

Barn, tortur og retur

**Den rettslige betydningen av barnespesifikk tortur,
umenneskelig og nedverdiggende behandling i asylsaker,
herunder barns returvern**

Elisabeth Gording Stang

2008

Forord	4
1. Innledning	6
1.1 Problemstilling og avgrensning	6
2. Kilder og metode	12
2.1 Rettskilder	12
2.2 Rettskildemessig ståsted	13
2.3 Undersøkelser av saker i Utlendingsnemnda	15
2.3.1 Utvalget	15
2.3.2 Bruk av interne dokumenter	16
2.3.3 Vedtakenes form og innhold	17
2.3.4 Barna i vedtakene	22
2.3.5 Resultat og tema i sakene	22
3. Barns menneskerettslige stilling	23
3.1 Barn som rettssubjekter	23
3.2 Barns menneskerettslige status	24
3.3 Barneperspektivet	30
3.4 Barn som flyktninger	31
3.5 Oppsummering	34
4. Grunnleggende prinsipper i internasjonal barnrett: 'De fire søylene'	36
4.1 Innledning	36
4.2 Forbudet mot diskriminering, BK artikkel 2	37
4.3 Barnets beste: BK artikkel 3 nr. 1	38
4.3.1 'Et grunnleggende hensyn'	38
4.3.2 Momenter	45
4.3.3 BID – 'Determination of the Best Interests of the Child'	49
4.3.4 Utforming av politikk	51
4.3.5 Hvordan kan barnets beste-prinsippet implementeres?	52
4.4 Retten til liv og utvikling: BK artikkel 6	53
4.5 Retten til deltakelse: BK artikkel 12	55
4.6 Oppsummering	62
5. Barnespesifikk tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff	63
5.1 Innledning	63
5.2 Torturdefinisjoner	67
5.2.1 Torturkonvensjonen artikkel 1 nr. 1 og 16	68
5.2.2 EMK artikkel 3	69
5.2.3 SP artikkel 7	69
5.2.4 EUs charter for grunnleggende rettigheter	70
5.2.5 Barnekonvensjonen artikkel 37 a)	70
5.3 'Klassisk' tortur: forhørsmetoder	71
5.4 Eksposering for tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling av nære familiemedlemmer	72

5.5 Deltakelse i militær aktivitet.....	76
5.6 Forholdene for barn i fengsler og andre offentlige institusjoner.....	80
5.7 Fysisk avstraffelse utenfor institusjoner og annen vold mot barn.....	84
5.8 Seksuelle overgrep og grov omsorgssvikt.....	92
5.9 Andre former for overgrep, undertrykking og utnytting av barn	96
5.9.1 Kjønnsslemlestelse.....	96
5.9.2 Tvangsekteskap	98
5.9.3 Trafficking, barneprostitusjon og barnepornografi.....	106
5.9.4 Tvangsarbeid, slaveri.....	110
5.10 Kan retur i seg selv innebære umenneskelig behandling?	112
5.11 Oppsummering	121
6. Returvern – regelen om non-refoulement	123
6.1 Generelle kriterier	123
6.1.2 Torturkonvensjonens artikkel 3	123
6.1.3 Flyktningkonvensjonen art. 33	124
6.2 Et bindende rettsprinsipp	126
6.3 Skjerpet returvern for enslige mindreårige asylsøkere	128
6.4 Særlig om retur til barnevernsinstitusjoner	131
6.5 Returvern for barn som har opplevd tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, men hvor det ikke foreligger risiko for slike overgrep i framtiden?	134
6.6 Returvern og rehabilitering.....	138
6.7 Oppsummering.....	141
7. Avslutning.....	143
7.1 Oppsummering og anbefalinger.....	143
7.2 Barnets beste	144
7.3 Barnespesifikk forfølgelse	147
7.4 Barnespesifikk tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling.....	149
7.5 Returvern	152
7.6 Vedtaksform og innarbeiding av barnekonvensjonen i praksis	154
7.7 Anbefalinger for videre forskning	155
Litteratur	157

Forord

Dette prosjektet kom i gang på bakgrunn av søknad fra Norsk senter for menneskerettigheter (SMR) og ble finansiert som et seks måneders prosjekt av Arbeids- og inkluderingsdepartementet (AID). Prosjektet er hovedsakelig blitt til i perioden november 2007–april 2008, med arbeidsplass og ansettelse på Norsk senter for menneskerettigheter. Prosjektet er presentert på Menneskerettighetsforum (åpent seminar om barnet i den nye utlendingsloven) på SMR høsten 2007 og i en mindre gruppe av forskere og representanter for utlendingsforvaltningen i april 2008. Det er publisert en avisartikkel i tilknytning til prosjektet.¹

Min takk går først og fremst til AID som har fullfinansiert prosjektet, til Utlendingsnemnda som har stilt kontorplass og materiale til disposisjon og til SMR for arbeidsplass og et stimulerende og engasjerende fagmiljø. Videre ønsker jeg å takke forskerkolleger på og utenfor Universitetet i Oslo for nyttige innspill: Nora Sveeås, Hilde Rusten, Njål Høstmælingen, Cecilia Bailliet, Kirsten Sandberg, Ole Kristian Fauchald, Tone Linn Wærstad. Jeg vil tilsvarende takke medlemmene av referansegruppen Unni Mette Vårdal (AID), Camilla Myhrer Abrahamsen (UDI) og Stine Alræk Iversen (UNE) for slike innspill.

Barnekonvensjonen ble viet mer plass i rapporten enn opprinnelig tenkt fordi gjennomgangen av enkeltsaker etterlot et inntrykk av at barnekonvensjonen ikke blir tatt helt alvorlig i praksis. Det ble derfor et mål underveis å vise flere måter å implementere barnekonvensjonen på.

¹ <http://www.dagsavisen.no/meninger/article316976.ece>. En artikkel om barnets beste i asylsaker er pr. juni 2008 under publisering i Hefte for Kritisk Juss.

Det har vært en krevende prosess å behandle et så stort og viktig tema på så kort tid. Det var også krevende å gjennomgå enkeltsaker. Som forsker på dette feltet tvinges man til forholde seg til historier som er smertefulle; til barn som har opplevelser bak seg som de fleste av oss vanskelig kan forestille oss hva innebærer. Det var også en spennende og lærerik tid; et intenst dypdykk ned i de faktiske og rettslige forholdene for verdens kanskje mest sårbare barnegruppe – flyktningebarna.

Elisabeth Gording Stang

Oslo, juni 2008

Barn, tortur og retur

Den rettslige betydningen av barnespesifikk tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling i asylsaker, herunder barns returvern

”One psychological factor is unique to children; they are developing. Their personalities are being formed and coping skills being learned almost daily. The transition from total dependency at birth to the interdependency of adulthood is a process of development. Children are never on hold, developmental needs do not wait for an emergency phase of a refugee situation to end.”

FNs høykommissær for flyktninger 1994

1. Innledning

1.1 Problemstilling og avgrensning

Prosjektet tar for seg mindreåriges² menneskerettslige stilling ved vurdering av opphold/retur når det foreligger forhold som kan omfattes av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 1950 (EMK) artikkel 3 eller FNs barnekonvensjon av 1989 (BK) artikkel 37 a). Prosjektet avgrenses i utgangspunktet mot rettslige spørsmål om forståelsen og rekkevidden av norsk utlendingslovgivning og mot returbeskyttelse på annet grunnlag enn tortur,

² 'Mindreårig' og 'barn' benyttes synonymt om personer under 18 år. Disse utgjør anvendelsesområdet for FNs barnekonvensjon, jf. artikkel 1.

umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Det avgrenses også i hovedsak mot prosessuelle spørsmål når det gjelder den mindreåriges rettigheter i saksbehandlingsprosessen, for eksempel retten til å bli hørt, få oppnevnt verge (gjelder enslige), klagerett, rett til advokatbistand, søksmålskompetanse m.m. For helhetens skyld er retten til å bli hørt kort omtalt under pkt. 4.5 om barnekonvensjonens hovedprinsipper.

Hovedproblemstillingen er hva som ligger i begrepene 'tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling' eller straff, hvordan disse begrepene tolkes etter internasjonale kilder i forhold til barn, og hvilken rettslig betydning det har om et forhold faller innenfor eller utenfor begrepene. Det kan spørres om andre og/eller flere forhold omfattes når vurderingen knyttes til barn enn når den gjelder voksne. En hypotese kan være at man bør anvende et generelt *utvidet begrep* om hva som anses som tortur, nedverdiggende eller umenneskelig behandling i forhold til barn ut fra det faktum at barn er mer sårbare og påvirkelige for sterke følelsesmessige opplevelser enn voksne, og at slike opplevelser dermed preger barns utvikling og senere liv i sterkere grad enn voksnes. Skadepotensialet på den fysiske og psykiske helsen er betydelig større. Barn har dessuten i mindre grad enn voksne erfaring og kunnskap til å bearbeide og sortere traumatiske og skremmende opplevelser, og bør dermed sikres en høyere grad av menneskerettslig beskyttelse enn voksne. Alexander Morawa formulerer sårbarhet ('*vulnerability*') som en egen rettslig kategori og konkluderer bl.a. med følgende: "The consequence of vulnerability for the individual or group concerned is that a higher level of human rights protection in their favour is required from states."³ I denne diskusjonen vil prinsipper og bestemmelser i FNs barnekonvensjon benyttes som rettslige argumenter. Særlig viktig her er BK artikkel 3 nr. 1 om hensynet til barnets beste.

³ Morawa 2003, s. 150.

Videre kan det være argumenter for å anvende *et relativt begrep* om hva som er tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling når det gjelder barnets alder og sårbarhet: jo yngre barnet er/jo mer sårbart det er på det tidspunktet da det ble utsatt for/eller det forelå en risiko for at det ville komme til å bli utsatt for handlinger eller opplevelser som kan anses som tortur, nedverdiggende eller umenneskelig behandling, jo større er skadepotensialet på barnets fysiske og psykiske helse, og jo romsligere bør derfor definisjonen av disse begrepene være.

I asylsaker skal det både vurderes hva søkeren har opplevd i hjemlandet, hvordan situasjonen er i dag og hva søkeren kan frykte ved en eventuell retur. Det skal altså foretas en fortids-, nåtids- og framtidsvurdering. Det er ikke gitt at barn som har opplevd tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling i fortiden har grunn til å frykte tilsvarende opplevelser i framtiden, men risikoen for slike overgrep *øker* dersom barnet allerede har vært utsatt for dette.

Barn som har vært utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, har rett til rehabilitering etter flere konvensjonsbestemmelser. Dersom ikke slik rehabilitering kan gis i hjemlandet, kan barnet være vernet mot retur. I noen spesielle situasjoner kan også selve returen innebære en umenneskelig behandling av barn som har svært dårlig helsetilstand på grunn av tidligere opplevd tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, se nedenfor pkt. 5.10, 6.6 - 6.7.

Barn opplever livet annerledes enn voksne, og kan bli utsatt for andre former for utnyttelse, overgrep og undertrykkelse enn voksne. Det gir grunn til å vurdere og anerkjenne flere *barnespesifikke erfaringer* under EMK artikkel 3/ul. § 15, se kapittel 5. Ved å gjøre det, vil man for det første gi en større grad av *rettslig anerkjennelse* til barns spesifikke erfaringer, noe som kan ha en signaleffekt og

som uansett har en egenverdi ved at det synliggjør barn på dette feltet i større grad enn det som hittil har vært gjort. Slik *synliggjøring* er et mål i seg selv på veien mot å styrke barns rettsstilling i asylsaker. For det andre vil man få et bedre rettslig utgangspunkt for å vurdere barnets *beskyttelsesbehov* enn man får ved å vurdere barnets erfaringer og følger av disse som 'sterke menneskelige hensyn' under § 8 andre ledd som åpner for en *avveining* av disse hensyn mot innvandringsregulerende hensyn. Det kan også argumenteres generelt for et sterkere returvern for barn enn for voksne som har opplevd tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, men hvor framtidig risiko ikke kan sannsynliggjøres, se pkt. 6.6 nedenfor. Her vil blant annet barnekonvensjonens grunnprinsipper få betydning som tolkningsbakgrunn. Det er også et mål i seg selv å bidra til en større grad av implementering av barnekonvensjonen i asylsaker. Mitt inntrykk er at barnekonvensjonens bestemmelser sjelden opptrer i utlendingsnemndas vedtak ut over hovedbestemmelsen i artikkel 3 nr. 1. Jeg fant jeg det derfor hensiktsmessig å presentere barnekonvensjonens hovedprinsipper i et eget kapittel.

Begrepene *tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling og forfølgelse* er nær knyttet til hverandre, men den nærmere grensedragningen mellom begrepene vil ikke bli diskutert her. Det vil derfor ikke bli drøftet når og hvordan barn kan oppnå status som flyktninger. Dette er i seg selv et stort tema som egner seg for en egen utredning. Det vises til underpunktene i kapittel 5 som, i tillegg til å vise hva som kan anses som *barnespesifikk tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling*, kan gi grunnlag for å kartlegge hva som kan anses som *barnespesifikk forfølgelse*.⁴ Mange av de samme forhold som omfattes av BK artikkel 37a)/EMK artikkel 3 kan kvalifisere til forfølgelse

⁴ Dette er også anerkjent i praksis. I merknadene til sak N-16 heter det for eksempel: "Begrepet forfølgelse forutsetter at reaksjonen er av et visst alvor og omfang. Alvorlige brudd på fundamentale menneskerettigheter vedrørende liv, frihet og/eller helse og andre alvorlige overgrep vil falle innenfor begrepet."

og omvendt, i hvert fall der slike forhold kan knyttes til en konvensjonsgrunn etter flyktningkonvensjonen (for eksempel rase, nasjonalitet, politisk, religiøs eller sosial tilhørighet). Jeg vil her nøye meg med å sitere Retningslinjer for god praksis, utarbeidet i fellesskap av FNs høykommissær for flyktninger og den europeiske Redd Barna-alliansen, som viser hvilke momenter som kan være relevante når barns flyktningstatus skal fastslås:

“Criteria for making a decision on a child’s application

The definition of a refugee is applicable to all regardless of age. In seeking durable solutions careful attention should be paid to balancing the principles of family unity with the principle that the best interest of the child is a primary consideration. Authorities should consider the UNHCR Handbook, Guidelines on Protection and Care of Refugee Children and the 1997 Guidelines, specifically:

- the age and maturity of children and their stage of development
- the possibility that children may manifest their fears differently from adults
- the likelihood that children will have limited knowledge of conditions in their countries of origin
- child-specific forms of human rights violations, such as, but not limited to, recruitment of children into armies, trafficking for prostitution, sexual exploitation, female genital mutilation and forced labour
- the situation of the child’s family in their country of origin and, where known, the wishes of parents who have sent a child out of the country in order to protect her or him
- the fact that harmful actions which might be considered as harassment or discrimination when applied to an adult, may constitute persecution when applied to a child
- therefore, in the examination of their claims it may be necessary to have greater regard to certain objective factors, and to determine based upon these factors, whether a child may be

presumed to have a well-founded fear of persecution.”⁵

Måten kriteriene er formulert på, viser hvordan man kan praktisere en barnesensitiv lovtolkning. I tilknytning til denne rapportens tema er det særlig første, andre, fjerde og sjette strekpunkt relevante. Sjette strekpunkt er særlig interessant. Det illustrerer at forhold som ikke vil kvalifisere som forfølgelse for voksne, likevel kan gjøre det for barn. Tilsvarende gjelder ved tolkning v begrepene tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling. Disse begrepene bør derfor tolkes utvidende i forhold til barn.

Nedenfor vil jeg først si litt om kilder og metode, noe generelt om barnets menneskerettslige stilling, og om barnekonvensjonens betydning og hovedprinsipper. Deretter vil jeg presentere de viktigste konvensjonsbestemmelsene som regulerer forbudet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling, og gi en oversikt over hvilke barnespesifikke erfaringer jeg mener kan vurderes som tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Så vil jeg kort presentere non-refoulement-prinsippet og dets anvendelse på barn. Underveis i framstillingen vil jeg bruke Utlendingsnemndas (UNEs) saker som eksempler. Til slutt foretar jeg en oppsummering og gir noen anbefalinger for videre forskning og praksis.

⁵ UNHCR og Redd Barna-alliansen 2004, s. 28. Nærmere om barnespesifikk forfølgelse, se for eksempel Bhabha og Young 1999, s. 84–124 og Edwards 2003 s. 46–84. Se også Bailliet 2004 s. 77–81, FNs barnekomité: CRC/GC/2005/6 pkt. 59 (Child-specific forms and manifestations of persecution og 74 (child-sensitive assessment of protection needs, taking into account persecution of child-specific nature).

2. Kilder og metode

2.1 Rettskilder

De viktigste menneskerettslige kildene for denne rapporten er FNs barnekonvensjon (1989), Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (1950), Torturkonvensjonen (1985) og Flyktningkonvensjonen (1951). Også Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP 1966), FNs kvinnekonvensjon (1979), EUs charter om grunnleggende rettigheter (2000) og ILO-konvensjonen om de verste former for barnearbeid (1999), er relevante kilder. For å belyse problemstillingene vil bl.a. praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD), uttalelser fra FNs barnekomité og FNs høykommissær for flyktninger og andre FN-organer tillegges vekt, i tillegg til juridisk litteratur. Nasjonal rettspraksis vil i mindre grad bli drøftet, blant annet fordi jeg anser internasjonale ekspertorganers konvensjonstolkninger som mer relevante i denne sammenheng. Betydningen av konvensjonsbestemmelser om tortur for barn spesielt er, så vidt jeg vet, heller ikke behandlet av nasjonale domstoler. Nasjonale regler (utlendingsloven) vil i mindre grad bli diskutert. Det gjelder også forslaget til ny utlendingslov. Fokus for prosjektet er barns menneskerettslige vern.

Barn som flyktninger er et meget stort tema som er blitt gjort til gjenstand for omfattende utredninger og diskusjoner, både i de ulike FN-organer, i NGO-systemet, i juridisk og annen faglitteratur, samt i mediene. Tilfanget på litteratur er derfor nesten ubegrenset. Det er imidlertid ikke skrevet særlig mye spesifikt om barn og tortur, så her har jeg forsøkt å lete fram relevant stoff. Jeg har plukket ut de kildene jeg mener er mest sentrale og vist til videre behandling av noen av temaene i annen litteratur, men kildebruken blir nødvendigvis ikke

fullstendig. Dette gjelder også praksis fra EMD. Uttalelser fra torturkomiteen og nasjonale rapporter er det ikke blitt tid til å gjennomgå. Kildereferansene kan være til nytte for saksbehandlere og andre som arbeider med asylsaker og ønsker å gå dypere inn i problemstillingene.

2.2 Rettskildemessig ståsted

Fordi barnekonvensjonen er barns menneskerettighetskonvensjon og fordi den er lite utnyttet som rettskilde i praksis, har jeg søkt å bruke dens bestemmelser aktivt i tolkningen av andre konvensjonsbestemmelser og nasjonale rettsreglers anvendelse på barn. FNs barnekomité er som ekspertorgan på barnekonvensjonen det høyeste autoritative tolkningsorgan vi har å forholde oss til, så lenge vi ikke har en egen domstol for barnekonvensjonen med tilsvarende funksjoner som Den europeiske menneskerettighetsdomstol. Det er barnekomiteen som først og fremst bidrar til barnekonvensjonens dynamiske utvikling og til klargjøring av hva som ligger i de ulike artiklene. Komitéuttalelser som tolker innholdet i de ulike artiklene i barnekonvensjonen må sies å ha en ikke ubetydelig rettskildevekt, for eksempel General Comments. I et rettskilde-hierarki vil jeg plassere General Comments på linje med lovforarbeider/-etterarbeider og forvaltningspraksis. Flere steder i denne rapporten er det derfor vist til slike uttalelser fordi jeg mener norske utlendingsmyndigheter er *forpliktet* til å ta dem i betraktning i konkrete saker som ledd i oppfyllelsen av barnekonvensjonen, jf. BK artikkel 4. Når det gjelder uttalelser fra FNs høykommissær for flyktninger, har disse mer karakter av retningslinjer som jeg mener norske myndigheter *bør* ta i betraktning i lojalitet mot FN-organer vi anerkjenner, og fordi en del av uttalelsene kan bidra til et økt rettsvern for en sårbar gruppe barn.

Gjeldende rett er ingen fast størrelse. Det finnes sjelden ett eneste riktig svar på et rettsspørsmål, med mindre det dreier seg om regler hvor begrepene ikke byr på tvil og skjønnsmessige vurderinger er fullstendig fraværende (enkelte bestemmelser i folketrygdloven er eksempler på det). Menneskerettighetenes dynamiske karakter gjør dette enda mer tydelig enn på andre rettsområder. Det finnes ofte rom for ulike tolkningsalternativer. Det ligger i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 en føring om å velge det tolkningsalternativ som gagnar barnet best der det er rom for flere tolkninger. Jeg har derfor forsøkt å gjøre det i dette arbeidet. Det betyr ikke at jeg presenterer den eneste mulige løsningen innenfor rammen av gjeldende rett, men den jeg mener best ivaretar hensynet til barnet i disse sakene.

Grunnleggende rettsprinsipper har fått gradvis økende betydning i internasjonal rett. Dette gjenkjennes også i litteratur på andre områder enn flyktningrettens. Et eksempel er den voksende interessen for og betydningen av prinsippet om barnets beste i BK artikkel 3 nr. 1. Dette er et resultat av det man kan observere som en utvikling mot en mer argumentativ rettstradisjon der grunnleggende verdier og rettsprinsipper får en mer sentral plass som rettslige argumenter, noe som gjør det tidligere nokså klare skillet mellom gjeldende rett og rettspolitik mer uklart. Dette kan igjen spores til en utvikling med et stadig større antall internasjonale rettskilder på ulike nivåer, med tilsvarende redusert betydning for den 'nasjonale' lovgiverkompetanse.⁶ Domstolene vil antakelig i framtiden få en større oppgave som rettsskapere, noe som vil kunne få særlig stor betydning på menneskerettighetenes område på grunn av menneskerettighetenes dynamiske karakter.

⁶ Se for eksempel Ketscher 2000, s. 152

2.3 Undersøkelser av saker i Utlendingsnemnda

2.3.1 Utvalget

Jeg fikk tildelt eget kontor med pc i Utlendingsnemnda for å gjennomgå saker, men ikke nøkkel eller adgangskort. Jeg fikk ikke anledning til å kopiere saksdokumenter og arbeide med dem på eget kontor. Jeg ønsket et første utvalg bestående av ca. 50 saker fra UNE. Sakene skulle fortrinnsvis omhandle tema om barn og tortur. Jeg avgrenset mot saker der tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling var vurdert utelukkende i forhold til foreldrene, og der det ikke framgikk om barna på noen måte hadde vært involvert i overgrepene mot foreldrene, enten som vitner eller på annen måte, direkte eller indirekte. For at sakene skulle omfattes av utvalget, satte jeg som kriterium at tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling var et vurderingstema i forhold til barnet selv, eller at sakens faktum lå til rette for at det kunne vært et vurderingstema. For å søke i UNEs database, måtte jeg finne ord og synonymer til ord som kunne knyttes til eller tenkes å falle inn under den rettslige betydningen av tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Jeg benyttet i første utvalgsrunde følgende søkeord:

Tortur, umenneskelig, nedverdiggende
Omskjæring, kjønnslemlestelse
Tvangsekteskap
Mishandling, vold
Seksuelle overgrep, seksuelt misbruk
Prostitusjon, pornografi
Omsorgssvikt
Barnesoldat, væpnet konflikt
Tvangsarbeid
EMK artikkel 3
Barnekonvensjonen artikkel 37

Jeg knyttet disse søkeordene opp mot ordene 'barn' og 'mindreårig'. På disse søkeordene fikk jeg til sammen 672 treff. Der jeg fikk flere enn 20 saker opp, valgte jeg ut de første 20 (første utskriftsside). I gjennomgangen av sammendragene til de 288 sakene valgte jeg å registrere de som hadde vurderinger knyttet til handlinger eller hendelser som kunne karakteriseres som tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, der slike handlinger eller hendelser knyttet seg direkte til barnet selv.

Jeg valgte ut 63 for nærmere gjennomgang. Av disse valgte jeg igjen ut 18. Utvalget er ment å fungere som illustrasjoner på rettsteoretiske problemstillinger og diskusjoner. Praksis benyttes derfor ikke som rettskilde, selv om praksis i UNE er retningsgivende for senere praksis. Analysen er slik sett kvalitativ. Denne rapporten tar derfor ikke sikte på å avgi noen evaluering av UNE-praksis i forhold til internasjonale standarder, men å gi tolkninger av standardene i forhold til barn og barnespesifikke erfaringer.

2.3.2 Bruk av interne dokumenter

En del av sakene inneholdt også UNEs merknader til saken. I noen av merknadene var det vist til interne retningslinjer og fagnotater. Det ble derfor et behov for å få innsyn i disse dokumentene. Jeg fikk innsyn i – og sitatrett i forhold til – de interne dokumentene som var aktuelle for meg. Disse var Fagnotat: Barnekonvensjonens betydning på utlendingsfeltet, med særlig vekt på art. 3 nr. 1 – ”hensynet til barnets beste”, 16. mars 2006, og Interne retningslinjer: Behandling av utlendingssaker med anførsler om helsemessige forhold, IR-10-14-01. Retningslinjene er offentlige. Jeg fikk tillatelsen etter avtale med UNE på betingelse av at jeg redegjorde i rapporten for med hvilke forbehold fagnotatet skulle leses, og at jeg forholdt meg til alminnelige

forskningsetiske standarder for kildebruk. Det var også et ønske fra UNE om å få lese igjennom utkast før publisering. Forbeholdene når det gjelder fagnotatet er disse: fagnotater er utarbeidet for UNEs interne bruk og derfor ikke ment for offentligheten, de er utarbeidet av saksbehandlere og ikke undergitt noen form for 'kvalitetskontroll', de er ikke nødvendigvis representative for UNEs syn i alle spørsmål, og de er ikke alltid oppdaterte. Like fullt gir fagnotatene uttrykk for både lovtolkningsspørsmål og for verdier som ligger til grunn for utlendingsloven og utlendingspolitikken. De utgjør utvilsomt en viktig kilde for saksbehandleren i løsningen av konkrete rettsspørsmål, selv om de ikke skal fungere som retningslinjer. For øvrig har det ikke vært nødvendig å vise til fagnotatet i særlig utstrekning i denne rapporten. Det er kun vist til et par uttalelser.

2.3.3 Vedtakenes form og innhold

Selv om 18 saker er et svært begrenset utvalg gir de, i tillegg til å illustrere problemstillinger, *noe* informasjon om praksis. Den informasjonen som gis er ikke representativ, men det er heller ikke gitt at det bildet disse sakene gir er feilaktig i en større sammenheng. Sakene gir et innblikk i en del av UNEs praksis i asylsaker som gjelder tortur, nedverdiggende eller umenneskelig behandling av barn.

Vedtakene var generelt omfattende og detaljerte. Framstillingene av faktum i sakene varierte, fra grundige til mer overfladiske beskrivelser.

Lovanvendelsesspørsmål var som regel inntatt etter standardmaler,⁷ det samme gjaldt i en viss utstrekning også vurderingene. Vedtakenes svakeste ledd syntes å være selve *subsumpsjonen* av faktum innunder lovens kriterier. Det kunne i noen

⁷ Det ble benyttet 10–12 forskjellige maler, og jeg undersøkte alle. Jeg fikk opplyst at malene blant annet var tilpasset ulike land (landinfo utgjorde en del av malen).

tilfeller framstå som uklart hvorfor UNE hadde konkludert som den gjorde, på bakgrunn av den faktumbeskrivelsen som framgikk av vedtaket. Mye av årsaken til det antas å ligge i de omfattende standardmalene som ble benyttet.

Standardmaler er et vanlig verktøy i forvaltningen. De bidrar til effektivisering og likebehandling. Men dersom malene blir svært omfattende, kan det gå ut over kvaliteten av de *individuelle* vurderingene, noe som igjen kan få konsekvenser for rettssikkerheten. UNE benytter maler som er meget innholdsrike. Som nevnt omfatter malene også det frie forvaltningsskjønnet ved at malene inneholder på forhånd utarbeidede konkrete vurderinger, med svaralternativer markert med *. Et eksempel er vurderingen etter ul. § 15 om ulike former for overgrep som etter praksis vanskelig kvalifiserer til forfølgelse, typisk vold mot kvinner og barn som ikke er utøvd av offentlige personer. Malen sier blant annet:

”De overgrep klageren har blitt utsatt for i hjemlandet, vurderes som straffbare handlinger begått av enkeltpersoner. *Overgrepene mot klageren fremstår som enkeltstående kriminelle handlinger av vilkårlig karakter, og er ikke egnet til å sannsynliggjøre fare for nye overgrep ved retur. Vernet mot retur etter § 15 første ledd annet punktum er subsidiært i forhold til muligheten til å få beskyttelse i eget hjemland. *Nemnda er kjent med at politi- og rettsvesenet i klagerens hjemland til dels kan være preget av ressursmangler *og at korrupsjon kan forekomme. Det kan følgelig være vanskelig å få bistand i enkeltsaker. Som et generelt utgangspunkt legges det imidlertid til grunn at hjemlandets myndigheter har tilstrekkelig evne og vilje til å bistå landets borgere i forbindelse med straffbare handlinger. Det vises til *(landkunnskap). *Det forhold at klagerens anmeldelse/*r *ikke er blitt fulgt opp av politiet, *er henlagt * på grunn av bevisets stilling,/* på grunn av ukjent gjerningsmann, tilsier ikke en annen vurdering. Klageren henvises til å søke bistand hos de rette instanser i hjemlandet. Nemnda mener etter dette at lovens § 15 første ledd, annet punktum ikke er til hinder for retur til klagerens hjemland.”

Det at også skjønnsmessige vurderinger er lagt ut i malen, kan virke uheldig inn på saksbehandlerens *eget* skjønn og egne individuelle vurderinger i konkrete saker ved at det *binder det frie skjønn* eller legger så mange *premisser* for skjønnnet at det i praksis blir bundet. Det kan føre til at subsumpsjonen blir uklar

eller mer eller mindre fraværende fordi den ikke passer direkte inn i malen, eller fordi det ikke er 'nødvendig' å foreta en konkret subsumpsjon når vurderingene er ferdig utarbeidet i forkant. Omvendt passer ikke alltid malene til faktum, noe som gjør at vedtakene ikke alltid har en indre logisk sammenheng fordi 'for mye' av malen ble tatt inn i vedtaket. Dette medfører i neste omgang at det kan være vanskelig å vite hvilket faktum og hvilke rettslige momenter som konkret førte til et bestemt resultat eller en bestemt tolkning. En slik form gjør vedtakene tilsynelatende meget grundige og omfattende, men også *uangripelige*. De reelle vurderinger *tilsløres* av standardvurderinger. Det siste kan medføre vanskeligheter når søker ønsker å påklage vedtaket, og muligens innebære en rettssikkerhetsrisiko. Vurderinger som ikke er åpne, men som ligger latente under standardvurderinger i mer generelle vendinger, er vanskelige å angripe med alminnelig juridisk argumentasjon. I noen av sakene framgikk de reelle vurderingene av merknadene til saken, men ikke av selve vedtaket.

Jeg var ikke på forhånd klar over at malene var så omfattende. Dette var noe jeg oppdaget nærmest ved en tilfeldighet. Siden jeg ikke fikk kopiere saksdokumentene, men måtte skrive av relevante avsnitt, skjønte jeg etter hvert at det måtte ligge standardmaler til grunn for en rekke vurderinger ettersom jeg tok meg selv i å skrive av lange og helt likelydende avsnitt fra vedtak i forskjellige saker. Den mest individualiserende delen av vedtaket var beskrivelsen av faktum (asylhistorien). Dette er også det eneste forholdet som ikke lar seg standardisere.

Vurderingen av barnets beste etter BK artikkel 3 var i de fleste vedtakene standardisert og fulgte malen. I noen saker ble barnets beste ikke vurdert i det hele tatt. Andre saker ga en mer fullstendig vurdering av barnets beste. Sak F-07 ga for eksempel en god oversikt over de *generelle* momenter en barnets beste-

vurdering kunne inneholde og gikk ut over standardformuleringen om barnets beste (se neste sitat):

”Hva som er til barnets beste er ikke alltid entydig, og det er heller ikke enkelt å fastslå ut fra en gitt situasjon hva som på sikt vil være til barnets beste. Både generelle og individuelle forhold vil inngå i en slik vurdering. Materiell og sosial trygghet og stabilitet, kulturell tilhørighet, mulighet for skolegang og personlig utvikling, sosialt nettverk m.v., kan være slike elementer. Et vesentlig element i et barns liv er å få omsorg under oppveksten, og det anses normalt til et barns beste å få være sammen med sine foreldre eller andre nære omsorgspersoner.”

Men den individuelle vurderingen av barnets beste i saken var mangelfull, se pkt. 6.4 hvor saken er omtalt. Standardformularet om barnets beste inneholdt både lovanvendelsesspørsmål og vurdering og lød slik:

”FNs barnekonvensjon ble gjort gjeldende som norsk lov med virkning fra 1. oktober 2003, jf. menneskerettsloven § 2 nr. 4. For utlendingsmyndighetenes vedkommende har dette ikke medført noen realitetsendring, ettersom konvensjonen allerede var inkorporert gjennom utlendingsloven § 4.

Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 lyder: *’Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.’* Bestemmelsen gir ikke i seg selv noe oppholdsgrunnlag i Norge, men pålegger utlendingsmyndighetene å vektlegge hensynet til barnets beste i alle vedtak som direkte berører barn. Det at barnets interesser skal være et viktig hensyn, utelukker imidlertid ikke at innvandringspolitiske hensyn og andre hensyn kan være relevante og avgjørende. [lovanvendelse]

Anførsler om at det generelt er bedre oppvekstvilkår for barnet*a i Norge enn i hjemlandet er ikke i seg selv tilstrekkelig til å fastslå at retur vil være i strid med barnekonvensjonen.

Nemnda mener at det ikke vil være i strid med barnekonvensjonen å returnere barnet*a til hjemlandet. Det er i vurderingen sett hen til barnets*as tilknytning til Norge, barnets*as helsesituasjon og mulighetene for behandling i hjemlandet, *at barnet*a vil returnere til *(land) sammen med sine *foreldre og *søsken, og at det ikke fremkommer opplysninger som tilsier at foreldrene ikke vil være i stand til å gi forsvarlig omsorg. Det er videre sett hen til at barnet*a for øvrig har et nettverk i hjemlandet som kan bidra til forsvarlig omsorg, * og at

terskelen for å innvilge tillatelse på grunnlag av barns sykdom er lavere enn ved tilsvarende sykdom hos voksne.

*Det er ikke fremkommet opplysninger som tilsier at klageren for øvrig er i en særskilt sårbar situasjon i forhold til retur til hjemlandet.” [skjønnsmessig vurdering]

I annet avsnitt i sitatet sies det at art. 3 nr. 1 pålegger utlendingsmyndighetene å *vektlegge* barnets beste og at barnets beste er et *viktig* hensyn. Men konvensjonen krever at barnets beste skal være et *grunnleggende* hensyn, og det er ikke helt det samme, se pkt. 4.3 nedenfor. Standardformularet om barnets beste er utarbeidet med tanke på avslag. Jeg spurte om det fantes et tilsvarende formular for innvilgelsessaker, men fikk benektende svar. Begrunnelsen var at det var viktigere å gi skikkelige begrunnelser i saker som ga avslag, med tanke på senere klage. Det er også interessant å merke seg at deler av vurderingene av barnets beste er negativt formulert med doble nektelser: ”..det fremkommer [ikke] opplysninger som tilsier at foreldrene ikke vil være i stand til å gi barnet forsvarlig omsorg.” Ved en slik formuleringsmåte flyttes bevisbyrden over på parten. Det er tvilsomt om dette samsvarer med forvaltningens alminnelige utredningsplikt etter fvl. § 17. Det er forvaltningsorganet som har ansvaret for sakens opplysning. Utredning av barnets omsorgssituasjon både her og ved en eventuell retur utgjør en vesentlig del av vurderingsgrunnlaget, se pkt. 5.8 og omtalen av sak L-14 nedenfor.

Hensynet til barnets beste var i alle vedtakene knyttet til ul. § 8 andre ledd som ledd i vurderingen av ’sterke menneskelige hensyn’. Når barnets beste-vurderingen er plassert ved en enkelt lovbestemmelse i malen, blir det neppe til at saksbehandleren på eget initiativ vurderer barnets beste etter andre relevante bestemmelser, eller på andre måter implementerer barnets beste i de rettslige vurderingene som foretas.

2.3.4 Barna i vedtakene

De 18 vedtakene omfattet til sammen 37 barn mellom 0 og 19 år.⁸ Barna fordelte seg på 15 land.⁹ Barna hadde en gjennomsnittlig oppholdstid i Norge på 2,5 år. Bare fem av de totalt 37 barna var enslige, alle de andre kom i følge med en av eller begge foreldrene. Seks av barna var født i Norge. Ut over dette var det svært variabelt hvor mye opplysninger vedtakene inneholdt om barna. Til grunn for noen av vedtakene lå det grundige utredninger av barna og deres historie og behov, mens andre vedtak ikke inneholdt opplysninger om barnas opplevelser eller situasjon overhodet, uten at sakenes faktum ga noen forklaring på grunnen til denne forskjellen. Det framgikk heller ikke av vedtakene hvorvidt barnet var hørt i saken, og hva barnets egen mening var (bortsett fra i sak F-07, se pkt. 6.4). I ti av de atten sakene ble barnas situasjon vurdert isolert. I åtte saker ble det ikke foretatt noen selvstendig vurdering av barnas asylhistorie, flyktningstatus, returvern eller behandlings- eller omsorgsbehov.

2.3.5 Resultat og tema i sakene

I ti av de atten sakene ble det gitt avslag, i syv saker opphold på humanitært grunnlag etter ul. § 8 andre ledd. Av disse syv fikk fire midlertidig opphold i ett år, mens tre fikk opphold i tre år.¹⁰ Bare i én sak ble det gitt asyl, noe som var mindre enn hva jeg hadde forventet ut fra søkekriteriene. To saker gjaldt tvangsekteskap, to saker gjaldt omskjæring, tre saker gjaldt omsorgssvikt, tre saker gjaldt tvangsrekruttering til militær aktivitet, åtte saker gjaldt vold og/eller annen mishandling, fire saker gjaldt voldtekt og/eller andre seksuelle overgrep

⁸ Alle var registrert som under 18 år ved ankomst til Norge.

⁹ Nigeria, Somalia, Sierra Leone, Russland, Iran, Pakistan, Serbia, Montenegro, Bosnia-Herzegovina, Aserbajdsjan, Den Demokratiske Republikken Kongo, Tyrkia, Algerie, Etiopia, Sri Lanka og Kirgisistan.

