltningens saksbehandling er delvis beskyttet av forvaltningsrettslige regler og prinsipper . Slik sett er de gitt et mandat til å drive frem utviklingen på dette området, delvis uavhengig av domstolene. Rettspraksis vil derfor ikke ha anledning til å kunne prøve alle sider av vurderingen. Hensynet til forvaltningens frie skjønn medfører at domstolene har en begrenset prøvingsrett i det de ikke kan prøve skjønnsutøvelsen. Likevel er det noen unntak. Unntatt er tilfeller av uriktig lovforståelse, myndighetsmisbruk eller feil faktagrunnlag. I tillegg er det slått fast¹⁸ at domstolene kan prøve forvaltningens generelle forståelse av det konvensjonsforankrede grunnprinsipp "barnets beste"¹⁹.

Høyesteretts uttalelser i "Ashok" Rt. 2009 s. 1261 er illustrerende . Et av de prinsipielle spørsmålene som ble aktualisert var i hvilken grad det eksisterte lovlige mothensyn i tilfeller der retur av enslige mindreårige skulle behandles. Eller om hensynet til barnets beste her måtte stå alene og ikke kunne avveies mot de innvandringsregulerende hensyn. HR tar her ikke stilling til forvaltningens skjønnsutøvelse, men slår fast at man alltid skal vurdere de innvandringsregulerende argumenter. Særlig vekt ble lagt på konvensjonens ordlyd.

Konsekvensen av dette blir at en ellers tungtveiende rettspraksis ikke har samme relevans i disse spørsmål. Det forvaltningsrettslige likhetsprinsipp, som krever at like

¹⁷ uf. kap. 8

¹⁸ Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 77

¹⁹ BK art. 3 nr. 1

saker skal dømmes likt, gjør at forvaltningens praksis har mer påvirkning enn man i utgangspunktet skulle forvente. Avgjørelser får presedensvirkning. UNE uttaler:

" Jo mer praksis fremstår som langvarig og entydig, jo mer skal til for å fravike den, særlig når det gjelder en fravikelse til ugunst for klageren. Noen få vedtak som avviker fra en langvarig praksis, vil ikke i seg selv være tilstrekkelig til å konstatere at det er dannet en ny praksis. En uklar praksis gir større rom for skjønn enn en klar praksis."

Dette fører også til at vedtak på generelle grunnlag, som for eksempel sykdom, kan få omfattende konsekvenser. Et slikt grunnlag vil åpne for store antall søkere og potensielt skape en uholdbar situasjon med tanke på fremtidig praksis. Man kan således hevde at forvaltningens regler og prinsipper for saksbehandling begrenser handlefriheten i skjønnsutøvelsen i noe grad. På den annen side preges disse sakene ofte av sammensatte og komplekse faktagrunnlag, noe som er med på å minimere faren for en uønsket utvikling i form av en for generell presedensdannelse. I tillegg gir det beslutningstaker reell frihet i skjønnsutøvelsen. Dette underbygges også av den klare lovgiveranmodning om individuell behandling²⁰.

En så betydningsfull forvaltningspraksis fører til at vi i spørsmål om sterke menneskelige hensyn foreligger kan hente veiledende argumenter fra kilder som: *UNE og UDIs interne retningslinjer*: UNE og UDIs kompetanse til å gi retningslinjer følger av lovgivning, instruksjer og alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Retningslinjene skal fungere som veiledning om skjønnsutøvelse og tolkning av rettsregler internt. Formålet er å sikre likebehandling, forsvarlig lovtolkning og effektiv saksbehandling i utlendingsforvaltningen²¹.

Komitéuttalelser: Uttalelser fra internasjonale komitéer som for eksempel FNs barnekomité kan være til veiledning men er ikke bindende²².

De sentrale forvaltningsorganer på utlendingsrettens område er:

- Stortinget: I henhold til utl. § 75 fastsetter stortinget hovedprinsippene for innvandringspolitikken.
- Justis- og beredskapsdepartementet: Har ansvaret for innvandringspolitikken og det overordnede ansvar for utlendingsforvaltningen
- Utlendingsdirektoratet (UDI): Iverksetter asyl- og innvandringspolitikken
- Utlendingsnemnda (UNE): Domstollignende Klageinstans i asyl- og utlendingssaker. Nemnda er et politisk uavhengig forvaltningsorgan. Det er underlagt departementet men kan ikke instrueres om lovtolkning eller skjønnsutøvelse.
- Landinfo Utlendingsforvaltningens fagenhet for informasjon om søkeres hjemland (som kan ha avgjørende betydning for utfallet) til saksbehandlere i UDI og UNE. Enheten skal være objektive og ikke på noen måte ta stilling til utfallet i saken.

²⁰ forarbeidene ot.prp. nr 75

²¹ fremgangsmåte ved behandling av UDIs retningslinjer Dokument-ID IM 2011-033

²² "Ashok-dom" Rt. 2009 s. 1261

- Politiets utlendingsenhet (PU) særorgan i politiet. Oppgaver som registrering av asylsøkere, klarlegge identitet og ut-transportere utlendinger uten lovlig opphold i landet

2. HOVEDDEL

2.1. Generelt. Hovedvilkårene "sterke menneskelige hensyn" og "særlig tilknytning til riket".

Hovedvilkårene for opphold på humanitært grunnlag er etter utl. § 38 at det enten foreligger sterke menneskelige hensyn eller at det foreligger en særlig tilknytning til riket.

Det sentrale vurderingstema etter utl. § 38 er hva som ligger i begrepet "sterke menneskelige hensyn". Tilknytning til riket vil gjerne utgjøre en del av argumentasjonen for at vilkåret "sterke menneskelige hensyn" er innfridd. Slik sett smelter vurderingene sammen, selv om det også er klart at "særlig tilknytning til riket" representerer et selvstendig vilkår, noe jeg kommer tilbake til. Vilkårene er alternative - det er tilstrekkelig at ett av dem er oppfylt.

Momentene i vurderingen kan deles inn i to hovedkategorier. Den første er *individuelle* forhold eller forhold som kan knyttes direkte opp til søker. Eksempler på slike moment er sykdom, tilknytning, uførhet, traumer, kjønn og alder. I den andre kategorien kan vi plassere forhold av mer *generell* karakter. Eksempler på slike er voldshandlinger i hjemlandet, diskriminering, trakassering, sosial nød, fattigdom og mangel på arbeid eller bolig. Felles for alle disse er at de representerer argumenter for beskyttelse. I hvilken grad de får betydning, avhenger av hvilke forhold som anses dokumentert eller tilstrekkelig sannsynliggjort, og om de opptrer samlet eller alene i det konkrete tilfellet. Praksis viser at en kombinasjon av flere gjerne veier tungt og at det bare unntaksvis innvilges opphold i saker der grunnlaget er kun sykdom for eksempel.

Den konkrete, helhetlige og skjønnsmessige vurdering som kreves kan deles inn i to hovedbolker. Først tar vi stilling til om det foreligger sterke menneskelige hensyn i den konkrete sak. Så spør vi, under forutsetning av en positiv konklusjon, bør det gis tillatelse? Selv om det foreligger sterke menneskelige hensyn i den konkrete sak vil det altså være nødvendig å vurdere andre forhold som kan tale imot opphold. "Det må foretas en totalvurdering og avveining i forhold til innvandringsregulerende hensyn"²³. Dette er hovedkomponentene i den skjønnsmessige helhetsvurderingen.

²³ NOU 2004: 20 s.265-267

2.2. Sterke menneskelige hensyn

2.2.1 Sykdom

2.2.1.1 Generelt

Loven nevner i utl. § 38 2. ledd litra b et typetilfelle som særlig gjør seg gjeldende som anført grunnlag i asylsaker, nemlig "helsemessige forhold". Oppramsingen loven gjør av typetilfeller er et uttrykk for tidligere praksis på området og lovgivers intensjoner men må ikke sees på som uttømmende, jf. uttrykket "kan" i utl. § 38 2. ledd. Den signaliserer hva lovgiver ønsker å legge i begrepet "menneskelige hensyn".

Justisdepartementet uttaler i forarbeidene²⁴ at det er "nødvendig å føre en restriktiv praksis i forhold til når det skal gis oppholdstillatelse i Norge på grunn av helsemessige forhold". Dette begrunnes særlig med at det norske helsetilbudet ofte ansees for å være bedre enn det tilbud som eksisterer i land vi mottar søkere fra. Synspunktet er at en liberal linje potensielt vil kunne føre til en eksplosiv utvikling i antall oppholdstillatelser her i landet. Videre uttaler departementet:

"Dette gjelder særlig de tilfeller der tillatelse søkes utelukkende på grunnlag av helseproblemer". Det er klart at lovgivers ønske er varsomhet og restriktivitet i anvendelsen av loven på dette punkt, og da særlig i saker som kun baserer seg på helsemessige argumenter.

Praksis har generelt i denne type saker vært svært restriktiv. En langvarig praksis som entydig underbygger lovgivers vilje, vil tilsammen utgjøre et entydig krav om særlig restriktivitet i behandlingen av helsebaserte tilfeller²⁵. Regelen krever imidlertid likefullt en konkret og individuell behandling der klagerens argument veies opp mot de aktuelle innvandringsregulerende hensyn .

I UNEs interne retningslinjer heter det: "Utgangspunktet er at helsemessige forhold i seg selv ikke gir grunnlag for opphold". Dette stadfester den allerede begrunnede hovedregel på dette punkt. Et unntak er den midlertidige tillatelse etter uf. § 6-28, som riktignok ikke kan danne noe grunnlag for permanent opphold.

Spørsmålet blir etter dette: Hvilken helsemessig alvorlighetsgrad er tilstrekkelig for å fylle lovkravet i utl. § 38 ? Forarbeidene, UNEs retningslinjer og praksis gir noe anvisning:

2.2.1.2 Fysiske lidelser

En Akutt og livstruende sykdom vil ved noen tilfeller alene fylle lovkravet. Det avgjørende i disse tilfellene er at den syke *må* behandles i løpet av kort tid. Medisinsk hjelp vurderes altså å være tvingende nødvendig. Kroniske lidelser generelt, faller

²⁴ ot.prp. nr. 75

²⁵ UNEs interne retningslinjer 2012 Helsemessige forhold

utenfor denne kategorien. Med "livstruende" menes at vedkommende risikerer å dø dersom behandling ikke blir igangsatt raskt, jf. UNEs retningslinjer. I disse tilfellene vil det alene være grunnlag for opphold etter lovens § 38.

En Alvorlig kronisk livstruende sykdom: Eksempler på denne kategorien er Kreft eller AIDS, der klageren befinner seg i siste fase av sykdomsstadiet og der behandlingstilbudet i Norge er av stor betydning. En slik situasjon vil være tilstrekkelig og alene utløse en oppholdstillatelse etter utl. § 38.

UNEs Stornemd har nedfelt noen generelle presedensvirkninger i vedtak 11.05.07. Disse belyser terskelen for sykdom av denne art. Det heter i vedtaket:

- 1) Anførsler knyttet til HIV/AIDS vurderes på samme måte som andre saker med alvorlig helsesvikt.
- 2) Det er ikke avgjørende at smitteoverføring er skjedd i Norge.
- 3) Det er ikke avgjørende om behandling med anti-retrovirale²⁶ medikamenter er påbegynt eller ikke.

Avgjørende behandlingstilbud: I NOU 2004: 20 s. 266 nevnes følgende tilfelle: "Søkeren har en kronisk lidelse, og det finnes et tilgjengelig behandlings- eller helsehjelpstilbud i Norge som er av avgjørende betydning for få sikre vedkommende en verdig livsutfoldelse. Samtidig er det en forutsetning at det ikke eksisterer noe adekvat behandlings- eller helsehjelpstilbud i søkerens hjemland". I disse tilfellene mener departementet at det foreligger sterke menneskelige hensyn basert på sykdomsbildet alene.

