**BA introduksjonskurs – oppgaver til kurset**

Formålet med dette kurset er å øve opp praktiske evner i juridisk metode og oppgaveløsning. Oppgavene skal drøftes i klasserommet og det anbefales å ha lest og reflektert over oppgavespørsmål og materiale i forkant av kurset.

OBS: fokuset skal være på metodiske spørsmål, og ikke på å finne «riktige» svar.

1. Loven, tolkning av lovteksten og forhold til andre rettskilder

**Skal en mindreårig asylsøker som har bodd i Norge i 5 år gis opphold etter utl. § 38?**

**Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).** utlendl.

*§ 38.Oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket*

Det kan gis oppholdstillatelse selv om de øvrige vilkårene i loven ikke er oppfylt dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller utlendingen1 har særlig tilknytning til riket.

For å avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn skal det foretas en totalvurdering av saken. Det kan blant annet legges vekt på om

|  |  |
| --- | --- |
| a) | utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur, |

|  |  |
| --- | --- |
| b) | det foreligger tvingende helsemessige forhold som gjør at utlendingen har behov for opphold i riket, |

|  |  |
| --- | --- |
| c) | det foreligger sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen som gir grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse, eller |

|  |  |
| --- | --- |
| d) | utlendingen har vært offer for menneskehandel.2 |

I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Barn kan gis oppholdstillatelse etter første ledd selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen.

Ved vurderingen av om tillatelse skal gis, kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn, herunder

|  |  |
| --- | --- |
| a) | mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag, |

|  |  |
| --- | --- |
| b) | de samfunnsmessige konsekvensene, |

|  |  |
| --- | --- |
| c) | hensynet til kontroll, og |

|  |  |
| --- | --- |
| d) | hensynet til respekten for lovens øvrige regler. (…) |

**Ot.prp.nr.75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)**

*Til § 38 Oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket*

Bestemmelsen svarer til gjeldende lov § 8 annet ledd. Det er således en unntaksbestemmelse som åpner for å innvilge oppholdstillatelse selv om lovens øvrige vilkår ikke er oppfylt. Bestemmelsen må ses i sammenheng med lovforslaget § 49 som særskilt regulerer når familiegjenforening kan skje der lovens alminnelige vilkår ikke er oppfylt.

Bestemmelsen åpner for å gjøre unntak fra både lovens øvrige materielle og prosessuelle bestemmelser.

§ 38 vil få sin største praktiske betydning i saker der det er søkt om asyl, men hvor det ikke foreligger et beskyttelsesbehov som gir grunnlag for anerkjennelse som flyktning. Som hovedregel vil bestemmelsene om beskyttelse i kapittel 4 i loven være avgjørende for om opphold skal innvilges på grunnlag av et anført beskyttelsesbehov. Bestemmelsen vil typisk kunne få anvendelse i saker hvor det foreligger en blanding av beskyttelseshensyn og humanitære hensyn, og i saker der rene humanitære hensyn står sentralt. …

I *første ledd* videreføres begrepsbruken i gjeldende lov. Tillatelse kan innvilges der det foreligger «sterke menneskelige hensyn» eller utlendingen har en «særlig tilknytning til riket». Selv om begrepene ofte vil overlappe hverandre kan de også ha selvstendig betydning i forhold til hverandre.

Bestemmelsen innebærer at det «kan» innvilges opphold. Det må derfor foretas en skjønnsmessig vurdering av om tillatelse bør innvilges. Den enkelte søker vil dermed ikke ha et rettskrav på tillatelse selv om det foreligger sterke menneskelige hensyn eller en særlig tilknytning. Forvaltningen må imidlertid tilstrebe en praksis som ivaretar hensynet til likebehandling og som også ivaretar internasjonale forpliktelser. Hver enkelt sak må undergis en konkret vurdering, og her vil det inngå en avveining mot innvandringsregulerende hensyn, jf. fjerde ledd.

Hvorvidt det foreligger «sterke menneskelige hensyn» fordrer anvendelse av skjønn. Dette skjønnet må utøves innenfor visse rettslige rammer. Mange ulike hensyn kan være relevante i vurderingen. Disse hensyn kan ha varierende vekt i ulike saker. Det må foretas en helhetlig og sammensatt vurdering.

De mest praktiske hensynene er inntatt i annet ledd. For øvrig vises det til kapittel 7 i de alminnelige motiver.

