

## EKSAMENSOPPGAVEN

*For masterstudenter oppgave 1 og 2. Bachelorstudenter kun oppgave 1*

### **Oppgave 1:**

Ekteparet Selam og Samuel er etiopiske statsborgere født i 1973. De giftet seg i Etiopia i 1999.

Samuel søkte asyl i Norge 13.juli 2001. Han påberopte seg forfølgelse i hjemlandet som medlem av en liberal frigjøringsorganisasjon. UDI avslo søknaden 25. februar 2002. Vedtaket ble påklaget men UNE opprettholdt vedtaket 7.mai 2003. Ifølge utlendingsmyndighetene var ikke medlemskapet i organisasjonen sannsynliggjort. Vilåårene etter daværende utlendingslov § 16 og 17 var ikke derfor ikke oppfylt. Samuel mente fortsatt at det var grunnlag for forfølgelse og ble i Norge på Andeby asylmottak. Hans kone, Selam kom til landet 18. september 2003 og søkte om asyl fordi hun gjennom sin manns tilknytning til organisasjonen ble forfulgt i hjemlandet. Søknaden hennes ble også avslått og vedtaket opprettholdt av UNE 12.august 2004. Begge ble de boende på asylmottaket etter endelig avslag.

Selam og Samuel, som nå var 31 år gamle og hadde vært gift i seks år ønsket å stifte familie. Deres lenge etterlengtede sønn Amanuel ble da født i Norge 1. mai 2005. Han ble da registrert inn som asylsøker i Norge fra sin fødselsdato. UDI avslo også dette vedtaket for ham den 19. september 2006 – da han var ca. halvannet år gammel. Til tross for de dårlige forholdene på asylmottaket og den manglende formelle tilknytningen til landet vurderte foreldre det slik at det var til alles beste at de ble boende på asylmottaket. Etter deres oppfatning ville de bli forfulgt ved retur til Etiopia, noe de på ingen måte ville utsette sin sønn for. De har derfor ikke søkt noe bistand om retur til Etiopia, men har passivt forholdt seg til avslagene. Fordi Norge ikke har noe returavtale med Etiopia var det ikke mulig med tvangsretur.

Foreldrene, som var kommet i kontakt med ulike interesse organisasjoner, har gang på gang fremmet omgjøringsbegjæringer for vedtakene, men har aldri fått medhold. Foreldrene har da påberopt seg at hensynet til deres sønn må medføre at de får bli her i landet. Det er i vedtakene vist til at gutten har sin primære tilknytning til sine foreldre og ikke til landet og at det ikke er noe grunn for å gi verken han eller foreldrene opphold.

Lille Amanuel har etter hvert blitt godt integrert i lokalmiljøet. Han spiller fotball, snakker flytende norsk, med stedets dialekt. Han har mange venner og er en populær gutt. Han feiret sin 8 års dag nå nylig og går i 2. klasse på Andeby skole. For hver nye søknad som fremmes har således Amanuel blitt eldre og fått en sterkere og sterkere tilknytning til riket.

Saken er nå kommet inn til ny behandling hos utlendingsmyndighetene like etter Amanuel 8-års dag. Det er påberopt at det foreligger sterke menneskelige hensyn som tilsier at han må få bli i Norge og at det er til hans beste å bli i Norge. Det er, ifølge klager, ikke mulig å komme til en konklusjon om at det er til hans beste å bli i Norge og likevel at innvandringsregulerende hensyn går foran. Klager påberoper seg at barnekonvensjonen er en rettighetslov som ikke kan fravikes med mindre det er for å beskytte andres rettigheter. Innvandringsregulerende hensyn er ikke slike. Det vil være svært vanskelig for Amanuel å bryte denne kontakten.