Påbegynt behandling: Søkeren har i disse tilfellene startet en medisinsk behandling før saken er avgjort og det vurderes som medisinsk uforsvarlig å avbryte denne for så å fullføre den i søkerens hjemland.

Det vil i disse kategorier tilfeller kunne være aktuelt å innvilge opphold. Likevel skal den konkrete situasjonen for søker veies opp mot mer allmenne samfunnshensyn. Felles for denne gruppen syke er at det er snakk om en betydelig alvorsgrad eller at man er inne i en kritisk fase av den medisinske behandlingen. Forarbeidene legger etter dette til grunn en meget høy terskel for opphold på grunnlag av helsemessige forhold. Et eksempel fra praksis underbygger dette:

UNE omgjøringsvedtak²⁷ 2014. Tatt til følge.

En filippinsk kvinne ønsket å jobbe som au pair i Norge året 2010. Før søknaden var ferdig behandlet ble hun diagnostisert med en kronisk nyresvikt under sitt besøk til vertskapsfamilien som etter sykdomsutbruddet trakk sitt arbeidstilbud. Kvinnen ønsket følgelig opphold i Norge bl.a. på humanitært grunnlag. Nemda fant at det var grunnlag for en midlertidig oppholdstillatelse etter utl. § 38 ut ifra en konkret helhetsvurdering. Kvinnens helsesituasjon var meget alvorlig. Hun var helt avhengig av dialysebehandling frem til en eventuelt vellykket nyretransplantasjon. Ifølge legeuttalelser ville en avbrutt behandling medføre døden innen 1 til 2 uker. Etter landinformasjonen var det også

²⁶ med anti-retrovirale medikamenter menes legemidler som brukes til behandling av HIV og AIDS

²⁷ ref. N14088327

uklart om det eksisterte et tilfredsstillende helsetilbud i hjemlandet. Medisinene var kostbare og kvinnen fremsto å ha begrensede ressurser.

I denne saken kom en enstemmig nemd, riktignok under "betydelig tvil", til at sterke menneskelige hensyn måtte veie tyngst i den konkrete sak på grunn av de helsemessige forhold. Vedtaket illustrer hvor høy terskelen er for å kunne begrunne opphold med sykdom alene. Praksis viderefører forarbeidenes ønskede linje på dette punkt.

Spørsmålet en kan stille seg er hvorfor vi har en så høy terskel for å innvilge opphold på humanitært grunnlag for syke mennesker? Svaret ligger i de innvandringsregulerende hensyn som gjør seg gjeldende på dette området. Alvorlig sykdom rammer mennesker over hele verden og særlig i områder med begrensede ressurser og mangelfullt helsetilbud. I mange av disse områdene ligger land vi har valgt å hjelpe gjennom bistandsytelser og asyl. Et generelt oppholdsgrunnlag for tilfeller av alvorlig sykdom ville i praksis overstegte vår reelle mottakskapasitet. Inntaket må derfor begrenses. Man må søke å identifisere de som trenger hjelpen mest og samtidig unngå å skape uholdbare tendenser i rettsutviklingen. Det må utvises varsomhet.

Det er et generelt hensyn som kommer til uttrykk i utl. § 38 4. ledd litra a. Det påpekes at man skal vektlegge "mulige konsekvenser for omfanget av søknader på lignende grunnlag". I dette ligger at man bør unngå å etablere for generelle rettsgrunnlag som igjen åpner for andre søkere på tilgrensende eller lignende grunnlag. Det generelle likebehandlingsprinsippet tvinger forvaltningen til å ta i betraktning konsekvensene av vedtaket for fremtidige saker. En restriktiv praksis blir resultatet.

Norge er forpliktet til å anvende utl. § 38 "i samsvar med internasjonale regler" jf. utl. § 3. På dette området vil EMK art. 3 som stadfester prinsippet om "umenneskelig behandling", justere og delvis overlape vår bestemmelse i utl. § 38. EMD vil således kunne overprøve saker som beveger seg inn på artikkelens område og fungere som en skjerpande faktor for vår egen regelanvendelse. Dette begrenser i praksis muligheten til selv å bestemme hvor vi vil legge vår restriktivitetsnorm. Den må være i samsvar med konvensjonsforpliktelsene. Et tilfelle der denne problemstillingen ble aktualisert var en sak i EMD fra 1997.

"St.Kitts-dommen"²⁸. D mot Storbritannia. Her ble det fastslått at selve utsendelsen av D var i strid med EMK art. 3 på grunn av hans sykdom. D var narkotikakurér og skulle etter ferdigsonet fengselsstraff sendes tilbake til sitt hjemland, St. Kitts. Han led av fremskreden AIDS og hadde fått avansert behandling i Storbritannia i flere år. Det var uomstridt at utvisning ville ha dramatiske konsekvenser for ham, idet en forventet levetid på noen få måneder i så fall ville bli ytterligere forkortet. På bakgrunn av de eksepsjonelle forholdene i saken ville utsendelse være i strid med art. 3 fordi den ville utsette D for umenneskelig behandling".

EMD har i flere avgjørelser forutsatt at det må foreligge eksepsjonelle forhold for at helseproblemer alene skal utløse tillatelse på grunnlag av umenneskelig behandling²⁹. Spørsmålet blir om vårt grunnlag på dette området i det hele tatt har egenverdi med

²⁸ Avsagt av EMD i 1997

²⁹ UNEs interne retningslinjer 2012 helsemessige forhold

tanke på den restriktivitetsnorm som legges til grunn, eller om vi egentlig kun følger våre folkerettslige forpliktelser etter utl. § 3 og grl. §110 litra c?

Det kan i utgangspunktet synes som om de fleste av tilfellene som faller inn under kategoriene nevnt ovenfor, opererer innenfor rammen av våre konvensjonsforpliktelser. Vi er i så fall folkerettslig forpliktet til å beskytte denne gruppen etter EMK art. 3. Med et slikt utgangspunkt har ikke utl. § 38 noe selvstendig betydning i disse spørsmål. EMD synes imidlertid å operere med en meget høy terskel for anvendelse av konvensjonsgrunnlaget, jf. St.kitts-dom. Denne strenge restriktivitetsnorm begrenser derfor rekkevidden av EMK art. 3 på dette området. Men samsvarer dette likevel med vår praksis, siden vi selv opererer med en meget høy terskel på dette punkt? Lovutvalget uttaler i NOU 2004:20 s. 265: "Etter utvalgets vurdering ville det angi en alt for restriktiv norm dersom man i nasjonal praksis skulle stille samme krav til forholdets ekstraordinære karakter som det man kan forvente at Den europeiske menneskerettsdomstol vil gjøre i sin praksis i forhold til vurderingen under EMK artikkel 3". Utvalget ønsker altså ikke en tilsvarende grad av restriktivitet som det EMD legger til grunn, noe som taler for at Utl. § 38 utgjør et bredere humanitært rettsgrunnlag med selvstendig betydning i saker som omhandler helsemessige forhold.

Det er etter dette klart at rekkevidden av helsemessige forhold etter utl. § 38 favner bredere enn EMK og følgelig har selvstendig betydning. Tilfeller som faller utenfor EMK art. 3 vil derfor kunne fanges opp av bestemmelsen og dermed utvide det totale beskyttelsesgrunnlag i praksis.

2.2.1.3 Psykiske lidelser

2.2.1.3.1 Psykiske lidelser

Helsemessige forhold omfatter også, naturligvis, eventuelle psykiske lidelser søkeren måtte ha. Etter praksis må det "foreligge en alvorlig sinnslidelse for at den alene skal kunne gi grunnlag for opphold i Norge"³⁰. "Alvorlig sinnslidelse er også hovedvilkåret for at en person skal kunne underlegges tvungent psykisk helsevern jf § 3-3 i lov av 02.07.1919 nr 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern. Ut ifra en naturlig språklig forståelse ligger det her et krav til at lidelsen må være av en ikke ubetydelig alvorsgrad for å kunne danne et grunnlag for opphold jf. uttrykket "alvorlig" jf § 3-3³¹.

Kriteriet "alvorlig sinnslidelse" er et innarbeidet begrep både innenfor psykiatrien og juridisk terminologi, blant annet på grunn av at vurderingen er sentral i strafferettens vurdering om straffrihet. Generelt har alvorlig sinnslidelse blitt karakterisert som en tilstand der personen er psykotisk eller har en lignende lidelse som kan sidestilles med psykose i alvorsgrad. Opererer § 3-3 og utl. § 38 med samme terskel på dette punkt? Vurderingene skiller seg noe fra hverandre. Mens man i strafferettens behandling kun spør om det foreligger en alvorlig sinnslidelse, vil man på utlendingsrettens område spørre foreligger det en alvorlig sinnslidelse? Hvis så, hva er

³⁰ UNEs interne retningslinjer 2012 helsemessige forhold pkt. 4.2.1

³¹ lov av 02.07.1919 nr 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern

årsaken til dette? På grunn av at vi vurderer om en person skal beskyttes vil det være relevant i hvilken grad lidelsene kan knyttes til historien som utgjør søkegrunnlaget. Slik sett vektlegges andre momenter enn i strafferettens. Kravet til alvorsgrad synes likevel å være det samme. I NOU 2004 :20 s. 266 heter det:

"Særlig i tilknytning til personer med psykiske lidelser vil det være naturlig å vektlegge i hvilken utstrekning lidelsene har sammenheng med tidligere overgrepssituasjoner eller traumatiserende opplevelser som er knyttet til en konflikt i hjemlandet"

Argumenter som kan knyttes til tidligere opplevelser vil altså generelt veie tyngre enn i tilfeller der tilværelsen som søker utløser de psykiske problemene. Tidspunktet for fremleggelse av anførsel vil etter praksis ofte være en indikator her. Dette betyr likevel ikke at man opererer med en lavere terskel for traumer og andre lidelser knyttet til opplevelser fra hjemlandet. Tilstanden kan vektlegges i større grad i helhetsvurderingen. Situasjonen er mer relevant for spørsmålet om personen skal beskyttes.

Lidelsen må være alvorlig. I UNEs retningslinjer 2012 om helsemessige forhold nevnes typiske lidelser som vil kunne fylle kravet til en alvorlig sinnslidelse:

Schizofreni: Personen tenker og føler annerledes enn det den vanligvis gjør. Man kan miste kontakten med virkeligheten. Tilstanden karakteriseres som et langvarig psykisk helseproblem (f helsebiblioteket).

Manisk depressivitet: Også kalt Bipolar lidelse. Personen opplever svingninger i stemningsleie. Ekstreme maniske episoder kan lede til psykotiske symptomer som vrangforestillinger og hallusinasjoner.

Paranoid psykose: Personen har en uriktig oppfatning av virkeligheten til tross for bevis på det motsatte. (norsk helseinformasjon)

Alvorlig personlighetsforstyrrelse: Avvik i personlighetstrekk som vises i form av urimelige reaksjoner og adferd innen mange personlige og sosiale situasjoner.(leksikon)

Kroniske lidelser som etter sin art vil utvikle seg til en alvorlig sinnslidelse dersom den ikke behandles: Selv om ikke sykdommen har manifestert seg som tilstrekkelig alvorlig vil det være mulig å legge til grunn et fremtidig sykdomsbilde. NOU 2004: 20 understreker her viktigheten av at oppholdet i Norge må være av avgjørende betydning for å sikre en verdig livsutfoldelse .

Mindre alvorlige psykiske lidelser vil falle utenfor "alvorlige sinnslidelser". Eksempler på lidelser i denne gruppen er: moderate depresjoner, angst, tvangslidelser, vanlige former for posttraumatisk stress, samt lidelser av forbigående art³².