I *annet ledd første punktum* er det presisert at det må foretas en totalvurdering av saken når det skal vurderes om det foreligger sterke menneskelige hensyn. Dette er i samsvar med fast og etablert forvaltningspraksis, og det er pedagogiske hensyn som er årsaken til at passussen eksplisitt er inntatt i bestemmelsen. Det tydeliggjøres her at flere ulike forhold som isolert sett ikke nødvendigvis utgjør «sterke menneskelige hensyn», etter en samlet vurdering kan gi grunnlag for oppholdstillatelse. Dette vil nettopp være situasjonen i et stort antall asylsaker hvor det vurderes om oppholdstillatelse bør innvilges i medhold av bestemmelsen. Det vil ikke være tilstrekkelig om utlendingen alt i alt vil kunne oppleve en bedre materiell, sosial eller humanitær situasjon i Norge.(…)

I *tredje ledd* tydeliggjøres at barnets beste er et grunnleggende hensyn ved vurderingen av om oppholdstillatelse skal gis. Bestemmelsen innebærer ingen endring i realiteten i forhold til gjeldende praksis. Hensynet til barnets beste er relevant både i forhold til spørsmålet om det foreligger «sterke menneskelige hensyn» eller «særlig tilknytning til riket», og i forhold til spørsmålet om oppholdstillatelse bør innvilges i henhold til forvaltningens diskresjonære kompetanse. Prinsippet om at det gjelder en noe lavere terskel for innvilgelse av oppholdstillatelser for barn enn for voksne, er tydeliggjort i loven for å sikre bevissthet omkring dette. Selv om hensynet til barnets beste er et grunnleggende hensyn, vil det ikke være det eneste hensynet eller nødvendigvis det avgjørende hensynet i konkrete enkeltsaker. …

I *fjerde ledd* synliggjøres betydningen av innvandringsregulerende hensyn for spørsmålet om oppholdstillatelse. Også under gjeldende lov skal innvandringsregulerende hensyn tillegges vekt ved vurderingen. Å innta en uttrykkelig presisering av dette i lovteksten vil tydeliggjøre regelverket. Det vil ikke alltid bli innvilget oppholdstillatelse selv om det foreligger «sterke menneskelige hensyn» eller «særlig tilknytning til riket». Det må foretas en avveining mot de innvandringsregulerende hensynene som gjør seg gjeldende. Dette vil typisk være konsekvenser som følge av prinsippet om likebehandling, enten fordi vedkommende sak kun er en av mange likeartede som skal behandles, eller fordi et positivt vedtak kan ventes å øke antall nye asylsøkere. … Jo mer tungtveiende de menneskelige hensyn eller tilknytningen til Norge er, jo sterkere må også de innvandringsregulerende hensyn være for å avslå en søknad. Motsatt er det rom for å utvise større fleksibilitet i saker hvor innvandringsregulerende hensyn i liten grad gjør seg gjeldende, og henvisningen til innvandringsregulerende hensyn har også til hensikt å tydeliggjøre dette. …

# HR-2015-2524-P - Rt-2015-1388 (utdrag)

|  |  |
| --- | --- |
| (181) | Spørsmål om mangelfull grunngiving i vedtak etter [*§ 38*](https://lovdata.no/pro/#reference/lov/2008-05-15-35/%C2%A738) når det gjeld barnets beste |

|  |  |
| --- | --- |
| (182) | Familien har gjort gjeldande at vedtaket i UNE om å nekte opphaldsløyve grunna sterke menneskelege omsyn eller særleg tilknyting til riket, jf. [utlendingslova § 38](https://lovdata.no/pro/#reference/lov/2008-05-15-35/%C2%A738), er ugyldig på grunn av mangelfull grunngiving. Spørsmålet er om grunngivinga er tilstrekkeleg når det gjeld omsynet til barnets beste, jf. [utlendingslova § 38](https://lovdata.no/pro/#reference/lov/2008-05-15-35/%C2%A738) tredje ledd der det heiter:  «I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Barn kan gis oppholdstillatelse etter første ledd selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen.» |

|  |  |
| --- | --- |
| (183) | Eg har allereie sitert [Rt-2012-1985](https://lovdata.no/pro/#reference/avgjorelse/rt-2012-1985) - lengjeverande barn I - avsnitt 149, der krava til grunngiving er drøfta. |

