

**KLINISK UNDERSØKELSE AV ENSLIGE MINDREÅRIGE ASYLSØKERES
KJØNNSORGANER SOM DEL AV ALDERSUNDERSØKELSEN**

I strid med norsk lov og internasjonale konvensjoner?

Juridisk betenkning ved advokat Mette Yvonne Larsen og advokatfullmektig
Maria Bergram Aas, advokatfirmaet Stabell & Co

Oppdragsgiver: Norsk Folkehjelp

Innholdsfortegnelse

1. Innledning og definisjoner.....	3
2. Generelt om aldersundersøkelsen	5
3. Skillet mellom myndige og umyndige asylsøkere: rettslige konsekvenser i asylprosessen.....	6
4. Faktiske sider ved aldersundersøkelsen.....	7
4.1 Hvor presis er aldersundersøkelsen?	9
4.2 Søkergruppens kulturelle bakgrunn	11
5. Rettslige sider ved aldersundersøkelsen.....	12
5.1 Betydningen av skillet mellom samtykke og tvang	12
5.1.1 Hvilke krav må stilles til samtykket?.....	12
5.1.2Hjemmelsgrunlaget for den kliniske undersøkelsen	15
5.2 Forholdet til internasjonale menneskerettigheter.....	15
5.2.1 Vernet mot nedverdiggende behandling (EMK artikkel 3)	16
5.2.2 Vernet om privatliv (EMK artikkel 8)	17
6. Avsluttende bemerkninger og konklusjon	21
Kilder.....	24

1. Innledning og definisjoner

Advokatfirma Stabell & Co v/ advokat Mette Yvonne Larsen fikk den 13. oktober 2009 følgende oppdrag fra Norsk folkehjelp:

Menneskerettslig vurdering av aldersundersøkelser

Bakgrunn

Asylsøkere som ved ankomst i Norge oppgir å være under 18 år gamle, blir i en del tilfeller underlagt aldersundersøkelser. Fra 5. oktober 2009 ble regimet for aldersundersøkelser utvidet. De tre metodene som brukes/planlegges brukt, er:

- Tannundersøkelse – var i bruk også før 5. oktober
- Røntgen av håndrot/skjelettmodning – tidligere benyttet; igjen tatt i bruk fra 5. oktober
- Klinisk undersøkelse – skulle vært tatt i bruk fra 5. oktober, midlertidig utsatt
Den kliniske undersøkelsen beskrives som følger av Ullevål Universitetssykehus, som skal gjennomføre undersøkelsen:

”en vurdering av asylsøkers pubertetsutvikling: Behåring i ansiktet, armhuler og nedre genitalia (skrotum og penis). Ved denne undersøkelsen må asylsøker stå på gulvet og trekke ned trusen for inspeksjon av genitalia. Testiklene må kjennes på for å vurdere testiklenes størrelse.” E-post fra Ullevål Universitetssykehus, gjengitt i e-post fra UDI av 28.09.2009.

Norsk Folkehjelp ønsker å få gjennomført en menneskerettslig vurdering av den kliniske undersøkelsen, med spesielt fokus på den intime delen av undersøkelsen.

Forts. neste side

Forts. fra forrige side.

Prosess

Norsk Folkehjelp

- Inviterer UDI og Ullevål Universitetssykehus til å oversende all informasjon de mener er relevant som grunnlag for vurderingen.
- Samler uttalelser om den kliniske undersøkelsen fra relevante fagmiljøer.

Utreder

- Står fritt til å kontakte UDI, Ullevål Universitetssykehus og andre aktører for ytterligere informasjon, innspill eller kommentarer.
- Foretar en vurdering av alle relevante menneskerettslige forhold, inklusive:
 - Hvorvidt undersøkelsen kan oppfattes nedverdiggende i strid med EMK artikkel 3, Torturkonvensjonen artikkel 16 og/eller Barnekonvensjonen artikkel 37; inklusive en vurdering av terskelen for hva som kan utgjøre nedverdiggende behandling for mindreårige versus voksne.
 - Hvorvidt undersøkelsen kan være i strid med retten til respekt for privatlivet etter EMK art. 8.
 - Hvorvidt det er andre menneskerettslige bestemmelser som vil ha relevans for gjennomføringen av en slik undersøkelse.
- Vurderer følgende underliggende momenter, herunder i hvilken grad disse har innvirkning på den menneskerettslige vurderingen:
 - Hvorvidt undersøkelsen kan regnes som frivillig.
 - Hvorvidt den intime undersøkelsen nyter konsensus i det medisinske fagmiljøet.
 - Den intime undersøkelsens betydning som del av aldersvurderingene.
- Nedfeller vurderingene i en kortfattet rapport.
- Forelegger utkast for Norsk Folkehjelp, UDI og Ullevål Universitetssykehus for kommentarer før endelig ferdigstilling og publisering.

Tidsperspektiv

Norsk Folkehjelp har bedt norske myndigheter utsette implementeringen av undersøkelsen frem til en menneskerettslig vurdering foreligger. Det er derfor av betydning at vurderingen finner sted i den nære fremtid.