¹⁰ Også midlertidige tillatelser kan imidlertid gi grunnlag for lengre tids opphold etter utlendingsforskriftens § 15 jf. § 36.

og fem saker gjaldt PTSD-problematikk. De fleste sakene hadde en kombinasjon av disse forholdene (derfor er noen saker talt opp flere ganger). Selv om materialet er svært lite, gir det et inntrykk av vold og seksuelle overgrep som den vanligste formen for overgrep mot flyktningbarn.

3. Barns menneskerettslige stilling

3.1 Barn som rettssubjekter

Det vil nedenfor bli gitt en kort presentasjon av barnet som rettssubjekt, barns menneskerettslige status, barneperspektivet og barn som flyktninger. Det å innrømme barn selvstendige rettigheter må anses som lite kontroversielt i dag, i hvert fall i vår del av verden. Diskusjonen knytter seg heller til hva de enkelte barnerettighetene konkret omfatter, hvordan de skal iverksettes og konsekvensene av at rettighetene ikke oppfylles. Det har vært vanlig å skille mellom aktive og passive rettigheter når det gjelder barn. Aktive rettigheter omfatter rettigheter barnet selv kan hevde, mens de passive rettighetene må voksne effektivt utføre på barnets vegne. Dette skillet må antas å være utledet av de to hovedperspektiver på barns rettigheter i teorien: 'Child protection' og 'Child liberation',¹¹ der den første forståelsen viser til at barn som gruppe er særlig sårbar og har behov for beskyttelse og bistand fra voksne, mens den andre ser barn som kompetente og nærmest som en undertrykket gruppe i samfunnet som gradvis skal innta plassen som likeverdige samfunnsborgere.¹² Man må imidlertid være oppmerksom på en argumentasjon som medfører at sårbarhet

¹¹ Freeman 1997, s. 152.

¹² For eksempel Egelund 1997, s. 156.

gjøres til et argument for å frata eller la være å innvilge barn rettigheter på et bestemt område:

”Indeed, one might even suggest the exclusion of children to be to their advantage. The justification of children’s exclusion from enjoying full citizenship – e.g. their status as legal minors – is usually on the grounds that it provides them with necessary protection.”¹³

I så fall er det nærmest tale om å beskytte barn mot rettigheten *i seg selv*. Denne diskusjonen er kommet særlig på spissen i forholdet mellom barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og artikkel 12, se nedenfor pkt. 4.5.

De to typer av rettigheter er nær forbundet. For at et barn skal kunne gjøre bruk av aktive rettigheter på en fruktbar måte, må de ansvarlige voksne ivareta barnets grunnleggende behov for omsorg og trygghet. Slik sett kan man se barnekonvensjonens artikkel 3 nr. 2 – den grunnleggende retten til omsorg – som en basis for deltakerrettighetene.¹⁴

3.2 Barns menneskerettslige status

Barn er mennesker, og er som sådanne også beskyttet av de generelle menneskerettighetskonvensjonene. Den første internasjonale erklæring om barns rettigheter ble vedtatt av Folkeforbundet i 1924 (Genève-erklæringen). Selv om erklæringen ikke var bindende, markerer den en viktig begivenhet i internasjonal rett: For første gang ble barns

¹³ Qvortrup 1991, s. 16.

¹⁴ Stang 2007, s. 72.

rettigheter identifisert. Erklæringen fikk avgjørende betydning for utviklingen av barns rettigheter: 'The Declaration was to become the cornerstone of all future international legislative initiatives regarding children's rights.'¹⁵ Senere vedtok FN enstemmig en ny verdenserklæring om barns rettigheter i 1959.

I tillegg har barn nå en særskilt rettslig status gjennom barnekonvensjonen (BK). FNs konvensjon om barns rettigheter ble vedtatt 20. november 1989.

Barnekonvensjonen ble ratifisert av Norge 8. januar 1991 og inkorporert i norsk lov 1. august 2003. Mange av de normene som ble skrevet inn i

barnekonvensjonen var regulert i norsk lov før konvensjonen ble utarbeidet, samtidig som flere av konvensjonens bestemmelser er blitt innarbeidet i lovgivningen i etterkant. Som følge av inkorporeringen er barnekonvensjonens stilling i norsk rett blitt ytterligere styrket.¹⁶ Det innebærer blant annet at barnekonvensjonens rettigheter anses som rettigheter etter nasjonal lovgivning med forrang etter menneskerettsloven (mskrl.) § 3. Barnekonvensjonen gir i en rekke artikler barn juridiske rettigheter, selv om den også inneholder formålsbestemmelser og politiske oppfordringer. Vi er forbi den tiden da konvensjonsfestede rettigheter – og da særlig de økonomiske, sosiale og kulturelle – først og fremst ble sett på som rettigheter av moralsk karakter, politiske erklæringer eller bare som vage retningslinjer, og derfor ikke som rettslig forpliktende. Tendensen ser ut til å gå mot en stadig sterkere stilling for menneskerettigheter både internasjonalt og i intern rett, og for barn i retten generelt. Men kanskje har barnekonvensjonen ennå en 'vei å gå' i forhold til å oppnå full rettslig anerkjennelse og status som et rettslig forpliktende dokument,

¹⁵ Verhellen 2000, s. 64.

¹⁶ Barnekonvensjonen var jo også del av norsk rett før den ble inkorporert. Forholdet mellom barnekonvensjonens stilling før og etter inkorporasjonen kan sammenliknes med forholdet mellom dåp og konfirmasjon: Det siste er først og fremst en bekreftelse på det første. Inkorporasjonen bekrefter barnekonvensjonens stilling som sentral rettskilde på alle områder som vedrører barn.

på linje med for eksempel EMK. Det synet på barnekonvensjonen som av og til blir presentert i debatter og offentlige dokumenter, kan tyde på at barnekonvensjonen i den offentlige bevissthet befinner seg på et nivå man har forlatt i rettsvitenskapen. Et eksempel kan hentes fra forslaget til ny utlendingslov:

”Et fellestrekk ved bestemmelsene i barnekonvensjonen er at de i liten utstrekning angir rettsregler som gjør det mulig i praktisk henseende å utlede noen klar eller tydelig rettsfølge av et gitt rettsfaktum. Bestemmelsene angir i første rekke retningslinjer for de konkrete vurderingene.”¹⁷

Enkelte av barnekonvensjonens bestemmelser kan kanskje karakteriseres slik, men som en generell beskrivelse av konvensjonen blir dette feilaktig. Den passer for eksempel svært dårlig på artikkel 12 som gir barn en ubetinget uttalerett. Det at man ikke kan utlede en klar rettsfølge av en bestemmelse, kan også innvendes mot en rekke andre menneskerettighetsbestemmelser, og ble tidligere mye brukt som argument for å begrense våre internasjonale forpliktelser. Vi har mange eksempler på rettsregler i norsk lovgivning som det ikke er mulig å utlede ’noen klar eller tydelig rettsfølge’ av, men som like fullt anses som rettighetsbestemmelser. Slike har vi blant annet mange av i sosialtjenesteloven, lov om psykisk helsevern, pasientrettighetsloven og kommunehelsetjenesteloven. Det hører vel tvert imot med til sjeldenhetene at bestemmelser på velferdsrettens område, som utlendingsretten¹⁸ kan sies å ha mye til felles med, gjør det mulig å utlede *klare rettsfølger av et faktum*, fordi rettsreglene preges av mange og vanskelige skjønsmessige vurderinger. Uten lovbestemmelser med et slikt skjønsmessig innhold ville hele velferdsretten mistet sin betydning som juridisk fag.

¹⁷ NOU 2004:20, s. 92 og Ot.prp. nr. 75 (2006–2007), s. 53.

¹⁸ Begrepene utlendingsrett og flyktningrett blir brukt litt om hverandre i rapporten. Utlendingsrett brukes fortrinnsvis når det er tale om norsk utlendingslov og praksis, mens flyktningrett benyttes om internasjonal flyktningrett.

”[M]any laws are inevitably couched in terms which, to a greater extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice. Thus the critics are correct to point out that *indeterminacy is a characteristic feature of human rights norms* and not only of the more oft-disputed norms (such as the right to political participation or the right to food) but also of the so-called core norms (the right to life; the right to a fair trial; the right to be free from torture etc.). But, for the most part, such indeterminacy *is no greater than in the case of other comparable broad-brush legal rules*. Rather than leading to paralysis, it serves to emphasize the importance both of institutions as a means through which to pursue the interpretative enterprise and of the need to develop a better understanding of the different cultural dimensions of the relevant norms.”¹⁹

Det er gjennom tolkning og subsumpsjon, og gjennom en avveining av alle relevante nasjonale og internasjonale rettskilder, at man kommer fram til en rettsfølge etter alminnelig juridisk metode. Dette gjelder tilsvarende for bestemmelser i barnekonvensjonen som i annen norsk lovgivning. Det kan ikke være et krav til konvensjonsbestemmelser at de skal være helt klare og entydige for at Norge skal kunne anse seg forpliktet til å implementere dem som noe annet og mer enn bare retningslinjer for skjønnet. Da måtte vi i så fall ha tatt forbehold om det da vi ratifiserte, og det har vi ikke gjort. Det ville også vært et uverdigg utgangspunkt for Norge som et foregangsland for barns rettigheter. Når barnekonvensjonen reduseres til diffuse retningslinjer, undergraves mulighetene for effektiv implementering. Det er en fare for at dette kan skje på utlendingsfeltet, til tross for alle gode forsetter og ønsker om å styrke barns rettsstilling i forslaget til ny utlendingslov.²⁰ Barnekonvensjonen er et rettslig dokument selv om de ulike bestemmelsene varierer i presisjonsnivå. Konvensjonen gir barn konkrete individuelle rettigheter og er kanskje det viktigste historiske skrittet på veien mot å anerkjenne barnet fullt ut som selvstendig rettssubjekt:

¹⁹ Joyal 1990, sitert i Alston 1994, s. 18 (mine uthevinger).

²⁰ Se for eksempel Ot.prp. nr. 75 (2006-2007), pkt. 5.2.5, 7.6.4 og 17.1.6.4

”The CRC is a significant legal and political achievement: It has elevated the child to the status of an independent rights-holder and placed children’s issues at the centre of the mainstream human rights agenda.”²¹

Det kan også hevdes at det nettopp er de åpne bestemmelsene som muliggjør en dynamisk utvikling av menneskerettighetene og hindrer stagnasjon. Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av (EMK) har ingen regler som særlig tar sikte på barn, men konvensjonen gjelder like mye for barn som for voksne. Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) har tradisjonelt vært mer opptatt av å ivareta foreldrenes interesser og rettigheter enn barnets,²² men det finnes etter hvert en del saker med fokus på barns rettigheter. EMD har i stadig større grad benyttet barnekonvensjonen i konkrete saker, noe som øker begge konvensjoners gjennomslagskraft i forhold til barns rettigheter.²³ Det må forventes at dette er en utvikling som vil ekspandere i takt med barns voksende status som rettssubjekter, nasjonalt og internasjonalt. Barnekonvensjonen er på vei til å bli et internasjonalt anerkjent tolkningsinstrument av vesentlig betydning for barns rettsstilling, i hvert fall i Europa. Dette bør norske domstoler og norsk forvaltning adoptere:

”Existing case law highlights that there is plenty of scope for using the principles and provisions of the CRC in a positive and dynamic way to support the ECHR [EMK] argument in the domestic courts, as well as in Strasbourg. [...]. Moreover, as states continue to implement the CRC, and the treaty itself continues to grow in profile and status, the European Court of Human Rights will rely increasingly on the CRC’s standards.”²⁴

²¹ Fottrell 2000, s. 1.

²² Smith 2003, s. 83.

²³ Kilkelly 2000, s. 87–100. Artikkelen omhandler særlig saker om fysisk avstraffelse av barn og straffeforfølgelse av barn og unge (‘juvenile justice’).

²⁴ Kilkelly 2001, s. 326.

En rekke andre internasjonale dokumenter fastslår barns grunnleggende rett til beskyttelse, omsorg og deltakelse.²⁵ Selv om de ved siden av EMK og BK får redusert betydning, skal jeg kort nevne noen få av dem. EUs charter om grunnleggende rettigheter har en egen bestemmelse om barn i artikkel 24 som omfatter både barnets grunnleggende rett til omsorg og beskyttelse, retten til å opprettholde forholdet til sine biologiske foreldre, retten til deltakelse og hensynet til barnets beste. Bestemmelsen lyder:

The rights of the child

1. Children shall have the right to such protection and care as is necessary for their well-being. They may express their views freely. Such views shall be taken into consideration on matters which concern them in accordance with their age and maturity.
2. In all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions, the child's best interests must be a primary consideration.
3. Every child shall have the right to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both his or her parents, unless that is contrary to his or her interests.

Enkelte land har gitt barn en særlig forfatningsrettslig beskyttelse, for eksempel Finland. Den finske forfatningen inneholder en katalog over grunnrettigheter,²⁶ og i § 6 heter det blant annet: 'Barn skall bemötas som jämlika individer och de skall ha rätt til medinnflytande enligt sin utvecklingsnivå i frågor som gäller dem själva.' Barn er ikke *like* de voksne, men de er *likeverdige* med voksne og har krav på samme respekt for seg selv som person, som voksne. Det er en viktig erkjennelse i arbeidet for barns rettigheter. Slik har det ikke alltid vært, og fortsatt eksisterer det i mange deler av verden, og kanskje også i noen miljøer i Norge, en oppfatning om at barn er mindre verd enn voksne. Det kommer til uttrykk gjennom de utallige og utrolige krenkelser barn verden over daglig utsettes for.

²⁵ Se van Bueren 1998 (samling over internasjonale dokumenter om barn).

²⁶ Om begrepet grunnrettigheter, se for eksempel Rytter 2000, s. 1–20 og Harck og Hartlev 2000 s. 93–118.

På utlendingsfeltet har barnekonvensjonen tradisjonelt stått nokså svakt. Det sies i første avsnitt av UNEs standardformulering om barnets beste at barnekonvensjonen allerede var 'inkorporert' gjennom ul. § 4. Denne bestemmelsen viser bare til at utlendingsloven skal, som alle andre lover, anvendes i samsvar med internasjonale regler Norge er bundet av når disse har til formål å styrke utlendingers stilling. Ul. § 4 sier dermed ikke særlig mye mer enn Grunnlovens § 110c: "Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne." I tillegg gjaldt prinsippet om at norsk rett presumeres å stemme med folkeretten. Ul. § 4 er derfor av liten selvstendig betydning som virkemiddel til inkorporasjon av barnekonvensjonen. Det ville også være urimelig å forvente at hver enkelt saksbehandler bare på grunnlag av § 4 skulle sette seg inn i alle relevante artikler i barnekonvensjonen i forbindelse med hver enkelt sak, særlig når malen heller ikke åpner for dette. Antakelig kan man heller si det motsatt: utlendingsfeltet er et av de rettsområder der inkorporeringen av barnekonvensjonen fortsatt har et stort potensial.

3.3 Barneperspektivet

Det å innta et barneperspektiv vil si å se noe gjennom barnets synsvinkel, med barnets egen betraktningsmåte så langt det lar seg gjøre uten at man selv *er* barn, og å argumentere for løsninger som imøtekommer dette perspektivet. Ved konflikt mellom hensynet til barnet og andre interesser, enten det er hensynet til voksne, til samfunnet som sådan eller politiske og økonomiske interesser som kolliderer med barnets, vil et barneperspektiv måtte medføre at andre interesser viker. Det er begrenset hvor langt man kan klare å innta et barneperspektiv uten at barnet selv bidrar til det. Dreier det seg om konkrete saker, kan man ikke vite

noe sikkert om barnets tanker, følelser og meninger dersom barnet selv ikke får mulighet til å bidra med sin kunnskap om seg selv. BK artikkel 12, og bestemmelser om barns deltakelse i nasjonal lovgivning, er helt sentrale verktøy i den forbindelse. Det er helheten i barnets livssituasjon barneperspektivet skal belyse. Det kan bidra til å utvikle de ulike rettsområder som barn blir berørt av i en retning som gjør at barnet får et naturlig fokus.²⁷ Utlendingsretten er et felt der barneperspektivet tradisjonelt sett har stått nokså svakt fordi feltet i stor grad er dominert av andre og sterke hensyn, som hensynet til en kontrollert innvandring.

3.4 Barn som flyktninger

Flere forfattere påpeker barns manglende anerkjennelse som flyktninger i forhold til voksne, og uttrykker ønske om en større grad av barnesensitiv tolkning og praktisering av det nasjonale og internasjonale regelverket på flyktningrettens område. Dette synes å være et felt som er blitt hengende litt igjen i en utvikling som går mot en økende aksept for barn som rettssubjekter, barns deltakelse og barns rettigheter generelt, selv om det er en tendens nå til en økende internasjonal anerkjennelse av barns særlige behov og stilling. Noe av grunnen kan være at barn som flyktninger ikke er blitt tilstrekkelig *synliggjort* i selve regelverket, igjen kanskje som følge av en oppfatning om at barn ikke deltar i handlinger som medfører forfølgelse, eller at barn inntar en passiv rolle i konflikter.²⁸ For eksempel vil spørsmålet om et barn er i stand til å danne seg en politisk oppfatning og drive politisk aktivitet, være knyttet til en vurdering av barnets modenhet.²⁹ Samtidig vet vi at barn kan utnyttes av voksne i politisk

²⁷ Nærmere om barneperspektivet og barns interesser, se bl.a. Stang 2007, s. 86–105.

²⁸ Tuitt 2000, s. 153.

²⁹ Bhabha og Young 1999, s. 109.

aktivitet uten selv å ha en politisk oppfatning. En annen årsak kan ligge i at barns spesifikke erfaringer og opplevelser ikke i samme grad som voksnes anerkjennes som forfølgelse, fordi det ikke tas hensyn til de forhold som skiller barn fra voksne: sårbarhet, avhengighet og det å være under utvikling.

Usynliggjøringen av barn i rettsreglene har lagt til rette for en nasjonal og internasjonal praksis der mange av de mest sentrale problemstillingene knyttet til barn blir oversett og omgått i enkeltsaker. Dette gjelder både medfølgende flyktningbarn og enslige mindreårige asylsøkere, men av ulike grunner:

”[I]nternational jurisprudence has neglected the interests of children seeking asylum. The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol CSR51 do not specifically address the particular circumstances or protection needs of children, the status of unaccompanied children or family reunification. Accompanied children have tended to be subsumed within their family’s asylum application; indeed both the United Nations High Commissioner for Refugees [...] and the INS [the U.S. Immigration and Naturalization Service] have pointed out that invisibility is a common problem for refugee children. Unaccompanied children have been prejudiced by confusion over the relative importance of welfare protection and immigration control concerns, leading to situations of conflict of interests and to lack of individualized legal responsibility, delays and uncertainty where security, speed and permanency planning are critically important.”³⁰

Dette kan være en konsekvens av at (voksen)samfunnet generelt har et ambivalent syn på barn og barndom. På den ene siden utviser samfunnet en form for sentimental tilnærming til barn som sårbare og vedtar lover til vern av barnets beste, mens man samtidig i praksis ofte handler mot barns behov for stabilitet, forutsigbarhet og en trygg framtid og lar hensynet til å beskytte interessene til ’governments, the military, adults’ gå foran.³¹ Omfanget av

³⁰ Bhabha og Young 1999, s. 87.

³¹ Edwards 2003, s. 87–88 med henvisning til Sheila Melzak: “The Emotional Impact of Violence on Children”, 1996, Clausen og Tiller 1997, s. 9 peker på en annen form for ambivalens i forhold til barn som vanskeliggjør det å ta barn og barns erfaringer på alvor: “Når vi karakteriserer barn og barndom, bruker vi gjennomgående negativt

potensielle asylgrunnlag knyttet til alder er imidlertid stort. Stor er også risikoen for å gå glipp av forskjellige former for barnespesifikk forfølgelse og for å undervurdere barns frykt for slik forfølgelse dersom man ikke evner å innlemme en barnesensitiv tilnærming i lov og praksis.

”Less has been said in relation to the age dimension in the interpretation and application of international refugee law. Like sex and sexual orientation, age is not included in the refugee definition in Article 1 A (2) of the 1951 Convention as a specific ground for seeking asylum. Nonetheless, the range of potential claims with an age dimension is broad, including forcible or under-age recruitment into military service, family or domestic violence, infanticide, forced or underage marriage, female genital mutilation, forced labour, forced prostitution, child pornography, trafficking, and children born outside of strict family planning rules. Although refugee children are entitled to access the same protection as refugee adults, their special vulnerabilities require that an age-sensitive approach be adopted in relation to substantive aspects of refugee law as well as procedures. If not, the risk of failing to recognize child-specific forms of persecution or underestimating the particular fears of children is high.”³²

Det samme gjelder vurderinger av returvernet og barnespesifikk tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Barn er reelle flyktninger og bør anerkjennes som det ved at barns særlige erfaringer og opplevelser, deres sårbarhet i forhold til det å være under utvikling og det å være avhengige av voksne, tillegges en annen rettslig betydning enn i dag. Her utgjør barnekonvensjonen et viktig verktøy. Gjennom en mer overordnet og bevisst systematisk bruk av barnekonvensjonens prinsipper og rettigheter på ulike

ladede begrep og ord som umoden, infantil, barnslig, uferdig, uansvarlig, avhengig osv. [...]. Og når vi karakteriserer vår egen barndom, har vi ofte en tendens til å glorifisere den som lykkelig og sorgløs, selv om dette naturligvis ikke er riktig. Men på denne måten markerer vi en avstand til barndommen som sannsynligvis også har implikasjoner for vår evne til å respektere, se og møte barn.”

³² Edwards 2003, s. 57. Forfatteren påpeker at en alderssensitiv tilnærming ikke bare er relevant for barn, men også for eldre som er utsatt for alvorlig diskriminering.

nivåer i nasjonal saksbehandling, kan barnespesifikke former for forfølgelse synliggjøres slik at flere barn oppnår flyktningstatus.³³

Nedenfor i kapittel 5 vil ulike former for barnespesifikk tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling bli omtalt. Disse forholdene kan også vurderes i tilknytning til flyktningkriteriene i utlendingsloven og flyktningkonvensjonen. Men først vil de grunnleggende prinsippene i internasjonal barnerett bli gjennomgått.

3.5 Oppsummering

Dette kapitlet har pekt på barn som selvstendige rettssubjekter. Det at barn er selvstendige rettssubjekter innebærer blant annet at barn skal undergis en selvstendig vurdering i saken, og denne bør også framgå av selve vedtaket, også i de sakene hvor barnet kommer til Norge med foreldre eller andre omsorgspersoner. Vurderingen av barnet bør omfatte den konkrete asylhistorien (barnet kan ha sin egen asylhistorie som skiller seg fra foreldrenes eller andres opplevelser av 'samme' asylhistorie), barnets beskyttelsesbehov og flyktningstatus (rase, religion, etnisitet, sosial gruppe m.v. er kriterier som også barn skal vurderes opp mot), spørsmål om barnet har vært utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, barnets behov og situasjon i dag, herunder fysisk og psykisk helsetilstand, samt eventuelt returvern.

Barnekonvensjonen er det viktigste rettslige dokumentet om barns rettigheter. Selv om noen av artiklene i barnekonvensjonen språklig sett er uklare,

³³ Se Bailliet 2004, s. 77–81 med anbefalinger.

inneholder konvensjonen i tillegg til pliktbestemmelser og mer generelle formålsbestemmelser, også konkrete materielle og prosessuelle rettigheter for barn. Den inneholder vernerettigheter og deltakerrettigheter.

I forhold til oppfylleelsesgraden har medlemsstatene noe valgfrihet ut fra sin ressursituasjon, jf. konvensjonens artikkel 4. For Norge som et ressurssterkt land og et foregangsland for barns rettigheter, innebærer det at vi bør bestrebe oss mot en maksimumsstandard i oppfyllelsen av barnekonvensjonen, ikke en minimumsstandard. Det betyr at man ikke alltid leter etter den nedre grensen for våre forpliktelser, selv om man kan argumentere for at man ikke er rettslig forpliktet i en gitt situasjon til å treffe et bestemt tiltak.

Barn er også flyktninger, men gis ikke samme status som voksne med hensyn til å oppnå asyl, enten fordi de ikke vurderes selvstendig mot asylkriteriene, men får avledet sin rettslige status fra foreldrene, eller fordi asylkriteriene ikke anses å 'passe' like godt på barn og barns situasjon og aktiviteter/erfaringer som på voksne. Barn utsettes for de samme forfølgelsesgrunner som voksne. De bør gis større rettslig anerkjennelse som reelle flyktninger, for det er det de er. Her bør en barnesensitiv tilnærming legges til grunn, tilsvarende den for hva som kan anses som barnespesifikk tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling, se kapittel 5.

4. Grunnleggende prinsipper i internasjonal barnerett: 'De fire søylene'

4.1 Innledning

Det kan sies å finnes fire grunnprinsipper i internasjonal barnerett, basert på de fire 'søylene' i barnekonvensjonen: forbudet mot diskriminering mellom grupper av barn, retten til liv og utvikling, barnets beste som et grunnleggende hensyn og barns rett til deltakelse.³⁴ Disse fire hovedprinsippene 'står over' de øvrige bestemmelsene i barnekonvensjonen, og de siste må derfor tolkes på bakgrunn av grunnprinsippene. Mens det biologiske prinsipp anses for å være et grunnprinsipp i norsk barnerett, er barnets rett til identitet og familieliv ikke medregnet blant de fire 'søylene' i barnekonvensjonen. Det betyr ikke at familien ikke anses viktig for barnet, barn har rett til kunnskap om og omsorg fra sine foreldre og rett til vern mot innblanding i sitt familieliv (artiklene 7, 8, 9 og 16), men det er tvilsomt om man kan si at det eksisterer et biologisk *prinsipp* i internasjonal barnerett.³⁵ Da snakker man heller om familieprinsippet – '*the principle of family unit*'.³⁶ Familieprinsippet kommer blant annet til uttrykk i BK artikkel 22.

³⁴ CRC/C/5 og CRC/C/58.

³⁵ EMD har derimot lagt stor vekt på det biologiske utgangspunkt i sin praksis, særlig i saker om omsorgsovertakelse.

³⁶ Se for eksempel UNCHRs anbefalinger 2007, pkt. IV B (Principle of unity of the family).

4.2 Forbudet mot diskriminering, BK artikkel 2

BK artikkel 2 lyder:³⁷

1. 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.
2. Partene skal treffe alle egnede tiltak for å sikre at barnet beskyttes mot enhver form for diskriminering eller straff på grunn av sine foreldres, sin verges eller familiemedlemmers stilling, virksomhet, meningsytringer eller tro.

Både formell diskriminering i lovverk og faktisk diskriminering gjennom praksis er forbudt. BK artikkel 2 følger SP artikkel 2 i ordlyden og omfatter alle andre rettigheter etter barnekonvensjonen. For eksempel får diskrimineringsforbudet anvendelse på BK artikkel 22 som pålegger partene å 'treffe egnede tiltak' for å sikre at et barn som søker flyktningstatus, alene eller sammen med foreldre, får 'behørig beskyttelse og humanitær hjelp'. Artikkel 22 inneholder et eget diskrimineringsforbud i artikkelens 2. punkt: '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 [...]'. Artikkel 2 har vært benyttet som et hovedargument i diskusjonen om styrking av enslige mindreårige asylsøkeres stilling i norsk rett, både på forholdet mellom omsorgstilbudet til enslige mindreårige og omsorgstilbudet til norske barn i institusjoner, og nå etter beslutningen om å etablere et omsorgssenter for enslige

³⁷ Den norske teksten til barnekonvensjonen er hentet fra Norsk senter for menneskerettigheters hefte om FNs barnekonvensjon fra 2004, s. 32–39.

opp til 15 år,³⁸ på forholdet mellom enslige mindreårige over og under 15 år.³⁹ Som overordnet prinsipp skal alle andre bestemmelser i BK ses i lys av diskrimineringsforbudet i artikkel 2.⁴⁰

4.3 Barnets beste: BK artikkel 3 nr. 1

BK artikkel 3 nr. 1 lyder:

1. Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

4.3.1 'Et grunnleggende hensyn'

Etter BK artikkel 3 nr. 1 skal barnets beste være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn. Formuleringen innebærer en formell svekkelse av hensynet til barnet i forhold til tidligere internasjonale dokumenter om barn.⁴¹ Verdenserklæringen av 1959 sier i Principle 7 for eksempel:

”The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the *paramount* consideration” (min utheving).

³⁸

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/pressesenter/pressemeldinger/2008/Barnevernets-ansvar-for-enslige-mindrear.html?id=497149>.

³⁹ Se for eksempel NGOU 2006:1, s. 8–11 og Norsk senter for menneskerettigheter 2007, pkt. 3.

⁴⁰ Om aldersdiskriminering og barns rettigheter, se Breen 2006.

⁴¹ Schiratzki 2006, s. 28.

Men dette kan ikke oppfattes dit hen at forfatterne av barnekonvensjonen har ønsket en generell svekkelse av hensynet til barnets beste som norm, snarere tvert imot, selv om dette ikke kommer til uttrykk rent språklig. Philip Alston understreker at årsaken til at man valgte 'a primary consideration' i stedet for 'the primary consideration' var "...not because they [the drafters] thought that children's interests should not be paramount in some circumstances [...]."⁴² BK artikkel 3 nr. 1 må i konkrete saker tolkes i samsvar med konvensjonens formål, som framgår av fortalen hvor det blant annet heter:

'The States Parties to the present Convention [...]
- Bearing in mind that the need to extend particular care to the child has been stated in the Geneva Declaration of the Rights of the Child of 1924 and in the Declaration of the Rights of the Child adopted by the General Assembly on 20 November 1959 [...]
- Bearing in mind that, as indicated in the Declaration of the Rights of the Child, 'the child, by reason of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care, including appropriate legal protection, before as well as after birth' [...]."

Uttrykket "best interests" er oversatt til 'barnets beste'. Men originalversjonen åpner for en sontring mellom de *beste* og *øvrige* interesser barnet kan ha. Philip Alston foreslår at 'best interests' tolkes i lys av barnets *velferd* – "the child's welfare".⁴³ Det at barnets beste skal være grunnleggende, innebærer at det i utgangspunktet skal ha større vekt enn andre relevante hensyn. Formuleringen ble tatt inn og opprettholdt etter forslag om å erstatte «a» med «the» for å *sikre fleksibilitet i noen spesielle saker* ('certain extreme cases', se sitat under) der også andre hensyn skulle kunne tillegges like stor eller større vekt, under henvisning til at artikkel 3 nr. 1 dekker et meget vidt område. Philip Alston

⁴² Alston 1996 s. 11

⁴³ Alston 1994, s. 11.

argumenterer for at prinsippet om barnets beste også får konsekvenser for bevisbyrden:

”The objective implicit in opting for the word ‘a’ is to ensure that there is sufficient flexibility, at least in certain extreme cases, to enable the interests of those other than the child to prevail. Nevertheless, the formulation adopted would seem to impose a burden of proof on those seeking to achieve such a non-child-centered result to demonstrate that, under the circumstances, other feasible and acceptable alternatives do not exist.”⁴⁴

Den type saker man særlig hadde i tankene, var saker der det ville være sterkt urimelig å la hensynet til barnet alene være avgjørende, for eksempel i medisinske akutsituasjoner under barnefødsler hvor hensynet til moren og hennes helse kommer inn med stor tyngde. Også hensynet til andre personers menneskerettigheter, andre barn eller grupper av barn er nevnt som legitime mothensyn. Det var altså særlig andre *individuelle* hensyn man ønsket å ivareta:

”The wording indicates that the best interests of the child will not always be the single, overriding factor to be considered; there may be competing or conflicting *human rights interests*, for example between individual children, between different groups of children and between children and adults.”⁴⁵

FNs høykommissær for flyktninger gir også uttrykk for en slik oppfatning i retningslinjene til barnets beste-vurderingen:

”Once the best interests of the child are determined, the CRC does not exclude balancing other considerations. Other considerations, *if they are right-based*, may in *certain rare circumstances* override the best interests considerations.”⁴⁶

Som eksempel nevnes situasjoner der barnet utgjør en alvorlig trussel mot andres sikkerhet eller helse. Samtidig nevnes i samme dokument, på samme

⁴⁴ Alston 1994, s. 13.

⁴⁵ Hodgkin og Newell 2007, s. 38 (min utheving).

⁴⁶ UNHCR 2006, s. 37 (mine uthevninger).

side, også 'the interests of parents, family, community or state' som 'competing interests' som kan inngå i en avveining, men det er barnet og barnets rettigheter som skal være i fokus. Ifølge Jane McAdam er andres rettigheter bare ett av mange relevante mothensyn:

”[T]he CRC does not indicate what interests will trump the best interests of the child. [...]. Relevant interests may include immigration controls, deterrence of people smuggling networks [...], national security, public order, public health or morals, or the rights and freedoms of others.”⁴⁷

FNs høykommissær for flyktninger har understreket at 'all action taken on behalf of refugee children must be guided by the principle of the best interests of the child as well as by the principle of family unity', se nedenfor om 'best interest determination'.⁴⁸ Det siste – familieprinsippet – kan ofte være godt forenlig med innvandringsregulerende hensyn dersom barnet har familie i hjemlandet, mens det første i noen tilfeller representerer en motsetning. I retningslinjene fra FNs barnekomité for statenes rapportering i forhold til artikkel 3, nevnes særskilt at statene skal 'provide information on how the best interests of the child have been given primary consideration in family life, school life, social life and areas such as: [...] immigration, asylum-seeking and refugee procedures'.⁴⁹ Det kan videre slås fast at myndighetene ikke kan bruke hensynet til barnets beste som grunnlag for å nekte barnet rettigheter etter konvensjonen:⁵⁰ ”States cannot [...] use their interpretation of 'best interests' to

⁴⁷ McAdam 2006, s. 258 med referanser. Forfatteren argumenterer for at barnets beste-prinsippet i BK artikkel 3 nr. 1 medfører et ekstra beslutningsnivå ('an additional layer of consideration') i saker som gjelder barn, og også for at dette prinsippet kan innebære et komplementært beskyttelsesgrunnlag ('a complementary ground of protection in its own right'), s. 251.

⁴⁸ Hodgkin og Newell 2002, s. 41 (ikke i 2007-utgaven).

⁴⁹ Hodgkin og Newell 2007, s. 38.

⁵⁰ Et slikt spørsmål var oppe i Rt. 2004, s. 811 der en tolv år gammel gutt ikke fikk uttale seg i sak om samvær. Det at barnet ikke uttalte seg i saken, ble begrunnet ut fra

deny rights now guaranteed to children by the Convention. [...].”⁵¹ Uttalelsen er særlig relevant i forhold til BK artikkel 12, se nedenfor.

Som oppsummering kan man fastslå at det teoretisk sett ikke er noen begrensninger på *hvilken type hensyn* som kan være relevante mothensyn til barnets beste så lenge de har en saklig tilknytning til vurderingstema. Et unntak representerer avgjørelser om retur av enslige mindreårige asylsøkere. I avgjørelsen av barnets beste i slike saker har barnekomiteen gitt klart uttrykk for at innvandringsregulerende hensyn ikke skal kunne overkjøre hensynet til barnet: 'Non-rights-based arguments such as those relating to general migration control, cannot override best interests considerations.'⁵²

Det må på bakgrunn av et nokså omfattende internasjonalt rettskildemateriale kunne slås fast at en forvaltningspraksis som fører til at andre hensyn mer eller mindre konsekvent får forrang framfor barnets beste, vil stride mot artikkel 3. Det er heller ikke tilstrekkelig bare rutinemessig å ha *vurdert* hensynet til barnet *på lik linje* med andre relevante hensyn. Det er heller ikke tilstrekkelig med en helt formalisert og standardisert vurdering, slik malene for Utlendingsnemndas vedtak i stor grad legger opp til.⁵³ Philip Alston stiller følgende materielle krav

hensynet til barnets beste. Dommen er blitt kritisert for ikke å være i overensstemmelse med barnekonvensjonen, se Smith 2004, s. 223–231.

⁵¹ Hodgkin og Newell 2007, s. 38.

⁵² FNs barnekomité 2006, s. 23, pkt. 86. Uttalelsen er kommentert i en fotnote i UNEs Fagnotat 16. mars 2006, s. 25, hvor det stilles spørsmål ved hvorvidt konvensjonsstatene vil anse seg bundet av komiteens 'anbefaling' i tilfeller hvor det er snakk om å returnere barn til foreldre i hjemlandet. Men det diskuteres ikke i notatet hvilke forpliktelser komiteens uttalelser medfører i andre saker. Muligheten for omsorgspersoner i hjemlandet er et moment barnekomiteen selv vektlegger, se CRC/GC/2005/6 s. 23, pkt. 84. Komitéuttalelsen har derfor først og fremst betydning der det *ikke* finnes gode omsorgsalternativer i hjemlandet.

⁵³ Schiratzki 2000 fant i sin undersøkelse av svensk praksis at selvstendige, skjønnsmessige tolkninger av barnets beste som ikke passet direkte inn i retningslinjer utformet av regjeringen eller utlendingsnemnda (The Aliens Appeals Board), var så å si fraværende. Barnets beste ble i praksis benyttet som tradisjonell

til barnets beste-vurderingen: ”Such consideration must be genuine rather than token or merely formal and must ensure that all aspects of the child’s best interests are factored into the equation.”⁵⁴

Videre må det kunne slås fast at når hensynet til barnet skal være *grunnleggende*, innebærer dette at hensynet til barnet skal veie tyngst i de fleste tilfeller, uavhengig av type mothensyn. Det er ikke *generelt kulant* å la andre hensyn gå foran. Norsk rettspraksis kan sies i noen grad å ha akseptert et utgangspunkt hvor formuleringen ’a primary consideration’ i BK art. 3 nr. 1 tolkes mer bokstavelig enn den er ment.⁵⁵ Men det understrekes for det første at den eneste høyesterettsdommen som har uttalt noe klart om dette er fra 1993. De andre er underrettsdommer. Det har dessuten skjedd en ikke ubetydelig rettsutvikling nasjonalt og internasjonalt når det gjelder barnekonvensjonens stilling etter 1993, noe som svekker dommens rettskildeverdi. For eksempel viser EMD som nevnt i økende grad til barnekonvensjonens ulike artikler og grunnprinsipper. For det andre er det viktig å erkjenne at utviklingen av menneskerettighetene i seg selv er *dynamisk*; det er også implementeringen av dem i norsk rett. Det betyr at dommers prejudikatverdi på dette feltet svekkes. Norske forvaltningsorganer og domstoler må kontinuerlig forholde seg til de ekspertuttalelser og til internasjonal praksis knyttet til konvensjonsbestemmelser og fortløpende implementere disse, selv om det skulle bryte med tidligere forståelse eller praksis etter intern rett. FNs barnekomité stiller følgende krav til barnets beste-vurderingen:

rettsregel, og loven tilpasses bare i en viss utstrekning barnets individuelle situasjon. I stedet er det barnet som må tilpasse seg loven ved å formulere sin situasjon på en måte som loven gjenkjenner, s. 222.

