



Bilde: Therese Jægtvik

Temarapport 2016

Omsorg for enslige mindreårige asylsøkere

Innhold

1 FORORD	05
2 OMSORGSSITUASJONEN FOR ENSLIGE MINDREÅRIGE ASYLSØKERE	06
2.1 Innledning og problemstilling	06
2.2 De menneskerettslige rammene	07
2.2.1 Barns rett til omsorg og beskyttelse	08
2.2.2 Retten til ikke-diskriminering	09
2.2.3 Barnekonvensjonen artikkel 20 – barns rett til alternativ omsorg	13
2.3 Barnekonvensjonen artikkel 22 – enslige flyktningbarns rett til alternativ omsorg	15
2.3.1 Innledning	15
2.3.2 Kravet om «samme beskyttelse»	16
2.3.3 Oppsummering og konklusjon	20
2.4 Kort om gjeldende omsorgsordning for enslige mindreårige asylsøkere	21
2.4.1 Innledning	21
2.4.2 Omsorgssentre for enslige mindreårige asylsøkere under 15 år	22
2.4.3 Mottak for enslige mindreårige asylsøkere mellom 15 og 18 år	23
2.5 Er omsorgstilbudet til enslige mindreårige asylsøkere over 15 år i samsvar med barnekonvensjonen?	24
2.5.1 Innledning	24
2.5.2 Foreligger det forskjellsbehandling og et diskrimineringsgrunnlag?	24
2.5.3 Er forskjellsbehandlingen saklig begrunnet og rimelig?	26
2.5.4 Konklusjon og anbefaling	29
3 FORSLAG TIL NY LOV OM OMSORGSSENTRE FOR ENSLIGE MINDREÅRLIGE ASYLSØKERE	32
4 LITTERATURLISTE	36

1. Forord

Hvert år kommer det asylsøkende barn til Norge uten omsorgspersoner. Enslige mindreårige asylsøkere er, som andre barn, sårbare. Sårbarheten deres forsterkes ytterligere av at de er i et fremmed land og uten sine primære omsorgspersoner.

Barnekonvensjonen regulerer statens forpliktelse til å gi alternativ omsorg til barn som av ulike grunner er uten omsorgspersoner. Barnekonvensjonen gjelder for alle barn, også enslige mindreårige asylsøkere.

FNs barnekomité har ved flere anledninger uttrykt bekymring for enslige mindreårige asylsøkeres omsorgssituasjon i Norge. Omsorgssituasjonen til enslige mindreårige asylsøkere har også vært gjenstand for kritikk fra flere hold i 2016. Barneombudet har vært bekymret for en utvikling hvor stadig flere enslige mindreårige asylsøkere får tillatelser med begrensninger, som gjør at de blir boende på omsorgssentre og mottak for enslige mindreårige asylsøkere på ubestemt tid.¹ Dette forverrer mulighetene for god integrering. Også UDI har uttrykt alvorlig bekymring over situasjonen.²

I denne rapporten gjennomgår vi barnekonvensjonens bestemmelse om plikt til å gi alternativ omsorg til enslige mindreårige asylsøkere, i lys av øvrige konstitusjonelle og folkerettslige forpliktelser. Vi konkluderer med at enslige mindreårige asylsøkere over 15 år utsettes for usaklig forskjellsbehandling i strid med barnekonvensjonen. Videre kommer vi med anbefalinger knyttet til forslaget om ny lov om omsorgssentre for enslige mindreårige asylsøkere under 15 år.

¹ Dagsavisen 23. januar 2017, <http://www.dagsavisen.no/innenriks/uverdigg-behandling-av-asylbarn-1.915976>.

² Brev fra UDI til Justis- og beredskapsdepartementet av 15. november 2016. Se også Aftenposten 6. desember 2016, <http://www.aftenposten.no/norge/UDI-ber-Listhaug-revurdere-behandlingen-av-enslige-asylbarn-610522b.html>



Bilde: Hanne Marie Lenth Solbo

2. Omsorgssituasjonen for enslige mindreårige asylsøkere

³ Sørensen (2016) punkt 4.1.

⁴ <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylsoknader-enslige-mindrearige-asylsokere-2016/>

⁵ UDIs årsmelding for 2015 og 2014.

⁶ <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylvedtak-for-ema/>

⁷ UDI, Asylvedtak for enslige mindreårige i UDI (første instans) etter statsborgerskap og utfall (2015). <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylvedtak-etter-statsborgerskap-og-utfall-for-enslige-mindrearige-asylsokere-2015/>

⁸ <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylvedtak-etter-statsborgerskap-og-utfall-for-enslige-mindrearige-asylsokere-2016/>

⁹ Berg og Tronstad (2015) s. 117.

¹⁰ Pr. 6. februar 2017, https://www.bufdir.no/Barnevern/enslige_mindrearige_asylsokere_og_flyktninger/Fakta_og_status/Dagens_situasjon/

2.1 Innledning og problemstilling

Det er en menneskerett for barn å få nødvendig omsorg.³ Barnekonvensjonen artikkel 20 regulerer statens forpliktelse til å gi alternativ omsorg til barn som av ulike grunner er uten omsorgspersoner. Barnekonvensjonen artikkel 22 regulerer statenes forpliktelser overfor flyktningbarn. Som en grunnleggende overbygning for alle bestemmelsene i barnekonvensjonen, oppstiller konvensjonens artikkel 2 et vern mot diskriminering.

Hvert år kommer det asylsøkende barn til Norge uten omsorgspersoner. Antallet enslige mindreårige asylsøkere som har kommet til Norge de senere årene, har variert. I 2016 kom det 320.⁴ Dette viser en sterk nedgang fra tidligere år, hvor det ankom henholdsvis 5300 i 2015, 1200 i 2014 og 1070 i 2013.⁵

Statistikk viser at de fleste enslige mindreårige asylsøkere får innvilget en tillatelse. I 2014 var andelen asylsøknader fra enslige mindreårige asylsøkere som ble innvilget på rundt 85 %.⁶ I 2015 var innvilgelsesandelen 98 %.⁷ I 2016 var det 78 % innvilgelsesandel.⁸ Innvilgelsesprosenten omfatter realitetsbehandlede vedtak og inkluderer de som får beskyttelse som konvensjonsflyktning, de som får flyktningstatus på annet grunnlag og de som får innvilget opphold på humanitært grunnlag. Avslag omfatter realitetsbehandlede avslag og de som får en tidsbegrenset tillatelse. For enkelthetens skyld omtales alle positive realitetsavgjørelser i det følgende som «innvilget opphold».

Enslige mindreårige asylsøkere som får innvilget opphold skal bosettes. De flytter da ut av omsorgssenter eller mottak når de bosettes i en kommune. I 2013 ble 90 % av enslige mindreårige asylsøkere bosatt innen tre måneder, mens det i 2014 var gjennomsnittlig botid på rundt fem måneder.⁹ Ifølge Bufdir er det i dag rundt fem og en halv måned ventetid fra vedtak om opphold til barnet blir bosatt i en kommune.¹⁰

Noen enslige mindreårige asylsøkere mellom 16 og 18 år får innvilget en tidsbegrenset tillatelse som varer til de fyller 18 år. Statistikk viser en sterk økning i bruk av tidsbegrensede tillatelser til enslige mindreårige asylsøkere mellom 16 og 18 år.¹¹ I 2015 var det 15 som fikk innvilget en slik tidsbegrenset tillatelse, mens det i 2016 var 316 som fikk tidsbegrenset tillatelse.¹²

Erfaringer viser at få av barna som får innvilget en tidsbegrenset tillatelse returnerer til hjemlandet ved fylte 18 år, og mange blir værende i Norge.¹⁵ Videre viser erfaringer at nærmere halvparten av de enslige mindreårige som fikk begrensede tillatelser i perioden 2009–2015, oppholder seg på ukjent sted.

Barn som gis tidsbegrensede tillatelser, bosettes ikke og blir boende i mottak for enslige mindreårige asylsøkere frem til de er 18 år.¹⁶ For disse barna, blir omsorgssituasjonen i mottakene ekstra viktig fordi de oppholder seg der over lengre tid.

I desember 2016 var det flertall i Stortinget for at barn med begrensede tillatelser i påvente av dokumentert identitet skal bosettes.¹⁵ Forslaget har vært til behandling i Justis- og beredskapsdepartementet, som har instruert Integrerings- og mangfoldsdirektoratet om at enslige mindreårige med begrenset tillatelse i påvente av dokumentert identitet nå kan bosettes etter at søknad om førstegangsfornyelse er innvilget.¹⁶ Også disse enslige mindreårige asylsøkerne vil antakelig fortsatt oppholde seg forholdsvis lang tid i mottak før bosetting.¹⁷ Endringen omfatter imidlertid ikke enslige mindreårige med tidsbegrensede tillatelser.¹⁸

I dag får enslige mindreårige asylsøkere under 15 år tilbud om opphold på et omsorgssenter for enslige mindreårige asylsøkere i asylsøkerfasen. Omsorgssentrene er lovregulert i barnevernloven, og barnevernlovens krav til forsvarlighet og kvalitet på omsorgen gjelder for disse sentrene. Enslige mindreårige asylsøkere over 15 år får tilbud om opphold på mottak for enslige mindreårige asylsøkere. Disse er det utlendingsmyndighetene som har ansvar for. Barnevernlovens krav til forsvarlighet og kvalitet gjelder derfor ikke for denne gruppen enslige mindreårige asylsøkere. Spørsmålet vi behandler i denne rapporten, er hvorvidt denne forskjellsbehandlingen er i samsvar med våre konstitusjonelle og menneskerettslige forpliktelser, med særlig vekt på barnekonvensjonen.

I det følgende vil vi først se litt på hva som ligger i barns rett til omsorg og det generelle diskrimineringsvernet. Deretter vil vi redegjøre for statens forpliktelse etter barnekonvensjonen artikkel 20 til å gi alternativ omsorg til barn som er frarøvet sitt familiemiljø. Så vil vi gå nærmere inn på statens særlige forpliktelse til å gi alternativ omsorg til enslige mindreårige asylsøkere etter barnekonvensjonen artikkel 22. Disse bestemmelsene utgjør de rettslige rammene for vår vurdering av hvorvidt nevnte forskjellsbehandling mellom ulike barnegrupper, er i samsvar med våre folkerettslige og konstitusjonelle forpliktelser.

2.2 De menneskerettslige rammene

2.2.1 BARNES RETT TIL OMSORG OG BESKYTTELSE

2.2.1.1 Grunnloven

Ved grunnlovsreformen i 2014 fikk Grunnloven en egen bestemmelse om barns rettigheter i § 104. Forarbeidene til grunnlovsreformen er forholdsvis utførlige, og de gir viktige tolkningsbidrag til de nye grunnlovsbestemmelsene.¹⁹ Høyesterett har i tiden etter grunnlovsreformen sett hen til uttalelser i forarbeidene ved fortolkning av de nye grunnlovsbestemmelsene.²⁰

¹¹ Det er to typer begrensede tillatelser som gis enslige mindreårige asylsøkere. Tidsbegrenset tillatelse er en tillatelse etter utlendingsforskriften § 8-8, som kan gis enslige mindreårige asylsøkere mellom 16 og 18 år dersom det eneste grunnlag for opphold er at barnet mangler forsvarlig omsorg ved retur. Tillatelsen kan ikke fornyes og utløper ved fylte 18 år. Den andre typen begrenset tillatelse gis i påvente av dokumentert identitet i medhold av utlendingsloven § 38 femte ledd jf. utlendingsforskriften § 8-12. Denne tillatelsen gis for ett år av gangen og kan fornyes.

¹² UDI, Asylvedtak etter statsborgerskap og utfall for enslige mindreårige asylsøkere (2015) og (2016). I tillegg var det (i perioden 1. januar 2016 til 15. november 2016) 257 enslige mindreårige asylsøkere som fikk innvilget en begrenset tillatelse etter utlendingsforskriften § 8-12, jf. brev av 15. november 2016 fra UDI til Justis- og beredskapsdepartementet.

¹³ Prop. 90 L (2015-2016) s. 67.

¹⁴ Ibid s. 74

¹⁵ Forslag nr. 10 fra Sosialistisk venstreparti i forbindelse med statsbudsjettet for 2017. Det ble flertall i Stortinget for følgende vedtak: Stortinget ber regjeringen fjerne bestemmelsen fra juni 2014 om at barn med begrenset opphold i Norge ikke skal bosettes i fosterhjem eller i en kommune. Dagsavisen 22. januar 2017, <http://www.dagsavisen.no/innenriks/uverdig-behandling-av-asylbarn-1.915976>

¹⁶ Tillegg til tildelingsbrev for IMDI 2017 av 9. februar 2017.

¹⁷ Dagsavisen 17. februar 2017: <http://www.dagsavisen.no/innenriks/uforstaelig-1.926217>

¹⁸ Endringen omfatter ikke tidsbegrensede tillatelser etter utlendingsforskriften § 8-8.

¹⁹ Dokument 16 (2011-2012) og Innst. 186 S (2013-2014).

²⁰ Se f.eks. Rt. 2015 s. 93 avsnitt 62 og 64, og Bårdsen (2016).

²¹ Dokument 16 (2011-2012) s. 192.

²² Innst. 186 S (2013-2014) s. 29.

²³ Dokument 16 (2011-2012) s. 193.

²⁴ Sørensen (2016) s. 322.

²⁵ Se Dokument 16 (2011-2012) s. 90, Innst. 186 S (2013-2014) s. 20 og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57 og 64.

²⁶ Menneskerettsloven §§ 2 og 3.

Grunnloven § 104 første ledd gir barn krav på respekt for sitt menneskeverd. Bestemmelsens tredje ledd gir videre barn rett til vern om sin personlige integritet og pålegger statens myndigheter å *«legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie.»*

Som bakgrunn for å foreslå et eget integritetsvern for barn, la menneskerettsutvalget vekt på at barn er sårbare og avhengig av voksenpersoner. Dette gjør dem særlig utsatt for utnyttelse, vold, mishandling og omsorgssvikt.²¹ Kontroll- og konstitusjonskomiteen uttalte også at bestemmelsen skulle leses som et vern mot omsorgssvikt.²²

Bestemmelsen må leses i sammenheng med Grunnloven § 102 annet ledd som etablerer et generelt vern om den personlige integritet. Menneskerettsutvalget påpekte at de gjennom § 104 foreslo en sterkere formulering om barns rett til vern om sin personlige integritet enn det generelle vernet som følger av Grunnloven § 102. Utvalget uttalte videre at:²³

«Dette har sin sammenheng med at barn er særlig sårbare, og at de i større utstrekning enn voksne trenger myndighetenes hjelp for å beskytte sin personlige integritet. I sin ytterste konsekvens vil en individuell rettighet for barnet åpne for at det kan gå til søksmål mot statens myndigheter med krav om bedre beskyttelse enn det har fått tilbud om i dag.»