Norsk Folkehjelp, 13. oktober 2009

Nærværende betenkning tar for seg sentrale rettslige problemstillinger knyttet til den aldersundersøkelsen Utlendingsdirektoratet gjennomfører av enslige mindreårige asylsøkere, i tilfeller der det fra myndighetenes side foreligger tvil om oppgitt alder er korrekt.

Rapporten ble presentert for og overlevert Norsk Folkehjelp 14. januar 2010.

Med "enslige mindreårige asylsøkere" menes asylsøkere "under 18 år som har kommet til riket uten foreldre eller andre som utøver foreldreansvar overfor søkeren (...)", jf utlendingsforskriften § 55 a annet ledd, første punktum.

Med "aldersundersøkelse" menes de undersøkelser og vurderinger som foretas av eller i regi av utlendingsforvaltningen for det formål å vurdere om den oppgitte alder er riktig eller ikke.

2. Generelt om aldersundersøkelsen

I 2003 innførte Utlendingsdirektoratet et system for vurdering av om alder oppgitt av personer klassifisert som "enslige mindreårige asylsøkere", der det forelå tvil om oppgitt alder, var korrekt.

Frem til sommeren 2006 anvendte utlendingsforvaltningen både undersøkelse av tenner og håndrot, i kombinasjon, for å fastslå om en søker var mindreårig eller myndig. Tannundersøkelsen innebærer en klinisk undersøkelse samt røntgenbilde av tennene, mens håndrotsundersøkelsen bygger på røntgenbilde av venste hånd og håndledd for fastsetting av skjellettmodning.

Sommeren 2006 la Nasjonalt kunnskapssenter for helsetjenesten frem en forskningsrapport, utarbeidet på oppdrag av Sosial- og helsedirektoratet.¹ Her ble håndrotsundersøkelsen funnet å være lite egnet til å fastslå om en person er over eller under 18 år. Som følge av dette sa Ullevål Universitetssykehus våren 2007 opp avtalen med Utlendingsdirektoratet om gjennomføring av håndrotsundersøkelsen. Etter dette ble aldersundersøkelsen utelukkende gjennomført på grunnlag av tannundersøkelsen ved Odontologisk institutt.

05.10.2009 tok Utlendingsdirektoratet i bruk nye metoder for aldersundersøkelsen, hvor Ullevål Universitetssykehus igjen skal bidra. I tillegg til tannundersøkelsen og håndrotsundersøkelsen skal

¹ Aldersvurdering av mindreårige asylsøkere, Rapport fra Kunnskapssenteret Nr 13–2006, Metodevurdering, Nasjonalt kunnskapssenter for helsetjenesten

søkerne gjennomgå en klinisk undersøkelse ved Barneavdelingen på Ullevål Universitetssykehus. Resultatene fra alle tre delundersøkelsene skal etter dette sammenstilles av fagkyndige ved Barneavdelingen.

Tema for nærværende betenkning er den intime delen av den kliniske undersøkelsen. Undersøkelsen ble den 28.09.2009 beskrevet som følger av Ullevål Universitetssykehus:

”(…) en vurdering av asylsøkerens pubertetsutvikling: Behåring i ansiktet, armhuler og nedre genitalia (skrotum og penis). Ved denne undersøkelsen må asylsøker stå på gulvet og trekke ned trusen for inspeksjon av genitalia. Testiklene må kjønnnes på for å vurdere testiklenes størrelse”.²

Utredningene er bedt om å vurdere de rettslige problemstillingene innføring av en slik undersøkelse medfører, herunder særlig forholdet til internasjonale konvensjoner.

3. Skillet mellom myndige og umyndige asylsøkere: rettslige konsekvenser i asylprosessen

Søknader om asyl fremsatt fra barn skal både etter norsk og internasjonal rett vurderes i et barneperspektiv. I FNs Barnekonvensjon er særlig artiklene 3, 10, 12 og 22 av betydning. Konvensjonen gjelder som norsk lov, og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf menneskerettsloven § 3 jf § 2.³

Dette innebærer for eksempel at terskelen for innvilgelse av asyl eller opphold på humanitært grunnlag er lavere for barn enn for voksne. En konsekvens er at terskelen av hvilken art og omfang som kreves av forfølgelse, konflikt eller øvrige menneskerettsbrudd, er lavere. Troverdighetsvurderingen av mindreårige asylsøkere skal også være en annen enn for myndige søkere, da barn kan ha vanskeligere for å sannsynliggjøre sine anførsler enn voksne.⁴

Når det gjelder opphold etter utlendingsloven § 8 annet ledd jf utlendingsforskriften § 21 annet ledd anses det å være ”mindreårig uten omsorgspersoner på kjent trygt sted i hjemlandet eller annet sted der gjenforening kan finne sted” som hovedregel tilstrekkelig for innvilgelse.⁵

Videre blir søknader om asyl fremsatt av barn prioritert for behandling av utlendingsforvaltningen, slik at ventetiden i mottak skal bli kortest mulig. Enslige mindreårige asylsøkere mellom 15 og 18 år bor i egne, tilpassede mottak. Omsorgsansvaret for denne gruppen ligger hos Utlendingsdirektoratet, mens enslige mindreårige asylsøkere under 15 år ivaretas av det statlige barnevernet.⁶

² Epost fra Ullevål Universitetssykehus, gjengitt i e-post fra UDI av 28.09.2009

³ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), LOV-1999-05-21-30

⁴ Utlendingsdirektoratet, praksisnotat av 5. desember 2008, PN 2008-039, punkt 2.1.

