



Mat, tak over hodet og helsetjenester

Statens forpliktelser overfor personer uten lovlig opphold

Senter mot etnisk
diskriminering



LIK BEHANDLING • LIK MULIGHET • LIK RETT

Utgitt av Senter mot etnisk diskriminering april 2005

Rapporten er skrevet av Ann Helen Aarø og Heidi Wyller

Postadresse:
Postboks 677 Sentrum
NO-0106 Oslo

Besøksadresse:
Prinsensgate 22

Telefon: 22 24 69 70
Faks: 22 24 69 72
E-post: smed@smed.no
Internett: www.smed.no

Forsidedesign: Cazawa Dezign
Illustrasjon: M. M. Malvin

FORORD

Senter mot etnisk diskriminering har siden 1998 gitt rettshjelp til enkeltpersoner og bidratt til å dokumentere art og omfang av diskriminering. Vårt dokumentasjonsarbeid har i stor grad bygget på vår rettshjelp. Gjennom rettshjelpen møter vi enkeltpersoner som trenger hjelp fordi de opplever diskriminering; noen er i en akutt vanskelig situasjon mens andre ønsker å ta opp mindre presserende spørsmål.

Rapporten ”Mat, tak over hodet og helsetjenester” bygger på innsamling av informasjon gjennom vår rettshjelp fra personer uten lovlig opphold som ble rammet av tiltak som skulle effektivisere statens utlendingspolitikk. SMED tilrettela sin rettshjelpsvirksomhet for å være et reelt lavterskeltilbud for personer som ikke har fast bopel, telefon eller forutsetninger for å kommunisere på norsk – verken muntlig eller skriftlig. Dette var mennesker som befant seg i en akutt vanskelig situasjon.

SMED bisto mennesker som manglet mat, tak over hodet og andre ytelser til livsopphold etter å ha mistet plassen i mottak og ytelser til livsopphold fordi de ikke ønsket å samarbeide om retur til hjemlandet. SMED dokumenterte deres forsøk på å sikre sitt livsopphold ved å henvende seg til den kommunale sosialtjenesten. Vi avdekket hvor vanskelig det er for en svært sårbar gruppe å legge frem sin sak for myndighetene, at noen ble avvist, mange fikk avslag, samt at de som fikk hjelp ble ivaretatt på svært ulik måte.

Skal SMED engasjere seg i saker og spørsmål der juss, etikk og politikk smelter sammen? I denne rapporten har vi gjort det. Hvilke tiltak som bør iverksettes for å hindre grunnløse asylsøknader og sikre at flest mulig returnerer frivillig, er et etisk og politisk spørsmål. De samme verdivurderingene er imidlertid like relevante når spørsmålet er om tiltakene som ble iverksatt var legitime i forhold til de personene som ble berørt – om tiltakene var lovlige. Spørsmålet SMED ønsket å belyse var om disse menneskene ble diskriminert eller utsatt for annen urett, og om myndighetene hadde gjort tilstrekkelig for å sikre at også denne gruppen fikk de – om enn – få rettighetene som tilkom dem.

SMEDs perspektiv i rapporten er konsekvensene for hver enkelt som søkte om hjelp til å få mat og tak over hodet og fikk avslag fordi de ikke innrettet seg etter lovlig fattede vedtak som påla dem å returnere frivillig til hjemlandet. Spørsmålet om enkeltmennesker rammes urimelig hardt av myndighetenes tiltak når det gjelder tilgang til mat, tak over hodet og nødvendig helsehjelp, er ikke bare et spørsmål om etikk og politikk, men også et spørsmål om menneskerettigheter.

INNHOLDSFORTEGNELSE

	Forord.....	iii
1	Innledning.....	3
1.1	Selvpåført nød?.....	3
1.2	Tilgang til mat, tak over hodet og helsetjenester – diskriminering eller annen lovstridig handling?.....	3
1.3	Vernet mot diskriminering i Norge.....	4
1.4	Ikke bare et spørsmål om juss.....	5
1.5	SMEDs mandat og formålet med rapporten.....	6
2	Metode.....	8
2.1	Generelt om metodevalg.....	8
2.2	Første fase; avdekke problemstillinger og faktagrunnlag.....	8
2.3	annen fase; dokumentasjon av forvaltningspraksis.....	9
2.4	Litt statistikk.....	10
2.5	Metode for vurdering av forvaltningspraksis.....	12
3	Situasjonsbeskrivelse.....	13
3.1	Generelt.....	13
3.2	Et tosporet system for ivaretagelse av livsopphold.....	13
3.3	Lengeværende i mottak – rapport fra UDI.....	14
3.4	Hva foranlediget tiltakene årsskiftet 2003/2004?.....	15
3.5	Frivillig retur gjennom IOM.....	16
3.6	Bortfall av botilbud i mottak og ytelser til livsopphold.....	17
3.7	Midlertidige arbeidstillatelser etter endelig avslag.....	17
3.8	Forslag til endring av forskrift til sosialtjenesteloven eller praksisomlegging uten forskriftsendring?.....	18
3.9	Midlertidig forskrift om oppholdstillatelse for barnefamilier uten oppholdstillatelse...20	
3.10	Oppsummering.....	22
4	Gjeldende rett.....	23
4.1	Innledning.....	23
4.2	Internasjonale menneskerettigheter.....	23
4.2.1	Innledning.....	23
4.2.2	Statens sikringsplikt særlig SP artikkel 2.....	24
4.2.3	EMK artikkel 3 og SP artikkel 7.....	25
4.2.4	EMK artikkel 8 – SP artikkel 17.....	26
4.2.5	ØSK artikkel 11.....	26
4.2.6	Diskrimineringsforbudet i EMK, SP og ØSK.....	27
4.3	Minstestandard for sosial omsorg for personer uten lovlig opphold?.....	28
4.4	helsetjenester, akutt medisinsk behandling og sosiale ytelser.....	30
4.4.1	Rett til helsetjenester og medisinsk behandling.....	30
4.4.2	Ytelser og tjenester etter sosialtjenesteloven.....	31
4.4.3	Sosiallovgivningens subsidiære karakter.....	32
4.5	Ulovfestet nødrett – innføring av et nytt rettsinstitut?.....	33
4.5.1	En presist definert rettighet?.....	33
4.5.2	Hva er nødrett eller nødrettslige betraktninger.....	33
4.5.3	Ytelsene og ytelsenes omfang.....	34
4.5.4	Behov for avklaring?.....	35

5	Gjennomgang av forvaltningspraksis	36
5.1	Innledning	36
5.2	Botilbud og ytelser til livsopphold i asylmottak.....	37
5.2.1	Oversikt.....	37
5.2.2	Bortfall av botilbud og ytelser i mottak – enkeltvedtak?.....	37
5.2.3	Tilbud om plass i mottak ved samarbeid om retur gjennom IOM.....	38
5.2.4	Forvaltningspraksis.....	39
5.2.5	Oppsummering.....	42
5.3	Mat, tak over hodet og helsetjenester utenfor mottak.....	42
5.3.1	- Ingen skal sulte eller fryse i hjel i Norge i dag	42
5.3.2	Generell informasjon om konsekvensene av innstrammingsiltakene mv.....	43
5.3.3	Noen refleksjoner omkring vårt faktagrunnlag.....	44
5.3.4	Rett til helsetjenester	45
5.3.5	Forvaltningspraksis – rettsikkerhet og formell saksbehandling	46
5.3.6	Forvaltningens rettsanvendelse – ulovfestede kompetanseskranker.....	51
5.3.7	Oppsummering.....	56
6	Oppsummering.....	58
6.1	Sammendrag og overordnede vurderinger	58
6.2	Er sosialtjenestens rettsanvendelse og skjønnsutøvelse i samsvar med norsk rett?	59
6.3	Ytelser til livsopphold og botilbud i mottak – noen bemerkninger til forvaltningspraksis og rettslig regulering.....	61
6.4	Statens sikringsplikt overfor personer uten lovlig opphold.....	62
6.5	Diskriminering? Og i så fall på hvilket grunnlag?.....	64

1 INNLEDNING

1.1 SELVPÅFØRT NØD?

La oss kalle han Jamshed. Jamshed kom til Norge fra et afrikansk land i 1993. Ung og frisk, motivert for arbeid og utdanning. Han søkte asyl, fikk midlertidig arbeidstillatelse, påbegynte utdanning og etablerte seg i et kjærlighetsforhold.

Myndighetene avsto søknad om asyl, og trakk i tvil både identitet og beskyttelsesbehov. På det tidspunkt avslaget kom ventet Jamshed og kjæresten sitt første barn, og hans ønske om å bli i Norge, ble forsterket. Jamshed søkte om familiegjennforening, men fikk avslag. Myndighetene forsøkte forgjeves å returnere ham til landet de mente var hans opprinnelsesland.

Forholdet til barnets mor tok slutt, og på samme måte som i mange samlivsbrudd, strandet forsøkene på å etablere en samværsordning. Mor ønsket ikke at far skulle ha samvær med barnet, og Jamshed anla søksmål for domstolene. Problemet til Jamshed var at domstolene på sin side kun ville gi begrenset samvær fordi han ikke hadde oppholdstillatelse, og kunne bli utvist, og at utlendingsmyndighetene på den annen side ikke ville gi ham oppholdstillatelse fordi samværet ikke hadde tilstrekkelig omfang. Jamshed mente at måten utlendingsmyndighetene og domstolene argumenterte, hver på sin kant, satte ham i en umulig situasjon.

I overgangen 2003-2004 ble imidlertid Jamsheds situasjon ytterligere forverret; han fikk ikke fornyet sin midlertidige arbeidstillatelse, han mistet det etablerte botilbudet i mottak, og fikk avslag på søknad om ytelse etter sosialtjenesteloven. Jamsheds sikkerhetsnett besto nå av et privat nettverk, hvor mange var i tilsvarende situasjon som ham. Dette ble for mye for Jamshed, han ble akutt innlagt, han var deprimert og suicidal. Institusjonen som behandlet Jamshed, valgte å forlenge behandlingen fordi legene visste at det ikke var noe behandlingstilbud tilgjengelig i det øyeblikk han ble skrevet ut.

For Jamshed kom vendepunktet i 12te time; lagmannsretten som andre instans stadfestet at han og barnets mor skulle ha delt foreldreansvar og at han skulle ha samværsrett med datteren. UNE fant at det forelå sterke menneskelige hensyn - særlig hensynet til kontakten mellom far og barn – og innvilget oppholdstillatelse.

1.2 TILGANG TIL MAT, TAK OVER HODET OG HELSETJENESTER – DISKRIMINERING ELLER ANNEN LOVSTRIDIG HANDLING?

Er Jamshed diskriminert på grunn av sin etniske eller nasjonale opprinnelse? Er han diskriminert av andre grunner, eller er det en avsporing å diskutere myndighetenes behandling av personer uten lovlig opphold som et spørsmål om diskriminering overhodet? Jamshed og andre i tilsvarende situasjon, kan bli utsatt for en urettmessig behandling uten at det er nødvendig å drøfte dette som et spørsmål om diskriminering.

Gjennom vår rettshjelp ser SMED jevnlig at en person som mener seg diskriminert, ikke er diskriminert i rettslig forstand, men utsatt for annen lovstridig behandling, f.eks at vedkommende ikke har fått de ytelse han har krav på etter sosialtjenesteloven. Andre ganger ser vi at personer er diskriminert, men at det er et åpent spørsmål hvorvidt diskrimineringsgrunnen er etnisk eller nasjonal opprinnelse. I forhold til tilgang til rettighetsbaserte ytelse og tjenester, ser SMED at spørsmålet om diskriminering sjelden blir bredt belyst fordi enkeltpersonen først og fremst har interesse i å få tilgang til ytelsen eller tjenesten.

Det er faglig uforsvarlig å redusere spørsmålet om hvorvidt personer med endelig avslag på søknad om asyl er utsatt for en lovstridig behandling, til et spørsmål om gruppen er utsatt for

diskriminering på grunn av etnisk eller nasjonal opprinnelse. Spørsmålet om diskriminering og diskrimineringsgrunnene inngår som en del av en slik drøftelse.

Temaet; tilgang til mat, tak over hodet og helsetjenester for personer med endelig avslag på søknad om asyl, vil derfor i denne rapporten innbefatte at vi berører følgende rettslige spørsmål:

1. Statens plikt til å sikre at norsk rett er i samsvar med de internasjonale menneskerettighetene, jf EMK artikkel 1, 3 og 8, SP artikkel 2, 3, 7, 17 og ØSK artikkel 2 og 11,
2. Statens plikt til å sikre at det ikke finner sted diskriminering i forhold til konvensjonsfestede rettigheter, jf EMK artikkel 14 og protokoll 12 og SP artikkel 2 og 26, ØSK artikkel 2,
3. Norsk rett som sikrer vanskeligstilte mat, tak over hodet og helsetjenester jf helse- og sosiallovgivningen, ulovfestet rett, og rettsanvendelse og skjønnsutøvelse med utgangspunkt i dette regelverket,
4. Nasjonale rettsregler som beskytter mot diskriminering i forhold til de rettigheter som tilkommer vanskeligstilte.

I individklager brakt inn for internasjonale overvåkningsorganer, anføres det regelmessig brudd på konvensjonens diskrimineringsforbud. Dersom overvåkningsorganet har konstatert brudd på en konvensjonsbestemmelse, drøftes ikke ytterligere konvensjonsbestemmelser. Dette så vi f eks i forbindelse med uttalelsen fra FNs menneskerettighetskomité i KRL saken, hvor komitéen konstaterte brudd på SP artikkel 18 nr 4 uten å berøre spørsmålet om diskriminering jf SP artikkel 26. Samme handling vil ofte kunne utgjøre både en krenkelse av en eller flere bestemmelser i rettighetskatalogen og diskriminering.

SMEDs innfallsvinkel i denne rapporten er et både – og, vi ønsker å tilnærme oss spørsmålet ut fra et rettighetsperspektiv og et diskrimineringsperspektiv. Dette er den eneste faglig forsvarlige innfallsvinkelen når det dreier seg om tilgang til rettigheter som skal sikre enkeltindividet mot å forkomme.

1.3 VERNET MOT DISKRIMINERING I NORGE

Norsk formell lov gir ikke enkeltindividet en generell beskyttelse mot diskriminering. I praksis oppstiller norsk lov kun et generelt forbud mot diskriminering på grunn av kjønn. Innenfor ulike samfunnsområder foreligger det sektorlovgivning med forbud mot diskriminering på bestemte grunnlag, f eks arbeidsmiljølovens kapittel X A. Et tilsvarende generelt diskrimineringsforbud er foreslått for diskrimineringsgrunnlagene ”etnisk og nasjonal opprinnelse, språk, avstamning, hudfarge, religion og livssyn”.¹ Det er forventet at loven og et felles diskriminerings- og likestillingsombud vil være på plass 1. januar 2006.

SMED tar i rapporten utgangspunkt i det diskrimineringsforbudet som følger av EMK artikkel 14 og SP artikkel 2 og 26, ØSK artikkel 2 og 13. Norge har også den 15. januar 2003, med forbehold om ratifikasjon undertegnet tilleggsprotokoll 12 til EMK om ikke-diskriminering. Protokoll 12 oppstiller – på samme måte som SP artikkel 26 - et forbud mot diskriminering ut over de rettigheter som er omfattet av konvensjonen. Diskrimineringsforbudet i EMK, SP og ØSK er gjort til en del av norsk rett gjennom menneskerettsloven av 1999.

For at det skal foreligge diskriminering etter EMK, SP og ØSK er det ikke nødvendig å fastslå at diskrimineringen kan henføres til en eller flere på forhånd definerte diskrimineringsgrunner. Det er tilstrekkelig at en bestemt gruppe rammes, se EMK artikkel 14 og protokoll 12 artikkel 1 nr 1 ”other status”, SP artikkel 2 og 26 ”other status”. Forskjellsbehandling av statsborgere og ikke-statsborgere, og mellom utenlandske statsborgere, omfattes etter sikker praksis av konvensjonen.² Spørsmålet er om en gruppe på bakgrunn av sin status behandles dårligere, og om denne

forskjellsbehandling er saklig eller lovlig fordi midlene er nødvendige for å oppnå et legitimt formål.

Det konvensjonsbaserte vernet mot diskriminering utgjør en *kompetanseskranke* for både de beslutninger som lovgiver og forvaltningen fatter. Sagt på en annen måte; forvaltningen har ikke myndighet til å fatte avgjørelser som innebærer konvensjonsstridig diskriminering. Det gjelder et generelt og ulovfestet krav til forholdsmessighet og proporsjonalitet for forvaltningen ved forskjellsbehandling i forhold til konvensjonsfestede rettigheter. Diskrimineringsvernet er følgelig en del av norsk forvaltningsrett som en ulovfestet kompetanseskranke for forvaltningen.³ Selv om alle diskrimineringsgrunner er omfattet av konvensjonsbeskyttelsen, er det klart at diskrimineringsgrunnen i noen sammenheng kan ha stor betydning i forhold til legitimitets- og forholdsmessighetsvurderingen.

Når det vedtas generell lov med forbud mot diskriminering på grunn av etnisk og nasjonal opprinnelse mv, samt opprettes et håndhevingsapparat som skal håndheve loven, vil diskrimineringsgrunnen få større betydning.⁴ Dette har sammenheng med at håndhevingsapparatet vil få en positivt avgrenset kompetanse kun til å behandle saker som dreier seg om de – med utgangspunkt i formell lov – forbudte diskrimineringsgrunner.

1.4 IKKE BARE ET SPØRSMÅL OM JUSS...

Jamsheds historie gir grunnlag for å reflektere omkring ulike aspekter ved temaet *bruk av tilgang til sosiale ytelser og helsetjenester* som et politisk virkemiddel for å effektivisere statens innvandringspolitikk generelt og prinsippet om frivillig retur spesielt. Spørsmålene ligger i skjæringsfeltet politikk, etikk, menneskerettigheter og rettssikkerhet.

De virkemidlene som myndighetene tok i bruk i 2004, særlig bortfall av botilbud i mottak og innstramning i retten til sosiale ytelser, satte personer uten lovlig opphold som ikke samarbeider om retur i en vanskelig situasjon – både sosialt, økonomisk og privat. Personer uten privat nettverk, i motsetning til Jamshed, har i perioder manglet både mat, tak over hodet og tilgang til nødvendig helsehjelp. At et tiltak virker avskrekkende på asylsøkere uten tilstrekkelig beskyttelsesbehov, samt at tiltakene bidrar til at flere samarbeider om retur, kan *ikke alene* rettferdiggjøre at enkeltindivider settes i en nødsituasjon. Tiltaket må være legitimt med utgangspunkt i situasjonen til det berørte individ. Sagt på en annen måte; tiltaket må være rimelig overfor Jamshed.

Rettferdighetsidealet har en sterk forankring i ideen om og utformingen av den moderne velferdsstaten. Den skandinaviske modellen har som fokus å inkludere alle i de ulike velferdsordningene. I tillegg til å gjennomføre arbeidslinja, kompensere for bortfall av arbeidsinntekt, er modellen innrettet på å forebygge fattigdom, sosial marginalisering, samt utjevne levekår. Det at personen selv må lastes for en vanskelig situasjon, er i prinsippet irrelevant. Tilgang til ytelser til livsopphold og nødvendig helsehjelp, utgjør *velferdsstatens nedre sikkerhetsnett*. Ytelsene som denne gruppen ikke lenger skal få tilgang til, er ytelser som skal forhindre akutt fattigdom og alvorlige helseproblemer.

Idealet om en inkluderende velferdsstat krysses av behovet for å sikre det økonomiske fundamentet for sjenerøse - og kostnadskrevende – ordninger, og behovet for å beskytte nasjonalstaten mot ukontrollert innvandring. Et grunnleggende etisk og moralsk spørsmål blir på den bakgrunn, når er det er *rimelig* i forhold til *det enkelte individ* at vedkommende unntas fra velferdsstatens *nedre sikkerhetsnett*? Er det tilstrekkelig at personen har fått avslag på søknad om oppholdstillatelse, og har oversittet utreisefristen myndighetene har satt? Må enkeltindividet alene bære ansvaret for en svært vanskelig livssituasjon fordi personen selv har valgt seg inn i en situasjon som vedkommende står fritt til å avslutte? Finnes det grunner til at personer ikke returnerer som – selv om disse grunnene ikke gir grunnlag for opphold i landet – gjør det etisk problematisk å benytte virkemidler i form av tilgang til ytelser til livsopphold? Til sist; er det å

unnta personer fra velferdsstatens nedre sikkerhetsnett *i seg selv* urimelig fordi enkeltindividet eksponeres for en uforholdsmessig belastende situasjon som ikke kan forsvares selv om formålet er legitimt?

Bortfall av ytelser til livsopphold og helsehjelp må diskuteres i et rettssikkerhetsperspektiv. Dersom vi legger til grunn at staten er forpliktet – innen visse rammer – til å sikre enkeltindividet mat, tak over hodet og helsehjelp i en akutt nødsituasjon – må det foreligge *et system og et sett med saksbehandlingsregler* som er innrettet slik at enkeltpersoner faktisk får de rettigheter som tilkommer dem i en nødsituasjon. Dette er et spørsmål om prosessuell rettssikkerhet. Tilgang til mat, tak over hodet og helsehjelp i en akutt nødsituasjon, kan også diskuteres som et spørsmål om *materiell rettsikkerhet*.⁵ I videste forstand betyr dette at staten må sikre at personer får de materielle rettigheter som tilkommer dem, og dette stiller krav til utformingen av rettsreglene.

Når rettighetene til en sårbar og ressurs svak gruppe innskrenkes, må prosessen ivareta både den prosessuelle og materielle rettssikkerhet, og det er dette som drøftes i denne rapporten. Temaet for denne rapporten berører imidlertid også de ovenfor nevnte verdispørsmål - både direkte og indirekte - fordi rettsordenen i et samfunn er et uttrykk for et sett av verdier og avveininger av motstridende interesser. Dette blir særlig fremtredende når spørsmålene som drøftes, gjelder menneskerettigheter og beskyttelse mot diskriminering.

1.5 SMEDS MANDAT OG FORMÅLET MED RAPPORTEN

SMED er et statlig kompetanse- og rettshjelpskontor og vårt mandat er fastsatt av Regjeringen.⁶ Formålet med vår virksomhet er å ”sikre vernet mot diskriminering” på grunn av ”trosbekjennelse, rase, hudfarge eller nasjonal eller etnisk opprinnelse”. Å sikre innebærer både tiltak rettet mot å gjenopprette urett, men også å forebygge urett. Virkemidlene SMED har til rådighet er for det første a) vår rettshjelpsvirksomhet jf domstollovens § 218 sjette ledd, og for det annet b) dokumentasjon og utadrettet virksomhet. Dokumentasjonsvirksomheten skal i følge mandatet være basert på ulike virkemidler; registrere og følge opp rettshjelpshenvendelser, innhente dokumentasjon og utarbeide rapporter, utadrettet kontakt, samt fremme forslag til forebyggende tiltak. SMEDs juridiske dokumentasjonsarbeid og pådriverarbeid er i stor grad – men ikke utelukkende - bygget på vårt arbeid med enkelthenvendelser om rettshjelp.

Jamsheds henvendelse til SMED er utgangspunktet for denne rapporten, men våre faglige vurderinger er – som vi beskriver nærmere i metodekapittelet nedenfor i punkt 2.2 og 2.3 - ikke basert på Jamsheds sak. Jamshed hadde behov for rettshjelp, og SMED bisto ham som *partsrepresentant*. Rollen som partsrepresentant innebærer at SMED innenfor rammene av hva som er etisk og faglig forsvarlig fremfører argumentasjon til støtte for en bestemt løsning i en konkret sak. I forbindelse med at vi bisto Jamshed fikk vi en enkeltstående erfaring om hvordan domstolene, utlendingsmyndighetene, sosialtjenesten og primær- og spesialisthelsetjenesten, anvender rettsregler og utøver skjønn i saker som berører en person med endelig avslag på søknad om asyl.

Jamsheds sak, i kombinasjon med flere ulike prosesser på feltet, medførte at SMED *stilte spørsmål* ved om behandlingen av personer med endelig avslag på søknad om asyl, innebar diskriminering eller brudd på andre rettsregler. Problemstillingen i Jamsheds sak var først den sirkelargumentasjon som vi avdekket, da vi så nærmere på utlendingsmyndighetenes og domstolenes argumentasjon. Domstolene vektla i Jamsheds disfavør at han ikke hadde gyldig oppholdstillatelse, og tilkjente ham begrenset samvær. Utlendingsmyndighetene vektla i Jamsheds disfavør at han ikke hadde samvær i tilstrekkelig omfang til å få innvilget familiegjenforening. Etter hvert oppsto behov for rettshjelp i forbindelse med bortfall av botilbudet i mottak, avslag på ytelser til livsopphold og helsetjenester, som medførte at SMED besluttet å ha et fokus på situasjonen til personer med endelig avslag på søknad om asyl.

SMEDs rolle som partsrepresentant er ikke sammenfallende med rollen til et Ombud. SMED har ingen formell beslutningsmyndighet, og mandatet gir heller ikke SMED kompetanse til å avgjøre uttalelser i klagesaker om diskriminering. Rollen som partsrepresentant er ikke nøytral, men fordi vår rolle er begrenset til å arbeide med diskriminerings spørsmål vurderer vi vårt mandat fra sak til sak. SMED avviser saker der vi etter en konkret vurdering ser at saken *ikke kan være* en diskrimineringssak, og bistår i saker som *kan være* saker om diskriminering. SMEDs innfallsvinkel til dette prosjektet våren 2004 var at Jamsheds sak og andre henvendelser om rettshjelp som vi mottok, etter en faglig vurdering, kunne reise spørsmål om diskriminering.

For å kunne konstatere diskriminering, særlig når det dreier seg om forvaltningspraksis, er det av avgjørende betydning å få tilgang til et dekkende og omfattende faktagrunnlag. I forhold til SMEDs rettshjelp og forvaltningen av vårt mandat i enkeltsaker, var det uproblematisk å bistå enkeltpersoner, men i forhold til å gi en mer kvalifisert vurdering av om det forelå diskriminering av personer med endelig avslag på søknad om asyl, måtte SMED innhente dokumentasjon systematisk. Dette var foranledning til at SMED i 2004 og i 2005 systematisk gjennom vår rettshjelpsvirksomhet har bistått enkeltpersoner med endelig avslag på søknad om asyl. Parallelt med dette innhentet vi opplysninger fra andre aktører på feltet, vi henvendte oss til offentlige myndigheter, samt fremmet eller bisto med å fremme prinsipielle klagesaker f eks til Sivilombudsmannen, samt for ordinære domstoler.

Vårt erfaringsmateriale og vurderinger av dette, basert på den innsamlede dokumentasjon foreligger nå i rapportform. Fordi SMED ikke har mandat til å fastslå hvorvidt noe er eller ikke er diskriminering, må vi nøye oss med å foreta konkrete faglige vurderinger basert på det innsamlede materialet. Vi foretar i vurderinger av om det foreligger lovstridig behandling av denne gruppen og om gruppen er diskriminert – og i så fall på hvilket grunnlag. Det må imidlertid understrekes at disse vurderingene utelukkende er uforpliktende og vi overlater til andre aktører med beslutningsmyndighet å trekke konklusjoner.

2 METODE

2.1 GENERELT OM METODEVALG

SMEDs mandat er beskrevet ovenfor, og det faller innenfor vårt mandat både å fremme forslag til tiltak for å forebygge diskriminering, og å iverksette undersøkelser for å avdekke diskriminering. Selv om mandatet angir to hovedgrupper av virkemidler; rettshjelp og dokumentasjon, gir mandatet ingen konkret veiledning når det gjelder valg av metode.

Til grunn for denne rapporten ligger en arbeidsform som bygger på det unike i SMEDs mandat; muligheten til å benytte rettshjelp, i form av partsrepresentasjon, til å avdekke og samle inn opplysninger om diskriminering og diskriminerende prosesser. SMED får som partsrepresentant direkte kunnskap om ulike beslutningsprosesser. I dette tilfellet ble rollen som partsrepresentant tatt i bruk for å samle inn og avdekke forvaltningspraksis.

SMEDs kompetanse når det gjelder diskrimineringsjuss består i grundig kjennskap til ulike aspekter ved gjeldende rett, herunder, internasjonale menneskerettigheter, rettspraksis, lovregler og forvaltningsrett. Et prosjekt som skal drøfte de rettslige spørsmål som er skissert innledningsvis i punkt 1.2, må inneholde en beskrivelse av gjeldende rett. SMED har derfor funnet det nødvendig å gi en beskrivelse av de rettsreglene som er relevante i forhold til de vurderinger og spørsmål vi ønsker å belyse i rapporten. Målsettingen med denne beskrivelsen er ikke å avgi noen juridisk betenkning i forhold til alle de retts spørsmål som kunne vært belyst i tilknytning til personer uten lovlig opphold. Gjeldende rett er beskrevet med utgangspunkt i alminnelig juridisk metode.

Hvordan enkeltindividets rettssikkerhet ivaretas, har nær sammenheng med rammene omkring forvaltningens myndighetsutøvelse. Helt sentralt er forvaltningens kompetanse og rettslige skranker, samt hvilke instruksjer myndighetene har gitt forvaltningen om rettsanvendelse og skjønnsutøvelse. Når det gjelder personer uten lovlig opphold, er det kommet klare signaler fra myndighetene både i forhold til hvordan de skal ivaretas når de oppholder seg i mottak, og i forhold til hvilken tilgang de har til sosiale ytelser og helsetjenester når de har mistet botilbudet i mottaket. Ved å samle informasjon om hvordan situasjonen var før tiltakene ble iverksatt, avdekke hvilke vurderinger og overveielser som ble gjort i forbindelse med at beslutningene ble fattet, og deretter sammenholde dette med informasjon om hvilke utfordringer som oppsto i gjennomføringsfasen, vil vi kunne si noe om politikken har vært innrettet slik at enkeltindividets eller en gruppes rettssikkerhet ivaretas. Kapittel 3 inneholder en beskrivelse av situasjonen før tiltakene ble iverksatt, og målsettingen med tiltakene og virkemidlene som ble tatt i bruk.

2.2 FØRSTE FASE; AVDEKKE PROBLEMSTILLINGER OG FAKTAGRUNNLAG

Som nevnt innledningsvis har denne rapporten sitt utspring i en henvendelse fra Jamshed som initierte ytterligere undersøkelser fra SMED. I første fase av dette prosjektet innhentet SMED informasjon om hvilke juridiske og praktiske problemstillinger personer uten lovlig opphold møtte. Denne fasen med informasjonsinnhenting var åpen; vi hadde som målsetting å avdekke et bredt spekter av problemstillinger for deretter å vurdere om det foreligger diskriminering. Innfallsvinkelen er helt parallell til SMEDs ordinære rettshjelpsvirksomhet; vi mottar løpende et bredt spekter av saker og problemstillinger som både reiser diskrimineringsspørsmål og andre juridiske problemstillinger.

I motsetning til den ordinære – ikke prosjektrelaterte - rettshjelpsvirksomheten til SMED som tar utgangspunkt i at en person som har et rettshjelpsbehov, på eget initiativ kontakter SMED, forutsatte dette prosjektet at SMED i første fase drev oppsøkende rettshjelpsvirksomhet. Dette bygget på en erkjennelse av at det ikke på annen måte var mulig å komme i kontakt med personer

med endelig avslag på søknad om asyl.⁷ Bakgrunnen er først og fremst at disse personene har små økonomiske ressurser, dårlige språkkunnskap og begrenset kunnskap om det norske systemet og SMED.

SMED tok kontakt med og avholdt møte med Rådgivningsgruppa i Arendal v/Astri Råbu som lenge hadde arbeidet med disse personene, og vi ble senere kontaktet av Rådgivningsgruppa i Trondheim v/Bernt Hauge. Begge disse foreningene har bistått personer uten lovlig opphold, særlig i forbindelse med å fremme søknad om omgjøringsanmodninger og begjæring om utsatt iverksettelse av avslag på søknad om oppholdstillatelse/asyl. Leder for Rådgivningsgruppa i Arendal satte SMED i forbindelse med leder for "Foreningen for de ureturnerbare". Denne kontakten ledet til at SMED vurderte rettshjelpsbehovet til 33 personer med endelig avslag på søknad om asyl, og som motsatte seg retur til hjemlandet.

SMEDs bistand tok utgangspunkt i at vi vurderte a) om enkeltindividet hadde problemstillinger som kunne løses ved bruk av rettslige virkemidler, b) hvilken instans vedkommende i så fall måtte henvende seg til, og c) om SMED kunne bistå personen fordi saken reiste juridiske spørsmål om diskriminering.⁸ Vår gjennomgang av rettshjelpsbehovet til disse 33 personene avdekket at gruppens rettshjelpsbehov var omfattende og uensartet. Allikevel var det gjennomgående at rettshjelpsbehovet var todelt: a) tilgang til ytelser til livsopphold og helsetjenester både for personer som er bosatt i og utenfor mottak, og b) behov for bistand i forbindelse med søknad om midlertidig arbeidstillatelse, oppholdstillatelse, omgjøring av tidligere avslag, samt søknad om utsatt iverksettelse av negativt vedtak. I kapittel 3 nedenfor, er noen av disse sakene inntatt for å illustrere situasjonen i overgangen 2003-2004.

Første fase med informasjonsinnhenting bidro til at SMED definerte noen problemstillinger som kunne reise diskrimineringsspørsmål. En av disse problemstillingene, som ble ytterligere aktualisert i løpet av 2004, var spørsmålet om rett til mat, tak over hodet og helsetjenester for personer uten lovlig opphold. SMED avdekket i første fase av prosjektet stor ulikhet i forhold til hvordan enkeltpersoner i denne gruppen ble ivaretatt; både den tiden personene var bosatt i mottak og når personene ikke lenger ble ivaretatt gjennom mottakssystemet. Videre bisto SMED i to prinsipielle saker som ble behandlet av henholdsvis Høyesterett og Sivilombudsmannen.