Dessuten må barnet vurderes på selvstendig grunnlag, uavhengig av sine foreldre. Han er selv totalt integrert i Norge. Han kan ikke lastes for foreldrenes handlinger, selv om de har oppholdt seg ulovlig i riket siden før han ble født. Dessuten er foreldrene oppriktig redde og har handlet i barnets interesse

I St.melding 27(2011-2012), Barn på flukt er det lagt til grunn at ett års skolegang og 4, 5 års oppholdstid isolert sett kan tilsi at barnet får bli. Dette må gjelde denne søker som allerede har gått to år på skole og bodd hele sitt liv her. Det vil være usaklig forskjellbehandling om han ikke også får bli. Det blir påstått at hans hovedtilknytning ikke lenger kun er til foreldrene, men også til venner og nettverk i Norge. Det vil få store konsekvenser for ham dersom han returneres til et land han ikke kjenner verken kulturelt eller språklig.

Fra tidligere vedtak fra myndighetenes side er det vektlagt at innvandringsregulerende hensyn tilsier at foreldre ikke kan skaffe seg barn for å bli her i riket. De visste begge at de ikke fikk asyl her, da de valgte å sette et barn til verden. De har også oppholdt seg her ulovlig i mange år og har ikke selv gjort noe for lojalt å etterkomme de vedtak som er truffet. Foreldre kan ikke klore seg fast her, slik at barna deres får tilknytning. Det at et barn er født her, har gått i barnehage og på skole her er ikke i seg selv nok. Myndighetene må kunne stole på at de som søker asyl i landet lojalt innretter seg etter negative vedtak. Myndighetene mener at barnets beste er forsvarlig vurdert og at innvandringsregulerende hensyn kan gå foran hensynet til barnet. Vanskeligheter med retur vil det alltid være i slike saker. Det er heller ikke en usaklig

forskjellsbehandling selv om andre barn får bli. Det er alltid ulikheter i sakene som kan begrunne forskjeller. Dessuten har stortingets meldinger ikke noe rettskildemessig vekt i vurderingen. Klager vil returneres sammen med sine foreldre og barnekonvensjonen legger opp til at det er foreldrene som primært skal ta seg av sine barn og dette er ikke grunn for at klager skal kunne bli. Foreldrene vil kunne gi ham forsvarlig omsorg, de er ressurssterke og Amanuel har ikke noen særskilte behov. Myndighetene antar at han vil kunne tilpasse seg språk og kultur i Etiopia raskt.

Dessuten er det ikke i strid med barnekonvensjonen å returnere til Etiopia selv om det er bedre oppvekstvilkår i Norge. Det er tydelige verdier knyttet til barns kulturelle tilhørighet i hjemlandet. Det er mange lengeværende asylbarn som ikke får bli i landet og likhetshensynet kan like gjerne gå denne veien. Foreldrene har selv valgt å sette barnet sitt i en slik uforutsigbar situasjon og har gitt Amanuel tilknytningspunkter i Norge. De har ikke vært villige til å skaffe reisedokumenter slik at de kunne returnere frivillig.

*Drøft og avgjør de rettslige sider av denne saken, hvor det nasjonale regelverket og også de aktuelle menneskerettskonvensjonene skal trekkes inn. Det skal også tas stilling til hvilke plikter staten har i forhold til å utrede konsekvenser for barnet og høre barnet.*

*Når den konkrete saken er tatt stilling til, skal det gjeldende regelverket vurderes. Hvordan kan man best sikre barnets beste i slike saker?*

## **Oppgave 2:**

Amanuels vedtak ble avgjort i hans disfavør. Foreldrene som da var redde og desperate «gikk så under jorden». Amanuel ble værende i Norge på ulovlig grunnlag. Han ble først boende på asylmottaket og deretter har han bodd hos andre slektninger i Norge. Hans onkel og tante samt søskenbarn var blitt hans familie. Han var nå en enslig mindreårig asylsøker og kunne ikke tvangsreturneres så lenge foreldrenes oppholdssted ikke var kjent.

Amanuel slet med virkningene av den uvisshet han hadde levd i lang tid i barndommen og nå også av tapet av foreldrene. Han slet med å tilpasse seg og kom lett i konflikter med andre.

Da han var 16 år gammel slo han en annen gutt i hodet slik at denne fikk skader. Han ble dømt til ubetinget fengsel i 2 måneder for dette. Det ble truffet utvisningsvedtak for ham, men heller ikke dette ble effektivt. Han forlot heller ikke landet frivillig.