⁵ Ibid, punkt 2.2.

⁶ Jf. Barnevernloven 17. juli 1992 nr. 100 kapittel 5A, jf. lov 30. mai 2008 nr. 36

Ytterligere en konsekvens av å bedømmes som mindreårig er at søkeren etter utlendingsforskriften § 145a annet ledd har rett til fritt rettsråd ved behandling av søknaden i første instans.

Under enhver omstendighet har resultatet av aldersundersøkelsen betydning for vurdering av søkerens troverdighet. Dersom det konkluderes med at en person som har oppgitt å være mindreårig er myndig, kan det bli aktuelt å fatte vedtak om utvisning.⁷

4. Nærmere om aldersundersøkelsen og medisinske vurderinger

Formålet med aldersundersøkelsene er i følge Utlendingsdirektoratet ” i hovedsak å skille ut de som klart er over 18 år. Videre er det også av betydning om søkeren er over eller under 16 år. Dette har sammenheng med at søkere mellom 16 og 18 år kan gis en midlertidig oppholdstillatelse i påvente av at søkeren blir voksen.”⁸

Metoden for gjennomføring av aldersundersøkelsen, ekskludert den kliniske undersøkelsen, er fra UDIs side beskrevet slik:⁹

” Tannundersøkelse

Tannundersøkelser utføres i samarbeid med Odontologisk fakultet ved Universitetet i Oslo. Undersøkelsen innebærer en klinisk undersøkelse av tennene med speil og sonde. Videre tas det et stort røntgenbilde av tennene, et såkalt ortopantomogram (OPG). Det kan også være aktuelt med supplerende mindre tannrøntgenbilder.

Under det første møte mellom UDI, søker og hjelpeverge hvor samtykke undertegnes innhenter UDI opplysninger om søkerens oppvekstforhold, herunder kosthold, tannhelse og sykdomshistorie. Disse opplysningene overleveres tannlegen i et eget dokument, og er en del av tannlegens vurderingsgrunnlag.

Vurderingen av søkerens alder ut fra tannundersøkelsen er basert på flere ulike metoder, og i hovedkonklusjonen tas det hensyn til resultatene fra alle metodene. UDI vil dermed ikke ta hensyn til de ulike delresultatene, men forholder seg til hovedkonklusjonen.

Forts. neste side.

⁷ IM 2007-020

⁸ Utlendingsdirektoratet: ”Utvidet aldersundersøkelse”, udatert tekst angående endringene som trådte i kraft 05.10.2009

⁹ Ibid

Forts. fra forrige side

Håndrotundersøkelse

Ullevål universitetssykehus gjennomfører håndrotundersøkelsen som sier noe om søkerens skjelettalder.

Undersøkelsen består av røntgen av søkerens hånd og håndleddet. Røntgenbildet sammenlignes med tabeller som angir skjelettmodning fordelt på alder og standardavvik/variasjonsområde innenfor hver aldersgruppe siden det normalt vil være en viss variasjon i skjelettmodningen for hver aldersklasse og kjønn

Normal skjelettvekst er normalt avsluttet ved 19-års alderen for gutter og ved 18-års alderen for jenter. Da vil normalt alle vekstsoner i fingre og håndledd lukket og normalt sett vil man ikke vokse noe mer.

Når skjelettveksten er avsluttet kan en røntgenundersøkelse ikke si noe nærmere om søkerens alder utover at gutten er 19 år eller eldre eller at jenta er 18 år eller eldre.

Medisinsk uttalelse

Når de to nevnte undersøkelsene er foretatt, vil Barneklubben på Ullevål universitetssykehus gjennomføre en sammenfattende analyse av alle delresultatene. På grunnlag av dette gis det en medisinsk uttalelse av hva som anses som en antatt korrekt alder.

Allmenn observasjon

Alle som er i kontakt med søkeren mens asylsøknaden er til behandling skal melde fra hvis man reagerer på den oppgitte alder. Det gjelder blant annet politiet som registrerer søkerne, de som gjennomfører asylintervjuene, de mottaksansatte og hjelpevergen.”

Den kliniske undersøkelsen, som er særlig gjenstand for vurdering i nærværende betenkning, beskrives i samme dokument som følger:

"Klinisk undersøkelse.

Den kliniske undersøkelsen gjennomføres som en konsultasjon med lege hvor det benyttes tolk i samtalen (tefontolking). Før asylsøker vises inn til legen veies og måles søker av en sykepleier. Legen innleder undersøkelsen ved å gå i gjennom helseskjemaet sammen med søker og eventuelt stille oppfølgingsspørsmål. Deretter gjennomføres en kroppsundersøkelse som forutsetter at søker kler av seg. Huden inspiseres visuelt, blant annet etter arr og andre skader. Hjerte og lunger lyttes på med stetoskop. Reflekser undersøkes med lett salg på arm og kne med reflekshammer. Munnhule og svelg undersøkes med lys og spatel. Legen undersøker manuelt lymfekjertler i hals, armhuler og lysken, samt trykker på buken for å undersøke indre organer. Videre gjøres en visuell undersøkelse av behåring i ansikt, armhuler og nedre kjønnsorganer. Hos gutter gjøres det til slutt en manuell undersøkelse av testikler."