Selvordsfare må etter praksis kunne knyttes til en "alvorlig og kronisk sinnslidelse"³³ for å utgjøre et tungtveiende argument. Antydninger om at søker vurderer selvmord må tas alvorlig. Man må skille mellom tilfeller der truslene har sammenheng med lidelser som kan knyttes til opplevelser fra hjemlandet, eksempelvis traumer fra krig, og andre tilfeller. Årsaken til selvmordsforsøket eller -tankene er altså avgjørende for hvilken vekt de kan tillegges. Et annet viktig moment er tidsaspektet. Kommer tankene som en

³²UNEs retningslinjer 2012 helsemessige forhold

³³ jf. UNEss retningslinjer 2012 helsemessige forhold

følge av avslag på opphold, vil det sjelden utgjøre noe særlig tungtveiende argument. Det kan likevel være grunn til å hente inn opplysninger om gjentakelsesfaren i det konkrete tilfellet. Slike trusler må tas på alvor.

Søkerens psykiske helse vil oftest utgjøre en del av et større hele som taler for eller imot opphold. Sykdommen vil kunne bygge opp under påstander og sammenholdt med andre omstendigheter danne grunnlag for opphold i den konkrete sak: Slik som i

UNEs avgjørelse³⁴ 11.2011. Tatt til følge.

En afghansk gutt/mann og tidligere Bacha Bazi, eller "dansende gutt", søkte om beskyttelse i Norge. I tillegg til at foreldrene var døde og at han hadde vært utsatt for seksuelt misbruk, forelå det en mistanke om menneskehandel i saken. Klageren ble også innlagt etter at han fremstod som aggressiv og suicidal. Ubehandlet, var det sannsynlig at klageren kunne få en varig sykdom ifølge helsevesenets rapporter. Han fikk til slutt diagnosen posttraumatisk stresslidelse. En samlet nemnd la i dette tilfellet vekt på at han hadde psykiske problemer som trengte behandling i Norge. Dette ble særlig understreket av at behandlingstilbudet for psykisk syke var dårlig i Afghanistan. Andre momenter i vurderingen var sårbarhet på grunn av sosialt stigma som tidligere Bacha Bazi. Det faktum at hans historikk som utøvende "dansende gutt" var en del av grunnlaget gjorde saken så spesiell at innvandringsregulerende hensyn ikke gjorde seg like gjeldende som ellers.

I denne saken får de påviste psykiske helseproblemer selvmordstanker, aggressiv adferd og posttraumatisk stress sentral betydning for grunnlaget i vedtaket. Den mentale tilstanden kunne knyttes til tidligere erfaringer som seksuelt misbruk, menneskehandel og sosial eksklusjon. De psykiske lidelsene danner sammen de andre faktorene i saken, grunnlag for opphold.

2.2.1.3.2 Traumer

Beslektet med psykiske lidelser er psykiske traumer som kan ramme en søker ved en eventuell retur. Det som kjennetegner denne tilstanden er at personen har psykiske sår etter "ubehagelige og overveldende opplevelser som strekker ut i tid"³⁵. Eksempler på slike traumeutløsende opplevelser kan være torturoffer, vitne til folkemord eller seksuelt misbruk. Personen fyller ikke lovkravet til psykisk syk men en retur vil utløse en mental tilstand av alvorlig karakter. Forvaltningspraksis har vektlagt dette momentet og forarbeidende har nevnt dette aspektet. I NOU 2004:20 s156 heter det:

"Selv om det ikke lenger foreligger et behov for internasjonal beskyttelse, vil det i mange saker kunne være humanitære grunner til at det er urimelig å kreve at utlendingen skal returnere. Dette vil for eksempel kunne være situasjonen i forhold til personer som har vært utsatt for traumatiserende overgrep.."

³⁴ ref. N1105031212

³⁵ Cappelens leksikon

2.2.1.3.3 Bevisituasjonen ved psykiske lidelser

For å kunne ta stilling til i hvilken grad psykiske lidelser skal ha betydning i den konkrete sak, må det foreligge dokumentasjon eller bevis. Dette kan være opplysninger fra søker selv, helseattester eller annen informasjon som bygger opp under sannsynligheten for en påstått tilstand. Å kartlegge de faktiske forhold er likevel ingen enkel oppgave. Er opplysningene fra søker troverdig?

Erklæringer fra helsepersonell kan være av betydning. Praksis viser at disse ofte er basert på søkerens egne opplysninger, og at de i noen tilfeller ikke stemmer overens med annen dokumentasjon i saken. Helsepersonell sitter ikke på alle opplysningene i en utlendingssak. I tillegg har praksis vist at slike uttalelser ved noen tilfeller har hatt "mer karakter av partsinnlegg enn av faglige uttalelser", jf. ot.prp. nr. 75. Det kan synes som om helseuttalelser i utlendingssaker ikke utgjør det grunnlaget man skulle ønske. Vekten av slik dokumentasjon blir følgelig svekket.

Vi har imidlertid en kultur i norsk rett for å tillegge fagkyndige uttalelser vekt. I strafferetten tillegges helsefaglige konklusjoner rundt sinnstilstand avgjørende vekt i sentrale spørsmål som tilregnelighet for eksempel. Men også på dette området vil den avgjørende vurderingen måtte gjøres av rettsapparatet. Det er ingen automatikk her. Likefullt fester vi stor lit til slike uttalelser generelt.

I forarbeidene heter det: "Det er klart at forvaltningen må få forholde seg til de erklæringene som foreligger fra helsepersonell", jf. ot.prp. nr. 75. Det kan likevel synes som om kvaliteten av erklæringene avgjør hvor tungtveiende argument de representerer. I hvilken grad informasjonen samsvarer med øvrig informasjon vil således ha betydning. Graden av helsefaglige vurderinger vil også være avgjørende for i hvilken grad slike erklæringer har rettslig verdi.

2.2.1.4. Adekvat behandlingstilbud?

Det er et grunnleggende utgangspunkt at behandlingen av den syke i Norge må representere et surrogat eller erstatning for manglende tilbud i hjemlandet. Foreligger det et beviselig tilfredsstillende helsetilbud, eksisterer ikke det samme grunnlaget for hjelp eller beskyttelse personen søker. Problemstillingen aktualiseres oftest når tilfellet ligger over, eller tett opp mot, terskelen for alvorsgrad i sykdomsbildet. Lavere grader vil kun unntaksvis være relevante argumenter og det vil av den grunn ikke være hensiktsmessig å undersøke adekvat behandling i hjemlandet. Eksisterer det et tilfredsstillende helsetilbud i hjemlandet, må dette være tilgjengelig for søkeren. Er tilbudet utilgjengelig, vil de helsemessige forhold være et relevant argument for opphold³⁶.

"tillatelse bør som utgangspunkt forbeholdes tilfeller der det ikke finnes et adekvat behandlingstilbud i klagerens hjemland (...) Tilbudet må være tilgjengelig for klageren."³⁷

³⁶ UNEs retningslinjer 2012 helsemessige forhold pkt. 5.1

³⁷ UNEs retningslinjer 2012 helsemessige forhold

Hvilke krav stilles så til tilgjengeligheten? Er det nok at det eksisterer et adekvat tilbud? Og hva med personlige forutsetninger for å benytte seg av det? I et stornemdvedtak³⁸ nedfelte flertallet noen generelt formulerte presedensvirkninger:

"4) Et helsetilbud i klagerens hjemland må regnes som tilgjengelig uavhengig av kostnadene forbundet med å nyttiggjøre seg det, med mindre kostnadene er så høye at bare en liten del av befolkningen kan make å betale for det.

5) Helsetilbudet i hjemlandet må generelt regnes som tilgjengelig, selv om det ikke er lokalisert i klagerens hjemområde, med mindre det foreligger spesielle omstendigheter ved klagerens situasjon."

Det synes som om det ikke er noe krav til at søker i praksis har reell mulighet til å benytte seg av helsetilbudet i hjemlandet. Dette er et strengt krav som i praksis vil kunne få den konsekvens at en ressurs svak søker ikke vil ha mulighet til å motta nødvendig behandling ved en retur. Den strenge linjen kan imidlertid igjen begrunnes med innvandringsregulerende hensyn. Behovet for en kontrollert og begrenset innvandring veier tyngre enn en søkers potensielt skjebnesvangre skjebne. Dette er situasjonen for mange. Restriktivitet synes nødvendig. Et unntakstilfelle er der behandling er påbegynt og der det ikke vil være medisinsk forsvarlig å avbryte for å fullføre i hjemlandet.

En forutsetning for å i det hele tatt vurdere behandlingstilbudet i hjemlandet er at det foreligger et tilfredsstillende helsetilbud i Norge som sikrer søkeren en verdig livsutfoldelse med sin sykdom. Hvis ikke dette foreligger vil opphold her ikke være av avgjørende betydning og dermed ikke representere et argument for å bli.

2.2.1.5. Helhetsvurderingen

Som understreket tidligere skal det foretas en konkret, helhetlig og skjønnsmessig vurdering.

UNE har i sine retningslinjer listet opp noen momenter de anser som relevante forhold i helhetsvurderingen generelt. Punktene er ikke ment å være uttømmende, de skal mere belyse den argumentasjonsmåte man i praksis benytter når saker om helseproblemer behandles.

Årsaken: Man må sondre mellom helsemessige forhold som har sin bakgrunn i det anførte asylgrunnlaget, som ofte tillegges mer vekt, og helseproblemer som er oppstått som en reaksjon på klagerens livssituasjon som asylsøker.

Dokumentasjon: "Helseproblemene bør være tilstrekkelig dokumentert".

Helsepersonellovens § 15 1. ledd stadfester at dokumentasjon i helse spørsmål bør være "varsom, nøyaktig og objektiv". Erklæringer som ikke er i samsvar med retningslinjene i tillegg til udokumenterte eller mangelfullt dokumenterte opplysninger, tillegges normalt mindre eller ingen vekt. Det bør imidlertid legges særlig vekt på helseerklæringer som underbygger det anførte asylgrunnlaget, samt erklæringer fra spesialister. Uttalelser fra andre hold, eksempelvis sykepleiere og ansatte i barnevernet vurderes konkret. Slike opplysninger kan bidra til å kaste lys og gi et mer helhetlig bilde av faktagrunnlaget.

³⁸ UNEs stornemd nedfelte presedensvirkninger i vedtak 11.05.07

Likevel må vel informasjonen underbygges av helseerklæringer for å utgjøre en tungtveiende faktor.

Tidsaspektet: Tidspunktet for fremleggelse av relevant informasjon i saken kan få konsekvenser for dets individuelle vekt. Hvorfor kommer informasjonen nå? Dette er særlig aktuelt i forbindelse med et avslag. Samtidig vil det være naturlig å se hen til den alminnelige kunnskap om tilstanden for eventuelt å belyse troverdigheten av informasjonen.

Adekvat behandlingstilbud i hjemlandet og i Norge?

Sosialt nettverk i hjemlandet: Dette er kun relevant for tilfeller som beveger seg nært opp til eller over terskelen i sykdomsvurderingen. Spørsmålet er i hvilken grad klageren er sikret en verdig livsutfoldelse i hjemlandet på grunn av tilfredsstillende sosiale forhold i form av venner, familie eller omsorg generelt. Er dette fraværende vil det utgjøre et argument for at opphold i Norge vil kunne sikre den verdige livsutfoldelsen.

Innvandringsregulerende hensyn jf. utl. § 38 4. ledd tilsier at det ikke bør tillegges avgjørende vekt at helsetilbudet i Norge er bedre enn i klagerens hjemland. Det vil være i strid med lovens formål da dette omfatter store deler av jordas befolkning.