På 18 års dagen var det mulighet for tvangsretur til Etiopia og det vedtakene ble besluttet iverksatt. Foreldrene var nå døde. Det viste seg nå at Amanuel ved flere anledninger hadde vært i Etiopia, hadde flere slektninger der, og kunne snakke lokalspråket på stedet, i tillegg til at han behersket engelsk. Han hadde bodd der en periode fra han var 8-11 år, men etter dette oppholdt seg i Norge. Da vedtaket ble effektivt hevder han selv at han må få opphold i Norge.. Å sende ham tilbake til Etiopia nå vil i følge ham være et brudd på flere av bestemmelsene i den Europeiske menneskerettskonvensjonen. Han mener også at utvisningsvedtaket er et ulovlig og uforholdsmessig inngrep.

*Drøft og avgjør de rettslige sidene saken nå reiser, både etter nasjonalt og internasjonalt regelverk.*

## **SENSORVEIELDNING UTLENDINGSRETT- VÅREN 2013**

### *Innledende merknader*

Oppgaven har tatt utgangspunkt i Oslo tingrettsdom av TOSLO-2012-81237 i den såkalte «Nathan saken». Saken ble opphevet på grunn av saksbehandlingsfeil, i Oslo tingrett, den 12.mars 2013. Dommen er særlig begrunnet i at hensynet til barnet ikke er tilstrekkelig ivarettet i avveilingen og vedtaket ble opphevet. Dommen er rettskraftig med Oslo tingrettsdom og Nathan er i ettertid innvilget opphold på bakgrunn av sin sterke tilknytning til Norge. Flere tilsvarende saker verserer i domstolsapparatet. Oppgaven er bygget videre for masterstudentene med et noenlunde likt faktum som EMD sin dom mot Norge, avsagt 5. desember 2012, Buttdommen. Oppgavene gir også mulighet til å bygge på mange av de rettslige spørsmålene som var oppe til vurdering i Høyesterett sine plenumssaker, avsagt 21. desember 2012, inntatt i Rt-2012-2039 og Rt-2012-1985. Buttdommen og Nathansaken er vedlagt denne veiledningen, men var ikke vedlagt eksamensoppgaven.

Buttdommen og plenumsdommene er behandlet på forelesninger, men disse er ikke omhandlet i pensum (Læreboken gikk i trykken før dommene ble avsagt). Nathansaken er i seg selv ikke undervist i, men faktum i Nathan likner faktum i de to plenumsdommene – altså saker om lengeværende asylbarn. Studentene skal ikke nødvendigvis kjenne til noen av disse sakene, men skal kunne ta stilling til sakene på selvstendig grunnlag.

Det er kommet noen innvendinger mot oppgavens utforming, og en henvendelse hvor studenter har følt at faktum har vært rotete og vanskelig å forstå. Etter min mening bør dette være faktum studentene skal være i stand til å navigere i. Faktum er basert på en reell sak - en reell faktumsituasjon som de må være i stand til å håndtere i sitt praktiske virke. Faktum er imidlertid ikke det viktige i denne oppgaven. Studentene må vise at de klarer en forstandig vurdering av de motstridende hensyn som står til prøve – hensynet til barna vs. de innvandringsregulerende hensyn, og at de klarer å se de nasjonale reglene i et samspill med de internasjonale reglene. Det er dessverre også noen skrivefeil i oppgaveteksten, men som ikke skulle være avgjørende for forståelsen av det innholdsmessige.

Tilsvarende tema ble gitt våren 2012, og dette kan medføre at studentene har prioritert bort dette området ved årets eksamen. Dette bør ikke skje og asylsøkende barn er et område i stadig utvikling, som studentene må være kjent med.

Oppgavene er bygget opp rundt en praktisk case, men åpner for at man skal kunne løse den med en mer teoretisk tilnærming og hvor de kan bygge på kunnskap fra ulike deler av pensum. Poenget med oppgaven er at studentene selv skal få en følelse med hvor vanskelig disse avveingene er, men at man likevel må komme til en velbegrunnet konklusjon. Faktum i oppgaven hjelper studentene langt på vei med ulike momenter for og mot. Oppgavens tema er oppholdsrettigheter og utvisning. For masterstudenter kreves det god forståelse om dette emnet og for bachelorstudentene kreves det kjennskap til reglene. Det er først og fremst bestemmelsen i utlendingslovens § 38 – humanitærparagrafen- som er relevant. Denne er behandlet i lærebokens kapittel 10. Utvisning er behandlet i kapittel 13. Barnekonvensjonens krav er trukket inn flere steder i pensum, det samme er EMK artikkel 8.