|  |  |
| --- | --- |
| (184) | Utlendingsforskrifta § 17-1 vart endra ved forskrift 8. desember 2014. Eg oppfattar for min del forskriftsendringa som ei oppdatering, mellom anna som følgje av plenumsdommane i [Rt-2012-1985](https://lovdata.no/pro/" \l "reference/avgjorelse/rt-2012-1985) - lengjeverande barn I - og [Rt-2012-2039](https://lovdata.no/pro/" \l "reference/avgjorelse/rt-2012-2039) - lengjeverande barn II - der forholdet til General Comment No. 5 (2003) [[GC-2003-5-CRC](https://lovdata.no/pro/" \l "reference/avgjorelse/gc-2003-5-crc)] og No. 12 (2009) [[GC-2009-12-CRC](https://lovdata.no/pro/" \l "reference/avgjorelse/gc-2009-12-crc)] frå FNs barnekomité stod sentralt. |

|  |  |
| --- | --- |
| (185) | Familien har vist til utsegner frå FNs barnekomité i General Comment No. 14 (2013) [[GC-2013-14-CRC](https://lovdata.no/pro/" \l "reference/avgjorelse/gc-2013-14-crc)] kunngjort 29. mai 2013, som den meiner går lengre i å tilrå at barnets beste må vurderast og trekkjast fram heilt uttrykkeleg enn med grunnlag i dei tidlegare General Comments. I General Comment No. 14 avsnitt 6 bokstav c heiter det at det i avgjerder som vedkjem barn må gjerast ei vurdering av «the possible impact (positive or negative) of the decision on the child or children concerned». Vidare er det sagt at det må gå fram korleis «the child's interests have been weighed against other considerations». Eg synest det er vanskeleg å seie om dette er uttrykk for ei oppfatning av gjeldande rett eller som eit siktemål. Under alle omstende meiner eg dette ikkje har ei forankring som gjer at det endrar det som vart lagt til grunn i plenumsdommane i 2012. |

|  |  |
| --- | --- |
| (186) | Når grunngivinga skal prøvast, må det takast omsyn til forvaltningspraksis i opphaldssaker etter [§ 38](https://lovdata.no/pro/#reference/lov/2008-05-15-35/%C2%A738). Her viser eg til ein rapport UNE gav ut 17. juni 2013 med tittelen «Ett år etter 'Barn på flukt'». I denne vart det sagt at det etter praksis  «... i sin alminnelighet er utgangspunktet at barnefamilier med barn med en oppholdstid fra om lag 4 ½ år og 1 år på skole i Norge, har en tilknytning som kan utgjøre sterke menneskelige hensyn etter lovens [§ 38](https://lovdata.no/pro/#reference/lov/2008-05-15-35/%C2%A738).» |

|  |  |
| --- | --- |
| (187) | Det UNE her i realiteten gir uttrykk for, er korleis avveginga mellom omsynet til barnets beste og innvandringspolitiske omsyn skal skje «i sin alminnelighet». Dette inneber at dersom ein familie med barn skal kunne få opphald trass i kortare opphaldstid og skulegang enn det som er sagt, må det påvisast spesielle forhold som må føre til at omsynet til barnets beste må givast ei større gjennomslagskraft. |

|  |  |
| --- | --- |
| (188) | Når det gjeld praksis for å gi opphald for psykiske lidingar, viser eg til det eg sa tidlegare om at som utgangspunkt berre alvorleg sinnsliding vil kunne gi opphald etter [§ 38](https://lovdata.no/pro/#reference/lov/2008-05-15-35/%C2%A738). |

|  |  |
| --- | --- |
| (189) | Med dette som utgangspunkt og bakgrunn ser eg så på vedtaket om å nekte familien opphald etter [§ 38](https://lovdata.no/pro/#reference/lov/2008-05-15-35/%C2%A738). Eg finn det naturleg å gi att UNE si avgjerd om dette spørsmålet i sin heilskap:  «Når vilkårene for asyl ikke er oppfylt, skal UNE etter lovens [§ 28](https://lovdata.no/pro/#reference/lov/2008-05-15-35/%C2%A728) syvende ledd vurdere om klageren skal gis tillatelse etter lovens [§ 38](https://lovdata.no/pro/#reference/lov/2008-05-15-35/%C2%A738), dvs. 'opphold på humanitært grunnlag'. Etter denne bestemmelsen kan oppholdstillatelse gis når sterke menneskelige hensyn taler for det, eller når utlendingen har særlig tilknytning til riket. For å avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn, skal det foretas en totalvurdering, jf. annet ledd. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn, jf. lovens [§ 38](https://lovdata.no/pro/#reference/lov/2008-05-15-35/%C2%A738) tredje ledd og [barnekonvensjonen artikkel 3](https://lovdata.no/pro/" \l "reference/lov/1999-05-21-30/bkn/a3). Barn kan gis oppholdstillatelse selv om situasjonen ikke er av et slikt alvor at det ville blitt gitt tillatelse til en voksen.  Ved vurderingen kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn, herunder mulige konsekvenser av omfanget av søknader på liknende grunnlag, de samfunnsmessige konsekvensene, hensynet til kontroll og til respekt for lovens øvrige regler, jf. [§ 38](https://lovdata.no/pro/#reference/lov/2008-05-15-35/%C2%A738) fjerde ledd.  Etter flertallets oppfatning foreligger ikke sterke menneskelige hensyn som tilsier at klagerne gis oppholdstillatelse. Mindretallet er uenig i det. Både flertall og mindretall viser til sine vota under internfluktvurderingen. Flertallet tilføyer at barnas tilknytning til riket i dette tilfellet ikke er tilstrekkelig sterk til å kunne tillegges særlig vekt ved vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn, jf. forskriften § 8-5. Flertallet viser også til at innvandringsregulerende hensyn taler mot at tillatelse gis, jf. lovens [§ 38](https://lovdata.no/pro/#reference/lov/2008-05-15-35/%C2%A738) fjerde ledd bokstav a og b.  Klagerne har ikke en særlig tilknytning til riket som tilsier at oppholdstillatelse gis. Oppholdstid som asylsøker danner som regel ikke grunnlag for særlig tilknytning. Det er ikke grunnlag for en annen vurdering i dette tilfellet.» |