Hensynet til "Barnets beste": BK art.3 nr. 1 jf. utl. § 38 3. ledd. stadfester prinsippet om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn også i den helsemessige vurderingen. Terskelen senkes i disse tilfellene i henhold til praksis og lov. Et barn skal ikke behandles på samme måte som en voksen jf. lovens § 38 3. ledd 2. pkt.. Hvordan påvirker dette saksbehandlingen? :

- Det stilles et mindre strengt krav til at slike saker anses "tilstrekkelig opplyst", jf forvaltningsloven § 17. Kravet til dokumentasjon er det samme som for voksne.
- Det stilles ikke samme krav til sykdommens alvorlighetsgrad som for voksne.
- Opphold i Norge vil være av større betydning for at alvorlig kronisk syke barn skal få en verdig livsutfoldelse.
- Det stilles et strengere krav til hva som anses som et tilstrekkelig adekvat behandlingstilbud i hjemlandet.
- Hensynet til barnet og barnets helse tilsier at innvandringsregulerende hensyn tillegges mindre vekt i helhetsvurderingen.
- Hvor gammelt barnet er kan forsterke betydningen av hensynet.

For å kunne innvilge opphold på grunnlag av helsemessige forhold stilles det strenge krav til alvorlighetsgraden av tilstanden. Det legges til grunn en streng restriktivitetsnorm basert på de innvandringsregulerende hensyn som gjør seg gjeldende. Mindre alvorlige helsetilstander vil likevel kunne være relevante sammenholdt med andre momenter i en helhetsvurdering. En slik situasjon vil også påvirke vekten av samfunnsmessige mothensyn da individuelt preg begrenser faren for en uholdbar presedensvirkning som følge av et positivt vedtak.

2.2.2. Sosiale eller humanitære forhold

Et annet typetilfelle loven trekker fram er "sosiale eller humanitære" forhold jf. utl § 38 2. ledd litra c. Ut ifra en naturlig språklig forståelse sikter begrepene "sosiale" og "humanitære" forhold til generelle samfunnsforhold ved retursituasjonen. Det stilles videre krav til at forholdene må danne et "grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse", noe som indikerer at det må forholdsvis av et visst negativt omfang til for å utløse opphold. Relevante eksempler på slike forhold kan i så måte være økonomisk nød, mangel på

arbeid, infrastruktur, mat og helsetilbud som alle kan karakteriseres som klart negative sosiale og humanitære tilstander ved retur.

Sosial og humanitære forhold er et vide begreper som inkluderer mange beskyttelsesverdige grupper. Loven har særskilt nevnt "enslige mindreårige" jf. utl. § 38 2. ledd litra a, og "offer for menneskehandel" jf. utl. § 38 2. ledd litra d, som egne selvstendige grupper typetilfeller. Flyktningebestemmelsen i utl. § 28 vil også danne grunnlag for mange i denne gruppen. For eksempel vil homofile eller lesbiske som trues på livet i andre samfunn kunne få flyktningstatus på grunnlag av forfølgelse av sosial gruppe³⁹. I noen kulturer blir voldtektsoffer også utsatt for sosial stigmatisering. Til tross for at de selv er utsatt for urett og er offer, vil mange kunne møte på alvorlige sosiale utfordringer ved en retur. Dette kan i sin tur føre til problemer med å få jobb eller skaffe en plass å bo. Mange risikerer også å bli utstøtt av egen familie, vennekrets eller andre deler av sitt sosiale nettverk. I den grad tilfellet faller utenfor forfølgelsesregelen i utl. § 28, vil denne gruppen være eksempler på tilfeller under litra c.

Den klare hovedregel er også her at det ikke kan innvilges opphold på dette grunnlag generelt på grunn av tungtveiende innvandringsregulerende hensyn⁴⁰. Dette er forhold som rammer svært mange mennesker i verden. Forvaltningens likhetsprinsipp begrenser adgangen til å føre en slik praksis. Ytterste konsekvens vil være en regelinnstramming.

Imidlertid forutsetter bestemmelsen en helhetlig konkret vurdering av hvert enkelt tilfelle. Vil det samlet sett være grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse? Forarbeidene nevner ekstreme situasjoner som humanitære katastrofer der det vil være grunnlag for å innvilge midlertidig opphold. I tillegg nevnes hensyn til allerede sårbare grupper som barnefamilier, eldre og syke i tilfeller av ekstreme hjemkomstsituasjoner som for eksempel krigsødeleggelser. Her vil argumentene forsterkes av at gruppen allerede ansees som sårbar. I samspill med humanitære eller sosiale forhold vil derfor summen i noen tilfeller representere et tilstrekkelig grunnlag for opphold.

2.2.3. Barn

2.2.3.1. Generelt

I vurderingen av om sterke menneskelige hensyn foreligger, skal det tas særlige hensyn i saker som berører barn. Dette er et grunnleggende folkerettslig prinsipp som veier tungt i helhetsvurderingen. Synspunktet er forankret i et behov for en styrket beskyttelse av en gruppe som betraktes som særlig sårbar. Virkningene av feil disposisjoner i saker som involverer barn kan få dyptpløyende personlige konsekvenser og i verste fall ødelegge utsiktene til en verdig livsutfoldelse for mennesker tidlig i livet.

³⁹ I Uganda ble det i 2014 vedtatt en lov som forbyr homofili og som har resultert i drap og forsterket sosial stigmatisering. Loven synes imidlertid ikke å håndheves særlig strengt. Hovedproblemet har i ettertid vist seg at forbudet legitimerer trakassering og følgerig forverres situasjonen for denne gruppen i landet

⁴⁰ jf. ot.prp. 75 og forvaltningspraksis

Prinsippet er nedfelt Barnekonvensjonens art. 3 og utl. § 38 3. ledd som stadfester at "barnets beste skal være et grunnleggende hensyn" i vurderingen. I tillegg er det fremhevet et særlig aktuelt typetilfelle i utl. § 38 2. ledd. litra a som slår fast at det kan vektlegges at "utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur". Hensynet til barn er sentral i helhetsvurderingen.

2.2.3.2. Enslige mindreårige. Omsorgsalternativene.

En særlig sårbar gruppe søkere er "enslige mindreårige", jf. § 38 2. ledd litra a.. Med "mindreårig" menes personer under 18 år, noe som i utgangspunktet ikke byr på særlige tolkningsmessige utfordringer. Likevel vil det være av betydning hvor nært opp til aldersgrensen barnet befinner seg da hensynene i noen tilfeller forsterkes jo yngre søkeren er. Synspunktet er at dette argument eksempelvis gjør seg mer gjeldende hos en 7-åring enn hos en 17-åring. Det opereres med en variabel terskel som begrunnes med at barn under 18 år ikke representerer noen ensartet eller homogen gruppe søkere. Alder vil således kunne være avgjørende for hvilken grad av omsorg som ansees tilfredsstillende ved retur blant annet. Behovene er forskjellige og hensynet styrkes eller svekkes deretter. Med "enslig" menes barn uten foreldre eller foresatte (I 2012 søkte 1000 personer opphold i Norge på grunnlag av status som enslig mindreårig, 85 % av disse var gutter UDI tall og fakta).

BK art. 20 pålegger også statene å ta ansvar i tilfeller der mindreårige står uten omsorgspersoner. Det heter i punkt 1.: "Barn som midlertidig eller permanent er fratatt sitt familiemiljø (...) skal ha rett til særlig beskyttelse og bistand fra staten". I tillegg stadfester EMK art. 8 retten til respekt for familielivet. Også her er vi altså klart forpliktet til handling via konvensjoner uavhengig av rekkevidden til egne bestemmelser. Praksis på dette området synes imidlertid å gå utover det konvensjonelle ansvar etter BK art. 20 og EMK art 8..

Det er en særregel i uf. § 8-8 for barn fylte 16 år om midlertidig oppholdstillatelse på nærmere vilkår. Spesielt med denne er at barnet får opphold til myndig alder men uten mange av de rettigheter som ellers følger med en slik tillatelse⁴¹.

Praksis, og da her særlig forvaltningspraksis, har tatt konsekvensene av den utsatte posisjonen denne gruppen søkere befinner seg i. En fast og langvarig praksis på dette området underbygger en entydig hovedregel: enslige mindreårige blir *ikke* returnert⁴². Likevel anser man det forsvarlig å returnere søkeren i særlige tilfeller. Dette gjelder der retursituasjonen vurderes å være tilfredsstillende hva angår omsorgssituasjonen for barnet jf. § 38 2. ledd. Spørsmålet blir etter dette hva som ligger i lovens begrep "forsvarlig omsorg".

Det er i denne sammenheng viktig å ha i bakhodet at det eksisterer store kulturelle forskjeller når det kommer til omsorgsstruktur i familier og samfunn. Det må i vurderingen tas hensyn til det aktuelle returlands syn, praksis og tradisjoner. Dette innebærer at man noen ganger vil kunne operere med omsorgspersoner i vid forstand. Ikke bare biologiske foreldre vil således være potensielle kandidater, men også tanter,

⁴¹ I 2012 søkte 1000 personer UDI om opphold i Norge på grunnlag av status som enslig mindreårig, 85 % av disse var gutter kilde: UDI tall og fakta 2012

⁴² jf. Ot.prp. nr. 75 s. 420 og forvaltningspraksis.

onkler, myndige søsken og besteforeldre. Storfamiliens kulturelle anseelse varierer og er for eksempel høy i land som Irak, Afghanistan, Somalia og Sri Lanka. Områder der det også eksisterer et betydelig antall enslige mindreårige asylsøkere⁴³.

Praksis opererte inntil 2009 med et tilleggskrav til potensielle omsorgspersoner i lovens forstand. Man stilte krav til at aktuelle person hadde hatt omsorg for barnet *forut* for en eventuell retur. En helt ny omsorgssituasjon ble ikke ansett å være formålstjenlig uansett hvordan den i realiteten ville artet seg for barnet i praksis. Imot dette taler imidlertid hensynet til barnets beste. En forening med biologiske familiemedlemmer sammenholdt med tungtveiende tilhørighetssynspunkter som kjent språk, miljø, nettverk og lokal kultur generelt, vil i mange sammenhenger være det beste for barnet uavhengig av tidligere omsorg. Dette argument gjør seg særlig gjeldende i de områdene av verden vi vet har tradisjon for dette, som nevnt ovenfor.

I tillegg ble det i et brev ⁴⁴ ytret ønske om en ytterligere utvidelse av omsorgsalternativene til også å gjelde tiltak i regi av hjemlandets myndigheter. Med dette menes institusjoner eller organisasjoner som i det aktuelle området driver relevant omsorgsarbeid i regi av myndighetene. Synspunktet er at så lenge det eksisterer et omsorgstilbud som er tilfredsstillende, er det lite som taler for å holde søkeren i Norge på humanitært grunnlag. Det er på dette punkt likevel helt avgjørende at forvaltningen kan dokumentere forholdene rundt de aktuelle tiltak slik at hensynet til barnet, i realiteten, blir ivaretatt. Terskelen for å akseptere et slikt omsorgsalternativ synes høy etter forvaltningspraksis.

Departementet ga sitt samtykke til de foreslåtte praksisendringer og oppsummerte med tre avsluttende punkter. Departementet uttaler:

"- I vurderingen av hva som kan anses som forsvarlig omsorg skal det ses hen til verdien av å vokse opp sammen med familien i kjent miljø, kultur og øvrig nettverk.

-Omsorgspersoner kan som hovedregel vurderes som forsvarlig omsorg, selv om disse ikke hadde omsorgsansvar for søkeren i forkant av reisen fra hjemlandet.

-Retur til omsorgstiltak i regi av hjemlandets myndigheter vurderes systematisk, også i de tilfellene hvor barnet ikke kommer fra en slik omsorgssituasjon."