### *Skal Amanuel gis opphold?*

Det rettslige grunnlaget for opphold for Amanuel finnes i utlendingslovens § 38. Bestemmelsen er et unntak fra de øvrige bestemmelsene om opphold. Amanuel har ikke noe rettskrav på å få opphold etter denne bestemmelsen, jf. «kan» i utl. § 38. Studenter som skriver noe om at dette ikke er en ytelse man har rettskrav på, selv om lovens betingelser for øvrig er oppfylt, må honoreres for dette. Dette kan også problematiseres i forhold til BK art. 3. Om det skal gis opphold må avgjøres etter en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering, gitt at lovens betingelser er oppfylt.

Studentene kan her trekke inn at domstolene ikke prøver om sterke menneskelige hensyn er oppfylt eller ikke. Høyesterett har i Rt-2008-681 lagt til grunn at bestemmelsen ikke kan overprøves fullt ut av domstolene fordi den tilhører forvaltningens frie skjønn. Dette er kritisert av flere, bl.a av Erik Boe i artikkelen «sterke menneskelige hensyn – for sterke for Høyesterett» i Kritisk juss 2009 s 9 – (KRJU-2009-9). Likevel ble dette også fulgt opp i av Høyesterett i plenum i dommene avsagt 21. desember 2012, Rt-2012-2039 og Rt-2012-1985.

Problemstillingen er om 8 år gamle Amanuel «kan» gis opphold fordi det foreligger «sterke menneskelige hensyn» idet han har en «særlig tilknytning til riket», jf. utl. § 38, 1. ledd.

Bestemmelsen må forstås slik at særlig tilknytning til riket er et selvstendig, alternativt vilkår til sterke menneskelige hensyn, slik også Ot.prp. nr. 75, s. 153 og 420 . Av læreboken fremgår det at bestemmelsene overlapper hverandre, slik at særlig tilknytning inngår i sterke menneskelige hensyn.

Studenter som ikke ser tilknytningskriteriet må trekkes for dette, men det må være forsvarlig å ta tilknytning inn under inn i en overordnet vurdering av om det foreligger «sterke menneskelige hensyn».

Det fremgår av lovteksten at det i vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn skal legges vekt på en totalvurdering av saken, jf. utl. § 38, annet ledd. Denne helhetsvurderingen skal være konkret og individuell, jf. utlendingsforskriftens § 8-1. Det er naturlig å starte med en selvstendig drøftelse av om Amanuel har en slik særlig tilknytning til riket at det foreligger sterke menneskelige hensyn før avveien mot de innvandringsregulerende hensynene gjøres.

Studentene bør starte med å si noe om at det med ordlyden «særlig» tilknytning og «sterke» menneskelige hensyn legges opp til en høy terskel. Botid i riket er et moment. 8 års tilknytning til riket, tatt i betraktning at han vil følge sin nærmeste familie ut, vil da kanskje ikke isolert sett nå opp til denne terskelen. Studentene må da fort gå over til bestemmelsens tredje ledd hvor det heter at:

*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.*

Lovteksten legger da her opp til at det skal være en lavere terskel for barn enn for voksne. Hensynet til barnet skal da være *et* grunnleggende hensyn i vurderingen. Hensynet til barna skal altså både komme inn i vurderingen av tilknytningen som sådan og senere i avveien mot de innvandringsregulerende hensyn. Hensynet til barna er altså relevant i forhold til spørsmålet om det foreligger «sterke menneskelige hensyn» eller «særlig tilknytning til riket», og i forhold til spørsmålet om det bør innvilges i forhold til den diskresjonære kompetansen til forvaltningen, jf. Ot. prp. nr. 75(2006-2007), merknad til § 38, s. 421. Dette er begrunnet ved at: «barn er generelt mer sårbare enn voksne og det kan være grunn for å innvilge oppholdstillatelse selv om det ikke foreligger et beskyttelsesbehov eller humanitære forhold

som ville gitt oppholdstillatelse for voksne». Også tiden barnet eventuelt har hatt ulovlig opphold skal regnes med.