Videre uttalte utvalget følgende:

«Statens plikt til å legge forholdene til rette for barns utvikling er ment å favne om opplæring og utdanning, helsetjenester, gode oppvekstvilkår, økonomisk og sosial trygghet, samt omsorg og tilhørighet til familien.»

Det fremgår av juridisk teori at *«barnets rett til omsorg og særlig beskyttelse har positivrettslig forankring i både Grunnloven og menneskerettskonvensjoner som Norge er bundet av.»*²⁴

Det synes altså på det rene at Grunnloven gir en rett til vern mot omsorgssvikt. Videre har staten en forpliktelse til å legge til rette for at barnet får nødvendig omsorg. Hvor langt plikten strekker seg er mer uklart, men det fremgår altså klart av forarbeidene at mangelfull beskyttelse kan påberopes direkte overfor domstolene etter Grunnloven. Vi går ikke nærmere inn på dette her, da barns rett til omsorg under enhver omstendighet kan utledes av barnekonvensjonen. Grunnlovens menneskerettsbestemmelser skal også tolkes i lys av sine internasjonale forbilder, deriblant liknende bestemmelser i barnekonvensjonen.²⁵

2.2.1.2 Barnekonvensjonen

Barnekonvensjonen er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven. Ved motstrid har barnekonvensjonen forrang foran annen norsk lovgivning.²⁶

Barnekonvensjonen er utledet av den tanke at barn er sårbare og trenger spesielt vern og særlig omsorg. Barnekomiteen selv har fremhevet at konvensjonen bygger på fire

generelle prinsipper som også vil ha betydning for tolkningen av konvensjonen: Hensynet til barnets beste, retten til ikke-diskriminering, retten til liv, overlevelse og utvikling og retten til å bli hørt. Komiteen legger til grunn at disse prinsippene utgjør kjerneverdier som vil være av betydning ved tolkningen av konvensjonen.²⁷

Rettskildebildet ved tolkningen av barnekonvensjonens bestemmelser er derfor sammensatt. Barnekonvensjonen består da også både av bestemmelser som er mer vage og noen som har et konkret materielt innhold.²⁸

Barnekonvensjonen har ingen bestemmelser som gir en eksplisitt positiv rett til omsorg.²⁹ Barns behov for særlig omsorg fremheves imidlertid i konvensjonens fortale. Videre fremgår det av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 2 at partene skal sikre barnet "den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for barnets trivsel", og skal "treffe alle egnede, lovgivningsmessige og administrative tiltak for dette formål."

Barns rett til omsorg fremkommer også mer indirekte flere steder i konvensjonen. Artikkel 7 regulerer barns rett til omsorg fra foreldrene. Artikkel 20 regulerer statens forpliktelser til å gi alternativ omsorg til barn som av en eller annen grunn er frarøvet sitt familiemiljø. I tillegg vil forsvarlig omsorg være sentralt for oppfyllelsen av andre forpliktelser etter konvensjonen, som retten til utvikling, retten til liv, retten til helse mv.³⁰

Barns rett til nødvendig omsorg må derfor anses som en grunnleggende rettighet etter barnekonvensjonen. Hva retten til omsorg konkret innebærer kan være vanskelig å definere presist, men Sørensen fremhever at retten «*kan sies å innebære at det skal tilrettelegges og sørges for barnets rett til liv, utvikling, verdighet og integritet. Dette innebærer at ivaretagelse av et barns fysiske og psykiske behov blir sentralt*».³¹

Det foreligger med andre ord en menneskerettslig rett til omsorg som tegner en ytre ramme for hvordan myndighetene må innrette omsorgstilbudene til enslige mindreårige asylsøkere. Rammen må også sees i lys av retten til ikke-diskriminering, som etablerer en plikt for staten til å likebehandle personer i sammenliknbare situasjoner. Dette innebærer at det tilbudet som gis andre barn som er avhengig av det offentlige omsorg, vil kunne ha betydning for vurderingen av hvilket omsorgstilbud enslige mindreårige asylsøkere har krav på.

2.2.2 RETTEN TIL IKKE-DISKRIMINERING

2.2.2.1 Grunnloven

Grunnloven § 98, som ble innført ved grunnlovsreformen i 2014, fastsetter at alle er like for loven og at «[I]ntet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling». Menneskerettighetsutvalget foreslo at bestemmelsen skulle utformes som en individuell rettighet som kunne bringes inn for domstolene, og som skranke for lovgiver.³² Kontroll- og konstitusjonskomiteen fulgte menneskerettighetsutvalgets innstilling.³³ Det følger både av ordlyden og av forarbeidene at ikke all forskjellsbehandling er ulovlig. Det er den forskjellsbehandling som er usaklig eller uforholdsmessig Grunnloven verner mot.³⁴ Grunnlovsbestemmelsen er generelt utformet, og den definerer ikke nærmere hvilke diskrimineringsgrunnlag som er relevante.

²⁷ Generell kommentar nr. 5 avsnitt 12 og generell kommentar nr. 12 avsnitt 2. Se også Sørensen (2016) s. 314.

²⁸ For en nærmere redegjørelse for dette, se Sørensen (2016) s. 312

²⁹ Ibid s. 321

³⁰ Ibid s. 321.

³¹ Ibid s. 323 med videre henvisninger.

³² Dokument 16 (2011-2012) side 147.

³³ Innst. 186 S (2013-2014) s. 25.

³⁴ Dokument 16 (2011-2012) s. 149.

³⁵ Dokument 16 (2011-2012) s. 190 og Innst. 186 S (2013-2014) s. 29.

³⁶ Dokument 16 (2011-2012) s. 190 og Innst. 186 S (2013-2014) s. 29.

³⁷ Dokument 16 (2011-2012) s. 190.

³⁸ Ibid.

³⁹ Se dokument 16 (2011-2012) s. 190, hvor det også fremgår at dette likevel ikke innebærer at barn skal behandles som voksne eller ha de samme muligheter som voksne.

⁴⁰ Jf. dokument 16 (2011-2012) s. 90 og Innst. 186 S (2013-2014) s. 20.

⁴¹ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57 og 64.

⁴² Dokument 16 (2011-2012) s. 141 med videre henvisning til generell kommentar nr. 18 avsnitt 12.

⁴³ Lovavdelingen (2010), punkt 3.1 med videre henvisninger.

Når det gjelder barns vern mot å bli utsatt for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling, må Grunnloven § 98 leses i sammenheng med Grunnloven § 104 første ledd første punktum. Bestemmelsen fastslår at barn har krav på respekt for sitt menneskeverd, og signaliserer at barn ikke har mindre verdi enn voksne.³⁵ Av forarbeidene fremgår at dette er ment å tydeliggjøre at de øvrige menneskerettighetsbestemmelsene også gjelder for barn.³⁶ Menneskerettighetsutvalget anså det som unødig å innta en særlig bestemmelse om ikke-diskriminering myntet på barns rettigheter spesielt, så lenge dette fremgikk av den generelle diskrimineringsbestemmelsen lest i sammenheng med respekten for barns menneskeverd.³⁷ Det ble i den forbindelse vist til at ikke-diskrimineringsprinsippet innebærer *”at barn verken skal diskrimineres i forhold til voksne eller i forhold til andre barn.”*³⁸ Barn har derfor det samme konstitusjonelle vernet mot usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling som voksne. Dette gjelder både i forhold til voksne og i forhold til andre barn.³⁹

Det følger av forarbeidene at Grunnlovens menneskerettsbestemmelser må tolkes i lys av de internasjonale menneskerettskonvensjonene og praksis knyttet til disse.⁴⁰ Høyesterett har fulgt opp disse føringene, men samtidig presisert at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke vil ha samme betydning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene.⁴¹ Det er flere menneskerettslige konvensjoner som inneholder diskrimineringsforbud. Disse vil vi omhandle i det følgende.

2.2.2.2 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter og EMK

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter oppstiller i artikkel 26 et forbud mot diskriminering på grunnlag av særskilt opplistede diskrimineringsgrunnlag. Bestemmelsen er forstått slik at den verner mot faktisk og rettslig diskriminering på alle de områder som er regulert og beskyttet av offentlige myndigheter.⁴² Videre oppstiller Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) i artikkel 14 et forbud mot diskriminering når det gjelder konvensjonsvernedede rettigheter. Vi går ikke nærmere inn på hva som kan utledes av disse bestemmelsene her.

2.2.2.3 Barnekonvensjonen

Blant menneskerettighetskonvensjonene er det barnekonvensjonen som er av størst betydning for enslige mindreårige asylsøkere. Barnekonvensjonen artikkel 2 nr. 1 pålegger statene en plikt til å sikre alle barn de rettighetene som fremgår av konvensjonen, uten noen form for forskjellsbehandling, med utgangspunkt i opplistede diskrimineringsgrunnlag. Bestemmelsen lyder som følger:

«De stater som er part i denne konvensjon, skal respektere og sikre de rettigheter som er fastsatt i denne konvensjon for ethvert barn innenfor deres jurisdiksjon, uten diskriminering av noe slag og uten hensyn til barnets, dets foreldres eller verges rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politiske eller annen oppfatning, nasjonale, etniske eller sosiale opprinnelse, eiendomsforhold, funksjonshemming, fødsel eller annen stilling.»

Diskrimineringsvernet gjelder for alle barn innen statens jurisdiksjon, også barn som søker opphold i en stat eller ulovlig oppholder seg der.⁴³ Enslige mindreårige asylsøkere, uavhengig av deres oppholdsstatus, er derfor omfattet av vernet.

Diskrimineringsgrunnlag

Ulik behandling som ikke har sitt utspring i et relevant diskrimineringsgrunnlag, vil ikke rammes av diskrimineringsforbudet. Det følger direkte av ordlyden i artikkel 2 at opplistingen der ikke er uttømmende. Konvensjonens originaltekst bruker uttrykket «*discrimination of any kind*», og i tillegg er diskrimineringsgrunnlaget «*other status*» inkludert.⁴⁴

En persons *oppholdsstatus* er ikke nevnt som særskilt diskrimineringsgrunnlag i barnekonvensjonen artikkel 2. Barnekomiteen har imidlertid i sin generelle kommentar nr. 6 (2005) uttalt:⁴⁵

«The principle of non-discrimination, in all its facets, applies in respect to all dealings with separated and unaccompanied children. In particular, it prohibits any discrimination on the basis of the status of a child as being unaccompanied or separated, or as being a refugee, asylum-seeker or migrant.[...]»

Komiteen legger med andre ord til grunn at bestemmelsen forbyr diskriminering på grunnlag av barnets oppholdsstatus. Et slikt synspunkt er også lagt til grunn av Lovavdelingen i Justis- og beredskapsdepartementet.⁴⁶ Dette innebærer at dersom en enslig mindreårig asylsøker skal behandles dårligere enn andre barn, må forskjellsbehandlingen være basert på et saklig grunnlag.

Det norske regelverket innebærer ulik behandling av enslige mindreårige asylsøkere avhengig av om de er over eller under 15 år. Det aktualiserer spørsmålet om forskjellsbehandling av barn i forskjellige *aldersgrupper* kan falle innunder diskrimineringsgrunnlaget «*other status*» i barnekonvensjonen artikkel 2.

Det fremgår av konvensjonens forhandlingshistorikk at uttrykket «*other status*» ble tatt inn i barnekonvensjonen for å gjøre teksten i samsvar med ordlyden i andre menneskerettslige instrumenter, herunder FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter.⁴⁷ Tolkningen av hva som omfattes av diskrimineringsgrunnlaget «*other status*» i andre konvensjoner vil derfor være relevante tolkningsmomenter ved tolkningen av hva som ligger i det tilsvarende diskrimineringsgrunnlaget i barnekonvensjonen artikkel 2

Under FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter har alder vært ansett å falle innunder kategorien «*other status*». I *Love v. Australia* (983/01) uttalte FNs menneskerettighetskomité:

«While age as such is not mentioned as one of the enumerated grounds of prohibited discrimination in the second sentence of article 26, the Committee takes the view that a distinction related to age which is not based on reasonable and objective criteria may amount to discrimination on the ground of «other status» under the clause in question, or to a denial of the equal protection of the law within the meaning of the first sentence of article 26.»

⁴⁴ Detrick (1999) s. 75.

⁴⁵ Generell kommentar nr. 6 avsnitt 18.

⁴⁶ Lovavdelingen (2010) punkt 3.1

⁴⁷ UNHCR (2007), Volume I side 332.

⁴⁸ Schabas (2015), side 584 med videre henvisninger. Ulik behandling mellom barn og voksne har ikke vært ansett diskriminerende. I Schwizgebel v. Sveits mente domstolen at det forelå ulik behandling av yngre og eldre kvinner i en sak om nektelse av adopsjon på grunn av høy alder. Domstolen kom imidlertid til at forskjellsbehandlingen ikke var uforholdsmessig, og la vekt på statens vide skjønnsmargin og hensynet til barnets beste.

⁴⁹ Generell kommentar nr. 6 avsnitt 18.

⁵⁰ Concluding observations 2010 punkt 20.

⁵¹ Heyerdahl (2016) s. 45–46 og Namdal (2015), punkt 6.2.

⁵² Heyerdahl (2016) s. 38.

⁵³ Sandberg (2008), s. 94. Se også Heyerdahl (2016) s. 38.

Spørsmål om diskriminering på grunnlag av alder under FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter har stort sett handlet om diskriminering av personer med høy alder. Det er imidlertid vanskelig å se at dette skal stille seg annerledes ved ulik behandling av av ulike barnegrupper.

Også Den europeiske menneskerettsdomstol («EMD») har anerkjent alder som diskrimineringsgrunnlag under kategorien «other status».⁴⁸

Barnekomiteen synes også å bygge på tilsvarende tilnærming. I en generell kommentar om enslige barn og enslige barn med følgepersoner utenfor deres opprinnelsesland, har Barnekomiteen uttalt følgende:⁴⁹

«This principle, when properly understood, does not prevent, but may indeed call for, differentiation on the basis of different protection needs such as those deriving from age and/or gender.»

Formålet med kommentaren er å gi veiledning om hvilke forpliktelser konvensjonen pålegger statene overfor denne særlige utsatte gruppen barn. Kommentaren åpner for forskjellsbehandling på bakgrunn av alder og kjønn, så lenge det er begrunnet i ulike beskyttelsesbehov. I dette synes det å ligge en forutsetning om at ulik behandling på grunnlag av alder *kan* innebære diskriminering dersom forskjellsbehandlingen ikke er begrunnet i et legitimt formål, for eksempel ulike beskyttelsesbehov.