Her vektlegger departementet annerledes enn tidligere praksis (inntil 2009). Kravet til omsorgspersoner lempes til fordel for kulturelle miljøhensyn og det stilles ikke lenger krav til tidligere omsorg for barnet. Dette er gjeldende rett.

Til illustrasjon, kan faktum og konklusjon fra et vedtak UNE gjorde i en sak som fikk mye oppmerksomhet. HR prøvde de prinsipielle sidene ved lovanvendelsen men her er UNEs skjønnsutøvelse mest interessant.

"Ashok-dommen" Rt. 2009 s.1261: En tamil fra Sri Lanka ved navn Puvaneswaran Jegatheeswaran (kalt Ashok) født 1993, kommer alene til Norge i 2002. Etter avslag på flyktningsøknaden søker han opphold på humanitært grunnlag. Han

⁴³ UDI praksisnotat behandling av asylsaker fra enslige mindreårige dokument-ID PN 2012-011

⁴⁴ UDIs Praksisforeleggelse av 03.03.2009

hadde tidligere bodd med sin mor, far og to yngre søsken på Sri Lanka. Ashok bodde det første året i Norge hos sin onkel mens han i 2003 flyttet til Lørenskog og en tamilsk fosterfamilie. Han anførte at moren og besteforeldrene var blitt uvenner og at bestefaren var alkoholisert. I tillegg påstod han at moren befant seg på ukjent sted. etter flere ankesaker ble Ashok sendt tilbake i 2006. Nemda av slo søknad om opphold med blant annet den begrunnelse at moren bodde på kjent adresse og ville hente ham der. de la videre til grunn at moren bevisst holdt seg skjult for å styrke sønnens sak.

Omsorgssituasjonen finnes altså å være tilfredsstillende i Sri Lanka. En gjenforening med familie i eget hjemland vurderes som barnets beste i saken. Signaleffekten av en innvilgelse vurderes som ugunstig med tanke på hensynet til en regulert og kontrollert innvandring. Ingen ytterligere omstendigheter, som helsemessige forhold til eksempel, nødvendiggjør en tillatelse pga. sterke menneskelige hensyn.

Det skal foretas en konkret helhetsvurdering. Omsorgsalternativene er kun ett av flere elementer i denne vurderingen. At det foreligger et tilfredsstillende alternativ utløser ikke i seg selv en retur. Andre momenter vil komme inn og enten styrke eller svekke det foreliggende tilbudet til barnet. Disse momentene kan være: Hvor gammelt er barnet? Hvor mye omsorg er nødvendig? Hvilke bånd har barnet knyttet til disse familiemedlemmene tidligere? Hvilken tilknytning har barnet til omsorgspersonens hjemsted?

Miljøargumentet står sentralt i totalvurderingen. Verdien av å kjenne omgivelsene og kulturen rundt seg betyr mye for enhver omsorgstrengende mindreårig. En forflytning er slik sett aldri ukomplisert. Og selv om det eksisterer et uttalt politisk mål om integrering i det norske samfunn er det langt fra alle som opplever dette, de beste intensjoner til tross. Et nytt miljø og gjerne ukjent kultur byr på sosiale utfordringer, ikke bare for søkeren, men også for det samfunn som skal beskytte. Utfordringer som må komme i betraktning og prege vurderingen. Dette underbygges særlig av at det her er snakk tredjelandborgere der kulturforskjellene er mer markante på flere områder. Her styrkes viktigheten og tyngden av miljøargumentet.

En situasjon, som byr på særlige utfordringer når det kommer til de rimelighetsvurderinger som må foretas, er de tilfeller der foreldre etterlater seg barn på mottak med hensikt, såkalte "ankerbarn". Disse barna vil på dette tidspunkt ha status som enslige mindreårige og har da etter praksis krav på oppholdstillatelse. I tillegg vil det være mulig å søke gjenforening etter reglene om familieinnvandring i utl. kapittel 6. Det gjør seg imidlertid gjeldende særlige allmennpreventive hensyn i disse tilfellene.

Det synes klart urimelig å premiere en slik framferd av flere årsaker. Det vil blant annet åpne for en potensiell strøm av søkere som ved avslag ser en mulighet for å få prøvd saken på nytt. Man skaper altså en ny mulighet for opphold, på et nytt grunnlag, ved å dytte barnet framfor seg. Imot dette, taler hensynet til barnets beste. Det beste for barnet vil i de aller fleste tilfellene være en gjenforening med sine foreldre. Dette er klart.

Forvaltningspraksis har vært svært restriktive i disse sakene jf. ot.prp. nr. 75. De allmennpreventive hensyn gjør seg gjeldende og tillegges avgjørende vekt på bekostning av hensynet til barnet i den konkrete situasjonen. Et tankekors er hva som får mennesker til å gå til disse ekstreme skritt i en søknadsprosess. Det sier noe viktig om

desperasjonen og alvorret vi står ovenfor disse sakene. Dette er vanskelige vurderinger. Av mange årsaker.

2.2.3.3. Hensynet til barnets beste

Det skal tas hensyn til barn jf. BK art. 3 nr.1 og utl. § 38 3.ledd. I konvensjonen heter det:

"Ved alle handlinger som vedrører barn og som foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn"

Norge ønsker, og er forpliktet til å respektere prinsippene i Barnekonvensjonen. BK art. 2 nr.1 stadfester de involverte parters forpliktelser. Art 2. uttrykker en klar intensjon om at partene på best mulig måte må sørge for at de prinsipper nedfelt i konvensjonen følges opp nasjonalt. De skal "respektere og garantere de rettigheter som er fastsatt i denne konvensjon". . Utl. § 3 jf. grl. § 110 litra c tvinger fram en anvendelse som er i samsvar med prinsippet i barnekonvensjonen. Samlet sett representer dette et bredt lovgrunnlag for et sterkt prinsipp. så hvilken betydning får dette hensynet for anvendelsen av utl. § 38?

Det første man må ta stilling til er hvor sentralt barnet er i saken. Er barnet sentralt skal det mye til for å sette barnets interesser til side⁴⁵. Videre vil terskelen for opphold naturlig senkes. Man stiller ikke de samme krav til situasjonen som til voksne da det er klart at barn har en lavere tålegrense. Det som ikke vurderes tilstrekkelig for oppholdstillatelse for en voksen, kan derfor likevel være utløsende for et barn. At terskelen for opphold senkes er også inntatt i lovteksten jf. utl. § 38 3. ledd 2 pkt., som slår fast at: "Barn kan gis oppholdstillatelse etter første ledd selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse for en voksen".

Hensynet går likevel inn i en helhetsvurdering der flere momenter spiller inn og der man etter en samlet vurdering konkluderer. De på vedtakstidspunktets mer eller mindre dokumenterte omsorgsalternativer og helsemessige forhold, kan sammenholdt med en vurdering av barnets beste utløse oppholdstillatelse. Hensynet har selvstendig betydning.

Det er imidlertid ikke avgjørende for utfallet at hensynet til barnet taler for opphold i den foreliggende sak. Formuleringen "et grunnleggende hensyn" (a primary consideration jf. BK art. 3), er valgt foran "det grunnleggende hensyn" (the primary consideration)⁴⁶. Bestemmelsens historie viser også tydelig at dette ikke er noen tilfeldig valgt formulering. Ordlyden åpner således for å la andre hensyn enn barnets utgjøre et mulig avgjørende argument i den konkrete sak. Konsekvensen kan bli at en vurdering av barnets beste blir satt til side av til eksempel tungtveiende innvandringsregulerende hensyn.

Forarbeidene underbygger denne forståelsen jf. NOU 2004:20 s. 92. I Ot.prp nr 75 gjør departementet det samme når de henviser til utvalgets uttalelse som lyder: "Selv om hensynet til barnets beste skulle tilsi at barnet innvilges opphold i Norge(...), er

⁴⁵ Kirsten Sandberg, Barnekonvensjonen 2. utgave kapittel barnets beste i asylsaker

⁴⁶ jf. NOU 2004:20 s. 92

derfor ikke barnekonvensjonen i seg selv til hinder for at innvandringsregulerende hensyn likevel kan legitimere et avslag på opphold".

Høyesterett kommer i Rt. 2009 s. 1261 (Ashok-dommen) med noen prinsipielle uttalelser vedrørende denne interesseavveiningen. I avsnitt 78 uttaler retten:

"At barnets interesser skal være et grunnleggende hensyn, utelukker imidlertid ikke at innvandringspolitiske og andre hensyn kan være relevante og også avgjørende i en sak".

Lovformuleringen, forarbeidene og høyesterett peker mot en viktig praktisk nyanse: et grunnleggende hensyn er ensbetydende med et *av flere* hensyn i en helhetlig vurdering. Det er etter gjeldende rett helt klart at BK art 3. og utl. § 38 ikke står i veien for vektlegging av andre hensyn.

Et klassisk eksempel på en slik interessekonflikt er de tilfeller hvor en familie med barn søker opphold på humanitært grunnlag. Forholdene på hjemstedet er klart problematiske og det er utvilsomt at barnets beste er et permanent opphold i Norge. Bedre levevilkår generelt, utdanningsmuligheter og et oppvekstmiljø uten spor av den uro og konflikt som gjerne preger for eksempel krigsherjede områder. Alt dette taler for at det klart er til det beste for barnet å innvilge opphold.

På den annen side gjør det seg her gjeldende sterke innvandringsregulerende hensyn. Det faktum at mange befinner seg i samme situasjon, og at en innvilgelse vil åpne for et stort antall oppholdstillatelser på like eller lignende søkegrunnlag, gjør vurderingen problematisk. Det må trekkes en grense og vi må søke å identifisere den gruppen som har størst behov for hjelp.

Det forvaltningsrettslige likhetsprinsipp og hensynet til forutsigbarhet tvinger behandlingen av disse saker inn i en restriktiv bane. Konsekvensen av å ikke ta hensyn til dette vil til syvende og sist være en innsnevring av lovgrunnlaget for å bøte på en uønsket utvikling og dermed begrense omfanget. Her vil altså hensynet barnets beste måtte vike for innvandringsregulerende argumenter med støtte i lov, forarbeider og praksis. Forvaltningens frie skjønn har således klare reelle begrensinger. Det er en frihet under ansvar. Ansvar for å sikre en balansert og kontrollert innvandring.

Imidlertid er fokuset på konkrete individuelle forhold i argumentasjonen er med på å hindre presedensdannelse i strid med de overordnede politiske målsettinger. Ved å stadig henviser til sakens individuelle preg og sammensatte natur i premissene, unngår man at avgjørelser i seg selv gir grunnlag for en større gruppe søkere. Dette gir forvaltningen utvidet praktisk mulighet til å anvende § 38 til fordel for barnets interesser.

I EMD "Nunez mot Norge"⁴⁷ ble utfallet at staten ble dømt for utvisning av en mor som hadde barn i Norge. Moren ble utvist fra Norge før barna ble født og hadde på det tidspunkt de ble født fått et innreiseforbud. Hun hadde avgitt falsk forklaring til utlendingsmyndighetene, noe som ble ansett å være et tilstrekkelig brudd på utlendingsbestemmelsene. Sanksjonen ble utvisning med den følge at hun ble adskilt fra barna som var tvunget å flytte til faren. Barna hadde på dette tidspunkt etablert en langvarig og nær tilknytning til moren. De hadde gjennomgått et samlivsbrudd, blitt

⁴⁷ Avsagt i EMD 2011

flyttet bort fra mor og til far. I tillegg stod de nå ovenfor minst to års fravær fra sin viktigste omsorgsperson. EMD konkluderte med at det her ikke var lagt tilstrekkelig vekt på hensynet til barna. Det ble fremholdt at to år måtte betegnes som lang tid særlig tatt i betraktning barnas alder på 4 og 5 år. "Norge hadde ikke holdt seg innenfor sin skjønnsmargin i avveiningen mellom den offentlige interessen i å sikre effektiv innvandringskontroll og behovet for at moren ble i Norge for å holde kontakt med barna ut fra hensynet til barnas beste"

Dommen illustrerer hvor tungtveiende hensynet til barnet kan veie i enkeltsaker. Når barn står sentralt i saken, er unge og utvilsomt lider av de praktiske disposisjoner de blir påtvunget, skal det mye til for ikke å sette deres interesser først. Styrkeforholdet i disse sakene er formidabel. Vi står ovenfor en meget sårbar gruppe individer som trenger beskyttelse.