Etter vurdering av funnene som inngår i aldersundersøkelsen kreves det klar sannsynlighetsovervekt til for at søkeren er over 18 år, før alder endres basert på resultatene fra aldersundersøkelsene.¹⁰ Tvil om alder skal komme søkeren til gode.¹¹

I forbindelse med arbeidet med betenkningen fant utrederne det nødvendig å innhente nærmere informasjon fra medisinsk hold angående betydningen av undersøkelsen av kjønnsorganer for aldersundersøkelsen som sådan. Vårt spørsmål var hvilken rolle den intime undersøkelsen av genitalia spiller innenfor den kliniske undersøkelsen, samt i hvilke tilfeller den intime undersøkelsen kunne være avgjørende for å vurdere hvorvidt en person er over eller under 18 år, alternativt over eller under 16 år.

Klinikksjef Jens Grøgaard ved Ullevål Universitetssykehus, Barneklubben, besvarte våre spørsmål i brev til Norsk Folkehjelp 18.12.2009.¹² Grøgaard understreker her at den kliniske undersøkelsen skal bidra til å *kvalitetssikre* resultatene fra tann- og skjelettundersøkelsene ved avdekking av eventuelle kroniske sykdommer som kan ha hatt innvirkning på resultatene disse undersøkelsene. Vi tolker dette slik at den kliniske undersøkelsen ikke er den bærende komponenten i den sammensatte aldersundersøkelsen (i motsetning til tann- og skjelettundersøkelsen), men nettopp et viktig verktøy for kvalitetssikring. Grøgaard informerer videre om at Barneklubben etter gjennomgang av ca 200 tann- og skjelettundersøkelser har funnet at den kliniske undersøkelsen vil kunne bidra til en mer sikker konklusjon hos ca. hver sjettede asylsøker. Fra et medisinsk synspunkt vurderer Grøgaard at en klinisk undersøkelse der inspeksjon av genitalia ikke er gjort er "ufullstendig og kanskje meningsløs".

Ullevål Universitetssykehus ved klinikksjef Grøgaard oversendte videre den 25.11.2009 en mer detaljerte beskrivelse av undersøkelsen til UDI:

¹⁰ Utlendingsdirektoratet, praksisnotat av 5. desember 2008, PN 2008-039, punkt 3.1.

¹¹ UDIs nettsider, <http://www.udi.no/templates/Tema.aspx?id=7552#hvem>

¹² Brev fra Klinikksjef Dr. Med. Jens Grøgaard til Norsk Folkehjelp datert 18.12.2009

”Vurdering av pubertetsutvikling skjer ved inspeksjon av behåring i ansikt, armhuler og rundt genitalia. Hos menn vurderes testikkel-utvikling først og fremst ved visuell vurdering (uten berøring av testiklene). Dersom testiklene vurderes som ikke fullt utviklet gjøres en palpasjon (berøring) , med vurdering av testikkelstørrelse. Her benyttes et testometer bestående av ca 10 tre-atrupper på et snøre med størrelse fra 3 kvadratcentimeter til 15 kvadratcentimeter for å sammenlikne asylsøkers testikkelstørrelse. Testometeret er undersøkers hjelpemiddel, dette er ikke i berøring med asylsøker. Testometeret brukes kun dersom asylsøker ved visuell vurdering ikke ser ut til å være fullpubertert (16-17 år) Hos øvrige er det ikke nødvendig med berøring av genitalia. Kvinner vil kun vurderes visuelt mht kjønnsbehåring. Det skal ikke utføres gynekologisk undersøkelse. Kvinner vurderes mht brystutvikling, visuelt, uten berøring. Ved undersøkelsen vil en helsearbeider være i undersøkelsesrommet i tillegg til legen. Dersom en asylsøker ikke ønsker visuell vurdering av genitalia vil dette ikke utføres. Konklusjonen fra somatisk klinisk undersøkelse vil da nødvendigvis måtte gis med visse forbehold.”¹³

I motsetning til den beskrivelsen UDI ga i oktober 2009, fremgår det nå fra sykehusets hold at berøring av gutters testikler kun vil skje dersom søkeren ved visuell vurdering ikke ser ut til å være fullt utviklet pubertetsmessig. Utrederne har merket seg dette. Etter vår vurdering er den rettslige problemstillingen imidlertid tilnærmet den samme uavhengig av om man legger til grunn UDIs egen beskrivelse av aldersundersøkelsen eller Ullevål Universitetssykehus sin beskrivelse. Dette da det under enhver omstendighet i rettslig forstand vil være snakk om et inngrep i det enkelte barnets integritet, med de konsekvenser dette har for utforming av undersøkelsen og de rettslige rammene rundt denne.

4.1 Hvor presis er aldersundersøkelsen?

Den helhetlige metoden som har blitt lansert bygger på anbefalinger fra en internasjonal ekspertgruppe, som i 2001 etablerte retningslinjer for hvordan alder best kunne fastslås på levende mennesker der dette oppsto som et spørsmål i straffesaker.¹⁴ Gruppen kom til at en kombinasjon av i) fysisk undersøkelse hvor man vurderer fysiske tegn til seksuell modning, og ser etter tegn til vekstforstyrrelser som kan affisere resultatene av aldersundersøkelsen, ii) røntgenundersøkelse av venstre hånd og iii) vurdering av tannforholdene, ville gi det mest presise resultatet.