I sine Concluding observations til Norges rapportering i 2010, uttalte Barnekomiteen at den anbefalte at Norge *«carefully examine the possibility of expanding legislation to provide protection of children against discrimination on the grounds of their age.»*⁵⁰

Praksis fra Menneskerettighetskomiteen og EMD, og uttalelser fra Barnekomiteen, taler derfor for at alder også kan falle inn under kategorien “other status” i barnekonvensjonen. Også i juridisk teori legges tilsvarende synspunkt til grunn.⁵¹

Nasjonal institusjon legger derfor til grunn at alder faller innunder diskrimineringsgrunnlaget «other status» i barnekonvensjonen. Dette innebærer at ulik behandling av barn i ulike alderskategorier etter omstendighetene vil kunne utgjøre ulovlig forskjellsbehandling etter barnekonvensjonen dersom den ulike behandlingen ikke ivaretar et legitimt formål, jf. nedenfor.

Forskjellsbehandling stiller krav til et legitimt formål og rimelighet

Diskriminering forutsetter videre at det foreligger forskjellsbehandling. Forskjellsbehandlingen kan typisk bestå i at to eller flere like, eller relativt like, tilfeller behandles ulikt. Samtidig vil ikke enhver forskjellsbehandling være forbudt. Forskjellsbehandling som har en saklig og objektiv begrunnelse, og som er rimelig og ikke for inngripende, vil ikke innebære diskriminering.⁵² Ulik behandling må ha saklig grunn (et legitimt formål) og være forholdsmessig for å være lovlig.⁵³ Er det først påvist at det foreligger ulik behandling av sammenliknbare tilfeller, vil det videre være opp til staten å påvise at forskjellsbehandlingen har et legitimt formål og er rimelig. Begrunnelsen for hvorfor sammenliknbare tilfeller reguleres ulikt, er derfor viktig.

Barnekomiteen har i en generell kommentar gitt uttrykk for at ulik behandling av barn grunnet ulike beskyttelsesbehov, blant annet på grunn av alder, ikke anses som usaklig forskjellsbehandling etter barnekonvensjonen.⁵⁴ Dette taler for at ulike omsorgsbehov vil kunne være et legitimt formål etter barnekonvensjonen.

⁵⁴ Generell kommentar nr. 6 avsnitt 18.

⁵⁵ Heyerdahl (2016) side 38.

⁵⁶ Lovavdelingen (2010) punkt 3.2.1.

⁵⁷ Cantwell and Holzscheiter (2008), side 39.

⁵⁸ Ibid, side 40.

Vurderingen av om det foreligger en saklig begrunnelse for forskjellsbehandlingen, er om tiltaket ivaretar et legitimt samfunnsmessig formål, og da særlig om tiltaket ivaretar barnekonvensjonens formål.⁵⁵ Barnets beste skal videre være et grunnleggende hensyn i alle handlinger som vedrører barn. Lovavdelingen skriver i en uttalelse om rett til opplæring at samlet sett «*taler dette for at det skal mye til for å kunne si at forskjellsbehandling til barns ugunst er rettmessig etter konvensjonen.*»⁵⁶

Nasjonal institusjon legger til grunn at dette særlig må gjelde ved vurderingen av hvilke krav som stilles til grunnleggende omsorg for barn. Såfremt forskjellsbehandling mellom ulike aldersgrupper enslige mindreårige asylsøkere, og i relasjon til andre barn underlagt statens omsorg, ikke kan begrunnes i ulike omsorgsbehov eller andre legitime formål under barnekonvensjonen, skal det altså mye til før forskjellsbehandling til barns ugunst er rettmessig.

2.2.3 BARNEKONVENSJONEN ARTIKKEL 20 – BARNES RETT TIL ALTERNATIV OMSORG

Retten til omsorg gjelder selv om barnet ikke lever i en familie. Statenes forpliktelse til å gi omsorg til barn uten omsorgspersoner er nedfelt i barnekonvensjonen artikkel 20. Bestemmelsen lyder:

«1. Et barn som midlertidig eller permanent er fratatt sitt familiemiljø, eller som i egen interesse ikke kan tillates å bli værende i et slikt miljø, skal ha rett til særlig beskyttelse og bistand fra staten.

2. I samsvar med sin nasjonale lovgivning skal partene sikre alternativ omsorg for et slikt barn.

3. Slik omsorg kan f.eks. omfatte plassering i fosterhjem, Kafala etter islamsk lov, adopsjon eller, om nødvendig, plassering i institusjon egnet for omsorg for barn. Når mulige løsninger overveies, skal det tas tilbørlig hensyn til ønskeligheten av kontinuitet i barnets oppdragelse og til barnets etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn.»

Bestemmelsen oppstiller en forpliktelse for staten til å gi barn uten omsorgspersoner særlig beskyttelse og bistand fra staten. Videre pålegger den staten å sikre barnet alternativ omsorg i samsvar med sin nasjonale lovgivning.

Barn kan være uten omsorgspersoner av mange ulike grunner. Bestemmelsen kan omfatte situasjoner hvor barn har mistet foreldrene grunnet dødsfall, barn som er forlatt av foreldrene og tilfeller hvor myndighetene vurderer barnas omsorg hos foreldrene som så utilfredsstillende at det fattes vedtak om omsorgsovertakelse. Bestemmelsen omfatter også enslige mindreårige asylsøkere.⁵⁷ Enkelte situasjoner som omfattes av artikkel 20, vil imidlertid også omfattes av andre mer gruppespesifikke bestemmelser, som for eksempel artikkel 22 om flyktningbarn.⁵⁸

⁵⁹ Ibid side 49-50.

⁶⁰ UNHCR (2007) Volume II, side 535.

⁶¹ Ibid, side 531 fig.

⁶² Cantwell and Holzscheiter (2008), side 58 med videre henvisninger til Council of Europe, Rec (2005)5, 1990 UN Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty (som også omfatter barnevernsinstitusjoner), og Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child.

⁶³ Detrick (1999), side 337. Dette blir statene bedt om å rapportere på til Barnekomiteen.

I juridisk teori er uttrykket «særlig beskyttelse og bistand fra staten» blitt forstått slik:⁵⁹

«The term 'special protection and assistance' is frequently used in both human rights and humanitarian law to describe the necessary response to the temporary or permanent needs of given groups that are particularly vulnerable because of their situation (e.g. refugee) or status (e.g. child) or both (e.g. child refugee). In the context of Article 20, it implies targeted measures of protection and assistance over and above those required for children in general, and adapted to the specific situation of those without parental care, in order to compensate for their vulnerability and thereby to enable their overall rights to be fulfilled.» (uthevet her)

Bestemmelsen angir ikke direkte hva slags alternativ omsorg statene må tilby barn uten omsorgspersoner. Dette har sin bakgrunn i at konvensjonsteksten søker å reflektere de ulike omsorgsløsningene ulike stater har.⁶⁰ Bestemmelsens tredje ledd eksemplifiserer ulike omsorgsalternativer, og gir nærmere retningslinjer for valget av omsorgsalternativ. Disse retningslinjene må sees i sammenheng med at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved valget mellom de ulike alternativene.⁶¹

Artikkel 20 oppstiller ikke nærmere krav til organisering og kvalitet på omsorgsinstitusjoner, utover at disse må være «egnet for omsorg for barn». Bestemmelsen må imidlertid leses i sammenheng med artikkel 3 nr. 3 som pålegger statene å «sikre at de institusjoner og tjenester som har ansvaret for barns omsorg eller beskyttelse retter seg etter de standarder som er fastsatt av de kompetente myndigheter, særlig med hensyn til sikkerhet, helse, personalets antall og kvalifikasjoner samt kvalifisert tilsyn.» Både FN og Europarådet har imidlertid gitt retningslinjer for slike omsorgsinstitusjoner, men disse skal vi ikke gå nærmere inn på her.⁶²

Barnekonvensjonen artikkel 20 må også leses i sammenheng med artikkel 25, som fastslår at barn som er under alternativ omsorg har rett til «*periodisk vurdering av den behandling barnet får og av alle andre forhold som har betydning for plasseringen av barnet.*»⁶³

Fordi artikkel 20 ikke oppstiller særskilte kvalitetskrav, vil den ikke i seg selv utgjøre en selvstendig skranke for organiseringen av omsorgssituasjonen for enslige mindreårige asylsøkere. Bestemmelsen må imidlertid sees i sammenheng diskrimineringsforbudet i artikkel 2 som redegjort for ovenfor. Når statene har etablert tilbud til barn under alternativ omsorg, må disse innrettes i samsvar med diskrimineringsforbudet i artikkel 2, slik at ulike barnegrupper verken diskrimineres på grunnlag av alder eller oppholdsstats.

Dette er en sentral premiss for vurderingen av hvorvidt tilbudet som gis til enslige mindreårige asylsøkere i Norge, er i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser.

2.3 Barnekonvensjonen artikkel 22 – enslige flyktningbarns rett til alternativ omsorg

2.3.1 INNLEDNING

Artikkel 20 må også leses i sammenheng med den særskilte likebehandlingsbestemmelsen i konvensjonens artikkel 22 nr. 2, som gjelder omsorg for enslige flyktningbarn. Bestemmelsen lyder som følger:

«1. Partene skal treffe egnede tiltak for å sikre at et barn som søker flyktningestatus eller som anses som flyktning i samsvar med gjeldende internasjonal eller nasjonal rett og praksis, enten de kommer alene eller er ledsaget av sine foreldre eller av en annen person, får behørig beskyttelse og humanitær hjelp i av utøvelsen rettighetene anerkjent i denne konvensjon og i andre internasjonale instrumenter om menneskerettigheter eller humanitære forhold som vedkommende stater er part i.

⁶⁴ Ibid, side 363.

⁶⁵ Se blant annet artikkel 9.

⁶⁶ Generell kommentar nr. 6 punkt 79 og 80.

2. For dette formål skal partene på den måte de finner hensiktsmessig, samarbeide i forbindelse med alle bestrebelse iverksatt av De forente nasjoner og andre kompetente mellom-statlige eller ikke-statlige organisasjoner som samarbeider med De forente nasjoner, for å beskytte og hjelpe et slikt barn og for å oppspore et flyktningebarns foreldre eller andre familiemedlemmer for å skaffe til veie de opplysninger som er nødvendige for at barnet kan gjenforenes med sin familie. Dersom det ikke er mulig å finne foreldre eller andre familiemedlemmer, skal barnet gis samme beskyttelse som ethvert annet barn som av en eller annen grunn permanent eller midlertidig er berøvet sitt familiemiljø, som fastsatt i denne konvensjon.» (uthevet her)

Artikkel 22 regulerer generelt situasjonen til barn på flukt. Ordlyden i bestemmelsen skiller ikke mellom rettighetene til barn som allerede har fått beskyttelse og barn som søker beskyttelse.⁶⁴ Den omfatter både barn som flykter med foreldrene og enslige mindreårige asylsøkere.

Bestemmelsens første ledd fastsetter at partene skal sørge for at flyktningbarn får behørig beskyttelse og humanitær hjelp ved utøvelsen av rettighetene anerkjent i konvensjonen. Bestemmelsen må sees i sammenheng med blant annet artikkel 24 om helse, artikkel 20 om alternativ omsorg og artikkel 28 om utdanning. Den må også tolkes i lys av barnekonvensjonens diskrimineringsforbud i artikkel 2, som er omtalt ovenfor.

Bestemmelsens annet ledd fremhever internasjonalt samarbeid som et virkemiddel for å nå målene etter nr. 1 og for å «oppspore et flyktningebarns foreldre eller andre familiemedlemmer for å skaffe til veie de opplysninger som er nødvendige for at barnet kan gjenforenes med sin familie.» Bestemmelsens siste punktum gjelder enslige mindreårige asylsøkere, som enten har fått innvilget søknaden eller som har en søknad under behandling. Siste punktum fastslår at dersom det ikke er mulig å finne foreldre eller andre familiemedlemmer «skal barnet gis samme beskyttelse som ethvert annet barn som av en eller annen grunn permanent eller midlertidig er berøvet sitt familiemiljø [...]». I konvensjonens originalversjon er ordlyden at «the child shall be accorded the same protection as any other child permanently or temporarily deprived of his or her family environment for any reason [...]»

Bestemmelsen må leses i lys av en av grunntankene bak barnekonvensjonen, som er at det generelt er til barnets beste å være sammen med sine foreldre.⁶⁵ Statenes plikt til å forsøke å oppspore familien til enslige barn er derfor grunnleggende. Dette er også fremhevet av Barnekomiteen.⁶⁶ I tilfeller hvor det ikke er mulig å finne foreldrene eller andre familiemedlemmer, skal barnet gis samme beskyttelse som ethvert annet barn som av en eller annen grunn er uten omsorgspersoner. Nasjonal institusjon legger til grunn at siste

⁶⁷ Wien-konvensjonen artikkel 31 nr. 1

⁶⁸ Ibid artikkel 32.

⁶⁹ UNHCR (2007), Volume II, side 555 flg.

⁷⁰ Forhandlingene om artikkel 22 nr. 2 synes i stor grad å dreie seg om definisjonen av flyktningbarn, og om UNHCR skulle nevnes særskilt i konvensjonsteksten og om det skulle oppstilles en plikt for statene til å samarbeide med NGO'er eller ikke.

⁷¹ Generell kommentar nr. 6.

⁷² Se blant annet Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 43-44, Rt. 2015 s. 1386 avsnitt 151 flg. og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 64.

punktum i bestemmelsen også kommer til anvendelse dersom myndighetene ikke har gjort forsøk på å oppspore foreldre. En motsatt tolkning, basert på at *manglende forsøk* på gjenforening får som følge at likebehandlingsregelen ikke kommer til anvendelse, ville være i strid med formålet med konvensjonen.

2.3.2 KRAVET OM «SAMME BESKYTTELSE»

Konvensjonen oppstiller altså en forpliktelse til å gi flyktningbarn som er uten omsorgspersoner «samme beskyttelse» som ethvert annet barn som er uten omsorg. Spørsmålet er om det i uttrykket «samme beskyttelse» ligger et krav om at staten må gi enslige mindreårige asylsøkere et *identisk tilbud* som øvrige barnevernsbarn?