FNs barnekomité tar til orde for et meget sterkt vern av barn i saker som omhandler enslige mindreårige⁴⁸. Det vil etter komiteens syn kun være aktuelt å returnere søkere i denne kategorien i unntakstilfeller. Generelle innvandringspolitiske argumenter vil *ikke* kunne skyve hensynet til barnet til side ved motstrid. Dette vil kun være aktuelt i de tilfeller barnet utgjør en trussel for rikets sikkerhet, eller der andre argument basert på rettigheter staten har til å beskytte sine borgere gjør seg gjeldende. Komiteens uttalelser gir en god indikasjon på hvor tungtveiende hensynet til barn bør være i enkeltsaker. Høyesterett har i tidligere avgjørelser tillagt barnekomiteens uttalelser vekt jf Rt. 2008 side 513 og Rt. 2008 side 1764. Komiteens uttalelser er ikke folkerettslig bindende men utgjør en rettskilde av betydning⁴⁹.

I sterk kontrast til komiteens synsvinkel ligger deler av internasjonal praksis. I land som for eksempel New Zealand og Australia praktiseres hensynet mer i favør av innvandringsregulerende argumenter også der barnets interesser er sentrale i saken. Man vender fokus og sier det skal mye til for å sette til side de innvandringspolitiske argumenter mot opphold i landet⁵⁰.

Det ligger en latent potensiell svakhet i generelt utformede prinsipper som det BK art.3 representerer. Deres åpne og generelle karakter kan medføre at de mister noe av sitt innhold og dermed framstår som uegnet til å oppfylle sitt eget formål. Intensjonen om en universell og grunnleggende beskyttelse av barn kan svekkes⁵¹. En annen bekymring i denne sammenheng er risikoen for at beslutningstaker tolker prinsippet på sin måte slik at forutsigbarheten i lovverket svekkes.

⁴⁸ FN.Barnekomiteens generelle kommentar nr. 6 avsnitt. 86 Enslige mindreårige

⁴⁹ jf. "Ashok-dom" Rt. 2009 s. 1261

⁵⁰ Freeman 2004 s. 174-177, Kirsten Sandberg Barnekonvensjonen 2. utgave Kapittel Barnets beste i asylsaker

⁵¹ Graver 2006 Barnekonvensjonen 2. utgave Kapittel Barnets beste i asylsaker.

2.2.4. Ofre for menneskehandel

Med menneskehandel menes "å utnytte barn, kvinner eller menn til å utføre arbeid og tjenester ved bruk av tvang, vold, trusler, forledelse eller ved å utnytte en persons sårbare situasjon"⁵².

Ofre for menneskehandel er en gruppe søkere som lovgiver nevner særskilt under begge beskyttelsesgrunnlagene jf. utl. § 38 2. ledd litra d og utl. § 28 jf. § 30 1. ledd litra c. Handlingen er også straffbar jf. strl. § 224. Dette er et klart uttrykk for et sterkt beskyttelsesbehov. Noe av bakgrunnen er ønsket om å hjelpe en særlig sårbar gruppe som risikerer, og utsettes for, grove overgrep. Men det er også et ønske om å følge opp våre voksende internasjonale forpliktelser i kjølvannet av et økt fokus på denne type kriminell virksomhet. Årsaken er at man nasjonalt og internasjonalt anser "trafficking" eller "moderne slavehandel" som et svært alvorlig samfunnsproblem, noe det er bred enighet om at må ha høy prioritet. Dette er naturlig når en tar i betraktning sakenes natur. Det er en stor grad av organisering av virksomheten som omfattes. Kamouflerte aktører og bakmenn gjør handlingene vanskelige å avsløre. I tillegg jobber disse nettverkene ofte på tvers av landegrenser. For å løse problemet er derfor internasjonalt samarbeid avgjørende.

Norge er forpliktet gjennom konvensjoner til å forebygge og bekjempe handel med mennesker⁵³. FN-konvensjonen mot grenseoverskridende organisert kriminalitet, den såkalte "Palermoprotokollen", og Europarådskonvensjonen om tiltak mot menneskehandel av 2005, utgjør grunnlaget for våre internasjonale forpliktelser på dette området. Palermoprotokollens art. 3 definerer menneskehandel. Strl. § 224 bygger på denne definisjonen. Loven nevner fire kategorier tilfeller som illustrerer hvilke handlinger som omfattes av begrepet. Disse er:

"Den som ved vold, trusler, misbruk av sårbar situasjon eller annen utilbørlig atferd utnytter en person til

- a) prostitusjon eller andre seksuelle formål,
- b) tvangsarbeid eller tvangstjenester, herunder tiggning,
- c) krigstjeneste i fremmed land eller
- d) fjerning av vedkommendes organer"

Det har i det praktiske arbeid med å håndheve reglene vist seg svært vanskelig å identifisere ofre for menneskehandel. Det er følgelig også vanskelig å anslå omfanget av denne virksomheten både nasjonalt, og internasjonalt. Lukkede organiserte miljøer gjør dette arbeidet vanskelig. I tillegg opplever man tilfeller der ofre er lite villige til å bryte ut på grunn av frykt for konsekvensene. Fakta fra KOM⁵⁴ kan likevel kaste lys over hva vi har med å gjøre:

I løpet av 2011 ble totalt 274 personer fulgt opp som mulige ofre her i landet. Av disse var 18 menn, 65 barn og 191 Kvinner. Prostitusjon var utnyttingsformen som dominerte. Land som utmerket seg var Nigeria, Romania og Litauen. Koordineringsenheten antok at det var høy sannsynlighet for at det forekom mørketall.

⁵² Cappelens leksikon

⁵³ ot.prp. nr. 75

⁵⁴ Koordineringsenheten for ofre for menneskehandel

Gruppen kvinner utgjør majoriteten av de tilfellene som ble fulgt opp av myndighetene i 2011. På beskyttelsesområdet er overgrep mot kvinner et tilbakevendende tema. Etter flyktningegrunnet i utl. § 28 har man inkludert kvinner som en definert "sosial gruppe", noe som beskytter mot lovstridig forfølgelse. Behovet for å fange opp en kjønnsrelatert diskriminering har tvunget fram en slik utvikling av reglene. Barn er også høyt representert sammenlignet med menn. Det tegner et bilde av en allerede utsatt gruppe søkere. Menneskehandel er et alvorlig overgrep mot enkeltindividene i seg selv. Det faktum at de som rammes i første rekke er kvinner og barn, underbygger viktigheten av å ha særregler for denne gruppen, noe utl. litra d representerer.

Utl. § 38 litra d danner altså et beskyttelsesgrunnlag for personer som ikke fyller vilkårene for forfølgelse etter § 28, men likevel er utsatt som offer for menneskehandel. Dette gjelder særlig de tilfeller der personen har bistått politiet i å straffeforfølge bakmenn⁵⁵. En annen forutsetning er her, som ellers, at det ikke foreligger et tilfredsstillende tilbud i hjemlandet.

Ikke alle former for menneskehandel fyller lovkravet for opphold på humanitært grunnlag. Det stilles krav til alvoret i situasjonen for søkeren. I forarbeidene⁵⁶ understrekes at det er de mer "grove tilfellene" som er ment å beskyttes. Dette utelukker en del tilfeller. Man skal imidlertid være forsiktig med å karakterisere en situasjon eller noe som ligner menneskehandel som mindre grovt. Handlingens karakter tilsier i seg selv vil i de fleste tilfeller anses grove og dermed beskyttelsesverdige. Den vide definisjonen må likevel innskrenkes i anvendelsen av regelen. Det må kunne dokumenteres en tilstrekkelig alvorlighetsgrad.

Forarbeidene nevner en praktisk nyskaping som er ment å forenkle prosessen med å bryte ut av traffickingmiljøer. I uf. § 8-3 kan det på nærmere angitte betingelser innvilges et opphold på inntil seks måneder, i en såkalt "refleksjonsperiode". Formålet med en slik ordning er å gi offer for menneskehandel en reell mulighet til å starte på nytt. I perioden er det adgang til å arbeide samt tilgang til et tverrfaglig tilbud. Dette for å gjøre alternativet mer attraktivt og effektivt. Offer for menneskehandel får beskyttelsestaten får viktige bidrag til straffeforfølgelsen. Bidrar personen til etterforskning og straffeforfølgelse premieres dette med utvidet opphold med mulighet for permanent tillatelse. I UDIs rundskriv 2010-141pkt 6 stilles det opp noen kumulative kriterier. Disse kan kan belyse argumentasjonen i praksis og således være veiledende:

- Utlendingen må ha brutt med miljøet bak menneskehandelen
- Utlendingen må ha politianmeldt bakmennene for menneskehandelen
- Politiet etterforsker saken eller de har innledet straffeforfølgning mot bakmenn i saken
- Politi eller påtalemyndighet anser utlendingens tilstedeværelse i Norge som nødvendig for å gjennomføre etterforskningen eller straffesaken.

⁵⁵ ot.prp. nr. 75

⁵⁶ ot.prp. nr. 75

2.3 Særlig tilknytning til riket

En etablert tilknytning til Norge kan være en utløsende faktor til opphold på humanitært grunnlag. Som nevnt tidligere vil denne vurderingen også være relevant i forhold til sterke menneskelige hensyn men det er klart at den også opererer som et selvstendig grunnlag jf. ot. prp. nr. 75 ss. 153 og 420. I hvilke tilfeller vil dette være aktuelt?

Forarbeidene⁵⁷ fremhever at dette må vurderes individuelt. Det vil være umulig å innføre noe generelt tidskrav, da det kan være omstendigheter rundt hvert enkelt tilfelle som må vektlegges. Tilknytningen til Norge må sees i sammenheng med tilknytningen til andre land i helhetsvurderingen. Hvordan fremstår båndet til Norge sammenlignet med andre land, for eksempel tidligere hjemland? En klage behandlet av UNE kan illustrere:

UNE enstemmig avgjørelse⁵⁸. Klage tatt til følge.

Et Iransk Ektepar med tre barn søkte om beskyttelse i 2006. Familien hadde på vedtakstidspunktet (omgjøringsanmodning nummer to) vært i Norge i tilsammen 5 år hvorav 3 år og 3 mnd. lovlig, mens 1 år og 8 måneder av oppholdet var dokumentert ulovlig. Nemda kom til at det forelå en sterk tilknytning til riket. Det ble i avgjørelsen lagt særlig vekt på at alle barna var i skolepliktig alder og at de snakket norsk og ikke persisk. Tilknytningen til hjemlandet ble også vurdert som svak siden alle barna var født og oppvokst i De Forente Arabiske Emirater.

Vedtaket illustrer hvordan "tilknytning til riket" alene kan virke utløsende. På den ene siden vektlegges det faktum at familien har oppholdt seg i Norge i 5 år. Samtidig underbygges betydningen av dette av at tilhørigheten til hjemlandet ansees som svak. Alt dette forsterkes også av at det her er snakk om en familie med barn. I det barn involveres senkes også terskelen som nevnt tidligere. Tilknytningen får større betydning.