⁵⁴ Alston 1994, s. 15.

⁵⁵ Jf. for eksempel Rt. 1993, s. 1591, LB 1996-00576, LB 2003-01367, RG 2004 s. 392 og LB 2004-03481.

”A determination of what is in the best interests of the child requires a clear and comprehensive assessment of the child’s identity, including her or his nationality, upbringing, ethnic, cultural and linguistic background, particular vulnerabilities and protection needs. Consequently, allowing the child access to the territory is a prerequisite to this initial assessment process. The assessment process should be carried out in a friendly and safe atmosphere by qualified professionals who are trained in age and gender-sensitive interviewing techniques.”⁵⁶

Komiteen stiller dermed også krav til måten barnets beste-vurderingen forberedes og gjennomføres på. Det bør begrunnes særskilt hvorfor man velger å tilside sette hensynet til barnets beste. Til sist kan det fastslås at jo mer *sikkert* det er hva som er barnets beste i det enkelte tilfellet, desto høyere blir terskelen for å tilside sette barnets beste. Er det usikkert hva som er barnets beste, slik at det ikke er noe mer sannsynlig at barnet vil få det bedre ved én løsning enn ved en annen, vil hensynet til barnets beste få tilsvarende redusert vekt, og andre hensyn kan lettere gå foran. Alston påpeker at artikkel 3 nr. 1 åpner for at beslutningstakere i konkrete saker kan behandle hensynet til barnets beste som avgjørende – *’paramount’* – og sier:

”This conclusion is further supported by the inclusion of the paramountcy principle in a number of other articles, such as Article 21 dealing with adoption, and Article 18 (1) dealing with parental obligations.”⁵⁷

Uttalelsen viser betydningen av å se barnekonvensjonens ulike bestemmelser i sammenheng. Videre viser den at det kan ha betydning for vekten av barnets beste hvilket rettsområde man beveger seg i. Henvisningen til artiklene 21 og 18 indikerer at når vi befinner oss på barnerettens *kjerneområde*, for eksempel i spørsmål om daglig omsorg, adopsjon, foreldreansvar, samvær og kontakt med biologisk familie og andre rettsforhold som berører relasjonen mellom barn og

⁵⁶ FNs barnekomité: CRC/GC/2005/6 pkt. 20.

⁵⁷ Alston 1996, s. 12.

foreldre i sterk grad, bør utgangspunktet være at hensynet til barnet skal være avgjørende, at 'et grunnleggende hensyn' oppgraderes.

4.3.2 Momenter

Det finnes lite litteratur og rettspraksis om det nærmere innholdet i barnets beste-vurderingen i utlendingssaker, noe som i utgangspunktet kan gjøre barnets beste-prinsippet vanskelig å anvende i praksis:

”Although the standard is simple to state it can be exceptionally difficult to apply because of the range of personal, social, economical and other factors that determine the perception of what is in the 'best interests' of the child.”⁵⁸

Prinsippet blir i litteraturen omtalt som et prinsipp med en åpen tilnærming der et vidt spekter av faktorer kommer inn, med få retningslinjer for det frie skjønnet og som derfor vanskelig lar seg manifestere som en bindende rettsregel.⁵⁹ Men det er ikke en helt fri vurdering som gjøres av barnets beste. For eksempel er det ikke tillatt å tolke barnets beste på en kulturellevistisk måte slik at man tillater skadelige kulturelle praksiser, eller å bruke barnets beste som grunnlag for å nekte barnet rettigheter etter konvensjonen, se nedenfor pkt. 5.9.1 og 5.9.2. For å komme fram til hvilke momenter som skal tillegges vekt, må man se hen til andre rettsområder der barnets beste er en mer innarbeidet norm, for eksempel barnevernretten. Etter bvl. § 4-1 skal det ved vurderingen av hensynet til barnets beste blant annet legges vekt på *stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen*. I asylsaker vil dette blant annet bety en vektlegging av barnets relasjoner til nåværende omsorgspersoner, enten dette er biologiske foreldre som

⁵⁸ McGoldrick 1991, s. 136.

⁵⁹ Schiratzki 2000, s. 206–207 viser til oppfatningen av prinsippet som “an 'open concept' with no definite content, thus enabling the agent implementing the law to make a free, discretionary assessment considering all of the issues relating to the individual child.”

barnet har flyktet sammen med eller omsorgspersoner barnet har fått under oppholdet i Norge, for eksempel fosterforeldre. Barnets følelsesmessige *tilknytning* til sine omsorgspersoner i Norge inngår i denne vurderingen, så vel som barnets tilknytning til biologiske foreldre og eventuell familie og slekt i hjemlandet. Det siste kan være viktigere jo eldre barnet er og jo kortere tid barnet har bodd borte fra sin familie og slekt i hjemlandet.⁶⁰ Etter BK artikkel 22 forplikter myndighetene seg til å samarbeide for å ”oppspore et flyktningbarns foreldre eller andre familiemedlemmer for å skaffe til veie de opplysninger som er nødvendige for at barnet kan gjenforenes med sin familie.” Gjenforening med familien kan derfor sies å være et overordnet mål, men dette forutsetter at foreldrene eller familien er i stand til å tilby barnet en god nok omsorgssituasjon. Foreldrenes omsorgsevne både i Norge og ved en eventuell retur til hjemlandet må utredes og vurderes, og her vil foreldrenes psykiske og fysiske helse ha stor betydning.

Også barnets tilknytning til *andre* enn omsorgspersonene er viktig i denne vurderingen. Det gjelder for eksempel barnets tilknytning til venner, skolekamerater, lærer eller behandlingspersonell. For mange barn som har opplevd krenkelser og svik fra voksne, er det en svært krevende prosess å knytte seg til nye mennesker. *Hensynet til opprettholdelse av status quo* er derfor viktig, særlig for barn som har flyttet mange ganger og levd i en ustabil og utrygg tilværelse, noe mange flyktningbarn har, og som har etablert seg med et nettverk og en trygg situasjon i Norge. Det må anses som et mål i seg selv å *unngå unødige flyttinger*.

Også forhold knyttet til barnets *identitet* kan være viktige i en barnets beste-vurdering, herunder barnets behov for og muligheter til å få ivaretatt og utviklet sin kulturelle identitet og tilhørighet. Etter BK artikkel 20 skal det eksempelvis

⁶⁰ Sandberg 2006, s. 11.

tas hensyn til 'ønskeligheten av kontinuitet i barnets oppdragelse og til barnets etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn' ved beslutninger om omsorgsalternativ for barn som midlertidig eller permanent er fratatt sitt familiemiljø, for eksempel enslige mindreårige asylsøkere.

Av andre momenter som tillegges vekt i vurderingen av barnets beste, er individuelle faktorer som *barnets sårbarhet, alder og spesielle behov*. Her vil både barnets personlighet og dets tidligere historie være relevant. Jo mer sårbart barnet er, desto mer ro og stabilitet vil det trenge, og desto viktigere er det ikke å bryte kontakten med nåværende gode omsorgspersoner og et nyetablert miljø og nettverk. Jo yngre barnet er, desto fortere vil det knytte seg til nye personer og et nytt sted. Under barnets sårbarhet faller også vurderinger av *barnets fysiske og psykiske helse*, og hvilke konsekvenser det vil få for barnet dersom barnet ikke får et planlagt behandlingstilbud eller behandling som er igangsatt avbrytes. Også sosioøkonomiske forhold *ved retur* må tas i betraktning som ledd i barnets beste-vurderingen, som muligheten til skolegang.⁶¹

Et problematisk trekk ved barnets beste-vurderinger er at man vil kunne støte på argumenter som isolert inngår i en slik vurdering, men som er innbyrdes motstridende. I barnevernssaker hender dette for eksempel med forholdet mellom hensynet til en stabil og god omsorgssituasjon og hensynet til å ivareta biologiske bånd ved at barnet blir boende hos sine foreldre i spørsmål om omsorgsovertakelse eller andre tvangstiltak, og forholdet mellom hensynet til å ivareta status quo og en stabil situasjon hos fosterforeldre og hensynet til å gjenoppta familielivet med biologiske foreldre i spørsmål om tilbakeføring av omsorg.⁶² Tilsvarende kan gjelde i asylsaker, for eksempel i forholdet mellom

⁶¹ CRC/GC/2005/6 pkt. 84.

⁶² I noen tilfeller kan det derfor være mer klargjørende å snakke om barnets interesser framfor barnets beste, se Stang 2007, s. 95–105.

barnets behov for kontinuitet i varetakelsen av kulturell og biologisk tilhørighet og barnets behov for en trygg og stabil omsorgssituasjon. Kate Halvorsen viser til at barnets beste-vurderingen også må tilføyes sunn fornuft ('common sense') i forhold til en kulturelt sett annerledes familietradisjon. Hun viser til et eksempel der norske myndigheter ikke fant barnets tante som aktuell omsorgsperson fordi hun ikke tidligere hadde hatt omsorgen for barnet: "This appears to be an ethnocentric statement and not based on the culture the boy comes from in which the extended family members play a bigger role in the lives of children."⁶³ Samtidig bør man ikke ha urealistiske forventninger til det utvidede familienettverkets villighet og mulighet til å påta seg ekstra omsorgsansvar og økonomisk ansvar i en fra før ofte presset situasjon. En god balanse mellom idyllisering av andre familiekulturer og en entosentrisk holdning er viktig å tilstrebe, se for eksempel pkt. 5.8 om sak L-14.

Barnets beste-vurderingen har ikke bare betydning for spørsmålet om hvorvidt det skal innvilges opphold for barnet selv, men også i forhold til hvorvidt foreldre og søsken skal innvilges opphold der familien søker sammen.⁶⁴ Dersom det vil være det beste for barnet at også resten av familien får opphold, er dette et moment som skal tas i betraktning, på samme måte som denne koblingen kan føre til den motsatte konklusjonen.

Barnets egen oppfatning av sitt liv og sin situasjon kan både ses som et moment i barnets beste-vurderingen, eller som et selvstendig vurderingsgrunnlag etter BK artikkel 12, se nedenfor. Det at barnet ikke alltid selv er i stand til å vurdere sitt eget beste og at barnets ønsker også kan stå i direkte motsetning til den løsning som framstår som den beste for barnet, kan tale for å la barnets egne

⁶³ Halvorsen 2004, s. 38.

⁶⁴ Jeg holder familiegjenforeningsspørsmål utenfor her.

synspunkter bli undergitt en selvstendig vurdering.⁶⁵ Eekelaar argumenterer for den første løsningen og ser barnets egen medvirkning i beslutningsprosessen som en sentral del i barnets beste-vurderingen:

”The child is placed in an environment which is reasonably secure, but which exposes it to a wide range of influences. As the child develops, it is encouraged to draw on these influences in such a way that the child itself contributes to the outcome. The very fact that the outcome has been, at least partly, determined by the child is taken to demonstrate that the outcome is in the child’s best interests.”⁶⁶

Jeg er enig i det, med de to forbeholdene som nevnt over når det gjelder betydningen av *barnets eget ønske*. Men barnet kan likevel bidra med helt nødvendige *opplysninger om sin livssituasjon mer generelt*, uavhengig av hva barnet selv ønsker i forhold til det konkrete resultatet. Ikke alle barn vet hva de skal mene om utfallet av beslutningen, og noen ganger vil barnet føle at det kommer i lojalitetskonflikt til foreldrene dersom barnet sier noe om dette. Ser man barnets medvirkning som *et bidrag uavhengig av subjektiv vilje*, deler jeg fullt ut Eekelaars syn.

4.3.3 BID – ‘Determination of the Best Interests of the Child’

FNs høykommissær for flyktninger har utarbeidet egne retningslinjer for barnets beste-vurderingen i saker som gjelder barn det knytter seg spesiell bekymring til. Flyktningbarn er en slik gruppe som retningslinjene får anvendelse på. BID (Formal Determination of the Best Interests of the Child) defineres slik:

”[A] formal process with specific procedural safeguards and documentation requirements that is conducted for certain children of concern to UNHCR,

⁶⁵ Om forholdet mellom barnets ønsker, barnets interesser og barnets beste, se Stang 2007, s. 95–98 med referanser.

⁶⁶ Eekelaar 1994, s. 47–48, i Alston 1996 s. 12.

whereby a decision-maker is required to weigh and balance all the relevant factors of a particular case, giving appropriate weight to the rights and obligations recognized in the CRC [Convention on the Rights of the Child] and other human rights instruments, so that a comprehensive decision can be made that best protects the rights of children.”⁶⁷

Mye av det som framgår av BID følger allerede av våre forpliktelser etter barnekonvensjonen og andre internasjonale konvensjoner. Jeg vil likevel framheve to sentrale momenter i BID som bør være retningsgivende for norske utlendingsmyndigheters praksis og som kommer i tillegg til de momenter som framgår av pkt. 4.3.1 og 4.3.2 over: For det første skal et vedtak treffes på bakgrunn av *alle relevante faktorer*. Det innebærer i utgangspunktet at alle forhold som kan ha betydning for utfallet for barnet bør undersøkes og avveies. Dette følger for så vidt allerede av forvaltningsloven § 17 og plikten til å sørge for at saken blir tilstrekkelig opplyst. BID kan bidra til at denne plikten skjerpes noe. Her bør utlendingsmyndighetene strekke seg så langt det er forsvarlig og mulig innenfor den ressursituasjonen de opererer innenfor og i forhold til å overholde en rimelig saksbehandlingstid. Dette gjelder særlig i forhold til å utrede, vurdere og følge opp barnets omsorgssituasjon ved retur. For det andre: I avveiningen av sakens relevante faktorer skal barnets rettigheter etter barnekonvensjonen tillegges rimelig (‘appropriate’) vekt. Her uttrykker BID det som ellers følger av våre forpliktelser etter barnekonvensjonen, men som sjelden viser seg i konkrete saker: også *andre* bestemmelser enn artikkel 3 nr. 1 er relevante og nødvendige å ta i betraktning. Også Norges forpliktelser etter andre ‘human rights instruments’, for eksempel EMK artikkel 3 og praksis fra EMD, skal med i vurderingen der de er relevante og tillegges vekt, også her som ledd i Norges internasjonale forpliktelser. BID gir et samlet uttrykk for disse forpliktelsene når det gjelder en spesielt sårbar gruppe barn – flyktningebarn.

⁶⁷ UNHCR 2006, s. 5.

BID kan på denne bakgrunn utgjøre et nyttig supplement til BK artikkel 3 nr. 1 i praksis, og bidra til å påminne saksbehandlere om andre av våre internasjonale forpliktelser. BID er utarbeidet av et internasjonalt ekspertorgan med stor innflytelse, et organ som har som sitt ansvar å overvåke implementeringen av menneskerettighetene på flyktningrettens område. Norge bør generelt som et foregangsland for barns menneskerettigheter strekke seg etter en maksimumsstandard i vår oppfyllelse av slike forpliktelser, se også pkt. 7.6.

4.3.4 Utforming av politikk

Hensynet til barnets beste i artikkel 3 er ikke bare en retningslinje for skjønnnet, det er også et overordnet prinsipp som Norge har forpliktet seg til å ta hensyn til i utformingen av politikk på områder som berører barn.

”Consideration of the best interests of the child should be built into national plans and policies for children and into the workings of parliaments and governments, nationally and locally, including in particular, in relation to budgeting and allocation of resources at all levels.”⁶⁸

En innvandringspraksis som medfører at hensynet til barnets beste som hovedregel må vike for innvandringsregulerende hensyn, er som nevnt i strid med barnekonvensjonen.⁶⁹ Utgangspunktet bør være det motsatte, i hvert fall der det er klart hvilken løsning som er best for barnet.

⁶⁸ Hodgkin og Newell 2007, s. 36.

⁶⁹ Slik også Ot.prp. nr. 75 (2006–2007), s. 160, men forarbeidene til ny utlendingslov er ikke helt konsekvente i denne oppfatningen.

4.3.5 Hvordan kan barnets beste-prinsippet implementeres?

Hensynet til barnets beste kan komme inn på alle nivåer i saksbehandlingen, både prosessuelt i forhold til utforming av gode prosedyrer ved for eksempel høring av barnet, og i forhold til reglenes materielle innhold:

”It [BK artikkel 3] thus requires decision-makers to make the child’s best interests a primary consideration. This obviously is relevant to *procedural questions*, such as the decision to appoint a guardian for the child, whether or not to detain a child, to return a child to a safe third country, to interview a child at all or alone or to subject the child to delay and long-term uncertainty about decisions concerning their future. The best interests principle is also relevant to such *substantive questions* as defining the behaviour that counts as persecution of a child, the circumstances that give rise to a well-founded fear in a child, and the threshold that a child must meet to discharge their burden of proof.”⁷⁰

Materielt sett kan barnets beste være relevant ved disse vurderingene:

- I forhold til vurdering av barnets *alder*, taler prinsippet om barnets beste for at den alder legges til grunn som best gagnar barnet (at barnet har oppgitt riktig alder)
- I forhold til vurderingen av *faktum* (asylhistorien) der det er tvil om faktum, taler prinsippet om barnets beste for at det faktum legges til grunn som gagnar barnet best
- I forhold til vurderingen av *troverdighet* der det er tvil om denne, taler prinsippet om barnets beste for at barnet anses troverdig
- I forhold til hvorvidt det foreligger *forfølgelse, tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling* eller ikke, taler prinsippet om barnets beste for å anse et forhold som forfølgelse m.m. der det kan være tvil om dette
- I forhold til spørsmålet om barnet har en *velbegrunnet frykt* for forfølgelse, er prinsippet om barnets beste et relevant vurderingskriterium for hva som kan anses som velbegrunnet for dette konkrete barnet

⁷⁰ Bhabha og Young 1999, s. 97.

- I forhold til *risiko* for å bli utsatt for (ny) forfølgelse eller tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, taler prinsippet om barnets beste for å legge en lav risikovurdering til grunn
- I forhold til spørsmål om *barnets omsorgssituasjon* eller *behandlingsmuligheter* i hjemlandet, eller spørsmål om hvorvidt barnet kan søke *beskyttelse fra myndighetene* i hjemlandet, taler prinsippet om barnets beste for å stille høye krav til dokumentasjon for at omsorgssituasjonen eller behandlingsmulighetene dekker barnets grunnleggende behov, og at myndighetene i hjemlandet faktisk gir ønsket beskyttelse for barnet.⁷¹

Norske myndigheter benytter i dag hensynet til barnets beste først og fremst som en avveiningsnorm i forhold til andre hensyn i vurderingen av opphold på humanitært grunnlag etter ul. § 8 andre ledd. Prinsippet får dermed en mer begrenset anvendelse enn barnekonvensjonen og dens forarbeider legger opp til.

4.4 Retten til liv og utvikling: BK artikkel 6

BK artikkel 6 lyder:

1. Partene erkjenner at hvert barn har en iboende rett til livet.
2. Partene skal så langt det er mulig sikre at barnet overlever og vokser opp.

Retten til liv er den mest grunnleggende av alle menneskerettigheter, og utgjør også forutsetningen for utøvelse av andre rettigheter.⁷² Artikkel 6 kan derfor

⁷¹ Se for eksempel Bhabha og Young 1999, Tuitt 2000 og McAdam 2006. Om anvendelsen av barnets beste i svensk utlendingspraksis, se Schiratzki 2000, s. 206–225.

⁷² I forarbeidene til SP ble retten til liv betegnet som 'the most fundamental of all rights' og av FNs menneskerettskomité General Comment on Article 6 som 'the supreme right from which no derogation is permitted even in the time of public

forstås som en rett til *liv, overlevelse og utvikling*. Formuleringen 'overlever og vokser opp' omfatter her mer enn den rent faktiske overlevelse og utvikling. Under forarbeidene til barnekonvensjonen påpekte den italienske representanten at begrepene overlevelse (*survival*) og utvikling (*development*) var sammenbundet:

"The child's survival should be ensured in order to realize the full development of his or her personality, both from the material and spiritual points of view."⁷³

Også andre FN-dokumenter og juridisk litteratur støtter en slik utvidende tolkning av forpliktelsene til å sikre barnets utvikling som følger av artikkel 6.⁷⁴ Retten til liv er for øvrig nedfelt i andre konvensjoner, for eksempel EMK artikkel 2 og SP artikkel 6. Til disse to konvensjonene er det utarbeidet tilleggsprotokoller om forbud mot for eksempel dødsstraff, jf. også forbudet mot dødsstraff i BK artikkel 37 a).

I forhold til flyktningbarn er utviklingsperspektivet interessant. Det kan spørres hvilke forpliktelser Norge som mottakerland har etter BK artikkel 6 i forhold til å ivareta flyktningbarns *muligheter til en god utvikling*. Forbudet mot retur der det foreligger en risiko for at barnet vil bli utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff i hjemlandet, følger allerede av torturkonvensjonen artikkel 3 og flyktningkonvensjonen artikkel 33 jf. EMK artikkel 3 og BK artikkel 37 a), se kapittel 5. EMK artikkel 3 vurderes i UNEs vedtak i tilknytning til utlendingslovens § 15 første ledd, annet punkt som forbyr

emergency', Detrick 1999, s. 77 med henvisninger. Stang 2007 viser i en 'rettighetspyramide' hvordan retten til liv utgjør basis, deretter kommer retten til verdighet og integritet, retten til omsorg, helse og velferd, og øverst i pyramiden kommer barnets deltakerrettigheter, s. 86.

⁷³ Detrick 1999, s. 131.

⁷⁴ Detrick 1999, s. 140 viser til McGoldrick 1991, s. 139: 'McGoldrick submits that statements made during the course of the drafting of Article 6 and other provisions of the CRC, such as Article 27 (*Standard of living*), support the interpretation of the child's right to development as covering physical and mental development [...]'.

retur av et barn dersom barnet 'av liknende grunner som angitt i flyktningdefinisjonen står i en nærliggende fare for å miste livet eller bli utsatt for en umenneskelig behandling.' Det kan spørres om artikkel 6 forbyr retur av barn som lider av alvorlig fysisk eller psykisk sykdom ved at slik retur kan utsette barnet for en forverring av sykdommen eller tilstanden; behandlingsmulighetene i hjemlandet kan være høyst usikre, og dette vil kunne redusere barnets muligheter til en god utvikling på sikt. Etter praksis i dag vurderes helsemessige spørsmål som ledd i vurderingen av opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 8, under vilkåret "sterke menneskelige hensyn". I denne vurderingen er innvandringsregulerende hensyn et relevant mothensyn. Det er det ikke i en vurdering av Norges forpliktelser etter EMK artikkel 3 og BK artikkel 6 og 37 a). Artikkel 6 vil være et relevant tolkningsmoment i slike saker. Derfor burde det rutinemessig vurderes om barnets fysiske og mentale helsetilstand er av en slik art at selve returen kan forverre denne og om dette i så fall kan komme i konflikt med våre forpliktelser etter artikkel 6, se nærmere pkt. 5.10 og 6.6.

4.5 Retten til deltakelse: BK artikkel 12

Artikkel 12 lyder i norsk oversettelse:

1. "Partene skal garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med alder og modenhet.
2. For dette formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller gjennom en representant eller et egnet organ, på en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett."

Barnets deltakelse i saken bør i så stor grad som mulig foregå på barnets premisser. FNs barnekomité har uttrykt dette slik i forhold til små barns rett til deltakelse, i General Comment nr. 7, 2005 hvor komiteen understreker betydningen av et barneperspektiv:

“To achieve the right of participation requires adults to adopt a child-centred attitude, listening to young children and respecting their dignity and their individual points of view. It also requires adults to show patience and creativity by adapting their expectations to a young child’s interests, levels of understanding and preferred ways of communicating.”⁷⁵

Voksne må respektere barnets integritet og verdighet og *tilpasse seg barnet*, ikke omvendt.⁷⁶ Barnekonvensjonen artikkel 12 gir barn ytringsrett ”i alle forhold som vedrører barnet”, ikke bare de personlige. Ytringsretten er heller ikke begrenset til å gjelde barnets rettigheter etter konvensjonen. Formuleringen ”affecting the rights of the child” ble foreslått i stedet for ”in all matters affecting the child”, men avvist.⁷⁷ Artikkel 12 gjelder også forvaltningssaker og saker for domstolene, og anses som bærebjelken i forestillingen om barnets deltakelse. Artikkel 12 utgjør dessuten tolkningsgrunnlag for andre bestemmelser i barnekonvensjonen. For eksempel pålegger artikkel 22 partene å treffe alle egnede tiltak for å sikre at et barn som søker flyktningstatus får behørig beskyttelse og humanitær hjelp i utøvelsen av rettigheter etter konvensjonen, herunder retten til deltakelse i saken etter artikkel 12.

Barnets rett til deltakelse ses på som sentral for ivaretakelsen av barnets verdighet, integritet og selvfølelse. Derfor anses også retten til deltakelse for å

⁷⁵ CRC/C/GC/7/Rev.1 2006: ”Implementing child rights in early childhood”, s. 7.

⁷⁶ Om barns rett til respekt for sin verdighet og integritet, se Stang 2007 pkt. 3.2.2

⁷⁷ Sharon Detrick 1999, s. 221–222. Lucy Smith mener for øvrig det er grunn til å tro at barnekonvensjonens artikkel 12 er inspirert av den norske barnelovens regler om barns med- og selvbestemmelsesrett. Smith 2004, pkt. 6.

være et vesentlig virkemiddel i realiseringen av hensynet til barnets beste generelt. Forholdet mellom barnets rett til deltakelse og barnets beste mer konkret, viser seg særlig i to situasjoner. Den første gjelder tilfeller hvor det ikke vil være til barnets beste å benytte uttaleretten, for eksempel fordi barnet motsetter seg det, eller barnet vil kunne komme i sterk lojalitetskonflikt med foreldrene dersom det uttaler seg. Den andre situasjonen gjelder der et barn ønsker å uttale seg og klart gir uttrykk for sitt ønske, men hvor barnets vilje ikke samsvarer med det avgjørelsesmyndigheten vurderer som best for barnet. Når det gjelder den første situasjonen, kan det spørres om man under henvisning til barnets beste kan tilsidesette retten til deltakelse etter artikkel 12. Dette var en av problemstillingene i dommen i Rt. 2004, s. 811. Dommen gjaldt endring av samvær etter barneloven. Barna var i denne saken blitt sterkt involvert i foreldrenes mangeårige konflikt. Dette gjaldt særlig gutten på tolv år, som ble ansett for å være symptomfører for denne konflikten gjennom problemer på skolen og generelle atferdsproblemer. Førstvoterende uttalte at utgangspunktet var at barnet hadde en rett til å bli hørt, men at denne retten måtte ses i lys av hensynet til barnets beste:

”Saka må også i alle tilfelle vurderast i lys av det grunnleggjande prinsippet om barnets beste, slik det er slått fast både i barnelova og i barnekonvensjonen.”⁷⁸

Avskjæringen av guttens rett til å bli hørt ble begrunnet med at bare det å bli spurt om hvorvidt han ønsket å uttale seg eller ikke, ville kunne utsette gutten for press. Dommen er blitt kritisert for å bidra til å svekke barns uttalerett.⁷⁹

Dommen er, slik jeg ser det, vanskelig forenlig med barnekonvensjonen artikkel 12. Sakens spesielle karakter gjør for øvrig dommen mindre prinsipiell og svekker dens rettskildeverdi. Det rettslige utgangspunktet må være klart: man

⁷⁸ Pkt. 47. Dommen gjaldt rettstilstanden før lovendringen i 2003, men retten uttalte at resultatet ville blitt det samme etter de nye reglene (7-årsgrensen), jf. pkt. 31.

⁷⁹ Smith 2004.

kan ikke tilsidesette barns rettigheter etter barnekonvensjonen artikkel 12 under henvisning til barnets beste. Dette synet har støtte i UNICEFs håndbok til barnekonvensjonen: “[...] States cannot quote the best interests principle to prevent children having an opportunity to express their views.”⁸⁰ Barnet må tilbys muligheten til å uttale seg, med klar beskjed om at barnet selv kan velge å la det være. Dersom selve det å skulle ta standpunkt til om man ”burde eller måtte uttale seg” innebærer at barnet føler seg presset, er det fristende å hevde at noe er galt med måten man tenker at barnet skal bli presentert for sin uttalerett på.

I saken Sahin mot Tyskland 2001 unnlot nasjonale myndigheter å høre barnet også ut fra den begrunnelse at det ikke var til barnets beste.⁸¹ Her var barnet atskillig yngre – fem år. Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) kritiserte myndighetene for ikke å ha hørt barnet da saken ble behandlet i EMD første gang (i Kammer, den 11. oktober 2001), men ikke ut fra barnets deltakerrettigheter. Grunnlaget for kritikken var at saken ikke var blitt tilstrekkelig opplyst, noe Kammeret fant, med fem mot to stemmer, at innebar et brudd på Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 8 (rett til familieliv). Det ble framhevet at nasjonale myndigheter burde tilrettelagt situasjonen ut fra barnets lave alder, i stedet for å unnlate å høre barnet under henvisning til at det kunne innebære en psykisk påkjenning for barnet. EMD uttalte blant annet:

”It is essential that the competent court gives careful consideration to what is in the best interests of the child after having had direct contact with the child. [...]. Correct and complete information on the child’s relationship to the applicant as the parent seeking access to the child *is an indispensable prerequisite for*

⁸⁰ Hodgkin og Newell 2007, s. 153.

⁸¹ Sahin mot Tyskland, appl. no. 30943/96, 11. oktober 2001 (Kammer) og 7. juli 2003 (Storkammer, gjaldt spørsmål om samværsrett). Dommen er også omtalt i Søvig 2005 s. 200-203 og 209-212 og i Stang 2007b s. 39-43.

establishing a child's true wishes and thereby striking a fair balance between the interests at stake.”⁸²

Da saken ble behandlet for Storkammeret den 8. juli 2003, kom imidlertid EMD til motsatt resultat og fant, med tolv mot fem stemmer, at det ikke forelå noe brudd på EMK artikkel 8. Flertallet fant ikke grunn til å kritisere nasjonale domstoler for ikke å ha hørt barnet. Flertallet argumenterte ut fra hensynet til barnets beste og viste til nasjonale myndigheters skjønnsmargin, men diskuterte ikke en mulig konflikt i forhold til barnets rettigheter etter barnekonvensjonen artikkel 12, herunder hvorvidt barnet har en rett til å vurdere om det ønsker å uttale seg eller ikke.

FNs barnekomité mener særlig utsatte grupper av barn står i fare for å bli *diskriminert* i forhold til artikkel 12, og understreker også betydningen av spesiell tilrettelegging for særlig utsatte grupper av barn i gjennomføringen av artikkel 12. Her framheves blant annet flyktningbarn:

”The Committee stresses that appropriate measures need to be undertaken in order to address discrimination of vulnerable or marginalized groups of children such as those affected by poverty or armed conflict, children without parental care, including children in institutions, children with disabilities, refugee and displaced children, street children and children belonging to indigenous and minority groups, in order for all children to enjoy the right enshrined in article 12.”⁸³

I prinsippet kan derfor verken offentlige myndigheter eller barnets foreldre avskjære barnets uttalerett etter artikkel 12. Etter utlendingsforskriften § 55 a tredje ledd skal det avholdes samtale med barn som kommer i følge med foreldre som søker asyl ”med mindre det anses åpenbart unødvendig eller foreldrene motsetter seg dette.” Det siste er ikke i overensstemmelse med BK

⁸² Pkt. 69, min utheving.

⁸³ FNs barnekomité 2006, Recommendations II a) pkt. 8. Se også FN-resolusjonen A World fit for Children 2002, sk. 7.

artikkel 12 som gir barn en ubetinget uttalerett i alle spørsmål som angår dem.⁸⁴ UNE har selv reist spørsmålet om – og konkludert med – manglende samsvar mellom forskriften § 55 a og BK artikkel 12, men kom til at problemstillingen var lite praktisk fordi det var 'liten grunn til å tro at barnet vil være villig til å samtale med utlendingsmyndighetene dersom foreldrene motsetter seg dette'.⁸⁵ Dersom dette er riktig, er det antakelig en konsekvens av at foreldrene gis anledning til å avskjære en slik samtale ved å nekte å samtykke. Dersom dette i stedet presenteres overfor foreldrene som en ubetinget rettighet barnet har og som foreldrene ikke kan motsette seg, men hvor de gis anledning til å være til stede, vil det kanskje forholde seg annerledes. Dersom foreldrene skal kunne nekte barnet å uttale seg, gjøres det et inngrep i barnets uttalerett etter artikkel 12 som ikke har grunnlag i forarbeidene til barnekonvensjonen eller kommentarene til denne bestemmelsen. Artikkel 12 nr. 2 sier også eksplisitt at barn 'særlig skal gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller gjennom en representant [...] på en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett'. Slike saksbehandlingsregler kan avgjøre hvordan barnet skal høres, men kan ikke avskjære barnet retten til å uttale seg:

"[I]t is only open to State Parties to enact procedural rules as to the manner of the child's participation. They may not, however, enact rules *restricting the right of the child to be heard* under Article 12(2)."⁸⁶

Det kan hevdes at foreldrene i kraft av foreldreansvaret har kompetanse til å (nekte å) samtykke *på barnets vegne* til om barnet skal uttale seg. Her kan barnet og foreldrene ha motstridende interesser. Foreldrene er derfor ikke

⁸⁴ Slik også Lidén, Rusten og Aarseth 2008, s. 237. Forfatterne har uttrykt en rekke anbefalinger i forhold til praksis med barnesamtaler i utlendingsaker. Utlendingsforskriften er pr. juni 2008 under revisjon.

⁸⁵ Fagnotat 16.03.2006, s. 10.

⁸⁶ Detrick 1999, s. 224 (min utheving).

nødvendigvis best egnet til å ivareta barnets interesser i dette spørsmålet. Det bør vurderes om en setteverge skal samtykke på barnets vegne. Det kan også vurderes om det i noen tilfeller kan være aktuelt at en (sette)verge er til stede under samtalen i stedet for foreldrene, dersom dette vil stille barnet friere. Samtidig kan det være et poeng i seg selv at foreldrene får høre hvordan barnet opplever krig, flukt og flyktningtilværelsen i Norge.⁸⁷

BK artikkel 12 er vel kanskje den bestemmelsen som gir den klareste og mest absolutte rettigheten av alle de 41 artiklene konvensjonen omfatter. Hvis man ønsker å bedre muligheten for å kunne avdekke barnespesifikke former for forfølgelse eller tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, bør man legge til rette for en størst mulig deltakelse for barnet, på alle nivåer i saksbehandlingen, med eller uten foreldrenes samtykke.

Det har vært gjort undersøkelser av hvorvidt og hvordan barn høres i utlendingssaker. Hilde Rusten (2006) fant blant annet at saksbehandlingsprosedyrene ikke tilfredsstilte konvensjonens krav i forhold til barns deltakelse, at barnets synspunkter ble tillagt for liten vekt og at de standardiserte vurderingene gjorde etterprøving av barnets deltakelse vanskelig.⁸⁸ For fullt ut å imøtekomme barnekonvensjonens krav, har vi antakelig ennå et stykke vei å gå. Kanskje kan forbedringer i lov være et første skritt:

”Undersøkelsen av utlendingfeltet har vist at høring av barn fortsatt er på et tidlig stadium og krever endringer både i lovverk og praksis. Vi mener at barns uttalerett som et første trinn bør nedfelles i den nye utlendingsloven. [...]. En lovendring vil sende et signal om at uttaleretten er prioritert fra regjeringens side, og at barn har rett til å bli hørt i *alle* saker som angår dem.”⁸⁹

⁸⁷ Bruvatne 2006, s. 124.

⁸⁸ Rusten 2006, s. 74.

⁸⁹ Lidén, Rusten og Aarset 2008, s. 244.

4.6 Oppsummering

FNs barnekonvensjon inneholder fire hovedprinsipper – eller 'søyler': Forbudet mot diskriminering i artikkel 2, prinsippet om barnets beste i artikkel 3 nr. 1, retten til liv, overlevelse og utvikling i artikkel 6, og retten til å delta og bli hørt i artikkel 12. Disse prinsippene utgjør tolkningsbakgrunn for de øvrige artiklene i barnekonvensjonen og for bestemmelser i nasjonalt regelverk.

Hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Det er ikke nok å tillegge dette hensynet vekt på lik linje med andre relevante hensyn, det skal tillegges større vekt enn andre hensyn. Andre hensyn kan imidlertid gå foran hensynet til barnets beste, særlig dersom de er rettighetsbaserte. Når det gjelder enslige mindreårige asylsøkere, har FNs barnekomité uttalt at innvandringsregulerende hensyn ikke kan gå foran hensynet til barnets beste. Uttalelsen må tillegges vekt som en presiserende tolkning av innholdet i artikkel 3 nr. 1. En innvandringspraksis som medfører at hensynet til barnets beste som hovedregel, eller i et stort antall saker, må vike for innvandringsregulerende hensyn er i strid med artikkel 3 nr. 1. Utgangspunktet må være at barnets beste skal ha forrang.

Jo mer sikkert det er hva som er barnets beste i en konkret sak, desto høyere blir terskelen for å tilside sette barnets beste i forhold til andre hensyn, og omvendt: jo mer usikkert det er hva som er barnets beste, desto lettere vil andre hensyn kunne tillegges større vekt. Vurderingen av barnets beste skal være en individuell vurdering i hver enkelt sak hvor alle relevante faktorer tas i betraktning. Det innebærer at barnets beste-vurderingen ikke må være for

standardisert. Malen bør derfor bare i begrenset grad utformes med tanke på den skjønnsmessige vurderingen.

5. Barnespesifikk tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff

5.1 Innledning

Det er allmenn enighet om at tortur forårsaker et stort spekter av fysiske og psykiske lidelser hos offeret. For mange som har vært utsatt for tortur, blir det en livslang kamp å klare å vinne tilbake glede, mening og trygghet i livet, og noen klarer det aldri. Effekten av tortur på et menneskes utvikling kan vanskelig måles og vil avhenge av en rekke individuelle faktorer. Alder er en av de faktorene som har betydning her.