Utgangspunktet etter Wien-konvensjonen er at en traktat skal tolkes i samsvar med den vanlige betydningen av bestemmelsenes ordlyd sett i lys av konteksten. Ordlyden må også tolkes i lys av konvensjonens gjenstand og formål.⁶⁷ Andre tolkningsfaktorer, herunder traktatens forarbeider og omstendigheter ved inngåelsen av traktaten, vil også kunne være relevante, men bare som utfyllende tolkningsfaktorer dersom konvensjonsbestemmelsenes betydning fremdeles er uklar eller tvetydig etter en fortolkning basert på konvensjonens ordlyd, eller dersom en fortolkning basert på konvensjonens ordlyd fører til et åpenbart urimelig resultat.⁶⁸

En naturlig språklig forståelse av uttrykket «samme beskyttelse», lest i lys av den kontekst uttrykket fremkommer, tilsier at flyktningbarn skal gis det *samme tilbudet* som øvrige barn som befinner seg i staten, og som av en eller annen grunn er uten familiens omsorg. Bestemmelsen oppstiller etter sin ordlyd et særskilt diskrimineringsvern for enslige flyktningbarns rett til alternativ omsorg. Annet ledd oppstiller etter sin ordlyd et sterkere vern enn første ledd, hvor det ikke er noen henvisning til at flyktningbarn skal gis *samme* beskyttelse og humanitær hjelp som andre barn ved utøvelsen av rettigheter anerkjent i konvensjonen.

Med en såpass klar ordlyd skulle det etter prinsippene for traktattolkning ikke være behov for ytterligere tolkningsmomenter. For å understøtte fortolkningen, vil vi likevel gjennomgå ytterligere kilder i det følgende.

Bestemmelsens tilblivelse gir ikke holdepunkter for andre tolkninger enn det som følger av en rent språklig forståelse av konvensjonsteksten.⁶⁹ Det var bred konsensus blant statene om at det var behov for en særskilt bestemmelse om flyktningbarns rettigheter. Siste punktum i artikkel 22 nr. 2 ble introdusert i forhandlingene i et forslag fra en arbeidsgruppe under «first reading». Forslaget hadde så og si identisk ordlyd som den som ble vedtatt. Det synes ikke som det var noen diskusjoner rundt denne ordlyden, som sto nærmest uendret gjennom «technical review» og «second reading».⁷⁰ Det var bred konsensus om ordlyden i siste punktum, og den synes ikke å være basert på et kompromiss mellom statene.

Bestemmelsen er omhandlet i en generell kommentar fra Barnekomiteen om behandlingen av enslige barn utenfor sitt opprinnelsesland.⁷¹ De generelle kommentarene er ikke rettslig bindende, men benyttes som kilde av Barnekomiteen selv. Også Høyesterett har lagt vekt på Barnekomiteens generelle kommentarer ved tolkning av barnekonvensjonen.⁷² Hvordan

Høyesterett veier komiteens uttalelser opp mot andre kilder avhenger av en konkret vurdering, blant annet av hvor klart uttalelsen må anses å gi uttrykk for overvåkningsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonen.⁷³ Særlig vurderer Høyesterett om uttalelsen må anses som en tolkningsuttalelse, eller mer som en tilrådning om optimal praksis på konvensjonens område.⁷⁴

I den ovennevnte generelle kommentaren punkt 39 og 40 uttaler Barnekomiteen følgende om barnekonvensjonen artikkel 20 og 22:

«39. Unaccompanied or separated children are children temporarily or permanently deprived of their family environment and, as such, are beneficiaries of States' obligations under article 20 of the Convention and shall be entitled to special protection and assistance provided by the relevant State.

40. Mechanisms established under national law in order to ensure alternative care for such children in accordance with article 22 of the Convention, shall also cover unaccompanied or separated children outside their country of origin. A wide range of options for care and accommodation arrangements exists and are explicitly acknowledged in article 20 (3) as follows: «... inter alia, foster placement, kafalah of Islamic law, adoption or, if necessary, placement in suitable institutions for the care of children». When selecting from these options, the particular vulnerabilities of such a child, not only having lost connection with his or her family environment, but further finding him or herself outside of his or her country of origin, as well as the child's age and gender, should be taken into account. In particular, due regard ought to be taken of the desirability of continuity in a child's upbringing and to the ethnic, religious, cultural and linguistic background as assessed in the identification, registration and documentation process. Such care and accommodation arrangements should comply with the following parameters [...]. (uthevet her)

Det synes som at henvisningen til artikkel 22 i første setning i punkt 40 er en feilskrift for artikkel 20. En henvisning til artikkel 22 vil ikke gi en meningsfull sammenheng mellom punkt 39 og 40, og gir heller ikke mening ettersom det er artikkel 20 som oppstiller mekanismer for alternativ omsorg.⁷⁵ Som nevnt tidligere, er enslige mindreårige asylsøkere også omfattet av artikkel 20, men deres rett til alternativ omsorg er også særskilt regulert i artikkel 22 nr. 2.⁷⁶

Lest med denne presiseringen, viser den generelle kommentaren sammenhengen mellom den alternative omsorg staten i medhold av barnekonvensjonen artikkel 20 generelt plikter å gi barn på sitt territorium som av en eller annen grunn er fratrukket sitt familiemiljø, og den alternative omsorg staten plikter å gi enslige flyktningbarn spesielt. Det fremgår av kommentaren at enslige flyktningbarn er barn som midlertidig eller permanent er fratrukket sitt familiemiljø, og at de som sådan "are beneficiaries of" statenes forpliktelser etter artikkel 20, og har krav på "special protection and assistance provided by the relevant state." Videre fremgår det at de mekanismer som er oppstilt i nasjonal rett etter artikkel 20 for barn uten omsorgspersoner, også skal gjelde for enslige mindreårige asylsøkere. Kommentaren forutsetter med andre ord at flyktningbarn skal falle inn under de ordninger som er etablert nasjonalt for å gi omsorg til barn som er fratrukket sitt familiemiljø av ulike grunner.

⁷³ Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 151 ff.g.

⁷⁴ Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44.

⁷⁵ Også Sandberg (2016) stiller på side 323 spørsmål ved om dette er feilskrift for artikkel 20. En slik forståelse kan også utledes av bestemmelsens forhandlingshistorikk. Cantwell and Holzscheiter (2008) side 39-40 viser også sammenhengen mellom de to bestemmelsene, og at enslige mindreårige asylsøkere også har krav på alternativ omsorg i medhold av artikkel 20. Det samme kan også utledes av Detrick (1999) side 371.

⁷⁶ Cantwell and Holzscheiter (2008), side 40.

⁷⁷ Ulfstein (2016) s. 396.

⁷⁸ Ibid s. 396 med videre henvisninger.

⁷⁹ Rt. 2009 s. 1261 punkt 63 fig.

⁸⁰ Concluding observations 2005 punkt 41.

⁸¹ Ibid punkt 42.

Hvilken vekt kan man så tillegge denne generelle kommentaren? Slik Nasjonal institusjon ser det, kan ikke den generelle kommentaren *i sin helhet* kategoriseres som en tolkningsuttalelse eller som en tilråding om «best practise». Deler av kommentaren bærer klart preg av veiledning til statene. På den andre siden bærer de delene av kommentaren som er relevante for plikten til å gi alternativ omsorg til enslige mindreårige asylsøkere – punkt 39 og den innledende delen av punkt 40 – slik vi ser det, mer preg av en tolkningsuttalelse om hvilke forpliktelser artikkel 22 nr. 2 pålegger statene. Denne delen av kommentaren har en klar ordlyd som gir anvisning på plikter, blant annet ved at komiteen bruker ordet “shall” i motsetning til andre deler av kommentaren hvor ordet “should” brukes. Komiteens uttalelser er på disse to punktene også godt forankret i konvensjonsteksten, som statene har akseptert ved ratifikasjon av konvensjonen. Den generelle kommentaren fra Barnekomiteen støtter opp under konvensjonstekstens klare ordlyd, og kan derfor tillegges vekt som et supplerende tolkningsmoment.

Kommentaren trekker i samme retning som bestemmelsens ordlyd, nemlig at staten er forpliktet til å gi enslige mindreårige asylsøkere *samme alternative omsorg* som øvrige barnevernsbarn.

Barnekomiteen vedtar også *Concluding observations* på bakgrunn at statenes egne rapporter om hvordan de har gjennomført barnekonvensjonens forpliktelser nasjonalt. *Concluding observations* vedtas ved konsensus etter en kritisk gjennomgang av hvordan statene har gjennomført sine forpliktelser.⁷⁷ Anbefalingene kan gi uttrykk for komiteens tanker om ønskelig praksis på det aktuelle området, uten at komiteen konstaterer at det foreligger et brudd på forpliktelsene. Dette kan begrense anbefalingenes rettskildemessige verdi.⁷⁸ Samtidig finnes det eksempler på at Høyesterett har sett hen til Barnekomiteens anbefalinger i *Concluding observations* ved tolkningen av hvordan en bestemmelse etter barnekonvensjonen er å forstå.⁷⁹

I 2005 uttrykte Barnekomiteen bekymring for omsorgssituasjonen til enslige mindreårige asylsøkere i Norge slik:⁸⁰

«The Committee expresses concern about the large number of unaccompanied asylum seeking children (33 in 2003) who disappear from reception centres in the State party. It is particularly concerned that these children are vulnerable to abuse and exploitation. The Committee is also concerned about the insufficient supervision of and care provided to unaccompanied asylum-seeking children as well as the insufficient psychological and psychiatric services provided to children living in reception centres. Furthermore, the Committee is concerned that the processing of asylum claims is too slow.» (uthevet her)

Komiteen avga videre følgende anbefaling til Norge:⁸¹

«The Committee urges the State party to strengthen measures to ensure that adequate support and supervision are provided to children living in reception centres, as well as adequate psychological and psychiatric care for traumatized asylum-seeking children. The Committee recommends that the State party improve the situation in reception centres for unaccompanied children seeking asylum, in terms of resources and adequately trained

and competent staff, so that the assistance and care for these children reaches the same level as that provided in other institutions under the child welfare system. The State party should also take further measures to ensure more expeditious processing of asylum claims.» (uthevet her)

Anbefalingen fra Barnekomiteen ble fulgt opp av norske myndigheter ved at ansvaret for enslige mindreårige asylsøkere under 15 år ble overført til barnevernet, og ble lovregulert ved et nytt kapittel 5A i barnevernloven.⁸² Ett av formålene med overføringen til barnevernet, var nettopp å sikre at enslige mindreårige asylsøkere fikk *“et likeverdig omsorgstilbud ved et omsorgssenter som det andre barn som ivaretas av barnevernet får etter dagens bestemmelser i barnevernloven.”*⁸³

I sine avsluttende merknader i 2010 til Norges rapportering på barnekonvensjonen uttalte Barnekomiteen at komiteen er *«concerned that that the State party has limited the responsibility of the Child Welfare Services to children under the age of 15 leaving older children with reduced assistance»*.⁸⁴ Barnekomiteen ga videre blant annet anbefalinger om at Norge⁸⁵

*“(e) Expand, as planned, the responsibility of the Child Welfare Services to children aged 15, 16 and 17;
(f) Carefully follow up on these children during their stay in Norway;
(k) Take into account the Committee’s general comment No. 6 (2005) on the treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin.”*

Anbefalingene fra Barnekomiteen fra 2005 uttrykker tydelig at Norge må gjøre noe med omsorgssituasjonen til enslige mindreårige asylsøkere, både hva gjelder kompetanse hos de ansatte og ressurser. Komiteen fremhever likebehandlingsprinsippet, ved at den gir uttrykk for at den hjelp og omsorg disse barna får må ha *det samme nivået* som i øvrige institusjoner under barnevernet.⁸⁶ Barnekomiteen synes her å gi uttrykk for at flyktningbarn må gis et *likeverdig tilbud* som øvrige barnevernsbarn. Dette ble også fulgt opp av norske myndigheter ved opprettelsen av omsorgssentrene i barnevernloven. Komiteens anbefaling fra 2010 gir uttrykk for det samme hva gjelder enslige mindreårige asylsøkere mellom 15 og 18 år, og anbefaler at Norge utvider ordningen med omsorgssentrene til også å omfatte enslige mindreårige asylsøkere mellom 15 og 18 år.

Som vist til over, kan det stilles spørsmål ved hvilken vekt slike anbefalinger kan tillegges. Dette vil bero på om anbefalingen gir uttrykk for en ønskelig praksis på et område, eller en tolkning av bindende forpliktelser etter konvensjonen.⁸⁷ I dette tilfellet er komiteens anbefalinger direkte knyttet opp mot en klar ordlyd i konvensjonen, som også understøttes av Barnekomiteens uttalelser i General Comment No. 6 (2005) punkt 39 og 40. Dette gir etter Nasjonal institusjons syn komiteens anbefaling vekt som et supplerende tolkningsmoment.

Barnekomiteen fremhever i anbefalingen at omsorgssituasjonen til enslige mindreårige over 15 år må nå *samme nivå* som ved øvrige institusjoner under barnevernets ansvar. Dette momentet trekker slik vi ser det i retning av at enslige mindreårige asylsøkere

⁸² Ot.prp. nr. 28 (2007-2008).

⁸³ Ibid s. 7.

⁸⁴ Concluding observations 2010 punkt 51.

⁸⁵ Ibid punkt 52.

⁸⁶ «reaches the same level as that provided in other institutions under the child welfare system»

⁸⁷ Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 63 fig. Se også Ulfstein (2016) s. 396.

⁸⁸ Generell kommentar nr. 6 avsnitt 18.

⁸⁹ Detrick (1999), side 371.

⁹⁰ Lovavdelingen (2010).

⁹¹ Biao v. Danmark avsnitt 90.

⁹² Høstmølingen (2013) s. 99.

skal gis et *likeverdige tilbud som øvrige barnevernsbarn og enslige mindreårige asylsøkere under 15 år*, tilpasset for eksempel barnets alder og kjønn, jf. Barnekomiteens generelle kommentar som referert over.⁸⁸ Også i juridisk teori legges det til grunn at artikkel 22 nr. 2 gir uttrykk for et særskilt likebehandlingsprinsipp. Detrick uttaler følgende:⁸⁹

“Besides providing for an obligation of co-operation, Article 22 (2) expressly accords to an asylum-seeking or refugee child whose parents or other family members cannot be found the right to the same protection as any other child permanently or temporarily deprived of his or her family environment for any reason, as set forth in Article 20 of the CRC [...]” (uthevet her)

Også juridisk teori taler derfor for at enslige mindreårige asylsøkere over 15 år må gis et *likeverdige tilbud* som øvrige barnevernsbarn.