2.3 ANNEN FASE; DOKUMENTASJON AV FORVALTNINGSPRAKSIS

Annen fase av prosjektet besto i at SMED samlet inn og systematiserte dokumentasjon om forvaltningspraksis. Dette ble gjort ved at SMED som partsrepresentant bisto enkeltpersoner som av ulike årsaker ikke hadde tilgang til mat, tak over hodet eller helsetjenester. Disse menneskene befant seg i en akutt vanskelig situasjon.

De enkeltsaker som danner grunnlag for vår fremstilling av forvaltningspraksis i kapittel 5 er innhentet i to faser av prosjektet. For det første er dokumentasjonen innhentet fra de 33 personene vi bisto med rettshjelp og rådgivning i prosjektets første fase, jf punkt 2.2, og for det annet er dokumentasjonen innhentet i prosjektets annen fase som gjelder perioden juli 2004 til mars 2005. I denne perioden bisto SMED enkeltpersoner i møte med sosialtjenesten, mottaksapparatet eller primær- eller spesialisthelsetjenesten.

SMED drev i annen fase ikke oppsøkende rettshjelpsvirksomhet for å få tilgang til forvaltningspraksis. Dette hadde dels sammenheng med at SMED allerede hadde tilgang til dokumentasjon på forvaltningspraksis, og dels at mange aktører som var i befatning med denne gruppen var kjent med SMEDs rettshjelpstilbud, hvilke saker SMED kunne bistå i, og videreformidlet av eget initiativ personer til SMED. Fordi enkeltpersoner kom i en akutt vanskelig situasjon, f eks fordi de fikk avslag på søknad om nødhjelp, tok mange av eget initiativ kontakt med SMED.

For å dokumentere forvaltningspraksis og hvordan forvaltningen innretter sin saksbehandling overfor personer uten lovlig opphold, valgte SMED en strategisk og ensartet tilnærming til disse

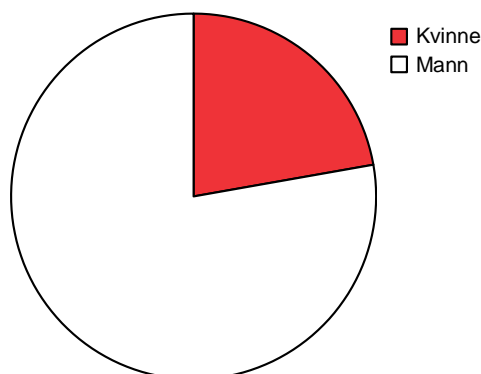
henvendelsene. SMED bisto ikke som partsrepresentant overfor forvaltningen før det var klart at personen først hadde forsøkt å ivareta egne interesser. Fremgangsmåten medførte vi fikk kunnskap om forvaltningens saksbehandling og forvaltningspraksis som ikke var påvirket av at personen var bistått av en profesjonell aktør som SMED. Ulempen dette påførte den enkelte var ikke større enn at den kan forsvares med utgangspunkt i at forvaltningen med hjemmel i forvaltningslovens § 11 er forpliktet til å veilede alle som henvender seg til forvaltningsorganet, og at SMED som institusjon først bør bistå enkeltpersoner når det er dokumentert at forvaltningen ikke ivaretar sine forpliktelser etter forvaltningsloven eller annen offentligrettslig lovgivning.

2.4 LITT STATISTIKK

Utgangspunktet for våre analyser er å synliggjøre hvordan lovgiver, myndighetene og forvaltningen har behandlet en gruppe mennesker som ikke har annet til felles enn at de har fått endelig avslag på søknad om asyl og ikke returnerer frivillig. Det kan allikevel være av interesse å synliggjøre litt hvem som skjuler seg bak tallene i de 33 sakene hvor vi bisto i første fase av prosjektet og de 30 sakene hvor vi bisto personer som søkte bistand fra den kommunale sosialtjenesten

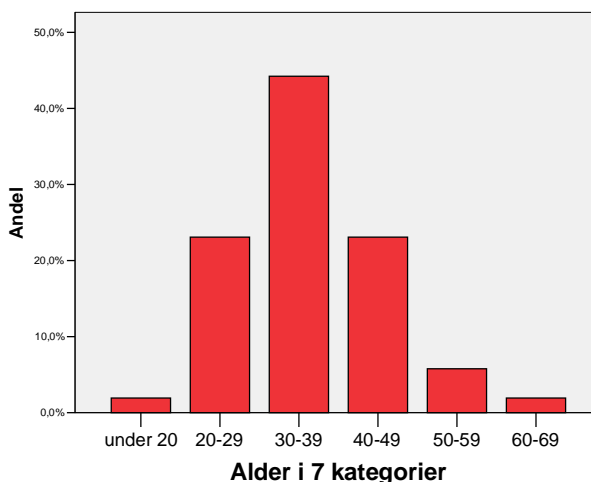
For det første var flertallet menn, men det er viktig å merke seg at det ikke utelukkende var menn. Alle kvinnene var enten fra Etiopia eller Eritrea.

Kjønn		
	Antall	Prosent
Kvinne	14	22
Mann	49	78
I alt	63	100



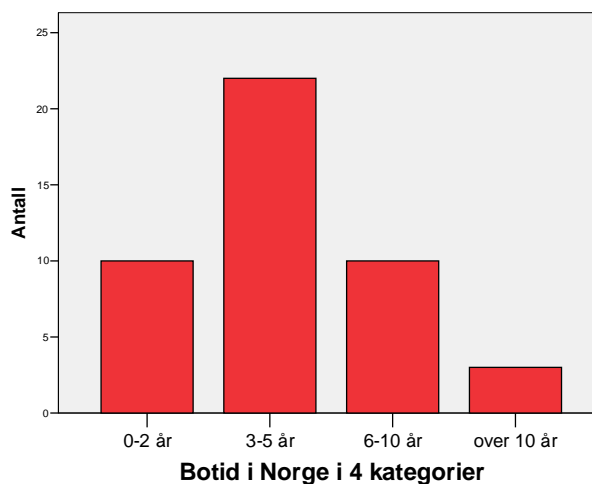
Aldersfordelingen er interessant, og selv om personer mellom 20 og 50 år er overrepresentert, er det grunn til å merke seg at 1 person var under 20 år og 4 personer mer enn 50 år

Alder i 7 kategorier		
	Antall	Prosent
under 20	1	2
20-29	12	23
30-39	23	44
40-49	12	23
50-59	3	6
60-69	1	2
I alt	52	100
Mangler	11	
I alt	63	



Majoriteten av personene vi var i kontakt med hadde vært i Norge 5 år eller kortere. Her var det imidlertid store forskjeller mellom den personkretsen vi kom i kontakt med i første fase av prosjektet, og i annen fase. De personene som hadde lang botid, var personer vi kom i kontakt med gjennom Rådgivningstjenesten i Arendal.

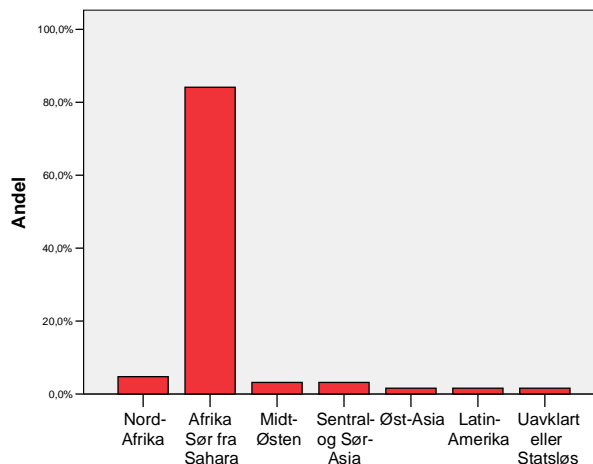
Botid i Norge i 4 kategorier		
	Antall	Prosent
0-2 år	10	22
3-5 år	22	49
6-10 år	10	22
over 10 år	3	7
I alt	45	100
Mangler	18	
I alt	63	



Opplysningene om landbakgrunn er basert på informasjon som er formidlet til oss av brukeren. I noen saker avdekket vi at opplysningene ikke samsvarer med den landbakgrunn utlendingsmyndighetene opererte med. Dette har imidlertid liten betydning i forhold til at målsettingen her er å gi en oversikt over disse personenes opprinnelsesland.

Statistikken avdekket at 89% av brukerne kommer fra Afrika, og hovedsakelig fra land sør fra Sahara. Brukerne fra sør fra Sahara fordeler seg på følgende landbakgrunn Etiopia (med 26 personer), Eritrea (8), Somalia (6), Afrika uspesifisert (6), Tsjad (3), Liberia (1), Rwanda (1), Sudan og Uganda (1).

Verdensdel		
	Antall	Prosent
Nord-Afrika	3	5
Afrika Sør fra Sahara	53	84
Midt-Østen	2	3
Sentral- og Sør-Asia	2	3
Øst-Asia	1	2
Latin-Amerika	1	2
Uavklart eller Statsløs	1	2
I alt	63	101



2.5 METODE FOR VURDERING AV FORVALTNINGSPRAKSIS

Forvaltningspraksis er presentert og vurdert med utgangspunkt i å vurdere spørsmål som berører både materiell og prosessuell rettsikkerhet. Dette innebærer at vi først gjennomgår forvaltningspraksis i forhold til personer som oppholder seg i mottak, bortfall av botilbud i mottak og til slutt sosialtjenestens saksbehandling, rettsanvendelse og skjønnsutøvelse.

SMED gjorde et bevisst valg i forhold til å gjennomgå forvaltningens saksbehandling og rettsanvendelse/skjønnsutøvelse hver for seg. En slik todeling er selvsagt nyttig for oversiktens skyld, men like viktig er valg av metode for å synliggjøre samspillet mellom forvaltningens rettsanvendelse og statens sikringsplikt i forhold til f eks EMK artikkel 3. Sagt på en annen måte; dersom rettsreglene forvaltningen skal basere sin skjønnsutøvelse, på er upresise og uklare, blir det et spørsmål om lovgiver i tilstrekkelig grad har gitt presise hjemler for forvaltningens myndighetsutøvelse. Det samme gjør seg gjeldende i forhold til saksbehandlingen. Dersom viktige saksbehandlingsregler tilsidesettes av forvaltningen, blir det et spørsmål om forvaltningen er å bebreide for dette.

Underveis og avslutningsvis i hvert kapittel har vi forsøkt å oppsummere og trekke tråder til andre deler av rapporten. Målsettingen er at det skal være mulig å følge et resonnement som leder frem mot våre anbefalinger og oppsummeringer i kapittel 6. Vi håper på den måte å unngå at rapporten bare blir tilgjengelig for personer med juridisk kompetanse og utdanning.

3 SITUASJONSBESKRIVELSE

3.1 GENERELT

De spørsmål som drøftes i denne rapporten tar utgangspunkt i at tilgang til velferdsstatens nedre sikkerhetsnett ble tatt i bruk for å effektivisere statens innvandringsregulerende politikk. Dette fikk betydning for tilgangen til mat, tak over hodet og helsetjenester for personer uten lovlig opphold. Forvaltningens gjennomføring av de aktuelle innstrammingsiltakene ble påbegynt årsskiftet 2003/2004.

Som nevnt i kapittel 2 ovenfor, er det, ved å samle informasjon om hvordan situasjonen var før tiltakene ble iverksatt, mulig å avdekke hvilke vurderinger og overveielser som ble gjort i forbindelse med at innstrammingsiltakene ble iverksatt, og deretter sammenholde dette med informasjon om hvilke utfordringer som oppsto i gjennomføringsfasen. Det er da mulig å si noe om politikken har vært innrettet slik at enkeltindividets eller en gruppes rettssikkerhet ivaretas. Kapittel 3 inneholder en beskrivelse av situasjonen før tiltakene ble iverksatt, målsettingen med tiltakene, de administrative og juridiske virkemidlene som ble tatt i bruk, og konsekvenser av tiltakene.

Situasjonsbeskrivelsen i kapittel 3 må leses som et bakteppe for SMEDs fremstilling av gjeldende rett, se kapittel 4, vår systematisering, fremstilling og vurdering av forvaltningspraksis se kapittel 5. Kapittel 3 er viktig for å vurdere i hvilken grad gruppens rettssikkerhet ble forsvarlig sikret. Situasjonsbeskrivelsen kan imidlertid også leses uavhengig som en innfallsvinkel til å se konsekvensene av praktisk politikk.

3.2 ET TOSPORET SYSTEM FOR IVARETAKELSE AV LIVSOPPHOLD

For å kunne drøfte statens plikt til å sikre ytelser til livsopphold for personer uten lovlig opphold, er det avgjørende å forstå det vi velger å betegne som *et tosporet system* for å sikre ytelser til livsopphold for asylsøkere på den ene siden, og befolkningen ellers på den andre siden. Disse systemene tangerer hverandre, men overlapper i liten grad, og særlig ikke så lenge personen kun har status som asylsøker eller er i den første bosettingsfasen.

I bunnen av det tosporede systemet ligger organiseringen av forvaltningsapparatet på utlendings- og integreringsfeltet. For det første en modell for mottak av flyktninger og asylsøkere som bygger på at staten som utgangspunkt har det praktiske og økonomiske ansvaret for asylsøkere gjennom ordningen med asylmottak. For det annet kommunenes frihet i forhold til å inngå avtale om bosetting av asylsøkere eller nekte å motta asylsøkere som har fått innvilget asyl eller oppholdstillatelse.

Sosialtjenesteloven og forskrifter til denne, samt forvaltningspraksis, er tilpasset denne grunnleggende forutsetning om at det er staten som skal sikre denne gruppens behov inntil ansvaret overføres til en kommune gjennom avtale om bosetting. Det tosporede systemet kommer klart til uttrykk i fylkesmannens forvaltningspraksis i saker om *egenbosetting* og *sekundærbosetting*.⁹ En klage Helse- og sosialombudet i Oslo brakte inn for fylkesmannen i Oslo og Akershus illustrerer at sosialtjenesten ikke har ansvar for egenbosatte asylsøkere, med mindre det er ”åpenbart urimelig å henvise personen tilbake til mottaket”:

En flyktning henvendte seg for klagebistand. Han hadde fått avslag om økonomisk sosialhjelp og blitt henvist tilbake til statlig mottak. På avslagstidspunktet hadde mannen bodd i kommunen i ett år og syv måneder. Han hadde fast bolig og hadde inntil ansettelseskontrakten opphørte vært selvforsørgende. Fylkesmannen omgjorde vedtaket på grunnlag av åpenbar urimelig skjønnsutøvelse. Fra Fylkesmannen vedtak siteres: "Fylkesmannen vektlegger at klager har vært i Oslo i mer enn 11/2 år og at han i denne perioden har vært i jobb. Det er opplyst at klager sluttet på grunn av at arbeidskontrakten gikk ut. Han

vil få dagpenger, og kun ha behov for supplerende stønad. Det vektlegges videre at klager har bolig i Oslo og han skal begynne på norsk kurs. Fylkesmannen mener at tidsperspektivet i denne saken blir sentralt og at klager i den perioden han har vært i Oslo har opparbeidet slik tilknytning at det vil være åpenbart urimelig å henvise ham tilbake til mottak.”¹⁰

Det tosporede systemet er kun en realitet når asylsøkeren er avhengig av offentlig bistand for å sikre livsopphold.¹¹ Det er på den bakgrunn vesentlig å ha en oversikt over hvor mange asylsøkere som er bosatt i mottak og hvor mange som er bosatt utenfor mottak. De siste tallene fra UDI viser at *12.178 personer var bosatt i mottak 31.12.2004*. Deres oppholdsstatus var følgende:

Personer med tillatelser:	2153
Personer uten vedtak totalt:	4249
Personer med avslag i 1. instans.	3778
Ukjent/utgått status/henlagt/trukket	242
Personer med effektuerbare vedtak*	1752 med endelig avslag på søknad om asyl. ¹²

Asylsøkere som kan forsørge seg selv kan ved arbeid eller private nettverk står fritt til å finansiere livsopphold utenfor mottaksapparatet (egenbosetting). Bosetting i asylmottak, og økonomiske ytelser som følger med tildeling av plass i mottak, er ytelser den enkelte som hovedregel står fritt til å akseptere eller avslå. Hvor mange asylsøkere som til enhver tid benytter seg av denne muligheten, er ukjent for SMED. Denne gruppen er imidlertid med stor sannsynlighet langt mindre enn asylsøkere som oppholder seg i mottak, fordi disse ofte har vanskeligheter med å få arbeid i et slikt omfang at det kan finansiere privat bosetting.

Det tosporede systemet får stor betydning når det gjelder den etterfølgende ivaretagelsen av *personer med avslag på asyl når disse opprinnelig var bosatt utenfor mottak*. Asylsøkere bosatt privat i norske kommuner kommer i en spesiell situasjon ved avslag på søknad om asyl og bortfall av midlertidig arbeidstillatelse, fordi kommunen hvor de har bosatt seg som utgangspunkt ikke har ansvar for disse verken før eller etter avslag på søknad om asyl. Disse personene har ofte i tillegg mistet kontakten med mottaksapparatet.

I første fase av informasjonsinnsamlingen var SMED i kontakt både med personer bosatt i mottak og personer bosatt privat. Når det gjaldt personer bosatt utenfor mottakssystemet, fant vi at en majoritet av disse forsørget seg – og også sin familie - gjennom ordinær arbeidsinntekt *flere år* etter at de hadde fått endelig avslag på søknad om asyl. *Lula, sak nr 04/239*, har over en lengre periode hatt midlertidige arbeidstillatelser i Norge. Lula kom til Norge i 1998 og fikk endelig avslag på søknad om asyl i 2000. Lula bor privat og har forsørget seg selv, sin ektefelle og barn gjennom arbeid i helsevesenet. Arbeidstillatelsen utløper i 2005, og dersom den ikke blir fornyet innen utgangen av 2005 er familien i en akutt vanskelig situasjon. *Fahrid, sak nr 04/203*, kom til Norge i 1993 og fikk avslag på søknad om asyl i 1994. Fahrid har tatt utdanning i Norge og har arbeidet de siste fire årene i faglært stilling og forsørget seg og sin ektefelle. I 2005 ble imidlertid ikke Fahrids arbeidstillatelse fornyet, dette er kritisk fordi Fahrid og hans ektefelle nå venter barn.

3.3 LENGEVÆRENDE I MOTTAK – RAPPORT FRA UDI

På bakgrunn av en henvendelse fra Norsk senter for menneskerettigheter til utlendingsmyndighetene ble det i 01.11.2002 etablert en arbeidsgruppe som skulle se på situasjonen til asylsøkere som hadde oppholdt seg lenge i mottak. Arbeidet til arbeidsgruppen, og deres funn, ble oppsummert i rapporten ”Lengeværende i mottak”.¹³ Mandatet til arbeidsgruppen var å se på ulike løsninger for personer med endelig avslag på søknad om asyl; herunder kartlegge antallet personer, nasjonal opprinnelse, samt årsaken til at de ikke har returnert til hjemlandet. Av spesiell interesse i forhold til SMEDs drøftelser skulle arbeidsgruppen se på:

”... disse personenes totale livssituasjon pr. i dag, der forhold som alder, kjønn, helsesituasjon, andre sosiale faktorer, tilknytning til Norge i form av familie mv tillegges vekt. Arbeidsgruppen må danne seg et bilde av ev. langtidsvirkninger som følge av oppholdet i mottaket.”¹⁴

Arbeidsgruppen kartla både personer bosatt i og utenfor mottak, og fant at det var 68 personer som var bosatt 48 måneder eller mer etter endelig avslag på søknad om asyl. Det er flest enslige menn, men også kvinner og par med barn. Personer med afrikansk opprinnelse var overrepresentert. Arbeidsgruppen fant at årsaken til at disse personene ikke har forlatt landet frivillig, var sammensatt; men helsemessige forhold og det at personene fastholder et beskyttelsesbehov, antas å være hovedårsaker.¹⁵

Arbeidsgruppen innhentet også noe informasjon om livssituasjonen til de aktuelle personene. Noen har fått arbeidstillatelse, er i arbeid og er stort sett selvforsørget. Generelt fant imidlertid arbeidsgruppen at mange av de lengeværende mistrives med å bo i mottak. Arbeidsgruppen skriver også:

”For de fleste er det største problemet det å ikke kunne legge egne planer om framtid og familieliv; særlig med tanke på at de fleste er i en alder hvor det er naturlig å etablere seg med jobb og familie. En del av de lengeværende er deprimerte og kan ha andre psykiske problemer.”

Når det gjelder personer med endelig avslag på søknad om asyl legger UDI til grunn at personer uten lovlig opphold ikke har rettskrav på sosialhjelp etter at utreisefristen er oversittet. Arbeidsgruppen skriver at:

”Personer som ikke klarer seg selv er derfor i prinsippet statens ansvar og må henvises tilbake til et asylmottak dersom de har behov for hjelp til livsopphold. I mottaket vil de få samme rettigheter som andre asylsøkere med endelig avslag.”

SMED ble orientert om at anbefalingene i rapporten ble drøftet med politisk ledelse, men at det ikke forelå grunnlag for å gå videre med de skisserte tiltakene.

3.4 HVA FORANLEDIGET TILTAKENE ÅRSSKIFTET 2003/2004?

Situasjonen frem mot høsten 2003 var preget av en jevn økning i antall asylsøknader, hvor 2002 markerte seg som et toppår med 17.840 søkere.¹⁶ Høsten 2003 var det derfor vesentlig for Regjeringen å iverksette tiltak for å redusere antallet ubegrunnede asylsøknader. Regjeringen henviste til, i forbindelse med at den fremla ”Samarbeidsregjeringens flyktning- og innvandringspolitikk”, at 80 % av søknadene ble avslått i 2002.¹⁷ Tiltaksplanen besto av ulike tiltak, noen var allerede iverksatt, f eks redusert pengestøtte for dem som har fått avslag på søknad, og opprettelsen av egne mottak for personer med antatt grunnløse søknader, mens nye tiltak skulle iverksettes årsskiftet 2003-2004.

Et annet problem var at personer med endelig avslag på søknad om asyl i liten grad returnerte frivillig til hjemlandet. SMED har ikke tilgang til eksakte tall for hvor mange dette dreier seg om, men i følge Kommunal- og regionaldepartementets egne tall, oppholdt 700 personer med endelig avslag på søknad om asyl seg i mottak ved årsskiftet 2003-2004.¹⁸ Hvor mange personer som forlot mottak ved avslag, men som allikevel oppholder seg i Norge, er uvisst. Politiet har kommet med anslag som har vist seg svært usikre og omtvistede.¹⁹

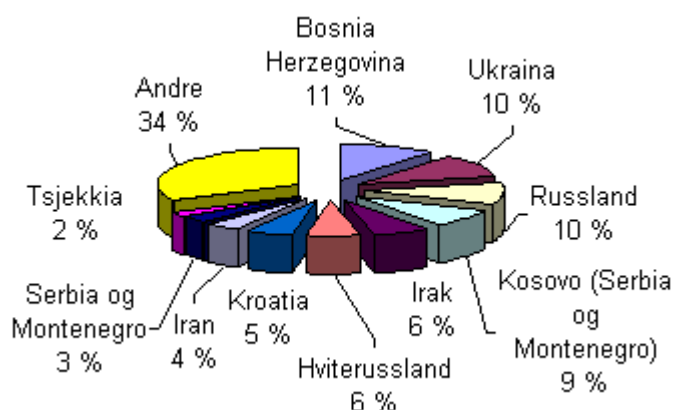
Vanskelighetene med å få til retur av personer med endelig avslag på søknad om asyl var ikke nytt, og hadde allerede i 2002 foranlediget etableringen av samarbeid med International Organisation for Migration (IOM) om frivillig retur jf punkt 3.4 nedenfor. Problemet var at programmet ikke medførte frivillig retur i det omfang som var ønskelig. Dette var særlig tydelig i forhold til personer som ikke kan returneres med tvang til opprinnelseslandet. Det er ingen tvil om at risikoen for deportasjon virker som et incitament til å inngå samarbeid om frivillig retur gjennom IOM. Flere av de innstrammingsiltakene som ble iverksatt i 2004, ble derfor *implementert*

slik at de ikke ble gitt anvendelse overfor personer som inngikk et samarbeid om retur gjennom IOM.

3.5 FRIVILLIG RETUR GJENNOM IOM

Den 2 mai 2002 etablerte Norge et program som skulle assistere asylsøkere som ønsket å returnere frivillig til hjemlandet. Programmet var opprinnelig et samarbeid mellom IOM, Norsk Folkehjelp og Utlendingsdirektoratet. Frivillig retur var ment å være et økonomisk og praktisk attraktivt alternativ til deportasjon. Retur med IOM skjer uten kostnader for den som returnerer.

I henhold til IOMs egen statistikk returnerte 954 personer i 2002, 1458 personer i 2003, 1072 personer i 2004 og 58 i januar 2005. Til sammenlikning ble det i 2003 transportert ut 6.945 personer med tvang.²⁰ I henhold til IOMs egen statistikk, inntatt på deres hjemmeside, fordeler gjennomførte returer gjennom Det frivillige returprogrammet ("VARP") seg slik mht nasjonalitet²¹:



Opprinnelig var alternativet til frivillig retur gjennom IOM enten tvungen retur (deportasjon) eller å bli i mottak, dog med reduserte ytelser. Det er grunn til å tro at for mange av personene hjemmehørende i de aktuelle landene som fremgår i statistikken, er alternativet – et liv i norsk mottak med reduserte ytelser – et dårligere alternativ enn retur. Når det gjelder personer hjemmehørende i afrikanske stater, har imidlertid returprogrammet til IOM hatt mindre betydning. Av IOMs landstatistikk over utstedte reisedokumenter, var andelen afrikanske ambassader og konsulater lav; viktige avgiverland som Etiopia, Eritrea, Somalia, Tsjad var nærmest fraværende på statistikken.

Et viktig spørsmål i forhold til returprogrammet er i hvilken utstrekning tiltakene har hatt ønsket effekt. Tallene som er tilgjengelig for 2005, baserer seg også på at det ble iverksatt innstramningstiltak i form av bortfall av botilbud i mottak samt innstramning i retten til sosiale ytelser. SMED har ingen forutsetninger for å konkludere, men de tallene UDI selv offentliggjør, kan indikere effekten av tiltakene:

Per 28. februar 2005 var det 1438 personer med endelig avslag på asylsøknaden som oppholdt seg i mottak (inkludert de som får bo i mottak, det vil si barnefamilier og enslige mindreårige, og de som har søkt om retur med IOM).

Statistikk pr 15. mars 2005

Det var 592 personer som fikk varsel om bortfall av botilbud i 2004, og deres status pr. 15. mars 2005 var:

- 46 % har forlatt mottaket
- 18 % oppholder seg fortsatt i mottak
- 18 % er unntatt (syke, personer som har fått utsatt iverksettelse, m.m.)
- 10 % har søkt IOMs returprogram (av disse har ca 7 % reist)

8 % er uttransportert av politiet (etter mottatt brev)

I tillegg er det sendt forhåndsvarsel til 188 personer som regionkontorene har fattet/ skal fatte endelig vedtak om bortfall av botilbud for.²²

3.6 BORTFALL AV BOTILBUD I MOTTAK OG YTELSER TIL LIVSOPPHOLD

Ytelser til livsopphold for *asylsøkere* i form av mat, tak over hodet og helsetjenester, er i stor grad sikret gjennom det statlige, eller statlig finansierte, mottaksapparatet. Regjeringen vedtok med virkning fra 1. januar 2004 innstramminger i *ytelser til livsopphold* og bortfall av *botilbud* for personer med endelig avslag på asyl i statlige mottak.

Reglementet for økonomisk hjelp til personer i statlige mottak punkt 2.3 ble formelt endret 1.6.2002, men de praksisendringer reglementet gir anvisning på, ble iverksatt i to etapper; først ble de løpende økonomiske ytelsene redusert slik at personer kun mottok ytelser til livsopphold og ikke lommepenger, og deretter, med virkning fra 1. januar 2004, falt også ytelser til livsopphold bort. Personene får heller ikke naturalia i form av mat eller andre nødvendige artikler f eks til personlig hygiene.²³

Parallelt med disse innstramminger besluttet Regjeringen med virkning fra 1. januar 2004 at retten til å besitte plass i mottak skulle bortfalle for personer med endelig avslag på søknad om asyl når utreisefristen var oversittet. UDI og Sosial- og helsedirektoratet orienterte kommunene og mottakene om tiltakene. Personer som ble unntatt ordningen var enslige mindreårige asylsøkere og barnefamilier, samt personer som søker om å få reise hjem frivillig med IOM og som bidrar til å skaffe reisedokumenter. Som nevnt ovenfor antok myndighetene at ca 700 personer med endelig avslag på søknad om asyl, oppholdt seg i mottak.

SMED er ikke kjent med hvor mange personer som fikk brev med varsel om ”Bortfall av botilbud i mottak” første kvartal 2004. For hele 2004 oppgav UDI jf statistikk ovenfor, at 592 personer fikk varsel om bortfall av botilbud, og at 46 % av dem har forlatt mottaket. En vesentlig årsak til at mange forlot mottakene frivillig, var trolig dels at økonomiske ytelser ble stoppet jf endringer i Pengereglementet, og varsel om at politiet ville forestå utkastelse om personen ikke flyttet. SMED var i kontakt med flere personer som mottok slikt varsel. En av disse var Yohannes, sak nr 04/264, som omtales nærmere nedenfor i kapittel 4. Svært få personer SMED var i kontakt med ønsket å søke om deltakelse i IOMs returprogram, selv om SMED informerte om programmet og positive konsekvenser i forhold til ytelser til livsopphold mv. Vår erfaring samsvarer således med UDIs statistikk hvor kun 10 % søkte om deltakelse i returprogrammet.

Fordi mange personer med endelig avslag på søknad om asyl nektet å forlate mottakene frivillig, gikk staten til søksmål mot enkeltpersoner og begjærte tvangsfravikelse jf tvangsfullbyrdelsesloven § 13-2 tredje ledd litra e). Grunnlaget var at staten anførte at personer med endelig avslag på søknad om asyl åpenbart ikke hadde rett til å besitte lokalene staten disponerte. En av disse sakene, Svolveværs-saken, ble behandlet i tre rettsinstanser, og trekker opp viktige prinsipielle aspekter ved statens forpliktelser overfor denne gruppen, se nedenfor i kapittel 4. Staten fikk medhold i at saksøkte ikke hadde rett til å besitte plassen i mottaket. Til tross for avgjørelsen har staten så vidt SMED er kjent med ikke begjært tvangsfravikelse i flere saker. gått videre med flere saker om tvangsfravikelse

3.7 MIDLERTIDIGE ARBEIDSTILLATELSER ETTER ENDELIG AVSLAG

Utlendingslovens § 17 (6) annet punktum jf utlendingsforskriftens § 61 (3) jf (4) åpner for midlertidige arbeidstillatelser for personer med endelig avslag på søknad om asyl. SMED avdekket at flere av de personene som SMED var i kontakt med i første fase av informasjonsinnsamlingen, hadde midlertidig arbeidstillatelse med hjemmel utlendingsforskriftens § 61 (3).

Parallelt med innstramming i forhold til botilbud og ytelser til livsopphold i mottak punkt 3.5, samt prosessen med innstramming i rett til sosiale ytelser jf nedenfor, ble det foretatt en praksisendring i forhold til tildeling av midlertidige arbeidstillatelse se Rundskriv UDI 2003-021 ASA av 19.6.03. Begrunnelsen følger uttrykkelig av Rundskrivet:

”Det har tidligere vært praksis for å gi midlertidig arbeidstillatelse, selv om utlendingen kunne reise ut frivillig når forholdene ikke lå til rette for tvangsmessig retur.

Det er nå bestemt at plikten til retur skal underbygges ved bruk av ulike virkemidler; tilrettelegging for frivillig retur gjennom International Organisation for Migration, samt innstramming i rettighetene ved opphold i mottak og ved innstramming i praksis vedrørende midlertidig arbeidstillatelse.”

Rundskrivet fastslår i punkt III at første gangs midlertidig arbeidstillatelse ikke skal gis ”når utlendingen kan returnere frivillig, selv om det ikke foreligger mulighet for tvangsmessig retur”. Dette gjelder også for utlending som har gyldig arbeidstillatelse på tidspunktet for avslaget fordi ”vedkommende anses å ha skyld i avslaget når vedkommende kan returnere av eget tiltak uten å gjøre det.” Rundskrivet fastslår i punkt IV om fornyelse av midlertidig arbeidstillatelse, at ”søkere som allerede er gitt midlertidig tillatelse etter endelig avslag og som er i arbeid kan søke om fornyelse av tillatelsen.” Men at ”tillatelsen [vil] bli gitt en gang for ett år med den begrensning at tillatelsen ikke vil kunne fornyes.”

Som nevnt allerede innledningsvis i punkt 3.2 har flere personer med endelig avslag på søknad om asyl over flere år sikret sitt livsopphold gjennom midlertidige arbeidstillatelse som er blitt løpende fornyet, eller på bakgrunn av andre forhold. Et eksempel på sistnevnte situasjon er *Abraham, sak nr 04/233*. Abraham kom til Norge i 2000, fikk endelig avslag på søknad om asyl i 2001, men har siden dette tidspunkt forsørget seg selv gjennom arbeid. Dette har vært mulig fordi registreringsbeviset er blitt fornyet jevnlig til tross for endelig avslag. Abraham søkte om fornyet midlertidig arbeidstillatelse 2004, og denne ble fornyet under henvisning til utlendingslovens § 17 sjettede ledd jf utlendingsforskriftens § 61 tredje ledd. Av begrunnelsen for vedtaket følger det:

”Det er nå bestemt at i tilfeller hvor vedkommende kan reise ut av landet frivillig enda forholdene ikke ligger til rette for tvangsmessig retur, skal det ikke lenger gis midlertidig arbeidstillatelse. Det er fastsatt overgangsordninger for søkere som tidligere er gitt midlertidig arbeidstillatelse etter endelig avslag, men ... har fått registreringsbeviset sitt fornyet flere ganger etter endelig avslag. I henhold til utlendingsforskriftens § 57, 3.ledd, 2.punktum, jf utlendingslovens §59, skulle politiet ha inndratt søkers registreringsbevis da søkeren fikk endelig avslag på sin søknad om asyl. Den manglende inndragningen av registreringsbeviset har skapt uklarheter om tillatelsens gyldighet for både søkeren og arbeidsgiver. På denne bakgrunn fornyes tillatelsen.