Er hovedårsaken til tilknytningen en familierelasjon, skal saken vurderes etter reglene om familieinnvandring i utl. kapittel 6.⁵⁹ Her vil "referansepersonens" se utl. § 39 tilknytning være avgjørende for om søker får innvilget opphold. I saker som ikke har gjenforening som grunnlag vil andre momenter være relevante. Forarbeidene⁶⁰ nevner botid i Norge, tilknytning ved avstamning, slekt, arbeid mv. som mulige tungtveiende grunner. Også her vil et samspill av momenter oftest være avgjørende. For eksempel sykdom i tillegg til botid.

Et eksempel på situasjoner der "særlig tilknytning til riket" er aktuelt, er hvor søker over lengre tid oppholder seg i Norge på grunn av problemer med å iverksette et negativt vedtak. Oppholdet kan også skyldes problemer med å endelig avgjøre en søknad av forskjellige årsaker. Her trekker forarbeidene opp et skille med utgangspunkt i hva søker selv bidrar med i denne perioden. Det sondres mellom søkere som medvirker, og de som ikke medvirker med tanke på å gjøre det som kan forventes av

⁵⁷ jf. ot prp. nr. 75

⁵⁸ referanse N117433623

⁵⁹ NOU 2004 :20 s. 266, ot.prp. nr. 75

⁶⁰ jf. ot.prp. nr. 75

utlendingen i prosessen⁶¹. Dette får direkte innvirkning på hvilken vekt botiden tillegges i den konkrete sak. Medvirker personen eller gruppen av personer, vil botid være relevant og som en konsekvens potensielt utgjøre en utløsende faktor til fordel for søker.

Imidlertid vil det i tilfeller der søker ikke medvirker gjøre seg gjeldende andre hensyn som vanskeliggjør vektlegging av det tidsrom vedkommende har oppholdt seg i landet. Forarbeidene framhever at "Allmenn-preventive grunner taler for at man i denne typen saker bør være varsom med å regne botiden som relevant i tilknytningsmessig sammenheng"⁶². Konkret vil dette for eksempel gjelde "hensynet til respekten for lovens øvrige regler" jf. utl. § 38 4. ledd litra d.. Igjen ser vi et eksempel på at manglende samarbeid åpner for andre hensyn i disfavør søkeren. Det er en klar tendens i praksis samt lovgivers uttalte vilje⁶³, at man i slike tilfeller er særlig restriktiv i regelanvendelsen.

2.4 Innvandringsregulerende hensyn

2.4.1 Generelt

Etter å ha vurdert om det foreligger sterke menneskelige hensyn eller en særlig tilknytning til riket, skal det tas stilling til om tillatelse bør gis. Del to av vurderingen gir beslutningstaker mulighet til å ta i betraktning en lang rekke andre momenter av mer generell samfunnsmessig karakter. Et samlebegrep for disse er "innvandringsregulerende hensyn".

Formålsparagrafen i utl. § 1 stadfester at reglene i loven skal anvendes "i samsvar med norsk innvandringspolitikk". Et krav om at beslutningstaker skal ha de overordnede politiske og samfunnsmessige mål for øyet i tolkningen av reglene. Dette gjelder særlig for unntakshjemmelen i utl. § 38 da denne er utformet som en skjønnsbasert rimelighetsregel i motsetning til flyktningegrunnet i utl. § 28 som er en rettighetsregel. Forskjellen er at mens utl. § 28 utløser oppholdsgrunnlag på nærmere gitte kumulative vilkår, overlater § 38 avgjørelsen til forvaltningens frie skjønn. Momentene som utgjør 4. ledd er heller ikke bindende, det er fortsatt en skjønnsbasert vurdering. Dette framkommer av lovens bevisste valg av formuleringen "kan", som i motsetning til "må", åpner for en friere vurdering. Avgjørelsene vil derfor i stor grad kunne tilpasses det formål utl. § 1 1. ledd. poengterer.

Hensikten med å ta inn innvandringsregulerende hensyn i vurderingen er i praksis kontroll og begrenning av innvandringen i samsvar med lovens formål. Hensynene kan også sees på som et redskap for å oppnå en ønsket innvandring. Vurderingen kan sammenfattes slik: Man ser de humanitære argumenter for å hjelpe, men velger likevel å tillegge generelle samfunnsmessige aspekter størst vekt. Synspunktet er at Norge som nasjon har en reell begrenning for hvor mange innvandrere som kan tas inn, en begrenset mottakskapitet⁶⁴. Hvor den grensen går er imidlertid et

⁶¹ NOU 2004: 20 s. 266

⁶² NOU 2004: 20 s. 267

⁶³ jf. ot.prp. nr. 75

⁶⁴ jf. NOU 2004: 20 s. 266

politisk verdispørsmål av stor allmenn interesse. Regelens skjønnsmessige karakter åpner for en dynamisk anvendelse og utvikling som kan tilpasse seg skifter i det politiske klima.

Det er viktig å se utl. § 38 i et noe større perspektiv når man analyserer anvendelsen, som bærer preg av tydelig restriktivitet og varsomhet. For det mest sentrale virkemiddel for norske myndigheters innsats på dette området er bistandspolitikken. Det humanitære grunnlag må derfor sees på et supplement til den totale innsats Norge bidrar med. Dette preger også tolkningen og legitimerer den restriktive praksis.

Innvandringsregulerende hensyn gir beslutningstakeren mulighet til å justere inntaket av søkere i samsvar med politiske målsettinger. De blir et instrument for å identifisere de mest sårbare gruppene, de som trenger mest hjelp. Vi veier menneskelige hensyn opp mot de samfunnsmessige hensyn. Vekten av de innvandringsregulerende forhold vil naturlig variere fra sak til sak på lik linje med de humanitære grunner.

2.4.2. Hva ligger i begrepet innvandringsregulerende hensyn?

Innvandringsregulerende hensyn er et samlebegrep for alle relevante hensyn av samfunnsmessig karakter. Utl. § 38 3. ledd nevner noen potensielle momenter lovgiver sikter til med begrepet. Listen er ikke uttømmende men gir en god pekepinn på hvilke argumenter vi her taler om.

I utl. § 38 4. ledd litra a er det trukket frem "mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag" som eksempel på et relevant hensyn. Spørsmålet beslutningstaker stiller seg er: vil utfallet åpne for andre lignende saker ved innvilgelse av opphold? Årsaken til at dette i det hele tatt er et tema er de ulike prinsippene for saksbehandling forvaltningen er bundet av. Helt sentralt her står *likhetsprinsippet* som innebærer at forvaltningsorganer ikke skal utøve sin skjønnsmessige avgjørelsesmyndighet på en måte som innebærer usaklig forskjellsbehandling⁶⁵. Like saker skal behandles likt. Dette får den konsekvens at en avgjørelse i favør søker naturligvis vil åpne for andre med tilgrensende eller identiske grunnlag. Konklusjonen binder forvaltningen til fremtidige avgjørelser idet likhetsprinsippet skaper en presedensvirkning. Her må man følgelig utvise varsomhet når det kommer til *for* generelle begrunnelser og tilstrebe en anvendbar praksis som tilfredsstillende allmenne samfunnsinteresser. Likefullt må dette veies opp mot de konkrete menneskelige hensyn som er forelagt. Konklusjonen er ikke gitt selv om hensyn som nevnt i litra a ofte veier tungt. I tillegg understreker forarbeidene viktigheten av en ikke-diskriminerende saksbehandling. Avgjørelsen må ikke bero på søkerens nasjonalitet eller etniske opphav⁶⁶. I uf. 8-1 er dette også nevnt: "det er ikke avgjørende hvilken nasjonalitet søkeren tilhører eller hvilket geografisk område han eller hun kommer fra". Ikke-diskrimineringsstanken underbygger likebehandlingsprinsippet. Det generelle hensynet til forutsigbarhet trekker i samme retning.

Hvordan unngå dette og samtidig hjelpe? Her får man hjelp av disse sakenes noe komplekse natur. Forarbeidene understreker viktigheten av konkrete helhetsvurderinger. Dette gjør at mange saker består av individuelle elementer som tilsammen utløser grunnlag for opphold i motsetning til hver for seg. Ved å i premissene

⁶⁵ Cappelens leksikon

⁶⁶ jf. ot.prp. 75

fokusere på særegenheten i hvert enkelt tilfelle unngår man å skape generelle grunnlag som berører store grupper søkere. Dette gjør at innvandringsregulerende hensyn som nevnt i utl. § 38 4. ledd litra a, i noen tilfeller ikke vil utgjøre et relevant mothensyn.

Utl. 4. ledd litra b nevner "de samfunnsmessige konsekvensene" som et mulig relevant mothensyn. Rent språklig er dette en meget generell formulering som kan romme en rekke hensyn. I forarbeidene konkretiserer lovgiver tanken bak med eksempler på grupper som faller inn under kategorien: Krigsforbrytere, kriminelle og personer som utgjør en trussel for samfunnet⁶⁷. Det er altså her tale om å unngå potensielt samfunnsmessige skadevirkninger i form av trusler, vold og kriminalitet. Synspunktet er at man vil beskytte samfunnet fra enkeltindividets mer eller mindre dokumenterte skadepotensiale. Dette beskytter ikke bare norske interesser. Et eksempel kan være globale nettverk og forekomsten av såkalte "terrorceller". Små organiserte kriminelle grupper som kamuflerer virksomheten sin med å spre medlemmer over store deler av verden i såkalte celler bestående av 4 - 5 personer. Adgang til å nekte opphold i disse tilfeller har gode grunner for seg særlig med tanke på at både nasjonale og internasjonale interesser vernes.

Det ligger imidlertid en begrensning i handlefriheten på dette punkt. Våre folkerettslige forpliktelser. Et eksempel er det folkerettslige forbudet mot dødsstraff. EMK hjemler et forbud mot å utlevere personer til et land der man risikerer dødsstraff⁶⁸. I EMK art. 3 stadfestes et forbud mot retur i situasjoner der personen risikerer tortur eller umenneskelig behandling. Dette gjelder også denne gruppen. Det er i strid med grunnleggende folkerettslige prinsipper å returnere personer som risikerer noe av det ovenfor nevnte uansett bakgrunn eller hensikt med opphold i Norge. Konvensjonsforpliktelsene begrenser handlefriheten.

Etter utl. 4. ledd litra c skal det hensyn til kontroll. Med kontrolltekniske hensyn menes muligheten myndighetene har for å kontrollere om den enkelte vil stå uten familie, arbeid, bolig ved retur. Synspunktet er at man vil unngå at praktiseringen av regelen fører til en for ressurskrevende saksbehandling. Slike forhold bør derfor ikke tillegges vekt ved vurderingen, andre argumenter må bygge grunnlaget for opphold. I noen tilfeller vil det likevel framstå som uansvarlig å ikke vektlegge dette aspektet. Dette gjelder særlig sårbare grupper som mindreårige eller enslige kvinner med omsorg for barn⁶⁹.

Utl. 4. ledd litra d nevner "hensynet til respekten for lovens øvrige regler". Det siktes her til vurderinger som er egnet til å svekke autoriteten til øvrige bestemmelser i lovverket. For eksempel vil det være uheldig å formalisere et opphold etter endelig negativt vedtak av hensyn til sanksjonsreglene i samme lov.

Forarbeidene⁷⁰ nevner en praktisk problemstilling som omhandler tilfeller der søkere med endelig avslag ikke reiser ut av landet. Det kan være flere årsaker til dette, og i noen tilfeller også vanskelig å bevise i tilstrekkelig grad. Til noen land er det ikke mulig å gjennomføre returer, av forskjellige årsaker. Antallet personer som omfattes av denne problematikken er imidlertid svært lavt. Internasjonale samarbeidsavtaler som for eksempel International Organization for Migration (IOM), gjør det mulig for Norge å i

⁶⁷ NOU 2004: 20

⁶⁸ EMK Protokoll nr. 6 om dødsstraff

⁶⁹ jf. ot.prp. nr. 75

⁷⁰ NOU 2004: 20

praksis returnere majoriteten. Men ikke alle som kan, *vil* returnere. Forarbeidene lanserer her en sontring mellom de som samarbeider om retur, og de som ikke samarbeider.