2.3.3 OPPSUMMERING OG KONKLUSJON

Slik Nasjonal institusjon ser det, er det samlede rettskildebildet hva gjelder statens forpliktelse til å gi alternativ omsorg til enslige mindreårige asylsøkere entydig. Barnekonvensjonens ordlyd gir tydelig uttrykk for et likebehandlingsprinsipp hva gjelder alternativ omsorg for enslige mindreårige asylsøkere. Ordlyden understøttes av uttalelser fra Barnekomiteen i General Comment No. 6 (2005) og i sine Concluding Observations til Norges statsrapporter i 2005 og 2010. Det må derfor legges til grunn at barnekonvensjonen artikkel 22 nr. 2 forplikter statene til å gi enslige mindreårige asylsøkere et *likeverdige alternativt omsorgstilbud* som øvrige barnevernsbarn.

En slik tolkning støttes også av at Lovavdelingen i Justis- og beredskapsdepartementet, i relasjon til retten til grunnskole- og videregående opplæring, har tolket barnekonvensjonen slik at barn uten lovlig opphold og barn med uklar oppholdsstatus har rett til grunnskoleopplæring.⁹⁰ Videregående opplæring ble også ansett som en så grunnleggende velferdsytelse at den tilkommer alle barn. Lovavdelingen la imidlertid til grunn at barnekonvensjonen neppe krever at opplæringen skulle ha nøyaktig det samme innhold og omfang for barn uten lovlig opphold eller uavklart oppholdsstatus som for øvrige barn.

Det forhold at Norge har gitt øvrige barnevernsbarn en god beskyttelse, som eventuelt også går utover de standarder som kan utledes av ulike internasjonale retningslinjer, endrer ikke på dette. Statene plikter etter artikkel 20 nr. 2 å gi barn uten omsorg fra familien et alternativt omsorgstilbud i samsvar med sin nasjonale lovgivning, og pålegges samtidig i artikkel 22 nr. 2 siste punktum å gi enslige mindreårige asylsøkere et *likeverdige alternativt omsorgstilbud* som øvrige barnevernsbarn.

EMD har i sin praksis også gitt uttrykk for et tilsvarende syn. Det vises til at EMD i storkammer har uttalt at det også kan være diskriminerende forskjellsbehandling i tilfeller hvor *«a person or group is treated, without proper justification, less favourably than another, even though the more favourable treatment is not called for by the Convention...»*.⁹¹ EMDs tolkningspraksis er ikke avgjørende for tolkningen av barnekonvensjonen, men vil kunne utgjøre et tolkningsmoment.⁹² Når en stat har gitt rettigheter som går utover de minsterettigheter som kan utledes av konvensjonen, vil denne «ekstra-beskyttelsen»

også være gjenstand for vurdering etter EMK artikkel 14, og eventuell forskjellsbehandling må ha en «proper justification».

Det er i rettspraksis lagt til grunn at en ikke kan få selvstendig fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3. I motsetning til for eksempel EMK, oppstiller ikke barnekonvensjonen et tilsvarende krav om effektivt rettsmiddel.⁹³ Det er imidlertid ikke helt gitt hvordan dette spørsmålet vil stille seg i relasjon til andre bestemmelser i barnekonvensjonen enn artikkel 3. Uansett er det klart at artikkel 22 nr. 2 er en *rettsregel* som vil kunne inngå i et rettskrav, og fremmes for domstolene innenfor rammene av tvisteloven § 1-3. Søksmålsadgangen har imidlertid ikke betydning for det materielle innholdet i statens konvensjonsforpliktelser, som Nasjonal institusjon har som oppgave å påse at norske myndigheter etterlever.

Med dette som det rettslige utgangspunkt, vil vi se nærmere på gjeldende alternative omsorgsordning for enslige mindreårige asylsøkere før vi vurderer om den norske ordningen er i tråd med forpliktelsen etter barnekonvensjonen artikkel 22 nr. 2.

2.4 Kort om gjeldende omsorgsordning for enslige mindreårige asylsøkere

2.4.1 INNLEDNING

Enslige mindreårige asylsøkere som har fått innvilget søknaden sin eller har fått opphold på andre grunnlag, bosettes i en kommune. En uformell kartlegging fra 2009 viste at det store flertallet enslige mindreårige asylsøkere mellom 15 og 18 år ble plassert i døgnbemannet bofellesskap uten godkjenning som barnevernsinstitusjon.⁹⁴ Vi vil i denne rapporten ikke se nærmere på det omsorgstilbudet enslige mindreårige asylsøkere får *etter bosetting*.

I det følgende vil vi vurdere omsorgstilbudet til enslige mindreårige asylsøkere i perioden frem til de enten bosettes i en norsk kommune eller returneres til sitt hjemland. Som vist til tidligere, vil tilbudet disse barna får, avhenge av om de er over eller under 15 år.

2.4.2 OMSORGSSENTRE FOR ENSLIGE MINDREÅRIGE ASYLSØKERE UNDER 15 ÅR

Enslige mindreårige asylsøkere *under 15 år* får tilbud om opphold på omsorgssenter for enslige mindreårige asylsøkere (heretter benevnt som «omsorgssentre»)⁹⁵ Omsorgssentrene er lovregulert i barnevernloven kapittel 5A, som ble innført ved lovendring av 30. mai 2008 nr. 36.

Omsorgssentrene ble opprettet blant annet for å imøtekomme tidligere omtalte anbefaling fra Barnekomiteen fra 2005 om at omsorgstilbudet til enslige mindreårige asylsøkere burde styrkes. Ansvar for enslige mindreårige asylsøkere under 15 år ble derfor overført fra utlendingsmyndighetene til barnevernet. Formålet med endringen var å gi et bo- og omsorgstilbud til enslige mindreårige asylsøkere som ivaretok deres spesielle behov, og som var kvalitetsmessig like godt som det tilbudet som gis til andre barn barnevernet har omsorgsansvar for, i samsvar med anbefalingene fra komiteen.⁹⁶ Det ble fremhevet at flertallet av enslige mindreårige asylsøkere får innvilget asylsøknaden, og at det var et mål at enslige mindreårige asylsøkere skal bli aktive, kvalifiserte og selvstendige deltakere i samfunnet. Videre ble det vektlagt at en styrking av tilbudet i den første

⁹³ Rt. 2012 s. 2039 (Lengeværende barn II) avsnitt 88-102.

⁹⁴ NOU 2011: 10, side 254.

⁹⁵ Barnevernloven § 5A-1 siste ledd.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 28 (2007-2008) s. 6.

⁹⁷ Barnevernloven § 5A-2 annet ledd.

⁹⁸ Ibid § 5A-3 og § 5A-4.

⁹⁹ Ibid § 5A-5.

¹⁰⁰ Ibid § 5A-6.

¹⁰¹ Ibid § 5A-7 jf. §§5-7 til 5-10.

¹⁰² Kvalitetsforskriften § 3.

¹⁰³ Ibid § 5.

¹⁰⁴ Ibid § 9.

¹⁰⁵ Ibid § 14. Kompetanse til å gi dispensasjon etter forskriften er delegert til Barne- ungdoms og familiedirektoratet.

¹⁰⁶ Barne- og likestillingsdepartementet, høringsbrev av 13. november 2015 med forslag til endring i Forskrift av 10. juni 2008 nr. 580 om krav til kvalitet og internkontroll i barneverninstitusjoner (kvalitetsforskriften).

¹⁰⁷ Kvalitetsforskriften kap. 2.

¹⁰⁸ Barnevernloven § 5A-7, jf. § 5-7.

¹⁰⁹ Tilsynsforskriften § 2 og § 7.

¹¹⁰ Ibid § 8.

fasen barna bor i landet, vil kunne bidra til å forebygge psykososiale problemer og kriminalitet, samt bidra til en god og trygg livssituasjon og oppvekst i Norge, eller en best mulig retur til hjemlandet.

Det følger av barnevernloven at omsorgssentrene plikter å gi barna god omsorg og trygghet og bidra til at barna får den oppfølging og behandling de har behov for.⁹⁷ Omsorgssenteret skal vurdere barnets situasjon ved ankomst. Videre skal senteret i samarbeid med barnet utrede barnets situasjon og behov, og utarbeide et forslag til oppfølging av barnet mens det oppholder seg på omsorgssenteret.⁹⁸ Utredningen skal sendes Bufetat innen tre uker etter barnets ankomst. Bufetat skal innen seks uker etter barnets ankomst treffe vedtak om oppfølging av barnet mens det oppholder seg på omsorgssenteret. Omsorgssenteret plikter å følge barnets utvikling nøye, og skal varsle barneverntjenesten dersom barnet ikke kan ivaretas på tilfredsstillende måte ved omsorgssenteret.⁹⁹ Videre skal omsorgssenteret i samarbeid med barnet kartlegge barnets situasjon og behov med tanke på etterfølgende bosetting i en kommune.¹⁰⁰

Når det gjelder tilsyn, godkjenning, rettigheter under oppholdet og krav til kvalitet, gjelder de samme regler som for ordinære barnevernsinstitusjoner.¹⁰¹ Det stilles materielle krav til den fysiske utformingen av institusjonene hva gjelder tilstrekkelige fellesarealer, lokaler som er egnet til fritidsaktiviteter, egnede utearealer, tilstrekkelig leke- og fritidsmateriell og tilfredsstillende vedlikehold og hygienisk standard.¹⁰² Videre er det krav til at institusjonen skal ha en stillingsplan som sikrer en faglig forsvarlig drift, og tilsatt personell som har tilstrekkelig bredde og nivå i kompetansen. Leder eller stedfortreder skal ha minst treårig høyskoleutdanning i sosialfag eller annen relevant utdanning på tilsvarende nivå.¹⁰³ Videre skal barna sikres deltakelse og innflytelse i saker som gjelder institusjonens daglige gjøremål og rutiner.¹⁰⁴

Det er ikke oppstilt krav i lov eller forskrift til bemanning utover at bemanningen må være «forsvarlig». I høringsbrev med forslag til ny lov om omsorgssentre for enslige mindreårige asylsøkere, fremgår det at Bufetat praktiserer at ca. 50 % av de ansatte skal ha sosialfaglig/barnevernfaglig utdanning. Det fremgår videre at det i dag normalt er en voksen på jobb i omsorgssentrene pr. tre barn, men færre om natten. Dette tilsvarer et gjennomsnitt på to årsverk per barn. Dette er i praksis halvparten av bemanningen på en ordinær barnevernsinstitusjon, som synes å ligge på mellom 4-5 årsverk pr. barn.

Ved endring av 7. desember 2015 ble Bufetat gitt mulighet til å søke departementet om dispensasjon fra kravene i kvalitetsforskriften i ekstraordinære situasjoner.¹⁰⁵ I høringsnotatet ble en rask og betydelig økning i antall enslige mindreårige asylsøkere som kommer til Norge nevnt som eksempel på en ekstraordinær situasjon.¹⁰⁶ Hensynet til fleksibilitet som følge av store ankomster er derfor i utgangspunktet ivaretatt i regelverket.

Det er videre forskriftsfestede regler om internkontroll for å sikre at institusjonene utfører sine oppgaver i samsvar med regelverket.¹⁰⁷ Som for øvrige barneverninstitusjoner, fører Fylkesmannen tilsyn med omsorgssentrene.¹⁰⁸ Formålet med tilsynet er å påse at lover og regler blir fulgt, og at barna får forsvarlig omsorg og behandling i institusjonen.¹⁰⁹ Tilsynet skal skje minimum to ganger hvert år, eller så ofte som forholdene ved institusjonen tilsier det.¹¹⁰

Barn som oppholder seg på omsorgssenter har videre de samme rettigheter som øvrige barnevernsbarn etter barnevernlovens regler.¹¹¹ Forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjoner gjelder tilsvarende for omsorgssentrene.¹¹² Forskriften gir blant annet hjemmel for kroppsvisitasjon og ransaking av rom.

2.4.3 MOTTAK FOR ENSLIGE MINDREÅRIGE ASYLSØKERE MELLOM 15 OG 18 ÅR

Enslige mindreårige asylsøkere mellom 15 og 18 år får et bo- og omsorgstilbud på mottak for enslige mindreårige asylsøkere. Det er Utlendingsdirektoratet (UDI) som har det faglige, administrative og økonomiske ansvaret for disse mottakene.

Det nærmere ansvaret for disse mottakene er – i motsetning til omsorgssentrene – ikke lov- eller forskriftsregulert. UDI har imidlertid utarbeidet rundskriv, blant annet om reglement for drift av statlige mottak.¹¹³ Mottakene skal drives i henhold til kontraktsvilkår og styringsdokumenter, og driftsoperatør har det utøvende ansvar for mottaksdriften. Driftsoperatør skal videre ansette det antall personer som er nødvendig, og sørge for at personalet er kvalifisert til å løse de oppgavene mottaket skal ivareta.

UDI har også utarbeidet et rundskriv om krav til omsorgsarbeid for enslige mindreårige asylsøkere i mottak.¹¹⁴ Det fremgår at mottakene skal gi beboerne nødvendig omsorg, og at barnekonvensjonen skal ligge til grunn for innretningen av bo- og omsorgstilbudet til enslige mindreårige asylsøkere. UDI har ansvar for at enslige mindreårige får et forsvarlig omsorgstilbud i mottak. Det daglige omsorgsansvaret er delegert til mottakene, som plikter å utarbeide en lokal plan for omsorgsarbeidet. Hvert barn skal ha en fast særkontakt i personalgruppen i mottaket, og det stilles generelle krav til omsorgs-, miljø- og psykososialt arbeid. Det enkelte barn skal kartlegges og det skal utarbeides en individuell tiltaksplan.¹¹⁵ Mottakene skal videre legge til rette for at barna får si sin mening og bli hørt.¹¹⁶ Mottakene plikter å sende bekymringsmelding til barnevernet om de vurderer at en enslig mindreårig har omsorgsbehov som går utover det mottaket kan gi.¹¹⁷

Det er ikke utarbeidet normer for hva som er tilstrekkelig bemanning, kompetanse, boligstandard eller ressurser til miljøarbeid i mottakene.¹¹⁸ Det stilles krav om at mottakene skal ha en plan for bemanning og arbeidstid som sikrer at ledelse, organisatorisk og administrative oppgaver og beboerrettet arbeid blir ivaretatt på en god måte. Mottakene for enslige mindreårige asylsøkere er bemannet med ca. 0,3 til 0,4 årsverk pr. plass. Det skal være minimum to ansatte tilstede 24 timer i døgnet. Vanligvis er det flere på dagtid. Alle mottak skal ha en fagansvarlig med relevant barnefaglig utdanning på høyskolenivå.¹¹⁹

Mottak for enslige mindreårige asylsøkere har ikke hjemmel for bruk av tvang, som for eksempel kroppsvisitasjon og ransaking av rom.¹²⁰

UDI skal selv føre kontroll med at mottaksapparatet drives i henhold til styringsdokumentene. UDI skal videre utføre ett tilsyn i året rettet mot mottakets omsorgsarbeid for enslige mindreårige asylsøkere.¹²¹ Tilsynet skal omfatte møte med representanter for beboerne i tillegg til møte med mottaksledelsen og driftsoperatøren.¹²²

¹¹¹ Barnevernloven § 5A-7 jf. § 5-9.