Fornyet tillatelse løper fra vedtaksdato og gjelder for ett år. Tillatelsen kan ikke fornyes flere ganger.”

3.8 FORSLAG TIL ENDRING AV FORSKRIFT TIL SOSIALTJENESTELOVEN ELLER PRAKSISOMLEGGING UTEN FORSKRIFTSENDRING?

Parallelt med iverksettelsen av ordningen med bortfall av botilbud i mottak, sendte Sosialdepartementet på høring forslag til endringer i kapittel 1 utenlandske statsborgeres rett til sosialhjelp jf forskrift av 4. desember 1992 nr 915. De sentrale punktene i forslaget var som følger:

”Det foreslås at gjeldende bestemmelse om lovlig opphold som vilkår for rett til økonomisk stønad etter kapittel 5 utvides til også å gjelde rett til tjenester etter kapittel 4. Reguleringen av krav til dokumentasjon av lovlig opphold gjøres mer presis. Departementet foreslår videre endringer i regelverket om rett til økonomisk stønad og sosiale tjenester i forbindelse med såkalt egenbosetting og sekundærflytting”.

Høringsnotatet fastslår på side 6 at det er et formål med lovforslaget at kravet til lovlig opphold *utvides* til også å gjelde tjenester etter sosialtjenestelovens kapittel 4.²⁴ Begrunnelsen er at det å tildele sosiale tjenester og økonomisk stønad til personer som oppholder seg ulovlig i landet, kan undergrave legitimiteten til både sosialtjenesten og innvandringsmyndighetene. Målsettingen var at sosialtjenesten ikke skulle undergrave utlendingsmyndighetenes vedtak slik at personer med endelig avslag på søknad om asyl kunne få ”økonomisk bistand til å fortsette oppholdet, eller praktisk bistand så lenge det ulovlige oppholdet varer”.

I høringsnotatet er det ikke foretatt noen konsekvensanalyse i forhold til hvordan tiltaket vil påvirke den berørte gruppen, det ble ikke gitt noen anslag i forhold til hvor mange personer som vil bli berørt, og det ble heller ikke sagt noe om hvordan dette tiltaket ville virke parallelt med ordningen med bortfall av botilbud – og ytelser til livsopphold - i mottak for personer med endelig avslag på søknad om asyl.

Departementet gir imidlertid uttrykk for at forslaget vil få konsekvenser, og fastslår at retten til ”akutt livsnødvendig hjelp består uavhengig av oppholdets lovlighet. Dette følger av ulovfestede nødrettsbetraktninger”.²⁵ Det følger videre på side 7 i høringsnotatet at:

”Retten til akutt, livsnødvendig hjelp vil dessuten bestå uavhengig av oppholdets lovlighet. Dette følger av ulovfestede nødrettsbetraktninger, og vil kunne gjelde for eksempel mat, tak over hodet og pleie i en nødsituasjon.”

Før årsskiftet 2003/2004, i forbindelse med praksisomlegging i forhold til bortfall av botilbud i mottak, ble det både fra UDI og Sosial- og helsedirektoratet gitt informasjon til sosialkontor og til fylkesmenn om konsekvensene av innstrammingsiltakene. Sosial- og helsedirektoratet informerte den 19.12.2003 fylkesmenn og sosialkontor om konsekvensene av bortfall av botilbud i mottak. I orienteringen heter det:

Asylsøkere med endelig avslag på asylsøknaden eller som ikke har fått utsatt iverksetting oppholder seg i landet ulovlig, og har følgelig ikke krav på økonomisk stønad. Botilbudet i statlige mottak bortfaller samtidig som utreisefristen utgår. Vedkommende har da plikt til å forlate landet og vil derfor heller ikke ha rett til andre ytelser etter loven.” (Vår understreking)

...

Når en person ikke forlater landet frivillig innen fristen, er det i realiteten ingen norsk myndighet som har plikt til å sørge for vedkommendes livsopphold. Samfunnet som sådan har imidlertid et generelt ansvar for å yte akutt, livsnødvendig hjelp i en nødsituasjon. Dette følger av alminnelige nødrettsbetraktninger. Dette innebærer at en person kan ha krav på hjelp i form av sosiale tjenester i spesielle, akutte situasjoner uavhengig av oppholdets lovlighet.”

Vi kommer nærmere tilbake til den informasjon som ble gitt fra myndighetene til mottakene og sosialkontorene senere i kapittel 5. Det som imidlertid er helt klart, er at det er avvik mellom den informasjonen som ble formidlet om gjeldende rett fra Sosial- og helsedirektoratet i forbindelse med bortfall av botilbud i mottak, og informasjon om gjeldende rett som Sosialdepartementet formidlet om innholdet i gjeldende rett i forbindelse med forslaget til endringer i forskrift til sosialtjenesteloven. I brev til SMED av 9.12.2004 presiserer Arbeids- og sosialdepartementet innholdet i gjeldende rett slik:

”Søknader om økonomisk stønad i henhold til kapittel 5 kan etter gjeldende rett avslås uten nærmere undersøkelser, dersom søker opplyser å ikke ha lovlig opphold i Norge. Søknader om tjenester etter kapittel 4 skal behandles på ordinær måte. Når det gjelder henvendelser fra personer som ber om økonomisk hjelp i en nødsituasjon, kommer sosialtjenesteloven ikke til anvendelse, og sosialtjenesten står formelt i samme situasjon som andre i møtet med personer i nød.” (vår understreking)

Hvilken betydning fikk så disse uttalelsene om hvordan gjeldende rett er å forstå? Ga det opphav til praksisendringer, og i så fall hvordan ble regelverket praktisert. Dette er tema for kapittel 5 i

rapporten som tar for seg en gjennomgang og analyse av sosialtjenestens rettsanvendelse og forvaltningspraksis.

Det er også grunn til å merke seg at forslaget til endring i forskrift til forvaltningsloven ennå ikke er vedtatt. Det er heller ikke gitt nye rundskriv for praktiseringen av sosialtjenestelovens- og forskriftens bestemmelser. Et viktig spørsmål er derfor om den forvaltningspraksis som har utviklet seg, utelukkende er et resultat av politiske signaler og instruksjoner om hvordan regelverket skal forstås.

3.9 MIDLERTIDIG FORSKRIFT OM OPPHOLDSTILLATELSE FOR BARNEFAMILIER UTEN OPPHOLDSTILLATELSE

Blant de personene SMED bisto i første fase av prosjektet var det flere som hadde barn. Noen av personene hadde barn med en annen person uten lovlig opphold, mens noen hadde barn med en person med bosettingstillatelse eller med en norsk statsborger. Noen ventet barn. Flere av de personene vi bisto, hadde barn i hjemlandet. Til sammen 7 av de 33 personene vi bisto hadde barn i Norge, mens 5 personer oppgav at de hadde barn i hjemlandet. Barn i hjemlandet reiser juridiske spørsmål primært når personen eventuelt er innvilget oppholdstillatelse eller asyl, den problemstillingen falt utenfor rammene for dette prosjektet.

Når det gjelder personer uten lovlig opphold med barn i Norge, reiser deres situasjon i hovedsak to problemstillinger knytte til oppholdssaken; for det første om retten til å søke om familiegjenforening fra Norge dersom den andre av foreldrene eller barnet har bosettingstillatelse samt hvordan slike søknader vurderes, og for det annet om barnefamilier skal behandles på en særskilt måte i forhold til andre personer uten lovlig opphold.

Den siste av disse problemstillingene, en særskilt behandling av barnefamilier med endelig avslag på søknad om asyl, kom opp i forbindelse med Dok 8:50 (2003-2004) privat forslag fra SV *om tiltak for barn som har sittet lenge i mottak*. Forslaget gikk ut på at reglene burde endres slik at lengeboende i asylmottak måtte få mulighet til å få vurdert søknadene sine på ny, ”med utgangspunkt i at sterke menneskelige hensyn i mange tilfeller vil tilse at barn og deres familier bør innvilges opphold på humanitært grunnlag dersom de har oppholdt seg som asylsøkere i Norge i over tre år.”²⁶ Det ble spesielt vist til UDIs rapport om lengeværende i mottak jf ovenfor i punkt 3.3, samt hensynet til å sikre at norsk praksis er i samsvar med EMK artikkel 3 og artikkel 8. Flertallet i kommunalkomiteen gav tilslutning til forslaget i Dok 8:50, om en fornyet saksbehandling i UDI og UNE for barn og barnefamilier som hadde vært i Norge i tre år eller lenger. Det var også forutsatt at ny behandling skulle bygge på en:

”sjenerøs vurdering med utgangspunkt i barnas konkrete situasjon, menneskelige hensyn og FN’s barnekonvensjon art. 3 der det slås fast at ”barnets beste skal være et grunnleggende hensyn.””²⁷

Det ble på den bakgrunn vedtatt en forskrift med hjemmel i utlendingslovens §§ 8 annet ledd og § 38 b. SMED er ikke kjent med hvilke informasjonstiltak departementet iverksatte overfor mottak mv, i forhold til å sikre at det ble fremmet anmodninger om omgjøring innen fristen 1. 8.04, SMED gjorde imidlertid personer vi kjente til som kunne være omfattet av forskriften, oppmerksom på den, slik at personene fikk fremmet søknad innen fristen.

Sak 04/193 Carmen. Carmen søkte asyl i 1998, og fikk endelig avslag på sin søknad i 1999. Carmen fikk avslag på søknad om asyl under henvisning til at hun hadde oppgitt uriktig identitet, og ble utvist for grovt brudd på utlendingsloven. Carmen innrømmet at hun hadde oppgitt uriktig identitet, og fremmet en omgjøringsanmodning under korrekt identitet. Anmodningen ble avslått både for Carmen og datteren. Myndighetene kommenterte hensynet til barnet slik: ”Det er ikke opplysninger i saken som tilsier at hensynet til barnets livssituasjon tilsier at familien blir gitt oppholdstillatelse”. Carmen og datteren oppholdt seg hele tiden i mottak, og på det tidspunkt det ble fremmet søknad om oppholdstillatelse jf midlertidig forskrift, var datteren 13 år.

I vedtaket fant UNE grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Det er viktig å merke seg at UNE eksplisitt fastslår at:

”det [ikke] har fremkommet nye opplysninger i omgjøringsanmodningen av [...]2004 som gir grunnlag for anvendelse av utlendingslovens § 8 annet ledd slik den i alminnelighet og etter praksis forstås.”

Forskriften setter som vilkår at barnet må være under 18 år, ha søkt om asyl senest 1. 7.2001 og ha oppholdt seg i riket i tre år med endelig avslag på asyl senest 1. 7.2003. Det ble deretter konstatert at Carmens datter oppfylte vilkårene, og at dette også fikk anvendelse for Carmen. I vedtaket fra UNE ble det også presisert at personer i Carmens og datterens situasjon ikke hadde et umiddelbart krav på tillatelse men at slik tillatelse skulle gis etter en individuell vurdering hvor kriteriene for skjønnsutøvelsen fremgikk av § 2 annet ledd:

”Ved vurderingen av om slik tillatelse skal gis, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. I tillegg bør det legges vekt på barnets totale oppholdstid utenfor hjemlandet og foreldrenes evne til omsorg for barnet ved retur til hjemlandet. Innvandringspolitiske hensyn anses ikke å tale mot at det gis tillatelse til personer som omfattes av denne forskriften.”

SMED er av den oppfatning at forskriften innebærer et viktig skritt i retning av gjennomføringen både av forpliktelser etter EMK og FNs Barnekonvensjon. På den annen side er det også klart at UNE eksplisitt forutsetter at forskriften etablerer en mer sjenerøs ordning overfor denne gruppen enn det staten er forpliktet til jf EMK artikkel 3 og 8, samt Barnekonvensjonen. SMED vil fremheve at vurderingen av statens plikt til å innvilge opphold på humanitært grunnlag for å ivareta konvensjonsfestede forpliktelser overfor barn og barnefamilier i den situasjon som er nevnt i vedtaket ovenfor, løpende må ivaretas.

En annen side av hvordan prinsippet om hensynet til barnet beste jf Barnekonvensjon ivaretas, kommer på spissen i forhold til personer uten lovlig opphold som søker om familiegjening med samboer/ektefelle og barn i Norge.

Sak 04/14 Sadiq. Sadiq kom til Norge som asylsøker i 1994, og fikk samme år endelig avslag på søknad om asyl. Myndighetene fant ikke oppgitt identitet eller nasjonalitet troverdig. Sadiq nektet i flere år å fremstille seg for ambassaden til den landet han oppgav som opprinnelsesland. I 2000 besluttet han å gjøre dette med håp om at det kunne bidra til en ny vurdering av hans identitet, og sendte brev til de aktuelle ambassader og konsulat. Han mottok aldri svar. Sadiq ble far for første gang i 2003, og ønsket om å få bli i Norge med en oppholdstillatelse, ble sterkere. SMED gjentok på Sadiqs vegne en offisiell forespørsel til ambassaden i februar 2004, og bisto Sadiq i forbindelse med søknad om familiegjening med barnet. I august 2004 kom avslag på søknad om familiegjening, avslaget ble kommentert av SMED i august 2004, men vedtaket ble opprettholdt av UDI og oversendt UNE i februar 2005.

Det er ingen tvil om at Sadiq har oppholdt seg i Norge uten tillatelse siden 1996, og UDI fastholder i oversendelsen til UNE at ”På bakgrunn av klagerens grove brudd på utlendingsloven og tidspunktet for familieetablering mener vi at utlendingsmyndighetene her må reagere med utvisning”. Det faktum at Sadiq forsøkte å bidra til en avklaring av sin identitet, slik som myndighetene eksplisitt har uttrykt ønske om, kommentere UDI slik:

”Hva gjelder anførselen om at klager har forsøkt å bidra til en avklaring av sin identitet gjør direktoratet oppmerksom på at SMEDs henvendelse til den [...] ambassaden først skjedde den [...]. Henvendelsen ble således foretatt lang tid etter at ovennevnte første gang ble anmodet om å ta kontakt med den [...] ambassaden for en mulig avklaring av sin identitet og etter at klager hadde blitt forhåndsvarslet om utvisning. Klager har hatt en klar oppfordring til å gjøre dette på et tidligere tidspunkt. At SMED har sendt et brev til ambassaden er heller ikke i seg selv et bevis i denne sammenheng.”

Når det gjelder vurderingen av hensynet til barnets beste fastslår UDI at:

”Hensynet til barnets beste, jf barnekonvensjonen art 3, ivaretas og omfattes av vurderingen av respekt for familielivet under EMK art 8. Dette er i samsvar med det Høyesterett har lagt til grunn, jf Rt 1996 s 1510.”

”Utlendingsdirektoratet har i forholdsmessighetsvurderingen lagt vekt på at søkers tilknytning til riket har oppstått først etter at utlendingen har oppholdt seg ulovlig i riket i mer enn 7 år. Utlendingen pliktet allerede ved Justisdepartementets vedtak av [...] 1996 å forlate landet frivillig. Han kan således ikke ha hatt noen berettiget forventning om å få utøve sitt familieliv i Norge”.

I vedtaket fra UDI av august 2003 er forholdsmessighetsvurderingen kommentert slik:

*”Utlendingsdirektoratet har i vurderingen spesielt sett hen til utlendingens tilknytning til riket ved at han er kjæreste med norsk borger og at han har et barn i riket, født [...] 2003. Tilknytning opparbeidet etter at klageren forsto eller burde forstå at han kunne bli utvist kan imidlertid **ikke tillegges særlig vekt** ved forholdsmessighetsvurderingen.”(vår utheving)*

Saken illustrerer to sider av norsk forvaltningspraksis som SMED finner grunnlag for å problematisere. For det første at myndighetene sender signaler om at lengeværende i mottak og andre personer med endelig avslag på søknad om asyl, skal bidra til å avklare sin identitet. Når personen iverksetter slike tiltak, slik myndighetene ønsker, vektlegges det i personens disfavør at vedkommende ikke har gått til slike skritt tidligere. Dette er neppe funksjonelt i forhold til å bygge opp under verken asylinstituttet eller ordningen med at det skal lønne seg å bidra til å avklare sin identitet.

For det andre at myndighetene i vedtak hvor søknad om familiegjenforening avslås, i liten grad foretar en åpen forholdsmessighetsvurdering hvor det fremgår en balansert avveining av *hensynet til barnets beste* og innvandringspolitiske hensyn. I denne saken mente utlendingsmyndighetene at hensynet til barnets beste ble vurdert, ved vurderingen av søkers tilknytning til riket. Den eneste vurderingen som fremkommer av avslaget og fremlegget for UNE er hvorvidt søker har en berettiget forventning om å utøve familieliv i Norge, og her fastslår myndighetene at denne tilknytningen ikke kan tillegges særlig vekt. SMED gjenfinner i dette vedtaket ingen realitetsvurderinger av *hensynet til barnets beste*.

3.10 OPPSUMMERING

Situasjonsbeskrivelsen i kapittel 3 viser etter SMEDs vurdering at et bredt spekter av administrative og politiske virkemidler ble tatt i bruk for å bidra til å redusere antallet asylsøkere med grunnløse søknader og effektivisere retur. Både praktiseringen av sosiallovgivningen, organiseringen av mottakssystemet og tildeling av midlertidige arbeidstillatelser ble innrettet på å støtte opp under ordningen med frivillig retur. Personer som inngikk samarbeid om retur, fikk beholde plassen i mottak og økonomiske ytelser til livsopphold. Noen særskilt sårbare grupper ble unntatt innstrammingsiltakene, dette gjaldt særlig barnefamilier som fikk fortsatt tilbud om opphold i mottak.

Det er uomtvistet at tiltakene som ble iverksatt hadde effekt; personer forlot mottakene og det ble flere personer som ikke hadde faste systemer for å sikre ytelser til livsopphold. Antallet asylsøkere til Norge har falt vesentlig; er dette et resultat av disse innstrammingsiltakene eller er det et resultat av internasjonalt samarbeid? Trenden er den samme i hele Europa. Av de personene som mottok varsel om bortfall av botilbud i mottak meldte kun 10 % seg til deltakelse i IOMs returprogram. SMED mener det er grunnlag for å si at myndighetene bør gi en vurdering av det statistiske materialet. De konsekvensene som til nå ikke er direkte belyst, er konsekvensene for det enkelte individ; det vil være tema for resten av vår rapport.

4 GJELDENDE RETT

4.1 INNLEDNING

SMED vil i dette kapittelet gi en presentasjon av lovfestet og ulovfestet rett som har relevans for vår gjennomgang av forvaltningspraksis i kapittel 5, og som videre er av betydning i forhold til våre vurderinger i kapittel 6.

Fremstillingen er verken ment å være uttømmende eller fremstå som en utredning av gjeldende rett, som berører alle de rettslige spørsmål som kan oppstå i forbindelse med spørsmål om rett til mat, tak over hodet og helsetjenester for personer uten lovlig opphold. Det ligger ikke i SMEDs rolle å avgi autoritative uttalelser om hvordan gjeldende rett er å forstå, slik et Ombud kan gjøre. SMED tilstreber naturligvis allikevel å presentere gjeldende rett med domstolenes perspektiv – nøytralt og deskriptivt. I den grad SMED kommer med kritiske merknader til regelverket eller statens gjennomføring av internasjonale konvensjoner, må dette forstås som våre vurderinger. Om vårt mandat, se punkt 1.5

Det er grunn til å merke seg at fremstillingen ikke omtaler barns rettigheter særskilt, til tross for at dette er et meget aktuelt tema se punkt 3.9. Fremstillingen omtaler heller ikke utlendingslovgivningen eller asylretten. I rapporten har vi lagt til grunn at de personene vi har bistått som utgangspunkt ikke oppfyller lovens krav til beskyttelsesbehov eller har rett til opphold på humanitært grunnlag. Det faller utenfor vårt mandat å vurdere beskyttelsesbehov.

I punkt 4.2 vil vi gi en oversikt over relevante konvensjonsbestemmelser, og si litt om deres relevans i forhold til myndighetenes forpliktelser overfor denne gruppen. I punkt 4.3 redegjør vi for nasjonal rettighetslovgivning når det gjelder medisinsk behandling, samt sosiallovgivning, mens vi i punkt 4.4 omtaler ulovfest nødrett. I punkt 4.5 omtaler vi forvaltningens kompetanseskranker, krav til forholdsmessighet og vernet mot diskriminering i forbindelse med myndighetsutøvelsen. Til slutt i punkt 4.6 oppsummerer vi.

4.2 INTERNASJONALE MENNESKERETTIGHETER

4.2.1 Innledning

Grunnlovens § 110 c fastslår at staten er ansvarlig for å ”respektere og sikre Menneskerettighetene”. Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (”menneskerettsloven”) av 21.05.1999 inkorporerer i § 2 den Europeiske Menneskerettskonvensjonen (”EMK”), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (”SP”) og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (”ØSK”) samt Barnekonvensjonen, som norsk rett. I tilfelle motstrid med norsk rett, gis konvensjonene forrang jf § 3.

Gjennom menneskerettsloven er diskrimineringsforbudet som følger av EMK artikkel 14, SP artikkel 2 og 26, ØSK artikkel 2 og 13, gjort til norsk rett. Norge har også den 15 januar 2003, med forbehold om ratifikasjon undertegnet tilleggsprotokoll 12 til EMK om ikke-diskriminering. Protokoll 12 oppstiller – på samme måte som SP artikkel 26 - et forbud mot diskriminering ut over de rettigheter som er omfattet av konvensjonen. Statens plikt til å sikre at norsk rett er i samsvar med de internasjonale menneskerettighetene er eksplisitt uttrykt i EMK artikkel 1 og SP artikkel 2. Sikringsplikten er også uttrykt i Grunnlovens § 110 c.

Når det gjelder relevante bestemmelser i forhold til drøftelsene i denne rapporten vil vi særlig vise til EMK artikkel 3 og artikkel 8, de parallelle bestemmelsene i SP artikkel 7 og artikkel 17, samt ØSK artikkel 11. Selv om det ikke foreligger individuell klagerett i forhold til ØSK er bestemmelsen av stor betydning i forhold til statenes plikt til å sikre enkeltpersoner rett til mat.

4.2.2 Statens sikringsplikt særlig SP artikkel 2

Statens sikringsplikt omfatter *enhver* under norsk myndighetsutøvelse. Det fremkommer av EMK artikkel 1 hvor det i teksten henviser til ”*enhver innen [statens] myndighetsområde*”. Sikringsplikten etter ØSK fremgår av artikkel 2. Vi fremhever her at ØSK fastslår at rettighetene skal sikres ”*særlig ved lovgivningstiltak*”. Hva sikringsplikten mer konkret innebærer av forpliktelser for staten fremkommer mer konkret i SP artikkel 2:

1. *Hver konvensjonspart forplikter seg til å respektere de rettigheter som anerkjennes i denne konvensjonen, og å sikre dem for alle som befinner seg på dens territorium og er undergitt dens jurisdiksjon, uten forskjellsbehandling av noe slag slik som på grunn av rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller status for øvrig.*
2. *Hver konvensjonspart forplikter seg til, i samsvar med sin konstitusjonelle bestemmelser i denne konvensjonen, å treffe slike lovmessige eller andre tiltak som vil være nødvendige for å gjennomføre de rettigheter som anerkjennes i denne konvensjonen, når slike tiltak ikke allerede er i kraft.*
3. *Hver konvensjonspart forplikter seg til:*
 - a) *Å sikre at enhver, hvis rettigheter og friheter etter denne konvensjonen blir krenket, skal ha adgang til effektive rettsmidler, uansett om krenkelsen er foretatt av personer som har handlet i offentlige tjenester,*
 - b) *Å sikre at enhver som gjør krav på slike rettsmidler skal få sin rett til dette er prøvet av kompetente judicielle, administrative eller lovgivende myndigheter eller av annen myndighet som er kompetent i henhold til statens rettsorden, samt å utvikle mulighetene for overprøving av domstolene,*
 - c) *Å sikre at de kompetente myndighetene tar en klage til følge dersom det er funnet å være berettiget.”*

Plikten består med andre ord både i å *respektere* rettigheter og friheter etter konvensjonen, og dels som en plikt til å *sikre* dem. Statens plikt er betegnet som en dobbel gjennomføringsplikt, og består både i å avstå fra konvensjonstridig opptreden, og å treffe positive tiltak for å gjennomføre rettighetene og frihetene i konvensjonen. Det er også grunn til å merke seg at SP artikkel 2 nr 2 henviser til at statens tiltak kan være ”*lovmessige eller andre tiltak*”.

En viktig problemstilling i forhold til utenlandske statsborgere, er hvor langt sikringsplikten strekker seg overfor utenlandske statsborgere. FNs Menneskerettighetskomité har utgitt en Generell kommentar no 15 om hvordan statens sikringsplikt overfor utenlandske statsborgere er å forstå.²⁸ Punkt 2 slår fast:

“Thus, the general rule is that each one of the rights of the Covenant must be guaranteed without discrimination between citizens and aliens. Aliens receive the benefit of the general requirement of non-discrimination in respect of the rights guaranteed in the Covenant, as provided for in article 2 thereof. This guarantee applies to aliens and citizens alike.

Når det gjelder utenlandske statsborgere som befinner seg i landet uten lovlig opphold, er det forutsatt at staten selv beslutter hvem som skal gis tilgang til statens territorium, men punkt 5 fastslår også at:

However, in certain circumstances an alien may enjoy the protection of the Covenant even in relation to entry or residence, for example, when considerations of non-discrimination, prohibition of inhuman treatment and respect for family life arise.

Punkt 5 norsk oversettelse lyder slik:

”Konvensjonen anerkjenner ikke utlendingers rett til adgang til eller opphold på territoriet til en konvensjonspart. I prinsippet er det staten som bestemmer hvem som skal gis adgang til territoriet.

Imidlertid, under visse omstendigheter, kan en utlending nyte konvensjonsbeskyttelse selv i forbindelse med adgang eller opphold, for eksempel, når betraktninger knyttet til ikke-diskriminering, forbud mot umenneskelig behandling og respekt for familieliv oppstår.”

SMED forholder seg derfor til at statens sikringsplikt overfor personer uten lovlig opphold primært vil medføre at staten må påse at EMK artikkel 3 og 8, samt de parallelle bestemmelsene i SP artikkel 7 og 17 er respektert og sikret. Videre vil som ovenfor nevnt ØSK artikkel 11 bli kommentert.

4.2.3 EMK artikkel 3 og SP artikkel 7

Fordi EMK artikkel 3 og SP artikkel 7 i forhold til den problemstillingen som er aktuell i denne saken, er parallelle, vil vi i det følgende kun henvise til EMK artikkel 3. Det foreligger også flere avgjørelser hvor EMK artikkel 3 er påberopt, også i norsk rett. Flere saker hvor EMK artikkel 3 er blitt vurdert, har vært saker som gjelder deportasjon av personer uten lovlig opphold. Personer uten lovlig opphold er beskyttet av EMK artikkel 3 som lyder slik:

”Ingen må utsettes for tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling.”

Rettspraksis angir at det er gradforskjeller på anvendelsesområdet for begrepene. Bestemmelsen kan være relevant for flere type situasjoner som berører personer uten lovlig opphold:

- Staten plikter å sikre at personer som returnerer med tvang, ikke risikerer å bli utsatt for situasjoner som vil innebære krenkelse av EMK artikkel 3, dvs fare for overgrep og forfølgelse,
- Staten plikter å sikre at tvangsretur gjennomføres på en måte som ikke vil innebære en krenkelse, dvs at det tas menneskelige hensyn under reisen, og at personene ikke blir kasteballer mellom forskjellige ansvarlige myndigheter,
- Staten plikter å sikre at personer uten lovlig opphold inntil retur kan gjennomføres ikke eksponeres for slike levekår at det må betegnes som umenneskelig eller nedverdiggende.

Rettspraksis har lagt til grunn at EMK artikkel 3 forutsetter en kvalifisert krenkelse, terskelen er høy. Når det gjelder *umenneskelig behandling* må det finne sted en konkret vurdering av behandlingens art, forholdets varighet, den fysiske og psykiske virkningen der det også blir sett hen til offerets alder, helse, kjønn mv. Norsk rettspraksis har her vist til sak 2346/02 *Pretty vs. UK* som la til grunn at behandlingen måtte være forbundet med kroppslige skader eller intens fysisk eller psykisk lidelse. Når det gjelder *nedverdiggende behandling* forutsettes at det foreligger ydmykelse som er egnet til å bryte ned individets moralske og fysiske motstandskraft.

Rettspraksis fra den Europeiske Menneskerettsdomstol (EMD) har lagt til grunn at den enkeltes mulighet for å avslutte den mulig krenkende situasjonen kan tillegges betydning. Det vises her f. eks til **EMD** sak **39022/97** O’Rourke vs UK der klager gjorde gjeldende at utkastelsen fra midlertidig husly var en krenkelse, fordi han da måtte sove på gaten til tross for at han var syk. Retten la imidlertid avgjørende vekt på at klageren selv hadde bidratt til forverringen av situasjonen ved å unnlate å akseptere et alternativt bo-tilbud han hadde fått tidligere. Myndighetene kan likevel ikke avvise et hvert ansvar under henvisning til at den enkelte selv har kontroll over den krenkende situasjonen.

Rettspraksis har vist at den enkeltes innflytelse på situasjonen vil være et relevant moment i vurderingen av om det foreligger en krenkelse. Staten har samtidig, som en følge av sin sikringsplikt, et ansvar for å sannsynliggjøre påstanden om at personene selv kan bidra til å avslutte den krenkende situasjonen. Dette spørsmålet var til behandling i en utvisningssak for Høyesterett se Rt 2003 s 375. Personen saken gjaldt, ble tillagt liten troverdighet på bakgrunn av et omfattende bevismateriale. Retten fant det bevist at mannen kunne fremskaffe opplysninger som gjorde det mulig å fastslå hans identitet slik at retur kunne gjennomføres. Høyesterett foretok ingen grundig drøftelse av om mannens situasjon i Norge som følge av

utvisningsvedtaket måtte anses som en krenkelse av EMK art 3. Begrunnelsen var dels at staten hadde sikret personens livsopphold med sosiale ytelser, og dels at personen selv kunne bringe situasjonen til opphør. Det samme var tilfelle da Høyesteretts kjæremålsutvalg (sak nr. 2004/1859, se omtale i eget punkt) vurderte mulig krenkelse av EMK art. 3 i forbindelse med en sak som gjaldt tvangsfravikelse av plass i mottak, og i hvilken grad mottaksplassen måtte anses som et nødvendig tiltak for å forhindre en krenkelse av EMK art. 3: Kjæremålsutvalget uttalte blant annet:

”Men dersom forholdene helt unntaksvis skulle være så vidt spesielle at det allerede nå hadde vært klart at ethvert annet alternativ for (NN) ville innebære en krenkelse av EMK art. 3, ville også en utkastelse fra asylmottaket være en slik krenkelse.”

I begge disse avgjørelsene fra Høyesterett ble nasjonal rett, og da særlig retten til ytelser etter sosialtjenesteloven vurdert og funnet tilstrekkelig for å forebygge en konvensjonskrenkende situasjon. Høyesterett la til grunn at personer uten lovlig opphold hadde rett til slike ytelser.

4.2.4 EMK artikkel 8 – SP artikkel 17

På samme måte som i forhold til EMK artikkel 3 og SP artikkel 7, er det parallelle bestemmelser som beskytter privatliv og familieliv i EMK artikkel 8 og SP artikkel 17. Her omtales kun EMK artikkel 8. EMK artikkel 8 har etter sin ordlyd en lavere terskel enn EMK artikkel 3 for å konstatere brudd. Det sentrale spørsmålet i forhold til EMK artikkel 8 er om inngrepet er nødvendig av de grunnene som er nevnt i nr 2.

- 1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.*
- 2. Det skal ikke skje noen inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettigheten unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlig trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.”*

Staten har en plikt til å påse at retten til privatliv respekteres. Personer som ikke sikres mat, tak over hodet eller helsetjenester, vil f.eks. måtte sove på gaten. Å ha tilgang til tak over hodet, toalett, eller mulighet til å ivareta grunnleggende behov for personlig hygiene, vil med stor sannsynlig utgjøre et inngrep etter EMK artikkel 8 nr 1²⁹. Staten må i disse tilfellene kunne sannsynliggjøre at unntaket i punkt 2 gjør et slikt inngrep forholdsmessig og nødvendig i det enkelte tilfelle.

Bestemmelsen har til nå i liten grad vært vurdert eller påberopt i forhold til personer uten lovlig opphold.

4.2.5 ØSK artikkel 11

I forhold til tilgang til mat, klær og bolig, inneholder ØSK artikkel 11 nr 1 en eksplisitt henvisning til slike naturalia:

”Konvensjonspartene anerkjenner retten for enhver til en tilfredsstillende levestandard for seg selv og sin familie, herunder tilfredsstillende mat, klær og bolig, samt til stadig bedring av sine leveforhold.”