”The psychological consequences of torture, however, occur in the context of personal attribution of meaning, personality development and social, political and cultural factors. For this reason, it cannot be assumed that all forms of torture have the same outcome. For example, [...], one cannot assume that the effects of detention and torture on an adult will be the same as those on a child.”⁹⁰

Barn estimeres å utgjøre rundt halvparten av verdens flyktningbefolkning, det vil si 8-10 millioner barn. Mange av disse lever under elendige forhold, dårlig ernæring og hygiene og uten noen form for helsekontroll. De får ikke

⁹⁰ UNHCR Istanbul Protocol 2004, s. 45.

vaksinasjoner eller medisiner.⁹¹ Disse barna er særlig utsatt for ulike former for overgrep og utnytting. Noen av dem forsvinner og tvangsadopteres. Noen selges og utnyttes i prostitusjon og barnepornografi, andre til tvangsarbeid og slaveri. Noen utnyttes også til organkriminalitet ved at vitale organer fjernes og selges gjennom internasjonale nettverk.⁹²

To til fire prosent av flyktningbarna anslås å være enslige. Bare en mindre andel av disse barna når vestlige landegrenser. Forskning viser at barn i stadig større grad blir direkte ofre for alvorlige menneskerettighetsbrudd, og flykter derfor på lik linje med voksne fra ulike former for overgrep, forfølgelse og krig, og har et tilsvarende – og sterkere – behov for vern og beskyttelse:

”[C]hildren are no longer just innocent bystanders caught in the crossfire of armed conflict, but are subject to calculated genocide, forced military conscription, gender-based violence, torture, and exploitation. Other violations inflicted on children may be unrelated to armed conflict but are also widespread, including child abuse, bonded labour, female genital mutilation, child prostitution, child pornography, and child trafficking for sexual or labour exploitation.”⁹³

Omfanget av skadevirkninger som følge av tortur og andre traumatiske erfaringer mot barn kan avhenge av alder, utviklingsnivå og kognitive evner. Jo yngre barnet er, desto mer vil barnets erfaring med og forståelse av traumatiske hendelser bli påvirket av den umiddelbare reaksjonen og holdningen hos den primære omsorgsgiver, normalt foreldrene.⁹⁴ Christie og Waaktaar hevder at krig rammer barn annerledes enn voksne på tre hovedområder:

⁹¹ Cohn 1993, s. 28.

⁹² Heiberg 2004, s. 3.

⁹³ Bhabha og Young 1999, s. 85–86 med henvisninger.

⁹⁴ UNHCR Istanbul Protocol, s. 57 (pkt. 313) med beskrivelser av skadevirkninger. Om torturmetoder og følger, se for eksempel Eitinger 1989, s. 1860–62, Cohn og Strøm 2003, særlig s. 55–74 (helsemessige konsekvenser) og 98–101 (rehabilitering), og Bruvatne 2006, s. 234–260.

”[B]arnets manglende kognitive kapasitet til å knytte krigshandlingene til en forståelseskontekst, barnets sårbarhet overfor svikt i beskyttelsesapparatet, og barnets tap av jevnaldernetverk.”⁹⁵

I tillegg påpekes at det å være barn av krigstraumatiserte foreldre kan påføre barnet ytterligere belastninger som det å ha foreldre som er følelsesmessig utilgjengelige, uberegnelige i temperament, foreldre som i eksil har mistet sine sosiale kompetanseområder og som framstår som avmektige, hjelpeløse ofre som ikke egner seg som identifikasjonsmodeller. Foreldrenes erfaringer får dermed også konsekvenser for deres omsorgsevne.⁹⁶ En del av de barna som kommer til Norge som asylsøkere med sine foreldre er i en slik situasjon, noe som aktiverer barnevernets tiltaksapparat, og som kanskje burde gjøre det i større grad enn i dag. Melzak betegner denne gruppen barn som ”*psychologically unaccompanied*”.⁹⁷ Foreldrenes manglende omsorgsevne er også noe som vektlegges i norsk praksis: ”Dersom det sannsynliggjøres at begge foreldre på grunn av sine helseproblemer er ute av stand til å gi sine barn forsvarlig omsorg, bør dette tillegges stor vekt.”⁹⁸

Barn *utsettes* for de samme torturmetoder som voksne. I tillegg *eksponeres* de for tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling av nære personer de er glad i og avhengige av, og kan også bli *fratatt* sine omsorgspersoner ved at disse blir drept eller bortført. Videre er det grunn til å anta at barn, på grunn av sin avhengighet av voksne, i større grad enn dem utsettes for overgrep og undertrykking som *ikke er relatert til væpnede konflikter*. Man kan dermed si at barn generelt er utsatt for flere former for overgrep og undertrykkelse, på flere arenaer og nivåer, enn voksne. Ikke alle

⁹⁵ Christie og Waaktaar 1997, s. 122.

⁹⁶ Christie og Waaktaar 1997, s. 122.

⁹⁷ Melzak 2004, s. 73.

⁹⁸ IR 10-14-01, s. 11.

slike overgrep blir rettslig identifisert og anerkjent som tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling i utlendingsmyndighetenes saksbehandling, selv om de etter sin art kan sidestilles med slike overgrep. Særlig overgrep begått av private blir ofte beskrevet som 'enkeltstående tilfeller' av overgrep som er forbudt ved lov og som myndighetene i hjemlandet derfor forutsettes å skulle gi tilstrekkelig beskyttelse mot. Men i en del av de landene Norge mottar asylsøkere fra, er systematisk undertrykking av kvinner og barn med blant annet vold og seksuelle overgrep så utbredt at det i praksis må anses alminnelig anerkjent, også hos myndighetsrepresentanter i disse landene. Den reelle beskyttelsen kan da bli illusorisk, og man blir henvist til lokale NGO-er og menneskerettsorganisasjoner for hjelp.

Også overgrep i barnets private sfære kan kvalifisere til tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Stater har et aktivt ansvar, ikke bare en passiv plikt, til å treffe tiltak for å forebygge og sikre at ingen utsettes for alvorlige menneskerettsbrudd, herunder fra private, og etablere et sanksjonssystem for slike brudd.⁹⁹ Denne '*non-state actor doctrine*' har særlig relevans for kvinner og barn:

"This doctrine [the non-state actor doctrine] has particular salience for children, because of their dependence and vulnerability, the power disparity vis-à-vis their adult caretakers, and their lack of easy access to non-familial sources of protection. As with women, domesticity and privacy may present great dangers to children, especially female children, and render them defenceless."¹⁰⁰

⁹⁹ Statene skal ta 'reasonable steps' for å forhindre for eksempel seksuelle overgrep og omsorgssvikt mot barn. Et slikt skritt kan være å plassere barnet utenfor hjemmet, se Mowbray 2004, s. 45–46. Dette ble første gang fastslått av EMD i saken Costello-Roberts mot England 1993, appl. no. 13134/87, se Kil Kelly 2001, s. 315.

¹⁰⁰ Bhabha og Young 1999, s. 106.

Jeg vil i dette kapitlet presentere det konvensjonsmessige rettskildegrunnlaget for forbudet mot tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff overfor barn. Jeg behandler ikke rettsregler i nasjonal lovgivning, for eksempel i straffeprosessloven eller utlendingsloven, annet enn som sekundærhenvisninger. Jeg vil presentere tolkninger av begrepene 'tortur', 'grusom, umenneskelig og nedverdiggende behandling' i forhold til barn med utgangspunkt i internasjonal praksis, komitéuttalelser og juridisk litteratur. Jeg vil også gi enkelte eksempler fra noen av UNE-sakene i materialet.

Det understrekes at det er vanskelig å si noe entydig, generelt og sikkert om hvor grensen går mellom hvilke handlinger eller opplevelser som kan omfattes av vernet mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, og hvilke som ikke kan det. Det finnes ingen slik fast grense. Gråsonen mellom overgrep som faller utenfor og innenfor EMK artikkel 3/BK artikkel 37 a) må vurderes ut fra det konkrete tilfellet, der en rekke generelle og individuelle momenter vil ha betydning. Det er disse jeg skal forsøke å løfte fram og systematisere.

5.2 Torturdefinisjoner

Barn er også mennesker, og derfor omfattet av de torturdefinisjonene som finnes i torturkonvensjonen, EMK og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP). Nedenfor presenteres helt kort torturdefinisjonene i de mest sentrale konvensjonene. Hovedvekten legges på en tolkning av barnekonvensjonen artikkel 37 a) i relasjon til EMDs praksis etter EMK artikkel 3 når det gjelder mishandling av og seksuelle overgrep mot barn.

5.2.1 Torturkonvensjonen artikkel 1 nr. 1 og 16

Etter *torturkonvensjonen artikkel 1 nr. 1* er tortur definert slik:

”[A]ny act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is *intentionally* inflicted on a person for such *purposes* as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of *a public official* or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions” (mine uthevinger).

Torturkonvensjonen artikkel 16 omfatter også annen grusom, umenneskelig og nedverdiggende behandling:

1. Each State Party shall undertake to prevent in any territory under its jurisdiction other acts of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment which do not amount to torture as defined in article 1, when such acts are committed by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. In particular, the obligations contained in articles 10, 11, 12 and 13 shall apply with the substitution for references to torture or references to other forms of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.
2. The provisions of this Convention are without prejudice to the provisions of any other international instrument or national law which prohibit cruel, inhuman or degrading treatment or punishment or which relate to extradition or expulsion.

En viktig begrensning for torturkonvensjonens anvendelse er at handlingen skal være påført med *hensikt* og ha et *formål*, for eksempel tilståelse, og at den skal være påført av eller med samtykke av en *offentlig ansatt* person eller en annen

som utfører arbeid på vegne av det offentlige. Utenfor faller dermed uaktsomme, ikke målrettede handlinger eller handlinger begått av privatpersoner.¹⁰¹

5.2.2 EMK artikkel 3

Etter EMK artikkel 3 lyder: ”Ingen må utsettes for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.” Denne bestemmelsen har ingen forbehold knyttet til hvem som utfører torturen, hvem den rammer eller i hvilken hensikt det skjer. EMD har en omfattende praksis knyttet til tolkningen av artikkel 3. Jeg skal nevne noen av de dommene som tolker denne artikkelen i forhold til fysisk avstraffelse av barn i barneoppdragelsen, grov omsorgssvikt og seksuelle overgrep mot barn. Noen fullstendig tolkning av EMK artikkel 3 fører ut over dette prosjektets formål.¹⁰²

5.2.3 SP artikkel 7

Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter har en tilsvarende bestemmelse i artikkel 7 som lyder: ”Ingen må utsettes for tortur eller for grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. I særdeleshet må ingen, uten sitt frie samtykke, utsettes for medisinske eller vitenskapelige eksperimenter.” Den siste setningen kom til etter at det i kjølvannet av andre verdenskrig ble avdekket at slike eksperimenter hadde foregått.

¹⁰¹ Nærmere om tolkningen av torturkonvensjonen artikkel 1, se Burgers og Danelius 1988, s. 114–123 og Ingelse 2001, s. 205–240 med henvisninger til torturkomiteens praksis.

¹⁰² Om EMK artikkel 3, se for eksempel R. Morgan og M.D. Evans (red.) 1999 (beskyttelse av fanger), U. Erdal og H. Bakirci 2006 (praksishåndbok), Kaasin 2005 (vold mot kvinner) og Smith 2004 (voldtekt som torturmetode).

5.2.4 EUs charter for grunnleggende rettigheter

I EU-charteret artikkel 4 heter det: "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment." Denne artikkelen er identisk med EMK artikkel 3. EU-charterets artikkel 5 forbyr slaveri, tvangsarbeid og trafficking. Dette er forhold som også kan diskuteres i tilknytning til EMK artikkel 3, se nedenfor.

5.2.5 Barnekonvensjonen artikkel 37 a)

BK artikkel 37 a) lyder:

Partene skal sikre at:

a) intet barn utsettes for tortur eller annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Verken dødsstraff eller livsvarig fengsel uten mulighet til løslatelse skal idømmes for lovovertridelser begått av personer under 18 år,

Artikkel 37 a) bygger på SP artikkel 7, og derfor er forarbeidene til SP relevante i tolkningen av BK artikkel 37 a). FNs menneskerettighetskomité uttaler i General Comment nr. 7 om SP artikkel 7 at de handlinger som er forbudt etter artikkel 7, ikke er definert i SP. Komiteen anså det ikke nødvendig å trekke opp en liste over forbudte handlinger eller å etablere et skarpt skille mellom ulike former for straff eller behandling. Grensen mellom forbudte og lovlige handlinger må avhenge av arten, hensikten og alvorlighetsgraden av den behandling eller straff som er utøvd. Både fysisk og mental smerte og lidelse omfattes av artikkel 7. Med særlig tanke på barn, uttalte komiteen at forbudet måtte omfatte fysisk avstraffelse,¹⁰³ og at artikkel 7 beskyttet særlig barn, elever

¹⁰³ Det er usikkert om SP artikkel 7 omfatter fysisk avstraffelse som sådan, eller bare særlig kvalifiserte former for dette, se Detrick 1999, s. 623 med henvisninger.

og pasienter i lærings- og behandlingsinstitusjoner.¹⁰⁴ Det må antas at for eksempel barn i barnevernsinstitusjoner også omfattes. Artikkel 7 i SP er dermed også relevant i tolkningen av BK artikkel 19, og omvendt.¹⁰⁵

Bestemmelsen tar særlig sikte på fengsling av barn. Men flere former for grusom, umenneskelig og nedverdiggende behandling kan tenkes. Her må artikkel 37 a) ses i sammenheng med andre av konvensjonens bestemmelser, som artiklene 3 (barnets beste og retten til omsorg), 6 (retten til liv og utvikling), 19 (vern mot overgrep og omsorgssvikt), 32 (barnearbeid), 34 (vern mot seksuelt misbruk, barnepornografi og barneprostitusjon), 35 (salg av barn) og 38 (vern mot deltakelse i væpnede konflikter).

5.3 'Klassisk' tortur: forhørsmetoder

Som nevnt over kan også barn bli utsatt for det jeg kaller 'klassisk' tortur, altså forhørsmetoder der det blir tatt i bruk torturmetoder. Barn kan brukes for å presse ut informasjon om foreldre som er politisk eller religiøst aktive, eller som tilhører en forfulgt eller diskriminert sosial gruppe. Barn kan også selv være politisk eller religiøst aktive, enten på eget initiativ eller som (tvangs)vervet gjennom ulike grupperinger og organisasjoner.

”En særlig form for børnetortur er afrivning af negle og tortur af fingre indtil knoglebrud. Helt små børn bliver sexuel misbrukt og voldtaget. Børn bliver slået, sparket og pisket, de bliver udsat for falanga (slag under fodsålerne), bliver tvunget til at stå op i flere døgn uden mulighed for at sove, de får intet at drikke eller spise og bliver derved fysisk og psykisk fuldstændig udmattede. Børn opholder sig i totalt isolerede celler under forfærdelige hygiejniske

¹⁰⁴ Detrick 1999, s. 622–623.

¹⁰⁵ For andre konvensjonsbestemmelser om tortur m.v., se Detrick 1999, s. 621–626 med henvisninger.

forhold, bliver udsat for vedvarende stærkt lys og/eller vedvarende stærk støj. De får elektrisk tortur på legemets mest udsatte punkter som for eksempel kønsorganer, tænder og fingerspidser. Man anvender forbrænding med cigaretter, som slukkes på huden. De udsættes for skin-henrettelser, dvs. fingerede, pseudo-likvideringer. Barnet får at vide, at nu bliver det skudt og så 'klikker' våbenet.

En særlig torturform er 'næsten kvælning under vand'. Denne består i at barnets hoved tvinges ned i et badekar, som indeholder alverdens uhumskheder som urin, afføring, opkast og hår. [...].”¹⁰⁶

Dette prosjektet legger ikke opp til noen dypere analyse eller beskrivelse av tortur som sådan. Poenget er å understreke at også barn på lik linje med voksne blir utsatt for 'vanlige' torturmetoder. I tillegg blir barn utsatt for former for tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling som det ikke er så vanlig å klassifisere på denne måten, men som i mange tilfeller bør vurderes slik for at barn skal kunne oppnå det rettvern som følger med slike erfaringer. Det er det siste denne rapporten særlig fokuserer på.

5.4 Eksponering for tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling av nære familiemedlemmer

I tillegg til at barn kan utsettes for tilsvarende tortur som voksne, kan barn oppleve at foreldre arresteres og bortføres gjennom razziaer i hjemmet, ofte midt på natten, og de kan også bli *eksponert for tortur og annen vold mot foreldre og søsken*. Dette er en særlig utspekulert og grusom form for tortur:

”De ser at faderen bliver ført bort eller skudt – de overværer at moderen bliver voldtaget og hele hjemmet raseret. Man har beskrivelser af, hvorledes de indtrængende 'magtpersoner' har maltrakteret børnenes kæledyr og øvrige personlige ejendele for at skjæmme børnene. [...].”

¹⁰⁶ Cohn 1993, s. 28.

Børn arresteres, forhøres og fængsles på ubestemt tid under elendige forhold. I tilslutning til dette udsættes børnene for trusler med deres pårørende og overværer ikke sjældent tortur af egne forældre eller søskende. Denne tortur er overmåde grusom, idet børnene kan se sine foreldre blive tortureret ihjel. Selv har jeg interviewet en dreng, som i en alder af 9 år, blev tvunget til at skyde sin fader.”¹⁰⁷

Barns oplevelser ved å se foreldre, søsken og andre nære personer bli torturert, banket opp, mishandlet, voldtatt eller ydmyket på andre måter, bør vurderes som erfaringer som faller inn under BK artikkel 37 a)/EMK artikkel 3. Det er psykisk tortur. Barn er aldri bare 'vitner' til slike opplevelser, de opplever dem med hele sitt følelsesregister. Det samme gjelder der barn blir tvunget til å se på at deres kjæledyr pines i hjel. Man bør også kunne vurdere små barns opplevelser av at foreldre eller eldre søsken blir arrestert og bortført uten noen forståelig foranledning, som ”umenneskelig”. Barn er helt avhengige av sine omsorgspersoner for å overleve. I vurderingen av om slike erfaringer rammes av EMK artikkel 3, kan man trekke inn tilsvarende individuelle faktorer som EMD oppstiller i forhold til vurderingen av alvorlighetsgraden av handlingene ved tolkningen av EMK artikkel 3:

”The assessment of this minimum level of severity is relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim [...]”.¹⁰⁸

Disse faktorene kan være relevante både i forhold til hvordan barnets erfaringer skal *klassifiseres* rettslig sett, hvilken *effekt* de har på barnets helse og utvikling og dermed hvilke *behov* barnet har for støtte, omsorg og behandling, og i forhold til spørsmålet om hvordan en retur vil *innvirke* på barnets psykiske helse (se nedenfor pkt. 6.6), samt i forhold til *risikoen* for nye traumatiske erfaringer.

¹⁰⁷ Cohn 1993, s. 28.

¹⁰⁸ Peers mot Hellas 2001, pkt. 67

Når det gjelder den rettslige klassifiseringen, bør saker der barn er blitt eksponert for mishandling av familiemedlemmer, for eksempel under militære razziaer i hjemmet, først vurderes etter EMK artikkel 3/ul. § 15. Dersom man finner at barnet ikke har vært utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, kan forholdet drøftes subsidiært under 'sterke menneskelige hensyn' i ul. § 8 andre ledd. Finner man at barnet har vært utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, bør barnets flyktningstatus vurderes som følge av dette, og returvern i forhold til risiko for framtidige overgrep må vurderes. Er barnets helsesituasjon dårlig som følge av barnespesifikk tortur m.v., bør det også vurderes om returvern inntreffer fordi en retur kan innebære umenneskelig behandling av barnet, eller om returvern inntreffer fordi det vil medføre en uopprettelig skade på barnets helse å bli sendt tilbake, se nedenfor pkt. 6.4 og 6.7.

I sak I-11 opplevde to barn på 11 og 15 år (på vedtakstidspunktet; yngre da de traumatiske hendelsene fant sted) at deres mor ble mishandlet og voldtatt av fire soldater under en razzia. Far var forsvunnet, og moren og barna var alene i leiligheten. Barna ble kommandert inn på et annet rom i leiligheten og så ikke overgrepene, men forsto hva som foregikk. Moren og datteren ble slått. Fra vedtaket framgår det at:

”De slo til datteren så hun ble slengt bortover. Hun og broren skulle holde seg unna og oppholdt seg i et annet rom. Selv ble hun [moren] slått og grovt mishandlet. De bandt hendene hennes til et bord og hun ble voldtatt og grovt krenket av alle fire [soldatene]”.

Jenta vurderes som 'alvorlig deprimert og i en uholdbar livssituasjon'. På vurderingsskjema 'MADRS' skårer hun 'maksimalt på konstant og ekstrem vedvarende tristhet og fortvilelse, på vedvarende frykt og angst. Hun skårer høyt på redusert nattesøvn og depressivt tankeinnhold. [...]. Lillebror er redd og har

fysiske plager.’ Det ble ikke vurdert i vedtaket om barnas opplevelser kvalifiserte til ’umenneskelig behandling’, men det burde ha vært vurdert her som barnespesifikk tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Dette ble i stedet vektlagt som ’sterke menneskelige hensyn’, og familien fikk midlertidig opphold på humanitært grunnlag. Forholdet til barnekonvensjonens bestemmelser ble heller ikke vurdert, men burde vært det.

I sak H-10 ble en ti år gammel gutt (alder på vedtakstidspunktet; yngre da hendelsen fant sted) eksponert for paramilitære soldaters mishandling av foreldrene, og ble også selv utsatt for overgrep under flere husransaker. Fra vedtaket framgår blant annet at faren en gang fikk juling, og mor og sønn hørte skrikene hans fra et annet rom i huset. Mor og sønn ble tapet over munnen og bundet fast. Mor ble slått og dradd etter håret. Mor skal ha blitt voldtatt to ganger i sitt eget hjem mens mannen var ute. Sønnen ble tvunget til å se på. Sønnen slet med store konsentrasjonsvansker og sterk kroppslig uro. Han ble diagnostisert til å ha PTSD (angst, mareritt, sengevæting). Familien fikk opphold på grunnlag på humanitært grunnlag, men guttens opplevelser ble ikke drøftet i forhold til BK artikkel 37 a) eller EMK artikkel 3 som psykisk tortur og umenneskelig behandling. De burde de ha blitt, slik jeg ser det. Returvern i forhold til sønnen burde også ha vært drøftet, se pkt. 6.6.

5.5 Deltakelse i militær aktivitet

BK artikkel 38 lyder:

1. Partene forplikter seg til å respektere og sikre respekten for de bestemmelser i internasjonal humanitærrett som gjelder for dem i væpnede konflikter og som berører barnet.
2. Partene skal treffe alle gjennomførbare tiltak for å sikre at personer under 15 år ikke deltar direkte i fiendtligheter.
3. Partene skal avstå fra å rekruttere personer som ikke er fylt 15 år til sine væpnede styrker. Ved rekruttering blant de personer som er fylt 15, men ikke 18 år, skal partene bestrebe seg på først å velge ut de eldste.
4. I samsvar med sine forpliktelser i henhold til internasjonal humanitærrett til å beskytte sivilbefolkningen under væpnede konflikter, skal partene treffe alle gjennomførbare tiltak for å sikre beskyttelse av og omsorg for barn som berøres av en væpnet konflikt.

Barn deltar i væpnede konflikter i over 20 land verden over. Man regner med at mellom 200 000 og 300 000 barn tjener som barnesoldater for opprørsgrupper eller regjeringsstyrker i pågående konflikter. Barna deltar i alle slags krigshandlinger. Mange blir tvangsrekruttert, og mange ser ingen andre reelle alternativer for å overleve enn å slutte seg til militære grupper. FNs Generalforsamling publiserte i 2007 en større rapport om barn i væpnede konflikter. Blant de fakta som ga grunnlag for bekymring, ble det nevnt at barn på flukt er særlig utsatt for tvangsrekruttering.:

”Physically vulnerable and easily intimidated, children typically make obedient soldiers. Many are abducted or recruited by force, and often compelled to follow orders under threat of death. As society breaks down during conflict, leaving children no access to school, driving them from their homes, or separating them

from family members, many children perceive armed groups as their best chance for survival.”¹⁰⁹

Flyktningleire benyttes som rekrutteringsbaser (Sri Lanka, Den Demokratiske Republikken Kongo, Sudan, Tchad, Darfur, Rwanda, Uganda). Fengsling av barn som knyttes til ulike militære grupper er et økende problem (Burundi, Colombia, Den Demokratiske Republikken Kongo, Irak, Israel og Filippinene). Mange av barna som fengsles utsettes for mishandling, tortur, og blir nektet mat og utdanning.¹¹⁰

Barnekonvensjonen opererer med en 15-årsgrense for tvangsrekruttering. I 2002 ble det vedtatt en tilleggsprotokoll til BK om barn i væpnede konflikter. I tilleggsprotokollens artikkel 1 pålegges statene en forpliktelse til å treffe alle relevante tiltak for å sikre at medlemmer av deres militære styrker som er under 18 år ikke deltar direkte i krigshandlinger (*'do not take direct part in hostilities'*). De kan altså utføre militære tjenester som ikke medfører direkte deltakelse i slike handlinger. Videre pålegger tilleggsprotokollens artikkel 2 statene å sikre at barn under 18 år ikke tvangsrekrutteres til det militære. Fortalen uttrykker et mer generelt ønske om å styrke barns rettsstilling og å bedre implementeringen av prinsippet om hensynet til barnets beste på dette området, og viser blant annet til Roma-statuttene som klassifiserer tvangsrekruttering av barn under 15 år som en krigsforbrytelse:

”Reaffirming that the rights of children require special protection [...],

¹⁰⁹ Human Rights Watch, <http://hrw.org/campaigns/crp/index.htm>. På Human Rights Watch' hjemmesider ligger rapporter om barnesoldater i landene Tchad, Nepal, Sri Lanka, Burundi, Vest-Afrika, Liberia, Colombia, Angola, Uganda, Burma, Israel/Vestbredden og Gaza-stripen/palestinske områder, Den Demokratiske Republikken Kongo, Libanon og Sierra Leone.

¹¹⁰ A/62/609-S/2007/757 s. 2–4.

Disturbed by the harmful and widespread impact of armed conflict on children and the long-term consequences it has for durable peace, security and development, [...],

Noting the adaption of the Rome Statute of the International Criminal Court, in particular, the inclusion therein as a war crime, of conscripting or enlisting children under the age of 15 years or using them to participate actively in hostilities [...],

Considering therefore that to strengthen further the implementation of rights recognized in the Convention on the Rights of the Child there is a need to increase the protection of children from involvement in armed conflict,

Convinced that an optional protocol to the Convention that raises the age of possible recruitment of persons into armed forces and their participation in hostilities will contribute effectively to the implementation of the principle that the best interests of the child are to be a primary consideration in all actions concerning children [...].”¹¹¹

FNs barnekomité påpeker i sine ‘Concluding Observations’ om Norge at flesteparten av de enslige mindreårige asylsøkerne som kommer til Norge, kommer fra konfliktområder. Komiteen er bekymret for at Norge ikke etablerer en tilstrekkelig oppfølgingsstrategi for mindreårige asylsøkere, inkludert barn som er blitt rekruttert til eller brukt i krigshandlinger og returnert til hjemlandet. Komiteen mener Norge bør utarbeide personlig oppfølgingsstrategi for hvert barn, og viser spesielt til General Comment nr. 6, se nedenfor kapittel 6.

”With regard to asylum-seeking and refugee children who have been recruited or used in hostilities and returned from Norway to their home countries, the Committee recommends that the State Party take measures, including appropriate bilateral measures, to follow up these cases. The Committee encourages the State Party to provide these children with a personal follow-up strategy, when feasible. In this regard the Committee recommends that the State Party take note of the Committee’s General Comment no. 6 (2005) on treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin.”¹¹²

Komiteen påpeker videre at Norge har et utilstrekkelig behandlingstilbud til barn med krigsopplevelser:

¹¹¹ Se også CRC/C/80, 19th Session, September 1998.

¹¹² CRC/C/OPAC/NOR/CO/1, pkt. 15

”[T]he Committee reiterates its concern about the insufficient supervision of and care provided to unaccompanied asylum-seeking children, including children who have been recruited or used in hostilities, as well as the insufficient psychological and psychiatric services provided to children living in reception centres.”¹¹³

Forhåpentligvis vil tilbudet til enslige mindreårige totalt sett bedres når de nå får sitt eget omsorgssenter fra høsten 2008, men det er viktig at myndighetene har fokus på dette temaet. Som oppsummering kan det fastslås at det er to områder som skal prioriteres i forhold til barn med krigsopplevelser: behandlingstilbud og individuell oppfølging ved eventuell retur.

Som nevnt tidligere er barn som deltar i krig særlig utsatt for tortur og nedverdiggende eller umenneskelig behandling, og de er utsatt for de samme former for tortur som voksne. I tillegg virker krigshendelser sterkere på barn enn på voksne, og er derfor potensielt mer skadelig for barns utvikling enn for voksnes.¹¹⁴ Barn som har deltatt i krigshandlinger bør i asylsaken få sine erfaringer utredet og vurdert i forhold til BK artikkel 37 a)/EMK artikkel 3, og dette bør også få betydning for hvilken tillatelse som gis. Dersom man kommer til at barnets erfaringer faller utenfor artikkel 37 a)/EMK artikkel 3, bør de vurderes i forhold til BK artikkel 38 jf. artikkel 19 og 3 nr. 1, og det bør tas stilling til på hvilken måte Norge gjennom asylvedtaket best kan oppfylle barnekonvensjonens forpliktelser. Uttalelsene om *et utvidet returvern* i General Comment nr. 6 fra barnekomiteen bør vektlegges i alle saker som gjelder mindreårige asylsøkere. Spørsmålet om hvorvidt en retur vil kunne føre til uopprettelig skade på barnets helse og utvikling er det mest sentrale. Ved denne vurderingen bør man legge forskningsbasert kunnskap om traumatiske erfaringers virkning på barns helse til grunn.

¹¹³ CRC/C/OPAC/NOR/CO/1, pkt. 18

¹¹⁴ Christie og Waaktaar 1997, s. 122

FNs barnekomité uttaler at stater 'shall refrain from returning a child in any manner whatsoever to the borders of a State where there is a real risk of underage recruitment, including recruitment not only as a combatant but also to provide sexual services for the military or where there is a real risk of direct or indirect participation in hostilities, either as a combatant or through carrying out other military duties.'¹¹⁵ Uttalelsen gjelder enslige mindreårige asylsøkere, men har også relevans for andre asylsøkerbarn med krigserfaringer. Komiteen viser her til statenes forpliktelser etter BK artiklene 6 og 38, jf. pkt. 6.7 nedenfor.

5.6 Forholdene for barn i fengsler og andre offentlige institusjoner

BK artikkel 37 b)–d) lyder:

Partene skal sikre at

b) intet barn ulovlig eller vilkårlig berøves sin frihet. Pågripelse, frihetsberøvelse eller fengsling av et barn skal skje på lovlig måte og skal bare benyttes som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom,

c) ethvert barn som er berøvet friheten, skal behandles med menneskelighet og med respekt for menneskets iboende verdighet og på en måte som tar hensyn til barnets behov i forhold til dets alder. Særlig skal ethvert barn som er berøvet sin frihet, holdes atskilt fra voksne, med mindre det motsatte anses å være det beste for barnet, og det skal ha rett til å opprettholde forbindelsen med sin familie gjennom brevveksling og besøk, unntatt under særlige omstendigheter,

d) ethvert barn som er berøvet sin frihet, skal ha rett til omgående juridisk og annen egnet bistand, samt rett til å prøve lovligheten av frihetsberøvelsen for en domstol eller annen kompetent, uavhengig og upartisk myndighet og til å få en rask avgjørelse på en slik sak.

¹¹⁵ CRC/GC/2005/6.

Forholdene for barn i fengsel har vært drøftet i flere FN-dokumenter som bekymringsfull. I 2000 rapporterte spesialutsendingen fra FNs høykommissær for flyktninger blant annet følgende:

”Severe overcrowding, unsanitary conditions and inadequate and/or insufficient food and clothing are often exacerbated by a shortage or absence of adequately trained professionals. The resulting lack of appropriate attention to the medical, emotional, educational, rehabilitative and recreational needs of detained children can result in conditions that amount to cruel or inhuman treatment.”¹¹⁶

Ifølge Human Rights Watch blir barn ofte i fengslet over lengre tid, mange barn blir utsatt for forhold som bryter med internasjonale standarder. Ofte blir de plassert sammen med voksne og utsatt for vold fra vakter, de blir nektet mat, medisiner og mental helsehjelp, utdanning og tilgang til grunnleggende sanitært tilbud: ”These children eventually return to society, meaning that the failure to prepare them for their return is shortsighted as well as cruel, carrying enormous social costs.”¹¹⁷ Human Rights Watch har dokumentert systematisk svikt i forhold til å sikre barn rettshjelp og på andre måter en rettferdig rettergang i Brasil, Bulgaria, Guatemala, India, Jamaica, Kenya, Pakistan, Russland og USA.

Fengsling av barn har vært behandlet av EMD i flere saker, vanligvis i forhold til EMK artikkel 6 (fair trial). I T og V mot England 1999 ble også forholdet til EMK artikkel 3 vurdert. Selv om Domstolen ikke fant brudd på artikkel 3 i denne saken, går denne dommen langt i å legge barnekonvensjonens bestemmelser til grunn for sine vurderinger:

”[T]he Court referred expressly to Article 37 of the CRC, which provides that the detention of a child should only be used as a measure of last resort and prohibits life imprisonment of minors without the possibility of release. [...].

¹¹⁶ FNs Generalforsamling 2000, s. 4–5.

¹¹⁷ Human Rights Watch, http://hrw.org/children/juvenile_justice.htm.

The T and V judgements are clearly landmark in nature and provide valuable and necessary guidance as to the compatibility of juvenile criminal proceedings and the sentencing of juveniles with Article 6 and other ECHR provisions. Direct references to the standards in the area of juvenile justice have been accepted by the Court, which, as an international tribunal, is in a position to enforce them.”¹¹⁸

Det ble påpekt at barn, i motsetning til voksne, kan bli utsatt for frihetsberøvelse i mange andre situasjoner enn ved fengsling. For voksne er det vel bare tvangsinnleggelse under lov om psykisk helsevern som kan sidestilles med fengsling i denne sammenheng. Barn kan institusjonaliseres også under barnevernet, i institusjon for psykisk utviklingshemmede barn, institusjoner under det psykiske helsevern, i asylmottak eller omsorgssentre. I en del land institusjonaliseres barn som en del av skolesystemet, for eksempel i England. Barn blir i slike sammenhenger særlig sårbare for ulike former for tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling.

”Foster care systems and residential institutions caring for children who become wards of the State after being orphaned or removed from parental care for their own protection are in some cases alleged to permit inhuman forms of discipline or extreme forms of neglect. Particularly in the case of extremely young children, such abuses can amount to cruel and inhuman treatment. State workers in care institutions are sometimes poorly trained and supervised and are in many cases able, not necessarily with official approval but owing to insufficient monitoring, to subject children to physical, emotional or sexual abuse which would rarely be tolerated in juvenile justice institutions.”¹¹⁹

Det siste indikerer at kontrollen med forholdene for barn i fengsler er bedre sikret enn i institusjoner når det gjelder for eksempel bruk av tvang, antakelig som en følge av at man særlig i den første situasjonen har sett for seg faren for tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling, mens man kanskje har

¹¹⁸ Kilkelly 2001, s. 323.

¹¹⁹ FNs Generalforsamling 2000, s. 4.

undervurdert denne risikoen for barn som berøves friheten av andre grunner enn strafferettslige.

Det er ikke bare barnas lave alder som gjør dem så utsatte for tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling i institusjoner. Det er også et faktum at barn fra særlig sårbare grupper i samfunnet er overrepresentert i institusjoner. Det gjelder for eksempel tidligere gatebarn, flyktningbarn, enslige mindreårige asylsøkere, illegale innvandrerbarn, minoritetsbarn eller barn som tidligere har vært utsatt for overgrep i institusjon eller i familien. Dette er marginaliserte barn som lett kan bli utsatt for diskriminering.¹²⁰ Forholdet mellom barn i fengsel og BK artikkel 37 a) er nærmere behandlet av FNs barnekomité i General Comment nr. 10, 2007.¹²¹

I saker der mindreårige asylsøkere har vært fengslet eller institusjonalisert på andre måter, bør det derfor undersøkes og vurderes om de kan ha vært utsatt for forhold som bryter med BK artikkel 37 a)/EMK artikkel 3, og risikoen for å bli utsatt for slike overgrep bør vurderes i forhold til returvernet, ul. § 15. En del institusjoner for barn holder så lav standard at dette i seg selv kan kvalifisere til umenneskelig behandling, se pkt. 6.5 nedenfor.

I sak K-13 ble en 17 år gammel gutt ansett å være vernet mot retur på grunn av risiko for forfølgelse som kan gi anerkjennelse som flyktning, ul. § 15 første ledd. Gutten var enslig mindreårig asylsøker. Han hadde rømt fra en treningsleir for soldater. Han ble tvangsrekruttert til treningen ved at han ble kidnappet på vei hjem fra fotballkamp. Han fikk imidlertid hjelp av en løytnant til å flykte. I vedtaket heter det blant annet:

¹²⁰ FNs Generalforsamling 2000, s. 4.

¹²¹ CRC/C/GC/10 9. februar, 2007.

”[D]et er på det rene at dersom klageren må returnere til M, vil han bli avhørt av myndighetene. [...]. I den militære straffeloven finnes det regler for dødsstraff for desertering dersom landet er i krig. Det har vært en borgerkrigliknende situasjon i M siden 19xx. I [...] ble det undertegnet en fredsavtale [...]. Denne fredsavtalen er imidlertid fremdeles meget skjør, og det kan ikke ses bort fra at regelen om dødsstraff for desertering vil kunne bli brukt [...]. Det er kjent at dødsstraff er benyttet overfor barn ned i en alder av 14 år.”

Selv om klager ikke skulle risikere dødsstraff, vurderte UNE det slik at han sannsynligvis ville få fengselsstraff, og forholdene i hjemlandets fengsler var usikre. Det kunne for eksempel ikke utelukkes bruk av vold fra fangevoktere. UNE konkluderte derfor med at gutten sto i en nærliggende fare for å miste livet eller bli utsatt for en umenneskelig behandling ved retur, og ble innvilget asyl. Imidlertid ble verken EMK artikkel 3, BK artikkel 3 eller 37 a) nevnt i vedtaket. Slik jeg ser det, er utlendingsmyndighetene forpliktet til å vurdere forholdet opp mot de nevnte bestemmelsene der det foreligger grunnlag for det i faktum.

5.7 Fysisk avstraffelse utenfor institusjoner og annen vold mot barn

BK artikkel 19 lyder:

1. Partene skal treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative, sosiale og opplæringsmessige tiltak for å beskytte barnet mot alle former for fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk, vanskjøtsel eller forsømmelig behandling, mishandling eller utnyttning, herunder seksuelt misbruk, mens en eller begge foreldre, verge(r) eller eventuell annen person har omsorgen for barnet.
2. Slike beskyttelsestiltak bør omfatte effektive prosedyrer for utforming av sosiale programmer som yter nødvendig støtte til barnet og til dem som har omsorgen for barnet, samt andre former for forebygging, påpeking, rapportering, viderehenvisning, undersøkelse, behandling og oppfølging av tilfeller av barnemishandling som tidligere beskrevet og, om nødvendig, for rettslig oppfølging.