¹¹² Rettighetsforskriften.

¹¹³ RS 2011-003.

¹¹⁴ RS 2011-034.

¹¹⁵ RS 2012-018.

¹¹⁶ RS 2011-034 punkt 2.4.

¹¹⁷ RS 2011-034 punkt 3.7.

¹¹⁸ Barne- og likestillingsdepartementet, forslag til ny lov om omsorgssentre for enslige mindreårige asylsøkere, s. 9.

¹¹⁹ Ibid s. 9-10.

¹²⁰ Namdal (2015) punkt 7.7.

¹²¹ RS 2011-034 punkt 4. Slike tilsyn kalles kontraktsoppfølging/kontroll.

¹²² IM 2013-009 punkt 11.

¹²³ Generell kommentar nr. 6 punkt 39.

¹²⁴ Berg og Tronstad (2015) s. 116.

¹²⁵ Ibid s. 137-138.

2.5 Er omsorgstilbudet til enslige mindreårige asylsøkere over 15 år i samsvar med barnekonvensjonen?

2.5.1 INNLEDNING

Som det fremgår over, gjelder de samme regler hva gjelder tilsyn, godkjenning, rettigheter under oppholdet og krav til kvalitet, for omsorgssentrene som for ordinære barnevernsinstitusjoner. I praksis er imidlertid bemanningstettheten vesentlig lavere i omsorgssentrene enn i barnevernsinstitusjoner. I denne rapporten vil vi ikke se nærmere på om denne forskjellen mellom omsorgssentrene og barnevernsinstitusjoner utgjør usaklig forskjellsbehandling i strid med barnekonvensjonen. Det bemerkes imidlertid i lys av vår konklusjon ovenfor, at en slik forskjell i voksentetthet i utgangspunktet må være saklig begrunnet, for eksempel i ulike omsorgsbehov, for å være i samsvar med barnekonvensjonen.

Forskjellene på ordinære barnevernsinstitusjoner/omsorgssentre og mottak for enslige mindreårige asylsøkere er imidlertid markante. Vi vil i det følgende se nærmere på om den forskjellen som foreligger, utgjør usaklig forskjellsbehandling i strid med barnekonvensjonen. Ved vurderingen av om det foreligger konvensjonsstridig forskjellsbehandling, vil man først måtte ta stilling til om det foreligger ulik behandling av like eller sammenliknbare forhold, om det foreligger et diskrimineringsgrunnlag og avslutningsvis om forskjellsbehandlingen er saklig begrunnet og rimelig.

2.5.2 FORELIGGER DET FORSKJELLSBEHANDLING OG ET DISKRIMINERINGSGRUNNLAG?

Barn bosatt i Norge som av ulike grunner er under barnevernets omsorg og enslige mindreårige asylsøkere har det til felles at de er uten foreldrenes omsorg. Barnekomiteen uttaler at enslige mindreårige asylsøkere er barn som av ulike grunner er fratrukket sitt familiemiljø, og at de i kraft av dette har krav på beskyttelse og omsorg fra staten, slik som øvrige barn som av ulike grunner er fratrukket sitt familiemiljø.¹²³ Det kan være ulike grunner til at barnevernsbarn er under barnevernets omsorg. Det er også ulike grunner til at enslige mindreårige asylsøkere er i Norge uten omsorgspersoner.¹²⁴ Staten plikter etter barnekonvensjonen å gi begge grupper alternativ omsorg. Nasjonal institusjon mener disse barnegruppene er i sammenliknbare situasjoner.

Som vist til over, er det store forskjeller på den alternative omsorgen enslige mindreårige asylsøkere i mottak får, og den alternative omsorg øvrige barnevernsbarn og enslige mindreårige asylsøkere under 15 år får. Forskjellene består for det første i at det er en helt annen bemanningstetthet ved mottakene for enslige mindreårige asylsøkere enn ved både omsorgssentrene og ordinære barnevernsinstitusjoner. På mottakene er det 0,3 til 0,4 årsverk per plass, mens det i omsorgssentrene er rundt to årsverk per plass. I ordinære barnevernsinstitusjoner er det, ifølge Barne- og likestillingsdepartementet, rundt fire til fem årsverk per plass. Forskning viser også at den store forskjellen i tilgjengeligheten til de voksne på mottak og omsorgssentrene gjør at de enslige mindreårige asylsøkerne over 15 år i langt mindre grad får ivarett sine omsorgsbehov.¹²⁵

Nasjonal institusjon legger til grunn at myndighetenes vurdering av antallet årsverk per plass i ordinære barnevernsinstitusjoner bygger på en barnefaglig vurdering av hva som er *nødvendig* for å sikre god omsorg. Antallet årsverk per barn er selvsagt helt avgjørende

for hvilken omsorg barna mottar, og i hvilken grad institusjonene er rustet til å ivareta barnas behov. At forskjellene er så betydelige gir helt ulike muligheter for voksenoppfølging og omsorg.

Det er videre forskjeller i kravene til kompetanse hos de ansatte på henholdsvis omsorgssentre/barnevernsinstitusjoner og mottak for enslige mindreårige asylsøkere. Forskning viser at denne forskjellen i normene for kompetanse blant de ansatte har stor innvirkning på barnas levekår.¹²⁶

Også den rettslige reguleringen av omsorgstilbudene er svært ulik. Som nevnt over er omsorgssentrene og barnevernsinstitusjonene rettslig regulert i barnevernloven med tilhørende forskrifter, mens mottakene for enslige mindreårige asylsøkere er regulert i rundskriv fra UDI. Det fremgår for øvrig av UDIs høringsuttalelse til forslag til ny lov om omsorgssentre for enslige mindreårige asylsøkere at den manglende rettslige reguleringen av mottak for enslige mindreårige asylsøkere er utfordrende.

I barnevernsinstitusjonene og omsorgssentrene stilles det videre materielle krav til den fysiske utformingen av institusjonene, mens det ikke er utarbeidet noen norm for boligstandard på mottakene for enslige mindreårige asylsøkere, utover den som gjelder for andre sentraliserte mottak.¹²⁷ Nasjonal institusjon har ikke vært på besøk på mottak eller omsorgssentre. Forskning tyder imidlertid på at det også er forskjeller i boligstandard på omsorgssentre og mottak for enslige mindreårige asylsøkere. Omsorgssentrene er av forskerne beskrevet som vanlige norske hjem med hjemmekoselig kjøkken, stuer med tv, veranda og hage, bilder, lys og varme. Mottak for enslige mindreårige er beskrevet som å ha mer institusjonspreg, og har samme standard som sentraliserte mottak. Det mottaket forskerne besøkte hadde nedslitt bygningsmasse og nøkternt interiør. Det var videre gjort lite for å skape en hyggelig atmosfære, og det var kaldt.

Det er også forskjeller mellom omsorgssentre/barnevernsinstitusjoner og mottak for enslige mindreårige asylsøkere i de ansattes muligheter for bruk av tvang som kroppsvisitasjon og ransaking av rom. Barn på mottak for enslige mindreårige kan derfor smugle med seg for eksempel farlige gjenstander eller narkotika inn på mottaket, uten at personalet formelt har hjemmel for å bruke tvang. Manglende lovregulering av tvangsbruk kan gi de enslige mindreårige på mottak et svakere rettsvern, blant annet med fare for urettmessig tvangsbruk.¹²⁸ Videre kan det gjøre at nødvendige tiltak for å sikre barna ikke lovlig kan iverksettes.

Samlet sett gjør dette at enslige mindreårige asylsøkere over 15 år har et helt annet omsorgstilbud før de bosettes eller returneres enn det enslige mindreårige asylsøkere under 15 år og øvrige barnevernsbarn har. Forskning peker på at rammene for omsorgssentrene og asylmottak representerer «*svært ulike utgangspunkt for å få til dette og bidrar til store forskjeller i levekår og livskvalitet blant de yngre og eldre ungdommene.*»¹²⁹

Enslige mindreårige asylsøkere over 15 år behandles forskjellig fra andre barn uten omsorgspersoner på to måter. For det første, får de de ulike omsorg fra enslige mindreårige asylsøkere under 15 år grunnet sin alder. For det andre får de ulike omsorg enn øvrige barnevernsbarn i samme aldersgruppe grunnet sin oppholdsstatus.

¹²⁶ Ibid s. 135 med videre henvisning til Lindén m.fl. (2013).

¹²⁷ Ibid s. 148-149.

¹²⁸ Namdal (2015) punkt 7.7.

¹²⁹ Berg og Tronstad (2015) s. 150.

¹³⁰ Se for eksempel *Biao v. Danmark* avsnitt 93 hvor det uttales at: "no difference in treatment based exclusively or to a decisive extent on a person's ethnic origin is capable of being justified in a contemporary democratic society. Discrimination on account of, inter alia, a person's ethnic origin is a form of racial discrimination."

¹³¹ Heyerdahl (2016) side 38.

¹³² Ot.prp. nr. 28 (2007-2008) s. 6.

¹³³ Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet (2009): Politisk plattform for flertallsregjeringen 2009-2013.

¹³⁴ Barne- og likestillingsdepartementet, Høringsnotat forslag til ny lov om omsorgssentre for enslige mindreårige asylsøkere (omsorgssenterloven) s. 17-18.

¹³⁵ Lovavdelingen (2010) punkt 3.2.1.

Et tredje spørsmål, som vi ikke går nærmere inn på her, er om de også kan sies å bli forskjellsbehandlet grunnet sin etnisitet. EMD har i flere saker uttalt at direkte diskriminering på grunnlag av etnisitet som utgangspunkt aldri kan forsvares, og at indirekte diskriminering av samme årsak kun kan forsvares når det foreligger tungtveiende grunner som ikke kan knyttes til etnisitet.¹³⁰

2.5.3 ER FORSKJELLSBEHANDLINGEN SAKLIG BEGRUNNET OG RIMELIG?

Barnekonvensjonen artikkel 22 oppstiller som nevnt en plikt for statene til å gi enslige mindreårige asylsøkere et *likeverdige tilbud* som øvrige barnevernsbarn. Konvensjonen kan likevel åpne for en differensiering så lenge dette har sin bakgrunn i for eksempel ulike omsorgsbehov, og differensieringen ikke er urimelig. I det ligger det både at forskjellsbehandlingen må være et egnet middel for å oppnå formålet, og det må være forholdsmessighet mellom målet med tiltaket og det middelet som er brukt.¹³¹ Begrunnelsen for hvorfor omsorgssituasjonen er ulik, og hvorfor det omsorgstilbudet som omsorgssentrene tilbyr ikke er utvidet til enslige mindreårige over 15 år, blir derfor viktig.

Ved opprettelsen av omsorgssentrene ble det uttalt at regjeringen tok sikte på å utvide tilbudet til de enslige mindreårige over 15 år i løpet av 2009.¹³² I den politiske plattformen for Stoltenberg II-regjeringens andre regjeringssperiode (2009–2013), fremgikk det at overføring av omsorgsansvaret for enslige mindreårige asylsøkere mellom 15 og 18 år til Bufetat fortsatt er et langsiktig mål, men at «ressurssituasjonen i barnevernet tilsier at dette ikke blir mulig i kommende fireårsperiode.»¹³³ I nåværende regjeringss høringsnotat om forslag til ny lov om omsorgssentre for enslige mindreårige asylsøkere, foreslås det å videreføre hjemmelen til å utvide ordningen til enslige mindreårige mellom 15 og 18 år. Det fremgår samtidig at det ikke foreligger planer om å utvide ordningen til denne gruppen, uten at det gis noen nærmere begrunnelse for dette.¹³⁴ Tvert imot ble det foreslått en ny modell for omsorgssentrene, løst fra kravene til forsvarlighet og kvalitet i barnevernet, som vil medføre vesentlig dårligere omsorg også for de enslige mindreårige asylsøkerne under 15 år enn det de har i dag (se nærmere om dette i punkt 3). I fravær av andre holdepunkter, må det legges til grunn at det er ressurs- og økonomiske hensyn som begrunner at ordningen med omsorgssentrene ikke er utvidet til de over 15 år, og at det nå også foreslås å kutte ned på omsorgstilbudet til de under 15 år.

Økonomiske hensyn kan etter omstendighetene være et legitimt samfunnsmessig formål. Spørsmålet er likevel om dette formålet er forholdsmessig i relasjon til virkningen av forskjellsbehandlingen. Hensynet til barnets beste vil også være et grunnleggende hensyn ved denne vurderingen. Det skal i utgangspunktet mye til for at ulik behandling til barns ugunst vil være legitimt etter konvensjonen.¹³⁵ Retten til nødvendig omsorg er så grunnleggende at Nasjonal institusjon vanskelig kan se at rene økonomiske hensyn kan utgjøre en tilstrekkelig begrunnelse for slik forskjellsbehandling.

Dette kommer også til uttrykk i barnekonvensjonen. Barnekonvensjonen artikkel 4 gir statene en viss fleksibilitet når det gjelder økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Gjennomføringsforpliktelsen for slike rettigheter er annerledes enn for de tradisjonelle sivile og politiske rettighetene. Statene skal treffe tiltak for å gjennomføre de økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene «i størst mulig utstrekning innenfor de ressurser de har

til rådighet». Dette betyr at statene kan oppfylle disse forpliktelsene gradvis på bakgrunn av sine økonomiske forutsetninger, så lenge det påvises at staten gjør det som er mulig for å oppfylle sine forpliktelser.¹³⁶ Flere har imidlertid tatt til orde for at ettersom Norge er et svært velstående land, vil forpliktelsen til å realisere økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter for Norges del være ganske høy.¹³⁷ Det kan diskuteres om statens forpliktelse til å gi alternativ omsorg er en slik rettighet, eller om den faller innenfor de sivile og politiske rettighetene.¹³⁸ Som nevnt over, har retten til omsorg nær sammenheng med integritetsvernet, som faller innunder de sivile og politiske rettighetene.

Under enhver omstendighet inngår diskrimineringsforbudet i barnekonvensjonen artikkel 2 blant de sivile og politiske rettighetene, hvor statene må oppfylle sine forpliktelser umiddelbart.¹³⁹ Selv om det aksepteres at sosiale, økonomiske og kulturelle rettigheter oppfylles gradvis, må oppfyllelsen skje uten diskriminering.¹⁴⁰ Også Barnekomiteen har gitt uttrykk for at diskrimineringsvernet kommer til anvendelse uavhengig av budsjettmessige ressurser, blant annet i Concluding Observations til Frankrike og Bolivia.¹⁴¹

Samlet sett mener Nasjonal institusjon at økonomiske hensyn ikke alene kan begrunne den forskjellsbehandlingen som er beskrevet ovenfor.