Et viktig spørsmål er etter dette med hvilken grad av presisjon den intime delen av den kliniske undersøkelsen kan bidra med noe til aldersundersøkelsen. Hva kan man utlede vedrørende den undersøktes alder på grunnlag av seksuell modning, og hvor ofte vil det statistisk sett forekomme vekstforstyrrelser som påvirker resultatene i undersøkelsen, og som kan oppdages ved den kliniske undersøkelsen?

¹³ Brev fra Klinikksjef Dr. Med. Jens Grøgaard til UDI datert 25.11.2009

¹⁴ Schmelting A, Olze A, Reisinger W, Geserick G. Age estimation of living people undergoing criminal proceedings, Lancet, 2001; 358; 89-90.

Arbeids- og inkluderingsdepartementet vurderte spørsmålet i Ot.prp. 17 (2006-2007), og konkluderte her med at det ikke er noe som taler med at slike undersøkelser vil være egnet til å avgjøre de sakene der det er grunn til å tro at utlendingen er over 18 år.¹⁵

4.2 Søkergruppens kulturelle bakgrunn

Unge asylsøkere vil ofte ha en helt annen kulturell bakgrunn for forståelse av hva legeundersøkelsen går ut på. Dette får betydning for vurderingen av hvor inngripende undersøkelsen er overfor søkeren.

Før beslutningen om bruk av klinisk undersøkelse av enslige mindreårige asylsøkere ble fattet, innhentet Utlendingsdirektoratet en vurdering fra Utlendingsforvaltningens fagenhet for landinformasjon (Landinfo) angående den kulturelle konteksten rundt kroppsundersøkelse av lege for henholdsvis afghanere, somaliere og eritreere. Landinfo formidlet følgende syn angående afghanere, og mente at de samme vurderinger måtte gjelde for somaliere og eritreere:

”Afghanere er generelt ikke vant til å vise kroppen sin til andre mennesker. For muslimske menn er området fra navlen til knær ansett som privat og skal ikke vises til verken andre menn eller kvinner, for muslimske kvinner (ikke bare afghanske) er hele kroppen privat for andre menn, og området navle til knær privat for andre kvinner. (Eksempelvis vil menn i offentlige bad i Afghanistan beholde buksene på og heller ikke dusje i fellesdusjer med andre menn. Kvinner er i større grad vant til å vise kroppen sin til andre kvinner.)

Imidlertid vil en afghaner (muslim) vanligvis gjøre unntak for å vise kroppen sin til en lege, og legen kan ta på kroppen, også den delen som er privat. Det er viktig at dette gjøres i enerom og på en profesjonell måte. Den delen av undersøkelse hvor private deler avkles, må gjøres så kort som mulig, og man må være forsiktig med å spørre og snakke for mye rundt det (vår utheving).

Menn må undersøkes av mannlig lege, kvinner av en kvinnelig lege. Siden svært mange afghanere ikke har tilgang til helsetjenester i hjemlandet, må man ta høyde for at enkelte aldri før har vært hos en lege, og aldri vært i en situasjon hvor man blir bedt om å kle av seg på denne måten. Det må m.a.o. gis god og utfyllende informasjon i forkant (på eget språk) på hva som skal skje og hvorfor. Det kan også være nyttig og gi generelle hygieneråd i forkant, f. eks at man bør vaske seg før undersøkelsen.

Menn må være alene med legen (ikke andre tilstede), kvinner kan ønske å ha med seg en kvinnelig slektning, ev. ektemann som kan hjelpe til med å forklare hva som skal skje. For ugifte kvinner er det viktig at de er trygge på at undersøkelsen ikke medfører skade på jomfruhinne. Afghanere er videre svært engstelige for sprøyter herunder også blodprøver. Det må derfor brukes tid på å forklare dette nøye. Kvinnelig helsepersonell kan godt ta blodprøve på en mann.”¹⁶

¹⁵ Ot.prp. 17 (2006-2007) s 13

¹⁶ ”Innspill fra Landinfo til UDI vedrørende ny aldersundersøkelse” - E-post fra Jörg Lange til Linn M. Krane datert 28.08.2009

I brev rettet til AID dato tolker UDI den informasjon som er fremlagt av Landinfo dit at det ikke foreligger "avgjørende innvendinger mot at de største gruppene av EMA som søker asyl i Norge underkastes en slik undersøkelse". Videre skrives at "[D]et er også verdt å merke seg at dette er undersøkelser alle norske gutter gjennomgår."