De som samarbeider i disse situasjonene befinner seg i en vanskelig posisjon uten at det er grunn til å bebreide personene det gjelder. Uten noen formalisering av oppholdet vil mange bli tvunget til en tilværelse preget av mye usikkerhet og få rettigheter. Mange vil måtte ty til lovstridige løsninger som for eksempel svart arbeid eller annen kriminell virksomhet. Reelle hensyn taler for at denne gruppen bør behandles særskilt. Forarbeidene uttrykker støtte for dette syn og åpner for en formalisering av oppholdet på nærmere bestemte vilkår. I uf. § 8-7 er denne gruppen beskyttet i de tilfeller der tiden etter endelig negativt vedtak overstiger 3 år og søkeren har bidratt til å muliggjøre retur jf. litra a og c. I perioden forut for tre-års fristen vil en midlertidig formalisering være mulig med hjemmel § 38.

De som ikke samarbeider om retur står imidlertid i en annen posisjon der andre hensyn gjør seg gjeldende. Dette er et brudd på utl. bestemmelser som igjen vil kunne utløse sanksjoner som utvisning jf. utl. § 66 flg. og straff. "Hensynet til respekten for lovens øvrige regler" jf. utl. 4. ledd litra d, vil her være relevant og tale mot opphold uansett hvilke påkjenninger situasjonen medfører for de involverte. Det vil sende motstridende signaler om oppholdstillatelse gis i denne typen saker og være en "pull-faktor" som vil øke tilstrømningen til landet⁷¹. Det vil framstå som en premiering av adferd i strid med regelverket. Det er klart at denne gruppen ikke bør få formalisert sitt opphold i landet.

Det er imidlertid ingen ensartet gruppe mennesker det er tale om her. Igjen vil det være sammensatte problemstillinger og gode grunner for ikke å behandle alle likt, til tross for manglende samarbeid om pliktig retur. Ta for eksempel en barnefamilie som går i skjul etter endelig negativt vedtak. Her vil tiden med usikkerhet og situasjonen generelt utgjøre en stor belastning for familien. Barnet blir som en konsekvens uforskyldt skadelidende, noe som tvinger beslutningstaker til å vektlegge hensynet "barnets beste", jf. BK art. 3. og utl. § 38 3. ledd. Dette kan i noen tilfeller føre til at hensynet til "respekten for øvrige regler" jf. utl. § 38 litra d, må vike for sterke menneskelige hensyn. Noe annet vil være konvensjonsstridig.

2.4.3. Kritikk av innvandringsregulerende hensyn

Anvendelsen av innvandringsregulerende hensyn får tidvis mye oppmerksomhet i offentligheten. Returvedtak kan oppleves som brutale og inhumane avgjørelser iverksatt av en myndighet uten empati for de som rammes. Et slikt syn er forståelig selv om mange kanskje baserer seg på en noe ubalansert framstilling av problemkomplekset. Det er likevel et klart uttrykk for den allmenne rettsfølelse, noe som kan ha stor betydning både rettslig og politisk. Det kan påvirke forvaltningen til å føre en mindre restriktiv praksis eller presse lovgiver til en utvidelse av grunnlaget.

Rettslig sett høster også bruken av innvandringsregulerende hensyn kritikk. Den realitet at disse hensyn alltid skal være relevant, er omstridt. Statspraksis⁷² har høstet internasjonal kritikk for å vektlegge slike hensyn i for stor grad på bekostning av barnets interesser.

⁷¹ jf. ot.prp. nr. 75

⁷² Australia og New Zealand. Barnekonvensjonen 2. utgave Kapittel Barnets beste i asylsaker

Barnekomiteens generelle kommentar nr. 6 uttaler at innvandringsregulerende hensyn, i tilfeller som involverer mindreårige barn og retur, aldri vil kunne skyve til side hensynet barnets beste. I UDIs praksisnotat "barneperspektivet i asylsaker", heter det at "en retur skal alltid være forsvarlig utfra barnets beste". Disse synspunkter har flere gode grunner for seg. Det setter barnets interesser aller først og det garanterer en konvensjonsvennlig behandling av en ellers utsatt og sårbar gruppe søkere.

Ofte vil saker i denne kategorien med negativt utfall stride mot den allmenne rettsfølelse, noe som har betydning rettslig sett. Generelle rimelighetsbetraktninger taler også for barnets beste i disse tilfellene. En slik generell praksis vil også uten tvil være i samsvar med våre konvensjonelle forpliktelser etter BK. art 3.

Et tenkt alternativ kan være å senke terskelen for innvilgelse av opphold i saker som ikke får særlige konsekvenser for det samlede inntak. Men etter gjeldende rett vil en slik situasjon medføre at også de innvandringsregulerende hensyn mister tyngde i helhetsvurderingen. Sann sett *har* vi i praksis en senket terskel i disse tilfellene. I tillegg vil en slik regelanvendelse være uforenlig med grunnleggende forvaltningsprinsipper.

Barnekonvensjonens begrunnede formulering "et grunnleggende hensyn" samt høyesteretts prinsipielle uttalelser i "Ashok-dommen"⁷³, slår imidlertid fast at innvandringsregulerende hensyn alltid vil være relevant i den konkrete helhetsvurderingen. I større eller mindre grad.

2.5 Utvalgt statistikk UDI⁷⁴:

- UDI innvilget 330 tillatelser for opphold på humanitært grunnlag i 2012.
- Av disse var 140 kvinner, 60 menn og 130 barn.
- Til sammenligning ble det innvilget 4900 tillatelser på flyktningegrunnlag.
- 3760 personer fikk tilsammen avslag på søknad.
- 6,3 % av det totale antall innvilgelser på beskyttelsesgrunnlag var opphold på humanitært grunnlag.
- 41,8 fikk avslag på søknad om opphold etter
- Norge mottok 9800 søknader om asyl. Sverige mottok 43900 søknader
- 960 opplyste de var enslige mindreårige. 50% av disse var fra Afghanistan.

2.6 Oppsummering

Det må etter utl. § 38 foretas en skjønnsmessig, konkret og helhetlig vurdering av hvert enkelt tilfelle. Paragrafen er en rimelighetsbestemmelse der det skal utøves skjønn i anvendelsen. Forvaltningen skal stå fritt til å vurdere, det er et viktig forvaltningsrettslig prinsipp. Dette medfører at det vil være lite hensiktsmessig å binde argumentasjonen opp i generelt formulerte krav. Regelen skal jo også være dynamisk og kunne følge enhver utvikling innenfor et meget politisk farget område. Det man *kan* gjøre, er å se tendenser over tid i praksis og utlede noen fellesnevner som kan kaste lys over den helhetsvurdering som kreves.

⁷³ Rt. 2009 s. 1261

⁷⁴ Kilde: UDI tall og fakta 2012

- Formålet med bestemmelsen er å sikre at man i tilfeller som faller utenfor flyktningegrunnlaget⁷⁵, likevel er i rettslig stand til å hjelpe mennesker som trenger det. Regelen representerer en utvidelse av beskyttelsesgrunnlaget. Deler ligger også utenfor våre konvensjonelle forpliktelser.
- Vår mottakskapasitet er naturlig begrenset. Vi kan ikke ta inn alle som trenger det. Dette tvinger fram et behov for varsomhet og restriktivitet i anvendelsen av dette generelle grunnlaget. Det kan virke strengt men må sees i sammenheng med den totale innsats nasjonen legger i sitt humanitære arbeid. En restriktiv praksis er resultatet.
- Momentene i loven er ikke ment å være uttømmende men representerer sentrale argumenter både i praksis og lovgivers vilje. De vil som utgangspunkt ikke alene kunne danne grunnlag for opphold (jf. ot.prp. nr. 75). Unntaket er enslige mindreårige og ekstraordinære enkelttilfeller som for eksempel at søkeren vil dø hvis den medisinske behandling avbrytes.
- Konvensjonelle bestemmelser (Blant annet EMK art. 3, BK art. 3, 8 og 20, Palermokonvensjonen) overlapper delvis nedslagsfeltet til regelen. Eller man kan snu på det og si at regelen er et produkt av våre internasjonale forpliktelser. En streng restriktivitetsnorm, som lagt til grunn i EMDs praksis⁷⁶, gjør at vår bestemmelse har egenverdi utover for eksempel "umenneskelig behandling"⁷⁷.
- Det skal tas særlig hensyn til barn i vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn. I henhold til lov, forarbeider og praksis senkes terskelen for tillatelse disse sakene. Det er imidlertid ikke anledning til å se bort ifra relevante innvandringsregulerende hensyn selv om barnets beste skulle synes avgjørende som i saker med enslige mindreårige⁷⁸.
- Alvorlige fysiske og psykiske lidelser kan alene utløse tillatelse i ekstreme tilfeller. Terskelen er meget høy. Det stilles strenge krav til alvorlighetsgrad. Årsaken er at innvandringsregulerende hensyn, i denne type saker, gjør seg svært gjeldende. Det inkluderer mange.
- Innvandringsregulerende hensyn skal alltid vurderes i det konkrete tilfellet.
- Individuelt preg i saker hindrer presedensdannelse og gjør det lettere for beslutningstaker å tillate opphold. Samtidig svekkes de samfunnsmessige mothensyn. Ved å fokusere på særpreg i premissene for et vedtak, oppnår beslutningstaker utvidet rom for å kunne innvilge opphold.

⁷⁵ jf utl. §28

⁷⁶"EMD St. kitts-dom"

⁷⁷ jf. EMK art3 og forarbeidene

⁷⁸ BK art. 3 nr. 1 "a primary consideration")

- Det er ofte en kombinasjon av flere momenter som til slutt utløser opphold. En sykdom vil i seg selv sjelden være tilstrekkelig. Et sykt barn som står ovenfor humanitære utfordringer ved retursituasjonen, vil være klart forsterkende i favør søker.
- Dokumentasjon og bevis er en utfordring i behandlingen av sakene. Sentrale kilder til informasjon er personens egne opplysninger, landinformasjon og helseerklæringer.
- Samarbeid om retur skal behandles annerledes enn der det ikke samarbeides. Forarbeidene poengterer at det må sondres mellom disse to gruppene, særlig på grunn av hensynet til respekten for lovens øvrige regler.
- Begrenset domstolskontroll preger rettskildebildet. Forvaltningspraksis blir sentral og styrer rettsutviklingen. Forvaltningens generelle likebehandlingsprinsipp bidrar til dette.

Det rettslige grunnlag for opphold på humanitært representerer kun en liten del av Norges samlede humanitære innsats. Den er likevel viktig. En utvidelse av våre folkerettslige forpliktelser på området vitner om en politisk vilje til å hjelpe mennesker i nød. På verdensbasis er vi likevel en liten aktør sammenlignet med krigsherjede eller katastroferammede områder. Her viser forskning at det ofte er de tilgrensende stater som hjelper flest. Vi er langt unna vår maksimale mottakskapasitet. Er vi for streng?

Den restriktive linje i anvendelsen av regelen synes å ha gode grunner for seg. De allmenne samfunnshensyn virker som et effektivt redskap for identifisere de mest sårbare gruppene. Vi hjelper de som trenger det mest. Menneskelige hensyn må vike. Man kan likevel kritisere praksis for å tillegge innvandringsregulerende hensyn for mye vekt ved anledninger, uten å ta for hardt i. Det *kan* til tider være vanskelig å forstå. Jeg tror kanskje den allmenne rettsfølelse ikke er så langt unna, likevel.