BK artikkel 19 gjelder først og fremst overgrep og omsorgssvikt i familien, men omfatter også andre som har ansvaret for barnet, for eksempel fosterforeldre eller ansatte på institusjon.¹²² Artikkel 19 går ut over det som kan betegnes som tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling, men en del av de tilfeller som dekkes av artikkel 19 vil også omfattes av BK artikkel 37 a) og EMK artikkel 3.¹²³

Barn utsettes for vold i mange ulike sammenhenger. I Norge er det forbudt å slå barn som ledd i barneoppdragelsen og undervisning i skolen, men i mange land er dette tillatt eller blir praktisert og stilltiende akseptert. Ellers opplever barn verden over vold i fengsler, institusjoner, private hjem, i arbeidssituasjoner og på gaten. Gatebarn er særlig utsatt: "Seen as vagrants or criminals, street children have been tortured, mutilated, and subjected to death threats and extrajudicial execution."¹²⁴

Vold mot barn begås både av offentlig ansatte og av private. FNs barnekomité avholdt en 'day of discussion' i 2000 på temaet *statlig vold mot barn* og i 2001 *vold mot barn i skolen og i familien*. Komiteen understreker at det særlig er barn uten en fast familietilknytning som er særlig utsatte for statlig vold:

"Unfortunately, it is often children deprived of family protection who are most commonly victims of the worst forms of mistreatment and abuse, and too often such abuse takes place either at the hands of State agents or is made possible by their approval, tolerance or neglect."¹²⁵

¹²² Detrick 1999, s. 326.

¹²³ Detrick 1999, s. 319.

¹²⁴ Human Rights Watch: Violence against children, <http://hrw.org/children/violence.htm>.

¹²⁵ CRC/C/97 2000, s. 2.

Som påpekt tidligere, befinner enslige mindreårige asylsøkere seg i en slik sårbar situasjon. FNs barnekomité viste i diskusjonsnotatet til at en del av den volden barn ble utsatt for, falt inn under torturkonvensjonens bestemmelser og BK artikkel 37 a).¹²⁶ En av deltakerne i diskusjonen etterlyste konkrete eksempler på effektive tiltak, politikk og programmer for å implementere torturkonvensjonens artikkel 1 og BK artiklene 19 og 37 a):

”He [Sir Nigel] emphasized in particular the need for alternative sentences, review of legislation, bringing to justice perpetrators of torture and providing compensation and rehabilitation to victims, and for efforts to be made for sensitization, education and training.”¹²⁷

Vold i hjemmet og skolen var tema for barnekomiteens General Comment nr. 8, 2006. Komiteen tar avstand fra enhver form for fysisk refselse av barn, og legger til grunn en vid definisjon av fysisk avstraffelse: ”any punishment in which physical force is used and intended to cause some degree of pain or discomfort, however light.”¹²⁸ Ikke all vold og mishandling barn opplever, i eller utenfor hjemmet, kan anses som tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling som omfattes av EMK artikkel 3 jf. BK artikkel 37 a). Men i saken A mot England 1998, som gjaldt en ni år gammel gutt som ble slått av sin stefar, understreker EMD at forbudet mot tortur og annen umenneskelig og nedverdiggende behandling omfatter mishandling begått av private. EMD understreker også barns behov for et særlig vern mot vold, og viser her til BK artiklene 19 og 37 a):

”The Court considers that the obligation on the High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken together with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their

¹²⁶ S. 6 og s. 8.

¹²⁷ CRC/C/97 2000, s. 8, pkt. 677.

¹²⁸ Nærmere om komiteens uttalelse, se CRC/C/GC/8.

jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, including such ill-treatment administered by private individuals [...]. Children and other vulnerable individuals, in particular, are entitled to State protection, in the form of effective deterrence, against such serious breaches of personal integrity (see the United Convention on the Rights of the Child, Articles 19 and 37)” (pkt. 22).

Flere av de sakene EMD har behandlet om vold mot barn har også omfattet brudd på EMK artikkel 8 – retten til privatliv. EMD finner at EMK artikkel 8 går ut over de forhold som rammes av artikkel 3. I saken *Bensaid mot England* 2001 uttaler Domstolen:

“Not every act or measure which adversely affects moral or physical integrity will interfere with the right to respect to private life guaranteed by Article 8. However, the Court's case-law does not exclude that treatment which does not reach the severity of Article 3 treatment may nonetheless breach Article 8 in its private-life aspect where there are sufficiently adverse effects on physical and moral integrity” (pkt. 46).

Generelt legger EMD vekt på følgende generelle faktorer i vurderingen av om det foreligger brudd på artikkel 3:

”The Court recalls that, according to its case law, ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum level of severity is relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim [...]”. (*Peers mot Hellas* 2001, pkt. 67).

Mishandlingen må også gå ut over fysisk avstraffelse generelt: “Indeed, Article 3 [...], be expressly prohibiting 'inhuman' and 'degrading' punishment, implies that there is a distinction between such punishment and punishment more generally” (*Costello-Roberts mot England* 1993, pkt. 30). Mishandlingens alvorlighetsgrad skal altså vurderes ut fra de individuelle omstendigheter i saken, noe som innebærer at barnets subjektive opplevelser og den konkrete

effekt mishandlingen har på barnet kan vektlegges. Alder og helsetilstand er vesentlig for en slik vurdering. Som utgangspunkt kan det fastslås at *jo yngre barnet er eller jo mer skadet det fra før av er, desto lavere bør terskelen være for å kunne vurdere mishandlingen under artikkel 3*. Av andre momenter som har betydning ved tolkningen av begrepene 'inhuman' og 'degrading', uttaler EMD i saken T. og V. mot England 1999:¹²⁹

“Treatment has been held by the Court to be 'inhuman' because [...] it was premeditated, was applied for hours at a stretch and caused either actual bodily injury or intense physical and mental suffering, and also 'degrading' because it was such as to arouse in its victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them” (pkt. 69).

Det er ikke noe absolutt vilkår at ydmykelsen er tilsiktet:

”[T]he Court notes that, although the question whether the purpose of the treatment was to humiliate or debase the victim is a factor to be taken into account, the absence of any such purpose cannot conclusively rule out a finding of a violation of Article 3 [...]”. (Peers mot Hellas 2001, pkt. 74).

I de sakene der mishandling og overgrep mot barn er blitt omfattet av artikkel 3, er det begrepene 'umenneskelig' og 'nedverdiggende' som har vært gjenstand for drøftelsen, ikke begrepet 'tortur'. Men utviklingen med en dynamisk tolkning av menneskerettighetene kan medføre at slike forhold i framtiden vil bli ansett som tortur:

“[T]he Court considers that certain acts which were classified in the past as 'inhuman and degrading treatment' as opposed to 'torture' could be classified differently in future.” (Selmouni mot Frankrike 1999, pkt. 10).

¹²⁹ Saken gjaldt behandling av barn i fengsel, men uttalelsen er veiledende også for andre saker (James Bulger-saken der en ti år gammel og en elleve år gammel gutt ble idømt fengselsstraff for det grusomme drapet på toåringen James Bulger).

Plan Norge argumenterer for et utvidet torturbegrep, blant annet i forhold til kjønnslemlestelse, og sier blant annet: ”Plan Norge vil utvide begrepsinnholdet til tortur på tre felt: Fra offentlig sfære til privat sfære, fra menn til kvinner og fra voksne til barn.”¹³⁰ Antakelig vil det være en naturlig utvikling på sikt. På mange måter kan man si at torturbegrepet er eller tolkes diskriminerende overfor barn, ettersom mye tyder på at barnespesifikke erfaringer i mindre grad anses som tortur og i større grad kommer i kategorien ’umenneskelig eller nedverdiggende behandling.’

Som en oppsummering kan man fastslå at mishandling av barn kan omfattes av EMK artikkel 3 som umenneskelig og nedverdiggende behandling, og også torturdelen av denne bestemmelsen dersom handlingene kvalifiserer til det. Også handlinger begått av private omfattes. Det legges vekt på faktorer som arten av mishandlingen, hvilken sammenheng den foregikk i, varigheten, dens fysiske og mentale effekt på barnet og barnets kjønn, alder og helsetilstand. Jo yngre barnet er og jo sterkere effekt mishandlingen har på barnet, desto mer sannsynlig er det at det foreligger brudd på EMK artikkel 3. En del av de forhold som ikke faller inn under artikkel 3 vil likevel innebære menneskerettsbrudd etter artikkel 8, retten til privatliv.

Det er i utgangspunktet foreldrenes ansvar å beskytte barnet mot vold og overgrep fra private. Men når foreldrene ikke klarer oppgaven eller selv står for overgrepene, har barn rett til statenes beskyttelse i form av effektive tiltak (’effective deterrence’) mot slike alvorlige menneskerettsbrudd. Et slikt tiltak kan være å sikre asylsøkerbarn et effektivt returvern der risikoen knytter seg til fare for mishandling i hjemlandet. Uttalelsene om *et utvidet returvern* i General Comment nr. 6 fra barnekomiteen (se nedenfor) bør vektlegges i alle saker som

¹³⁰ <http://www.plan-norge.no/Media/Nyheter/2007/Stopptorturen%20mot%20jenter.aspx>.

gjelder mindreårige asylsøkere, men er også relevant i andre tilfeller. Herunder er spørsmålet om hvorvidt en retur vil kunne føre til uopprettelig skade på barnets helse og utvikling det mest sentrale. Ved denne vurderingen bør man legge forskningsbasert kunnskap om traumatiske erfaringers virkning på barns helse til grunn.¹³¹

Dersom risikoen ikke kan knyttes opp mot BK artikkel 37 a)/EMK artikkel 3, bør det i utlendingssaker vurderes hvilke forpliktelser som følger av BK artikkel 19 jf. artikkel 3 nr. 1 om barnets beste og artikkel 3 nr. 2 om retten til omsorg. Uavhengig av den framtidige risikoen for å bli utsatt for vold og mishandling, bør det blant annet vurderes konkret hvordan barn med slike erfaringer vil tåle en retur, hvordan møtet med de steder i hjemlandet der overgrep er blitt begått og med tidligere overgripere vil virke inn på barnets psykiske helse. Videre bør det vurderes hvorvidt barnets omsorgspersoner i hjemlandet vil ivareta disse barnas spesielle behov for oppfølging. Til en slik vurdering bør det benyttes sakkyndig.

I sak G-09 var mor og barn blitt grovt mishandlet av barnas far i hjemlandet. Blant annet hadde faren ved en anledning brukket den yngste sønnens arm. Om familievold generelt i vedkommende land framgikk det av et Info-notat som lå ved saken blant annet:

”[F]amilievold er svært vanlig, og muligheten for å komme unna en slik situasjon er minimal. Det anslås at 50–90 % av alle [...] kvinner blir ofre for vold hvor overgriper er et familiemedlem eller en annen person i nærmiljøet. Overgrep mot kvinner får sjelden rettslige konsekvenser, både fordi kvinner er tilbakeholdne med å anmelde overgrep og fordi de ikke kommer noen vei med en anmeldelse hos politi- og rettsvesen. Det offentlige tilbudet til kvinner i krise

¹³¹ <http://www.nkvts.no/bibliotek/Publikasjoner/Publikasjonsliste.htm>. Nærmere om vold mot barn, se bl.a. The United Study on Violence against Children 2006, CRC/C/GC/8 2006, NOU 2003:31 og Mossige og Stefansen 2007

er svært mangelfullt, og det offentlige tilbudet kan heller ikke anses trygt – muligheten for nye overgrep er til stede for kvinner som har slike opphold. Heller ikke tilfredsstillende private tilbud til kvinner som har behov for beskyttelse foreligger.”

I sakens merknader står det: ’Dersom klageren står i fare for å måtte returnere til sin ektefelle i N, må man således legge til grunn at hun og barna igjen vil bli utsatt for mishandling’ og konklusjonen i merknadene var: ’Det må anses som sannsynlig at hun og barna risikerer mishandling dersom de i N må returnere til ektefellen [...]’. Likevel kom nemnda til at familien fikk avslag. De overgrep moren og barna ble utsatt for ’må i utgangspunktet anses som kriminelle handlinger. Søkeren må derfor henvises til å søke bistand hos hjemlandets myndigheter.’ Nemnda viser til UDIs vedtak hvor det blant annet heter:

”Utlendingsdirektoratet er kjent med at deler av politi- og rettsvesen i N kan fungere dårlig og at korrupsjon er utbredt. Direktoratet er imidlertid samtidig kjent med at N i større grad enn tidligere tar kriminalitet på alvor, herunder kriminalitet knyttet til rusmidler. [...].

Det er heller ikke gitt opplysninger som tilsier at søkerens barn har et behov for beskyttelse i Norge. [...].”

Mishandling i form av fysisk vold og trusler av en viss art og et visst omfang, mener nemnda kan anses som forfølgelse. Men nemnda ’finder det imidlertid ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at klageren vil bli utsatt for forfølgelse i konvensjonens forstand ved en retur til N. Nemnda legger til grunn at mor og barn kan flytte til mors familie. Etter det opplyste ble ikke mor og barn mishandlet mens de bodde hos mors foreldre.’ Mor forteller at det er usikkert om hun kan fortsette å bo med barna hos sine foreldre. Mors omsorgsevne i denne saken var betydelig redusert som følge av hennes psykiske tilstand. Avslaget utløste en akutt psykisk krise som medførte innleggelse. Dette ble ikke vektlagt: ”Problemer som kan knyttes til selve tilstedeværelsen som asylsøker og

avslag på og søknad om asyl og frykt for å returnere til hjemlandet uten at det foreligger et beskyttelsesbehov, tillegges mindre vekt.”

Barnas frykt nevnes ikke her. Det framgår ikke av vedtaket ellers hva barna selv tenker og føler. Mors reduserte omsorgsevne tillegges heller ikke vekt, til tross for at far ikke var aktuell omsorgsperson. Saken styrker oppfatningen av at en del av de overgrep barn (og kvinner) utsettes for, blir vurdert som en oppgave for lokale myndigheter, her til tross for at lokale myndigheter utviser mangelfull beskyttelse mot slike overgrep. Saken kunne vært vurdert etter EMK artikkel 3/BK artikkel 37 a) eller i hvert fall etter BK artikkel 19.

5.8 Seksuelle overgrep og grov omsorgssvikt

Seksuelle overgrep omfatter voldtekt, enkeltstående overgrep eller seksuelt misbruk i og utenfor familien, barneprostitusjon, bruk av barn i barnepornografi og trafficking. BK artikkel 19 omfatter som nevnt også seksuelle overgrep og omsorgssvikt. I tillegg skal BK artiklene 34 og 35 beskytte barn mot andre former for misbruk og utnytting, se nedenfor. Alle de nevnte former for seksuelt misbruk av barn kan kvalifisere til tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Voldtekt, særlig av kvinner, men også av barn, er en mye brukt strategi av motstandere i krigssituasjoner.

”Rape is not incidental to conflict. It can occur on a random and uncontrolled basis due to the general disruption of social boundaries and the license granted to soldiers and militias. More often, however, it functions like other forms of torture and is used as a tactical weapon of war to humiliate and weaken the morale of the perceived enemy. During armed conflict, rape is used to terrorize populations or to force civilians to flee.”¹³²

¹³² Hodgkin og Newell 2007, s. 511, med henvisninger. Om voldtekt som torturmetode, se Peel 2004.

Michael Peel skriver om voldtekt av barn blant annet:

”Rape is human rights abuse.

Rape in childhood, by definition the time in human development of immaturity and fragility of the personality, will lead to a variable extent to specific consequences of the experiences of violence, loss, humiliation and disorganisation that it involves. Such experiences of violence in childhood are likely to have a serious and profound impact on subsequent development.”¹³³

EMD har uttalt seg om seksuelle overgrep mot barn i forhold til EMK artikkel 3 i noen få saker, men oppstiller ingen generelle kriterier for når seksuelle overgrep er å anse som tortur, nedverdiggende eller umenneskelig behandling (det er de to siste kriteriene som er aktuelle her). Veiledende her er foruten faktum i de aktuelle sakene, det generelle prinsippet om barnets beste i artikkel 3 nr. 1 og EMDs tolkning av kriteriene umenneskelig (*inhuman*) og nedverdiggende (*degrading*), se forrige avsnitt saken T. mot England 1999. I saken E m.fl. mot England 2002 var barna blitt utsatt for grov vold og seksuelle overgrep fra sin stefar over mange år. Domstolen uttalte:

”The Court recalls that the four applicants allege that they suffered sexual and physical abuse from W.H. over a long period of time. There is no doubt that the treatment described [...] falls within the scope of Article 3 of the Convention as inhuman and degrading treatment” (pkt. 89).

Måten barna ble mishandlet på, minner om klassiske torturmetoder: Barna måtte blant annet strippe foran stefaren og slå hverandre med hundelenker, de ble slått til blods og kastet mot veggen, stefaren sto oppå barnas bare føtter med sko på mens han vred foten om.

¹³³ Peel 2004, s. 72.

Saken Z m.fl. mot England 2001 gjaldt ekstrem omsorgssvikt. Barnas opplevelser ble av en av de sakkyndige betegnet som 'horrific experiences'. Fire barn ble mishandlet og vanskjøttet over år av begge foreldrene. De fikk ikke nærhet eller stimulans, mat eller skikkelige klær, ble stengt ute i en skitten bakgård eller låst inne på soverommene som verken hadde teppe på gulvet eller leker og hvor sengetøy aldri ble skiftet (flere av barna var sengevætere). Barna stjal mat om natten, og lette etter matrester i søppelbøtter ute. Domstolen konkluderer at forholdene utvilsomt rammes av artikkel 3:

"There is no dispute in the present case that the neglect and abuse suffered by the four applicant children reached the threshold of inhuman and degrading treatment [...]. It [the State] was under a statutory duty to protect the children and [the local authorities] had a range of powers available to them, including the removal of the children from their home. The present case, [...], leaves no doubt as to the failure of the system to protect these applicant children from serious, long-term neglect and abuse" (pkt. 74).

Dommen Z m.fl. mot England var banebrytende da den kom, ved at den plasserte et aktivt ansvar på offentlige myndigheter for å gripe inn overfor barns omsorgssvikt i hjemmet, og ved å videreutvikle tolkningen av artikkel 3 i denne sammenheng. Seksuelle overgrep og grov omsorgssvikt omfattes dermed av forbudet mot umenneskelig og nedverdiggende behandling, forutsatt at disse forholdene er gjort kjent for offentlige myndigheter og at myndighetene ikke iverksetter relevante tiltak.

Barn som har vært utsatt for mishandling, seksuelle overgrep og omsorgssvikt i hjemlandet bør få sine erfaringer vurdert etter BK artikkel 37 a)/EMK artikkel 3. Dersom det ikke kan sannsynliggjøres noen risiko for slike overgrep i framtiden bør det vurderes ved hjelp av en sakkyndig hvordan barnets tidligere erfaringer kan påvirke retursituasjonen og møtet med hjemstedet, det vil si gjensyn med de steder overgrep har skjedd, og risikoen for å støte på vedkommende overgriper i

lokalmiljøet. Uansett alvorlighetsgrad bør slike forhold vurderes etter BK artikkel 19 jf. artikkel 3 nr. 1 og artikkel 3 nr. 2, og det bør spørres hvordan Norge gjennom asylsaksbehandlingen best kan oppfylle barnekonvensjonens krav. Her vil også den reelle beskyttelsen mot overgrep som lokale myndigheter kan tilby samt muligheten for behandling og oppfølging være vesentlig, se pkt. 6.7 nedenfor om rehabilitering. Uttalelsene om *et utvidet returvern* i General Comment nr. 6 fra barnekomiteen om hvorvidt en retur vil kunne føre til uopprettelig skade på barnets helse og utvikling bør tillegges vekt. Ved denne vurderingen bør man legge forskningsbasert kunnskap om traumatiske erfaringers virkning på barns helse til grunn.¹³⁴

I sak L-14 ble en mor og flere barn returnert til hjemlandet. Det viste seg i ettertid at barna ble utsatt for grov omsorgssvikt og vanskjøtsel etter hjemkomst som følge av morens manglende omsorgsevne. Moren var blant annet blitt utsatt for grov vold og overgrep fra terrorister i hjemlandet mens hun var gravid, og spontanaborterte som følge av dette. Etter overgrepene ble hun innlagt på sykehus i to måneder. Moren var apatisk, passiv og deprimert. Barna ble mer eller mindre overlatt til seg selv, den eldste jenta fungerte som mor for søsknene (hun var 16 år), familien levde under svært kummerlige forhold der barnas grunnleggende materielle behov ble forsømt. Far var ute av bildet, og den øvrige nære familie stilte åpenbart ikke opp for barna som forutsatt. Morens sterkt reduserte omsorgsevne som følge av det hun hadde vært utsatt for, ble ikke tillagt vekt av UNE. I vedtaket heter det blant annet:

”Nemnda mener det ikke vil være i strid med barnekonvensjonen å returnere barna til hjemlandet. Det er i vurderingen sett hen til at barna har en relativt svak tilknytning til Norge, og må antas å ha en sterk tilknytning til F. Det er videre

¹³⁴ Se for eksempel Norsk kunnskapssenter for vold og traumatisk stress, temasider om PTSD hos barn og unge, http://www.nkvts.no/temasider/tema_barn/barn_Ptsd.htm.

lagt vekt på at barna vil returnere til F sammen med sine foreldre og søsken og at *det ikke fremkommer opplysninger som tilsier at foreldrene ikke vil være i stand til å gi forsvarlig omsorg*. Det er videre sett hen til at barna for øvrig har et nettverk, bl.a. i form av nær familie, i hjemlandet, som kan bidra til forsvarlig omsorg. [...]. Det er ikke fremkommet opplysninger som tilsier at klageren og barna for øvrig er i en særskilt sårbar situasjon i forhold til retur til hjemlandet.” (Min utheving).

Det er verd å merke seg bruken av dobbel nektelse i vedtaket. Det er forvaltningsorganet som etter fvl. § 17 har ansvaret for sakens opplysning, ikke de private partene. Slik bruk av dobbelt-nektelser som i dette vedtaket er betenkelig fordi ansvaret for sakens opplysning i praksis overføres til partene, se om dette i pkt. 2.3.1 over. Saken viser for øvrig hvor viktig det er at norske myndigheter sørger for at foreldrenes omsorgsevne utredes tilstrekkelig, at barnas spesifikke behov blir utredet og vurdert og at situasjonen ved retur blir skikkelig utredet og fulgt opp i etterkant, i tråd med barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Det er ikke mulig å implementere hensynet til barnets beste uten at faktum blir utredet. Slik barnas situasjon framsto i denne saken, var det nærliggende å se den opp mot EMK artikkel 3, og i alle tilfeller var den uforenlig med BK artikkel 3 og 19.¹³⁵

5.9 Andre former for overgrep, undertrykking og utnyttning av barn

5.9.1 Kjønnsslemlestelse

BK artikkel 24 nr 3 lyder:

Partene skal treffe alle effektive og egnede tiltak for å avskaffe tradisjonsbunden praksis som er skadelig for barnets helse.

¹³⁵ Familien har oppnådd å få fornyet behandling av sin søknad i Norge. Så vidt vites er vedtak ikke truffet i saken per 15. april 2008.

Kjønnslemlestelse er et eksempel på en slik praksis. Artikkel 24 nr. 3 må ses i sammenheng med grunnprinsippene i BK artikkel 2 (ikke-diskriminering), artikkel 3 nr. 1 (barnets beste), artikkel 6 (retten til liv, overlevelse og utvikling) og artikkel 12 (deltakelse). Alle de fire 'søylene' har stor relevans i denne sammenheng. Tradisjonelle praksiser truer alle disse prinsippene samtidig: de er kjønnsdiskriminerende, de er i strid med hensynet til barnets beste, de truer barnets liv og utvikling og de er basert på tvang. Også BK artikkel 19 (vern mot overgrep og mishandling) er relevant å trekke inn her. I kommentarene til BK artikkel 3 nr. 1 understrekes det at prinsippet om barnets beste ikke skal tolkes i et kulturrelativistisk lys for å legitimere slike praksiser under barnekonvensjonen.¹³⁶ Av andre praksiser som omfattes av artikkel 24 nr. 3, nevnes i forarbeidene også barneekteskap og ungdomsgraviditeter:

”[T]raditional birth practices, including the work of untrained traditional birth attendants; and the application of contaminated substances or the use of dangerous medicaments during childbirth; and [...] preferential treatment for male children. Forced feeding, early marriage and adolescent childbearing, other taboos or practices which prevent women from controlling their own fertility, such as nutrition taboos and differential feeding patterns (t.g. withholding certain nutritious foods from women and children) [...].“¹³⁷

WHO antar at rundt tre millioner jentebarn blir kjønnslemlestet i året.¹³⁸ BK artikkel 24 nr. 1 gir barn rett til å nyte godt av den høyest oppnåelige helsestandard og til behandlingstilbud for sykdom og rehabilitering. Bestemmelsen i artikkel 24 nr. 3 er spesiell ved at den er den eneste konvensjonsbestemmelsen som behandler forholdet mellom tradisjonsbunden praksis og personens helse. Det er vel dokumentert at omskjæring av pikebarn kan innebære påføring av betydelig smerte og medføre varige og alvorlige

¹³⁶ Hodgkin og Newell 2007, s. 38.

¹³⁷ Detrick 1999, s. 418.

¹³⁸ Handlingsplan mot kjønnslemlestelse 2008–2011, s. 6.

fysiske skader på barnets underliv som igjen kan medføre betydelig redusert livskvalitet og psykiske plager.¹³⁹ Derfor har det vært foreslått fra flere hold at kvinnelig omskjæring må anses som tortur, grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, jf. BK artikkel 37 a) og SP artikkel 7.¹⁴⁰ I de generelle retningslinjene for periodiske rapporter har FNs barnekomité spesifikt krevd at statene gir informasjon om tiltak for å avskaffe helseskadelige tradisjonelle praksiser, særlig overfor jentebarn. Komiteen refererer her eksplisitt til kvinnelig omskjæring og tvangsekteskap.¹⁴¹

5.9.2 Tvangsekteskap

Barnekonvensjonen har ingen bestemmelser som direkte forbyr tvangsekteskap, men de generelle reglene som forbyr overgrep og utnytting av barn omfatter også tvangsekteskap med barn, jf. artiklene 19, 32, 34 og 35. Med 'tvangsekteskap' forstås i denne rapporten ekteskap med noen under 18 år, inngått uten et informert og gyldig samtykke.¹⁴² Tvangsekteskap med barn innebærer en risiko for gjentatte seksuelle overgrep, tidlige graviditeter og fødsler med fare for alvorlige komplikasjoner både for den unge kvinnens og det ufødte barnets liv, og risiko for smitte av sykdommer som HIV/AIDS:

“Sexual exploitation has a devastating effect on physical and emotional development; unwanted and unsafe sex is likely to lead to sexually transmitted

¹³⁹ Handlingsplan mot kjønnslemlestelse 2008–2011, s. 7.

¹⁴⁰ Detrick 1999, s. 417. Se f.eks. Plan Norge: "Stopp torturen mot jenter", <http://www.plan-norge.no/Media/Nyheter/2007/Stopptorturen%20mot%20jenter.aspx>.

¹⁴¹ CRC C/58 1996, pkt. 97.

¹⁴² Jeg går ikke inn på den nærmere grensedragningen mellom tvangsekteskap og arrangerte ekteskap. Jeg går heller ikke inn på spørsmålet om hvorvidt et barn under 18 år er kompetent til å avgi et rettslig bindende samtykke til ekteskap.

diseases and HIV/AIDS, which not only affect immediate health but also future sexual and reproductive health and mortality.”¹⁴³

Også følgene av tvangsekteskap kan derfor innebære umenneskelig og nedverdiggende behandling av barn, men risiko for tvangsekteskap generelt ikke gir noe absolutt returvern i andre tilfeller. FNs barnekomité har uttalt seg klart mot barneekteskap og mot diskriminering i forhold til lovlig ekteskapsalder (som kan være lavere for kvinner enn for menn):

”The Committee strongly recommends that State Parties review, and where necessary, reform their legislation and practice to increase the minimum age for marriage with and without parental consent to 18 years, for both girls and boys.”¹⁴⁴

I sak N-16 var en 19 år gammel jente (16 år ved ankomst) tidligere blitt utsatt for seksuelle overgrep, først av en soldat som fulgte etter henne, og senere gjentatte overgrep av sin onkel hvor hun ble plassert av sin mor for å bli beskyttet mot flere overgrep fra soldaten. Jenta kom til Norge som enslig mindreårig. Hun fryktet både voldtekt og tvangsekteskap ved retur. Hun slet med skadevirkninger etter overgrepene. Ifølge psykologen hadde jenta søvnproblemer, mareritt og ble vurdert som moderat deprimert. Psykologen mente det var en risiko for at jenta vil bli suicidal ved retur. Da jenta fikk avslag fra UDI, ble hun så fortvilet at hun knuste alt inventaret i leiligheten. Men for at selvmordsfare skal kunne tillegges avgjørende vekt i asylsaker kreves det etter praksis at selvmordsfaren ’må ha sin årsak i en alvorlig og kronisk psykisk lidelse.’ Det var ikke tilfellet her; jenta var ’bare’ moderat deprimert. Om den generelle faren for tvangsekteskap i hjemlandet, framgikk det av merknadene i saken:

¹⁴³ Hodgkin og Newell 2007, s. 511.

¹⁴⁴ Hodgkin og Newell 2007, s. 371, jf. General Comment nr. 4, CRC/GC/2003/4.

”Til tross for at tvangsekteskap er ulovlig i F, er dette fortsatt et utbredt problem, særlig for unge jenter i rurale strøk [...]. I tillegg risikerer unge jenter å bli kidnappet på vei til skole, marked og liknende. Slike kidnappinger er ofte veldig voldelige, og innebærer slag og voldtekt. Ofte vil foreldrene gå med på å gifte bort jenta i etterkant [av kidnappingen eller overgrepet] da de frykter graviditet eller at hennes manglende jomfruelighet kan medføre vanskeligheter med å finne en partner.”

Jenta opplevde at hun befant seg i en situasjon som beskrevet her. Men nemnda fant at jenta ikke ’i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at hun vil bli utsatt for forfølgelse i form av tvangsekteskap ved en retur.’ Nemnda anså jentas troverdighet for svekket blant annet fordi hun oppga forskjellige og vage opplysninger om hvor ofte soldaten skal ha oppsøkt henne og hva han gjorde med henne. Det svekket også hennes troverdighet at det først i klagen kom fram at også onkelen hadde misbrukt henne.

I saker om seksuelle overgrep vil det antakelig være mer vanlig at det kommer vage og motstridende opplysninger enn en sammenhengende, logisk, detaljert og kronologisk framstilling av faktum. Den største frykten en som har vært utsatt for overgrep har, er frykten for ikke å bli trodd og for å bli fordømt. Tvil om troverdighet bør alltid komme barnet til gode i slike saker, i tråd med BK artikkel 3 nr. 1. Nemnda uttalte at den var ’i tvil om onkelen har begått overgrep mot henne, selv om det kan være forståelig at dette fremkommer sent på grunn av et tabubelagt tema det er vanskelig å snakke om.’ Konklusjonen ble at jenta ikke ble ansett forfulgt, det forelå ikke nærliggende fare for overgrep eller mishandling ved retur, det forelå ikke sterk tilknytning til Norge, men det forelå sterke menneskelige hensyn. I forhold til det siste var det dissens 2–1. Forholdet til EMK artikkel 3 ble ikke vurdert i saken, og barnekonvensjonen ble ikke nevnt. Jentas individuelle frykt ble ikke vurdert eller vektlagt, og den ble derfor heller ikke sett i sammenheng med hennes tidligere overgrepserfaringer, noe som ville vært naturlig og riktig.

I denne saken ble jenta, som da var 15 år, kidnappet på skolen og bortført for å tvangsgiftes med en eldre mann i mormorens slekt. Det var forberedt ekteskapsseremoni på stedet. Da jenta begynte å rope på sine foreldre, ble hun stengt inne på et rom. Foreldrene klarte å komme henne til unnsetning, og seremonien ble avbrutt. Foreldrene søkte i etterkant bistand hos politiet, men opplevde at politiet støttet kidnappingen som en del av 'landets skikk'. Familien følte seg etter dette forfulgt av både politiet og brudgommens familie. Det framgikk av merknader at det i det aktuelle landet foregikk 10–30 bruderov i året, og at det var blitt mer vanlig at mindreårige ble tvangsgiftet. Videre het det at 'kulturelle normer og sosial struktur innebærer at få henvender seg til myndighetene vedrørende dette, samt at politiet godtar praksisen'. Til tross for disse fakta mente nemndas sekretariat at "det foreligger *ikke* holdepunkter for at [...] myndigheter, av slike grunner som nevnt i konvensjonen, *ikke* vil beskytte klagerne mot overgrep" (mine uthevinger). Igjen ser vi et eksempel på en dobbelt-nektende form som medfører en form for ansvarsfraskrivelse for sakens opplysning. Norske myndigheter har ansvaret for å utrede hvorvidt myndighetene i hjemlandet vil gi klageren den nødvendige beskyttelsen og gi en konklusjon i vedtaket. En slik formulering sier i praksis ingenting om faktum. Det kunne like gjerne stått motsatt: "Det foreligger ikke opplysninger som tilsier at klageren ikke vil bli utsatt for nye overgrep." Nemnda begrunner ikke sitt standpunkt nærmere, og diskuterer ikke politiets holdninger. Nemnda legger vekt på at jentas foreldre er imot tvangsekteskap og mener derfor det ikke foreligger risiko for at jenta skal utsettes for dette, til tross for at tvangsekteskap nesten ble gjennomført uten foreldrenes kunnskap eller samtykke. Men nemnda gir klageren opphold etter sterke menneskelige hensyn, og 'finder at det foreligger en såkalt restfare som innebærer at det knytter seg en liten usikkerhet til hva klageren kan utsettes for av reaksjoner ved en retur, når en legger til grunn at hun har vært utsatt for et forsøk på brudekidnapping.' Det framgår

verken av vedtaket eller av retningslinjer for øvrig hva nemnda legger i begrepet 'restfare'. Dette er derfor uklart. Nemnda betegner det som et 'forsøk' på kidnapping, men ifølge faktumsbeskrivelsen i saken ble jo kidnappingen gjennomført. Det var vigselsseremonien som ble avbrutt. Nemnda la også vekt på jentas psykiske helse og det traumet hun har opplevd. Forholdet til barnekonvensjonen ble ikke vurdert. Her ville foruten artikkel 3 nr. 1, artikkel 37 b) vært aktuell. Den uttrykker et klart forbud mot ulovlig eller vilkårlig frihetsberøvelse. Risiko for å bli brudekidnappet kan etter dette gi returvern for barn med hjemmel i artikkel 37 b) jf. a). I tillegg kommer barnets rett til vern mot seksuelt misbruk og annen form for utnyttning, for eksempel tvangsarbeid, som kan innebære en umenneskelig eller nedverdiggende behandling av barnet.

Også andre FN-organer enn barnekomiteen har engasjert seg i bestrebelsene for å avskaffe helseskadelig og undertrykkende praksiser. I 1994 adopterte The Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities "Plan of Action for the Elimination of Harmful Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children". Til tross for flere anbefalinger om avskaffelse av helseskadelig tradisjonell praksis, har de berørte statene ikke tatt dette tilstrekkelig på alvor:

“The objective of these seminars was to assess the human rights implications of certain traditional practices affecting the health of women and children, such as female genital mutilation, female infanticide and sex selective abortions, early marriage and dowry, son preference and its implications on the status of the girl child, delivery practices and violence against women. [...]. From the detailed discussion which took place, it was observed that, despite the seriousness of the problems and the numerous resolutions and recommendations adopted at the international, regional and national levels, the question of traditional practices affecting the health of women and children, including female genital mutilation, had not received the attention it deserved from most of the States concerned.”¹⁴⁵

¹⁴⁵ E/CN.4/Sub.2/1994/10/Add.1, Introduction, pkt. 2 og 4.

Av de konkrete tiltak som foreslås, kan nevnes ratifisering og effektiv implementering av internasjonale konvensjoner som beskytter kvinner og barn, lovforbud mot helseskadelige tradisjonelle praksiser, særlig forbud mot omskjæring, opplæring innenfor helsetjenesten om skadevirkninger av slike praksiser, samarbeid med religiøse institusjoner og deres ledere, ikke-diskriminerende lovgivning om eiendomsrett og arverekkefølge, gratis helseomsorg og helsetjenester til kvinner og barn for å øke kunnskap og informasjon blant kvinner og barn, tilgjengelige prevensjonsmidler og oppfordring om bruk av prevensjon og forskning og dokumentasjon om skadevirkninger. I Norge kan det idømmes inntil tre års fengsel for utføring av kjønnslemlestelse, jf. lov om forbud mot kjønnslemlestelse § 1, og det er også straffbart å unnlate å melde fra for å avverge kjønnslemlestelse, lovens § 2. I praksis er det lagt til grunn at utlendingsmyndighetene har plikt til av eget tiltak å vurdere risikoen for kjønnslemlestelse av barn ved retur til hjemlandet.¹⁴⁶ BK artikkel 24 nr. 3 bør ses i sammenheng med FNs kvinnekonvensjon artikkel 5 a som lyder:

”State Parties shall take all appropriate measures: a) To modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women.”¹⁴⁷

Også artikkel 21 i The African Charter on the Rights and Welfare of the Child inneholder et forbud mot tradisjonelle praksiser ‘affecting the welfare, dignity, normal growth and development of the child’, spesielt praksiser som truer barnets helse eller liv og praksiser som diskriminerer barn på grunnlag av kjønn. Videre forbyr charteret barneekteskap, og aldersgrense for ekteskapsinngåelse

¹⁴⁶ Praksisnotat 2007 pkt. 1.

¹⁴⁷ FNs kvinnekomité har vedtatt en generell anbefaling (nr. 14) om kvinnelig kjønnslemlestelse, UN Doc. A/45/38, para. 438, adoptert av FNs Generalforsamling i 2002, A/RES/56/128.

skal være 18 år. Nye retningslinjer for utlendingsforvaltningens håndtering av saker om kjønnslemlestelse er under utarbeidelse pr. mai 2008.¹⁴⁸ Målet er å sikre at jenter som risikerer kjønnslemlestelse ved retur, får beskyttelse i Norge. Det er også praksis i Norge formelt sett:

”Dersom det foreligger tilstrekkelig risiko for kjønnslemlestelse, vil dette kunne gi grunnlag for asyl, vern i medhold av § 15 første ledd eller oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.”¹⁴⁹

Kjønnslemlestelse blir dermed ansett som en forfølgelsesgrunn, og vilkåret er da at det foreligger en velbegrunnet frykt for kjønnslemlestelse. Etter praksis er kjønnslemlestelse også omfattet av ul. § 15 første ledd andre pkt. som refererer seg til EMK artikkel 3 og SP artikkel 7. BK artikkel 37 a) er også relevant.