Ser man nærmere på unntakssituasjonen der en afghaner vil akseptere kroppsundersøkelse, synes det klart at undersøkelse av underlivet er særlig sårbart. Utrederne merker videre seg at asylsøkeren i Landinfos vurdering gjennomgående omtales som "mann" og "kvinne", og at det refereres til at "kvinner" kan tenkes å ville ha med seg en "ektemann" som kan hjelpe til med å forklare hva som skal skje. Dette indikerer at Landinfo ikke har foretatt sin vurdering med tanke på at undersøkelsen skal gjennomføres på antatt mindreårige asylsøkere, som i denne sammenheng under enhver omstendighet er her i Norge uten noen form for familie eller nettverk. Sammenlikningen til norske gutter, som har erfaring med å gå til lege og som forberedes og følges av familie, er vanskelig å forstå. I tillegg fremgår det av Landinfos vurdering at den stedlige og kulturelle konteksten for vurdering av intimundersøkelsen er lagt til asylsøkernes hjemland, ikke i en ny og absolutt fremmed kultur som Norge vil være for disse ungdommene.

5 Rettslige sider ved aldersundersøkelsen

5.1 To alternative hjemmelsgrunnlag: samtykke og tvang/pålegg

Det første spørsmålet som må stilles er om det foreligger tilstrekkelig hjemmel for aldersundersøkelsen slik den skisseres av UDI og Ullevål Universitetssykehus. Aktuelle grunnlag for undersøkelsen er samtykke eller lovhjemmel. Dersom det foreligger samtykke til et integritetsinngrep og samtykket tilfredsstillende krav til reell frivillighet, er det som hovedregel ikke nødvendig med lovhjemmel. I motsatt fall følger det både av norsk og internasjonal rett at inngrepet må ha lovhjemmel, og at denne må være tilstrekkelig klar og tilgjengelig. Vi vil først undersøke hvorvidt det samtykket som innhentes i dag er tilfredsstillende, og dernest om det foreligger lovhjemmel for inngrepet.

5.1.1 Hvilke krav stilles til samtykket, og er kravene oppfylt?

Kravet til samtykke til inngrep i egen integritetssfære formuleres i juridisk praksis og litteratur som et krav om informert samtykke. Hendriks og Nowak skriver følgende om dette:

"The person concerned can only give his/her voluntary consent when he/she can exercise free power of choice without the intervention of any element of force, fraud, deceit, duress, overreaching, or other ulterior form of constraint or coercion."¹⁷

¹⁷ Aart Hendriks og Manfred Nowak; Western European case-study: The impact of advanced methods of medical treatment on human rights, tilgjengelig i C.G. Weeramantry (Ed.): The impact of technology on human rights: global case-studies, kapittel 6, The United Nations University, 1993

I tilknytning til medisinske undersøkelser beskrives prinsippet om informert samtykke slik av de samme teoretikerne:

"One should realize that the "informed consent" principle in the case of a medical examination is many-sided. First of all, the testee should agree to be treated by a particular health-care provider (freedom of contract). Secondly, the testee should consent to all the medical treatments he/she will be subjected to and indicate what the health-care provider is allowed to do with the test results (the follow-up stage). Both parties to the contract should have a clear and similar understanding of the contents of the freely reached agreement."¹⁸

Samtykke til tiltak som griper inn i enkeltindividets integritet og personlige sfære skal være basert på tilstrekkelig og korrekt informasjon, og skal ikke avgis under press. Den som avgir samtykket skal ha en klar forståelse av hva et samtykke vil innebære.

Spørsmålet som må stilles etter dette er om dagens praksis angående innhenting av samtykke tilfredsstillende denne standarden.

Ettersom aldersundersøkelsen omfatter sensitive personopplysninger kan man innen norsk rett trekke paralleller til det krav som stilles til informert samtykke etter personopplysningsloven § 9 første ledd bokstav a. Datatilsynets holdning angående UDIs metode for innhenting av samtykke er at denne ikke tilfredsstillende lovens krav til informert, frivillig samtykke, og at informasjonen som innhentes således ikke kunne lagres.¹⁹

Det fremgår både av RS 2004-028 og Ot.prp. nr 17 (2006-2007) under pkt 2.3.2 at samtykket blir innhentet under asylintervjuet. Utlendingen skal først informeres om konsekvensene av å ikke samtykke, jf utlendingsloven 1998 § 37 g og utlendingsloven 2008 § 88.

Når det gjelder konsekvensen av manglende samtykke foretas følgende vurdering i Ot.prp nr. 17 (2007-2008):

"Dersom utlendingen ikke samtykker, er det ikke nokon grunn til at tvil om alderen skal kome vedkomande til gode. I praksis vil situasjonen vere at styresmaktene normalt vil sjå bort fra påstander frå søkjaren om at vedkomande er mindreårig, dersom han eller ho nektar å la seg undersøkje".²⁰

Ytterligere en konsekvens av å ikke samtykke til aldersundersøkelse er at søkeren nektes fritt rettsråd ved behandling av asylsøknader i første instans.²¹

Situasjonen er således meget presset for søkeren, forutsatt at han eller hun har mottatt den informasjon om prosessen som vedkommende har krav på. I de fleste tilfeller vil det for asylsøkerens del klart foreligge "duress, overreaching, or other ulterior form(s) of constraint or coercion", i Hendriks og Nowaks ord. Da det ikke foreligger noe skriftlig materiale angående i hvor stor detalj søkeren faktisk blir informert om innholdet i undersøkelsen, er det vanskelig å vurdere denne siden

¹⁸ Ibid

¹⁹ Ot.prp. nr 17 (2006-2007) punkt 3.2.1, gjengivelse av brev fra Datatilsynet til UDI av 24.06.2005