Bestemmelsen angir statens plikt til å sikre tilgang til en tilfredsstillende levestandard. FNs Komité for Økonomiske, Sosiale og Kulturelle rettigheter har i Generell kommentar no 12 gitt konkrete retningslinjer for hvordan staten kan respektere og sikre ”The right to adequate food”. Det fremheves blant annet under punkt 14:

“Every stat is obliged to ensure for everyone under its jurisdiction access to the minimum essential food which is sufficient, nutritionally adequate and safe, to ensure their freedom from hunger.”

Det er eksplisitt fastslått i retningslinjene punkt 17 at det ikke må finne sted noen form for diskriminering i forhold til ØSK. Det foreligger ikke adgang til å fremme individklager innenfor

ØSK systemet, men bestemmelsen er allikevel relevant i forhold til statenes praksis. SMED kjenner ikke til konvensjonspraksis om dette spørsmålet.

4.2.6 Diskrimineringsforbudet i EMK, SP og ØSK

Vi har innledningsvis i rapportens punkt 1.3 redegjort for det konvensjonsbestemte diskrimineringsforbudet, men gjentar deler av resonnetet her for oversiktens skyld. Både EMK, SP og ØSK har en uttrykkelig oppregning av diskrimineringsgrunner. EMK artikkel 14 opererer med følgende definisjon av diskriminering:

”Utøvelsen av de rettigheter og friheter som er fastlagt i denne konvensjon skal bli sikret uten diskriminering på noe grunnlag slik som kjønn, rase, farge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller annen status.”

For at det skal foreligge *diskriminering* etter EMK, SP eller ØSK er det ikke av avgjørende betydning å fastslå at diskrimineringen kan henføres til en bestemt diskrimineringsgrunn; det er tilstrekkelig at en gruppe eller en person rammes grunnet ”status” se EMK artikkel 14 og protokoll 12 artikkel 1 nr 1 ”other status”, SP artikkel 2 og 26 ”other status” og ØSK artikkel 2 nr 2. Dette er sikker konvensjonspraksis, og er også nedfelt i ulike anbefalinger fra FNs Menneskerettighetskomité.³⁰ Punkt 1 i Anbefalingen understreker betydningen av ikke-diskrimineringsforbudet:

Non-discrimination, together with equality before the law and equal protection of the law without any discrimination, constitute a basic and general principle relating to the protection of human rights.[...] Article 26 not only entitles all persons to equality before the law as well as equal protection of the law but also prohibits any discrimination under the law and guarantees to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

Det er for øvrig også forutsatt i forarbeidene til Ot prp nr 33 punkt 10.1.8.3 hvor departementet uttrykkelig fastslår at det f eks ikke er adgang til ”diskriminering mellom ulike utenlandske statsborgere”. At alle ovennevnte konvensjoner også forbyr diskriminering mellom statsborgere og utenlandske statsborgere jf henvisningen til ”annen status”, er sikker konvensjonspraksis. Det avgjørende spørsmålet i forhold til EMK og SP er hvorvidt en bestemt gruppe individer direkte eller indirekte behandles dårligere enn andre, og om denne forskjellsbehandlingen er saklig eller lovlig fordi midlene er benyttet for å oppnå et legitimt formål og det er forholdsmessighet mellom midler og mål (saklighets- og proporsjonalitetskrav).

Den gruppen det her er tale om, er en gruppe utenlandske statsborgere som ikke har lovlig opphold. Gruppen begrenses ytterligere ved at den primært består av personer som ikke kan uttransporteres med tvang, og at de personene det gjelder, ikke er villige til å inngå et forpliktende samarbeid om retur. Deres status kan kort oppsummert betegnes som ”ikke deporterbare uten lovlig opphold”. Det er ikke tvilsomt at denne gruppen nyter en *begrenset beskyttelse mot diskriminering* jf punkt 4.2.2 ovenfor om beskyttelse under rettighetskatalogen til SP for personer uten lovlig opphold jf General Comment No 15 The position of aliens under the Covenant: punkt 5. Punkt 5 nevner særskilt prinsippet om ikke-diskriminering. Spørsmålet i så henseende er om forskjellsbehandlingen er nødvendig for å realisere legitime formål under konvensjonen. Hvorvidt diskrimineringsgrunnen i dette tilfellet også kan sies å være diskriminering på grunnlag av ”etnisk eller nasjonal opprinnelse” kommer vi tilbake til i kapittel 6.

Dersom det kan fastsettes at det foreligger en forskjellsbehandling av en av de nevnte grunner eller grunnet ”annen status”, blir spørsmålet om denne forskjellsbehandlingen allikevel er lovlig. I General Comment No 18 punkt 13:

Finally, the Committee observes that not every differentiation of treatment will constitute discrimination, if the criteria for such differentiation are reasonable and objective and if the aim is to achieve a purpose which is legitimate under the Covenant.

Et annet aspekt ved diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14 og SP artikkel 2 er at forbudene som utgangspunkt må knyttes opp mot rettigheter og friheter som nyter konvensjonsvern. Praksis fra blant annet EMD har tolket diskrimineringsforbudet utvidende slik at det er tilstrekkelig å relatere faktum i saken til en relevant konvensjonsbestemmelse. Det er ikke nødvendig å konstatere brudd. Diskrimineringsbegrepet i protokoll 12 rekker videre enn EMK artikkel 14 og får anvendelse også overfor internrettslig lovgivning og myndighetenes behandling av personer under statens jurisdiksjon. Diskrimineringsforbudet i SP artikkel 26 begrenser seg heller ikke til konvensjonsfestede rettigheter, men bestemmer at:

Alle er like for loven og har uten noen form for forskjellsbehandling rett til like beskyttelse av loven.

I NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering, er det i kapittel 6 gitt en grundig presentasjon av det internasjonale vernet, og vi viser til denne fremstillingen for en oversikt over det internasjonale vernet. Det som er viktig i denne sammenheng er at det diskrimineringsforbudet som følger av konvensjonene, langt på vei må sies å være sammenfallende med det diskrimineringsforbudet som lovutvalget foreslo i NOU 2002:12. Forskjellsbehandlingen vil etter lovforslaget være lovlig:

... når handlingen eller unnlatsen har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende og formålet med handlingen eller unnlatsen tilsier at den er nødvendig.

4.3 MINSTESTANDARD FOR SOSIAL OMSORG FOR PERSONER UTEN LOVLIG OPPHOLD?

Med utgangspunkt i statens sikringsplikt slik den er beskrevet ovenfor i punkt 4.2, er det korrekt å legge til grunn at staten har et ansvar for å sikre at personer uten lovlig opphold ikke utsettes for en situasjon som må sies å utgjøre en krenkelse av statens forpliktelser overfor enkeltindividet etter EMK, SP og ØSK. Det vil med stor sannsynlighet kunne foreligge en krenkelse dersom en person over tid ikke sikres et minimum av ytelser til livsopphold og mer eller mindre konstant står i reell fare for å forkomme av feilernæring eller andre relaterte helseplager.

Høyesteretts kjæremålsutvalg tok den 10. januar 2005 (sak nr. 2004/1859) stilling til spørsmålet om videre opphold på asylmottak måtte sies å være et nødvendig tiltak for å forebygge at en person uten lovlig opphold kom i en situasjon som ville være en krenkelse av EMK artikkel 3. I avgjørelsen kommer Høyesteretts kjæremålsutvalg også inn på spørsmålet om minstestandard for personer uten lovlig opphold, og avgjørelsen gir en viss veiledning i forhold til hva som er gjeldende rett.

Den kvinnelige part i saken ble registrert som asylsøker i 2001 og fikk plass på et statlig mottak mens søknad om arbeids- og oppholdstillatelse var til behandling. Søknaden ble endelig avslått i 2002, men kvinnen opprettholdt botilbudet i mottaket. Først i 2004 fikk kvinnen varsel om at plassen måtte fravikes. Da det ikke skjedde, ble det fremmet en begjæring om fravikelse under henvisning til at hun ikke lenger hadde rett til å besitte plassen.

Kvinnen gjorde gjeldende at det ikke er åpenbart at hun ikke hadde rett til å besitte lokalene hun disponerte i det statlige mottaket, jf. Tvangsfullbyrdelsesloven § 13-2 tredje ledd bokstav e). Bakgrunnen var *situasjonen* hun vil settes i dersom tvangsfravikelsen ble gjennomført, - på gaten, uten husly, mat, økonomisk støtte eller rett til arbeide, og at dette ville kunne innebære en krenkelse av EMK artikkel 3. Det ble også vist til at hun uforskyldt ville havne i situasjonen, idet hun ikke hadde noe reell mulighet til å samarbeide om retur. Hun hevdet at en retur til hjemlandet Etiopia ville kunne sette henne i fare for forfølgelse eller mishandling.

Staten, ved regjeringsadvokaten, fastholdt at situasjonen var selvforskyldt. Hun kunne ikke påberope seg EMK artikkel 3 på samme måte som dem som hadde en asylsøknad til behandling. Kvinnen oppholdt seg i landet ulovlig etter at hun hadde oversittet utreisefristen. Intensjonen med fravikelsesbegjæringen var nettopp å sørge for at kvinnen forlot landet og fant seg et sted å bo i hjemlandet. Staten hevdet at hun i stedet forsøkte å tvinge staten til et gratis opphold i Norge. Staten mente dessuten at en krenkelse av EMK artikkel 3 først ville bli aktuelt å vurdere etter fravikelse, når det var klart hvilke ytelser den norske stat ville tilby henne da.

Tingretten fant ikke at EMK artikkel 3 var til hinder for at utkastelse fra asylmottaket kunne gjennomføres fordi ingen av kriteriene i artikkel 3 syntes oppfylt.³¹ Retten mente heller ikke at saksøkte hadde godtgjort at en retur til hjemlandet ville kunne medføre en krenkelse av EMK. Tingretten uttalte i den forbindelse:

”Det er derfor saksøkte selv som har skapt og har beredomme over situasjonen som sies å være i strid med EMK. Dette må være helt sentralt ved avgjørelsen av om bestemmelsen vil være krenket ved utkastelse av asylmottaket.”

Det ble vist til Rt. 2003 s. 375 som er kort gjengitt ovenfor i punkt 4.2.3, hvor Høyesterett la avgjørende vekt på at hun ved å medvirke til avklaring om egen identitet, selv kunne avslutte den belastende situasjonen hun var blitt satt i. Når det gjaldt spørsmålet om saksbehandlingsfeil, fant tingretten ikke at dette ville hatt betydning for avgjørelsen og gikk derfor ikke inn på spørsmålet.

Lagmannsretten kom til samme resultat men med en annen begrunnelse.³² Når det gjaldt spørsmålet om i hvilken grad tvangsfravikelsen i seg selv kunne innebære en krenkelse av EMK artikkel, uttalte lagmannsretten blant annet:

*”Dersom opphold i asylmottaket må anses som et nødvendig tiltak for å sikre at [Kvinnen] ikke utsettes for umenneskelig eller nedverdiggende behandling, er det ikke åpenbart at hun ikke har rett til å besitte eiendommen, **noe som vil stenge for tvangsfravikelsen**” (Vår utheving).*

Retten slo også fast at staten hadde et ansvar for å sikre at personer uten lovlig opphold ikke havnet i konvensjonsstridige situasjoner, men at konvensjonspraksis ikke ga grunnlag for å si noe om hvilke minimumskrav som kunne stilles. Det ble konstatert at sosialhjelp skulle ytes til personer uten lovlig opphold i akutte nødsituasjoner, og at dette var tilstrekkelig for at staten ivaretar sine forpliktelser på dette område etter EMK artikkel 3.

Høyesteretts kjæremålsutvalg gav tilslutning til langmannsrettens rettsanvendelse. Staten hadde i kjæremålet fremholdt at lagmannsretten *feilaktig* hadde drøftet spørsmålet om situasjonen etter tvangsfravikelse som relevant for utkastelsen, og at det riktige i stedet ville vært å ta dette opp på et senere tidspunkt dersom situasjonen utviklet seg konvensjonsstridig. Dette sa kjæremålsutvalget seg delvis enig i, men presiserte følgende:

*”Men dersom forholdene helt unntaksvis skulle være så vidt spesielle at det allerede nå hadde vært klart at ethvert annet alternativ for (NN) ville innebære en krenkelse av EMK artikkel 3, **ville også en utkastelse fra asylmottaket være en slik krenkelse**.” (Vår utheving).*

Høyesteretts kjæremålsutvalg la i premissene for kjennelsen til grunn at ”norske myndigheter ut fra alminnelige nødrettsbetraktninger har et generelt ansvar for å yte nødvendig hjelp i en nødsituasjon, også overfor utlendinger med ulovlig opphold i Norge.” Høyesterett gav således tilslutning til Lagmannsrettens premisser om at retten ”ikke er kjent med omfanget av den sosialhjelp som etter norske retningslinjer skal ytes den enkelte i akutte nødsituasjoner, men konstaterer at slik hjelp skal ytes også overfor utlendinger uten lovlig opphold i landet”. Både Høyesterett og Lagmannsretten la med andre ord til grunn at det eksisterer rettigheter uavhengig av oppholdets lovlighet og samarbeid om retur.

4.4 HELSETJENESTER, AKUTT MEDISINSK BEHANDLING OG SOSIALE YTELSE

4.4.1 Rett til helsetjenester og medisinsk behandling

Pasienter uten lovlig opphold har rett til *akutt* medisinsk behandling. Dette følger av pasientrettighetsloven § 2-1. Helsepersonell og spesialisthelsetjenesten har en tilsvarende *plikt* til å tilby slik akutt helsehjelp, jf helsepersonelloven § 7 og spesialisthelsetjenesteloven § 3-1.

Personer uten lovlig opphold har også rett til *nødvendige* helsetjenester etter kommunehelsetjenesteloven § 2-1 hvor det fremkommer at "*enhver*" har rett til nødvendige helsetjenester i den kommunen der man bor eller oppholder seg midlertidig. Nødvendig helsehjelp etter kommunehelsetjenesteloven innebærer mer enn akutt medisinsk behandling. Loven selv gir ingen veiledning i forhold til hvordan nødvendighetskriteriet skal tolkes ut over ordlyden selv, i praksis anlegges en streng nødvendighetsvurdering.

Med akutt helsehjelp menes situasjoner der pasientens behandlingsbehov enten:

- er påtrengende nødvendig for å gjenopprette eller vedlikeholde vitale kroppsfunksjoner, og/eller,
- er påtrengende nødvendig for å hindre/begrense betydelig funksjonsnedsettelse

Behandlingsbehovet fastslås ved at det foretas en medisinsk faglig vurdering av pasienten. Plikten for helsepersonell/spesialisthelsetjenesten til å undersøke og eventuelt behandle pasienter akutt, består til faren er avverget. Bestemmelsen er straffesanksjonert og dette betyr at helsepersonell kan straffes for en unnlattelse i forhold til denne plikten. Helsepersonell kan videre ikke instrueres av arbeidsgiver eller andre til å utføre handlinger som anses for å være i strid med kravet til forsvarlighet eller andre lovpålagte plikter. Plikten til å yte øyeblikkelig hjelp gjenspeiler en prinsipiell oppfatning om at det foreligger et absolutt ansvar for å hjelpe personer med akutte alvorlige medisinske tilstander.

Personer uten lovlig opphold har *ikke* rett til helsehjelp som ikke kan sies å være akutt, jf forskrift til pasientrettighetslovens § 2-1. Pasientrettighetsforskriftens § 1 fastslår hvilke personer som har rett til helsehjelp etter lovens kapittel 2:

"Pasientrettighetsloven kapittel 2 med unntak av § 2-1 første ledd, gjelder bare for personer som enten har fast bopel eller oppholdssted i riket, er medlemmer av folketrygden med rett til stønad ved helsetjenester eller har rett til helsehjelp i henhold til gjensidighetsavtale med annen stat (konvensjonspasienter)."

Begrensningen medfører blant annet at pasienter uten lovlig opphold ikke vil ha rett til videre helsehjelp eller oppfølging, etter at den akutte medisinske tilstanden er behandlet. De kan i tillegg få problemer med å fullføre medikamentell behandling som er startet, fordi de mangler de økonomiske forutsetningene for å dekke kostnadene til behandlingen.

Noen medisinske tilstander kan over tid utvikle seg til en alvorlig tilstand om de ikke behandles eller følges opp. Grensen mellom akutte og ikke-akutte tilstander og spørsmålet om en pasient er i slike situasjoner og har rett på helsehjelp, er ikke alltid lett å fastslå. I noen tilfeller vil sosialt belastende livssituasjoner kunne påvirke helsen på en negativ måte. SMED vil illustrere dette med et eksempel som ble forelagt for oss i forbindelse med vår informasjonsinnsamling:

SMED ble kontaktet av en helseinstitusjon som ønsket å gjøre oss kjent med et tilfelle som etter deres oppfatning illustrerte problemet som begrensningen i denne gruppens tilgang på helsetjenester bidro til. Pasienten var fra et land i Midt-Østen og hadde fått endelig avslag på søknad om asyl to år tidligere og nektet samarbeid om retur under frykt for liv og helse. Han hadde over tid forsøkt å overleve på et eksistensminimum ved å pante flasker og selge blomster. Han ble akutt innlagt i spesialisthelsetjenesten i forbindelse med at han kollapset på gaten.

Undersøkelser viste at pasienten hadde betydelige helseproblemer, blant annet underernæring, og at han i tillegg hadde utviklet en insulinfølsom sukkersyke. Pasienten ble utskrevet etter noen ukers innleggelse, uten annen oppfølging enn en blå resept til tre måneders forbruk av insulin. Uten annen inntekt enn det han hadde hatt tidligere, klarte han ikke å ivareta en forsvarlig ernæring og begynte etter en stund å rasjonere insulinet fra to til en dose om dagen. Han ble igjen akutt dårlig, men ikke dårlig nok til en akutt innleggelse som sist. En lege forbarmet seg over ham og skrev nok en gang ut en blå resept på insulin til flere måneders forbruk.

Eksempelet illustrerer at helse ikke kan ivaretas på en forsvarlig måte uten at pasienten samtidig sikres økonomisk på en måte som gjør han i stand til å ivareta basale behov i form av mat og tak over hodet.

4.4.2 Ytelser og tjenester etter sosialtjenesteloven

Lov om sosiale tjenester av 13. desember 1991 nr 81 ("sosialtjenesteloven") utgjør det nedre sikkerhetsnettet for personer som mangler forutsetninger for å ivareta egen velferd. Sosialtjenesteloven regulerer rett til ytelser som mat, tak over hodet og rett til å få dekket ytelser f.eks. til medisiner. Lovens § 1-1 angir formålet med det faglige skjønnet og de vilkårene som sosialtjenesten har anledning til å stille under utførelsen av det sosialfaglige arbeidet:

"Formålet med denne loven er

- a) å fremme økonomisk og sosial trygghet, å bedre levevilkårene for vanskeligstilte, å bidra til økt likeverd og likestilling og forebygge problemer,*
- b) å bidra til at den enkelte får muligheter til å leve og bo selvstendig og til å ha en aktiv og meningsfylt tilværelse i felleskap med andre".*

I Velferdsrett II av Syse og Kjøenstad s. 304 skriver Alice Kjellebold blant annet:

"På bakgrunn av en analyse av loven, dens forarbeider og annet aktuelt rettskildemateriale kan det slås fast at trygghet for den enkelte er den grunnleggende verdien i sosialtjenesten".

Tryggheten det her er tale om er foruten en økonomisk trygghet, også en sosial trygghet, samt et vern av den enkeltes personlige og fysiske integritet. Kjellebold utdyper dette blant annet med følgende:

*"Den som henvender seg til sosialtjenesten skal være trygg på at han eller hun ikke skal utsettes for overgrep eller unødige innblanding i personlige forhold. I sosialtjenestelovens forarbeider er denne dimensjonen tatt opp og lagt inn i formålbestemmelsens trygghetsbegrep. **Slikt vern om personlig integritet er en viktig rettstatsverdi.**" (vår utheving)*

Formålbestemmelsen vil i begrenset grad få direkte betydning for ytelser som innvilges til den enkelte. Her vil lovgivningen og de prosessuelle bestemmelsene stå sentralt. Samtidig angir formålbestemmelsen det som bør være den overordnede faglige målsettingen med arbeidet som gjøres av førstelinjetjenesten i forhold til personer i nød.

Sosialtjenesteloven gir rett til tjenester for personer som oppholder seg i riket jf lovens § 1-2. I utgangspunktet vil personer ha rett til sosiale ytelser i den kommunen de til enhver tid oppholder seg jf lovens § 10-1. Med hjemmel i sosialtjenestelovens § 1-2 er rettighetene til personer uten lovlig opphold innskrenket jf Forskrift til lov om sosiale tjenester av 13. desember 1992 ("sosialtjenesteforskriften"), der det i § 1-1, som omhandler personer som ikke har lovlig opphold, heter at:

Personer som ikke har lovlig opphold i riket har ikke rett til økonomisk stønad etter lov om sosiale tjenester kapittel 5.

*Kan vedkommende ikke dra omsorg for seg selv, har han eller hun bare rett til **nødvendig omsorg** etter loven inntil vedkommende etter utlendingsloven med forskrifter har plikt til å forlate landet. (vår utheving)*

Begrensningen i personkretsen for rett til økonomiske ytelser etter lovens kapittel 5 ble innført i 1992. Bakgrunnen for endringen var at myndighetene ikke fant det rimelig at personer som av et forvaltningsorgan hadde fått endelig avslag på opphold likevel skulle ha rett på økonomisk stønad fra et annet forvaltningsorgan. Personer uten lovlig opphold vil allikevel kunne ha krav på økonomiske ytelser på annet grunnlag f. eks ulovfestede nødrettsbetraktninger mv. Det vises her til punkt 4.4 nedenfor. Andre bestemmelser og kapitler i loven unntar ikke personer uten lovlig opphold. Her vil vi særlig fremheve rett til midlertidig bolig etter sosialtjenestelovens § 4-5. Sosialtjenesten har en *plikt* til å sikre at personer som selv ikke klarer det, har tak over hodet. Samtidig vil lovens subsidiære karakter kunne få betydning for bistanden som gis, se eget punkt om dette nedenfor i punkt 4.5.

Det er særlig grunn til å fremheve at det ikke er gjort unntak i forhold til de prosessuelle krav som stilles til sosialtjenestens saksbehandling og klageadgang etter kapittel 8. Forvaltningslovens bestemmelser er gitt direkte anvendelse på saksbehandlingen med de særregler som følger av sosialtjenesteloven. Etter lovens § 8-4 reguleres plikten til å rådføre seg med klienten:

”Tjenestetilbudet skal så langt som mulig utformes i samarbeid med klienten. Det skal legges stor vekt på hva klienten mener.”

Bestemmelsen synliggjør viktigheten av at sosialtjenestens utmåling og prioriteringer av tjenester forutsetter at kunnskap om de individuelle forhold sikres og vektlegges i utformingen av tjenestene. For personer med annen etnisk bakgrunn vil det i mange tilfelle kreve en språklig tilrettelegging for dialogen. Det vil også kunne medføre at klientsituasjonen kvalitativt og kvantitativt må tilrettelegges for personer som mangler kunnskap om sine rettigheter.

4.4.3 Sosiallovgivningens subsidiære karakter

Ytelser etter sosialtjenesteloven er velferdsstatens nederste sikkerhetsnett for personer som selv ikke klarer å finne andre løsninger for sitt underhold. Personer som har andre alternativer for å sikre sitt livsopphold, skal anvende disse før de har rett på økonomiske tjenester etter loven. Prinsippet fremkommer direkte av lovteksten i § 5-1 der retten forutsetter at personen selv ikke kan sørge for sitt livsopphold. Prinsippet gjenspeiles også ved at andre økonomiske rettigheter som f. eks trygderettigheter, økonomisk underhold av ektefelle eller foreldre, eventuelt forbruk av oppsparte midler eller realisering av kapitalgjenstander, kan kreves utnyttet før rett til økonomisk bistand foreligger. I forskrift til loven § 1-2 er det gjort unntak for ytelser til asylsøkere som har tilbud i statlige mottak.

Sosialtjenesten har ikke anledning til å avslå å yte bistand under henvisning til at søker må utnytte alternativer som det må anses åpenbart urimelig å kreve at søker utnytter. Det følger av den ulovfestede myndighetsmisbrukslæren. Etter sosialtjenestelovens § 8-7 kan fylkesmannen omgjøre vedtak om avslag som anses åpenbart urimelige. Sosialhjelpens subsidiære karakter, og hva som må anses for å være kompetanseskranker for sosialtjenestens anledning til avslå å yte bistand på dette grunnlag, gjenspeiles også i lovens § 5-3 som regulerer bruk av vilkår:

”Det kan settes vilkår for tildeling av økonomisk stønad, se også § 5-4 tredje ledd og § 5-8. Vilkårene må ha nær sammenheng med vedtaket, og ikke urimelig begrense stonadmottakerens handle eller valgfrihet. Vilkårene må heller ikke være i strid med andre bestemmelser i denne loven eller andre lover.

Det kan også stilles vilkår om at mottakeren skal utføre passende arbeidsoppgaver i bostedskommunen så lenge stonaden oppbevares.”

Bestemmelsen kommer til anvendelse på ytelser etter kapittel 5 i loven, mens ytelser etter ulovfestet rett vil derfor ikke omfattes direkte. Samtidig vil bestemmelsens angivelse av hva som

anses for å utgjøre kompetanseskranker for forvaltningens skjønn når det gjelder å knytte vilkår til ytelser etter loven, utgjøre et relevant tolkningsmoment i forhold til hva som vil være åpenbart urimelig når det gjelder ytelser på ulovfestet grunnlag. Sosialtjenesten har i avslag på nødhjelp begrunnet avslaget med at personer uten lovlig opphold har tilbud om mat og tak over hodet i mottak ved samarbeid om retur. Et viktig spørsmål er hvorvidt det er adgang til å stille et slikt vilkår, generelt eller i det enkelte tilfellet. Dette kommer vi nærmere tilbake til i kapittel 5.

4.5 ULOVFESETET NØDRETT – INNFØRING AV ET NYTT RETTSINSTITUTT?

4.5.1 En presist definert rettighet?

En forutsetning for at personer skal få de rettighetene de etter loven har krav på, er at de som forvalter regelverket, anvender gjeldende rett korrekt. Når enkeltindividet ikke får oppfylt sin rett kan det skyldes at den enkelte bruker ikke kjenner sin rett og derfor ikke gjør et krav gjeldende. Men vel så viktig for å sikre at personer får rett vil være at de materielle reglene som regulerer rettighetene, er entydige, at saksbehandlingen er forbundet, at de som fatter vedtak er kompetente, og at det finnes gode kontrollinstanser.³³

Innledningsvis må begrepsbruken og angivelsen av hvilken rett det handler om belyses. Kommunal- og regionaldepartementet, Utlendingsdirektoratet, Arbeids- og sosialdepartementet samt Sosial- og helsedirektoratet, har gjentatte ganger informert om at hjelp kan innvilges på ulovfestet grunnlag. Begrepene som har vært brukt for å betegne denne retten, har ikke vært entydige: - *nødhjelp* etter ”ulovfestede nødrettsbetraktninger”, ”alminnelige nødrettsbetraktninger” ” en plikt til å hjelpe personer i nød” og at ”ingen skal sulte eller fryse i hjel i Norge”.

I forhold til det som er tema for denne rapporten har spørsmålet om hvilke rettigheter personer har i forhold til økonomisk stønad når ikke kapittel 5 kommer til anvendelse, skapt atskillig forvirring.

4.5.2 Hva er nødrett eller nødrettslige betraktninger

Begrepene som er tatt i bruk for å beskrive det juridiske konseptet som danner grunnlag for en rett er ikke uvesentlige og kan gi forskjellig resultat. En rett som forankres i en *pliktbestemmelse*, jf plikt til å hjelpe i nød, kan gjøre det straffbart å unnlate å gi omsorg, mens en *nødrettsbehandling* kun legitimerer andre handlingsalternativer enn det normale dersom en faresituasjon er tilstrekkelig alvorlig.

For å forstå hva som legges i det rettslige konseptet nødrett tas det i juridisk teori utgangspunkt i uttrykket ”*nød bryter alle lover*”.³⁴ Etter dette vil personer som befinner seg i en nødssituasjon på gitte vilkår gis rett til å handle på en annen og avvikende måte enn det normene for normalsituasjonen tillater. Det tales om en *strafferettslig nødrett* som gjør det straffritt å handle på en måte som ellers rammes av et straffebed - dersom nødssituasjonen er tilstrekkelig farefull. I noen tilfelle kan man også finne særregler som angir en *sivil nødrett* som mer er et spørsmål om i hvilken grad det er handlet rettmessig eller ikke. Andorsen viser blant annet til Den gamle sjøfartsloven av 20. juli 1893 nr. 1 som hadde en egen bestemmelse om felleshavari, dvs. regler om hvordan man skulle forholde seg når en felles fare truet skip, frakt og last, men som nå er erstattet av internasjonale bestemmelser. Den strafferettslige nødretten handler om straffansvar for personer, mens den sivilrettslige blir et spørsmål om økonomisk tap alene. I begge tilfeller handler det om en unntakstilstand.

SMED kan ikke på noen måte se at det er klart hvordan et *sivilrettslig nødrettsinstitut* skal anvendes i forhold til sosiale ytelser eller helsetjenester. Et sivilrettslig nødrettsresonnement vil normalt innebære at en person som utsettes for en tilstrekkelig fare, berger seg ut av denne på en annens bekostning. Her vil det være handlingsalternativene til *personen* som utsettes for faren som utvides som en følge av faren han er i. Myndighetene har informert om at plikten til å hjelpe personer

uten lovlig opphold, følger av alminnelige nødrettsbetraktninger. Det kan ut fra dette tenkes at den nødrettslige handlingen det siktes til i disse tilfellene vil være å fatte et vedtak der det innvilges nødhjelp til en gruppe personer som man normalt ikke er forpliktet til å ivareta, fordi personene befinner seg i en akutt faresituasjon. Man kan si at saksbehandlerens handlingsalternativer utvides som en følge av at personen som søker hjelp, er i en akutt fare. SMED har gjennom rettshjelpen sett at dette naturlig nok ikke har vært enkelt å forstå eller anvende. Sosialtjenestens ansatte har begrenset juridisk kompetanse og har selv flere ganger vært oppgitt over at de må forvalte slik ”finjuss”.

4.5.3 Ytelsene og ytelsenes omfang

Når det gjelder spørsmålet om *hvilke ytelser og omfanget av disse*, som en slik rett kan gi, har myndighetene understreket at sosialtjenesten har bred erfaring med å behandle søknader om nødhjelp og derfor vil kunne utøve et forsvarlig faglig skjønn i disse sakene. Det er neppe tvilsomt at sosialtjenesten har faglige forutsetninger for å bistå personer i nød, men det må trolig legges til grunn at denne formen for nødhjelp skiller seg fra de ytelser som sosialtjenesten normalt bidrar med. Økonomisk stønad etter sosialtjenesteloven skal sikre at alle har tilstrekkelige midler til livsopphold. Personer som i utgangspunktet har tilstrekkelig med midler til sitt livsopphold, men som likevel kommer i en uforutsett og akutt situasjon, kan i tillegg ha rett til nødhjelp. Rundskriv 1-34/2001 formulerer hjelpeplikten slik:

5.1.4.4.1 Akutt hjelp og nødrett

Dersom situasjonen er akutt, og det samtidig er grunn til å tro at søkeren om kort tid vil få midler til å forsørge seg selv, kan stønaden begrenses til et minimum. Dette innebærer at det gis stønad til livsnødvendigheter som mat og helt nødvendige artikler til personlig bruk, og til regninger som må betales for å hindre avstengning av nødvendige tjenester som strøm eller lignende.

En søknad om akutt hjelp må vurderes raskt, ofte samme dag som den er mottatt. Dette innebærer at sosialtjenesten ikke kan undersøke saken like grundig som ved ordinære søknader. Dersom søknaden for eksempel mottas like før en helg, og søkeren hevder å stå helt uten midler til mat, eller ikke har et sted å sove, må søknaden vurderes med dette utgangspunkt. Søknader som mottas i forbindelse med akutte situasjoner kan ikke avslås, eller nektes behandlet med den begrunnelse at søkeren for eksempel kan henvende seg til veldedighetstilbud eller lignende.

Alminnelige nødrettsbetraktninger (vår utheving) tilsier dessuten at en person kan ha krav på hjelp til dekning av utgifter i spesielle, akutte situasjoner uavhengig av om vedkommende har krav på hjelp etter § 5-1. Det vil her være snakk om svært begrenset hjelp, for eksempel som følge av at personen er borte fra hjemstedet og ikke kan benytte seg av de muligheter han ellers har. Denne rettigheten tilkommer alle, uavhengig av bosted og økonomiske forhold slik som inntekt og formue.

Gruppen som det henvises til her er i utgangspunktet godt ivaretatt på andre måter, men skal i tillegg kunne ivaretas særskilt dersom det oppstår uforutsette og akutte situasjoner.

Som nevnt ovenfor, unntar forskrift til sosialtjenesteloven § 1-1 personer uten lovlig opphold i forhold til økonomiske ytelser etter lovens kapittel 5. Forskriften må forstås slik at personer som har oversittet utreisefristen, etter at de har fått endelig avslag på sin oppholdstillatelse, heller ikke har rett til nødvendig omsorg. Sosialtjenesten har ingen erfaring med å vurdere nødhjelp til personer som totalt mangler andre alternativer. De skjønnsmessige vurderingene må være kvalitativt og kvantitativt annerledes enn annen nødhjelp for å være forsvarlige. Det er ennå ikke gitt noen retningslinjer som angir på hvilken måte personer i en *slik* situasjon skal ivaretas.

4.5.4 Behov for avklaring?

SMEDs erfaringer knyttet til sosialtjenestens og fylkesmannens rettsanvendelse i disse sakene, foranlediget at SMED den 1. desember 2004 rettet en henvendelse til Arbeids- og sosialdepartementet og etterlyste retningslinjer for anvendelsen av såkalte ”ulovfestede nødrettsbetraktninger”.