|  |  |
| --- | --- |
| (190) | Det innleiande avsnittet i vedtaket svarar - både i form og i innhald - til det Høgsterett i [Rt-2012-1985](https://lovdata.no/pro/#reference/avgjorelse/rt-2012-1985) - lengjeverande barn I - avsnitt 154 og [Rt-2012-2039](https://lovdata.no/pro/#reference/avgjorelse/rt-2012-2039) - lengjeverande barn II - avsnitt 46 kom til var riktig og tilstrekkeleg med omsyn til rettsbruken. I saka no er det - i motsetning til i dei to sakene frå 2012 - særskilt nemnt at omsynet til barnets beste skal vere eit grunnleggjande omsyn og at terskelen skal vere lågare enn for vaksne. |

|  |  |
| --- | --- |
| (191) | I vedtaket frå nemnda om [§ 38](https://lovdata.no/pro/#reference/lov/2008-05-15-35/%C2%A738) er det ikkje sagt noko om kva som skulle vere til barnets beste. Ankemotpartane har, under tilvising til [Rt-2012-1985](https://lovdata.no/pro/#reference/avgjorelse/rt-2012-1985) - lengjeverande barn I - avsnitt 149 gjort gjeldande at vedtaket då ikkje oppfyller norma om at det må «fremgå av vedtaket at hensynet til barnets beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn». |

|  |  |
| --- | --- |
| (192) | Dette er eg ikkje einig i. Den konkrete prøvinga i [Rt-2012-1985](https://lovdata.no/pro/#reference/avgjorelse/rt-2012-1985) - lengjeverande barn I - viser at det er tilstrekkeleg at dette let seg påvise gjennom ei tolking av vedtaket. Dette vart lagt til grunn av fleirtalet i Høgsterett, men det kjem særleg tydeleg fram hos mindretalet i avsnitt 205. |

|  |  |
| --- | --- |
| (193) | Heller ikkje i [Rt-2012-2039](https://lovdata.no/pro/#reference/avgjorelse/rt-2012-2039) - lengjeverande barn II - hadde nemnda gitt direkte uttrykk for kva som ville vere barnets beste. Førstvoterande uttalar i avsnitt 48 at han finn det «klart at nemnda har lagt til grunn at det vil være til Cs beste om hun får bli i landet». Også her er mindretalet tydeleg av same meining, sjå avsnitt 109. |

|  |  |
| --- | --- |
| (194) | Det avgjerande må såleis vere om det etter ei konkret vurdering av vedtaket som heilskap går fram kva som er barnets beste og at dette omsynet er vektlagt i samsvar med dei prinsippa eg har gjort greie for. |

|  |  |
| --- | --- |
| (195) | Det kan i saka no ikkje vere tvilsamt - sjølv om det altså ikkje er sagt med reine ord - at det nettopp er teke utgangspunkt i at det ville vere til barnets beste å bli i Noreg. Dei økonomiske og humanitære forholda er openbert mykje betre i Noreg enn dei er i Kabul. Dette er så sjølvsagt at det ikkje treng seiast i vedtaket. Indirekte har då også nemnda vektlagt dette ved å vise til at dei innvandringsregulerande omsyna talar mot opphaldsløyve. |