Det skal legges vekt på barnets alder i oppholdstiden, barns som går på skole vil normalt ha en sterkere tilknytning enn små barn. Andre tilknytningsmomenter som fritidsaktiviteter, språkbeherskelse og situasjonen ved retur til hjemlandet blir også fremhevet i forarbeidene. Amanuel er født i landet, er 8 år, har begynt på skole, snakker norsk med stedets dialekt og er godt integrert i lokalmiljøet. Det er etter min mening mest forsvarlig å konkludere med at Amanuel har en slik sterk tilknytning til Norge at tillatelse «kan gis».

Selv om han har en slik tilknytning til riket er det likevel ikke sikkert at det skal konkluderes med at det er til hans beste å få bli i landet.

Det må da skje en vurdering av hvordan et oppbrudd fra det etablerte vil bli for en 8 år gammel gutt med slik sterk tilknytning til Norge. Amanuel vil ikke skilles fra sine foreldre og skal returneres sammen med dem. Han vil likevel returneres til et land han ikke kjenner, og bli tatt bort fra venner og nettverk i Norge. Amanuel er 8 år og hans tilknytning kan da ikke lenger sies å være hovedsakelig til sine foreldre. Det er til dette punktet det er meningen at studentene skal resonnerer når det gjelder saksbehandlingskrav til utredning av barns situasjon i slike saker. Her vil man kunne finne momenter i Oslo tingrettsdom i Nathansaken. Momentet om at foreldrene har satt ham i denne situasjonen tilhører, etter min mening, ikke vurderingen av barnets beste. I et barneperspektiv er det irrelevant hvordan foreldrene eventuelt har handlet. Dette er poenget ved at barn er egne rettssubjekter. Skal barna gis en verdi slik BK krever, må konsekvensene for barna vurderes, uavhengig av de voksnes handlinger. De voksnes handlinger kan eventuelt komme inn i vurderingen av de innvandringsregulerende hensyn, se nedenfor. Det er mye som taler for at det er til Amanuels beste å få opphold i Norge. Etter min mening vil en tilbakesendelse også være et sterkt inngrep i hans beste, basert på den sterke tilknytningen, selv om det her ikke foreligger andre humanitærgrunner. Han faller også inn under den gruppen som man i St.melding nr. 27 mener har en slik tilknytning at det vil være et sterkt inngrep om han ikke får bli.

Det neste spørsmålet som må tas stilling til er da avveiningen mellom hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn for å ta stilling til om slik tillatelse skal gis eller ikke. For selv om han har slik særlig tilknytning, og det er til hans beste å bli i Norge, praktiseres



regelen i dag slik at innvandringsregulerende hensyn likevel kan gå foran. Studenter som kommer til at han ikke har slik sterk tilknytning og /eller det ikke er til hans beste, må foreta denne drøftelsen subsidiært. Det fremgår av lovens fjerde ledd at innvandringsregulering er et relevant hensyn i vurderingen.

Studentene skal her problematisere forholdet mellom barnets beste og andre hensyn. Det er lagt opp til dette direkte i oppgaveteksten. Utlendingslovens § 38 taler om at barnets beste skal være «et grunnleggende hensyn». BK art. 3 taler også om «a primary considarition». Dette da til forskjell fra om det hadde stått «det» grunnleggende hensyn, og «the» i BK. Dette er blitt oppfattet slik i norsk rett at hensynet til barnets beste ikke trenger å trumfe andre hensyn, se for eksempel Rt. 1993 s. 1591 og Rt. 2009 s. 1261.

Høyesteretts flertall i plenumsdommene kommet til at BK art. 3 ikke er en rettighetsbestemmelse, slik at Høyesterett ikke fullt ut prøver om forvaltningens vedtak er i samsvar med BK. Dette får denne konsekvens at vi ikke får HR sin hjelp til subsumsjonen i forhold til barnekonvensjonens krav. Ansvar for dette ligger da utelukkende på forvaltningsmyndighetene.