Departementet besvarte SMEDs henvendelse i brev av 9. desember 2004 og uttrykte følgende om behovet for presisering i form av retningslinjer:

*” Departementet har stor forståelse for ønsket om klarere retningslinjer på dette området. Det er samtidig **ikke mulig å gi retningslinjer** for hvem som har ansvaret for at det gis akutt livsnødvendig hjelp i en nødsituasjon, da plikten til å hjelpe mennesker i nød **påligger oss alle**. Dette gjør det også vanskelig å gi retningslinjer for hva slags hjelp **kommunene** skal yte når de står ovenfor slike saker.”* (våre uthevinger).

Parallelt med vår henvendelse til departementet brakte SMED et endelig avslag på søknad om nødhjelp inn for Sivilombudsmannen på vegne av en enkeltperson. Sivilombudsmannen tok ikke stilling til enkeltsaken, men fant grunnlag for å henvende seg til departementet den 6. januar 2005.³⁵ Sivilombudsmannen påpekte at det var rettslige uklarheter knyttet til rettsanvendelsen i forhold til ulovfestet nødrett og at departementet måtte vurdere å gi retningslinjer for å klargjøre ulike aspekter knyttet til sikring av personer i en nødssituasjon. Sivilombudsmannen understreket at den bistand det kan dreie seg om var ”mat, tak over hodet og pleie i en nødssituasjon”. Sivilombudsmannen etterlyste følgende:

- Hva er innholdet i ”ulovfestede nødrettsbetraktninger”
- Er man i nød dersom man ikke samarbeider om frivillig retur?
- Hvor lenge har man krav på slik hjelp?
- Kan avslag på slik nødhjelp påklages og hva er i så fall klageinstans?
- Hvordan skal slik nødhjelp finansieres?

5 GJENNOMGANG AV FORVALTNINGSPRAKSIS

5.1 INNLEDNING

Personer uten lovlig opphold hadde som nevnt i kapittel 3 ovenfor, tre alternative lovlige måter å sikre mat, tak over hodet og helsetjenester – ved arbeid, ved botilbud og ytelser til livsopphold i mottak eller gjennom ytelser som tildeles av den kommunale sosialtjenesten.

Det alternativet som tidligere forelå i forhold til egenforsørgelse ved midlertidige arbeidstillatelser, jf punkt 3.6 ovenfor, er ikke lengre et reelt alternativ. Utlendingsmyndighetenes praksisomlegging i forhold til å innvilge midlertidige tillatelser medfører at det ikke lenger gis slike tillatelser til personer som ikke kan returneres med tvang. SMED vil også påpeke at i forbindelse med behandlingen av Dok 8:26 2004-2005 om tiltak for bedre behandling av ikke-returnerbare asylsøkere med endelig avslag og andre ikke-uttransporterbare utlendinger, legger komitéens flertall til grunn følgende på side 2:

”Flertallet viser dessuten til at regelverket allerede i dag åpner for at personer med endelig avslag kan gis midlertidig arbeidstillatelse frem til vedtak om utreise effektueres. Arbeidet med å inngå tilbaketakelsesavtaler med de enkelte lands myndigheter er intensivert de siste årene.”³⁶

SMED vil her påpeke at utlendingsmyndighetenes innstramming av forvaltningspraksis i forhold til å gi denne typen arbeidstillatelser er skriftlig nedfelt i Rundskriv UDI 2003-021 ASA.

Utlendingslovens § 17 (6) jf utlendingsforskriftens § 61 (3) praktiseres ikke slik komitéens flertall synes å forutsette at er mulig. SMED nevner dette innledningsvis fordi det synliggjør at det kun foreligger to reelle alternativ for denne gruppen: botilbud og ytelser til livsopphold i mottak eller bistand fra den kommunale sosialtjenesten. I den utstrekning utlendingsmyndighetene tildeler midlertidige arbeidstillatelser ut over det som ovennevnte Rundskriv forutsetter, er dette ukjent for SMED, men vi kan naturligvis ikke utelukke at det skjer.

Hovedtemaet for kapittel 5 er en gjennomgang av forvaltningspraksis. For å kunne gi et fullstendig bilde av hvordan staten ivaretar sine forpliktelser overfor personer uten lovlig opphold, er det da nødvendig først å undersøke hvordan ordningen med botilbud i mottak og tildeling av ytelser til livsopphold gjennom mottaksapparatet praktiseres, og deretter hvordan den kommunale sosialtjenesten yter bistand til denne gruppen. Utgangspunktet er at sosialhjelp er subsidiær i forhold til arbeidsinntekt og andre ytelser, f eks trygdeytelser. Prinsippet er beskrevet ovenfor i punkt 4.3.3.

Sosialhjelp er også subsidiær i forhold til personer som har opphold i statlige mottak, jf sosialtjenesteforskriftens § 1-2. I den utstrekning staten viderefører et tilbud om en mottaksplass etter at søker har fått endelig avslag på søknad om asyl, er dette tilbudet primært i forhold til sekundære ytelser til livsopphold etter sosialtjenesteloven. Som tidligere nevnt, ivaretar staten livsoppholdet til personer med endelig avslag på søknad om asyl gjennom tilbud i mottak jf punkt 3.2, selv om dette ikke lenger skjer i like stor grad som før innstrammingstiltakene ble iverksatt.

I punkt 5.2 nedenfor vil SMED redegjøre for forvaltningspraksis knyttet til botilbud og ytelser i mottak, og innstrammingstiltakene som ble iverksatt og delvis gjennomført. Fordi botilbud i mottak og ytelser til livsopphold i mottak er etablert som en *administrativ ordning*, vil endringer i praksis med hensyn til hvem som får videreført plass i mottak etter endelig avslag på søknad om asyl, samt ytelser til livsopphold for beboere i mottak, skje ved *instruks* fra departementet til UDI og statlige mottak. Fordi personer med endelig avslag på søknad om asyl i svært liten grad har rett til ytelser etter sosialtjenesteloven se punkt 4.4 og 4.5 foran, og fordi kommunenes og fylkesmannes forvaltningspraksis har vært svært restriktiv jf punkt 5.3 nedenfor, blir *det å beholde botilbud i mottak svært viktig for den enkelte*.

Selv om botilbud i mottak som hovedregel kun skal gis til personer som har sin søknad til behandling eller som venter på bosetting i en kommune, og kun unntaksvis skal komme til anvendelse overfor personer uten lovlig opphold, er det klart at personer uten lovlig opphold inntil nylig i høy grad ble ivaretatt ved at personene fikk beholde plass i mottak og ytelser. Når dette tilbudet så bortfaller, eller praksis med hensyn til økonomiske ytelser skjerpes, aktualiseres det som må sies å være statens lovfestede plikt til å sikre personer uten lovlig opphold i forhold til mat, tak over hodet og helsetjenester. I punkt 5.3 gjennomgår vi forvaltningspraksis vi har fått kjennskap til gjennom vår rettshjelp og andre kilder.

5.2 BOTILBUD OG YTELSER TIL LIVSOPPHOLD I ASYLMOTTAK

5.2.1 Oversikt

Mange av personene SMED bisto i prosjektets første fase hadde plass i mottak, og mottok ytelser til livsopphold. Flere av disse hadde oppholdt seg i Norge i mange år, og flere av disse personene var de samme som Utlendingsdirektoratet hadde kartlagt i forhold til rapporten Lengeværende i mottak. Når vi så skal belyse praksis knyttet til botilbud og ytelser i mottak, er det naturlig å dele vår presentasjon inn i ulike faser: 1) situasjonen før innstrammings tiltakene, 2) situasjonen frem til regjeringen beslutter at bortfall av botilbud i mottak skal behandles som enkeltvedtak og 3) praksis frem til i dag. Målsettingen med denne inndelingen er å synliggjøre utviklingen i forvaltningspraksis.

Før vi gjennomgår praksis vil vi redegjøre for prosessen som ledet frem mot, og de vurderingene som ble gjort i forhold til at botilbud i mottak ble ansett å være et enkeltvedtak se punkt 5.2.2 og prosessen knyttet til tilbud om plass i mottak for personer som samarbeider om retur gjennom IOM se punkt 5.2.3.

5.2.2 Bortfall av botilbud og ytelser i mottak – enkeltvedtak?

Proessen som ledet til saker om bortfall av botilbud i mottak skulle regnes som enkeltvedtak etter forvaltningsloven jf instruks fra Kommunal- og regionaldepartementet til Utlendingsdirektoratet av 19.10.2004, startet med at staten vår 2004 begjærte at en kvinne måtte tvangsfravike plassen i mottak jf tvangsfullbyrdelseslovens § 13-2 tredje ledd litra e). Kvinnen hadde oppholdt seg i mottak siden hun mottok avslag i 2002.

Prosessfullmektig for kvinnen gjorde gjeldende at det var begått saksbehandlingsfeil knyttet til beslutningen om at botilbudet bortfalt, og at denne feilen måtte lede til at det ikke var grunnlag for å ta begjæringen om tvangsfravikelse til følge. Prosessfullmektig viste i den sammenheng til Kommunal- og regionaldepartementets instruks av 19.10.2004 jf ovenfor. Spørsmålet om et vedtak om bortfall av botilbud i mottak er et enkeltvedtak ble vurdert av Justis- og politidepartementet 23.9.2004.³⁷ Departementet la i den sammenheng til grunn at tildeling av botilbud var et enkeltvedtak som forutsetningsvis bygget på at tilbudet sto ved lag så lenge personen hadde asylsøknaden til behandling eller ventet på bosetting i kommunen. Når det gjaldt en beslutning om ”bortfall av botilbud”, likestilte departementet dette med at myndighetene konstaterte at det forelå en opphørsbetingelse. Denne konstateringen kunne ikke likestilles med et enkeltvedtak, og det faktum at noen personer fikk tilbud om fortsatt opphold, endret ikke på dette. Et tilbud om fortsatt opphold mente departementet imidlertid måtte anses som et enkeltvedtak.

Selv om Justisdepartementet altså mente at bortfall av botilbud i mottak ikke var et enkeltvedtak i forvaltningslovens § 2 b) sin forstand, valgte Kommunal- og regionaldepartementet at saker om bortfall av botilbud i mottak skulle behandles som enkeltvedtak. SMED vil i denne sammenheng påpeke særlig to forhold som tilsier at dette er den mest korrekte fremgangsmåten:

Det kan spørres om det er så klart som Justisdepartementet tilsynelatende legger til grunn, at personen er innforstått med at tilbudet bortfaller ved endelig avslag på søknad om asyl.

Justisdepartementet problematiserer ikke i sin vurdering at det er flere personer som har beholdt plassen i mottak og mottatt økonomiske ytelser i en årrekke etter avslag, i ett tilfelle 8 år. Dette er også personer som har etablert seg i nærmiljøet, og som f.eks. har samvær med barn på mottaket. I flere av disse sakene – som særlig berører lengeværende i mottak – er det grunnlag for å stille spørsmålstegn ved om myndighetene har forpliktet seg på en måte som må likestilles med et dispositivt utsagn jf punkt 4 i departementets vurdering.

Bortfall av botilbud er ikke kun et spørsmål om bortfall av tak over hodet, men også om bortfall av ytelser til livsopphold. Justisdepartementet har ikke problematisert at parallelt med botilbud i mottak har enkeltpersoner mottatt økonomiske ytelser – penger til mat - og naturalia til livsopphold. Det kan spørres om situasjonen til personen som ikke samarbeider om retur, er så belastende i forhold til å skaffe ytelser til livsopphold, at en helhetsvurdering av søkers situasjon tilsier at bortfall av botilbud i mottak må anses som et enkeltvedtak. SMED nøyter seg her med å vise til vår gjennomgang av forvaltningspraksis nedenfor i punkt 5.3.

Kort oppsummert; bortfall av botilbud ble fra og med oktober 2004 ansett som et enkeltvedtak. Dette mener vi i vesentlig grad har styrket rettssikkerheten til de mest sårbare personene med endelig avslag på søknad om asyl.

5.2.3 Tilbud om plass i mottak ved samarbeid om retur gjennom IOM

En av målsettingene med regjeringens politikk var å bidra til at flere personer med endelig avslag på søknad om asyl returnerte frivillig. Dette ble gjort på ulike måter, men i forhold til botilbud og ytelser til livsopphold i mottak, ble det tidlig gjort klart at personer som samarbeidet med IOM om retur gjennom VARP programmet var unntatt fra ordningen med bortfall av botilbud.³⁸ SMED har ingen innsigelser mot denne ordningen, og mener at den bidrar til å sikre en human retur av tidligere asylsøkere.

Ordningen er imidlertid mer komplisert å praktisere enn den tilsynelatende kan se ut til. Allerede i Utlendingsdirektoratets brev til mottakene av 16.12.2003 fremholder direktoratet at personer som ”søker om å få reise hjem frivillig med IOM og som bidrar til å skaffe reisedokumenter” er unntatt. I statsrådens orientering til Stortinget av 5.5.2004 fremholder statsråden at ”Så lenge samarbeidet er aktivt og troverdig, vil de bli gitt økonomisk støtte til livsopphold etter pengereglementet”.³⁹ Når det gjelder den informasjonen som ble gitt til den enkelte beboer i forbindelse med varsel om bortfall av botilbud i mottak, og retten til å beholde plassen ved samarbeid med IOM, skriver UDI:

”Dersom du inngår et konkret og troverdig samarbeid om faktisk identitet og fremskaffelse av reisedokumenter, kan utvidet tillatelse til å oppholde seg i mottak vurderes. Vi ber deg ta kontakt med IOM for deltakelse i det frivillige returprogrammet eller med politiet.”

SMED gir tilslutning til myndighetenes vurdering i forhold til at det er nødvendig å sikre at personer som søker om frivillig retur gjennom IOM faktisk har intensjoner om å medvirke til at prosessen lar seg gjennomføre. Det er imidlertid viktig i forhold til en troverdighetsvurdering av søkers reelle motivasjon å legge til grunn at mange av disse personene mangler både systemkunnskap og språklige forutsetninger for å ivareta sine interesser i en slik prosess, og særlig forutsetningene for å forstå betydningen av å dokumentere hva vedkommende foretar seg for å medvirke til retur.

Abdi, sak nr 04/163, kom til landet i 1995 og mottok endelig avslag på søknad om asyl i 1996. Han har siden ankomst vært bosatt i mottak, og har vært forsøkt uttransportert i 2001. Abdi er i en vanskelig livssituasjon; han har ikke arbeidstillatelse, ingen tilbud om skole eller andre aktiviteter. I 2004 mottok Abdi varsel om bortfall av botilbud i mottak. Abdi søkte om bistand til retur gjennom IOM, men mottok brev fra IOM hvor IOM informerte om at de ikke kunne bistå, under henvisning til at:

"IOM has received your application, but will not be able to assist you in returning to your country of origin. For further information on your travel arrangements please contact Foreign Department of ... Police: ..."

Brevet ble sendt mottaket hvor Abdi var bosatt. På mottaket fikk Abdi beskjed av en ansatt på mottaket om at han nå kun skulle avvente situasjonen til han på ny ble kontaktet av politiet. Dette gjorde han, men da ingen ting skjedde, henvendte han seg til SMED. SMED tok da kontakt med politiet hvor vi fikk beskjed om at politiet forventet at Abdi skulle kontakte sine slektninger i hjemlandet og skaffe til veie informasjon. Dette var ikke nedtegnet noe sted, og slik skriftlig informasjon var heller ikke sendt Abdi på mottaket. SMED bisto på den bakgrunn Abdi med å sende brev til slektningene, og ba i brev av 15.11.2004 om å bli holdt underrettet om saksbehandlingen hos politiet. SMED har ennå ikke hørt fra politiet, eller mottatt noen dokumentasjon på hvorfor Abdi ikke fikk delta i VARP programmet.

Denne saken illustrerer to vesentlige problemstillinger i forhold til kravet til medvirkning i forhold til retur, som også er av betydning i forhold tilbud om fortsatt plass i mottak:

- SMED stiller spørsmålsteget ved om saksbehandlingen i alle ledd – herunder; mottak, IOM, politiets utlendingsavdeling – i tilknytning til samarbeid om frivillig retur, i tilstrekkelig grad er innrettet slik at saksbehandlingen og beslutninger er dokumenterbare. IOM har ingen informasjon om begrunnelsen for at politiet stopper en sak om frivillig retur. I ovennevnte enkeltsak, viste det seg svært vanskelig å få tilgang til både informasjon og dokumentasjon som kan ha betydning for fortsatt plass i mottak og ytelser til livsopphold, og en eventuell søknad om oppholdstillatelse fordi personen må anses som faktisk ureturnerbar – og statsløs.
- Enkeltpersonene har ingen dokumentasjon som kan underbygge en motivasjon i forhold til samarbeid om retur ut over søknad om deltakelse i VARP programmet. Det er imidlertid klart at dersom personen tidligere har vært forsøkt uttransportert uten å lykkes, vil det foreligge en presumpsjon for at vedkommende ikke vil inngå et forpliktende samarbeid. Videre er det slik at det forutsettes initiativ ut over påmelding, men uten at det nødvendigvis er kommunisert til søker hva dette kan bestå i. Mottakspersonalet har generelt liten kompetanse når det gjelder ordningen med frivillig retur, og Abdis sak er illustrerende i så måte.

Kort oppsummert har SMED fått noen henvendelser som illustrerer at det ikke er uproblematisk å knytte vilkår om et konkret og troverdig samarbeid om faktisk identitet gjennom IOM, til spørsmålet om rett til å beholde plass i mottak samt ytelser i mottak. Ikke fordi ordningen som sådan er urimelig, men primært fordi den reiser enkelte særskilte spørsmål knyttet til dokumentasjon av saksbehandling i alle ledd av prosessen.

5.2.4 Forvaltningspraksis

Grunnlaget for forvaltningspraksis ligger i de to statlige reglementene Reglement for drift av statlige mottak (heretter "Driftsreglementet") og Reglement for økonomisk hjelp til personer i statlige mottak (heretter "Pengereglementet"). Driftsreglementet og Pengereglementet legger rammene for myndighetenes politikk knyttet til statlig mottak; herunder organisering av mottaksapparatet, ansvarsfordeling, botilbud og økonomiske ytelser til personer i mottak. Både Driftsreglementet og Pengereglementet endres administrativt.

Det var praktiseringen av Driftsreglementet og Pengereglementet som ble endret med virkning fra 1. januar 2004. Når det gjelder Driftsreglementet lyder punkt 2 annet ledd slik:

"Utlendingsdirektoratet kan gi retningslinjer om reduserte tilbud til personer med antatt grunnløse søknader og personer med avslag på asylsøknad."

Punkt 2.1 annet ledd lyder slik:

”Tilbud om plass gjelder fra det søkes om asyl og til dato for bosetting i kommune eller utreisefrist fastsatt av utlendingsmyndighetene. Utlendingsdirektoratet kan i særlige tilfeller beslutte at tilbudet skal gis i et lengre tidsrom.”

Pengereglementet som regulerer økonomisk hjelp til personer i statlige mottak sier også noe om situasjonen til personer med endelig avslag på søknad om asyl, og personer som ikke oppholder seg i mottaket. Punkt 2.2 Fravær og flytting lyder slik:

”Utbetaling av ytelser etter dette reglement forutsetter at mottaker oppholder seg på mottaket”

Videre i punkt 2.3 Etter avslag på søknad:

”Beboere som har mottatt endelig avslag på sin asylsøknad, eller som etter klage på Utlendingsdirektoratets vedtak ikke er gitt utsatt iverksettelse, mister ytelser fra den dato som er satt som utreisefrist. Utlendingsdirektoratet kan i særlige tilfeller bestemme at ytelser først skal falle bort fra et senere tidspunkt.”

Det er grunn til å merke seg at Pengereglementet punkt 9 eksplisitt fastslår at avgjørelser etter punkt 2.3 ikke kan påklages. Vurderingstemaet er derfor både i forhold til plass i mottak og økonomiske ytelser hvorvidt Utlendingsdirektoratet har funnet at det forligger ”særlige tilfeller” som tilsier at ytelsene skal videreføres etter at det er satt en utreisefrist.

Frem til årsskiftet 2003/2004 var mange personer uten lovlig opphold, bosatt i mottak og mottok økonomiske ytelser. Riktig nok var det strammet inn på overføringer av økonomiske ytelser til denne gruppen i form av at lommepengeandelen var bortfalt, men personene mottok ytelser til livsopphold og beholdt plass.

Kun en av sakene hvor SMED bisto i 2003 gjaldt ytelser og botilbud i mottak av interesse i forhold til tema for denne rapporten. Dette var en sak som reiste spørsmål om både klagerett og adgangen til å fravike reglementets vilkår om at utbetaling av ytelser etter pengereglementet forutsatte at søker oppholdt seg i mottaket.

Sak 03/80 Jonas. Jonas hadde oppholdt seg lenge i landet, og hadde både plass i mottak og mottok økonomiske ytelser. Fordi han var far til et barn som han ønsket å tilbringe tid sammen med, var botilbudet i mottaket uegnet og han hadde en mulighet til å etablere seg privat. Han var imidlertid fortsatt avhengig av økonomiske ytelser, og søkte på den bakgrunn om at utlendingsmyndighetene gjorde unntak fra plikten til å være bosatt i mottak punkt 2.2 for å få utbetalt ytelser til livsopphold. Utlendingsdirektoratet besvarte vår henvendelse med å vise til at:

”Vi har ingen mulighet til å kunne yte ... økonomisk hjelp, dersom han ikke tar i mot dette tilbudet. I mottaket vil han få det samme tilbudet som andre asylsøkere med endelig avslag.”

SMED påklaget beslutningen og anførte blant annet at Utlendingsdirektoratets avgjørelse måtte anses som et enkeltvedtak, og at det derfor måtte stilles krav til rimelighet og forholdsmessighet i forhold til avgjørelsen. Når det gjelder SMEDs anførsel i forhold til at beslutningen måtte anses som et enkeltvedtak, uttalte Utlendingsdirektoratet:

”Tilbud om plass i mottak er iht. Utlendingsforskriftens § 60 ikke et enkeltvedtak, og kan iht. § 59 heller ikke påklages. Klageinstans, og klagefrist kan derfor ikke oppgis. At det på vedtaket om plass i mottak ikke er klageadgang burde stått i brevet til Det er en uteglemling fra vår side, da dette vanligvis står i denne typen brev.”

Dette er en annen vurdering enn den vurdering som Justisdepartementet kom til når det gjaldt tilbud om plass i mottak. På den annen side illustrerer saken at selv om personer uten lovlig opphold fikk tilbud om å bli ivarettatt av mottaksapparatet for innstrammingsiltakene, var det også da utfordringer knyttet til å ivareta denne gruppens behov slik enkeltindividene selv mente det var behov for.

Fra 1. januar 2004 foretok myndighetene en praksisomlegging innenfor rammene av bestemmelsene i Driftsreglementet og Pengereglementet. Økonomiske ytelser i form av ytelser til livsopphold ble stoppet, og personer mottok varsel om bortfall av botilbud i mottak. I to av sakene hvor SMED bisto, sak 04/244, 04/234, ble personene boende i mottaket til tross for varsel om tvangsfravikelse, men økonomiske ytelser til livsopphold bortfalt i sin helhet. Disse personene fikk i hovedsak tilgang til mat gjennom privat organiserte nettverk og hjelpetiltak. Da det senere viste seg at UNE tok deres saker om omgjøring til fornyet behandling, fikk personene beholde plassen og mottok økonomiske ytelser til livsopphold.

SMED er ikke kjent med hvor mange personer som fikk standardbrev med varsel om "Bortfall av botilbud i mottak" første kvartal 2004, men basert på tallene fra UDI jf punkt 3.5, mottok 592 personer slikt varsel i hele 2004. SMED bisto flere personer som mottok varsel, og en av disse var *Yohannes, sak nr 04/264*. Yohannes kom til Norge fra Etiopia i 1995, og fikk endelig avslag på søknad om asyl i 1997, og siste gang hans sak ble vurdert og avvist av UNE, var i mars 2003. Yohannes har hele tiden oppholdt seg i mottak. Yohannes er syk, og er avhengig av daglig medisiner som finansieres ved en beskjedne arbeidsinntekt. I oktober 2003 fikk Yohannes varsel om trekk i basisbeløp jf praksisendringer i forhold til pengereglementet, og i mars 2003 mottok Yohannes varsel om bortfall av botilbud. Yohannes fikk følgende informasjon i varselet fra UDI:

"Vi ber deg forlate mottaket innen to uker etter at du har mottatt dette brevet. Hvis du ikke forlater mottaket vil det være politiets ansvar å gjennomføre utflyttingen. Etter denne fristen vil du også miste alle økonomiske ytelser.

Dersom du inngår et konkret og troverdig samarbeid om faktisk identitet og fremskaffelse av reisedokumenter, kan utvidet tillatelse til å oppholde seg i mottak vurderes. ..."

Yohannes visste ikke hva han skulle foreta seg, og valgte som andre SMED var i kontakt med, å bli værende i mottak uten å foreta seg noe som helst. Yohannes kontaktet ikke IOM og tok heller ikke på annen måte initiativ til å flytte ut. Den 20. april 2004 fikk Yohannes brev fra UDI hvor han ble informert om at han ikke lenger hadde tilbud om mottaksplass og at alle kontantutbetalinger var blitt stoppet. Videre ble han informert om at "Utlendingsdirektoratet vil umiddelbart begjære utkastelse 14 dager etter at du har mottatt dette brevet". Yohannes visste fortsatt ikke hva han skulle gjøre, men sendte etter hvert brev til UDI om å få lov til å opprettholde plassen i mottaket under henvisning til at:

"Jeg har medisinske utgifter (se vedlegg om utgifter og legeerklæring), og søker på dette grunnlag om omgjøring av tidligere vedtak om bortfall av botilbud i mottak".

UDI avsto, og begrunnet avslaget meget kort slik:

"UDI opprettholder vedtaket om bortfall av botilbud i mottak ettersom det foreligger et endelig avslag på asylsøknaden og ikke gjelder vedtak om utsatt iverksettelse."

Yohannes var imidlertid i den situasjonen at han i motsetning til andre personer SMED bisto, beholdt ytelser til livsopphold i hele prosessen. Det kan derfor synes som om det var noe ulik praksis regionalt i forhold til når økonomiske ytelser til livsopphold ble stoppet.

SMED er også kjent med at barnefamilier fikk anledning til å opprettholde plassen i mottaket. I *sak nr 04/238 familien Nedova*, fikk familien opprettholde plassen og mottok ytelser til tross for at familiens barn ikke lenger var mindreårig og det ikke var gitt utsatt iverksettelse i forbindelse med at familien hadde fremmet en ny omgjøringsanmodning. Det kan derfor se ut til at det har vært en mer sjenerøs praksis enn det som regelverket opprinnelig la opp til, og kanskje særlig i forhold til barnefamilier.

Etter at departementet instruerte Utlendingsdirektoratet i at bortfall av botilbud skal behandles som et enkeltvedtak, så SMED at de vurderinger som ble foretatt i forhold til den enkelte

fremsto som mer grundige og etterprøvbare. Særlig en sak illustrerer dette, og det er saken til Yohannes jf ovenfor, sak nr 04/264.

Yohannes forlot ikke mottaket høsten 2004, til tross for at Utlendingsdirektoratet ikke tok hans klage til følge. I januar 2005 mottok Yohannes et nytt brev fra myndighetene som gav han anledning til å belyse saken på ny, og slik at saken skulle behandles som et enkeltvedtak. Utlendingsmyndighetene informerte grundig om bakgrunnen for at hans botilbud var bortfalt, og viste til hvilke opplysninger klagen burde inneholde:

”I en eventuell klage må du oppgi at du klager over vedtaket om bortfall i botilbud, og grunnen til at du mener du bør få beholde plassen i mottaket etter at utreisefristen er oversittet. Der er viktig at du gir alle opplysninger som du mener kan ha betydning for vurdering av klagen. Klagen må undertegnes.”

Yohannes skrev på den bakgrunn en grundig redegjørelse for sin livssituasjon; både hvor lenge han hadde oppholdt seg i landet, hvilke forsøk han tidlig hadde gjort for å få til retur til hjemlandet, at han hadde etablert et nettverk og forsørget seg selv inntil UDI trakk tilbake hans midlertidige arbeidstillatelse. Utlendingsdirektoratet omgjorde sitt tidligere vedtak, og begrunnelsen var som følger:

”Utlendingsdirektoratet har vurdert opplysningene som fremkommer i klagen, og finner grunnlag for å midlertidig omgjøre sitt tidligere vedtak i saken. Tilbud om forlenget botilbud i asylmottak varer så lenge velfredsgrunnene tilsier det, og det vil bli foretatt en ny vurdering dersom situasjonen endrer seg.”

5.2.5 Oppsummering

Det statlige mottaksapparatet har hele tiden vært, og er et stykke på vei fortsatt, en vesentlig administrativ ordning for å ivareta ytelser til livsopphold for personer med endelig avslag på søknad om asyl. Innstrammingsiltakene knyttet til bortfall av botilbud i mottak samt økonomiske ytelser til livsopphold, som myndighetene iverksatte, rammet derfor personer med endelig avslag på søknad om asyl direkte. Noen hadde bodd i mottak i en årrekke og retur til hjemlandet er i realiteten ikke lenger mulig.

Før disse sakene ble behandlet som enkeltvedtak, skjedde det i liten grad en vurdering av konsekvensene for enkeltindividet; med unntak for de gruppene som var unntatt ordningen – enslige mindreårige asylsøkere og barnefamilier. En rekke hensyn kunne vært vektlagt, som; botid i mottaket, fysisk og psykisk helse, alder og funksjonsnivå mv. I stedet ble personer varslet om at botilbudet bortfalt, og i den utstrekning noen klaget og forsøkte å argumentere for å beholde botilbudet var dette av eget initiativ. Basert på SMEDs enkeltsaker knyttet til forvaltningspraksis jf punkt 5.3 nedenfor, tok mange seg til Oslo.

Etter at det ble etablert saksbehandlingsprosedyrer knyttet til bortfall av botilbud og økonomiske ytelser til livsopphold, mener SMED å se en utvikling i retning av en mer individuell vurdering av den enkelte persons behov. Saken til Yohannes illustrerer dette svært tydelig; hans argumentasjon om å beholde plassen ble først avslått uten begrunnelse, og ved fornyet søknad i januar 2004, ble den innvilget.

5.3 MAT, TAK OVER HODET OG HELSETJENESTER UTENFOR MOTTAK

5.3.1 - Ingen skal sulte eller fryse i hjel i Norge i dag

Som det fremgår av punkt 4. ovenfor, har personer uten lovlig opphold i liten grad rett til bestemte ytelser til mat, tak over hodet og helsetjenester. De ytelser det dreier seg om vil være midlertidig bolig jf sosialtjenestelovens § 4-5. Personene vil dessuten ha rett på matpenger etter ulovfestet rett dersom de sulter, samt rett til akutt medisinsk behandling, men ikke samtidig ha rett til dekning av utgifter til medisinsk behandling. Dersom personene inngår et ”troverdige og forpliktende samarbeid om retur” typisk gjennom IOMs VARP program, vil vedkommende kunne få tilgang til ytelser til livsopphold i påvente av reetablering i mottak.

Det påhviler *staten* å sikre at personer som oppholder seg på norsk territorium ikke utsettes for krenkelser av konvensjonsfestede rettigheter, eller på annen måte utsettes for konvensjonsstridig behandling. Statens sikringsplikt overfor denne gruppen kan enten ivaretas ved særskilte administrative ordninger som statlige mottak, eller så må kompetanse – og plikt – delegeres. Innstramningstiltakene medførte at tilbud i statlig mottak falt bort, uten at formell lov, forskrift eller rundskriv ble tatt i bruk for å presisere *hvilket forvaltningsorgan* som har ansvar for at personer uten lovlig opphold sikres et minimum av ytelser til livsopphold, samt hvilke ytelser personer uten lovlig opphold har rettskrav på, og hvilken situasjon som utløste hjelpeplikt og rett til ytelser.

For at en ytelse skal kunne betegnes som *en rettighet*, må ytelsen for det første kunne beskrives enten kvalitativt eller kvantitativt med et visst presisjonsnivå. Mat, tak over hodet og helsetjenester er en kvalitativ beskrivelse av ytelser som mennesker i en nødsituasjon vil trenge offentlig bistand for å få tilgang til. I sosiallovgivningen er ”husvære” og ”ytelser til livsopphold” samt ”nødhjelp”, benyttet som rettslige konsept. For det annet må den situasjonen som utløser rettigheten, kunne beskrives med en viss grad av presisjon. I forhold til personer uten lovlig opphold er det ulike situasjoner som skal utløse ulike ytelser. Sosialtjenestelovens § 4-5 om plikt til å finne ”midlertidig husvære” kommer til anvendelse for ”dem som ikke klarer det selv”. Hva som utløser plikt til å yte ”økonomiske ytelser til mat” er svært uklart, det er brukt formuleringer som ”akutt nødsituasjon”, ”plikt til å hjelpe personer i nød” samt at ”ingen skal sulte eller fryse i hjel i Norge”. Disse situasjonsbeskrivelsene gir den som skal praktisere regelverket liten eller ingen veiledning i forhold til når ytelsen skal tildeles. For det tredje må det være klart hvilket forvaltningsorgan som har kompetanse og plikt – eventuelt frihet - til å tildele ytelsen.

Rettigheter etter sosialtjenesteloven er *skjønnsbaserte*, det vil si at vurderingene som kan gi grunnlaget for en rett, vil fremkomme etter en sosialfaglig vurdering av den *situasjonen* personen befinner seg i. Sosialfaglig arbeid med personer i nød utgjør en ellers viktig del av det kommunale tjenestetilbudet. For å sikre korrekt rettsanvendelsen, samt ensartet forvaltningspraksis, er derfor sosialtjenesteloven supplert med forskrifter samt rundskriv som gir retningslinjer dels om rettsanvendelse og del om skjønnsutøvelse. Hensynet til rettssikkerheten tilsier derfor som hovedregel en skriftliggjøring av forvaltningens rettsanvendelse og skjønnsutøvelse.