²⁰ Ibid s 13

²¹ Det følger av utlendingsloven § 42 jf utlendingsforskriften § 145 a annet ledd at enslige mindreårige asylsøkere, i motsetning til myndige asylsøkere og mindreårige asylsøkere med familie, ytes fritt rettsråd ved behandling av søknaden i første instans

av spørsmålet. Noen indikasjoner finner man i Redd Barna og NOAS' funn i rapporten "Mamma vet hvor gammel jeg er".²² Funnene indikerer at ungdommene som aldersundersøkes sjelden viste hva aldersundersøkelsen gikk ut på, og ofte ikke forsto hvilken betydning den ville ha for sakens utfall. Selv om asylsøkeren skal ha fått oppnevnt hjelpeverge som også kan bistå med informasjon om dette, indikerer funnene at det rammeverk som er oppstilt for å bistå mindreårige og antatt mindreårige asylsøkere ikke sørger for at vedkommende blir tilstrekkelig opplyst om undersøkelsen.

For å tilfredsstillere kravet må søkeren informeres om at kjønnsorganene som et minimum vil måtte besiktiges, og for gutter at man må påregne at testiklene berøres (palperes).

Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) ble stilt overfor spørsmålet om samtykke til gynekologisk undersøkelse i saken *Y.F. v. Tyrkia*. Saken gjaldt en kvinne som anførte å ha blitt slått med batonger, truet verbalt og truet med voldtekt, og som hadde måttet gjennomgå en gynekologisk undersøkelse direkte etter at hun ble løslatt. Politiet hadde vært tilstede under undersøkelsen, selv om denne fant sted bak et forheng. Domstolens konklusjon om at undersøkelsen innebar konvensjonskrenkelse bygget på at lovskravet etter EMK artikkel 8 (2) ikke var oppfylt. Angående spørsmålet om samtykke uttaler domstolen:

"The Court notes that the applicant's wife complained to the authorities that she had been forced to undergo a gynaecological examination against her will (...). For their part, the Government contended that it would not have been possible to perform such an examination without the consent of Mrs F., who could have objected to it when she was taken to the doctor's consulting room. However, the Court considers that, in the circumstances, the applicant's wife could not have been expected to resist submitting to such an examination in view of her vulnerability at the hands of the authorities who exercised complete control over her throughout her detention (...)."²³

Det prinsipielle spørsmålet EMD stiller seg er om enkeltindividet kunne forventes å motsette seg handlingen i lys av dets sårbarhet vis à vis myndighetenes kontroll. Forskjellen fra denne saken til aldersundersøkelser av enslige mindreårige asylsøkere er at den tyrkiske kvinnen var fysisk kontrollert, i kraft av politiets tilstedeværelse.

I situasjoner av fysisk kontroll skjerpes statens forpliktelse til ivaretagelse av konvensjonen betraktelig. Følgelig kan det ikke direkte konkluderes med at en situasjon preget av psykisk kontroll, som i asylintervjuet, ville lede til samme resultat. Det er imidlertid den subjektive oppfatning hos den unge asylsøkeren som skal legges til grunn ved vurderingen, ikke hvordan situasjonen ser ut objektivt sett. Vedkommende vet at asylsøknaden vil behandles etter reglene for voksne søkere dersom samtykke ikke blir gitt. Vedkommende skal ha blitt gjort kjent med konsekvensene av dette. Følgelig kan man vanskelig se for seg at en gjennomsnittlig asylsøker mellom 16 og 18 år fra krigsgherjede land som Afghanistan, Somalia eller Eritrea, som kan ha mistet sin familie og under enhver omstendighet befinner seg meget langt borte fra denne, vil kunne motsette seg undersøkelsen. Hjelpeverges tilstedeværelse under intervjuet har liten betydning i så måte.

Etter vår vurdering er en forutsetning for at det innhentede samtykket kan anses som reelt frivillig, at

²² Redd Barna og NOAS: Mamma vet hvor gammel jeg er, En kartlegging av aldersvurderingen av enslige mindreårige asylsøkere, 2006

²³ EMDs sak *Y.F. v Tyrkia*, saksnr. 24209/94 § 34

manglende samtykke *ikke* vil ha innvirkning på asylsøknaden, og at dette presiseres for søkeren før samtykket innhentes.

5.1.2 Foreligger det lovhjemmel for den kliniske undersøkelsen?

Gjennomføring av den intime delen av kroppsundersøkelsen som beskrevet av Ullevål Universitetssykehus og UDI er, dersom det ikke foreligger informert samtykke, et tiltak som krever lovhjemmel både av hensyn til det nasjonale legalitetsprinsippet og som følge av EMK og KSPR. Som følge av vår konklusjon hva gjelder kvaliteten på samtykket etter dagens praksis må man derfor undersøke hvorvidt den hjemmel som foreligger er tilstrekkelig.