Barnekonvensjonen tillater etter omstendighetene forskjellsbehandling ut fra ulike omsorgsbehov.¹⁴² Et sentralt spørsmål er derfor om det ulike omsorgstilbudet kan begrunnes med at enslige mindreårige asylsøkere over 15 år har et annet omsorgsbehov enn andre barnevernsbarn og enslige mindreårige asylsøkere under 15 år, som kan begrunne et mindreverdig omsorgstilbud.

Som øvrige barn og barnevernsbarn er enslige mindreårige asylsøkere først og fremst barn - og har behov for omsorg. Forskning viser at de er en spesielt sårbar gruppe barn og unge. De er utsatt for psykiske plager fordi de er adskilt fra nære omsorgspersoner, og de er spesielt utsatt for traumatiske erfaringer både før, under og etter flukten fra hjemlandet.¹⁴³

I forskningen er det vist til at enslige mindreårige asylsøkere ikke må innta eller tilskrives en offerrolle, men at det må «fokuseres på deres muligheter og at de er sterke blant annet gjennom at de har valgt eller blitt utvalgt til å flykte alene».¹⁴⁴ Dette ble blant annet fremhevet som argument for forslaget til ny lov om omsorgssentre for enslige mindreårige asylsøkere, hvor omsorgen også for barn under 15 år foreslås svekket. Disse uttalelsene gir, slik Nasjonal institusjon ser det, mer veiledning til hvordan omsorgspersoner og andre bør møte og ivareta de enslige mindreårige asylsøkerne, og sier lite om hvilke omsorgsbehov de faktisk har.

De fleste enslige mindreårige asylsøkere kommer fra Afghanistan, Eritrea, Somalia, Etiopia og Syria.¹⁴⁵ De har til felles at de mangler foreldrenes omsorg, veiledning og beskyttelse, og de kommer hovedsakelig fra samfunn med væpnede konflikter eller annen organisert vold. De har i varierende grad opplevd traumatiske forhold som tap, savn, sorg, forfølgelse, nød og overgrep. De befinner seg i et fremmed land med fremmed språk, kultur og tradisjoner. Samtidig er de en heterogen gruppe med store individuelle

¹³⁶ Heyerdahl (2016) s. 47.

¹³⁷ Sørensen (2016) s. 325 med videre henvisninger. Sørensen mener at denne «maksimumsstandard» innebærer at det i dag er vanskelig å tenke seg at ressursituasjonen skal kunne begrunne fravær av tiltak som er nødvendig for barns fysiske omsorg i Norge.

¹³⁸ Namdal (2015) punkt 8, legger til grunn at retten til omsorg faller innunder de økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene. I generell kommentar nr. 5 punkt 6 synes Barnekomiteen å legge til grunn at skillet mellom de sivile og politiske rettighetene og de økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene ikke er helt gitt.

¹³⁹ Barnekonvensjonen artikkel 4 første punkt. Generell kommentar nr. 5 punkt 6.

¹⁴⁰ Heyerdahl (2016) s. 47.

¹⁴¹ Namdal (2015) punkt 8, med videre henvisninger til CRC/C/15/Add. 20 avsnitt 19 og CRC/c/15/Add.1 avsnitt 14. Til Frankrike uttaler komiteen at retten til ikke-diskriminering «apply irrespective of budgetary resources». Til Bolivia uttaler komiteen at retten til ikke-diskriminering "and the other general principles of the Convention cannot be dependent upon budgetary resources.»

¹⁴² Generell kommentar nr. 6 punkt 18.

¹⁴³ Lindén m.fl. (2013) s. 45-46.

¹⁴⁴ Ibid s. 46.

¹⁴⁵ Berg og Tronstad (2015) s. 116

¹⁴⁶ Ibid s. 116.

¹⁴⁷ Ibid s. 118.

¹⁴⁸ Ibid s. 137.

¹⁴⁹ Ibid s. 137.

¹⁵⁰ Lindén m.fl. (2013) side 56.

¹⁵¹ Berg og Tronstad (2015) s. 136.

¹⁵² Ibid s. 137.

¹⁵³ Brev fra UDI til Justis- og beredskapsdepartementet av 15. november 2016: <https://www.udi.no/globalassets/global/press/brev/bosetting-av-enslig-mindrearige-med-begrenset-tillatelse-grunnet-manglende-id-dokumenter-15112016.pdf>

¹⁵⁴ Berg og Tronstad (2015), Lindén m.fl. (2013), NOU 2011:10.

¹⁵⁵ Berg og Tronstad (2015) s. 138.

¹⁵⁶ Dittmann og Jensen (2010).

¹⁵⁷ Jensen m.fl. (2014).

forskjeller når det gjelder bakgrunn og erfaring fra livet i eksil, motivasjon for flukt, fluktruter og hvor lenge de har vært på flukt. De kommer fra ulike land og kulturer, snakker forskjellig språk, og har ulik sosial bakgrunn og skolegang.¹⁴⁶

Forskning viser at de enslige mindreårige asylsøkerne uttrykker et sterkt behov for emosjonell støtte i form av varme og omsorg fra de voksne rundt seg. Videre uttrykker de behov for praktisk oppfølging og tilrettelegging for en så god hverdag som mulig i asylsøkerfasen.¹⁴⁷ Forskning tyder på at også de eldre ungdommene har store behov for omsorg og slik oppfølging.¹⁴⁸ Dette illustreres blant annet ved en spørreundersøkelse som viser at bare 50 % av ungdommene på mottak oppgir at de føler seg trygge der de bor. Til sammenlikning svarer 91 % av unge på omsorgssentrene at de føler seg trygge.¹⁴⁹ Forskning fremhever det grunnleggende behovet for nettopp trygghet både i den første mottaksperioden og senere i oppveksten.¹⁵⁰ Enslige mindreårige asylsøkeres omsorgsbehov krever tilgjengelighet, god bemanning og oppfølging som er kjennetegnet av både barnefaglig, psykologisk og flyktningfaglig kompetanse.¹⁵¹ Av forskningen fremgår videre at ansatte på mottak er bekymret for manglende bemanning og oppfølging av de mindreårige, og erfarer at disse ungdommene trenger mye oppfølging for å klare seg i den nye hverdagen.¹⁵² Også UDI uttaler i et brev til Justis- og beredskapsdepartementet at mottak ikke er et sted «for oppvekst», og at manglende oppfølging og lite voksenkontakt er uheldig for barnas utvikling og sårbarhet.¹⁵³

Flere studier anbefaler at bemanningsgrad og kompetanse i mottakene må heves for å gi tilstrekkelig omsorg.¹⁵⁴ I den siste levekårsundersøkelsen for barn i asylsøkerfasen uttales følgende:¹⁵⁵

«Det er ingen rettslig eller faktiske grunn til at ungdom mellom 15 og 18 år skal behandles annerledes eller får et mindre tilpasset tilbud enn det barn og unge under 15 år får (Stang, 2012)). Eide og Broch (2010) mener at aldersinndelingen av enslige mindreårige er konstruert og politisk, og påpeker at ungdommer over 15 år også har behov for omsorg og oppfølging fra ansatte, selv om de tilhører et annet departement og direktorat. Det har kommet sterke anbefalinger fra flere hold om at det utvikles en norm for bo- og omsorgstilbud på mottak der bemanningsgraden økes, da dagens tilbud ikke ivaretar behovet for stabilitet og kvalitet i omsorgen (NOU 2011:10; Lidén mfl., 2013; Staver&Lidén, 2014). Det har i tillegg blitt anbefalt at vilkår for mottaksdrift innskriveres i lovverket (Paulsen, Michelsen og Brochmann, 2015; Staver&Lidén, 2014). Møtene med de mindreårige og ansatte i denne undersøkelsen bidrar til at vi støtter dette, så lenge bo- og oppfølgingsansvaret for de eldre ungdommene fortsetter å være underlagt utlendingsmyndighetene.»

Barns psykiske helse kan også gi indikasjoner på behovet for omsorg og oppfølging. En litteraturgjennomgang av studier som kartlegger den psykiske helsen til enslige mindreårige asylsøkere, gir samlet sett grunnlag for å hevde at mindreårige flyktninger og asylsøkere er i en «risikogruppe for utvikling av psykiske lidelser som depresjon og posttraumatisk stressyndrom.»¹⁵⁶ Gjennomgangen viser også at det er usikkert om lavere alder er en beskyttelsesfaktor eller en risikofaktor i denne sammenheng. En studie utført av NKVTS i 2014 viser videre at 50 % av enslige mindreårige var over grensen for klinisk diagnose på to målingspunkter, henholdsvis seks måneder etter ankomst og 1,9 år senere.¹⁵⁷ I gjennomsnitt var det ingen endring i nivå av posttraumatisk stressyndrom,

depresjon, angst eller utagerende problemer fra rett etter ankomst til nesten to år senere. Det var stor variasjon mellom deltakerne i studien, noe NKVTS mener tyder på at det er behov for å overvåke utvikling av mentale helseproblemer og sikre at ungdommenes primære psykososiale behov møtes, og at mange har behov for behandling.

Den forskningen vi har gjennomgått, tyder derfor på at enslige mindreårige asylsøkere i mottak har store omsorgs- og oppfølgingsbehov i asylfasen. Den viser også at det ikke er barnefaglig grunnlag for å skille mellom de to ulike barnegruppene slik det gjøres i dag.

2.5.4 KONKLUSJON OG ANBEFALING

Barnekonvensjonen artikkel 22 forplikter staten til å gi alle enslige mindreårige asylsøkere et *likeverdig alternativt omsorgstilbud* som øvrige barnevernsbarn.

Barns behov for nødvendig omsorg er helt sentralt i det verdigrunnlaget barnekonvensjonen baserer seg på.¹⁵⁸ Det skal derfor sterke argumenter til for at forskjellsbehandling til barns ugunst er rettmessig etter konvensjonen.¹⁵⁹ Nasjonal institusjon mener det alternative omsorgstilbudet som gis enslige mindreårige asylsøkere på mottak, ikke er likeverdig med det alternative omsorgstilbudet som tilbys enslige mindreårige asylsøkere under 15 år. Det skiller seg også markant fra det tilbudet som gis øvrige barnevernsbarn. Det er vanskelig å se noen legitim grunnleggelse for dette, utover økonomiske hensyn. Retten til nødvendig omsorg er så grunnleggende at økonomiske hensyn vanskelig kan begrunne en slik forskjellsbehandling. Forskning tyder på at også enslige mindreårige over 15 år har store omsorgsbehov, slik at de store forskjellene vanskelig kan legitimeres ut fra mindre omsorgsbehov.

Nasjonal institusjon mener derfor at den forskjellsbehandling enslige mindreårige asylsøkere over 15 år er utsatt for når det gjelder omsorgstilbud, er i strid med barnekonvensjonens bestemmelser.

Det kan også stilles spørsmål ved om forskjellsbehandlingen er i strid med Grunnloven § 98 jf. § 104. Grunnlovens diskrimineringsvern er generelt. Som tidligere nevnt, må Grunnlovens bestemmelser om menneskerettigheter tolkes i lys av sine internasjonale forbilder.¹⁶⁰ Nasjonal institusjon antar at vurderingene av vernet mot usaklig forskjellsbehandling etter barnekonvensjonen og Grunnloven langt på vei vil være sammenfallende, uten at vi går nærmere inn i dette her.

Oppfyllelse av statens menneskerettslige forpliktelser kan innebære en økonomisk kostnad. Samtidig er det viktig å fremheve at også mangelfull omsorg for barn, hvorav en stor andel skal integreres i det norske samfunnet, vil kunne få mer langsiktige økonomiske konsekvenser. Dette er en problemstilling som i stadig større grad vil aktualisere seg som følge av økt bruk av tillatelser med begrensninger til enslige mindreårige asylsøkere. Mange barn med slike tillatelser må etter gjeldende praksis oppholde seg lenge på mottak.¹⁶¹ Den mangelfulle omsorgen rammer derfor stadig flere barn, og dette vil derfor også vanskeliggjøre integrering for stadig flere. Det avgjørende er ikke hvordan omsorgen formelt er organisert, men hvorvidt barna rent faktisk gis et *likeverdig omsorgstilbud* som er i overensstemmelse med våre folkerettslige forpliktelser.

¹⁵⁸ NOU 2011:10 side 247.

¹⁵⁹ Lovavdelingen (2010) punkt 3.2.1.

¹⁶⁰ Dokument 16 (2011-2012) s. 90 og Innst. 186 S (2013-2014) s. 20. Se også Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57 og 64.

¹⁶¹ Enslige mindreårige asylsøkere med tidsbegrenset tillatelse etter utlendingsforskriften § 8-8 bosettes ikke. Enslige mindreårige asylsøkere med begrenset tillatelse etter utlendingsforskriften § 8-12 kan bosettes etter at søknad om førstegangs fornyelse er innvilget.

Nasjonal institusjon ser at det på kort sikt kan være utfordrende å utvide ordningen med omsorgssentrene til enslige mindreårige asylsøkere over 15 år, ettersom barnevernet sannsynligvis ikke er rustet for dette kapasitetsmessig. Et alternativ til dette er å regulere vilkår for mottaksdrift i lov eller forskrift, og som et minstekrav pålegge en bemanningsgrad slik at mottakene kvalitativt og rettighetsmessig kan tilby et likeverdig tilbud som det barnevernet tilbyr.

Nasjonal institusjons anbefalinger

- ▶ Norske myndigheter må gi enslige mindreårige asylsøkere over 15 år et omsorgstilbud som både kvalitativt og rettighetsmessig er likeverdig det tilbudet som gis til enslige mindreårige asylsøkere under 15 år og øvrige barnevernsbarn.
-

«Det avgjørende er ikke hvordan omsorgen formelt er organisert, men hvorvidt barna rent faktisk gis et likeverdig omsorgstilbud som er i overensstemmelse med våre folkerettslige forpliktelser.»

3. Forslag til ny lov om omsorgssentre for enslige mindreårige asylsøkere

¹⁶² Høringsnotat fra Barne- og likestillingsdepartementet av 31. august 2016

¹⁶³ Ibid s. 4.

¹⁶⁴ Det er i høringsbrevet antatt at bemanningsreduksjon på sikt kan gi en besparelse på rundt 150 millioner kroner per år. I tillegg anslås det at flytting av barn som fyller 15 år fra omsorgssenter til mottak for enslige mindreårige asylsøkere vil kunne medføre en ytterligere kostnadsreduksjon på rundt 60 millioner kroner. Anslagene er usikre og avhenger av antall barn i omsorgssentrene.