Det er ikke gitt at BK skal forstås slik som norsk praksis har lagt opp til. Det er åpenbart en kontradiksjon mellom at noe skal være «grunnleggende», men likevel ikke det avgjørende. Studentene forventes ikke å kjenne til noe nærmere om BK her, men må kunne resonnerer rundt dette. Hvordan er hensynet til barnet grunnleggende dersom det kan settes til side? Er det tilstrekkelig at terskelen er lavere for barn slik den norske bestemmelsen legger opp til?

Noen studenter kan ha en bredere kjennskap til dette gjennom ulike rettskilder.

I saken Antwi mot Norge redegjør mindretallet, som ville dømme Norge for krenkelse, inngående for forståelsen av barnekonvensjonens krav. Antwisaken og forholdet til barnekonvensjonen er behandlet flere steder i pensum, se s. 359 flg. I Antwi uttales det at det ikke er mulig å komme til at noe ikke er til barnets beste og at det likevel kan fravikes. Flertallet i EMD anvendte ikke BK art. 3. EMD forvalter ikke BK krav. Spørsmålet ble også berørt i plenumsdommene, hvor det ble vist til Barnekomiteen sin general comments no 6. Denne er omhandlet i læreboken, men gjelder direkte enslige mindreårige asylsøkere. Av denne fremgår det at barnets beste bare kan fravikes dersom det er tale om å beskytte andre individuelle rettigheter. Det er klart at innvandringsregulerende hensyn ikke er beskyttelse av

andre individuelle rettigheter, men beskyttelse av et samfunnsmessig velferdsrettslig gode. Høyesteretts flertall ser helt formelt på uttalelsen og mener at denne bare knytter seg til enslige mindreårige og ikke kan gjelde alle barn. Det er fullt mulig å forstå uttalelsen bredere, slik også mindretallet i plenum gjør og som også samsvarer med mindretallet i Antwisaken og rettskildene til barnekonvensjonen. Studenter som kjenner til dette må honoreres for dette. Det er imidlertid tilstrekkelig at studentene her bruker konvensjonens ordlyd og tolker denne forstandig. Det vil etter dette være forsvarlig om studentene kommer til at innvandringsregulerende hensyn ikke kan trumfe barnets beste etter BK art. 3, og at denne ved motstrid skal gå foran norsk rett, jf. menneskerettslovens § 3. Dette må da skje under forutsetning av at studentene da viser at Høyesteretts flertall i plenum mener at bestemmelsen ikke er slik å forstå.

De fleste vil trolig konkludere i tråd med norsk rettsoppfatning, om at innvandringsregulerende hensyn kan gå foran barnets beste. Det er den norske forståelsen av BK som er redegjort for i læreboken s 325 flg.

Uansett konklusjon må studentene deretter foreta den konkrete avveiingen mellom barnets beste og de innvandringsregulerende hensyn i denne saken. Det skal da skje en interesseavveiing, lik den man gjør ved utvisning og forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70. En forutsetning for en slik interesseavveiing er at man ser hen til hvor sterkt dette griper inn i Amanuels beste, vs. hvor sterkt de innvandringsregulerende hensyn gjør seg gjeldende her. Høyesterett har i en nylig avsagt dom, 3. april 2013 sagt noe nærmere om de innvandringsregulerende hensyn. Mindretallet her påpeker at innvandringsregulerende hensyn ikke er en trylleformular, men at disse må graderes for å finne ut om de kan overgå barnets beste.

Studentene bør da først si noe om hva de innvandringsregulerende hensyn her består i, se læreboken s. 329. Av lovteksten fremgår ulike slike hensyn:

- 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.*

Listen er ikke uttømmende. Alle hensyn kan vel sies å være relevante her. Det er lagt opp til vurderinger knyttet til foreldrenes ansvar for barna sine og at disse setter barna i en slik tilknytningssituasjon. Dette er hyppig fremme i politikerens forsvar for en streng politikk og det kan se ut til at man legitimerer å sette barnas behov til side for å beskytte andre barn mot å bli satt i samme situasjon. Dette er også oppe i en nylig avsagt dom i Rt. 2013 s.449, avsnitt 64 og 65.