|  |  |
| --- | --- |
| (196) | I den konkrete vurderinga når det gjeld barna, har fleirtalet i UNE nøgd seg med å vise til vurderinga som vart gjort av situasjonen for barna etter [§ 28](https://lovdata.no/pro/#reference/lov/2008-05-15-35/%C2%A728) femte ledd. Der var spørsmålet om det ut frå forholda i Kabul ville vere urimeleg å vise barna til internflukt. |

|  |  |
| --- | --- |
| (197) | Nemnda tok i drøftinga etter [§ 28](https://lovdata.no/pro/#reference/lov/2008-05-15-35/%C2%A728) femte ledd opp fleire forhold som gjaldt barna og som eg gjorde greie for under drøftinga av avgjerdsgrunnane for det vedtaket. Desse momenta må altså lesast inn som ein del av grunnlaget for vurderinga etter [§ 38](https://lovdata.no/pro/#reference/lov/2008-05-15-35/%C2%A738). |

|  |  |
| --- | --- |
| (198) | Nemnda la til at familien ikkje hadde ei slik særleg tilknyting til riket at det gav grunnlag for opphaldsløyve. Vedtaket må her sjåast på bakgrunn av at det for barn «i utgangspunktet» vart stilt krav om butid på fire og eit halvt år og skulegang i eitt år for å gi opphald. Butida for familien - på vedtakstidspunktet rundt eitt og eit halvt år - var så langt under dette at det ikkje er nødvendig med nærare grunngiving for å kunne prøve vedtaket på dette punktet. Det var heller ikkje slik sjukdom hos barna at det gav særleg grunn til å utdjupe vedtaket. Etter mitt syn må grunngivinga kunne gjerast enkel i dei tilfella der opphald på humanitært grunnlag etter praksis klart ikkje vil bli gitt. |

|  |  |
| --- | --- |
| (199) | Sjølv om framstillinga her ikkje er mønstergyldig, viser vedtaket såleis samla sett at nemnda har ei tilstrekkeleg brei vurdering av omstenda ved avgjerda om opphaldsløyve. |

|  |  |
| --- | --- |
| (200) | Samtidig må avgjerdsgrunnane sjåast i lys av det som var dei omtvista spørsmåla i saka. Det går fram av referatet frå nemndmøtet at temaet i hovudsak var spørsmålet om foreldra hadde asylgrunnlag. Også foreldra si tilknyting til Kabul gjennom familie og anna nettverk vart teke opp. I lys av den korte opphaldstida i landet, rundt ein tredel av det som til vanleg ville gi opphaldsløyve, og i lys av at helseproblema var langt under terskelen for å kunne gi opphaldsløyve, kan ikkje spørsmålet om opphald på humanitært grunnlag ha vore det som stod mest sentralt. Avgjerdsgrunnane må då vurderast annleis enn om det var opphald på humanitært grunnlag som var det dominerande tvistetemaet. |

|  |  |
| --- | --- |
| (201) | Samla sett viser avgjerda at UNE har lagt til grunn rett forståing av kravet til framheving av barnets beste, og av kva vekt som skal leggjast på dette. Også elles er det gjort ei vurdering med tilstrekkeleg breidde. Avveginga av dei kryssande omsyna kan domstolane ikkje prøve ut over det som følgjer av dei generelle reglane om prøving av vedtak etter fritt skjønn. |

|  |  |
| --- | --- |
| (202) | Grunngivinga er etter mitt syn tilstrekkeleg til å prøve vedtaket. Dei veikskapane som er ved utforminga av vedtaket, er etter mitt syn ikkje under noko omstende slik at dei kan ha hatt verknad for innhaldet av vedtaket, jf. [forvaltningslova § 41](https://lovdata.no/pro/" \l "reference/lov/1967-02-10/%C2%A741). |

|  |  |
| --- | --- |
| (203) | Mitt syn er då at vedtaket etter [§ 38](https://lovdata.no/pro/#reference/lov/2008-05-15-35/%C2%A738) ikkje er ugyldig som følgje av mangelfulle avgjerdsgrunnar. |

# EØS-retten og menneskerettigheter i norsk rett

Holship-saken HR-2016-2554-P (lagt ut på nettsiden til emnet). Tenk på de følgende spørsmål:

* Hva er faktum i denne saken? Hvem er sakens parter?
* Hvilke spørsmål er forelagt Høyesterett i denne saken?
* Hvilke rettskilder anvender Høyesterett?
* Hvem fikk medhold?
* Er du enig/uenig i Høyesteretts konklusjoner?