SMED vil på denne bakgrunn påpeke at de rammene som ellers er etablert for sosialtjenestens rettsanvendelse og skjønnsutøvelse i saker om ytelser til personer i nød, ikke er benyttet når det gjelder ytelser og tjenester etter sosiallovgivningen til personer uten lovlig opphold. Myndighetenes begrunnelse for dette kommer vi tilbake til nedenfor.

5.3.2 Generell informasjon om konsekvensene av innstramningstiltakene mv

Myndighetene gav ingen forskrift eller generelle instruksjoner for rettsanvendelsen eller skjønnsutøvelsen. Det allikevel gitt *generell informasjon* til kommunene og fylkesmennene om faktiske konsekvenser av innstramningstiltakene, både forut for iverksettelsen 1. januar 2004, samt etter at tiltakene ble iverksatt. Kommunene ble gjort kjent med at pågangen fra personer uten lovlig opphold kunne ventes å øke, og det ble skissert hvordan den kommunale sosialtjenesten skulle håndtere dette.

Den informasjon som er gitt, kommer i hovedsak fra Kommunal- og regionaldepartementet⁴⁰, Utlendingsdirektoratet⁴¹, Arbeids- og sosialdepartementet⁴² samt Sosial- og helsedirektoratet⁴³. SMED finner det nødvendig å foreta en gjennomgang av denne generelle informasjonen, ikke fordi den har status som forskrift eller rundskriv - informasjonen sier ingen ting om rettsanvendelsen eller skjønnsutøvelsen konkret, men fordi det er grunn til å tro at denne informasjonen har fått innvirkning på sosialtjenestens behandling av enkeltsaker samt fylkesmannens praksis i klagesaker.

Både Sosial- og helsedirektoratet og Utlendingsdirektoratet var forut for iverksettelsen av tiltakene klar over at bortfall av botilbud i mottak ville få konsekvenser i forhold til pågangen til den kommunale sosialtjenesten. Utlendingsdirektoratet har i et eget punkt oppsummert ”mulige konsekvenser for kommunene”:

”Personer som enten frivillig eller ved tvang flytter ut av mottakene, vil kunne komme til å oppholde seg i kommunene. [...] Kapasiteten i politidistriktene er imidlertid begrenset. Det er derfor sannsynlig at noen personer vil oppsøke sosialkontorene [...] Det er viktig at sosialkontorene er orientert om at det vil kunne bli et økt press fra asylsøkere med avslag på asylsøknaden. Slike søkere bør henvises til politiet.”

Sosial- og helsedirektoratet skriver at:

”[E]n konsekvens av at asylsøkere mister botilbud ved endelig avslag, er at sosialkontorene vil komme til å oppleve økt pågang.” [...] Førstnevnte kan ikke henvises tilbake til mottak, men bør rutinemessig henvises til politiet”

Sosial- og helsedirektoratet gav videre i samme brev til kommunene uttrykk for hvordan myndighetene mente at gjeldende rett var å forstå og hvordan den kommunale sosialtjenesten skulle behandle søknader fra personer uten lovlig opphold:

”Asylsøkere med endelig avslag på asylsøknaden eller som ikke har fått utsatt iverksetting oppholder seg i landet ulovlig, og har følgelig ikke krav på økonomisk stønad. Botilbudet i statlige mottak bortfaller samtidig som utreisefristen utgår. Vedkommende har da plikt til å forlate landet og vil derfor heller ikke ha rett til andre ytelser etter loven. [...]

Når en person ikke forlater landet frivillig innen fristen er det i realiteten ingen norsk myndighet som har plikt til å sørge for vedkommendes livsopphold. Samfunnet som sådan har imidlertid et generelt ansvar for å yte akutt, livsnødvendig hjelp i en nødsituasjon. Dette følger av alminnelige nødrettsbetraktninger. Dette innebærer at en person kan ha krav på hjelp i form av sosiale tjenester i spesielle, akutte situasjoner uavhengig av oppholdets lovlighet.”

Kort oppsummert; sosialtjenesteloven kommer ikke til anvendelse verken i forhold til ytelser til livsopphold eller andre ytelser etter loven, men en person kan ha krav på tjenester i spesielle akutte situasjoner basert på ”alminnelig nødrettsbetraktninger”.

Basert på SMEDs kjennskap til sosialtjenestens og fylkesmannens rettsanvendelse og skjønnsutøvelse i disse sakene, rettet SMED den 1. desember 2004 en henvendelse til Arbeids- og sosialdepartementet og etterlyste retningslinjer for anvendelsen av såkalte ”ulovfestede nødrettsbetraktninger”. Departementet besvarte SMEDs henvendelse i brev av 9. desember 2004 og uttrykte følgende om behovet for presisering i form av retningslinjer:

*Departementet har stor forståelse for ønsket om klarere retningslinjer på dette området. Det er samtidig **ikke mulig å gi retningslinjer** for hvem som har ansvaret for at det gis akutt livsnødvendig hjelp i en nødsituasjon, da plikten til å hjelpe mennesker i nød **påligger oss alle**. Dette gjør det også vanskelig å gi retningslinjer for hva slags hjelp **kommunene** skal yte når de står overfor slike saker. (vår utheving)*

5.3.3 Noen refleksjoner omkring vårt faktagrunnlag

Personer uten lovlig opphold er ingen homogen gruppe, og i punkt 2.4 har vi inntatt en oversikt over antallet saker, samt noe bakgrunnsinformasjon om personen saken gjelder, herunder kjønn, alder botid i Norge og landbakgrunn. I hvilken utstrekning våre enkelthenvendelser, og statistikk med utgangspunkt i disse henvendelsene, er representative, kan vi ikke uttale oss om. Så vidt SMED kjenner til, er den eneste tilgjengelig statistikk, som sier noe om botid, alder og kjønn, UDIs rapport om lengeværende i mottak.

Vårt erfaringsmateriale som ligger til grunn for sosialtjenestens forvaltningspraksis, er i stor grad bygget på klagesaker fra personer som *har oppholdt seg i Oslo*, til sammen 21 av 30 saker. Dette

betyr ikke at disse personene opprinnelig var bosatt i Oslo, tvert i mot. I majoriteten av disse sakene ser vi at personene hadde mottaksplass utenfor Oslo og Østlandet, og i noen av sakene ser vi at personene forsørget seg selv gjennom arbeid med utgangspunkt i en midlertidig arbeidstillatelse. Årsaken til dette er dels at personer med endelig avslag på søknad om asyl søker bistand av private nettverk og hjelpere som er tilgjengelig i Oslo, og at SMEDs rettshjelpstilbud er godt kjent blant denne gruppens private hjelpere i Oslo.

Av betydning kan imidlertid også være at denne gruppen er avhengig av rettshjelp fra et reelt lavterskeltilbud, og at SMED for denne gruppen kun er tilgjengelig som et slikt tilbud for personer som oppholder seg i Oslo. Personkretsen vi har bistått i forbindelse med søknad om ytelser fra sosialtjenesten er ofte ”uten fast bolig”, mangler penger til mat og transport, og har ikke telefon. Det er videre en generell erfaring fra disse sakene at de fleste av disse personene har svært dårlige personlige og språklige forutsetninger for selv å fremme en søknad, og argumentere for sine rettigheter overfor myndighetene.

SMED har videre ikke erfaring med personer uten lovlig opphold som har fått dekket ytelser til livsopphold eller nødhjelp av den kommunale sosialtjenesten, med unntak av personer som henvender seg til oss fordi bistanden er redusert over tid. SMED er f.eks kjent med at noen kommuner f.eks Trondheim og Kristiansand har iverksatt særskilte tiltak for å fange opp personer uten lovlig opphold som oppholder seg i kommunen. De eksemplene som benyttes i fremstillingen nedenfor vil derfor i stor grad basere seg på enkeltsaker fra sosialtjenesten i Oslo samt klagesaker fra Fylkesmannen i Oslo og Akershus.

5.3.4 Rett til helsetjenester

Hvilke helsetjenester og medisinsk behandling som personer uten lovlig opphold har rett til, er grundig beskrevet i punkt 4.4.1 foran. Kort oppsummert, pasienter uten lovlig opphold har rett til akutt medisinsk behandling samt nødvendige helsetjenester.

SMED kjenner til at medisinsk personale ved flere anledninger har valgt å gi medisinsk behandling, selv om behandlingsbehovet på behandlingstidspunktet ikke var akutt. Årsaken til dette var nettopp at helsepersonellet kjente til situasjonen som pasienten befant seg i, og ut fra en medisinsk faglig vurdering fant at det kun var et tidsspørsmål før tilstanden ville utvikle seg til en akutt tilstand.

Sak 04/95 Sadiq, illustrerer denne problemstillingen. Sadiq utviklet på bakgrunn av en langsiktig uavklart situasjon i forhold til oppholdsstatus, bortfall av botilbud i mottak og ytelser til livsopphold, en alvorlig depresjon. Legeerklæringen SMED innhentet i anledning saken betegnet tilstanden til Sadiq som ”situasjonsutløst tung depresjon”. I forbindelse med innleggelsen av Sadiq ble behandlingstilbudet av ham forlenget ut over det akutte fordi helseinstitusjonen var kjent med at det ikke forelå noen form for tilgjengelig oppfølging av ham, og videre fikk han utdelt medisin i form av naturalia, i stedet for resept for å sikre behandling og forebygge en ny akuttsituasjon.

I ettertid mottok Sadiq en faktura for medisinsk behandling ved poliklinikk pålydende 220 kroner. Sadiq var på dette tidspunktet helt uten betalingsevne, og søkte sosialtjenesten om dekning av utgifter til poliklinisk behandling samt medisiner for å forebygge en forverring i forhold til depresjonen. Sosialtjenesten avsto under hevnising til at søker ikke har:

”lovlig opphold i Norge” og at ”søker kan ta i mot plass ved statlig mottak for å få bolig samt ev. økonomisk støtte til mat og evt. medisinsk hjelp”

Sosialtjenesten henviste videre til at:

”Sosialtjenesten/kommunen har ikke økonomisk ansvar for personer som av en eller annen grunn ikke lenger har gyldig opphold i Norge”.

Sak 04/474 Mikael avdekker hvor tilfeldig ivaretagelsen av personer med helseproblemer etter omstendighetene kan fremstå. Mikael hadde vært til grundige medisinske undersøkelser der det blant annet ble konstatert at han hadde uavklarte leverproblemer samt en nyoppdaget sukkersyke. Legen fra legevakten skrev blant annet følgende i journalen:

” Smertes i leverregionen og blodig oppspytt. Bør utredes videre UL/CT i første omgang. ... Sosial nød, søker til .. sosialkontor. Diskuterer med sosial vaktjeneste som kontakter sosialkontoret. Han kvalifiserer kanskje til nød bolig, spesielt nå som han er syk. Reiser nå til sosialkontoret. ”

Mannen ble avvist da han kom til sosialkontoret. Han ble tilfeldig oppdaget av en landsmann som tok ansvar for ham og tok han med til SMED. Vi tok kontakt med sosialsjefen, som gav direkte uttrykk for at hennes jobb var å effektivisere statens innvandringspolitikk og at det derfor ikke var sosialtjenestens oppgave å ta ansvaret for denne mannen. Først etter en lengre samtale der SMED fastholdt at hun hadde en lovpålagt plikt til å foreta en sosialfaglig vurdering av mannens behov, fikk Mikael anledning til å fremsette søknad. Sosialtjenesten tok i forbindelse med saksbehandlingen kontakt med Utlendingsdirektoratet for å få vite hvordan sosialtjenesten best burde håndtere situasjonen, og fikk da opplyst at vedkommende ville få nytt tilbud om plass i statlig mottak. Først da det ble konstatert, valgte sosialtjenesten å innvilge reise- og matpenger til Mikael.

Som det fremgår ovenfor i punkt 5.2 vil personer med spesielle helseproblemer ikke miste plass i mottak, og personer som har mistet plassen vil etter omstendighetene kunne flytte tilbake. Den informasjon som opprinnelig ble gitt til statlige mottak og driftsoperatører for statlige mottak, fremhevet ikke at personer med særskilte helseproblemer kunne beholde plassen i mottak til tross for endelig avslag på søknad om asyl.⁴⁴ Den kommunale sosialtjenesten er – så langt SMED er kjent med - ikke informert eksplisitt om at enkeltpersoner med utgangspunkt i en vanskelig helsesituasjon kan henvises til et tilbud i mottak. I den første fasen etter at ordningen med bortfall av botilbud i mottak ble iverksatt ble det heller ikke gitt eksplisitt informasjon til den enkelte berørte om at helse ville kunne være et argument for å beholde plassen i mottaket.

SMED har innhentet informasjon fra sosial vaktjeneste i Oslo, som informerte om en økt pågang i 2004. Avdelingssjef Steinsvåg bekreftet at personer uten lovlig opphold representerte en av de gruppene som forklarte den økte pågangen. De tjenestene som disse særlig hadde etterspurt, var psykososial rådgivning, men også ytelser i form av matpenger og tak over hodet. Psykososial rådgivning er en type veiledning til personer med sosiale problemer men der det også er medisinske symptomer som søvnproblemer og psykisk stress som er situasjonsutløst, uten at tilstanden ennå er alvorlig nok til å kunne gi en medisinsk diagnose.

Avdelingssjef Steinsvåg mente hjelpeplikten i disse sakene fulgte av en moralsk/humanitær plikt til å bistå personer i stor nød. Sosial vaktjeneste har i sine vurderinger et sterkt fokus på de individuelle forholdene til den enkelte og det kunne derfor ikke opplyses noe om hvilke kriterier som ble vurdert for hjelp til denne gruppen. I veiledning til sine ansatte hadde han bedt om at gruppen av personer uten lovlig opphold ble vurdert etter de samme retningslinjene som blir benyttet for turister som havnet i forskjellige former for nød før de kan forlate landet. Personer som var forkomne nok, ble tatt hånd om enten ved innleggelse på OBS-posten eller andre overnattingssteder. Med forkommen oppga han symptomer som: sult, inkontinens, skitt, frykt, mangel på penger osv. Han sa at også ytre omstendigheter kan vektlegges, slik som temperatur ute, helligdager osv.

5.3.5 Forvaltningspraksis – rettsikkerhet og formell saksbehandling

Lovgiver har søkt å ivareta enkeltpersoners prosessuelle rettsikkerhet ved at vedtak som sosialtjenesten fatter, anses som enkeltvedtak jf lovens § 8-1 annet ledd, ved

saksbehandlingsreglene i kapittel 8, samt ved at forvaltningsloven er gitt generell avendelse jf lovens § 8-1 første ledd.

Selv om personer uten lovlig opphold i begrenset grad har rett til ytelser og tjenester etter sosialtjenesteloven, er det like fullt klart at personer uten lovlig opphold etter omstendighetene kan ha krav på ytelser og tjenester fra sosialtjenesten f eks med hjemmel i sosialtjenestelovens § 4-5 eller i en akutt nødsituasjon, og det er ingen tvil om at sosialtjenesten er forpliktet til å følge saksbehandlingsreglene i kapittel 8, forvaltningslovens regler for enkeltvedtak, samt ulovfestede regler om god saksbehandlingsskikk.

Fordi SMEDs erfaringsmateriale avdekker at både sosialtjenesten og fylkesmannen i de aller fleste saker har lagt til grunn at beslutninger – typisk avslag på søknad om ytelser eller tjenester er enkeltvedtak, er det ingen grunn til å kritisere forvaltningen for ikke formelt å ha lagt til grunn at både forvaltningsloven og sosialtjenestelovens kapittel 8 skal anvendes på søknader om bistand fra denne gruppen. Et annet spørsmål er imidlertid hvorvidt de enkelte regler for saksbehandlingen er fulgt, dette kommer vi tilbake til nedenfor.

Vesentlige saksbehandlingsregler som SMED har kommet i befatning med er a) den ulovfestede plikt til å ta en søknad om bistand til realitetsbehandling, b) forvaltningsorganets plikt til å sørge for sakens opplysning jf forvaltningslovens § 17 smh med sosialtjenestelovens § 8-4 om plikt til å rådføre seg med klienten og § 8-5 om samarbeid med klienten ved innhenting av opplysninger, c) sosialtjenestens veiledningsplikt jf forvaltningslovens § 11, d) krav til hurtighet i saksbehandlingen og ulovfestede krav til sosialtjenestens saksbehandlingstider i saker om nødhjelp jf forvaltningsloven § 11 a, e) retten til å la bistå av en representant jf § 12, samt f) det kontradiktoriske prinsipp i forvaltningslovens § 18 m fl.

a) Plikten til å ta en sak til behandling

SMED har gjennom forvaltningspraksis avdekket at personer uten lovlig opphold møter ulike former for vanskeligheter når personene forsøker å innlevere en søknad om ytelser eller tjenester. Når SMED har bistått har imidlertid sosialtjenesten som hovedregel alltid tatt saken til behandling, selv om vi – som vi kommer tilbake til nedenfor – mener det kan være grunn til å spørre om behandling søknaden undergis, i realiteten må likestilles med en avvisning.

Sak 04/474 Mikael, også nevnt ovenfor, avdekket en situasjon hvor sosialsjefen eksplisitt gav uttrykk for at søknaden skulle avvises. Først etter at SMED argumenterte lenge for en annen løsning gav sosialsjef uttrykk for at Mikael fikk anledning til å innlevere en søknad. Denne saken illustrerer for øvrig også betydningen av at personer får anledning til å innlevere søknaden, og at saksbehandlingen er individuell. Som nevnt ovenfor fikk Mikael tilbud om plass i mottak , på bakgrunn av sosialtjenestens saksbehandling.

Mange som har henvendt seg til oss, klager over at de er blitt møtt på en negativ måte av sosialtjenesten.

Sak 04/436 Daniel hadde etter råd fra SMED henvendt seg flere ganger til sosialtjenesten og søkt om bistand, selv om han konsekvent fikk avslag på søknad om nødhjelp og tak over hodet. Etter et par måneder ga han beskjed om at han ikke orket å ta kontakt med sosialtjenesten lenger. Han sa ansatte uttrykte irritasjon over at han gjentatte ganger insisterte på at sosialtjenesten skal ta saken til behandling til tross for at sosialtjenesten hadde avslått å gi hjelp ved tidligere anledninger. De opplyste at det ikke var noen vits for ham å levere inn en søknad og at han ville få et avslag samme dag dersom han gjorde det. Han trodde i tillegg at avslaget lå klart slik at de bare kunne kopiere ut et eksemplar til ham når de mottok søknaden hans. Daniel var svært sliten.

Sosialtjenesten skal tilrettelegge klientsituasjonen kvalitativt på en måte som sikrer at de får et forsvarlig grunnlag for å vurdere hvilken bistand som kan være nødvendig for den enkelte. Formålsbestemmelsen i §1-1 vektlegger at sosialtjenesten i sitt arbeide blant annet skal bidra til ”

økt likeverd og likestilling.”, mens klienten i dette tilfelle i stedet opplevde at hans situasjon var uten betydning eller verdi for de ansatte i sosialtjenesten.

b) Forvaltningsorganets plikt til å sørge for sakens opplysning

Plikten til å sørge for sakens opplysninger fremgår av forvaltningslovens § 17, og det er i den sammenheng viktig å være oppmerksom på at det er sosialtjenesten og ikke søker som etter forvaltningslovens hovedregel har ansvaret for å opplyse saken. Bestemmelsene i sosialtjenestelovens §§ 8-4 og 8-5 lovfester visse særlige aspekter ved sosialtjenestens saksbehandling og utfyller således prinsippet i forvaltningslovens § 17. I forskrift til sosialtjenesteloven er det i §1-4 gitt en adgang for sosialtjenesten til å kreve at personer skal selv dokumentere sin oppholdsstatus.

Forvaltningens plikt til å sørge for sakens opplysning er særlig tungtveiende der søker mangler forutsetninger for å ivareta egne interesser og behov og det dreier seg om ytelser i en akutt nødsituasjon. Dette har særlig kommet på spissen i forhold til denne gruppen når det gjelder dokumentasjon av identitet. Dokumentasjon av identitet kan være et virkemiddel for å avdekke oppholdsstatus og forebygge misbruk, samtidig som sosialtjenesten ikke har adgang til å pålegge søker et ansvar for å bidra til å opplyse saken, som søker ikke har forutsetninger for å oppfylle.

I sak 04/388 oppga klienten at han manglet identifikasjonspapirer, men at politiet kunne bekrefte hans identitet dersom saksbehandler tok kontakt. Likevel valgte sosialtjenesten å stille behandlingen av saken i bero. Saksbehandlingen ble ikke igangsatt før SMED tok kontakt med politiet og ba dem om å fremskaffe dokumenter som bekreftet klientens egen anførsel om identitet. I sak 05/83 gikk mannens oppholdstillatelse ut mens mannen sonet en dom i fengsel. Oppholdstillatelsen var en ren formalitet og det forelå derfor ingen tvil om at oppholdstillatelse ville bli innvilget, men det ville ta litt tid. På det tidspunktet mannen ble løslatt, sto han uten gyldig oppholdstillatelse, kun informasjon fra utlendingsmyndighetene om at han ikke ville bli utvist, og således hadde ”tålt opphold”. Han henvendte seg til sosialtjenesten og søkte om ytelser til livsopphold. Fordi han ikke hadde papirer som viste at han hadde gyldig opphold, nektet sosialtjenesten å saksbehandle henvendelsen hans. Først etter at mannen fikk bistand fra SMED og andre aktører, aksepterte sosialtjenesten å behandle og innvilge sosialhjelp til mannen.

c) Sosialtjenestens veiledningsplikt

Forvaltningens alminnelige veiledningsplikt følger av forvaltningslovens § 11, og suppleres av mer konkrete opplysningsplikter knyttet til enkeltsaksbehandlingen. Det er åpenbart av stor betydning i forhold til en gruppe med liten kjennskap til det norske systemet og dårlige språklige forutsetninger for å nyttiggjøre seg annen tilgjengelig informasjon, at forvaltningen gir utstrakt veiledning om denne gruppens rettigheter og plikter. Sosialtjenestelovens § 4-1 fastslår for øvrig i presis form hva sosialtjenestens veiledningsplikt består i:

Sosialtjenesten skal gi opplysning, råd og veiledning som kan bidra til å løse eller forebygge sosiale problemer. Kan sosialtjenesten ikke selv gi slik hjelp, skal den så vidt mulig sørge for at andre gjør det.

Det er klart at sosialtjenesten utformer sin veiledningsplikt et stykke på vei i samsvar med de ytelsene sosialtjenesten kan tilby. Det er imidlertid neppe slik at sosialtjenesten ikke er forpliktet til å informere bredere jf § 4-1. Det er særlig tre forhold det må forventes at sosialtjenesten informerer om 1) samarbeid om retur gjennom IOM og i forlengelsen av dette muligheten til å få ytelser fra sosialtjenesten i en overgangsperiode, og 2) adgangen for visse grupper personer med endelig avslag på søknad om asyl til å opprettholde plass i mottak og 3) hvilke rettigheter personen har i en akutt nødsituasjon eller dersom personen skulle bli akutt syk.

I sak 05/141 henvendte en mann seg til SMED etter at han hadde fått avslag på hjelp til nødhjelp. Mannen oppga til SMED at han ønsket å samarbeide og mente på dette grunnlag at avslaget til sosialtjenesten var særlig urimelig. SMED tok kontakt med sosialtjenesten, som

fortsatt ikke så at de hadde ansvaret for mannen selv om han ønsket å samarbeide om retur. SMED insisterte på at sosialtjenesten pliktet å bistå mannen med en avklaring på tilbudet gjennom UDI og ba om en tilbakemelding etter at de hadde vært i kontakt med UDI. UDI ba sosialtjenesten om å gi mannen et tilbud frem til IOM hadde utredet situasjonen for mannen i forhold til retur. I sak 04/474 jf ovenfor ble også mannen først avvist av sosialtjenesten uten at det ble foretatt nærmere undersøkelser i forhold til et mulig tilbud gjennom UDI på grunn av hans særlige helseproblemer. Først da SMED engasjerte seg, tok sosialtjenesten saken til behandling. SMED kjenner ikke til noen saker hvor sosialtjenesten har gitt informasjon om hvilke ytelser personene har krav på i en akutt nødsituasjon.

d) Lovfestede og ulovfestede krav til saksbehandlingstid i saker om nødhjelp

Forvaltningslovens § 11 a fastslår som generell hovedregel at en sak skal avgjøres og forberedes uten ”ugrunnet opphold”. Hva som er ugrunnet vil bero på ulike omstendigheter, men det er sikker praksis at i saker om ytelser og tjenester i en nødsituasjon skal saksbehandling og klagesaksbehandling skje svært raskt. Det er anbefalt en maksimal saksbehandlingstid på to døgn i disse sakene. Et krav til en forsvarlig saksbehandlingstid betyr både at det kan være kritikkverdig dersom sosialtjenesten bruker for lang tid å ta stilling til saken fordi det handler om personer som er i nød, samtidig som en meget rask saksbehandling kan gå på bekostning av kvaliteten på det sosialfaglige arbeidet.

I sak 04/216 brukte den kommunale sosialtjenesten ni dager på å behandle søknaden etter at de over en lengre periode hadde nektet å ta saken til behandling. Det var først etter at SMED skrev en søknad om nødhjelp at vi lyktes å få en realitetsvurdering av klagers situasjon. Sosialtjenesten ved sosialsjefen fastholdt at personer uten lovlig opphold ikke hadde rett til bistand fra sosialtjenesten:

”I forhold til anførselen om at klager ikke ble gitt anledning til å levere skriftlig søknad, viser Fylkesmannen til at sosialtjenesten har plikt til å motta søknader i muntlig og skriftlig form, jf forvaltningslovens prinsipper.”

Fylkesmannen kommenterte imidlertid *ikke* den lange saksbehandlingstiden, eller det forhold at sosialtjenesten i situasjoner der de vil trenge lang tid på å behandle saken, burde ha innvilget midlertidig hjelp frem til sosialtjenesten hadde fått vurdert søknaden.

I sak 04/437 brukte sosialtjenesten fem dager på å behandle søknaden. Heller ikke i den saken fant fylkesmannen grunn til å kommentere saksbehandlingstiden. I sak 04/481 tok det 7 dager før et skriftlig vedtak forelå. I den saken hadde sosialtjenesten opplyst at klager ikke hadde samarbeidet på en tilstrekkelig måte og at dette var forklaringen på den lange saksbehandlingstiden. Fylkesmannen uttalte:

Muntlige søknader skal skrives ned jf. Forvaltningsloven §11. En søknad om akutt hjelp skal vurderes raskt. Sosialtjenesten opplyser at klagers situasjon ble vurdert samme dag han henvendte seg til sosialtjenesten. Han fikk tilbud om bistand til å nedtegne søknad, noe han ikke ønsket. (!)...

Fylkesmannen fant på dette grunnlag ikke grunn for å kritisere sosialtjenestens saksbehandling. Søker stilte seg uforstående til at han ikke skulle ha samarbeidet med sosialtjenesten. SMED mener å ha grunnlag for å si at det er et gjennomgående trekk at saksbehandlingstiden overfor søknader personer som henvender seg uten bistand fra eksterne representanter eller fra SMED, er lengre enn dersom f eks SMED bistår direkte.

SMED har i 2005 avdekket at flere sosialkontorer tilsynelatende har effektivisert sin saksbehandling i nødhjelpsakene. Vi ser at enkelte sosialkontorer nærmest konsekvent leverer skriftlige vedtak samme dag som søknaden er mottatt.

I sak 04/495 kom vedtaket samme dag som søknaden ble levert. Vedtaket var et avslag. Etter at SMED i sak 04/216 hadde kritisert det samme sosialkontoret for lang saksbehandlingstid, ble

alle søknadene om nødhjelp som SMED er gjort kjent med, behandlet samme dag som søknaden ble mottatt. Begrunnelsene i de avslagene SMED fikk tilgang, til var nærmest identiske og søkerne opplyste at de ikke følte seg ivaretatt ved den raske saksbehandlingen.

e) Retten til å la bistå advokat eller annen partsrepresentant

SMED har bistått flere personer, og dette danner grunnlaget for vår rapport. Vi har imidlertid også gjort konkrete erfaringer knyttet til sosialtjenestens vilje til å kommunisere med SMED som partsrepresentant i anledning saken. Generelt har vår erfaring vært at sosialkontorer som har avvist klienten i utgangspunktet etter at de forsøkte å levere inn en søknad også har vært svært avvisende ovenfor SMED når vi kontaktet dem.

En variant av dette oppsto i sak 04/436 hvor fylkesmannen stadfestet et tidligere avslag. Sosialtjenesten så på den bakgrunn ingen grunn til å vurdere søkers nødsituasjon på ny fordi de mente det ikke forelå nye opplysninger i saken som tilsa et annet utfall enn det tidligere avslaget. Fylkesmannen hadde her stadfestet avslaget under henvisning til følgende:

”Fylkesmannen finner at det ved vurdering av et eventuelt videre behov for midlertidig bolig og økonomisk nødhjelp kan legges til grunn at klager har annen mulighet og må utnytte denne.”

I denne saken avviste sosialtjenesten å ta SMEDs klage til behandling under henvisning til forvaltningslovens §§ 28, 33 fordi spørsmålet om søkers nødsituasjon var endelig avgjort.

f) Prinsippet om kontradiktorisk saksbehandling jf forvaltningslovens §§ 16, 17 og 18 m fl

Det kontradiktoriske prinsipp innebærer i forvaltningsprosessen at den som vedtaket berører, har rett til informasjon om det som vektlegges i saken, samt at personen har adgang til å komme med merknader og imøtegå opplysningene. En kontradiktorisk forvaltningsprosess vil bidra til materielt riktige avgjørelser samt forebygge myndighetsmisbruk. SMED har kommet i befatning med ulike sider ved dette prinsippet i forbindelse med søknad om ytelser og tjenester i en nødsituasjon.

I sak 04/388 avviste sosialtjenesten SMEDs anførsel om at saksbehandlingen hadde vært mangelfull ved at ikke alle sider ved klagers situasjon hadde blitt vurdert. Sosialtjenesten begrunnet dette med følgende:

”Søker ga ovenfor sosialsenteret muntlig uttrykk for ønske om å være i Norge og har fremmet en søknad om fullt livsopphold og boutgifter... Et langvarig hjelpebehov for person uten lovlig oppholdstillatelse, anses ikke å falle inn under nødhjelpsbehandlingene som er nevnt i forskrift til lov om sosiale tjenester.”

Mannen var bistått av en prest fra Kirkens Bymisjon som var kjent med situasjonen til personer uten lovlig opphold. I tillegg bisto SMED, som forut for avslaget hadde flere lange samtaler med saksbehandler om grunnlaget for søknaden. Fremstillingen av søkers livssituasjon gav grunnlag for å vurdere nødhjelp på ulovfestet grunnlag.

Fylkesmannen vurderte sosialtjenestens håndtering på dette punkt slik:

Fylkesmannen forstår saken slik at klager fremmet en ”ordinær” søknad til livsopphold og bolig/boutgifter. Avslag på søknad om livsopphold og bolig/boutgifter medfører ikke at det automatisk og samtidig påhviler sosialtjenesten en plikt til å vurdere om klager befinner seg i en nødsituasjon.”

Personer uten lovlig opphold vil sjelden kjenne til hvilke rettigheter de kan ha rett til og /eller hvilken terminologi som benyttes til å angi disse rettighetene. Dersom søker har rettigheter som søker ikke er blitt veiledet om, gir dette grunnlag for å stille spørsmålstegn ved grundigheten i saksbehandlingsprosessen. Denne gruppen har begrenset med systemkunnskap og dårlige språklige forutsetninger for å tilegne seg kunnskaper om sine rettigheter.

I sak 04/491 mottok ikke søker noen kopi av dokumentene i saken før fylkesmannen hadde fattet vedtak. Da SMED kontaktet sosialtjenesten, fikk vi vite at saksbehandler hadde hatt lange

samtaler med klienten og gitt både veiledning og skrevet ned klientens muntlige klage på avslaget. Klienten hadde imidlertid ikke mottatt kopier av disse dokumentene, og hadde derfor ingen anledning til å se hva sosialtjenesten hadde vektlagt da hans egen klage ble formulert, eller ble klagebehandlet. Saksbehandler gav uttrykk for at hun hadde ivaretatt klienten på en forsvarlig måte og hadde brukt mye tid på ham. Hun var samtidig enig i at dette fratok søker muligheten for en ekstern bistand til å vurdere annet grunnlag for å klage, fordi det ikke var mulig å fremvise dokumenter som avdekket grunnlaget for myndighetenes beslutninger. Når SMED endelig fikk innsyn i dokumentene viste det seg at det forelå ytterligere klagegrunner både knyttet til saksbehandlingen og rettsanvendelse.

5.3.6 Forvaltningens rettsanvendelse – ulovfestede kompetanseskranker

Et uttrykk som vi har benyttet innledningsvis er *materiell rettsikkerhet*. Begrepet er i denne rapporten tatt i bruk for å synliggjøre statens plikt til å sikre at en gruppe enkeltindivider får de materielle rettigheter som tilkommer dem på lovfestet eller ulovfestet grunnlag. Et betydelig innslag av rettsusikkerhet hos forvaltningen, store forskjeller i forhold til forvaltningens skjønnsutøvelse i sammenliknbare saker, samt en summarisk saksbehandling med liten grad av individuell vurdering, kan indikere at den materielle rettsikkerheten er dårlig ivaretatt. For SMED har det i denne rapporten vært vesentlig å belyse hvorvidt den materielle rettsikkerheten til personer uten lovlig opphold som gruppe er uforsvarlig.