¹⁶⁵ Kvalitetsforskriften § 14.

¹⁶⁶ Høringsnotatet s. 13.

Regjeringen sendte i slutten av august ut høringsnotat med forslag til ny lov om omsorgssentre for enslige mindreårige asylsøkere.¹⁶²

Lovforslaget innebærer en reversering av den positive endringen som ble gjort i 2008, foranlediget av Barnekomiteens anbefaling. Departementet foreslår en ny modell for bo- og omsorgstilbudet til enslige mindreårige asylsøkere under 15 år. Tilbudet foreslås flyttet ut av barnevernloven kapittel 5A og inn i en ny lov om omsorgssentre for enslige mindreårige asylsøkere (omsorgssenterloven). Det er imidlertid fortsatt Barne-, ungdoms- og familieetaten (Bufetat) som skal være ansvarlig for tilbudet.

Bakgrunnen for forslaget er at departementet mener det er behov for et nytt regelverk for bo- og omsorgstilbudet til enslige mindreårige asylsøkere under 15 år «*som er mer fleksibelt og tar høyde for varierende ankomsttall.*»¹⁶³ Forslaget innebærer at omsorgstilbudet til enslige mindreårige asylsøkere kan drives med betydelig lavere kostnader enn dagens ordning.¹⁶⁴ Som omtalt over i punkt 2.4.2, er det i gjeldende rett hjemmel for å få dispensasjon fra kvalitetsforskriften i ekstraordinære situasjoner, blant annet med tanke på situasjoner med rask og betydelig økning av enslige mindreårige asylsøkere.¹⁶⁵ Mye tyder derfor på at den anførte begrunnelsen om et mer fleksibelt system ikke er fullt dekkende for forslagens formål.

Det foreslås at barnevernlovens krav til forsvarlighet ikke lenger skal være gjeldende for omsorgssentrene. Det innføres en egen bestemmelse om at barna skal få forsvarlig omsorg i utkastet til ny lov. Hva som er forsvarlig skal vurderes ut fra tiltakets formål og målgruppe. Det uttales videre at det i forsvarlighetsvurderingen må tas hensyn til oppholdets varighet, og at enslige mindreårige asylsøkere kan ha behov for mindre oppfølging enn barn i barnevernet. Departementet viser til at det for de eldste aldersgruppene i omsorgssentrene, som utgjør den klart største gruppen, vil være naturlig å se hen til UDIs forsvarlighetsnorm for enslige mindreårige mellom 15 og 18 år.¹⁶⁶ Kravet til forsvarlighet skal videre vurderes i lys av den aktuelle situasjonen, noe som kan tilsi at det i en ekstraordinær situasjon kan anses forsvarlig å ha større avdelinger med lavere bemanning per barn.

Forslaget legger videre opp til at de nåværende kvalitetskrav som stilles til barnevernsinstitusjoner hva gjelder kompetanse, bemanning og materiell standard, ikke lenger skal gjelde for omsorgssentrene for enslige mindreårige asylsøkere. Det foreslås ikke spesifikke krav til bemanningstetthet i omsorgssentrene. Departementet legger imidlertid opp til at bemanningen kan reduseres. Det foreslås heller ikke å definere spesifikke kompetansekrav eller krav om at en viss andel av de ansatte skal ha en bestemt utdanning. Videre mener departementet at kravene til den fysiske utformingen og materielle standarden i omsorgssentrene, kan legges lavere enn etter dagens ordning. Det skal legges til grunn nøkterne men forsvarlige krav til materiell standard. Barna skal ikke tilbys enerom, og det foreslås ikke krav om at omsorgssenteret skal ha egne utearealer til lek og fritid.

¹⁶⁷ Nasjonal institusjons
høringsuttalelse finnes på
<http://nhri.no>

¹⁶⁸ Pr. 17. februar 2017.

Forslaget har vært gjenstand for kritikk fra en rekke høringsinstanser. Flere har uttalt at de ikke støtter forslaget. UDI var kritiske til at forslaget ikke omfattet enslige mindreårige asylsøkere over 15 år, ettersom deres omsorg og rettigheter ikke er lovfestet i dag.

Nasjonal institusjon viser til redegjørelsen over i punkt 2.3 om hvilke forpliktelser barnekonvensjonen artikkel 22 oppstiller hva gjelder alternativ omsorg for enslige mindreårige asylsøkere. Slik Nasjonal institusjon ser det, medfører forslaget en klar svekkelse av den omsorg og de rettigheter enslige mindreårige asylsøkere under 15 år har i dag. Forslaget medfører at det vil gjelde ulike kvalitetskrav for omsorgen til enslige mindreårige asylsøkere og øvrige barn som er under barnevernets omsorg. En slik forskjellsbehandling må ha et legitimt formål og være rimelig. Regjeringen har slik Nasjonal institusjon ser det ikke gitt tilstrekkelig begrunnelse for den forskjellsbehandling lovforslaget legger opp til. Vurderingen av lovforslaget opp mot barnekonvensjonen artikkel 22 nr. 2 og diskrimineringsvernet var mangelfull. Det var heller ikke vurdert hvordan hensynet til barnets beste var identifisert og veiet opp mot andre hensyn i lovforslaget.

Som nevnt tidligere, har Barnekomiteen både i 2005 og 2010 kommet med anbefalinger til norske myndigheter hvor de har uttrykt bekymring for omsorgen for enslige mindreårige asylsøkere. Anbefalingene fra 2005 ble imøtekommet ved at enslige mindreårige asylsøkere kvalitativt fikk samme rettigheter som øvrige barnevernsbarn i Norge. Anbefalingen fra 2010 om at ordningen også bør utvides til enslige mindreårige asylsøkere fra 15 og 18 år er ikke fulgt opp. Det fremgår av lovforslaget at det ikke synes å være planer om å utvide ordningen til denne gruppen. I stedet vurderes det altså å senke kravene til forsvarlighet for de eldste barnegruppene på omsorgssentrene til samme nivå som på mottak for enslige mindreårige asylsøkere. Forslaget synes derfor å gå i motsatt retning av de anbefalingene Barnekomiteen har gitt norske myndigheter, uten at det er gitt en nærmere begrunnelse for dette.

Nasjonal institusjon avga høringsuttalelse til lovforslaget.¹⁶⁷ I ettertid har vi hatt anledning til å gjennomgå det folkerettslige grunnlaget nøyere, og kan etter dette ikke støtte forslaget slik det er utformet i høringsbrevet.

Lovforslaget er fortsatt til behandling i Barne- og likestillingsdepartementet.¹⁶⁸ Skal forslaget følges opp videre, mener Nasjonal institusjon at det alternative omsorgstilbudet

som etableres for enslige mindreårige asylsøkere under 15 år, både hva gjelder kvalitet på omsorgen og rettigheter, må være likeverdig den alternative omsorgen som tilbys øvrige barnevernsbarn.

Nasjonal institusjons anbefalinger

- ▶ En eventuell ny lov om omsorgssentre for enslige mindreårige asylsøkere under 15 år må gi enslige mindreårige asylsøkere et likeverdig tilbud som øvrige barnevernsbarn.
-

«Lovforslaget innebærer en reversering av den positive endringen som ble gjort i 2008, foranlediget av Barnekomiteens anbefaling.»

4. Litteraturliste

Lover og forskrifter

Grunnloven: Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Barnevernloven: Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester

Menneskerettsloven: Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Tilsynforskriften: Forskrift av 11. desember 2003 nr. 1564 om tilsyn med barn i barneverninstitusjoner for omsorg og behandling

Kvalitetsforskriften: Forskrift av 10. juni 2008 nr. 580 om krav til kvalitet og internkontroll i barneverninstitusjoner

Rettighetsforskriften: Forskrift av 15. november 2011 nr. 1103 om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon

Forarbeider til lover (herunder grunnlovsendringer)

Ot.prop.nr. 28 (2007-2008): Ot.prop.nr. 28 (2007-2008), Om lov om endringer i lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester mv. (Omsorgen for enslige mindreårige asylsøkere inntil bosetting eller retur)

Innst. 186 S (2013-2014): Innst. 186 S (2013-2014) Innstilling til Stortinget fra kontroll- og konstitusjonskomiteen

Prop. 90 L (2015-2016): Prop. 90 L (2015-2016) Endringer i utlendingsloven mv. (innstramninger II)

Innst. 161 S (2016-2017): Innst. 161 S (2016-2017) Innstilling fra utenriks- og forsvarskomiteen om Individklageordningene til FNs konvensjoner om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, barnets rettigheter og rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.

Offentlige utredninger og betenkninger mv.

NOU 2011:10: NOU 2011: 10, I velferdsstatens venterom

Dokument 16 (2011-2012): Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Lovavdelingen (2010): Uttalelse fra Lovavdelingen i Justis- og beredskapsdepartementet av 24. november 2010 om rett til opplæring for barn med ulovlig opphold eller uavklart oppholdsstatus – forholdet til barnekonvensjonen, JDLOV-2010-8029

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 2009 S. 1261
Rt. 2012 s. 2039
Rt. 2015 s. 93
Rt. 2015 s. 1388

Rundskriv og retningslinjer m.v

RS 2011-003: Reglement for drift av mottak, RS 2011-003

RS 2011-034: Krav til omsorgsarbeid for enslige mindreårige i mottak, RS 2011-034

IM 2013-009: Retningslinjer for Region- og mottaksavdelingens arbeid med enslige mindreårige, IM 2013-009

Tillegg til tildelingsbrev for IMDi 2017: Brev av 9. februar 2017 fra Justis- og beredskapsdepartementet til Integrerings- og mangfoldsdirektoratet, «Tillegg nr. 1 til tildelingsbrev for IMDi 2017»

Forskning

Berg og Tronstad (2015): Berit Berg og Kristian Rose Tronstad (red.), Levekår for barn i asylsøkerfasen (2015), NTNU Samfunnsforskning AS

Lindèn m.fl. (2013): Hilde Lindèn, Ketil Eide, Knut Hidle, Ann Christin E. Nilsen og Randi Værdal, Levekår i mottak for enslige mindreårige asylsøkere, Institutt for samfunnsforskning, rapport 2013:03

Dittmann og Jensen (2010): Ingeborg Dittmann og Tine K. Jensen, NKVTS, Enslige mindreårige flyktningers psykiske helse – en litteraturstudie, Tidsskrift for norsk psykologforening 2010, 47, s. 812-817.

Jensen m.fl. (2014): Jensen, Skårdalsmo, og Fjermestad, NKVTS, Development of mental health problems – a followup study of unaccompanied refugee minors, 2014 (http://www.psykologtidsskriftet.no/index.php?seks_id=121213&a=3)

Internasjonale konvensjoner m.v.

Wien-konvensjonen: Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1696

Barnekonvensjonen: FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989

Tredje tilleggsprotokoll: Tredje tilleggsprotokoll til Barnekonvensjonen om individuell klagerett av 19. desember 2011

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMD): Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter: De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter

Uttalelser og avgjørelser fra FN-organer

FNS BARNEKOMITÉ

Concluding observations 2005: Committee on the Rights of the Child, Concluding observations Norway 21. september 2005, CRC/C/15/Add.263)

Concluding observations 2010: Committee on the Rights of the Child, Concluding observations Norway 3. mars 2010, CRC/C/NOR/CO/4

Generell kommentar nr. 5: General Comment No. 5 (2003), General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6)

Generell kommentar nr. 6: General Comment No. 6 (2005) Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin

Generell kommentar nr. 12: General Comment No. 12 (2009) The right of the child to be heard

FNS MENNESKERETTIGHETSKOMITÉ

Generell kommentar nr. 18: General comment No. 18: Non-discrimination, Thirtyseventh session (1989)

Love v. Australia (983/01)

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol

Waite v. Storbritannia: Case of Waite v. the United Kingdom, judgement of 10 December 2002, (53236/99)

Schwizgebel v. Sveits: Case of Schwizgebel v. Switzerland, judgement of 10 June 2010, (25762/07)

Biao v. Danmark: Case of Biao v. Denmark, judgement of 24 May 2016, (38590/10)

Litteratur

Cantwell and Holzscheiter (2008): Cantwell and Holzscheiter, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 20 Children Deprived of Their Family Environment, 2008

Detrick (1999): Sharon Detrick, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, 1999

Heyerdahl (2016): Frøydis Heyerdahl, Barnekonvensjonen, Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (red.) 3. utgave 2016

Høstmælingen (2013): Njål Høstmælingen, Internasjonale menneskerettigheter, 2. utg. (2013)

Namdal (2015): Malin Namdal, Utsettes enslige mindreårige asylbarn på mottak for diskriminering i strid med FNs barnekonvensjon? Lov og Rett 2015, side 87-105

Sandberg (2008): Kirsten Sandberg, Diskriminerings- og likestillingsrett, Hellum og Ketscher (red.), 2008

Sandberg (2016): Kirsten Sandberg, Barnekonvensjonen, Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (red.) 3. utgave 2016

Shabas (2015): William A. Shabas, The European Convention on Human Rights, A Commentary, 2015

Sørensen (2016): Christian Børge Sørensen, Barnevern og menneskerettighetene, utredning til Barnevernslovutvalget 23. desember 2015 (rev. 20. juni 2016), vedlegg 4 til NOU 2016:16 Ny barnevernslov

Ulfstein (2016): Geir Ulfstein, Høyesteretts anvendelse av traktatorganers tolkningspraksis, Lov og Rett 2016 s. 395-404

UNHCR (2007): Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Legislative History of the Convention on the Rights of the Child, 2007.

Foredrag

Bårdsen 2016: Arnfinn Bårdsen, Grunnloven, straffeprosessen og strafferetten – linjer i Høyesteretts praksis etter grunnlovsreformen 2014 – foredrag for forsvarergruppens høstseminar 2016

Media

Aftenposten 6. desember 2016: <http://www.aftenposten.no/norge/UDI-ber-Listhaug-revurdere-behandlingen-av-enslige-asylbarn-610522b.html>

VG 6. desember 2016: <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/udi/udi-refser-listhaug-for-asylbarn-behandling/a/23864723/>

Dagsavisen 22. januar 2017: <http://www.dagsavisen.no/innenriks/uverdige-behandling-av-asylbarn-1.915976>

Dagsavisen 17. februar 2017: <http://www.dagsavisen.no/innenriks/uforstaelig-1.926217>

Norges nasjonale
institusjon for
menneskerettigheter

Postadresse
Postboks 299 Sentrum
0103 Oslo

Besøksadresse
Akersgata 8
0158 Oslo

Tel: 23 31 69 70
Epost: info@nhri.no
www.nhri.no