I sak B-02 som gjaldt tre barn (én jente), fryktet mor at jentebarnet ville bli omskåret ved retur. Det ble i denne saken konstatert at kjønnslemlestelse falt inn under flyktningkonvensjonens artikkel 1 A. Men familien fikk i stedet opphold på humanitært grunnlag, hovedsakelig på grunn av faren for kjønnslemlestelse. Det ble konkludert med at verken individuelle eller generelle forhold i hjemlandet, herunder risikoen for kjønnslemlestelse, tilsa asyl. Faren for kjønnslemlestelse ble heller ikke direkte vurdert etter ul. § 15 jf. EMK artikkel 3, som ikke ble nevnt. Det ble presisert at tvil om troverdighet skal komme parten til gode. Samtidig ble nettopp tvil om mors troverdighet årsak til at nemnda mente mor ikke risikerte forfølgelse slik hun selv anførte. Det ble ikke foretatt noen risikovurdering i forhold til returvern, slik veiledningen som framgår av praksisnotatet legger opp til (’tilstrekkelig risiko’). Det burde ha blitt gjort. Siden foreldrene selv ikke ønsket omskjæring og barna ennå var små, ble

¹⁴⁸ Når det gjelder helsetjenestens og barneverntjenestens ansvar i saker om kjønnslemlestelse, er det utgitt en ny veileder i juni 2008, Q-1145 B

¹⁴⁹ Praksisnotat 2007, pkt. 2.

barna ansett tilstrekkelig beskyttet ved at det ble gitt oppholdstillatelse av sterke menneskelige hensyn. Foreldrene mente imidlertid selv at de ikke ville være i stand til å beskytte barnet mot omskjæring fordi slekten ønsket det og ville ha gjennomført det mot foreldrenes vilje. Dette ble ikke tillagt vekt. Opphold ble gitt for ett år.¹⁵⁰ Barnets beste etter BK artikkel 3 ble ikke vurdert, og det burde det ha blitt.

Det kreves etter UNEs praksisnotat 'betydelig mindre enn sannsynlighetsovervekt' for å være vernet mot retur på grunnlag av fare for kjønnslemlestelse. Det vil si at det kreves betydelig mindre enn 50,01 % sannsynlighet. Det kan dermed være mer sannsynlig at barnet *ikke* vil bli utsatt for dette, og likevel kan barnet være vernet mot retur. Det er nok at det foreligger en risiko. I sak A-01 la nemnda til grunn at faren for kjønnslemlestelse var overdrevet. Nemnda mente foreldrene kunne beskytte barnet mot kjønnslemlestelse ved hjelp av lokale NGO-er og menneskerettighetsorganisasjoner, og at 'det ikke kan anses sannsynliggjort at klagerens datter, [...], risikerer å bli utsatt for kjønnslemlestelse ved retur til [...].' Men det skal, slik praksisnotatet er formulert ('betydelig mindre enn sannsynlighetsovervekt'), ikke være nødvendig å sannsynliggjøre risikoen for overgrep. Her er standardmalen ikke blitt justert i forhold til det senkede risikokravet i omskjæringssaker, noe som illustrerer problemet med bruk av omfattende standardmaler. Familien fikk ikke opphold i denne saken, heller ikke på humanitært grunnlag. Barnets beste-kriteriet ble vist til som et generelt standardformular, men det ble ikke foretatt noen individuell vurdering av barnets beste slik BK artikkel 3 nr. 1 krever.

¹⁵⁰ Det er adgang til å fornye midlertidige tillatelser etter utlendingsforskriften § 15 jf. 36. Det framgår ikke av dokumentene hvorvidt det ble søkt om eller innvilget fornyet opphold i saken.

Det å avskaffe tradisjonelle praksiser som omskjæring eller tvangsekteskap, handler ikke bare om å hindre helseskade på barn som kan kvalifisere til tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Det handler også å ivareta det enkelte barns grunnleggende rett til omsorg og vern om sin fysiske og psykiske integritet og sitt menneskeverd. Praksis i slike saker må innarbeide en tilpasset risikovurdering i tråd med regningslinjene, og det bør vurderes om det foreligger returvern etter BK artikkel 37 a.

5.9.3 Trafficking, barneprostitusjon og barnepornografi

BK artiklene 34 og 35 lyder:

34

Partene påtar seg å beskytte barnet mot alle former for seksuell utnyttning og seksuelt misbruk. For dette formål skal partene særlig treffe alle egnede nasjonale, bilaterale og multilaterale tiltak for å hindre at noen:

- a) tilskynder eller tvinger et barn til å delta i enhver form for ulovlig seksuell aktivitet,
- b) utnytter barn ved å bruke dem til prostitusjon eller andre ulovlige seksuelle handlinger,
- c) utnytter barn ved å bruke dem i pornografiske opptredener eller i pornografisk materiale.

35

Partene skal treffe alle egnede nasjonale, bilaterale og multilaterale tiltak for å hindre bortføring og salg av eller handel med barn til noe som helst formål og på noen som helst måte.

Trafficking og annen utnyttning av barn til barneprostitusjon og barnepornografi er et økende internasjonalt problem der internett er barns største fiende. FNs spesialutsending rapporterte blant annet dette allerede i 1990:

”The increasing internationalization of the sale of children, child prostitution and child pornography is most disconcerting. Children are not only sold for these purposes at the national level, but they are also trafficked across frontiers

far and wide. The problem transcends national frontiers and local jurisdiction. There is thus an urgent need for international cooperation to counter the illicit trade.”¹⁵¹

Artiklene 34 og 35 er nær knyttet til BK artikkel 19 og 39 og må ses i sammenheng med disse. Artikkel 36 forplikter i tillegg statene til å beskytte barnet mot alle andre former for utnyttning som på noen måte kan være skadelig for barnets ve og vel. Av andre relevante konvensjonsbestemmelser kan nevnes kvinnekonvensjonens artikkel 6, som pålegger statene å treffe alle adekvate tiltak ”to suppress all forms of traffic in women and exploitation of prostitution of women’. Artiklene 34 og 35 er formulert som plikter for statene, men kan imidlertid tolkes som en rettighet for det enkelte barn til å bli beskyttet mot alle former for seksuell utnyttelse og seksuelt misbruk.¹⁵² ’Seksuell utnyttning’ er ikke definert i selve barnekonvensjonen, men forstås som:

”[The] use of children (under 18 years of age) for the sexual satisfaction of adults. The basis of the exploitation is the unequal power and economic relationship between the child and the adult. The child is exploited for his/her youth and sexuality. Frequently, although not always, this exploitation is organized by a third party for profit.”¹⁵³

Med ‘trafficking’ menes:

“‘Trafficking in persons’ is defined to mean ‘the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation’.”¹⁵⁴

¹⁵¹ Detrick 1999, sitat fra rapporten til FNs spesialutsending Muntarbhorn.

¹⁵² Detrick 1999, s. 592.

¹⁵³ Detrick 1999, s. 593.

¹⁵⁴ Hodgkin og Newell 2007, s. 509 med referanse til UN Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, 2000.

Trafficking er et alvorlig overgrep overfor barnet og truer barnets liv og utvikling.¹⁵⁵ I mai 2000 ble ‘Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography’ adoptert av FNs Generalforsamling. Protokollen gir en rekke anbefalinger på ulike nivåer for å forebygge og bekjempe barneprostitusjon og -pornografi, og for å forfølge, etterforske og straffedømme overgriperne. I fortalen understrekes blant annet betydningen av å se dette som et sammensatt problemområde:

”Believing that the elimination of the sale of children, child prostitution and child pornography will be facilitated by adopting a holistic approach, addressing the contributing factors, including underdevelopment, poverty, economic disparities, inequitable socio-economic structure, dysfunctioning families, lack of education, urban-rural migration, gender discrimination, irresponsible adult sexual behaviour, harmful traditional practices, armed conflicts and trafficking in children.”

Seksuell utnyttning kan blant annet føre til varige psykiske og fysiske skader, herunder framtidig reproduktiv helse. Trafficking og utnyttning av barn i barnepornografi og -prostitusjon innebærer også brudd på BK artikkel 37 a), SP artikkel 7 og EMK artikkel 3, som umenneskelig og nedverdiggende behandling, med derav følgende vern mot retur, se nedenfor. Barn som er blitt utnyttet i trafficking, barnepornografi eller -prostitusjon vil ha et tilsvarende behov for rehabilitering som torturofre, se torturkonvensjonen artikkel 14, og rett til slik rehabilitering og behandling etter BK artikkel 39. Tilleggsprotokollen av 2000 har derfor en helt liklydende bestemmelse i artikkel 10 nr. 2: ”State Parties shall promote international cooperation to assist child victims in their physical and psychological recovery, social reintegration and repatriation.”¹⁵⁶

¹⁵⁵ CRC/GC/2005/6, pkt. 52.

¹⁵⁶ En annotert bibliografi over trafficking av kvinner og barn i Sør-Asia er publisert av Project Parivartan 2006, <http://www.vale.edu/cira/parivartan>.

Enslige mindreårige asylsøkere og flyktninger er særlig utsatte for utnyttelse og overgrep.¹⁵⁷ Jenter er spesielt sårbare for å bli utnyttet i trafficking. For enslige flyktningbarn har også bestemmelsen i BK artikkel 20 relevans. Den sier at et barn som midlertidig eller permanent er fratatt sitt familiemiljø skal ha rett til særlig beskyttelse og bistand fra staten, og at myndighetene skal sikre alternativ omsorg for et slikt barn som kan beskytte det mot blant annet trafficking. I Norge forsvinner det barn fra asylmottakene hvert år. Det er uklart hva som skjer med disse barna, men det er i noen tilfeller mistanke om at de blir benyttet i trafficking. Like viktig som å beskytte barna mot trafficking i Norge, vil det være å hindre at de blir utsatt for (re-)trafficking ved retur. FNs barnekomité understreker behovet for barn som har vært utnyttet i trafficking til å kunne søke asyl og bli vernet mot retur:

”Some trafficked children may be eligible for refugee status under the 1951 Convention, and States should ensure that separated and unaccompanied trafficked children who wish to seek asylum or in relation to whom there is otherwise indication that international protection needs exist, have access to asylum procedures. Children who are at risk of being re-trafficked should not be returned to their country of origin unless it is in their best interests and appropriate measures for their protection have been taken.”¹⁵⁸

Andre grupper av barn som er særlig utsatt for trafficking m.v., er gatebarn¹⁵⁹ og barnesoldater.¹⁶⁰ I enkelte land og områder er også barn spesielt utsatt for seksuell utnyttelse. Det gjelder land med stor befolkning og høy fattigdom som India, Filippinene, Sør-Afrika og Brasil. I områder med krig og rundt store internasjonale fredsstyrker, blir også barn seksuelt utnyttet. Dette har skjedd for

¹⁵⁷ Hodgkin og Newell 2007, s. 512 med referanse til UNHCR 1995.

¹⁵⁸ CRC/GC/2005/6, pkt. 53.

¹⁵⁹ <http://hrw.org/children/street.htm>.

¹⁶⁰ Se for eksempel Hodgkin og Newell 2007, s. 511 med referanser.

eksempel i det tidligere Jugoslavia, Thailand, på Filippinene, i Uganda og Sudan.¹⁶¹

Når enslige mindreårige asylsøkere fra slike land kommer til Norge, bør det undersøkes om de har vært utsatt for trafficking eller annen utnyttning eller misbruk. I så fall bør barnets flyktningstatus vurderes og det bør vurderes om det foreligger risiko for umenneskelig behandling ved retur slik at barnet er vernet mot retur. I tillegg bør barnets helsemessige situasjon utredes og vurderes grundig, helst av en sakkyndig, med tanke på behandlingsbehov og integrering, i forhold til hvordan barnet vil tåle en retur samt i forhold til adekvate behandlingsmulighetene i hjemlandet.

5.9.4 Tvangsarbeid, slaveri

BK artikkel 32 lyder:

1. Partene anerkjenner barns rett til beskyttelse mot økonomisk utbytting og mot å utføre ethvert arbeid som kan være farlig eller til hinder for barnets utdanning, eller skadelig for barnets helse eller fysiske, psykiske, åndelige, moralske eller sosiale utvikling.
2. Partene skal treffe lovgivningsmessige, administrative, sosiale og undervisningsmessige tiltak for å sikre gjennomføringen av denne artikkel. For dette formål og idet det tas hensyn til relevante bestemmelser i andre internasjonale instrumenter skal partene særlig:
 - a) fastsette minstealder eller -aldre for adgang til sysselsetting,
 - b) sørge for passende regulering av arbeidstid og arbeidsforhold, og
 - c) fastsette passende straffer eller andre sanksjoner for å sikre effektiv håndheving av denne artikkel.

Også denne bestemmelsen må ses i sammenheng med konvensjonens øvrige artikler, som artiklene 2, 3, 6, 19, 31 (rett til hvile, lek og fritid), 37 a og 39,

¹⁶¹ Heiberg 2004, www.nupi.no.

samt med ILO Convention nr. 138 av 1973 om minstealder for arbeid artikkel 3 som setter aldersgrensen til 18 år. Barnearbeid har også en side mot seksuell utnyttning, se over. Særlig utsatt for dette er barn som arbeider som hushjelper. Videre har barnearbeid en side til trafficking, barneprostitusjon og -pornografi, slaveri og tvangsrekruttering til militær aktivitet.

ILO har estimert at 218 millioner barn mellom 5 og 17 år arbeider i utviklingsland. Barna jobber hovedsakelig i jordbruk, i huset med handel og service, og noen arbeider i fabrikker og med konstruksjon.¹⁶² Ikke alle former for barnearbeid kan anses som tvangsarbeid, og ikke alle former for barnearbeid kan anses som utnyttelse som kvalifiserer til umenneskelig og nedverdiggende behandling. Men noen former for barnearbeid gjør det, og noen former kvalifiserer materielt sett til tortur:

”Children who work long hours, often in dangerous and unhealthy conditions, are exposed to lasting physical and psychological harm. Working at rug looms, for example, has left children disabled with eye damage, lung disease, stunted growth, and a susceptibility to arthritis as they grow older. Children making silk thread in India dip their hands into boiling water that burns and blisters them, breathe smoke and fumes from machinery, handle dead worms that cause infections, and guide twisting threads that cut their fingers. Children harvesting sugar in El Salvador use machetes to cut cane for up to nine hours a day in the hot sun; injuries to their hands and legs are common and medical care is often not available.

Denied an education and a normal childhood, some children are confined and beaten, reduced to slavery. Some are denied freedom of movement – the right to leave the workplace and go home to their families. Some are abducted and forced to work. The human rights abuses in these practices are clear and acute.”¹⁶³

ILO vedtok i 1999 ILO Convention nr. 182: Worst Forms of Child Labour Convention. Konvensjonen forbyr i artikkel 3 blant annet:

¹⁶² <http://hrw.org/children/labor.htm>.

¹⁶³ <http://hrw.org/children/labor.htm>.

- a) all forms of slavery or practices similar to slavery, such as the sale and trafficking of children, debt bondage and serfdom and forced or compulsory labour, including forced or compulsory recruitment of children for use in armed conflict;
- b) the use, procuring or offering of a child for prostitution, for the production of pornography or for pornographic performances;
- c) the use, procuring or offering of a child for illicit activities, in particular for the production and trafficking of drugs as defined in the relevant international treaties;
- d) work which, by its nature or the circumstances in which it is carried out, is likely to harm the health, safety or morals of children.

Litra d vil kunne fange opp tilfeller som ikke omfattes av de øvrige definisjonene. Også denne konvensjonen har en bestemmelse om rehabilitering, jf. BK artikkel 39, i artikkel 7 nr. 2 b) som forplikter statene til å ”provide the necessary and appropriate direct assistance for the removal of children from the worst forms of child labour and for their rehabilitation and social integration.” For enslige mindreårige asylsøkere som kommer til Norge bør det undersøkes om de kan ha vært utsatt for slike former for tvangsarbeid som nevnt over. I så fall kan det foreligge risiko for å bli utsatt for dette igjen ved retur, noe som vil gi returvern. Dessuten kan barnet ha særlige behov for rehabilitering og behandling som i seg selv kan verne barnet mot retur dersom ikke hjemlandet kan tilby slik behandling.

5.10 Kan retur i seg selv innebære umenneskelig behandling?

I noen situasjoner kan det være aktuelt å spørre om selve returen kan innebære en umenneskelig behandling av barnet. Det vil være aktuelt der barnets fysiske eller psykiske helse er svært dårlig og barnet er inne i et fungerende behandlingsopplegg i Norge. Vurderingen kan både gjelde spørsmålet om hvorvidt barnet vil *tåle selve transporten/reisen*, hvorvidt barnet vil bli *tatt imot*

av en omsorgsperson ved ankomst, hvorvidt barnet vil klare å etablere seg på nytt i hjemlandet uten at det innebærer en risiko for barnets helse og utvikling (jf. barnekomiteens General Comment no. 6: 'irreparable harm', se pkt. 6.4 nedenfor) og hvorvidt barnet vil få et adekvat behandlingstilbud og nødvendig oppfølging i hjemlandet.

I sak D-04 søkte en 17 år gammel gutt asyl sammen med sin familie på grunn av politisk og militær opprørsvirksomhet i hjemlandet. Gutten hadde erfart traumatiske krigsopplevelser som liten, blant annet så han en gasseksplosjon der flere mennesker mistet livet. Moren fortalte også at sønnen var blitt 'tatt' av det lokale politiet og forhørt om farens aktiviteter. Det dokumenteres ikke at han har vært utsatt for tortur, men ifølge behandlende psykiater er 'mistanke om dette [tortur eller ekstrem belastning] og det kliniske bildet forenlig'. Gutten hadde PTSD og hadde ifølge legen behov for langvarig og intensiv behandling med 'et bredt koordinert opplegg fra BUP, barneverntjeneste, skole, mottak og familien.' Av legeerklæringer framgår at han hadde 'omfattende psykosomatisk problematikk, søvnvansker, hører dårlig, engstelse og ikke-organisk enuresis' og diagnose 'angstnevrose og angst sky/fryktsomt barn'. Legen mente gutten ikke kunne forventes å få adekvat behandling i hjemlandet, noe som stemte med morens beskrivelse av helsevesenet i hjemlandet: '[D]et var leger i byen, men begrenset adgang til medisiner, det var bedre etter krigen, men aldri som før. Nå er det veldig dårlig'. Videre mente legen at gutten var helt avhengig av en stabil og trygg livssituasjon for å kunne bearbeide traumer. Legen mente det ville innebære *en direkte trussel for guttens liv* å bli returnert fordi han var 'utsatt for suicid-trussel i høy grad'. UNE vurderte ikke saken på samme måte. Nemnda mente guttens helseproblemer 'ikke tilsier at en retur til hjemlandet er utilrådelig', og fastslo at helseproblemene 'ikke har sin årsak i beskyttelsesrelaterte forhold'. Men guttens historie ble ikke utredet med tanke på om han kunne ha vært utsatt for tortur eller umenneskelig behandling.

Nemnda sier ikke noe om hva som ellers kan være årsaken til helseproblemene hos gutten, annet enn at han har hatt 'problemer fra tidlig alder'. Legen uttaler at guttens symptomer og lidelser er forenlig med tortur, men nemnda mener dette 'ikke tilsier en annen vurdering av klagerens anførte beskyttelsesbehov og tilknytning til F [hjemstedet]', uten å begrunne dette nærmere. Nemnda mener videre at gutten vil få 'adekvat og tilstrekkelig behandling' i hjemlandet, til tross for opplysninger som tilsier at det er lite sannsynlig. Nemnda uttaler videre: 'Det er ikke fremkommet opplysninger som tilsier at klageren for øvrig er i en særskilt sårbar situasjon i forhold til retur til hjemlandet.' Her er nok et eksempel på en passiv formulering (dog ikke en dobbelt nektelse), men en formulering som på tilsvarende måte kan innebære en fraskrivelse av forvaltningens ansvar for sakens opplysning etter fvl. § 17. Det bør utredes hvorvidt barnet er i en særlig sårbar situasjon i forhold til retur eller ikke, det bør konkluderes om dette i vedtaket og beslutning bør treffes på bakgrunn av konklusjonen. For øvrig kan det spørres hvem som kan anses å være i en særlig sårbar situasjon ved retur om ikke et barn på tolv år som har PTSD og er suicidal, er det. Verken gutten eller resten av familien fikk opphold.

Selvmordsfare var ikke anført av søkerne i denne saken, men det anføres i enkelte saker som grunnlag for opphold. Om dette sier UNEs interne retningslinjer:

”Anførsler om selvmordsfare må vurderes særskilt. For at dette skal tillegges avgjørende vekt i helhetsvurderingen av om det bør innvilges tillatelse til opphold, gjelder det ifølge praksis i utgangspunktet et krav om at selvmordsfaren har sin årsak i en alvorlig og kronisk psykisk lidelse, og at trusler om selvmord/selvmordsforsøk er knyttet til en slik lidelse. Anførsler knyttet til selvmordsfare er blitt tillagt særlig vekt der de har sammenheng med en lidelse som skyldes traumer fra krigs- eller flyktninglignende forhold i

hjemlandet. Anførsler om selvmordsfare der det ikke foreligger en dokumentert sammenheng med en alvorlig psykisk lidelse er blitt tillagt mindre vekt.”¹⁶⁴

Om barns sykdom sier retningslinjene: ’Etter praksis er det en noe lavere terskel for gi tillatelse til opphold i Norge på grunn av barns sykdom enn tilsvarende sykdom hos voksne. [...]’ Retningslinjene viser til at det kan være spesielle forhold knyttet til barn, og nevner som eksempel påbegynt behandling som innebærer operative inngrep på ulike utviklingsstadier hos barn. Men det står ingenting om hvordan *psykiske* lidelser hos barn skal vurderes, eller hvordan påbegynt psykoterapeutisk behandling og et avbrudd i denne kan innvirke på barns mentale og følelsesmessige utvikling. Det må derfor kunne legges til grunn at også psykiske lidelser hos barn skal vurderes annerledes enn hos voksne, slik at slike lidelser lettere kan begrunne opphold for barn enn for voksne.

I saken som er omtalt over går det fram av sakkyndige uttalelser at selvmordsfaren hos gutten ’har sammenheng med en lidelse som skyldes traumer fra krigs- eller flyktninglignende forhold i hjemlandet’. Selvmordsfaren skulle da etter praksis bli tillagt ’særlig vekt’, men ble i den konkrete saken ikke tillagt vekt overhodet. Verken faren for forfølgelse, tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller kriteriet sterke menneskelige hensyn ble vurdert i forhold til *gutten*, bare i forhold til faren. Guttens mulige tidligere opplevelser av tortur eller umenneskelig behandling i politiavhør ble ikke utredet eller vurdert, og hans helsetilstand ikke vektlagt som konsekvenser av krigsopplevelser. Barnekonvensjonens bestemmelser ble ikke nevnt. Faktum i saken ga grunnlag for en vurdering i forhold til EMK artikkel 3/BK artikkel 37 a, også knyttet til selve returen. Det ga videre grunnlag for vurderinger i forhold til BK artiklene 3 nr. 1 og 2, 24 og 39.

¹⁶⁴ IR-10-14-01, s. 8.

I sak O-18 var en gutt på ni år (vedtakstidspunktet) blitt utsatt for grov mishandling fra sin far og stefar over mange år. Også han led av PTSD, ble vurdert som suicidal og hadde store atferdsvansker, og ble vurdert å ha et stort behov for oppfølging. Gutten sa til sin behandler at han ville slutte å sove og spise og at han ønsket å dø. I en uttalelse fra BUP framgår det at gutten har 'store deprivasjoner og mangler når det gjelder psykologisk næring, sosialisering, utviklende stimulering og opplevelser'. Videre at han har 'store mangler når det gjelder lek, opplevelser, aktivitet og utfoldelse' og 'dårlig utviklede grenser og viser ofte svært upassende atferd'. Han har levd under 'konstant traumatiserende forhold gjennom en rekke år ...'. Endelig framgår det at 'en tilbakeføring til L vil medføre betydelig stress for A [gutten] og føre familien inn i en krise. Det vil sannsynligvis bety en uopprettelig avsporing for As positive utvikling.' Slik sett vil en retur være i strid med BK artikkel 39, se nedenfor om returvern. I epikrisen sto det videre:

"For at man skal kunne påvirke As utvikling på en positiv måte, må man ta i betraktning hvor traumatiserende det er for ham og hans familie å ikke ha et fremtidsbilde med noen lyspunkter. Videre, hvor traumatiserende det vil være å sende dem til en fremtid som hans mor er overbevist om at de ikke kan overleve [...]. A er nå 9 år gammel. Det er svært usikkert hvor mye motgang A tåler før han gir helt opp på livet sitt."

Nemnda kom til at gutten og moren ikke var å anse som flyktninger, og at de ikke var omfattet av returvernet etter ul. § 15. Det ble ikke diskutert om det kunne være umenneskelig å returnere familien etter BK artikkel 37 a) jf. artikkel 39 eller EMK artikkel 3, men faktum ga et godt grunnlag for en slik vurdering (se særlig siste setning i sitatet over). Det ble heller ikke diskutert om mishandlingen gutten var blitt utsatt for gjennom hele sin barndom ble omfattet av EMK artikkel 3, noe man burde ha gjort. Familien ble imidlertid innvilget midlertidig opphold etter § 8 – sterke menneskelige hensyn.

Problemstillingen om retur som umenneskelig i seg selv, har vært diskutert av EMD i noen få saker. Saken D. mot England 1997 (St. Kitts-saken) gjaldt retur av en mann med framskreden AIDS. EMD slår fast landenes rett til innvandringskontroll, herunder 'entry, residence and expulsion of aliens' (pkt. 46). EMD uttaler videre:

"However, in exercising their right to expel such aliens Contracting States must have regard to Article 3 of the Convention [...], which enshrines one of the fundamental values of democratic societies. [...]" (pkt. 47).

Domstolen uttaler videre at artikkel 3 er anvendelig også i tilfeller der handlingene som kvalifiserer til brudd på artikkel 3 ikke er utøvet i den hensikt å påføre smerte, ydmyke eller nedverdige personen (se tilsvarende om omsorgssvikt som umenneskelig behandling i saken Z m.fl. mot England i pkt. 5.8 over):

"It is true that this principle has so far been applied by the Court in contexts in which the risk to the individual of being subjected to any of the proscribed forms of treatment emanates from *intentionally inflicted acts* of the public authorities in the receiving country or from those of non-State bodies in that country when the authorities there are unable to afford him appropriate protection.

Aside from these situations and *given the fundamental importance of Article 3* [...] in the Convention system, the Court must reserve to itself sufficient flexibility to address the application of that Article [...] in *other contexts* which might arise. It is not therefore prevented from scrutinising an applicant's claim under Article 3 [...] where the source of the risk of proscribed treatment in the receiving country stems from factors which *cannot engage either directly or indirectly the responsibility of the public authorities* of that country, or which, taken alone, *do not in themselves* infringe the standards of that Article [...]. To limit the application of Article 3 [...] in this manner would be to undermine the absolute character of its protection. In any such contexts, however, the Court must subject *all the circumstances* surrounding the case to a rigorous scrutiny, *especially the applicant's personal situation* in the expelling State.

Against this background the Court will determine whether there is *a real risk that the applicant's removal would be contrary to the standards of Article 3 [...] in view of his present medical condition*" (pkt. 49 og 50, mine uthevinger).

Omstendighetene i saken var spesielle ved at mannen hadde en dødelig sykdom som det ikke fantes behandling for, og ved at det å avbryte behandlingen i England ville få dramatiske konsekvenser for ham. Hjemsendelsen ville utvilsomt framskynde hans død og utsette ham for 'acute mental and physical suffering'. Domstolen konkluderer derfor med at gjennomføringen av utvisningsvedtaket ville medføre en umenneskelig behandling (pkt. 53). Det ble også konstatert at det ikke var forholdene som ville møte ham i hjemlandet som i seg selv innebar brudd med artikkel 3, men at 'his removal would expose him to a real risk of dying under most distressing circumstances and would thus amount to inhuman treatment' (pkt. 53).

Selv om denne saken var spesiell, kan det være tilfeller der et barns helsetilstand er så alvorlig at returen vil innebære en umenneskelig behandling. Barns helsetilstand er et moment i vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn etter ul. § 8 andre ledd. Men i denne vurderingen avveies barnets helse mot innvandringsregulerende hensyn. Dersom et barn er alvorlig traumatisert på grunn av tidligere erfaringer, bør dette kunne vurderes i forhold til BK artikkel 37 a)/EMK artikkel 3, herunder om det er en reell risiko for at returen vil innebære brudd på artikkel 3 hensett til barnets medisinske tilstand (vil returen utsette barnet for 'acute mental and physical suffering'?). Det skal tas hensyn til alle relevante omstendigheter ('*all circumstances*'), herunder barnets personlige situasjon i Norge ('*personal situation*'). Det siste omfatter mer enn bare vurdering av barnets helse, for eksempel fungerende behandlingsopplegg og barnets tilknytning til omsorgspersoner i Norge. Også her bør forholdet til BK artikkel 3 nr. 1 og 3 nr. 2 vurderes, samt forholdet til artikkel 6 – retten til liv og utvikling. Videre kan barnekomiteens General

Comment no. 6 2005 trekkes inn: Vil retur utsette barnet for en reell risiko for å bli påført uopprettelig skade på helse og utvikling? I så fall kan det foreligge returvern, særlig dersom barnet er enslig mindreårig.

Videre er BK artikkel 24 relevant. Den krever at partene anerkjenner barnets rett til å nyte godt av den høyest oppnåelige *helsestandard* og til *behandlingstilbud* for sykdom og rehabilitering. BK artikkel 39 pålegger partene å fremme fysisk og psykisk rehabilitering og sosial reintegrering av et barn som har vært utsatt for: enhver form for vanskjøtsel, utnyttning eller misbruk; tortur eller enhver annen form for grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff; eller væpnede konflikter. Barnekonvensjonens bestemmelser bidrar til en mer barnesensitiv tolkningsmessig tilnærming til EMK artikkel 3, og på bakgrunn av EMDs uttalelser i St. Kitts-dommen kan dette gi grunnlag for å anse retur i strid med EMK artikkel 3 på grunnlag av barnets helsetilstand, selv om sykdommen ikke er livstruende eller den psykiske lidelsen ikke er kronisk. Alvorlig psykisk eller fysisk sykdom blir dermed ikke bare et moment i vurderingen av sterke menneskelige hensyn etter ul. § 8 andre ledd. Dersom man kommer til at det foreligger returvern, bør dette også få innvirkning på hvilken tillatelse som gis barnet.

Måten returen *gjennomføres* på kan også innebære brudd på BK artikkel 37 a)/EMK artikkel 3, uavhengig av hva barnet tidligere har opplevd eller risikerer å oppleve i framtiden. I saken Mubilanzila Mayeka og Kaniki Mitunga mot Belgia 2006, ble en fem år gammel jente returnert til hjemlandet der en onkel angivelig skulle hente henne på flyplassen. Onkelen dukket imidlertid ikke opp, og retursituasjonen for barnet ble vurdert å stride mot EMK artikkel 3 fordi myndighetene ikke sørget for tilstrekkelig forberedelse av barnet, kontroll, følge og sikkerhet under returen og ikke garanterte at barnet ble møtt ved ankomst eller sørget for alternativt arrangement dersom onkelen ikke møtte. Det å utsette

et så lite barn for en så lang reise, og utryggheten barnet opplevde ved at ingen var klare til å ta imot barnet ved ankomst, ble ansett å ha forårsaket sterk angst hos barnet og ble vurdert å innebære en total mangel på menneskelighet i forhold til et lite barn:

”As regards the conditions in which the second applicant [jenta] travelled, the Court notes that although an assistant from the centre accompanied her as far as customs, the second applicant had to travel alone as the Belgian authorities had not assigned an adult to accompany her.

As to the arrangements in her country of origin, the Belgian authorities merely informed her uncle B., who was the only relative they had managed to trace in Kinshasa, of her arrival, but did not expressly require his presence or make sure that he would be at the airport. The Court cannot, therefore, accept the Government’s submission that they were not responsible for the situation or for the fact that B. did not turn up. The Belgian authorities had not considered or made alternative arrangements for the second applicant’s arrival and it was only after several hours’ wait at the airport that a solution – and a wholly improvised one at that – was found by the Congolese authorities.

In the Court’s view, this shows that the Belgian authorities did not seek to ensure that the second applicant would be properly looked after or have regard to the real situation she was likely to encounter on her return to her country of origin. [...].

The Court considers that the second applicant’s deportation in such conditions was bound to cause her extreme anxiety and demonstrated such *a total lack of humanity towards someone of her age* and in her situation as an unaccompanied minor as to amount to inhuman treatment” (pkt. 67–69, min utheving).

Dommen viser for øvrig at man ikke alltid kan stole på et utvidet familienettverk i hjemlandet, jf. pkt. 4.3.2 over. EMD har altså fastslått at både retur av en dødssyk person og retur av et barn uten garanti for følge under reisen og mottak ved ankomst, kan anses som umenneskelig. I det siste tilfellet har vi forøvrig et eksempel på et forhold som anses som umenneskelig fordi personen er et lite barn, men som ikke ville blitt ansett slik i forhold til en voksen. Det legges i vurderingen vekt på barnets individuelle fryktopplevelse. EMD argumenterer i

denne saken ut fra et barnesensitivt utgangspunkt og dommen er i så måte et eksempel til etterfølgelse.

5.11 Oppsummering

Barn utsettes for de samme torturmetoder som voksne. I tillegg eksponeres de for tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling av nære personer de er glade i og avhengige av, og kan også bli fratatt sine omsorgspersoner ved at disse blir drept eller bortført. Gjennomgangen over viser også at barn på grunn av sin avhengighet av voksne utsettes for flere former for overgrep og undertrykkelse enn voksne, og at overgrep og undertrykkelse av barn virker sterkere inn på deres utvikling fordi de er barn. Formålet med dette kapitlet har vært å identifisere ulike former for fysiske og psykiske overgrep og undertrykkelse av barn som tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling, og å peke på hvilke rettsvirkninger en slik oppgradering av barnespesifikke erfaringer kan få.

Noen av de sentrale konvensjonsbestemmelsene om tortur er presentert. Det anbefales at utlendingsmyndighetene i større grad viser til og vurderer de konkrete saksforholdene opp mot disse bestemmelsene, særlig EMK artikkel 3 og BK artikkel 37 a), dels fordi det kan være riktig ut fra faktum, dels fordi det synliggjør barnespesifikk tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling, noe som har en egenverdi og også en pedagogisk verdi, og dels fordi det øker barnets beskyttelsesmuligheter i forhold til status som asylsøker og returvern, se neste kapittel om det siste. Videre vil det tydeliggjøre barnets behov for og rett til ulike behandlingsorienterte tiltak mens barnet oppholder seg i Norge. Også barnets behandlingsmuligheter i hjemlandet og framtidige omsorgssituasjon bør i praksis undergis en mer reell vurdering. Det er ikke tilstrekkelig med dobbelt-

nektende formuleringer i standardisert form. Slike formuleringer oppfyller verken forvaltningslovens eller barnekonvensjonens krav til sakens opplysning og individuell vurdering.

Av barnespesifikke erfaringer som kan klassifiseres som tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling nevnes 'klassisk' tortur, eksponering for tortur m.m. mot nære familiemedlemmer, deltakelse i militær aktivitet, fengsling av barn og forholdene for barn i fengsler og andre offentlige institusjoner, fysisk avstraffelse, også utenfor institusjoner, og annen vold mot barn, seksuelle overgrep og grov omsorgssvikt, kjønnslemlestelse, tvangsekteskap, trafficking, barneprostituasjon og barnepornografi, tvangsarbeid og slaveri og i noen tilfeller returen i seg selv. Ikke alle disse forhold vil automatisk og i alle sammenhenger innebære brudd på torturbestemmelsene, men de bør vurderes opp mot slike bestemmelser etter de normer som er angitt i de relevante konvensjonsartiklene, EMDs praksis, barnekomiteens uttalelser og anbefalinger fra FNs høykommissær for flyktninger samt andre relevante kilder. Utgangspunktet for alle slike vurderinger bør være barnets egne erfaringer og behov. Det bør antakelig i mye større grad enn i dag benyttes sakkyndige i slike saker.

6. Returvern – regelen om non-refoulement

6.1 Generelle kriterier

6.1.2 Torturkonvensjonens artikkel 3

Torturkonvensjonens artikkel 3 omfatter alle, ikke bare flyktninger, og gir følgende vern mot retur (utsendelse):

1. No State Party shall expel, return ("refouler") or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture.
2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights.

Det må foreligge *skjellig grunn* (substantial grounds) for å tro at man vil bli utsatt for tortur. Det kreves altså tilsynelatende relativt mye. Dette må avgjøres på bakgrunn av de konkrete forhold i saken, for eksempel vil det være av stor betydning å kunne dokumentere at personen tilhører en bestemt opposisjonell gruppe i hjemlandet. Opprinnelig ble det foreslått at grunnene måtte være *'reasonable'* (rimelige) og at vedkommende *'might be in danger of ...'* [vil kunne bli utsatt for ...], men dette ble avvist som for lite presist. Forslaget illustrerer imidlertid et ønske om ikke å avskjære beskyttelse der dokumentasjon var vanskelig, noe som ofte vil være tilfellet for flyktninger. Det er viktig å understreke at det ikke skal stilles for strenge beviskrav i artikkel 3-situasjoner:

"In such matters, questions of evidence may often be difficult, and while the affirmations of the person concerned must have some credible appearance in

order to be accepted, it would often be unreasonable and contrary to the spirit of the *Convention* to require full proof of the truthfulness of the alleged facts.”¹⁶⁵

Artikkelens nr. 2 er interessant i et barneperspektiv. Staten forplikter seg til å foreta alle relevante vurderinger for å undersøke om sterke grunner for å frykte tortur foreligger, herunder informasjon om menneskerettssituasjonen i hjemlandet. Innunder 'all relevant considerations' hører også en vurdering etter BK artikkel 3 nr. 1, herunder en vurdering i forhold til barnets spesifikke fryktopplevelse. Barn opplever frykt på en annen måte enn voksne. I en slik vurdering bør man derfor også trekke inn relevant og tilgjengelig utviklingspsykologisk forskning.

6.1.3 Flyktningkonvensjonen art. 33

Prohibition of expulsion or return ("refoulement")

1. No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.
2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

Det er særlig forhold som faller inn under EMK artikkel 3 og SP artikkel 7 som omfattes av returvernet.¹⁶⁶ Kriteriet er at barnets liv eller frihet trues på bakgrunn av rase, religion, nasjonalitet m.v. (forfølgelsesgrunnene). BK artikkel 37 a) er ikke nevnt i proposisjonen, men må omfattes på lik linje med SP artikkel 7 som den bygger på. Videre må praksis fra EMD legges til grunn ved

¹⁶⁵ Burger og Danelius 1988, s. 127.