I gjennomgangen nedenfor tar vi utgangspunkt i at personer uten lovlig opphold i en akutt nødsituasjon kan ha krav på både tjenester etter sosialtjenestelovens kapittel 4 og penger til dekning av utgifter til mat jf ulovfestet nødrett. Som nevnt innledningsvis er ytelser og rettigheter etter sosialtjenesteloven skjønnsbaserte. Det vil si hvorvidt en person tilkjennes en bestemt ytelse beror på en sosialfaglig vurdering av den situasjonen personen befinner seg i. Når sosialtjenesten først har plikt til å ta en sak til behandling, foreligger det også en *plikt* til å foreta en sosialfaglig vurdering av nødsituasjonen til den enkelte søker i kombinasjon med eventuelt andre vurderinger sosialtjenesten er forpliktet til å foreta.

I det følgende vil vi derfor belyse følgende spørsmål knyttet til forvaltningens rettsanvendelse: a) plikt til å foreta en sosialfaglig vurdering av nødsituasjonen, b) forvaltningens henvisning til hjemmelsgrunnlag i vedtakene, c) skrankene for forvaltningens kompetanse, d) vilkårlighet i utfall?

a) Plikt til å foreta en sosialfaglig vurdering av søkers nødsituasjon

Utgangspunktet er at det foreligger en plikt til å ta saken til behandling jf punkt 5.3.5 a ovenfor, og i forlengelsen av dette legger vi til grunn at det foreligger en plikt til å foreta en sosialfaglig vurdering av om søker er i en akutt nødsituasjon. Spørsmålet om plikt til å utøve skjønn er en komplisert juridisk problemstilling.⁴⁵ Hvorvidt sosialtjenesten har en slik plikt, beror på en tolkning av regelen som gir hjemmel for å tildele ytelser, se mer om dette nedenfor. I hvilken grad det kan gis faste retningslinjer for skjønnsutøvelsen i saker av denne typen, f.eks. ved å oppstille bestemte vilkår som må være oppfylt for å ta søknaden til følge, er også en aktuell problemstilling som vi behandler nedenfor i punkt c)

Arbeids- og sosialdepartementet har fastslått at det foreligger en plikt til å hjelpe mennesker i nød og at "[plikten] påhviler oss alle". Andre myndigheter har imidlertid vært mer konkrete. Sosial- og helsedirektoratet, fastslo f.eks. at "en person kan ha krav på hjelp i form av sosiale tjenester i spesielle, akutte situasjoner uavhengig av oppholdets lovlighet". Slik SMED forstår innholdet i den etablerte ordningen med nødhjelp hjemlet i § 5-1, og hva som kan sies å være ulovfestet sivilrettslig nødrett jf punkt 4.5 ovenfor, kan sosialtjenesten ikke unnlate å foreta en sosialfaglig vurdering av nødsituasjonen. En plikt til å hjelpe personer i nød forutsetter en forutgående vurdering av nødsituasjonen. Det er også en viss støtte å finne i sosialtjenestelovens formålsbestemmelse: "*å bidra til økt likeverd og likestilling*" må ses som et uttrykk for at

målsettingen for det sosialfaglige arbeidet, og gjennom samhandling med klienten, er å etablere en trygghet for personer i nød uavhengig av årsaken til nødsituasjonen eller om personen tilhører en bestemt gruppe. Uten inngående kunnskap individuelle forhold er det umulig å bidra til en positiv utvikling i en vanskelig situasjon. En grunnleggende forutsetning for en trygghet vil også være forutsigbarhet. Du skal kunne vite på hvilken måte du skal kunne være sikret at de mest grunnleggende behovene dine er ivaretatt

Også personer uten lovlig opphold som ikke samarbeider om retur, skal sikres på en måte som gjør at de mest grunnleggende behovene er ivaretatt. En forutsetning for å ivareta behovene er at det foretas en konkret vurdering av den nødsituasjon som personen befinner seg i. En slik konkret vurdering ville innebære at sosialtjenesten vurderer om personene har midler til å skaffe seg mat og om personene har muligheter til å skaffe seg tak over hodet. I de sakene der SMED har bistått har det ikke vært tilfelle.

Det er her viktig å merke seg at den sosialfaglige vurderingen særlig må fremkomme i vedtak hvor søknad om ytelse eller tjenester avslås. Vedtak hvor ytelse eller tjenester innvilges, bygger naturligvis på en sosialfaglig vurdering, spørsmålet er hvordan avslagene formuleres?

I sak 04/491 avsto sosialkontoret å gi bistand under henvisning til at klager hadde vært i samme nødsituasjon lenge:

"..sosialsenter anser ikke at dette er en spesiell, akutt nødsituasjon da søker har vært i denne situasjonen siden slutten av mars 2004."

Sosialsenteret la avgjørende vekt på at de kun skulle vurdere de midlertidige ytelsene og ikke det som måtte ses som permanent løsninger på omsorgsbehovet. Fylkesmannen var enig med sosialtjenesten i denne vurderingen:

"Fylkesmannen finner etter dette at klager ikke er i en spesiell, akutt krisesituasjon. Det blir lagt vekt på at klager har fått endelig avslag på sin søknad om opphold i Norge og at han vil bli ivaretatt gjennom utlendingsmyndighetene i påvente av utreise."

Er dette en sosialfaglig vurdering av nødsituasjonen? En viktig forutsetning for å kunne avgjøre nødhjelpsbehovet til personer vil etter vår oppfatning være at sosialtjenesten etterspør når klienten sist spiste, hvordan han har klart å sikre seg mat i den situasjonen han befinner seg, hvor han sover om natten og hvilke muligheter han har på sikt. Mange av de berørte av innstramningstiltakene har overlevd ved å "tære" på sitt private nettverk. Det er åpenbart at mulighetene for dette vil begrense seg over tid fordi belastningen på de private nettverkene overskrider en tålegrense. Dersom sosialtjenesten overhodet ikke vurderer slike faktiske omstendigheter, er sosialtjenesten ikke en etat som ivaretar denne gruppen i en nødsituasjon.

Det er særlig to praksiser som SMED har avdekket ved klagesakene. For det første utviklet det seg etter hvert en forvaltningspraksis hvor alle henvendelser ble avslått under henvisning til at søker ikke befant seg i en nødsituasjon fordi søker ikke nyttiggjorde seg det alternativet som besto i samarbeid om retur gjennom IOM med tilbud om plass i mottak. For det annet ble nye søknader fra personer som allerede hadde fått avslag på søknad om ytelse, avslått uten ytterligere behandling, med henvisning til at søker har fått vurdert sitt behov for ytelse.

I sak 04/437 skrev sosialtjenesten i avslaget:

"Sosialsenteret har gjennomgått opplysningene i saken. Sosialtjenesten ser ikke å ha mottatt opplysninger som tilsier en annen vurdering."

Det ble i saken vist til fylkesmannens vurdering i stadfestelse av tidligere vedtak. Verre er det etter vår oppfatning i de sakene hvor sosialtjenesten ikke engang tar konkret stilling til søker i det hele tatt, men der vedtaket er en oppramsing av informasjon om hvordan personer uten lovlig opphold skal innrette seg i forhold til samarbeide om retur.

I sak 04/481 fulgte SMED saken over en periode på fire måneder. Alle vedtakene vi fikk tilgang til var likelydende og ga en deskriptiv beskrivelse av hvordan personer uten lovlig opphold skulle innrette seg. Det var først i saksfremlegget til fylkesmannen at sosialtjenesten ga faktiske opplysninger om klienten som kunne tilsi at individuelle forhold var blitt vurdert. Det hører med at SMED først fikk oversendt saksfremlegget etter gjentatte purringer og fikk derfor ikke kommentert disse opplysningen før fylkesmannen hadde tatt stilling til saken.

Vi har også sett at samme person over tid mottar vedtak som fremstår som et standarddokument uten at de forhold som personene selv har ment må tillegges vekt i en ny vurdering, fremkommer. SMED har påklaget disse vedtakene til fylkesmannen under henvisning til at sosialtjenesten ikke har foretatt den påkrevde individuelle vurderingen ved sin skjønnsutøvelse. Ingen av disse klagen har ført frem.

I sak 04/491 viste fylkesmannen til at personer uten lovlig opphold, som er blitt informert om at de er forpliktet til å samarbeide om retur, og på den bakgrunn vil få tilbud om opphold i mottak, ikke lenger kan anses å være i en nødsituasjon. Etter at fylkesmannen konstaterte at klager også tidligere hadde søkt om slik nødhjelp og at han da ble informert om mulighet for å samarbeide om frivillig retur, fant ikke fylkesmannen at mannen etter dette kunne sies å befinne seg i en nødsituasjon.

I en særstilling står likevel de avslagene som sosialtjenesten har gitt der det ikke er vist til tidligere søknader fra samme person, men til fylkesmannens vurdering av søknader fra andre søkere i samme situasjon, som begrunnelse for hvorfor bistand ikke innvilges. Sosialtjenesten skrev følgende:

”Sosiالسenteret har flere sosialhjelpssaker som er opprettet på samme grunnlag som søker. I forbindelse med klagesak har sosialsenteret mottatt vedtak fra fylkesmannen. I sammenheng med å gi søker avslag på søknad om økonomisk støtte til mat og midlertidig bolig følger utdrag fra fylkesmannens vedtak:.....(Her gjengis tekst fra en avgjørelse fra fylkesmannen i en annen sak).”

SMED fikk flere vedtak fra samme sosialkontor der det var blitt henvist til nøyaktig samme avgjørelse fra fylkesmannen.

b) Forvaltningens henvisning til hjemmelsgrunnlag i vedtakene

Det er ingen tvil om at personer uten lovlig opphold ikke har krav på ytelser etter §§ 5-1 og 5-2, jf forskrift til sosialtjenesteloven, at lovens kapittel 4 fortsatt kommer til anvendelse overfor personer uten lovlig opphold, samt at økonomiske ytelser til mat eller naturalia forutsetningsvis skal hjemles i ulovfestet nødrett eller alminnelige nødrettsbetraktninger. Til tross for dette ser SMED at en majoritet av vedtakene både når det gjelder avslag og innvilgelser er hjemlet i sosialtjenestelovens §§ 5-1 og 5-2. Et eksempel er fylkesmannens uttalelse i sak 04/216:

”Utgangspunktet i gjeldende sak er at det ikke foreligger rettigheter etter lov om sosiale tjenester når det gjelder økonomisk stønad. Nødhjelp kan imidlertid måtte ytes med grunnlag i ulovfestede nødrettsbetraktninger der dette er nødvendig som livsnødvendig hjelp i en akutt krisesituasjon. Sosialtjenesten kan etter dette med grunnlag i ulovfestet rett finne at klager må ytes hjelp på tross av at han ikke har opphold og dermed gi sosialtjenesteloven anvendelse. Fylkesmannen er av den oppfatning at nødhjelp som ytes i slike tilfeller, og for å sikre vedkommende livsopphold, bør hjemles i § 5-1

[...] Fylkesmannen påpeker i denne sammenhengen at stønad som eventuelt kun blir hjemlet i ulovfestet rett vil føre til spørsmål om hvilken instans i kommunen som skal behandle saken, hvor midlene skal tas fra, samt avskjære Fylkesmannens kompetanse til å behandle en eventuell klage.”

SMED mener uttalelsen illustrerer den usikkerheten som har preget rettsanvendelsen i disse sakene. For forvaltningen som skal anvende ulovfestet rett, har ikke alminnelige nødrettsbetraktninger gitt en tydelig nok angivelse av hvilken tjenester og ytelser det kan være tale om, og hvem som er ansvarlig både i første instans og som klageinstans.

I mange av vedtakene ble det i begrunnelsen vist til at også en vurdering av hjelpeplikt etter ulovfestede nødrettsbetraktninger var blitt foretatt, uten at dette fremgikk av henvisningen til hjemmelsgrunnlaget for vedtaket.

Flere sosialkontorer utviklet etter hvert en ensartet praksis i forhold til hvilken hjemmel som ble benyttet for avslaget. De fleste har forholdt seg til fylkesmannens vurdering av hva som er praktisk, mens noen sosialkontorer har avslått under henvisning til sosialtjenesteloven §1-2 første ledd jf forskriften §1-1, samt i samhold med generelle ulovfestede nødrettsbetraktninger.

c) Adgang til å oppstille vilkår om samarbeid om retur gjennom IOM

Som nevnt innledningsvis, er det et særskilt spørsmål hvorvidt det kan oppstilles som vilkår for å ta søknaden til følge at søker samarbeider om retur gjennom IOM. Utgangspunktet er som nevnt innledningsvis, en tolkning av den ulovfestede kompetansebestemmelsen. I punkt 4.3 er Svolvær-saken gjennomgått. Det fremgår eksplisitt av domspremissene i denne saken at retten legger til grunn at en person som ikke samarbeider om retur kan ha rett til *sosialhjelp av myndighetene*. Svakheter ved rettens avgjørelse er at den ikke sier noe om hvilke ytelser og tjenester personer som ikke samarbeider om retur, har krav på.

Forvaltningspraksis fra fylkesmannen i Oslo og Akershus går imidlertid i den retning at samarbeid om retur både henvises til ved vurderinger etter § 4-5 om midlertidig husvære, og ved søknad om økonomiske ytelser i en nødsituasjon, herunder matpenger. Denne forvaltningspraksis har fått stor betydning for sosialtjenestens rettsanvendelse og skjønnsutøvelse i disse sakene.

I sak 04/481 gav fylkesmannen tilslutning til sosialtjenestens rettsanvendelse da sosialtjenesten avsto mat og tak over hodet, og henviste til at mannen hadde et forsvarlig tilbud dersom han samarbeidet om retur. Fylkesmannen presiserte at nødhjelp kun skulle ivareta søkere i en akutt krisesituasjon frem til personer igjen hadde mulighet til å sikre seg mat, tak over hodet, bosted eller andre livsnødvendigheter. Et slikt alternativ var etter fylkesmannens oppfatning det tilbudet som ble gitt under forutsetning om samarbeid om retur. Fylkesmannen sa blant annet:

”Ved vurdering av behov for nødhjelp og eventuelt midlertidig bolig kan det da legges til grunn at klager har annen mulighet til å sikre sitt livsopphold og nyttiggjøre seg dette.... Fylkesmannen kan etter dette ikke se at det foreligger en spesiell, akutt nødsituasjon der klager vil ha krav på mat og et sted å bo.”

Flere av klagesakene har omfattet tilgang til midlertidig bolig jf sosialtjenestelovens § 4-5. Flere av personene SMED bisto var uten fast bopel (”UFB”), og hadde tilfeldige botilbud gjennom privat nettverk, frivillige humanitære organisasjoner, eller de bodde rett og slett på gaten. I sak 04/437 uttalte Fylkesmannen følgende:

” Når det gjelder klagers mangel på bosted må en eventuell rett til midlertidig bolig vurderes etter loven om sosiale tjenester § 4-5. Det er ingen begrensninger i rett til ytelser etter kapittel 4 i loven, knyttet til lovligheten av oppholdet. Personer uten lovlig opphold i Norge vil derfor kunne ha rett til tjenester etter kapittel 4, herunder midlertidig bolig jf. § 4-5. Lov om sosiale tjenester er imidlertid subsidiær og som nevnt finner fylkesmannen at klager er forsvarlig ivaretatt gjennom tilbud fra utlendingsmyndighetene frem til han kan forlate landet.”

I utgangspunktet har sosialtjenesten anledning til å vise til annet egnet tilbud dersom det foreligger. Plass i mottak under forutsetning av samarbeid om frivillig retur er for mange personene med endelig avslag på søknad om retur, uaktuelt. Det kan være ulike grunner til at personene ikke ønsker å returnere, men blant personene SMED bisto var det flere enkeltpersoner som uttrykte en reell frykt for liv og helse ved retur. Sosialtjenesten har tilpasset seg fylkesmannens rettsanvendelse og lagt til grunn at tilbud i mottak forutsatt samarbeid om retur, er et egnet tilbud. En gjennomgang av våre enkeltsaker avdekker ingen individuelle vurderinger av

om det er rimelig eller forholdsmessig med utgangspunkt i søkers konkrete nødsituasjon å henvise til et slikt tilbud.

Flere av klagesakene hvor SMED har bistått med å bringe saken inn for fylkesmannen, har omfattet tilgang på økonomiske ytelser for å dekke utgifter til mat. Også i disse sakene har fylkesmannen henvist til alternative tilbud som forutsetter samarbeid om retur. I sak nr 04/216 uttalte fylkesmannen følgende:

” Fylkesmannen vurderer at klagers situasjon ivaretas ved at hun kan kontakte politiet og få tilbud om opphold på Trandum asylmottak inntil hun kan forlate landet. Klager vil få dekket det nødvendige livsopphold inntil utreise, slik at hun derfor ikke vil være i behov av nødhjelp etter alminnelige nødrettsbetraktninger.”

Adgangen til å henvise personer til å benytte andre muligheter er ikke uten begrensninger. Som nevnt tidligere vil hjelp som en følge av alminnelige nødrettsbetraktninger likevel være aktuelt. I tillegg vil man kunne ha rett til hjelp i de tilfellene der det vil være åpenbart urimelig å henvise til annet tilbud. I Rundskriv 1-34/2001 pkt. 5.3.5.3 og 5.3.5.4 som gjelder krav til vilkårsetting er det nettopp understreket at sosialtjenesten ikke har anledning til å sette vilkår som strider mot andre bestemmelser i sosialtjenesteloven eller som vil kunne oppfattes som myndighetsmisbruk. Det heter blant annet:

” Vilkårsettingen må ikke skje vilkårlig, men etter en individuell utredning av den enkelte sak. Det må vurderes om det vilkåret som ønskes satt er hensiktsmessig og relevant for nettopp denne stønadsmottakeren. ”

Uavhengig av om det kan være lovlig å henvise til et alternativt tilbud, må vilkåret i forhold til den individuelle personen ikke være grovt urimelig eller uforholdsmessig. I de refererte sakene, og i andre saker hvor SMED bisto, avdekket SMED en forvaltningspraksis som satte samarbeid om retur som et vilkår i forhold til å henvise til et alternativt tilbud og avslå søknad om ytelser eller tjenester. Vi avdekket at sosialtjenesten i vedtakene, etter hvert som fylkesmannens praksis festnet seg, ikke foretok noen individuell vurdering av søkers nødsituasjon. Dette ble stadig mer tydelig i de vedtakene det enkelte sosialkontor fattet, da disse i innhold var tilnærmet identiske til tross for store individuelle forskjeller personene imellom. Fylkesmannen skrev blant annet i sak 04/437 følgende:

” Fylkesmannen finner at sosialtjenesten kan legge vekt på at en del av spørsmålene og problemstillingene er blitt vurdert tidligere i saken, og at det kan vises til tidligere vedtak samt eventuelle avgjørelser fra fylkesmannen.”

Det er klart at en individuell vurdering kunne vært gjort med utgangspunkt i den individuelle nødsituasjonen, selv om det rettslige grunnlaget for å anvende et sosialfaglige skjønn i slike saker blir marginalt. Fylkesmannen har som ovenfor nevnt i forbindelse med klagesaksbehandling kategorisk fastslått at personer som ikke samarbeider om retur og på den bakgrunn har tilbud om plass i mottak.

d) Vilkaerlig ivaretagelse av mennesker i nød?

Både stat og kommune kan ivareta personer i nød uten at ytelsene forankres i sosialtjenesteloven. SMED er kjent med at noen kommuner etablerte særskilte tilbud til denne gruppen som i stor utstrekning ivaretok personenes behov for mat, andre naturalia og tak over hodet. Ytelsene var ikke forankret i sosiallovgivningen. Hvorvidt gruppen også ble tilbudt helsetjenester er ikke kjent for SMED. Det er grunn til å tro at det vil være kvalitative forskjeller ulike kommuner imellom når det ble etablert administrative ordninger for særskilt ivaretagelse av denne gruppen, og at dette som hovedregel må aksepteres.

Når det dreier seg om ytelser eller tjenester som tildeles av den kommunale sosialtjenesten, har SMED avdekket at det har utviklet seg lokale løsninger med svært ulikt innhold. Som nevnt

ovenfor, har Fylkesmannen i Oslo og Akershus etablert en praksis hvor søknader systematisk avvises under henvisning til at det foreligger et alternativt tilbud dersom søker samarbeider om frivillig retur gjennom IOM. I flere saker har det blitt tildelt ytelse, men ytelsene har vært kvalitativt og kvantitativt svært ulike.

I sak 04/497 fikk mannen nødhjelp flere ganger over en lengre periode. Han fikk også innvilget tak over hodet i samme periode. Han ble samtidig informert om sin plikt til å samarbeide om frivillig retur. Det ble ikke gitt en særskilt begrunnelse utover at det ble konstatert at han manglet mat og tak over hodet. Mannen opplyste at han kjente til andre med tilhørighet til samme kontor som hadde fått den samme type hjelp.

SMED har også avdekket andre variasjoner i forhold til innholdet i de ytelsene som gis. I sak 04/437 innvilget sosialtjenesten kr. 60,- pr. dag under henvisning til de ”kommunale satsene for nødhjelp.” Da SMED etterspurte de kommunale retningslinjene, viste det seg at det kun var snakk om nivået på det som var vanlig på det aktuelle sosialkontoret. SMED klaget over vedtaket under henvisning til at personer uten lovlig opphold var i en annen situasjon enn personer som ellers mottok nødhjelp. Klagen ble begrunnet med at sosialtjenesten i andre saker var forpliktet til å vurdere i hvilken grad det fantes muligheter for å tilberede mat hjemme, eller om all mat måtte kjøpes ferdig tilberedt. Fylkesmannen stadfestet vedtaket fra sosialtjenesten. I sak 05/51 der mannen fikk innvilget hjelp som en følge av at han sa seg villig til å samarbeide om retur, ble det innvilget nødhjelp med kr. 70,- pr dag over en tidsperiode på 14 dager ad gangen. Det ble ikke opplyst noen særskilt grunn for sjenerøsitet utover at mannen var samarbeidsvillig. I sak 05/132 fikk mannen kun kr. 40,- pr. dag. Det ble videre stilt vilkår for nødhjelpen som gikk på at mannen skulle stille sin arbeidskraft til disposisjon for kommunen hver dag. Sosialtjenesten skrev i vedtaket:

”Hjelp innvilges i påvente av at han reiser tilbake til hjemlandet.”

Det ble stilt vilkår om delttagelse i Rusken kampanje i kommunen. Begrunnelsen som ble gitt for vedtaket var følgende:

”Vilkåret settes for å sikre at søker maksimalt utnytter muligheten for å bli selvhjulpel”

Dette synes noe underlig sett opp mot uttalelsen om at søkeren er innvilget støtte under henvisning til at han ventet på hjemreise. Sosialtjenesten stilte seg undrende til klagen da vi kontaktet sosialtjenesten på telefon. De viste til at klager egentlig ikke burde ha fått noe hjelp fordi han ikke hadde rettigheter. Sosialtjenesten oppfattet åpenbart at de hadde utvist et mer enn forsvarlig skjønn i saken.

SMED vil på den bakgrunn fremheve at de store ulikhetene i forhold til om denne gruppen ivaretas av den kommunale sosialtjenesten, og i så fall hvordan denne gruppen ivaretas av sosialtjenesten, tilsier at det er grunnlag for å stille spørsmålsteget ved om forvaltningens skjønnsutøvelse er vilkårlig.

5.3.7 Oppsummering

Det er en nær sammenheng mellom den sosiale situasjonen personer befinner seg i og faren for å utvikle alvorlige helseproblemer. De alvorlige helseproblemene vil både være av fysisk og psykisk karakter. SMEDs erfaring er at mange av de personene vi har vært i kontakt med, som har fått endelig avslag på søknad om asyl, og har oppholdt seg lenge i en uavklart situasjon, har ulike former for situasjonsbetingede psykiske lidelser. Sadiq's sak er på mange måter et typisk eksempel på en forverring av psykisk helse som i hovedsak må tilskrives en forverring av mulighetene til å ivareta livsopphold.

Det er flere forhold som kan fremheves som bidrar til å gjøre situasjonen til denne gruppen verre: 1) de mangler personlige forutsetninger for å ivareta sine rettigheter, 2) det tar lang tid før de kommer i kontakt med helseinstitusjoner og opplever å bli avvist når de tar kontakt, 3) de mangler økonomiske forutsetninger for å kunne følge opp behandling/undersøkelser, og 4) sosialtjenesten mangler kunnskap om hvilke rettigheter og tilbud som foreligger for denne gruppen når de har alvorlige helseproblemer.

Når det gjelder tilgang til ytelser til livsopphold og tak over hodet, svikter systemet gjennomgående denne gruppen. SMEDs erfaring er at ytelser etter sosiallovgivningen og ytelser tildelt på ulovfestet grunnlag, ikke er tilgjengelig for denne gruppen som forutsatt i domspremissene i Høyesteretts avgjørelse i Svolvær-saken, se punkt 4.3 ovenfor. Flere forhold må trekkes frem for å forklare dette, og de enkelte forklaringene på hvorfor sosialtjenesten ikke ivaretar denne gruppen, må ses i sammenheng. Vi vil her oppsummere punktvis:

- 1) Den rettsregelen som gir rett til ytelsen, er ikke presist formulert. Selv for personer med kunnskap om rettssystemet er det vanskelig å si noe presist om når det foreligger en plikt til å hjelpe, når det foreligger en rett til å motta hjelp, samt hvilken grad av forkommenhet som må foreligge før sosialtjenesten har rett eller plikt til å bistå. Vedtak hjemles i § 5-1 til tross for at det er helt klart at denne bestemmelsen ikke gjelder denne gruppen.
- 2) Det er ikke gjennom lov, forskrift eller rundskriv uttrykkelig pålagt kommunene å bistå denne gruppen. Dette medfører at det blir vilkårlig hvem som får bistand fra sosialtjenesten. Vi ser at noen avvises, andre får innlevere søknad, men vurderingen av søknaden er summarisk og uten realitet, mens andre får en realitetsvurdering og tilkjennes ytelser.
- 3) De ytelser som den enkelte har krav på dersom det foreligger en hjelpeplikt er også uklart definert. Hvilke ytelser har sosialtjenesten til disposisjon for å avhjelpe nødsituasjonen? I den grad det er fattet vedtak om å bistå søker, har det primært vært gitt ytelser i form av matpenger.
- 4) Enkeltpersonene mangler dårlige forutsetninger for å ivareta egne interesser, både praktisk og språklig, og den veiledning denne gruppen får om sine rettigheter er klart mangelfull ut over at de får informasjon om returprogrammet til IOM.
- 5) Fylkesmannens praksis i forhold til subsidiaritetsprinsippet og henvisning til alternativt tilbud i mottak, har medført at det er etablert en forvaltningspraksis som innebærer at det ikke finner sted en konkret vurdering av om personen er i nød. Det ville være mulig å praktisere regelverket mer individuelt. Ansatte i sosialtjenesten utøver ikke et faglig skjønn i disse sakene.
- 6) Det forekommer hyppig saksbehandlingsfeil. Mange av feilene må tilskrives et samvirke mellom uklarheter i forhold til den materielle retten, uklarheter i forhold til sosialtjenestens plikt til å gjøre en faglig vurdering av nødsituasjonen og manglende kompetanse hos ansatte i sosialtjenesten til å vurdere disse personenes faktiske situasjon.
- 7) Det er alvorlig at veiledningsplikten forsømmes, at forvaltningen ikke i tilstrekkelig grad bidrar til saken opplysning og at saksbehandlingen ikke oppfyller kravene til kontradiksjon.

Dersom vi skal oppsummere i forhold til forvaltningspraksis basert på et begrenset utvalg av saker, vil vi stille spørsmålsteget ved den materielle og prosessuelle rettssikkerheten også personer uten lovlig opphold har, når det gjelder tilgang til ytelser som skal sikre gruppen mot akutt og livstruende nød.

6 OPPSUMMERING

6.1 SAMMENDRAG OG OVERORDNEDE VURDERINGER

Temaet for rapporten var en undersøkelse av forvaltningspraksis i forhold til tilgang til mat, tak over hodet og helsetjenester i en situasjon hvor det ble iverksatt politiske tiltak for å effektivisere staten innvandringspolitikk, og særlig prinsippet om frivillig retur. De rettslige spørsmålene SMED ønsket å belyse var for det første om staten hadde ivaretatt *sin sikkeringsplikt* i forhold til internasjonale menneskerettighetskonvensjoner, herunder EMK, SP og ØSK, om det forelå brudd på andre konvensjonsforpliktelser j eks EMK artikkel 3 eller ØSK artikkel 11, og om forvaltningens rettsanvendelse er samsvar med norsk rett.

Videre ønsket SMED å belyse hvorvidt det forelå diskriminering av personer uten lovlig opphold av en eller flere diskrimineringsgrunner. Diskrimineringsforbudet retter seg både mot lovgiver og mot forvaltningens myndighetsutøvelse. Fordi diskrimineringsforbudet i konvensjonene i realiteten utgjør en kompetanseskranke for forvaltningens myndighetutøvelse, er det naturlig å si noe om dette i forbindelse med at vi vurderer hvorvidt forvaltningens rettsanvendelse er i samsvar med norsk rett.

Vår analyse av forvaltningspraksis avdekket at innstrammingsiltakene hadde virkninger. Personer uten lovlig opphold mistet botilbud i mottak, og mange forlot mottakene frivillig jf statistikk fra UDI. Som myndighetene forutså forut for innstrammingsiltakene oppsøkte disse personene den kommunale sosialtjenesten, og særlig sosialtjenesten i Oslo. Enkelte andre byer, som f eks Trondheim, valgte imidlertid å iverksette særlige kommunale ordninger som ivaretok gruppen til tross for at dette stred mot myndighetenes anbefalinger. SMEDs erfaringsgrunnlag gjennomgang av forvaltningspraksis avdekket at enkeltpersoner med endelig avslag på søknad om asyl levde på gaten i Oslo, uten mat, tak over hodet samt med betydelige helseplager. Det er også klart at disse ble avvist av sosialtjenesten under henvisning til egnet tilbud i mottak ved samarbeid om retur.

Det SMED ikke kan si noe om er antall personer som forlot mottakene uten alternativer til sikring av livsopphold, og hele gruppens grad av nød og forkommenhet. UDI har informert om at av de 592 som fikk varsel om bortfall av botilbud i mottak i 2004, forlot 46 % mottakene. Dette er nærmere 300 personer. Noen av disse har SMED vært i kontakt med, i overkant av 60 personer, en andel befinner seg i Norge og overlever gjennom private nettverk og uregistrert arbeid, mens andre trolig har forlatt landet. En annen gruppe som ikke fremkommer av UDIs statistikk er personer som oppholdt seg utenfor mottak, men som sikret livsopphold gjennom midlertidige arbeidstillatelser. Mange av disse fikk ikke fornyet sine arbeidstillatelser. Hvor mange dette er vet vi ikke, men SMED har bistått noen av disse i forbindelse med at de henvendte seg til sosialkontoret og søkte om bistand.

Selv om mange har overlevd med utgangspunkt i bistand fra private nettverk og humanitære organisasjoner, er det ikke tvilsomt at belastningen på dette nettverket har vært stort. Vi vet at humanitære organisasjoner har gitt botilbud til personer ut over det som organisasjonen normalt har adgang til, og vi vet at privatpersoner har stilt hjem til disposisjon for personer som ellers måtte sove ute. Det sivile samfunn har med andre ord bidratt å avhjelpe potensielt alvorlige konsekvenser av at sosialtjenestens forvaltningspraksis. At det sivile samfunn bidrar er positivt, men det var ikke et slikt sikkerhetsnett Lagmannsretten forutsatt at skulle fange opp personer uten lovlig opphold når retten henviste til ”myndighetene”.

6.2 ER SOSIALTJENESTENS RETTSANVENDELSE OG SKJØNNSUTØVELSE I SAMSVAR MED NORSK RETT?

I vår gjennomgang av forvaltningens rettsanvendelse ovenfor i punkt 5.3 tar vi utgangspunkt i at det foreligger rettsregler som gir sosialtjenesten kompetanse og plikt til å yte bistand personer som befinner seg i en akutt nødsituasjon. Det ”sikkerhetsnettet” vi i dette tilfellet snakker om er ikke de alminnelige regler som ellers beskytter befolkningen mot økonomisk, helsemessig eller sosial nød, f.eks. økonomiske ytelser til livsopphold jf sosialtjenestelovens kapittel 5 og nødvendig helsehjelp, men ytelser som skal forebygge at mennesker forkommer.

SMEDs vurdering, basert på vår gjennomgang av forvaltningspraksis, går klart i retning av at dette sikkerhetsnettet svikter. Nedenfor vil vi presentere våre rettslige vurderinger på dette punkt med utgangspunkt i at det må være klart at sosialtjenesten etter norsk rett, jf. forutsetningene i rettspraksis i den såkalte Svolve-saken punkt 4.3, er forpliktet til å foreta en sosialfaglig vurdering av om en person befinner seg i en akutt nødsituasjon som tilsier at forvaltningen må bistå med ”mat, tak over hodet og pleie i en omsorgssituasjon” jf. punkt 3.8 ovenfor.

For det første vil vi fremheve at forvaltningspraksis avdekker at søkere er blitt avvist når de har forsøkt å innlevere en søknad. Utgangspunktet er at sosialtjenesten er forpliktet til å ta i mot en søknad fra en person som søker om ytelser i en nødsituasjon, SMED viser her til punkt 4.3 ovenfor om diskusjonen om minstestandard, punkt 4.4.2 som fastslår at personer uten lovlig opphold ikke er unntatt fra sosialtjenestelovens § 4-5, samt punkt 4.5 om ulovfestet nødrett. At enkelte ansatte ved sosialtjenesten eksplisitt gav uttrykk for at det ikke var deres jobb å ivareta denne gruppen, underbygger at personer ble avvist.