Et resultat hvor man kommer til at de innvandringsregulerende hensyn skal gå foran Amanuels beste i denne situasjonen, er trolig mest i samsvar med dagens praktisering fra utlendingsmyndighetenes side (Saken til Nathan, Yalda og de to plenumsdommene gjelder alle lengeværende asylbarn og viser at de ikke gis opphold fra forvaltningens side). Det er imidlertid fullt mulig å komme til motsatt resultat i avveiingen. Vi må her kunne godta rene vurderinger fra studentene om hvor sterke de innvandringsregulerende hensynene her er og hvor sterkt hensynet til Amanuel skal gjøres gjeldende opp mot dette, uten noe særlig rettskildemessig dekning. Det viktigste er å se om de klarer en fornuftig avveining av de motstridende interessene.

Studentene må da konkludere med om Amanuel gis opphold eller ikke.

Buttsaken, hvor Norge ble dømt gjaldt også tilknytningperspektivet og oppholds status på grunn av sterke menneskelige hensyn, vurdert etter EMK art. 8. Studenter som problematiserer om Amanuels tilknytning til landet er av en slik art at den vernes av bestemmelsen må honoreres for dette. EMK perspektivet er dessverre ikke trukket inn i pensum i forhold til utl. § 38, slik at det ikke kan forventes at studentene kjenner til dette. EMK perspektivet og EMK art. 8 er imidlertid trukket inn flere andre steder i pensum og bestemmelsen skulle således være godt kjent for studentene. Buttsaken er nevnt på forelesninger, men er avsagt etter lærebok gikk i trykken. Buttsaken er den første hvor det statueres krenkelse for dem som ikke er «settled migrants». Dette fordi det forelå ekstraordinære omstendigheter i saken ut fra tilknytning. Studentene kan her problematisere om det foreligger slike i dette tilfellet. Verken i plenumsdommene, eller den nylig avsagte dommen, inntatt i Rt. 2013 s. 449 har HR ment at asylantene har vært vernet av artikkel 8 ut fra de prinsipper som de mener kan utledes av Buttdommen. En av plenumssakene er i anket inn for EMD for en nærmere avklaring der når det gjelder lengeværende asylbarn og EMK art. 8 – altså både BK art. 3 og EMK art. 8 i kombinasjon.

I tillegg til dette skal det redegjøres for den utredningsplikt som gjelder i forhold til barna. Her finnes mange momenter i Nathansaken. Studentene må se at BK krever at hvert enkelt barns situasjon vurderes individuelt og at barna skal høres. Omfanget av utredningsplikten må holdes opp mot målet med BK bestemmelser om forpliktelsen til å påse at barnets beste ikke er overtrådt. BK art. 12, utlendingslovens § 81 og forskriftens § 17-3 flg, samt forvaltningslovens § 17 er relevant. Dette er med nærmere ettersyn ikke omhandlet skikkelig i pensum. Her vil studentene trolig derfor navigere i ukjent lovtekst. Særlig oppvakte studenter vil ha fulgt med på Nathansaken i Oslo tingrett hvor utredningen av Nathans behov ble det utslagsgivende for opphevelsen og ha mer å gå på. Vi kan imidlertid ikke forvente så mye av studentene på dette spørsmålet.

Til slutt er studentene bedt om å vurdere reglene om lengeværende asylbarn. Dette kan de gjøre på fritt politisk grunnlag, eller på et rettslig grunnlag holdt opp mot internasjonal praksis.

### *Amanuel som voksen – oppholdsrett og utvisningsadgang*

Oppgaven er så bygget ut videre for masterstudentene som også skal ta stilling til saken etter at Amanuel ble voksen og foreldrene er døde. Saken bygger på faktum i Buttsaken, hvor Norge ble dømt for ikke å ha gitt Buttsøskene opphold og hvor det ikke ble godtatt utvisning for den ene broren. Her må EMK art. 8 vurderes. Utgangspunktet tas i § 38 og § 66 føg., jf. § 70 eller i EMK art. 8 (1). Det er mest hensiktsmessig å starte med oppholdsspørsmålet fordi utvisningsbestemmelsene i norsk rett er differensiert etter hvilken tilknytning vedkommende har til riket.