¹⁶⁶ Ot..prp. nr. 75 (2006–2007), s. 68.

tolkningen av EMK artikkel 3 også i denne sammenheng.¹⁶⁷ EMD har uttalt at EMK artikkel 3 *i seg selv* innebærer et forbud mot retur der det eksisterer en reell risiko for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling i hjemlandet, og slik sett er det ikke nødvendig å gå veien om flyktningkonvensjonen artikkel 33 for å oppnå returvern for stater som er forpliktet etter EMK.¹⁶⁸ Tilsvarende gjelder i forhold til SP artikkel 7:

”[...] State Parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement, and should take measures to that end.”¹⁶⁹

Siden BK artikkel 37 a) bygger på SP artikkel 7, kan det samme legges til grunn for BK artikkel 37 a): Den gir et selvstendig returvern for barn, og et særlig vern for enslige mindreårige asylsøkere, se nedenfor.

Det kan være grunn til å argumentere for at vilkåret 'liv og frihet' i flyktningkonvensjonen artikkel 33 må tolkes utvidende i forhold til barn, uavhengig av returvernet etter andre bestemmelser. I denne sammenheng bør BK artikkel 6 og betydningen av uopprettelig skade på barnets utvikling, jf. General Comment no. 6 2005, tillegges vekt. Når det gjelder 'frihet', er dette et begrep som får en annen betydning for voksne enn for barn. Barn er per definisjon ikke frie. De er avhengige av sine omsorgspersoner. 'Frihet' i denne sammenheng må derfor mer forstås som frihet fra alvorlige krenkelser av barnets fysiske eller psykiske integritet og verdighet, eller alvorlige krenkelser av barnets privatliv, jf. EMK artiklene 3 og 8.

¹⁶⁷ Slik også Ot.prp. nr. 75 (2006–2007), s. 70 med henvisning til EUs statusdirektiv 2004 artikkel 2e.

¹⁶⁸ Lauterpacht og Bethlehem 2003, s. 155 (Soering mot England 1989 og Chahal mot England 1997).

¹⁶⁹ Human Rights Committee, General Comment 20 1992, s. 30.

6.2 Et bindende rettsprinsipp

På en rundebordskonferanse i regi av FNs høykommissær for flyktninger i 2001, ble følgende sju hovedpunkter slått fast i ekspertgruppens konklusjoner knyttet til innholdet i non-refoulement-prinsippet:

1. Non-refoulement is *a principle of customary international law*.
2. Refugee law is *a dynamic body of law*, informed by the broad object and purpose of the 1951 Refugee Convention and its 1967 Protocol, as well as by developments in *related areas* of international law, such as human rights law and international humanitarian law.
3. Article 33 applies to refugees *irrespective of their formal recognition* and to asylum seekers. In the case of asylum seekers, this applies up to the point that their status is finally determined in a fair procedure.
4. The principle of non-refoulement embodied in Article 33 encompasses any measure attributable to the State which could have the effect of returning an asylum seeker or refugee to the frontiers of territories where his or her life or freedom would be threatened, or where he or she is at risk of persecution, *including interception, rejection at the frontier or indirect refoulement*.
5. The principle of non-refoulement applies in situations of *mass influx*. The particular issues arising in situations of mass influx need to be addressed through creative measures.
6. The attribution to the State of conduct amounting to refoulement is determined by the principles of the law on State responsibility. The international legal responsibility to act in conformity with international obligations wherever they may arise is *the overriding consideration*.
7. There is *a trend against exceptions to basic human rights principles*. This was acknowledged as important for the purposes of the interpretation of Article 33(2). Exceptions must be interpreted *very restrictively*, subject to due process safeguards, and as *a measure of last resort*. In cases of torture, no exceptions are permitted to the prohibition against refoulement.¹⁷⁰

¹⁷⁰ UNHCR og Lauterpacht Research Centre for International Law 2001 (mine uthevinger).

Ekspertgruppen understreker blant annet at flyktningsretten påvirkes av utviklingen innenfor relaterte rettsområder. Ett av disse rettsområdene er internasjonal barnerett og utviklingen av komitéuttalelser og praksis fra EMD i forhold til implementering og tolkning på bakgrunn av bestemmelsene i barnekonvensjonen. Det understrekes videre at returvernet er uavhengig av flyktningsenes formelle status som flyktninger. Videre legges det vekt på at returvernet ikke bare omfatter risiko for tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling, men også forfølgelse i vid forstand, for eksempel avvisning på grensen, noe som tidligere var omstridt.¹⁷¹ Det gis også uttrykk for en trend mot å gjøre unntak fra grunnleggende menneskerettslige prinsipper og presiseres at slike unntak må tolkes svært strengt og som en aller siste utvei ('reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country', artikkel 33 nr. 2). Ved tortur kan det ikke gjøres unntak fra returvernet.

Non-refoulement-prinsippet anerkjennes som et bindende rettsprinsipp der det er fare for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling.¹⁷² Det er ingen automatikk i at barn som fyller vilkårene for returvern innvilges asyl. Men praksis fra UDI tyder på at dette ofte er tilfellet.¹⁷³ Prinsippet om barnets beste taler for at en slik praksis gjøres konsekvent, parallelt med at returvern vurderes i forhold til alle de barnespesifikke erfaringene som kan anses som tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

¹⁷¹ Fisknes 1994 s. 160.

¹⁷² Det har tidligere vært tvil om hvorvidt non-refoulement-prinsippet har status som såkalt jus cogens, se Fisknes 1994, s. 160.

¹⁷³ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007), s. 68.

6.3 Skjerpet returvern for enslige mindreårige asylsøkere

Enslige mindreårige asylsøkere er i en spesielt utsatt stilling:

”Unaccompanied and separated children face greater risks of, inter alia, sexual exploitation and abuse, military recruitment, child labour (including for their foster families) and detention. They are often discriminated against and denied access to food, shelter, housing, health services and education. Unaccompanied and separated girls are at particular risk of gender-based violence, including domestic violence. In some situations, such children have no access to proper and appropriate identification, registration, age assessment, documentation, family tracing, guardianship systems or legal advice. In many countries, unaccompanied and separated children are routinely denied entry to or detained by border or immigration officials.”¹⁷⁴

FNs barnekomité tolker i General Comment nr. 6 non-refoulement-prinsippet noe videre enn det som framgår av flyktningkonvensjonens artikkel 33 og torturkonvensjonen artikkel 3. FNs barnekomité er ekspertorgan for tolkning av det returvern som følger av barnekonvensjonens artikkel 37 a). Ved spørsmål om retur av enslige mindreårige asylsøkere, må barnekonvensjonens bestemmelser med relevante tolkningsuttalelser anses som *lex specialis* og dermed gå foran andre konvensjonsbestemmelser. General Comment nr. 6 gjelder enslige mindreårige asylsøkere spesielt, men uttalelsene kan ha betydning som tolkningsmomenter også i forhold til *andre* grupper av barns vern mot retur i en barnesensitiv fortolkningsmodell (se pkt. 2.2 og 3.4).

Flyktningkonvensjonen artikkel 33 setter som vilkår at barnets *liv og frihet* må være truet, torturkonvensjonen at man har skjellig grunn (*'substantial grounds'*) for å frykte at man kan bli utsatt for *tortur*, EMD oppstiller et krav om en reell risiko (*'a real risk'*) for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, mens barnekomiteen legger til grunn at returvernet knytter seg til en

¹⁷⁴ CRC/GC/2005/6 s. 5, pkt. 3.

reell risiko for at barnet utsettes for *uopprettelig skade*, og at det må foreligge *skjellig grunn* for en slik risiko. Det framgår av forarbeidene til barnekonvensjonen at ved tolkningen av BK artikkel 6 – retten til liv og utvikling – skal også barnets fysiske og mentale utvikling vektlegges, se over pkt. 4.4 om artikkel 6. Man kan derfor anføre at en 'uopprettelig skade' på barnets fysiske eller psykiske helse, som nødvendigvis setter barnets utvikling i fare, også omfattes av vernet etter BK artikkel 6. Artikkel 6 er derfor et viktig tolkningsmoment i forhold til kriteriet 'liv eller frihet', og kan i seg selv være et hinder for retur dersom returen utsetter barnet for uopprettelig skade på helse og/eller utvikling. Barnekomiteen viser i kommentaren nettopp til BK artiklene 6 og 37 a), men understreker samtidig at returvernet *ikke er begrenset* til å gjelde disse tilfellene. Komiteen sier også at returvernet ikke påvirkes av hvorvidt de menneskerettighetsbrudd som fryktes stammer fra statlige eller ikke-statlige aktører. Barnekomiteen har her tatt konsekvensene av barnespesifikke erfaringer med overgrep fra private. Komiteen uttaler følgende:

”[I]n fulfilling obligations under the Convention, States shall not return a child to a country where there are *substantial grounds* for believing that there is a *real risk of irreparable harm* to the child, such as, *but not limited to*, those contemplated under articles 6 and 37 of the Convention, either in the country to which removal is to be effected or in any country to which the child may subsequently be removed. Such non-refoulement obligations apply irrespective of whether serious violations of those rights guaranteed under the Convention originate from *non-State actors* or whether such violations are directly intended or are the indirect consequence of action or inaction. The assessment of the risk of such serious violations should be conducted in an *age and gender-sensitive manner* and should, for example, take into account the particularly serious consequences for children of the insufficient provision of food or health services.”¹⁷⁵

Barns leve- og oppvekstvilkår påvirkes og avgjøres i stor grad av tilgangen på mat og helsetjenester. Ca. ti barn i verden dør hvert minutt av sykdom og

¹⁷⁵ CRC/GC/2005/6 s. 10, pkt. 27 (mine uthevninger).

underernæring.¹⁷⁶ Komiteen legger til grunn at returvernet også skal omfatte risiko for uopprettelig skade på barnet eller trussel mot barnets liv som følge av matmangel og mangel på helsetjenester. Dette samsvarer med BK artikkel 24 a) som krever at partene anerkjenner barnets rett til å nyte godt av den høyest oppnåelige *helsestandard* og til *behandlingstilbud* for sykdom og rehabilitering, og artikkel 27 som krever at partene anerkjenner ethvert barns rett til en *levestandard* som er tilstrekkelig for barnets fysiske, psykiske, åndelige, moralske og sosiale utvikling. Men henvisningen til mat og helse står i en viss kontrast til det som uttales i fagnotat fra UNE om norsk praksis der betydningen av 'forskjeller i materielle levekår i Norge og hjemlandet' i 'liten grad er vektlagt' som ledd i vurderingen av barnets beste.¹⁷⁷ Samtidig gis det uttrykk for det motsatte et annet sted i notatet: "[V]urderingen [av barnets beste ved retur] bør [...] bl.a. ta i betraktning momenter som sikkerhet og trygghet og andre forhold – bl.a. sosioøkonomiske forhold ved retur [...]" (s. 25). Dette er en oversettelse fra komitéuttalelsen s. 23 pkt. 84 andre strekpunkt ('... safety, security and other conditions; including socio-economic conditions ...'). Det må derfor legges til grunn at sosioøkonomiske forhold er relevante.

I General Comment nr. 6 understreker barnekomiteen at retur av enslige mindreårige bare skal gjennomføres der retur anses å være til det beste for barnet. I denne vurderingen skal det, foruten sosioøkonomiske forhold m.m. som nevnt over, tas hensyn til mulighetene for omsorgsalternativer i hjemlandet, barnets egen mening, barnets integreringsnivå i Norge og hvor lang tid som er gått siden barnet forlot hjemlandet. Videre skal det legges vekt på barnets rett til å bevare sin identitet og nasjonalitet, navn og familieforhold, jf. BK artikkel 8, og barnets behov for kontinuitet i omsorgen og kontinuitet i barnets etniske,

¹⁷⁶ The Independent, 3. mai 2006, <http://www.independent.co.uk/news/world/politics/malnutrition-kills-10-children-every-minute-says-un-476571.html>.

¹⁷⁷ Fagnotat 16.03.2006, s. 19.

religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn. Videre framholder komiteen at der det ikke finnes gode omsorgsalternativer, bør retur ikke finne sted uten 'advanced secure and concrete arrangements of care and custodial responsibilities upon return to the country of origin.' Her har norske myndigheter en utfordring. Det er langt fra formuleringen '..foreligger ikke opplysninger som tilsier at barnet ikke vil få en forsvarlig omsorgssituasjon i hjemlandet' til formuleringen 'advanced secure and concrete arrangements of care'. Det understrekes også, som nevnt over under pkt. 4.3, at innvandringsregulerende hensyn ikke kan gå foran hensynet til barnets beste i disse sakene. Uttalelsen er relevant som rettskilde ved vurderinger av retur av enslige mindreårige fra Norge. Ifølge Ursula Kilkelly skal retur ikke kunne skje 'if it would lead to reasonable risk of rights violation', og retur må være til barnets beste.¹⁷⁸

6.4 Særlig om retur til barnevernsinstitusjoner

Det at Norge har et bedre barnevern enn andre land, gir ikke i seg selv grunnlag for opphold. Men i tilfeller der barnet ikke har omsorgspersoner i hjemlandet eller disse ikke er villige til å ta omsorg for barnet, kan det spørres om en barnevernsinstitusjon i hjemlandet med generelt lav standard sett med norske øyne, kan utsette barnet for umenneskelig behandling stridende mot BK artikkel 37 a)/EMK artikkel 3 eller CRC General Comment nr. 6, og dermed aktivere returvernet. I Canada har man etablert et ekstra vurderingsgrunnlag i tilfeller der nye opplysninger kommer fram etter at søkeren har fått avslag på asyl. Systemet kalles Pre-Removal-Risk Assessment (PRRA), og gir grunnlag for å få revurdert søknaden med sikte på omgjøring. PRRA innebærer tre hovedvurderinger: om personen risikerer sitt liv ved retur ('*risk to life*'), eller

¹⁷⁸ Ursula Kilkelly, foredrag ved Norsk senter for menneskerettigheter, 10. april 2008.

om han risikerer umenneskelig behandling eller straff (*'inhuman treatment'* eller *'excessive punishment'*). I saker der barn er søker, kan det spørres om barnets beste-prinsippet i BK artikkel 3 nr. 1 medfører at retur til et barnehjem med usikker standard gir barnet returvern i Norge, basert på tilsvarende vurderinger:

”According to a senior officer in the Unit [Post-Determination Refugee Claimant in Canada], Baker, caused the best interests of the child to be incorporated in the analysis of child-related claims. Since the risk had to fall within one of the three categories above, ‘a child who is without any caregiver in the home country could be considered at risk of inhuman treatment if the only placement possible were in an inadequate state institution.’”¹⁷⁹

I sak F-07 ble en tolv år gammel gutt returnert til et barnehjem i hjemlandet fordi moren ikke kunne/ville ha omsorgen for ham. Gutten kom til Norge med sin far, men under oppholdet i Norge ble han akutt plassert på sperret adresse av barnevernet på grunn av vold fra far. Far hevdet å være forfulgt pga. politisk aktivitet og skal ha blitt arrestert og mishandlet, men fikk avslag på søknad om asyl, og nemnda fant heller ikke at det forelå sterke menneskelige hensyn. Gutten ble vurdert å ha en posttraumatisk belastningslidelse. Fra BUPs uttalelse framgikk det videre:

”Hans aggressive atferd, og hans søvnvansker med mareritt er en reaksjon på en svært belastende og truende livssituasjon over tid. I tillegg kommer hans usikkerhet med tanke på hva som skal skje med ham fremover. Denne usikre situasjonen hvor han står i fare for bli sendt tilbake til M til en person som har forsømt han grovt, forsterker guttens desperate atferd. C [gutten] trenger en forutsigbar omsorgssituasjon. Han trenger stabil støtte over tid. Han trenger videre hjelp til om mulig bearbeide svært belastende opplevelser.”

Nemnda mente at det beste for gutten var å bli gjenforent med sin mor og sine søsken i hjemlandet, og at 'problemene knyttet til faren må løses i hjemlandet'. I

¹⁷⁹ McAdam 2006, s. 263 med henvisninger.

forhold til vurderingen av om sterke menneskelige hensyn forelå, framgikk det av merknadene blant annet:

”Klagerens [guttens] problemer synes ikke å være av et alvor eller omfang som etter praksis tilsier at sterke menneskelige hensyn foreligger. Han lider ikke av en akutt/livstruende sykdom eller alvorlig helselidelse.”

Sitatet viser til den praksis at for å få innvilget opphold av helsemessige årsaker må sykdommen være ’alvorlig’, og PTSD anses ikke som alvorlig. Nemnda erkjenner samtidig at Norge kan tilby gutten den behandlingen han trenger, og at ’slik behandling [ikke] kan påregnes’ i hjemlandet. Fylkesnemnda som traff vedtak i barnevernssaken, uttalte: ’Det fremstår som relativt klart at hjemlandet [...] ikke vil kunne tilby ham [C] den spesielle oppfølgingen han trenger for å kunne sikres en noenlunde normal tilværelse som voksen.’ Utlendingsnemnda tillegger ikke fylkesnemndas vurdering særlig vekt, og ’finder imidlertid ikke at dette gir grunnlag for en tillatelse’. Et annet sted i merknadene fastslås det at ’klageren kan få tilstrekkelig medisinsk og psykologisk behandling i hjemlandet’. Motsetningen mellom fylkesnemndas og utlendingsnemndas vurderinger av behandlingstilbudet i hjemlandet burde i det minste gitt rom for tvil om dette spørsmålet, en tvil som i så fall etter prinsippet om barnets beste kunne kommet gutten til gode. Det avgjørende for UNE synes å være at gutten skulle gjenforenes med sin mor i hjemlandet. Morens omsorgsevne ble imidlertid ikke undersøkt, og moren selv fraskrev seg ansvaret for sønnen av økonomiske årsaker. I sakens merknader vurderes dette blant annet slik: ’Økonomiske problemer faller også utenfor asylinstituttets rekkevidde og ville fått voldsomme konsekvenser for innvandringen hvis tillagt avgjørende vekt’. Saken ses i lys av ’ankerbarnproblematikk’,¹⁸⁰ og det sies blant annet i merknadene:

¹⁸⁰ Barn som sendes i forveien for å bane vei for opphold for resten av familien. I dette tilfellet flyktet barnet og faren sammen.

”Er det innenfor nemndas mandat å innføre en praksis der barn i andre lands barnevern skal gis en tillatelse i Norge alene fordi en mener at barnevernet i Norge er bedre? [...]. Vi risikerer med dette at andre foreldre sender sine barn til Norge og fraskriver seg sitt foreldreansvar, og at nemnda ved sitt vedtak risikerer å utsette atter nye barn for den klare belastning det må være å være enslig mindreårig i et fremmed land. Et slikt vedtak vil etter sekretariatets syn heller ikke være til disse barnas beste.”

Vurderingstema i denne saken burde også være hvorvidt det var medisinsk forsvarlig å returnere et barn med tidligere traumatiske erfaringer og store psykiske problemer til en usikker omsorgssituasjon i hjemlandet, der mor eksplisitt uttalte at hun ikke kunne ha omsorgen for barnet og far var uegnet som omsorgsperson. En slik vurdering ble ikke foretatt. Gutten hadde selv uttrykt at han ønsket å bo i et norsk fosterhjem. I politirapporten fra utreisen framgår det at gutten motsatte seg fysisk utreisen, han gråt hele veien til flyplassen og sa han ikke ville reise tilbake. Han ble overlatt til et lokalt barnehjem. Gutten hadde i løpet av saken fått status som enslig, på grunn av atskillelsen fra faren, og falt dermed inn under det utvidete returvernet i General Comment nr. 6, se over. Det framgikk ikke av saken hva som var årsaken til barnets sterke psykiske problemer. Dersom det forelå erfaringer som faller innunder BK artikkel 37 a) eller 38, vil returvern kunne diskuteres på denne bakgrunn, se neste avsnitt. Enslige mindreårige asylsøkere som er uten omsorgspersoner i hjemlandet, skal være vernet mot retur med mindre det kan etableres 'advanced, secure and concrete arrangements of care and custodial responsibilities' i hjemlandet. Det kunne det ikke i denne saken.

6.5 Returvern for barn som har opplevd tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, men hvor det ikke foreligger risiko for slike overgrep i framtiden?

Det kan spørres om barn som har opplevd tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling i hjemlandet eller under flukten, kan være vernet mot retur til tross for at det ikke foreligger skjellig grunn for å frykte slik behandling i framtiden (torturkonvensjonen artikkel 3), eller fare for barnets liv og frihet (flyktningkonvensjonens artikkel 33). Kan det at et barn har opplevd tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling *i seg selv* gi grunnlag for returvern? Kan det sies at det å få slippe å returnere til et land hvor man har blitt utsatt for slik behandling uten at myndighetene viste vilje eller evne til å gripe inn, er et humanitærrettslig prinsipp? I UNHCRs Handbook av 1992 for prosedyrer og kriterier for å fastlegge flyktningstatus, heter det i pkt. 136 (som gjelder opphør av flyktninggrunner og viser til flyktningkonvensjonen artikkel 1 c nr. 5):¹⁸¹

”The second paragraph of this clause contains an exception to the cessation provision contained in the first paragraph. It deals with the special situation where a person may have been subjected to very serious persecution in the past and will not therefore cease to be a refugee, even if fundamental changes have occurred in his country of origin. The reference to Article 1 A (1) indicates that the exception applies to ‘statutory refugees’. At the time when the 1951 Convention was elaborated, these formed the majority of refugees. It is frequently recognized that a person who – or whose family – has suffered under atrocious forms of persecution should not be expected to repatriate. Even though there may have been a change of regime in his country, this may not always produce a complete change in the attitude of the population, nor, in view of his past experiences, *in the mind of the refugee*.”¹⁸²

¹⁸¹ Flyktningkonvensjonen artikkel 1 c nr. 5: “He can no longer, because the circumstances in connexion with which he has been recognized as a refugee have ceased to exist, continue to refuse to avail himself of the protection of the country of his nationality; provided that this paragraph shall not apply to a refugee falling under section A (1) of this Article who is able to invoke compelling reasons arising out of *previous* persecution for refusing to avail himself of the protection of the country of nationality” (min utheving).

¹⁸² UNHCR 1992, s. 18. (min utheving)

UNHCRs retningslinjer gjelder flyktninger. Men dersom det eksisterer et prinsipp om et *utvidet returvern* for eks-flyktninger hvis flyktningstatus har *bortfalt*, vil kanskje et slikt prinsipp også kunne anvendes i relasjon til barn som selv har opplevd, eller hvis familie har opplevd, 'atrocious forms of persecution' – et uttrykk som henspiller på tortur, grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Eksistensen av et slikt prinsipp for flyktninger vil uansett være et relevant argument for et styrket returvern for barn med tidligere torturopplevelser eller barn som har blitt utsatt for nedverdiggende eller umenneskelig behandling, uavhengig av om forholdene i konkrete tilfeller kvalifiserer til flyktningstatus etter flyktningkonvensjonen.

Prinsipper kan også gis analogisk anvendelse, eller brukes til utviklingen av nye rettsprinsipper. Særlig interessant i et barneperspektiv er uttalelsen i siste setning i sitatet, der 'the mind of the refugee' er et relevant moment for å begrunne returvern. Selv om det har skjedd et regimeskifte og landet anses trygt å vende tilbake til, vil det ikke nødvendigvis fortone seg som trygt for personen selv. For et barn vil dette antakelig gjelde i enda større grad. Dessuten vil et barn som har vært utsatt for alvorlige overgrep eller sett sin familie bli utsatt for slike overgrep, kanskje aller mest frykte å treffe overgriperen på gaten eller se igjen stedet der overgrepene ble begått. Dette vil ingen regimeskifter eller andre strukturelle endringer i samfunnet kunne bøte på. Og dersom overgrepene ble begått av private, vil regimeskifter ikke ha noen betydning overhodet. Trygghet er også en individuell følelse, ikke bare et ytre faktum, og bør anerkjennes som det, særlig i forhold til barn.

I vurderingen av om det foreligger returvern for barn som har vært utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, vil også BK artikkel 3 nr. 1 og artikkel 3 nr. 2 være relevante argumenter. Artikkel 3 nr. 2 skal bidra til å sikre barnet *omsorg, stabilitet og trygghet* og uttrykker barnets grunnleggende

rett til omsorg. Sammenholdt med artikkel 20 som sier at et barn som midlertidig eller permanent er fratatt sitt familiemiljø skal ha rett til særlig beskyttelse og bistand fra staten, og at partene skal sikre alternativ omsorg for et slikt barn, gir BK enslige asylsøkerbarn en *særlig* rett til omsorg. Artikkel 22 nr. 2 understreker asylsøkerbarns likeverdige rett til beskyttelse 'som ethvert annet barn som av en eller annen grunn permanent eller midlertidig er berøvet sitt familiemiljø'. Det er forbudt mot diskriminering i artikkel 2 som kommer til uttrykk her. For barn som har opplevd tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling er omsorg ikke bare et nødvendig behov, men kan også anses som en forutsetning for barnets sosiale og psykologiske rehabilitering. Med mindre det kan dokumenteres at barnet har gode omsorgspersoner i hjemlandet og at barnet kan tåle en retur uten store fysiske eller psykiske konsekvenser, kan det argumenteres for at BK artikkel 3, sett i sammenheng med BK artikkel 6, 19 og 37 a), gir barn et returvern i disse tilfellene. Prinsippene fra barnekomiteens General Comment nr. 6 kan også anvendes i denne vurderingen, og hovedspørsmålet blir da om det finnes:

"... substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm to the child, such as, but not limited to, those contemplated under articles 6 and 37 of the Convention, either in the country to which removal is to be effected or in any country to which the child may subsequently be removed."

Sitatet er et godt eksempel på en barnesensitiv tilnærming til rettslige spørsmål. Barn er hele tiden under utvikling, og det overordnede målet med all politikk som berører barn må være å *ivareta barnets utviklingsmuligheter* på en så god måte som mulig. For en del av disse barna vil varige utviklingsforstyrrelser være et faktum. Da blir hovedoppgaven å *minimalisere skadene* så mye som mulig, gjennom en barnesensitiv tolkning og praktisering av rettsreglene.

6.6 Returvern og rehabilitering

Det å sikre en *forsvarlig rehabilitering* av barn som har vært utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling er sentralt. BK artikkel 39 sier:

Partene skal treffe alle egnede tiltak for å fremme fysisk og psykisk rehabilitering og sosial reintegrering av et barn som har vært utsatt for: enhver form for vanskjøtsel, utnyttning eller misbruk; tortur eller enhver annen form for grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff; eller væpnede konflikter. Slik rehabilitering og reintegrering skal finne sted i et miljø som fremmer barnets helse, selvrespekt og verdighet.

I motsetning til de fleste av barnekonvensjonens bestemmelser, har artikkel 39 ingen direkte 'motpart' i andre menneskerettighetsdokumenter. Derfor er den av særlig betydning. Etter artikkel 14 i torturkonvensjonen skal statene sikre torturofre retten til 'as full rehabilitation as possible', men denne rettigheten omfatter i utgangspunktet ikke handlinger etter artikkel 16 (umenneskelig og nedverdiggende behandling). BK artikkel 39 omfatter 'enhver form' for vanskjøtsel med mer, og dekker dermed forhold som går inn under BK artiklene 19, 32–35 og 37–38 jf. også 3 og 6. Artikkelen omfatter potensielt alle de former for barnespesifikk tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling som er omhandlet i kapittel 5.

Artikkel 39 stiller ingen krav til barnets helsetilstand. For å gi grunnlag for opphold etter norsk utlendingspraksis, må barnets helse kvalifisere til 'akutt og livstruende lidelse' (fysisk sykdom) eller 'alvorlig sinnslidelse' (psykisk sykdom). Posttraumatisk stresslidelse (PTSD), som er en vanlig tilstand for barn som har blitt utsatt for tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling, anses som en 'mindre alvorlig lidelse' på linje med lette og moderate depresjoner og

'gir etter praksis ikke alene grunnlag for opphold.'¹⁸³ Den sakkyndige i sak D-04 omtaler PTSD som 'en gjennomgripende og alvorlig psykisk lidelse som vil trenge langvarig, intensiv og bred behandling'. Det er grunn til å stille spørsmål ved om det er riktig generelt å kategorisere PTSD som 'mindre alvorlig', eller om dette er en lidelse hvis alvorlighetsgrad bør underkastes en individuell vurdering slik at den kan begrunne opphold i forhold til barn. Ved vurderingen av barn med PTSD bør tilgjengelig nyere forskningsbasert kunnskap om denne lidelsen hos barn være med å påvirke dens betydning i konkrete saker. Forskning viser blant annet at en usikker asylsituasjon i søkerlandet kan *forverre* barnets lidelser og at barnet ofte frykter en retur til det landet der de opplevde traumat/traumene. Videre kan foreldres *frykt for å bli returnert* påvirke barnas helse negativt. Selve det å bli innvilget opphold kan derfor ha en direkte helsemessig gevinst.

"Severe war trauma has been shown to be associated with psychiatric disorders like PTSD and depression and has been found to predict psychiatric disorders in later life [...]. In our sample, higher PTSD scores were also associated with *the post-migration experience of insecure asylum status*. One explanation may be that children with high levels of PTSD caused by traumatic pre-migration experiences *were particularly fearful of returning* to their home countries. It is also possible that *parental anxiety* about deportation served to perpetuate children's PTSD symptoms."¹⁸⁴

Dersom det ikke lar seg dokumentere at hjemlandet kan gi barnet slik rehabilitering i et miljø som beskrevet i artikkel 39, har Norge et ansvar for å 'treffe alle egnede tiltak' for å fremme slik rehabilitering. Det spiller ingen rolle for Norges ansvar etter BK artikkel 39 at overgrepene eller handlingene har foregått i et annet land. Men etter norsk praksis tilsier innvandringspolitiske hensyn at det ikke tillegges avgjørende vekt at helsetilbudet i Norge er bedre enn i barnets hjemland:

¹⁸³ IR 10-14-01, s. 6–7.

¹⁸⁴ Heptinstall, Sethna og Taylor 2004, s. 373–379 (mine uthevninger).

”Det samme gjelder der det dreier seg om lidelser som er utbredt i store deler av verden, som for eksempel HIV/AIDS, kreft og PTSD. Innvandringspolitiske hensyn tilsier i utgangspunktet at det ikke gis tillatelse til opphold i Norge i slike tilfeller.”¹⁸⁵

Barn som har vært utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, er ikke særlig nevnt her. Retningslinjene er generelt utformet, men det framgår at man etter praksis er mer tilbøyelig til å gi opphold på grunn av barns sykdom enn på grunn av foreldrenes (s. 12), slik at man legger en lavere terskel til grunn når det gjelder barn. Barn som har vært utsatt for forhold som nevnt i artikkel 39 skal ikke vurderes på lik linje med andre barn og voksne med helsemessige problemer, men gis en særlig beskyttelse i tråd med barnekonvensjonens krav. Ifølge Detrick gir artikkel 39 barnet en *rett* til rehabilitering:

”It is formulated in terms of an obligation of State Parties. In accordance with the objects and purposes of the CRC, it may nevertheless be assumed that Article 39 accords to such a child the right to the promotion of his or her physical and psychological recovery and social reintegration in an environment that fosters the health, self-respect and dignity of the child.”¹⁸⁶

Artikkel 39 kan ses i sammenheng med artikkel 22 nr. 1 som gir asylsøkerbarn rett til ’behørig beskyttelse og humanitær hjelp’. Det omfatter også nødvendig helsehjelp, noe asylsøkerbarn for øvrig har krav på etter kommunehelsetjenesteloven 2-1 som sier at ’enhver har rett til nødvendig helsehjelp der han eller hun bor eller midlertidig oppholder seg’. Slik helsehjelp er en forutsetning for rehabiliteringen. I Erklæring om god praksis for enslige mindreårige asylsøkere, utarbeidet i fellesskap av den internasjonale Redd

¹⁸⁵ IR 10-14-01, s. 11.

¹⁸⁶ Detrick 1999, s. 668.

Barna-alliansen og FNs høykommissær for flyktninger, heter det i pkt. 11.2 om helse følgende:

”Separated children should have access to health care on an equal basis with national children. Particular attention should be paid to their health needs arising from previous physical deprivation and ill health, disabilities, and from the psychological impact of violence, trauma and loss as well as the effect of racism and xenophobia that may be experienced abroad. For many separated children access to counselling is vital to assist their recovery.”¹⁸⁷

Anbefalingen viser blant annet til BK artikkel 39, og til torturkonvensjonen artikkel 14 som gir torturofre en rett til ’redress, compensation and rehabilitation’. FNs høykommissær for flyktninger understreker i sine retningslinjer for beskyttelse av og omsorg for flyktningbarn, betydningen av høyt kvalifiserte helsearbeidere der barn har opplevd tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling.¹⁸⁸ Barn med PTSD og andre alvorlige psykiske lidelser og som har opplevd forhold som beskrevet i BK artikkel 39, skal, for å være best i samsvar med barnekonvensjonens krav, sikres opphold dersom det er nødvendig for å fremme barnets fysiske og psykiske rehabilitering. Man kan derfor anse BK artikkel 39 for å hjemle et indirekte returvern.

6.7 Oppsummering

Gjennomgangen av rettskildematerialet bekrefter et videre returvern for barn enn for voksne. Dette gjelder særlig enslige mindreårige asylsøkere. Barns returvern hjemles i torturkonvensjonens artikkel 3, flyktningkonvensjonens § 33 jf. BK artikkel 6, EMK artikkel 3, jf. EMDs praksis, BK artikkel 37 a)/SP artikkel 7, BK artikkel 39 jf. 19, 24 a) og 37 a), FNs barnekomité General

¹⁸⁷ UNHCR og Save the Children Alliance 2004, s. 21.

¹⁸⁸ UNHCR 1994, s. 18.

Comment nr. 6 og en analogi fra prinsippet uttrykt i UNHCR Handbook pkt. 136. Noen av disse hjemlene overlapper hverandre, andre utfyller hverandre. I vurderingen etter ul. § 15 er det derfor ikke bare EMK artikkel 3 som er relevant, men det er denne bestemmelsen det vanligvis vises til i vedtakene. Også andre rettsgrunnlag skal vurderes der det er aktuelt. Et barn som ikke fyller vilkårene for returvern etter flyktningekonvensjonen artikkel 33 alene, vil kanskje kunne være vernet etter EMKs eller BKs bestemmelser.

Barns returvern omfatter etter dette kapitlet flere forhold. Barn som risikerer tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling er alltid beskyttet. Barn i situasjoner der selve returen/transporten kan anses umenneskelig er beskyttet, for eksempel et alvorlig sykt barn (med 'alvorlig sykt' omfattes her også barn med PTDS). Etter denne vurderingen skal det imidlertid mye til for å anse selve returen som umenneskelig. Vurderingen her vil knytte seg til om barnet vil tåle en retur. Videre må man sikre at barnet blir møtt og tatt hånd om ved ankomst og vurdere om omsorgssituasjonen er forsvarlig og/eller om det foreligger et adekvat behandlingstilbud. Et alvorlig sykt barn kan videre være beskyttet mot retur dersom det ikke finnes et adekvat behandlingstilbud til barnet i hjemlandet. Videre vil et barn kunne være beskyttet mot retur dersom returen vil medføre uopprettelig skade på barnets helse og/eller utvikling. Dette gjelder særlig i forhold til enslige mindreårige asylsøkere. Når det gjelder barn som *tidligere* har vært utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, kan disse være vernet etter analogi fra prinsippet om returvern for torturofre. Også barn som ikke har omsorgspersoner i hjemlandet kan være beskyttet.

7. Avslutning

7.1 Oppsummering og anbefalinger

Utlendingsfeltet er et område som i stor grad er dominert av andre hensyn enn hensynet til barnet. Dette er derfor et felt hvor barnet tradisjonelt har stått svakt. Det er derfor gledelig å observere en økende tendens til større bevissthet rundt barns problematikk og mer barnespesifikke tilnæringsmåter i utlendingssaker, blant annet i forslaget til ny utlendingslov.¹⁸⁹ Man står imidlertid fortsatt overfor store utfordringer her. Jeg har i kapittel 3 og 4 redegjort for barns menneskerettslige status og for barnekonvensjonens fire 'søyler'. For at barnekonvensjonen fullt ut skal kunne implementeres, forutsettes det at praksis inkluderer relevante artikler i BK i enkeltsaker, bruker disse som aktive tolkningsverktøy og tolker både faktum og andre rettsregler i samsvar med barnekonvensjonens grunnprinsipper. Det gjøres ikke i dag. Det er ikke nok bare å vise til BK artikkel 3 nr. 1, selv om denne bestemmelsen er særlig sentral. I kapittel 5 har jeg presentert det jeg anser for å være de viktigste formene for barnespesifikk tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Oversikten er ikke uttømmende. Konklusjonen ut fra denne gjennomgangen er at barns asylhistorier og oppholdsgrunnlag i større grad enn i dag bør vurderes opp mot BK artikkel 37 a) og EMK artikkel 3. Dette vil kunne bidra til større synliggjøring og rettslig anerkjennelse av barnespesifikke erfaringer som tortur,

¹⁸⁹ Se for eksempel Ot.prp. nr. 75 (2006-2007), pkt. 5.2.5 hvor departementet aksepterer at man kan operere med en lavere terskel for å konstatere 'velbegrunnet frykt for forfølgelse'. Imidlertid går selve forslaget - § 28 tredje ledd – ikke noe lenger enn det som ellers følger av våre forpliktelser etter barnekonvensjonen. Det skal presiseres i lov at man skal ta hensyn til om søkeren er barn. Dette følger allerede av BK art. 3 nr. 1.

umenneskelig og nedverdiggende behandling, og styrke barnets rettsstilling i forhold til returvern.

I et barneperspektiv er det ikke bare begrepene tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling som bør tolkes utvidende og barnesensitivt, men også de øvrige vilkårene for returvern, herunder kravene til frykt, risiko, liv og frihet.

7.2 Barnets beste

Barnets beste er en retningslinje for skjønnet, et vilkår for å treffe tiltak for barn og et overordnet prinsipp som andre bestemmelser, praksis og politikk skal evalueres opp mot. Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, det vil si det skal som hovedregel gå foran andre hensyn, i hvert fall der det er klart hva som er barnets beste. Dersom man lar andre hensyn gå foran barnets beste, bør dette begrunnes. Barnets beste skal alltid være en konkret og individuell vurdering, og ikke bare et standardformular. FNs barnekomité stiller følgende krav til barnets beste-vurderingen:

”A determination of what is in the best interests of the child requires a clear and comprehensive assessment of the child’s identity, including her or his nationality, upbringing, ethnic, cultural and linguistic background, particular vulnerabilities and protection needs. Consequently, allowing the child access to the territory is a prerequisite to this initial assessment process. The assessment process should be carried out in a friendly and safe atmosphere by qualified professionals who are trained in age and gender-sensitive interviewing techniques.”¹⁹⁰

Av momenter som inngår i barnets beste-vurderingen, kan nevnes:

- stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen

¹⁹⁰ FNs barnekomité: CRC/GC/2005/6 pkt. 20.