For det annet vil vi fremheve at forvaltningspraksis avdekker at sosialtjenesten i flere saker ikke foretok en sosialfaglig vurdering av søkers nødsituasjon. I noen grad ledet dette frem til at søknader om ytelser ble avslått under henvisning til at søker tidligere hadde fått avslag, i andre saker ble det vist til fylkesmannens praksis i forhold til å henvise til tilbud i mottak og at søker derfor ikke kunne sies å være i ”nød”. Fylkesmannens praksis i forbindelse med å henvise til alternative tilbud i mottak både når det gjaldt ”midlertidig bolig” etter § 4-5 og ”matpenger” på ulovfestet grunnlag, ble sterkt rettningsgivende for det enkelte sosialkontors praktisering av regelverket. Det faktum at f.eks. Oslo kommune sentralt gav andre retningslinjer, endret ikke praksis for den tidsperioden SMED vurderte forvaltningspraksis. Her må vi imidlertid ta forbehold om at vi i mindre grad fikk tilgang til de sakene hvor personer mottok ytelser.

For det tredje vil vi stille spørsmålsteget ved om det er adgang til å avslå enhver søknad om ytelser ved å sette som vilkår at personen har annet tilbud gjennom mottaksapparatet. Dette dreier seg i realiteten om en innskrenking av det sosialfaglige skjønnet gjennom vilkårspraksis.

Problemstillingen er todelt i forhold til hvilke ytelser det dreier seg om: i forhold til ytelser med hjemmel i sosialtjenestelovens § 4-5 ”midlertidig bolig”, blir spørsmålet om forvaltningen har adgang til å henvise søker til et annet egnet tilbud. Spørsmålet blir da om tilbud om botilbud i mottak forutsatt samarbeid om retur, er et egnet tilbud. Personer som har rett til botilbud i mottak, har som nevnt ikke rett til ytelser etter sosialtjenesteloven jf. sosialtjenesteforskriftens § 1-2. I forhold til ytelser med hjemmel i ulovfestet rett, typisk matpenger, blir spørsmålet om sosialtjenesten med hjemmel i ulovfestet rett kan oppstille som vilkår at den enkelte vil få tilgang til mat og andre naturalia i mottak dersom søker samarbeider om retur. Se gjennomgangen i punkt 4.4.3 ovenfor.

Selv om vurderingene tar utgangspunkt i ulike rettslige grunnlag når vi drøfter rett til matpenger og rett til midlertidig bolig, er det ikke tvilsomt at substansen i disse vurderingene er sammenfallende, og vi drøfter disse to spørsmålene under ett.

Sosialtjenestelovens § 5-3 regulerer bruk av vilkår. Bestemmelsen gjelder ikke vilkår i forhold til de ytelser som denne gruppen søker om, men gir allikevel en viss veiledning i forhold til hvilke vilkår som kan stilles på ulovfestet grunnlag. Ved vurderingen av vilkår som setter en gruppe vanskeligstilte i en særlig situasjon på bakgrunn av deres ”status”, ”utenlandske statsborgere uten lovlig opphold”, kommer diskrimineringsforbudet i EMK, ØSK og SP inn som en kompetanseskranke. Sosialtjenestelovens § 5-3 fastslår at vilkåret må ha ”nær sammenheng med vedtaket” og ”ikke urimelig begrense stønadsmottakerens handle eller valgfrihet”. Disse vurderingene vil også i noen grad inngå i den proporsjonalitetsvurdering som er en del av diskrimineringsforbudet i EMK, ØSK og SP. SMED vil her fremheve følgende:

- Utgangspunktet for vurderingen av hvilke vilkår som er lovlige vil være karakteren av og formålet med den ytelsen det søkes om. Når det er tale om ytelser som skal forhindre eller avhjelpe en akutt nødsituasjon, vil det være mindre nærliggende og rimelig å henvise til at søker burde valgt andre handlingsalternativer og unngått å havne i en nødsituasjon. Vi viser for øvrig til sosialtjenestelovens § 5-3 og ”nær sammenheng med vedtaket”, og stiller spørsmålsteget ved om det vil være tilstrekkelig nær sammenheng mellom å avhjelpe akutt nød, å gi personer et incitament til å returnere frivillig gjennom å knytte vilkår til ytelsene.
- Det skal finne sted en konkret *forholdsmessighetsvurdering* hvor vurderingene i realiteten er todelt: for det første om vilkåret er egnet til å realisere målsettingen med vilkåret, og for det annet om det er proporsjonalitet mellom mål og virkemiddelbruk.
 - o I forhold til *egnethetsvurderingen* så er spørsmålet om vilkåret bidrar til at flere av den gruppen det her er tale om returnerer frivillig. Dette har SMED begrenset kunnskap om, men vi vil allikevel fremheve at selv personer som har vært i akutt nød i liten grad har uttrykt vilje til å returnere frivillig når vi har informert om denne muligheten. Videre vil vi vise til tallene fra UDI som viser at kun 10 % har returnert frivillig, mens 46 % forlot mottakene. SMED mener at myndighetene må dokumentere at et så inngripende tiltak er egnet for å realisere målsettingen med tiltaket. SMED har ikke sett dokumentasjon på at vilkåret har vist seg egnet for å bidra til at flere personer som *ikke kan returneres med tvang* returnerer gjennom IOM.
 - o I forhold til *proporsjonalitetsvurderingen* er spørsmålet om vilkåret er forholdsmessig sett hen til de negative konsekvensene av vilkåret. Det er særlig på dette punkt SMED mener det foreligger grunnlag for å være kritisk til om vilkåret er forholdsmessig. SMED ser at det kan være gode grunner til ikke å bidra til at personer uten lovlig opphold er uberørt sosialt eller økonomisk av et avslag. På den annen side er det en realitet at de ytelser det her er tale om *ikke* dreier seg om å gjøre det behagelig å fortsette det ulovlige oppholdet i Norge, det dreier seg om å forebygge akutt og livstruende nød. Enkeltaker har avdekket at personer uten lovlig opphold er i en nødsituasjon og i slike tilfeller vil vi stille spørsmålsteget ved om formålet med vilkåret – å ”motivere” flere til å returnere frivillig – ikke står i forhold til de negative konsekvensene ved tiltaket.

Vår vurdering er at mye taler for at sosialtjenesten ikke har adgang til å tolke sin kompetanse innskrenkende slik at personer som søker om ytelser i en nødsituasjon på generelt grunnlag kan avvises under henvisning til at disse har tilgang til alternativt tilbud i mottak – samt ytelser i mottak - under forutsetning av samarbeider om retur gjennom IOM.

Dersom vi legger til grunn at det er adgang til å henvise til alternativt tilbud i mottak og ytelser til livsopphold i mottak, under forutsetning av samarbeid om retur gjennom IOM, blir spørsmålet om sosialtjenesten allikevel er forpliktet til å foreta en konkret vurdering av om det i det enkelte tilfellet vil være uforholdsmessig og grovt urimelig å stille et slikt vilkår. Dette spørsmålet har nær

sammenheng med spørsmålet om sosialtjenesten er forpliktet til å foreta en sosialfaglig vurdering av nødsituasjonen i hvert enkelt tilfelle.

Dersom retten som sosialtjenesten bygger på en ”plikt til å hjelpe mennesker i nød” for å avverge at mennesker forkommer av nød, er det grunn til å stille spørsmålsteget ved om det vil være adgang til å stille vilkår som avslår en søknad om bistand, uten at det er foretatt en sosialfaglig vurdering av om søker befinner seg i akutt nød, og uten en vurdering av de individuelle konsekvensene av avslaget. Plikten til å foreta en vurdering av om det er forholdsmessig å stille vilkår i forbindelse med den enkelte søknad følger av både den ulovfestede læren om som stiller krav til forholdsmessighet, og av prinsippet i sosialtjenestelovens § 5-3. I juridisk teori er det gitt uttrykk for at vilkår med hjemmel i § 5-3 ikke kan stilles ut fra rene kontroll- eller straffebetraktninger, og at villkåret ikke må være så byrdefullt at det blir stående i misforhold med det som søkes oppnådd (proporsjonalitet).⁴⁶ Et tilsvarende proporsjonalitetskrav må utvilsomt innfortolkes i et rettsgrunnlag som har som formål å avverge akutt nød, og følger av det internasjonale diskrimineringsvernet.

- Basert på vår gjennomgang av forvaltningspraksis synes det å være klart at personen ble henvist til alternativt tilbud i mottak uten at det ble foretatt en individuell vurdering av om det vil være forholdsmessig å henvise til et alternativt tilbud som forutsatte samarbeid om retur uten at det ble foretatt en sosialfaglig vurdering av nødsituasjonen. Basert på hvorledes sosialtjenesten og fylkesmannen har tolket sin kompetanse, er det etter vår vurdering klart at fylkesmannen har stadfestet at den kommunale sosialtjenesten har adgang til å unnlate å bruke sitt *forvaltningsskjønn i den enkelte sak* i forhold til å vurdere om den enkelte person befinner seg i akutt nød.
- Det er ikke tvilsomt at sosialtjenesten har forutsetninger for å foreta en slik individuelle vurdering av nødsituasjonen til den enkelte søker; sosialtjenesten kan vurdere grad av forkommenhet, når vedkommende sist hadde spist, hvor vedkommende overnattet osv. I noen tilfeller så vi at en sosialfaglig vurdering av f eks sammenhengen mellom søkers helsesituasjon og tilgang til mat og tak over hodet, ledet til at søker fikk et tilbud i statlig mottak uten vilkår om samarbeid om retur.
- SMED viser for øvrig til drøftelsen ovenfor i forhold til egnethetsvurderingen og forholdsmessighetsvurderingen.

Vår vurdering er at dersom sosialtjenesten skal henvise til at søker har tilgang til ytelser forutsatt samarbeid om retur, må sosialtjenesten foreta en konkret forholdsmessighetsvurdering i forhold til hver enkelt søknad. Dette er ikke gjort i mange av de sakene hvor SMED har bistått. SMED vil for øvrig vise til forvaltningens rettsanvendelse har vært preget av rettsuvisshet i forhold til både hjemmelsgrunnlag, og hvilke ytelser som tildeles og f eks nivået på disse. SMED har også avdekket til dels alvorlige saksbehandlingsfeil. Dette tilsier etter en helhetlig vurdering at gruppens materielle og prosessuelle rettssikkerhet er dårlig ivaretatt. Vi viser for øvrig til oppsummeringen i punkt 5.3.7 ovenfor.

6.3 YTELSER TIL LIVSOPPHOLD OG BOTILBUD I MOTTAK – NOEN BEMERKNINGER TIL FORVALTNINGSPRAKSIS OG RETTSLIG REGULERING

Gjennomgangen av det SMED har valgt å betegne som forvaltningspraksis avdekket at beslutninger av stor betydning for enkeltindividet, både botilbud og økonomiske ytelser, ble vurdert og avgjort rent administrativt. Først i oktober 2004 ble disse avgjørelsene underlagt en formell saksbehandling.

SMED er ikke i tvil om at årsaken til dette skyldes en langvarig forvaltningstradisjon i Norge hvor mottaksapparat og ytelser som tildeles gjennom mottak, fullt ut er underlagt politisk kontroll. Både Pengereglementet og Driftsreglementet endres administrativt. En sak hvor SMED bisto

viste at saksbehandlingen også før innstrammingsiltakene var utpreget administrativ. Diskusjonen om rett til ytelser i mottak ble imidlertid av åpenbare grunner først særlig aktualisert på det tidspunktet innstrammingsiltakene ble iverksatt.

Justisdepartementet har lagt til grunn at bortfall av botilbud i mottak ikke er et enkeltvedtak, men kun en administrativ beslutning som stadfester at et tilbud har opphørt – som forutsatt i vedtaket som tildelte plassen. Det er etter vår vurdering grunnlag for å problematisere dette mer enn det Justisdepartementet har gjort, selv om vi er positive til at Kommunal- og regionaldepartementet besluttet å behandle slike saker som enkeltvedtak. Bakgrunnen for at vi stiller spørsmålstejn ved om bortfall av botilbud i mottak samt ytelser i mottak, er et enkeltvedtak er følgende:

- Justisdepartementet problematiserer ikke i sin vurdering at det er flere personer som har beholdt plassen i mottak og mottatt økonomiske ytelser i en årrekke etter avslag, i ett tilfelle 8 år. Dette er også personer som har etablert seg i nærmiljøet, og som f eks har samvær med barn på mottaket. I flere av disse sakene – som særlig berører lengeværende i mottak – er det grunnlag for å stille spørsmålstejn ved om myndighetene har forpliktet seg på en måte som må likestilles med et dispositivt utsagn jf punkt 4 i departementets vurdering.
- Bortfall av botilbud er ikke kun et spørsmål om bortfall av tak over hodet, men også bortfall av ytelser til livsopphold. Justisdepartementet har ikke problematisert at parallelt med botilbud i mottak har enkeltpersoner mottatt økonomiske ytelser – penger til mat - og naturalia til livsopphold. Det kan spørres om det situasjonen personen som ikke samarbeider om retur er så belastende i forhold til å skaffe ytelser til livsopphold, at en helhetsvurdering av søkers situasjon tilsier at bortfall av botilbud i mottak må anses som et enkeltvedtak.

SMED er for øvrig tilfreds med at det nå synes å utvikle seg en forvaltningspraksis som foretar en helhetlig vurdering av den enkeltes situasjon med utgangspunkt i å beholde plassen i mottak. Vi vil også understreke at denne praksis bør danne grunnlag i forhold til å vurdere hvem som skal beholde plass i ordinært mottak når det opprettes et såkalt utreisesejter.

SMED mener at det er grunnlag for å anbefale at myndighetene på generelt grunnlag tar stilling til spørsmål om forvaltningslovens anvendelse i forhold til personer bosatt i mottak på bredt grunnlag. Det må i den sammenheng også tas med i betraktning at Lagmannsretten i Svolvær-saken, har lagt til grunn at bortfall av botilbud i mottak er et enkeltvedtak.

Når det gjelder andre forhold SMED ønsker å trekke frem, er der særlig betydningen av at saksbehandlingen knyttet til samarbeid om retur sikres i alle ledd med henblikk på å ivareta hensynet til skriftelighet og kontradiksjon. Vi har gjennom dette prosjektet - og tidligere saker - avdekket at personer som har foretatt seg noe i forhold til retur, ikke kan dokumentere dette fordi deres henvendelser f eks til politiet ikke er nedtegnet og personen selv mangler kunnskap om hvordan det er mulig å dokumentere slike initiativ. Dersom en person har forsøkt å bidra til retur, på de måtene myndighetene forventer, uten å lykkes, vil personen etter en konkret vurdering måtte anses som ureturnerbar eller de facto statsløs med de rettighetene og beføyelsene dette bringer med seg.

6.4 STATENS SIKRINGSPLIKT OVERFOR PERSONER UTEN LOVLIG OPPHOLD

SMED vil fremholde at sikringsplikten overfor personer uten lovlig opphold primært retter seg mot å sikre at 1) personer ikke utsettes for krenkelser av rettigheter etter EMK artikkel 3 eller artikkel 8 samt de parallelle bestemmelser i SP, 2) at personers rettigheter etter ØSK artikkel 11 ikke krenkes, og 3) at personer ikke utsettes for ulovlig diskriminering både i forhold til konvensjonsfestede rettigheter og friheter, men også mer generelt jf rekkevidden til det konvensjonsbestemte diskrimineringsforbudet.

Innledningsvis så må det understrekes at spørsmålet om staten oppfylte sin sikringsplikt ved bortfall av botilbud i mottak, er vurdert av Høyesterett i den såkalte Svolvær-saken jf punkt 4.3. Høyesterett fant ikke grunnlag for å si at et fortsatt opphold i asylmottak var nødvendig for at kvinnen ikke skulle utsettes for umenneskelig og nedverdiggende behandling. Høyesterett la imidlertid til grunn at kvinnen ville ha rett til sosiale ytelser fra ”norske myndigheter” ut fra ”alminnelige nødrettsbetraktninger”. En problematisering av om staten har oppfylt sin sikringsplikt i forhold til EMK artikkel 3 innebærer også en problematisering av domspremissene i Høyesteretts kjennelse. SMED vil her påpeke noen forhold som er sentrale i forhold til vår vurdering av om staten har oppfylt sin sikringsplikt:

- 1) Det er neppe tvilsomt at både EMK, SP og ØSK gjennom ulike bestemmelser beskytter enkeltindividet mot å forkomme av sosiale, fysiske eller psykiske årsaker samt en viss beskyttelse av privatlivet. Både EMK artikkel 3 og artikkel 8 samt de parallelle bestemmelsene i SP gir en slik beskyttelse. ØSK artikkel 11 gir myndighetene en særlig plikt i forhold til å skaffe personer tilgang til mat, herunder å forebygge sult. Vi viser her særlig til FNs Menneskerettighetskomité General Recommendation no 15 no 5
- 2) Konvensjonene gir ingen absolutt anvisning på hvilke virkemidler som skal tas i bruk for å sikre de konvensjonsfestede rettigheter, men alle konvensjonene nevner ”lovmessige eller andre tiltak”. ØSK som i artikkel 11 særlig sikrer retten til mat, prefererer ”lovmessige tiltak”. Hvilke virkemidler nasjonalstaten må ta i bruk for effektivt å sikre enkeltindividets rettigheter vil være nært knyttet opp mot nasjonalstatens tradisjon i forhold til intern rettighetslovgivning. Dersom f eks forvaltningen er utpreget regelbunden vil det være naturlig å ta i bruk lovsform for å sikre rettigheter.
- 3) I norsk rett er personer uten lovlig opphold langt på vei unntatt fra det alminnelige sikkerhetsnettet som er lovfestet for å sikre mennesker i nød jf sosialtjenestelovens kapittel 5. Dette er eksplisitt fastslått i lov og forskrift se punkt 4.4. Denne gruppen har derfor begrensede rettigheter etter norsk lovgivning, og gruppen har etter sikker forvaltningspraksis blitt ivaretatt gjennom ytelser tildelt administrativt gjennom mottaksapparatet også i lang tid etter at personene fikk avslag på søknad om asyl
- 4) I forbindelse med bortfall av botilbud i mottak var myndighetene kjent med at personer som mistet botilbudet kom til å oppsøke sosialkontorene. Myndighetene informerte sosialkontorene om hvorledes disse personene skulle ivaretas. Så langt SMED har greid å bringe på det rene se punkt 4.5 om ulovfestet nødrett – innføring av et nytt rettsinstitut for sosial omsorg, foreligger det i liten grad informasjon fra myndigheten om hvem som er forpliktet til å yte bistand, hva som utløser retten til ytelser eller hvilke ytelser som følger av retten. Myndighetene gjorde for øvrig et bevisst valg i forhold til ikke å presisere innholdet i rettsgrunnlaget, heller ikke etter konkret oppfordring fra institusjoner med kjennskap til konsekvensene av tiltakene se punkt 4.5.4.
- 5) I forbindelse med bortfall av botilbud i mottak ble det ikke foretatt noen konsekvensutredning av hvor mange som ville bli rammet av innstrammingstiltakene som er offentlig kjent i dag og heller ikke de konkrete virkningene tiltakene ville få ut over å effektivisere statens innvandringspolitikk. Dette kunne vært gjort. Fortsatt foreligger det ikke tilgjengelig informasjon fra myndigheten om i hvilken grad personer som har mottatt avslag på ytelser fra sosialtjenesten i større grad har samarbeidet om retur.
- 6) Den etterfølgende forvaltningspraksis SMED har fått tilgang til avdekket at forvaltningen i både gjorde formelle og materielle feil ved behandlingen av søknadene fra disse personene. Personer som befant seg i akutt helsemessig og ernæringsmessig nød ble avvist av sosialtjenesten og fanget opp av nettverk i det sivile samfunn. SMED har stilt spørsmålsteget ved om gruppens prosessuelle og materielle rettssikkerhet er betryggende ivaretatt.

SMED mener at det foreligger grunnlag for å reise kritikk mot myndighetene i forhold til hvorledes innstrammingstiltakene ble implementert i forhold til å sikre at personer ikke ble eksponert for en uforholdsmessig nødsituasjon. Det er særlig det nedre sikkerhetsnett som skulle avverge akutt nød, som sviktet. SMED mener det er grunn til å stille spørsmålstegn ved om staten forsømte sin sikringsplikt av to grunner: for det første fordi det rettsgrunnlag som sosialtjenesten skulle ta i bruk for å forebygge akutt nød avvek sterkt fra de rettsregler som forvaltningen vanligvis anvender og for det annet fordi det ikke ble tatt initiativ fra myndighetene i forhold til å presisere innholdet i retten, når det ble klart at det var klare mangler ved forvaltningens rettsanvendelse.

SMED nøyer seg her med å gi uttrykk for at det etter vår vurdering er grunnlag for å kritisere myndighetene for at forvaltningspraksis ikke utviklet seg slik at personer ble ivaretatt i en akutt nødsituasjon av sosialtjenesten.

6.5 DISKRIMINERING? OG I SÅ FALL PÅ HVILKET GRUNNLAG?

Spørsmålet om diskriminering er aktuelt i forhold til de spørsmålene som er reist i denne rapporten, fordi diskrimineringsvernet går ut over å beskytte enkeltindividet mot krenkelser av konvensjonsfestede rettigheter, se punkt 4.2.6. Som nevnt i punkt 4.2.6 er et ikke tvilsomt at personer uten lovlig opphold som gruppe er omfattet av lovens diskrimineringsvern, men at forskjellsbehandling av denne gruppen i større utstrekning enn i forhold til andre grupper med lovlig opphold, vil være forholdsmessig og lovlig.

Spørsmålet som på det nåværende tidspunkt primært er av akademisk interesse, samt av interesse i forhold til en etterfølgende vurdering av SMEDs mandat og i fremtiden mandatet til diskriminerings- og likestillingsombudet, er hvorvidt personene som ble rammet, ble rammet på grunn av etnisk eller nasjonal opprinnelse. Det spørsmålet som SMED her stiller er følgelig om disse personene utsettes for indirekte forskjellsbehandling på grunn av etnisk eller nasjonal opprinnelse. SMED vil her komme med noen vurderinger i forhold til dette.

SMEDs statistikk viser at de personene som ble avvist av sosialtjenesten i all hovedsak har etnisk afrikansk opprinnelse generelt, og etiopisk/eritreisk opprinnelse spesielt. Rent faktisk er det følgelig – basert på SMEDs statistikk – slik at innstrammingstiltakene og den etterfølgende nødsituasjonen rammet disse to gruppene svært hardt. Bakgrunnen for dette er nærliggende; de statene det har vært vanskelig eller umulig å inngå avtaler om tilbakelevering med er i stor grad afrikanske, og kriteriene for utvelgelse av hvem som mistet botilbudet i mottak primært medførte at personer med etiopisk eller eritreisk opprinnelse ble rammet.⁴⁷

Videre er det klart at de personene som nekter å returnere i stor utstrekning kan dokumentere at de har vært utsatt for forfølgelse og krenkelser i hjemlandet, men at de krenkelsene disse personene har vært utsatt for – eller vil bli utsatt for ved retur - ikke er tilstrekkelig til å få beskyttelse etter norsk rett. Statistikk fra IOM viser så langt at svært få med f eks etiopisk eller eritreisk bakgrunn er returnert gjennom programmet.

For å kunne ta endelig stilling til om personene *indirekte* ble forskjellsbehandlet *på grunn av* etnisk eller nasjonal opprinnelse i forhold til tilgang til mat, tak over hodet og helsetjenester er det nødvendig med mer omfattende statistikk enn den SMED pr i dag har tilgang til. For å avgjøre om diskrimineringsgrunnen var etnisk eller nasjonal opprinnelse, vil relevant statistikk bestå i følgende:

- a. Nasjonal eller etnisk opprinnelse til personer som søkte sosialtjenesten om ytelser til midlertidig bolig og matpenger på ulovfestet grunnlag,
- b. Statistikk over etnisk eller nasjonal opprinnelse til personer som mistet botilbud i mottak, statistikk over etnisk eller nasjonal opprinnelse til personer som forlot mottakene og personer som beholdt botilbudet i mottak,

- c. Statistikk over etnisk og nasjonal opprinnelse til personer som mistet botilbud i mottak og som inngitt et forpliktende samarbeid om retur gjennom IOM.

Vår oppsummering er derfor at basert på den kjennskap til SMED har om etnisk og nasjonal opprinnelse til de som ble rammet av forvaltningens innstrammingsiltak, er det klart at personer med etnisk eller nasjonal opprinnelse fra Etiopia og Eritrea, primært ble rammet av innstrammingsiltakene og at det var disse personene som i stor grad oppsøkte sosialtjenesten. Det er videre klart at nøytrale utvelgelseskriterier som virker slik at en gruppe – med bestemt etnisk eller nasjonal opprinnelse – kommer i en særlig vanskelig situasjon, er tilstrekkelig til at det ”kan” foreligge indirekte diskriminering på grunnlag av etnisk eller nasjonal opprinnelse.

På den annen side er det helt klart at det uavhengig av om diskrimineringsgrunnen er etnisk eller nasjonal opprinnelse eller om den er såkalt ”annen status”, vil det avgjørende for å bedømme rettmessigheten av myndighetenes innstrammingsiltak være om behandlingen er forholdsmessig. I den sammenheng vil det – med et forbehold jf nedenfor – være irrelevant om drøftelsen tar utgangspunkt i det ene eller det andre diskrimineringsgrunnlaget. Forholdsmessighetsvurderingen som er gjort i forhold til forvaltningens rettsanvendelse, jf vurderingene ovenfor i punkt 6.2 er sammenfallende.

Det forbeholdet som må tas i forhold til diskrimineringsgrunnlaget er om det i større grad er uforholdsmessig at personer med eritreisk eller etiopisk etnisk eller nasjonal opprinnelse først ble omfattet av innstrammingsiltakene gjennom de utvelgelseskriterier som myndighetene tok i bruk for å velge hvem som skulle være omfattet av innstrammingsiltakene og mistet botilbud i mottak. Her vil vi fremheve at det kan være særskilte hensyn som gjør seg gjeldende i forhold til noen grupper sammenliknet med andre grupper, og som igjen kan få betydning for bedømmelsen av forholdsmessigheten av et vedtak. Vi vil her fremheve følgende:

- a. Dersom utvelgelseskriteriene primært rammer personer med en bestemt etnisk- og nasjonal opprinnelse som har oppholdt seg lenge i mottak, kan dette tilsi at denne gruppen også sliter med langtidsvirkninger av opphold i mottak jf UDIs rapport om lengeværende i mottak. Denne gruppen vil følgelig rammes særskilt hardt av innstrammingsiltakene f eks dersom de må bo på gaten.
- b. Dersom utvelgelseskriteriene primært rammer personer med en bestemt etnisk- og nasjonal opprinnelse som har en særlig grunn til å frykte for liv og helse ved retur. Dette vil være relevant selv om de faktiske forhold gruppen baserte sin søknad på ikke i seg selv er tilstrekkelig til å begrunne et beskyttelsesbehov. Overfor denne gruppen vil det å sette som vilkår at personen skal samarbeide om retur, virke særlig hardt sammenliknet med andre grupper med klart ubegrunnede søknader og være mindre egnet til å realisere målet om frivillig retur.

Det er vår vurdering at det i denne sammenheng – og i fremtiden - vil være viktig å se på hvilke utvelgelseskriterier som tas i bruk i forbindelse med innstrammingsiltak, slik at de aktuelle tiltakene ikke rammer de mest sårbare av innvandrergруппene som ikke har rett til beskyttelse. SMED vil fastholde at det i forhold til dette prosjektet utvilsomt forelå – og fortsatt foreligger – grunnlag for å stille spørsmålsteget ved om diskrimineringsgrunnlaget var etnisk eller nasjonal opprinnelse, på bakgrunn av hvilke grupper som ble rammet slik innstrammingsiltakene ble implementert.

¹ Se Ot prp nr 33 (2004-2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) og Innst.O.nr 69 (2004_2005) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv.

² Det samme er også lagt til grunn i forarbeidene til lov om vern mot etnisk diskriminering, se Ot prp nr 33 punkt 10.1.8.3 hvor departementet fastslår at det ikke er adgang til diskriminering mellom ulike utenlandske statsborgere.

³ Se Eckhoff/Smith; Forvaltningsrett, 6 utgave, særlig side 303

-
- ⁴ Se for øvrig Innst O nr 69 (2004-2005) punkt 7.2 og merknadene fra flertallet, og deres forslag om at ”Stortinget ber Regjeringen igangsette arbeid med å utrede en helhetlig diskrimineringslov i tråd med internasjonale forpliktelser og vernet i EMK artikkel 14 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 26”
- ⁵ Se Bernt, ”Rettsikkerhet og kampen om velferdsstatens verdigrunnlag”
- ⁶ Kgl res av 11.09.1998 og forlenges årlig inntil det etableres et nytt håndhevingsapparat for diskriminering og likestilling. Mandatet er inntatt som eget vedlegg til rapporten.
- ⁷ Se for øvrig SMED underveis: En prosessevaluering av Senter mot etnisk diskriminering, punkt 3.4.2 og 3.4.4.1
- ⁸ Underveis mot et bedre vern 2003, Kapittel 5 ”De ureturnerbare”
- ⁹ Årsmelding fra Helse- og sosialombudet i Oslo 2002 side 61-66
- ¹⁰ Helse- og sosialombudets sak 2002/2124 se Årsmelding 2002 s 63
- ¹¹ Vi tar her forbehold om at ordningen med obligatorisk introduksjonsordning og obligatorisk norskopplæring kan medføre at enkeltindividet i mindre grad kan velge å egenbosette seg.
- ¹² Se UDI statistikk av 29.03.2005
- ¹³ Lengeværende i mottak, Rapport fra arbeidsgruppe i Utlendingsdirektoratet av 10 april 2004. Gruppen ble etablert på bakgrunn av en henvendelse fra Senter for menneskerettigheter den 01.11.02.
- ¹⁴ Se Lengeværende i mottak punkt II Mandat, underpunkt 2)
- ¹⁵ Lengeværende i mottak s 9-10
- ¹⁶ Tallet for 2003 ble 15.600, mens for 2004 ble nær halvert jf UDI statistikk
- ¹⁷ Samarbeidsregjeringens flyktning- og innvandringspolitikk av 1 juni 2003 Kommunal- og regionaldepartementet.
- ¹⁸ KRD Nyhetsbrev nr 2 2004, tallet er gjengitt i forbindelse med innføring av bortfall av botilbud i mottak.
- ¹⁹ I forbindelse med en politiaksjon ble antallet 20.000 oppgitt, dette tallet har imidlertid verken departement, politiet eller utlendingsmyndighetene bekreftet offisielt, se f eks Aftenposten, 20000 illegale innvandrere i Oslo, 20 november 2002.
- ²⁰ Se Landrapport til Nordisk ministerråd migrasjonsutvalg oktober 2004
- ²¹ Se http://www.hyperionwebs.com/iom/varp/norsk/statistical_norsk.htm
- ²² UDI Informasjonsskriv: Bortfall av botilbud i mottak av
- ²³ Kommunalministeren har redegjort for praksis i Stortingets spørretime, se Dok 15 spm 637 (2003-2004)
- ²⁴ I brev fra Sosialdepartementet av 01.04.2004 fremgår det eksplisitt at ”Det ligger en realitetsendring i forslaget knyttet til krav om lovlig opphold for rett til tjenester.”
- ²⁵ Se høringsbrevet side 6
- ²⁶ Dok 8:50 (2003-2004) av 12 mars 2004.
- ²⁷ Innst S nr 210 – 2003-2004 s 2 annen spalte.
- ²⁸ General Comment No 15 The position of aliens under the Covenant: 11/04/86
- ²⁹ Aslak Syse: Lov og Rett nr 10 2004 Leder.
- ³⁰ General Comment No 18 Non-discrimination: 10/11/89
- ³¹ Lofoten tingrett, nr 269/2004 D
- ³² Hålogaland lagmannsrett, saksnr. 04-050416KSI-HALO
- ³³ På sosialrettens område er dette fremhevet av Syse og Kjønstad i Velferdsrett II s 74.
- ³⁴ Et enestående bidrag i norsk juridisk teori er Kjell V. Andorsen, Strafferettslig nødrett, se side 4 mv.
- ³⁵ Sivilombudsmannens sak 2004/3108
- ³⁶ Innst S nr 151 (2004-2005) side 2
- ³⁷ Vurderingen er tilgjengelig på <http://odin.dep.no/jd/tolkningsuttalelser/forvaltningsrett> under utlendingsloven
- ³⁸ Se Brev fra Utlendingsdirektoratet til statlige mottak og driftsoperatører av 16.12.2003
- ³⁹ Dok 15 spm 637 (2003-2004) s 1
- ⁴⁰ Orientering fra Kommunal- og regionaldepartementet til kommunene av 13.10.2004
- ⁴¹ Brev fra Utlendingsdirektoratet til alle kommunene av 29.12.2003
- ⁴² Orientering fra Arbeids- og sosialdepartementet om brev sendt landets kommuner 04.10.2004
- ⁴³ Brev fra Sosial- og helsedirektoratet til alle kommunene samt landets sosialkontor av 19.12.2003
- ⁴⁴ Brev fra Utlendingsdirektoratet til statlige mottak og driftsoperatører for statlige mottak av 16.12.2004 jf ”personer som omfattes av ordningen”.
- ⁴⁵ Se f eks Eckhoff/Smith: Forvaltningsrett, 6 utgave s 309-310
- ⁴⁶ Se f eks Kjønstad/Syse; Velferdsrett I, 2 utgave s 358-359
- ⁴⁷ UDI har opplyst at ordningen med bortfall av botilbud i mottak først ble iverksatt overfor den gruppen som hadde oppholdt seg lengst i mottak, og at dette var årsaken til at de som mottok varsel om bortfall av botilbud i mottak primært var personer fra Etiopia og Eritrea