### *Kan Amanuel nå gis opphold i Norge?*

BK gjelder ikke etter at Amanuel ble voksen. Det må da foretas en vurdering av hans tilknytning nå opp mot de innvandringsregulerende hensyn. Terskelen er da høyere. Dette ble også behandlet i Høyesterett sin sak inntatt i Rt. 2013 s. 449.

Spørsmålet er videre om han nå kan sies å ha lavere tilknytning fordi han har oppholdt seg mye i Etiopia? At mor er død er et poeng i Buttsaken. Slik jeg leser denne er dette fordi staten

da ikke kan påberope seg innvandringsregulerende hensyn her. Det er derfor foreldrene her også er døde. Selv om Buttsaken ikke er nevnt i boken, er denne gjennomgått på forelesningen, og studentene vil uansett ut fra det som er skrevet ellers i pensum, både om i kapittelet om utvisning og om utl. § 38 kjenne til mye EMD praksis og bestemmelsene ellers. Selve oppholdstillatelsen ble ansett å være vernet etter EMK art. 8 i Buttsaken. EMD kom da også til at det ikke var et nødvendig inngrep i rettigheten etter EMK art. 8(2). Studentene må her da på ny foreta en avveining mellom Amanuel sin tilknytning og de innvandringsregulerende hensynene.

Denne avveiningen etter EMK art. 8 (2) skulle være godt kjent for studentene gjennom utvisningsbestemmelsene.

### *Kan Amanuel utvises?*

Dersom han ikke gis opphold i Norge, kan han utvises etter reglene i utl. § 66. Studentene er kjent med f.eks. Rt. 2011 s. 948 og Nunez saken som begge viser at det er den formelle tilknytningen som skal legges til grunn etter utlendingsloven og ikke den reelle tilknytningen. Terskelen for utvisning er da lavere og omfatter flere kategorier lovbrudd. Den reelle tilknytningen må trekkes inn i forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 8. EMD foretar en samlet vurdering av tilknytning mot de innvandringsregulerende og kriminalpoliske hensyn, jf. Buttsaken. EMK opererer ikke med noe skille på formell og reell tilknytning i konvensjonstekst, men Buttsaken er da den første hvor ikke «settled migrants» gis vern etter EMK art. 8, nr. 2, dersom det foreligger ekstraordinære omstendigheter. EMK art. 8 og praksis knyttet til denne i forbindelse med utvisning er grundig behandlet i læreboken og systematikken etter bestemmelsen skulle være godt kjent. Både på forelesninger og gjennom pensum har studentene fått kjennskap til en rekke EMD dommer. Det viktigste i denne oppgaven er å se på at det er tale om ett enkeltstående kriminelt forhold, slik som var avgjørende i Buttdommen og ellers også er fremme i EMD sin praksis.

### *Avsluttende merknader*

Oppgaven har trolig vært vanskelig for studentene. Dette får man eventuelt ta hensyn til i vurderingen, men fokuset i lærebok og undervisning har lagt på at dette er et felt som må sees i lys av internasjonale konvensjoner, at praksis hele tiden utvikles og at studentene må gå til primærkilder og klare å resonnerer selvstendig. Når det er tale om konkrete interesseavveininger finnes det ikke et klart svar. Det viktigste må være at studentene på en noenlunde forstandig måte klarer å finne frem til de relevante hjemmelsgrunnlag, se de ulike hensyn og vekte disse mot hverandre. Veiledningen må ikke oppfattes som noen fasit, men nettopp en veiledning på hva som er relevant og som kan drøftes. Studentene har ikke hatt noen av de nevnte dommene tilgjengelig under eksamen og dette må tas i betraktning. Det er altså hvordan studentene resonnerer og navigerer i et nasjonalt og internasjonalt regelverk som bør være ledetråden ved sensuren.

Oslo, 3.juni 2013

Merete Havre