- tilknytning til nåværende omsorgspersoner, venner og skolemiljø og til biologisk slekt og familie
- hensynet til å opprettholde status quo, og unngå unødige flyttinger
- kulturell og religiøs identitet
- barnets alder, sårbarhet og spesielle behov
- pågående behandlingsopplegg og muligheter for behandling i hjemlandet
- barnets psykologiske utviklingstrinn
- barnets fysiske og psykiske helsesituasjon
- omsorgssituasjonen i hjemlandet
- barnets egen mening.

Barnets beste kan komme inn i alle rettslige vurderinger som omfatter barn, ikke bare som et 'sterkt menneskelig hensyn', men som et tolkningsprinsipp:

- I forhold til vurdering av barnets *alder* taler prinsippet om barnets beste for at den alder legges til grunn som best gagnar barnet (at barnet har oppgitt riktig alder)
- I forhold til vurderingen av *faktum* (asylhistorien) der det er tvil om faktum, taler prinsippet om barnets beste for at det faktum legges til grunn som gagnar barnet best
- I forhold til vurderingen av *troverdighet* der det er tvil om denne, taler prinsippet om barnets beste for at barnet anses troverdig
- I forhold til hvorvidt det foreligger *forfølgelse, tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling* eller ikke, taler prinsippet om barnets beste for å anse et forhold som forfølgelse m.m. der det kan være tvil om dette
- I forhold til spørsmålet om barnet har en *velbegrunnet frykt* for forfølgelse, er prinsippet om barnets beste et relevant vurderingskriterium for hva som kan anses som velbegrunnet for dette konkrete barnet

- I forhold til *risiko* for å bli utsatt for (ny) forfølgelse eller tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, taler prinsippet om barnets beste for å legge en lav risikovurdering til grunn
- I forhold til spørsmål om *barnets omsorgssituasjon* eller *behandlingsmuligheter* i hjemlandet, eller spørsmål om hvorvidt barnet kan søke *beskyttelse fra myndighetene* i hjemlandet, taler prinsippet om barnets beste for å stille høye krav til dokumentasjon for at omsorgssituasjonen eller behandlingsmulighetene dekker barnets grunnleggende behov, og at myndighetene i hjemlandet faktisk gir ønsket beskyttelse for barnet.

I dag benyttes hensynet til barnets beste som en avveiningsnorm i forhold til andre hensyn i vurderingen av opphold på humanitært grunnlag etter ul. § 8 andre ledd. Prinsippet får dermed en mer begrenset anvendelse enn barnekonvensjonen og dens forarbeider legger opp til.

Hensynet til barnets beste skal alltid vurderes i saker som involverer barn. Det skal foretas en individuell vurdering der alle relevante faktorer inngår. Det bør vurderes å utarbeide en egen barnemal for dette formål, men der den skjønnsmessige vurderingen er åpen og ikke låst i et ferdig utarbeidet standardsvar. Hvilke momenter som bør vektlegges i vurderingen av barnets beste (se over), bør framgå av interne retningslinjer. Barnet skal vurderes som selvstendig rettssubjekt, noe som blant annet innebærer at barnets egen asylhistorie kommer fram, at barnets egne opplevelser av situasjonen i hjemlandet, flukten og situasjonen i Norge kommer fram, og at barnets beskyttelsesbehov vurderes isolert fra foreldrenes. Dette forutsetter at barnet blir hørt i samsvar med BK artikkel 12. I gjennomføringen av barnesamtalene og utredningen av barnets psykiske og fysiske helsetilstand bør det vurderes å benytte sakkyndig. Videre må barnets behov for behandling og omsorg vurderes separat. Det er ikke i overensstemmelse med artikkel 3 nr. 1 å returnere enslige

mindreårige asylsøkere med mindre retur er til barnets beste. Hensynet til barnets beste bør vurderes i forhold til andre bestemmelser i utlendingsloven enn § 8 andre ledd.

7.3 Barnespesifikk forfølgelse

Barns status som flyktninger er så vidt omtalt i innledningen. Men ut fra annen forskning og litteratur, støtter jeg anbefalingene til FNs høykommissær for flyktninger og Redd Barna-alliansen i Guidelines on Protection and Care of Refugee Children som viser hvilke momenter som kan være relevante når barns flyktningstatus skal fastslås:

“Criteria for making a decision on a child’s application

The definition of a refugee is applicable to all regardless of age. In seeking durable solutions careful attention should be paid to balancing the principles of family unity with the principle that the best interest of the child is a primary consideration. Authorities should consider the UNHCR Handbook, Guidelines on Protection and Care of Refugee Children and the 1997 Guidelines, specifically:

- the age and maturity of children and their stage of development
- the possibility that children may manifest their fears differently from adults
- the likelihood that children will have limited knowledge of conditions in their countries of origin
- child-specific forms of human rights violations, such as, but not limited to, recruitment of children into armies, trafficking for prostitution, sexual exploitation, female genital mutilation and forced labour
- the situation of the child’s family in their country of origin and, where known, the wishes of parents who have sent a child out of the country in order to protect her or him

- the fact that harmful actions which might be considered as harassment or discrimination when applied to an adult, may constitute persecution when applied to a child - therefore, in the examination of their claims it may be necessary to have greater regard to certain objective factors, and to determine based upon these factors, whether a child may be presumed to have a well-founded fear of persecution.”¹⁹¹

Her vises en måte å praktisere barnesensitiv lovtolkning på. Disse anbefalingene tar høyde for at enkelte forhold som ikke ville gitt flyktningstatus til voksne, likevel kan begrunne slik status for barn. Dette er søkt innarbeidet i ny utlendingslov § 38 tredje ledd som skal lyde:

”I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Barn kan gis oppholdstillatelse etter første ledd selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen.”¹⁹²

Imidlertid er formuleringen ’ikke har et slikt alvor’ uheldig. Poenget er at enkelte forhold som ikke ville blitt ansett som alvorlige menneskerettighetsbrudd i forhold til en voksen, kan være det i forhold til et barn. Det er jo nettopp situasjonens *alvor* i forhold til et barn som begrunner en utvidende tolkning av hva som skal anses som forfølgelse, tortur eller nedverdiggende og umenneskelig behandling. Det kreves mindre for å konstatere menneskerettighetsbrudd i forhold til barn enn i forhold til voksne.

De nevnte anbefalingene bør søkes innarbeides i praksis knyttet til vurderinger av barns flyktningstatus. Dette gjelder i særlig grad enslige mindreårige asylsøkere. For å få til det, må barnet undergis en egen vurdering. Barnets

¹⁹¹ UNHCR og Redd Barna-alliansen 2004, s. 28. Nærmere om barnespesifikk forfølgelse, se for eksempel Bhabha og Young 1999, s. 84–124 og Edwards 2003 s. 46–84. Se også Bailliet 2004 s. 77–81, FNs barnekomité: CRC/GC/2005/6 pkt. 59 (Child-specific forms and manifestations of persecution og 74 (child-sensitive assessment of protection needs, taking into account persecution of child-specific nature).

¹⁹² Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)

situasjon må utredes, vurderes og behandles uavhengig av foreldrenes. En selvstendig behandling av barnet vil åpne for en større grad av barnesensitive tolkninger, der barnespesifikke erfaringer bedre kan vurderes opp mot kriteriene for flyktningstatus (religiøs og politisk aktivitet, sosial gruppe, etnisitet m.v.). En egen barnemal ville kanskje lette dette arbeidet i praksis. Det bør også i større utstrekning gjøres bruk av sakkyndige, både til utredning av barnets asylhistorie og barnets helsemessige tilstand. Dette er også framhevet i forarbeidene til ny utlendingslov:

” For å ta stilling til om hensynet til barnets beste tilsier at det innvilges oppholdstillatelse eller ikke, må for øvrig utlendingsmyndighetene vurdere behovet for å innhente supplerende opplysninger, jf. forvaltningsloven § 17 og kravet om at saken skal være best mulig opplyst. UDI og UNE må derfor særlig vurdere om det, ut over de uttalelser som parten selv sender inn, er behov for å innhente eksterne faglige uttalelser, som for eksempel helsefaglige uttalelser, uttalelser fra barnevernmyndigheter, skole mv.”¹⁹³

Oppfordringen bør tas på alvor. Det er som nevnt ikke nok for å oppfylle utredningsplikten etter fvl. § 17 å vise til dobbelt-nektende formuleringer i standardmalen (’det er ikke framkommet opplysninger som tilsier at barnet ikke vil få en forsvarlig omsorgssituasjon i hjemlandet’).

7.4 Barnespesifikk tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling

Jeg har i kapittel 5 pekt på forhold knyttet til noen flyktningbarns liv som jeg mener bør vurderes etter det de egentlig er: tortur, nedverdiggende eller umenneskelig behandling av barn. Barns erfaringer fra tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling fortjener en større grad av rettslig anerkjennelse

¹⁹³ Ot. Prp. Nr. 75 (2006-2007), pkt. 7.6.4

og synliggjøring, både i regelverk og praksis. En slik synliggjøring kan danne et bedre rettslig grunnlag for å vurdere barns beskyttelsesbehov enn man får ved å kategorisere slike erfaringer som 'sterke menneskelige hensyn'. Blant annet unngår man avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn.

På bakgrunn av diskusjonene ovenfor, konkluderer jeg med at man bør anvende et *utvidet* begrep om hva som er tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling overfor barn enn overfor voksne. Det begrunnes ikke bare i barnets sårbarhet og avhengighet av voksne, selv om barns sårbarhet i seg selv gir barn et krav på en høyere rettslig standard for menneskerettsbeskyttelse.¹⁹⁴ Det begrunnes også i at barnet, *på grunn av* denne avhengigheten og sårbarheten, generelt kan sies å være utsatt for flere former for tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling enn voksne. Et eksempel er barn som ser sine foreldre bli torturert eller mishandlet på annen måte, og barn som blir utsatt for grov omsorgssvikt av sine foreldre.

I vurderingen av om barnets erfaringer skal anses som omfattet av BK artikkel 37 a)/ EMK artikkel 3, vil blant annet følgende momenter ha betydning:

- EMDs praksis etter EMK artikkel 3 og artikkel 8 (for eksempel barnets alder og sårbarhet, de faktiske omstendighetene, varighet og art av behandlingen/overgrepene, den fysiske og mentale effekten av overgrepene, barnets kjønn og helsetilstand)
- hensynet til barnets beste konkret og generelt, BK artikkel 3 nr. 1, herunder medisinsk og utviklingspsykologisk forskning om barn og traumer
- uttalelser fra FNs barnekomité, særlig General Comment nr. 6

I alle barnesaker skal barnets situasjon vurderes separat. Det er som utgangspunkt ikke tilstrekkelig å vurdere barnet og foreldrene sammen som en

¹⁹⁴ Morawa 2003, s. 150.

enhet. Barnets egen asylhistorie skal kartlegges, barnets situasjon i Norge vurderes samt forholdene for barnet ved retur. For å få kartlagt barnets historie, er det nødvendig at barnet selv får anledning til å uttale seg.

Retten til å uttale seg og bli hørt er en ubetinget rettighet etter BK artikkel 12 og bør lovfestes. I stedet har man i forslaget til ny utlendingslov foreslått at barns uttalerett bør reguleres i forskrifter, blant annet fordi ville være vanskelig i alle sakstyper å praktisere høring av barn ned til 7 år. Departementet viser til at BK artikkel 12 er inntatt i fvl. § 17 første ledd som også gjelder på utlendingsfeltet.¹⁹⁵ I stedet for å synliggjøre barns uttalerett i utlendingsloven, noe som kunne hatt stor pedagogisk betydning nettopp på dette feltet, 'usynliggjør' man den i forskrifter og henvisninger til andre lover.

Også små barn (barn under syv år) skal gis en mulighet til å uttale seg. Barnets uttalelser bør vises til og refereres i vedtaket, og det bør eventuelt begrunnes hvorfor barnets mening eller ønsker ikke tillegges vekt. Det bør antakelig benyttes sakkyndige til en del av disse samtalene for å sikre at de foregår på en måte som er forsvarlig ut fra barnets behov og tilstand. Alle barn som uttaler seg om traumatiske opplevelser må sikres faglig oppfølging i etterkant.

Jeg mener også at det er grunnlag for et *relativt* begrep om hva som er tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling av barn, både i forhold til barnets alder og dets sårbarhet. Jo yngre barnet er/jo mer sårbart det er på det tidspunktet da det ble utsatt for/eller det forelå en risiko for at det ville komme til å bli utsatt for handlinger eller opplevelser som kan anses som tortur, nedverdiggende eller umenneskelig behandling, desto større er *skadepotensialet* på barnets fysiske og psykiske helse og desto romsligere bør derfor definisjonen av disse begrepene være.

¹⁹⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007), pkt. 17.1.6.4

7.5 Returvern

Gjennomgangen av rettskildematerialet bekrefter et større returvern for barn enn for voksne. Dette gjelder særlig enslige mindreårige asylsøkere. Barns returvern hjemles i:

- torturkonvensjonens artikkel 3
- flyktningkonvensjonens § 33 jf. BK artikkel 6
- EMK artikkel 3, jf. EMDs praksis
- BK artikkel 37 a)/SP artikkel 7
- BK artikkel 39 jf. 19, 24 a) og 37 a)
- FNs barnekomité General Comment nr. 6
- analogi fra prinsippet uttrykt i UNHCR Handbook pkt. 136.

Barns returvern omfatter etter dette følgende forhold:

- barn som risikerer tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling er alltid beskyttet
- barn i situasjoner der selve returen/transporten kan anses umenneskelig (eks. lite barn som må reise alene og som ingen møter)
- barn som er alvorlig syke og som det kan anses umenneskelig å returnere (i denne sammenheng bør barn med PTSD kunne anses som alvorlig sykt)
 - tåler ikke reisen
 - vil ikke få adekvat oppfølging og behandling i hjemlandet
- barn som *tidligere* har vært utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling
- barn som ikke har omsorgspersoner i hjemlandet.

Det kan spørres hvilken vei som lovteknisk vil gi best resultat for barns beskyttelsesbehov. Norge praktiserer gjennom ul. § 8 beskyttelse og opphold til en større gruppe av personer enn de som etter dagens praksis omfattes av returvern-prinsippet. Når det gjelder barn, praktiseres BK artikkel 3 nr. 1 slik at hensynet til barnets beste veies opp mot innvandringsregulerende hensyn. Det er grunn til å anta at enkelte barn som burde vært vernet mot retur, ikke blir vurdert etter returvernprinsippet fordi forholdene de har vært utsatt for ikke anses som tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, jf. ul. § 15, BK artikkel 37 a)/EMK artikkel 3, men i stedet vurderes under 'sterke menneskelig hensyn' i § 8. Kan det være slik at noen barn på denne måten får et svakere vern enn de burde hatt?

Det finnes flere alternativer lovteknisk sett. Utlendingsutvalget vurderte om praksisen etter § 8 andre ledd burde føre til at man utvidet beskyttelsesbestemmelsenes rekkevidde, 'enten gjennom å innføre mer vidtrekkende beskyttelsesbestemmelser i nasjonal lovgivning, eller gjennom at man i praksis tolker konvensjonsbestemmelsene utvidende. Alternativet er at man holder fast ved en relativt restriktiv tolkning av beskyttelsesbestemmelsene, og viderefører en praksis hvor beskyttelse også innvilges etter en skjønnsmessig vurdering [...].'¹⁹⁶ Det er ikke sikkert det er noe 'enten-eller' her. Det er mulig både å tolke konvensjonsbestemmelsene utvidende ved å benytte barnekonvensjonen og barns særlige sårbare stilling som tolkningsverktøy, og samtidig arbeide for en bedre beskyttelse i det nasjonale regelverket. I forhold til barn vil det antakelig gi best beskyttelse dersom man i nasjonale beskyttelsesbestemmelser inkluderte *barnespesifikke kriterier*, både barnespesifikke *forfølgelsesgrunner* og barnespesifikke former for *tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling*. Dette kan alternativt gjøres i

¹⁹⁶ NOU 2004:20 pkt. 6.4.2.5

utfyllende juridisk bindende forskrifter (ikke retningslinjer). Barn som omfattes av returvernet bør tilbys den beste form for beskyttelse (asyl).

7.6 Vedtaksform og innarbeiding av barnekonvensjonen i praksis

Når det gjelder vedtaksformen, bør bruk av standardmaler bare omfatte vedtakets hovedstruktur samt lovanvendelsesspørsmål, eventuelt også landinformasjon. Malene bør ikke omfatte forvaltningens frie skjønnsmessige vurderinger, da dette kan binde saksbehandlerens eget skjønn og gjøre det vanskelig å trekke inn alternative rettsgrunnlag og momenter i vurderingene som ikke inngår i malen. Den reelle vurderingen kan tilsløres av velformulerte standardsvar, noe som også gjør det vanskeligere å angripe vedtaket gjennom klage. Vurderingene bør være åpne og foretas av hver enkelt saksbehandler, eventuelt etter nærmere retningslinjer om hvilke momenter som skal tillegges vekt. Det skal framgå av vedtaket hvordan subsumpsjonen er foretatt, herunder hvilke momenter samt hvilket faktum som er lagt til grunn for resultatet.

Også andre relevante bestemmelser og prinsipper i barnekonvensjonen enn artikkel 3 nr. 1 skal tas i betraktning i konkrete saker, jf. barnekonvensjonens artikkel 4 som krever at alle lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak treffes for å gjennomføre konvensjonens rettigheter. Barnekonvensjonens bestemmelser utgjør både selvstendige rettsgrunnlag (for eksempel gir BK 37 returvern på lik linje med EMK art. 3, BK art. 12 gir en ubetinget uttalerett), og tolkningsmomenter i forhold til bestemmelser og vilkår i utlendingsloven og i forhold til andre konvensjoner. Relevante bestemmelser og prinsipper i BK bør innarbeides i malen der de passer inn i lovanvendelsesavsnitt, for eksempel artiklene 2, 3, 6, 12, 19, 20, 22, 24, 32–35 og 37. Alternativt kan det vurderes å

utarbeide en egen *barnemal*. En barnemal bør i alle tilfeller vurderes i forhold til enslige mindreårige asylsøkere, slik at de viktigste tolkningene og anbefalingene i General Comment nr. 6 kan innarbeides i praksis. Generelt slutter jeg meg til denne anbefalingen:

”Make every effort to protect refugee children from abuse and to ensure that victims of abuse receive remedial assistance for their recovery. Evidence of torture, physical and sexual assault, abduction and similar violations of the safety and liberty of refugee children call for extraordinary measures. Spare no effort to collect all the relevant facts, including corroborative evidence and identification of the culprits with a view to their apprehension.”¹⁹⁷

Det er for øvrig ikke forbudt å legge en maksimumsstandard til grunn for tolkning av konvensjoner. Det bør Norge bestrebe seg på, særlig på barnerettens område. Norge har et spesielt ansvar som foregangsland på området barns rettigheter. Vi fikk verdens første barnevernlovgivning og verdens første barneombud. Norge er også ett av verdens mest ressurssterke land og har muligheter til å legge listen høyt for implementeringsnivå når det gjelder menneskerettigheter generelt. Dette forplikter oss til å vise andre land hvordan stater på en effektiv og konstruktiv måte kan implementere barnekonvensjonen både i lov og praksis.

7.7 Anbefalinger for videre forskning

Rapporten omhandler et meget stort tema. Hver for seg vil de ulike temaene som er behandlet i kapittel 5 kunne utgjøre egne avhandlinger, det samme vil for eksempel barnets flyktningrettslige status og barnets beste i utlendingssaker. Rapporten er nødvendigvis overfladisk på mange av disse store områdene, og det er behov for videre forskning.

¹⁹⁷ UNHCR 1994, s. 36.

Det ville være interessant å gå videre med et tilsvarende prosjekt og analysere mange flere saker, både fra UDI og UNE, og slik at materialet omfattet alle sakens dokumenter. Det ville videre vært ønskelig med en bredere gjennomgang av EMDs praksis i retursaker som involverer barn (herunder utvisningssaker). Også familiegjenforeningssaker kunne det vært interessant å se på i et barneperspektiv, og det ville vært nyttig å sammenlikne ulike sakstyper. Videre hadde det vært ønskelig med en systematisk gjennomgang av praksis fra torturkomiteen, både individuelle klagesaker og landrapporter, og av FN-rapporter og -dokumenter som omhandler barneflyktninger. Det kunne også vært relevant å få undersøkt andre lands asyl-praksis (komparativ studie), rettspraksis fra The Inter-American Court of Human Rights i utlendingssaker som omfatter barn. I tillegg ville en større analyse av internasjonal litteratur vært fruktbar.

Litteratur

Philip Alston: "The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights", i *International Journal of Law and Family* 8, 1994, s. 1–25.

Philip Alston: *The Best Interests of the Child. Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values*, UNICEF, Innocenti Studies, 1996

Cecilia Bailliet: *Grensen mellom asyl og beskyttelse på humanitært grunnlag*, Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 6/2004.

Jacqueline Bhabha og Wendy Young: "Not Adults in Miniature: Unaccompanied Child Asylum Seekers and the New U.S. Guidelines", i *International Journal of Refugee Law*, vol. 11 nr. 1, 1999, s. 84–125.

Claire Breen: *Age discrimination and children's rights: ensuring equality and acknowledging difference*, Martinus Nijhoff, Leiden 2006.

Reidun Bruvatne: *Flyktninger og asylsøkere i helsetjenesten*, Gyldendal Akademisk, Oslo 2006.

Geraldine van Bueren: *International Documents on Children*, 2. utg., Kluwer, Amsterdam 1998.

J. Herman Burgers og Hans Danelius: *The United Nations Convention against Torture. A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, International Studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 1988.

Anna Christensen: "Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster", *Tidsskrift for rettsvitenskap* nr. 4/1996, s. 522–574.

Helen Christie og Trine Waaktaar: "Tross alt. Krigstraumatiserte barn og deres helingspotensialer", i N. Sveaass og E. Hauff (red.): *Flukt og fremtid. Psykososialt arbeid med flyktninger*, Ad Notam Gyldendal, Oslo 1997, s. 119–133.

Clas Jostein Claussen og Per Olav Tiller, «Barnevern og barns ytringsfrihet», *Norges Barnevern* nr. 4 1997, s. 5–13.

Jørgen Cohn: “Børn og tortur”, i *Linjer. Tidsskrift fra Psykososialt senter for flyktninger, Instituttgruppe for psykiatri*, nr. 2/1993, s. 28–29.

Jørgen Cohn og Mona Strøm: *Tortur og helseskade*, Gyldendal Akademisk, Oslo 2003.

Tove Stang Dahl: “Mot en fortolkende rettsteori”, i *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1988 nr. 1–2,

Tove Stang Dahl: *Pene piker haiker ikke*, Det Blå Bibliotek, Universitetsforlaget, Oslo 1994.

Sharon Detrick: *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London 1999.

Alice Edwards: “Age and gender dimension in international refugee law”, i E. Feller, V. Türk og F. Nicholson (red.): *Refugee Protection in International Law, UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press 2003, s. 46–80.

John Eekelaar: “The Interests of the Child and the Child’s Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism”, i P. Alston (red.): *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, 1994.

Tine Egelund, *Beskyttelse af barndommen. Socialforvaltningens risikovurderinger og indgreb*, Hans Reitzels Forlag, København 1997

Leo Eitinger: “Torturmetoder og følger”, i *Tidsskrift for Den Norske Lægeforening* nr. 17–18, 1989; 109, s. 1860–62.

Ugur Erdal og Hasan Bakirci: ”Article 3 of the European Convention on Human Rights: A Practitioner’s Handbook”, OMCT Handbook Series (red): B. Wijkström, vol. 1, 2006.

Eli Fisknes: “Utlendingsloven: Med kommentarer”, Universitetsforlagets lovkommentarer 1994

Deidre Fottrell: “One step forward or two steps sideways? Assessing the first decade of The Children’s Convention on the Rights of the Child”, i D. Fottrell

(red.): *Revisiting Children's Rights*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston 2000.

Michael Freeman, *The moral status of children*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1997

Donna Gomien, David Harris og Leo Zwaak: *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1996.

Hans Petter Graver: "Normative systemer – skisse til en opløsning av rettsbegrepet", i E.M. Basse (red.): *Regulering og styring*, GAD, København, 1989.

Kate Halvorsen: *Asylum Decisions on Child Applicants. Report on 4-Country Pilot Project*, 2004.

Sten Harck og Mette Hartlev: "Retten til værdighed og egen identitet", i *Retsvidenskabeligt Institut B: Grundrettigheder*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2000, s. 93–118.

Turid Heiberg: "Sex-handel med barn og unge", i Ivar Windheim (red.): *Hvor hender det?*, nr. 4, årgang 2004–2005, NUPI 2004, s. 1–4.

Ellen Heptinstall, Vaheshta Sethna og Eric Taylor: "PTSD and depression in refugee children: associations with pre-migration trauma and post-migration stress", i *European Child and Adolescent Psychiatry* vol. 13 (6), London 2004, s. 373–380. <http://www.researchasylum.org.uk/?lid=109>

Rachel Hodgkin og Peter Newell: *Implementation Handbook on the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, 2007.
http://www.unicef.org/publications/index_5598.html

Chris Ingelse: *The UN Committee against Torture. An Assessment*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston 2001.

Roxanne Joyal: *The Notion of the Best Interests of the Child: Its Place in the United Nations Convention on the Rights of the Child*, paper presented to DCI/ICJ Conference in Siracusa, September 1990

Kirsten Ketscher. "Socialret", 2. utg., Forlaget Thomsen/Gad Jura, København 2002

Ursula Kilkelly: "The Impact of the Convention on the Rights of the Case Law of the European Court of Human Rights", i D. Fottrell (red.): *Revisiting Children's Rights. 10 Years of the UN Convention on the Rights of the Child*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston 2000, s. 87–100.

Ursula Kilkelly: "The Best of Both Worlds for Children's Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of the UN Convention on the Rights of the Child", i *Human Rights Quarterly* 23, 2 (2001), The Johns Hopkins University Press s. 309–326.

Ursula Kilkelly: "Separated Children and the CRC", powerpoint-presentasjon fra foredrag på Norsk senter for menneskerettigheter, 10. april 2008.

Janne Kaasin: *Statens forpliktelser etter EMK artikkel 3 og 8 når privatpersoner utøver seksuell vold mot kvinner*, Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo, 2005.

Hilde Lidén, Hilde Rusten og Monica Five Aarset: *Å høre barn i utlendingssaker*, Institutt for samfunnsforskning, Oslo 2008.

Sir E. Lauterpacht & D. Bethlehem: "The scope and content of the principle of *non-refoulement*: Opinion", in E. Feller, V. Turk & F. Nicholson (eds), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge University Press, UK, 2003

Jane McAdam: "Seeking Asylum under the Convention on the Rights of the Child: A Case for Complementary Protection", i *The International Journal of Children's Rights*, 14, s. 251–274, 2006.

Dominic McGoldrick: "The United Nations Convention on the Rights of the Child", *International Journal of Law, Policy and the Family* 5, 1991, s. 132–169

Sheila Melzak: "The Emotional Impact of Violence on Children", I Ved Varma (ed.): *Violence in Children and Adolescents*, London 1996

Sheila Melzak med The Medical Foundation Child and Adolescent Psychotherapy Team: "When the Future Has Been Spoilt: the Impact of Politically Motivated Rape on Children and Adolescents", i M. Peel (red.): *Rape as a Method of Torture*, Medical Foundation for the Care of Victims of Torture, London 2004, s. 71–95.

Alexander H.E. Morawa: "Vulnerability as a concept of international human rights law", i *Journal of International Relations and Development* 6, no. 2 (2003).

R. Morgan og M.D. Evans (red.): *Protecting Prisoners: The Standards of the European Committee for the Prevention of Torture in Context*, Oxford University Press 1999.

Svein Mossige og Kari Stefansen (red.): *Vold og overgrep mot barn og unge*, NOVA-rapport 20/07, <http://www.nova.no/index.gan?id=15747&subid=0>.

Alastair Mowbray: *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford/Portland Oregon, 2004.

M. Peel (red.): *Rape as a Method of Torture*, Medical Foundation for the Care of Victims of Torture, London 2004.

Jens Qvortrup: "Childhood as a Social Phenomenon – An Introduction to a Series of National Reports", *Eurosocial Reports* 36/1991.

Hilde Rusten: *Making Children visible to the Immigration Administration: A Study of the Right of the Child to Participate in Norwegian Asylum Proceedings*, Norsk senter for menneskerettigheter, Universitetet i Oslo 2006.

Jens Elo Rytter: "Grundrettigheter – nogle almene betragtninger", i *Retsvidenskabeligt Institut B: Grundrettigheder*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2000, s. 1–20.

Kirsten Sandberg: *Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse*, Gyldendal Akademisk, Oslo 2003.

Kirsten Sandberg: "Barnekonvensjonens betydning på utlendingsfeltet", innlegg til UDIs vårkonferanse 6. juni 2006, konferanserapport.

Johanna Schiratzki: "The Best Interests of the Child in the Swedish Aliens Act", i *International Journal of Law, Policy and the Family* 14, 2000, s. 206–225.

Johanna Schiratzki: *Barnrättens grunder*, Studentlitteratur, Stockholm 2006.

Ellie Smith: "A Legal Analysis of Rape as Torture: Article 3 ECHR and the Treatment of Rape within the European System", i M. Peel (red.): *Rape as a Method of Torture*, Medical Foundation for the Care of Victims of Torture, London, 2004, s. 195–228.

Lucy Smith: ”Bokessay: Barnekonvensjonen – erfaringer ti år etter”, *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter*, 2003 nr. 1, s. 80–84.

Lucy Smith: ”Barnets beste og barns uttalerett”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* (FAB), nr. 3/2004, s. 223–231.

Elisabeth Gording Stang: *Det er barnets sak. Barns rettsstilling i sak om hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4*, Oslo, Universitetsforlaget 2007.

Elisabeth Gording Stang: ”Barns rett til deltakelse i barnevernssaker”, Hefte for Kritisk Juss nr. 1-2 2007, s. 36-56

Karl Harald Søvig: ”Arve- og familierettslig diskriminering av barn utenfor ekteskap og deres fedre, og høring av barn i familierettstvister”, *Tidsskrift for Familie-, arve- og barnevernrettslige spørsmål* (FAB) nr. 3 2005, s. 198-213

Patricia Tuitt: ”The State, the Family and the Child Refugee”, i D. Fotrell (red.): *Revisiting Children’s Rights*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston 2000, s. 149–155.

Eugene Verhellen: *Convention on the Rights of the Child: Background, Motivation, Strategies, Main Themes*, 3. utg., Leuven, Garant 2000.

Regjeringen.no

Barnevernets ansvar for enslige mindreårige asylsøkere lovfestes.
Pressemelding,

FOR 1990-12-21 nr 1028: Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsforskriften).

NOU 2003:31 Retten til et liv uten vold.

NOU 2004:20 Ny utlendingslov

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

Handlingsplan mot kjønnslemlestelse 2008–2011. Veileder om regelverk, roller og ansvar knyttet til kjønnslemlestelse, Q-1145 B

Utlendingsnemnda

<http://www.une.no/>

Interne retningslinjer: Behandling av utlendingssaker med anførsler om helsemessige forhold, IR-10-14-01 (offentlig).

Fagnotat: Barnekonvensjonens betydning på utlendingsfeltet, med særlig vekt på art. 3 nr. 1 – ”hensynet til barnets beste”, 16. mars 2006 (internt).

Praksisnotat av 27.11.2007 om: Saker der det kan foreligge risiko for kjønnslemlestelse (offentlig).

FNs barnekomité

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>

Guidelines for reporting by State Parties, Document CRC/C/5 1994 and CRC/C/58 Basic reference document 1996.

Day of General Discussion: State Violence against Children, 25th Session, 22 September 2000, CRC/C/97.

Recommendation on Children in Armed Conflicts, CRC/C/80, 19th Session, September 1998.

Day of General Discussion: Violence against Children within the Families, and in Schools, 2001.

General Comment nr. 4: Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child, 2003, CRC/GC/2003/4.

General Comment nr. 6 (2005): Treatment of unaccompanied and separated Children outside their Country of origin, CRC/GC/2005/6.

General Comment nr. 7 (2005): Implementing Child Rights in early Childhood, CRC/C/GC/7/Rev.1.

General Comment nr. 8 (2006): The Right of the Child to Protection from Corporal Punishment and other cruel or degrading forms of Punishment, CRC/C/GC/8.

General Comment nr. 10 (2007): Children's Rights in Juvenile Justice, CRC/C/GC/10 9. februar 2007.

FNs høykommissær for flyktninger

Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, UCR/IP/Eng/REV.1 reedited, Geneva, January 1992, UNHCR 1979,
<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home?id=search&results=web&skip=20&query=handbook>

Refugee Children: Guidelines on Protection and Care, 1994

Sexual Violence against Refugees: Guidelines on Prevention and Response, 1995.

Summary Conclusions: the principle of non-refoulement, Expert Roundtable, University of Cambridge, 9.–10. juli 2001, i samarbeid med med Lauterpacht Research Centre for International Law.

Istanbul Protocol. Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Professional Training Series no. 8/rev.1, New York and Geneva 2004.
http://secap480.un.org/search?q=istanbul+protocol%2C+2004&ie=utf8&site=un_org&output=xml_no_dtd&client=UN_Website_English&num=10&proxystyle=UN_Website_English&oe=utf8

Separated Children in Europe Programme. Statement of good practice, 3d ed., 2004, i samarbeid med Save the Children Alliance in Europe.

Executive Committee of the High Commissioner's Programme: Report on the High Commissioner's Five Global Priority Issues for Refugee Children, 6. juni 2006, EC/57/SC/CRP.16.

Guidelines on Formal Determination of the Best Interests of the Child (BID), mai 2006.

Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees, 2007.

Andre FN-dokumenter

The UN Convention relating to the Status of Refugees, 28. juli 1951
http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/o_c_ref.htm

FN-deklarasjonen om barns rettigheter, 20. november 1959

<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/25.htm>

FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter med protokoller, 16. desember 1966

http://www.fn.no/fn_avtaler/menneskerettigheter/fns_internasjonale_konvensjon_om_sivile_og_politiske_rettigheter

FNs Generalforsamling: Declaration on the Protection of Women and Children in Emergency and Armed Conflict, resolution 3318(XXIX) of 14. December 1974.

FNs kvinnekonvensjon av 18. desember 1979.

The UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 4. februar 1985

<http://www.hrweb.org/legal/cat.html>

The UN Convention on the Rights of the Child, 1989

<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/k2crc.htm>

The African Charter on the Rights and Welfare of the Child, OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990).

FNs menneskerettighetskomité: General Comment nr. 20: Replaces General Comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (art. 7), 10/03/92. CCPR General Comment nr. 20, 1992.

FNs menneskerettighetskommisjon, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Plan of action for the Elimination of Harmful Traditional Practices affecting the Health of Women and Children, E/CN.4/Sub.2/1994/10/Add.1.

ILO Convention No. 182: Worst Forms of Child Labour Convention, 1999

<http://www.ilocarib.org.tt/childlabour/c182.htm>

FNs Generalforsamling: Question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 11. august 2000, A/55/290.

FNs Generalforsamling: Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography, A/RES/54/263 of 25 May 2000.

UN Protocol to the UN Convention against Transnational Organized Crime, to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, 2000.

FNs Generalforsamling: Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of Children in Armed Conflicts, A/RES/54/263 25. mai 2000 <http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/crc/treaties/opac.htm>

FNs Generalforsamling: Resolution Adopted by the General Assembly, 56.128, Traditional or customary practices affecting the health of women and girls, A/RES/56/128, 2001.

FNs Generalforsamling: A World fit for Children, 2002, S-27/2.
<http://www.unicef.org/specialsession/wffc/index.html>

The United Nations Study on Violence against Children 2006
<http://www.violencestudy.org/a555>

FNs Generalforsamling: Children in Armed Conflict, 21. December 2007, A/62/609-S/2007/757.

Europarådet og EU

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, 4. november 1950
<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CM=8&DF=4/7/2008&CL=ENG>

Charter of Fundamental Rights of the European Union 2000/C 364/01
http://www.europarl.europa.eu/charter/default_en.htm

EUs statusdirektiv, Council Directive 2004/83/EC.

Andre dokumenter

NGOU 2006:1 Først og fremst barn. Overføring av omsorgsansvaret for enslige mindreårige asylsøkere til barnevernet.

Maxine Frith: "Malnutrition kills 10 children every minute, says UN", artikkel i The Independent, 3. mai 2006.

Project Parivartan: Trafficking in Women and Children in South Asia: An Annotated Bibliography and Review of the Grey Literature, March 2006
<http://www.vale.edu/cira/parivartan>

Norsk senter for menneskerettigheter, Universitetet i Oslo: Høring – forslag til regulering av barnevernets omsorgsansvar for enslige mindreårige asylsøkere i den første fasen etter ankomst til landet, 10. oktober 2007, pkt. 3.

Per A. Christiansen: “Religiøs mishandling”, Aftenposten 13. april 2008.

Plan Norge: ”Stopp torturen mot jenter”, <http://www.plan-norge.no/Media/Nyheter/2007/Stopp%20torturen%20mot%20jenter.aspx>

Publikasjoner fra Norsk kompetansesenter for vold og traumatisk stress (NKVTS), <http://www.nkvts.no/Bibliotek/Publikasjoner/Publikasjonsliste.htm>

Human Rights Watch Children's Rights

<http://hrw.org/children/labor.htm>

Documents on:

Child Labour

Child Soldiers

Juvenile Justice

Violence against Children

Refugee, Displaced and Migrant Children

Street Children

Rettspraksis

Norsk

Rt. 1993, s. 1591

LB 1996-00576

LB 2003-01367

Rt. 2004, s. 811

RG 2004 s. 392

LB 2004-03481

EMD

Soering mot England 1989, appl. no. 14038/88

Costello-Roberts mot England 1993, appl. no. 13134/87

D. mot England 1997, appl. no. 146/1996/767/964

Chahal mot England 1997, appl. no. 22414793

A mot England 1998, appl. no. 100/1997/884/1096

T og V mot England 1999, appl. no. 24724/94 og 24888/94

V mot England 1999, appl. no. 24888/94

Selmouni mot Frankrike 1999, appl. no. 25803/94

Z m fl. mot England 2001, appl.no. 2939/95

Sahin mot Tyskland 2001, appl. no. 30943/96

Peers mot Hellas 2001, appl. no. 28524/95

Bensaid mot England 2001, appl. no. 44599798

E m.fl. mot England 2002, appl. no. 33218/96

Mubilanzila Mayeka og Kaniki Mitunga mot Belgia 2006, appl. no. 13178/03