Asylsøkere hadde etter utlendingsloven 1998 § 37 en plikt til å medvirke til avklaring av sin identitet, herunder alder. Spesifikk hjemmel for aldersundersøkelsen fremgikk av utlendingsloven § 37g, hvorefter utlendingen kunne "anmodes om å la seg undersøke for å klargjøre alderen", dersom det "ikke er mulig å fastslå med rimelig sikkerhet om utlendingen er over eller under 18 år". Resultatene av aldersundersøkelsen skulle "vurderes i forhold til de øvrige opplysningene i saken". Dersom utlendingen avslår å la seg undersøke, skulle han eller hun gjøres oppmerksom på at dette kunne få betydning for vurderingen av saken. Den 01.01.2010 trådte ny utlendingslov i kraft (utlendingsloven 2008).²⁴ Lovgrunnlaget for aldersundersøkelsen er her inntatt i § 88. Med unntak av en noe annen praktisk utforming er teksten identisk med tidligere gjeldende rett.

Verken gammel eller ny utlendingsforskrift inneholder presiserende bestemmelser vedrørende aldersundersøkelsen.²⁵ Det fremgår imidlertid av rundskriv 2004-028 punkt 3 D at intervjuenheten skal informere søkeren om "hva en aldersundersøkelse er og konsekvensene av en slik undersøkelse".²⁶

Lovteksten gir ikke hjemmel for tvangsmessig aldersundersøkelse, men legger opp til at direktoratet kan "anmode" utlendingen om å la seg undersøke. Selve hjemmelen finner man altså i samtykke fra den enslige mindreårige asylsøkeren selv, som vi mener neppe er tilfredsstillende i rettslig forstand (ikke basert på reelt, informert samtykke).

Følgelig foreligger det i dag ikke tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for verken tvangsmessig (pålagt) eller frivillig aldersundersøkelse. Forutsetning for at samtykke skal kunne utgjøre grunnlag for undersøkelsen er at dette er reelt frivillig og basert på god informasjon som vedkommende asylsøker kan ventes å forstå. Når dette ikke er tilfellet, må det kreves en klarere lovhjemmel enn det man har i dag.

5.2 Forholdet til internasjonale menneskerettigheter

²⁴ Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven), LOV 2008-05-15 nr 35

²⁵ Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 21.12.1990 nr 1028 og forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15.10.2009 nr 1286

²⁶ UDI RS 2004-028 punkt 3 D

Flere internasjonale forpliktelser setter rammer for bruk av kroppslige undersøkelser, både overfor barn og voksne. Av særlig betydning er Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 8 og FNs konvensjon om sosiale og politiske rettigheter (KSPR), som verner om enkeltmenneskets rett til respekt for sitt privatliv. EMK oppstiller videre i artikkel 3 et absolutt vern mot "nedverdiggende og umenneskelig behandling", som kan tenkes å få betydning. Tilsvarende vern er oppstilt i KSPR artikkel 7 og i FNs Barnekonvensjon (BK) artikkel 37. FNs konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende straff artikkel 16 nr. 1 oppstiller på sin side et særlig vern mot "other acts of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment which do not amount to torture". I den følgende fremstilling vil vi foreta en nærmere drøftelse av disse skrankene.

5.2.1 Vernet mot nedverdiggende behandling (EMK artikkel 3)

EMK artikkel 3 lyder: "*No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment*". Det aktuelle alternativet for vurdering av konvensjonskrenkelse ved bruk av den kliniske undersøkelsen som er beskrevet over, er den nederste kategorien av konvensjonsstridig behandling: "degrading treatment", i den norske konvensjonsteksten oversatt til "nedverdiggende behandling".

EMD har oppstilt en høy minstetærskel ved vurderingen av om det foreligger krenkelse av bestemmelsen. Handlingens art, varighet og virkning er i så måte sentral. Det er allmenn enighet om at EMK artikkel 3 fastsetter en absolutt og primært objektiv standard til etterlevelse av konvensjonspartene.

Om krenkelsen er intendert fra den krenkende part er ikke avgjørende, men dette kan få betydning ved vurderingen av om minimumsterskelen for anvendelse av bestemmelsen er overskredet.²⁷ Dommen *Tyrer v Irland* fra 1978 kan i så måte trekkes frem som eksempel: her konkluderte domstolen med at kroppslig avstraffelse av en 15 år gammel skoleelev ikke utgjorde tortur eller umenneskelig behandling, men at avstraffelsen måtte ansees som "nedverdiggende" i konvensjonens forstand. I denne vurderingen var nettopp statens beviste påføring av behandlingen sentral.²⁸ Saken skiller seg fra tilfellet aldersundersøkelse ved at behandlingen i *Tyrer* var en lovfestet straffreaksjon mot mindreårige, og kunne beskrives som institusjonalisert vold. En premiss fra *Tyrer* er imidlertid interessant for vurdering av aldersundersøkelsen, nemlig domstolens vurdering av at det kan være tilstrekkelig at offeret føler seg nedverdiggende i egne øyne.²⁹ Dette er gjentatt i flere dommer, blant annet *Raninen v Finland* fra 1997 (avsnitt 55), hvor de faktiske forholdet omhandlet en militærneker som hadde blitt ført i håndjern fra et fengsel og inn i en bil på vei til et militært sykehus.³⁰ Domstolen konkluderte med at klagerens opptreden på det aktuelle tidspunktet ikke nødvendiggjorde bruk av håndjern, og han var synlig for andre mennesker da han gikk inn i politibilen. Mannen følte seg ydmyket. EMD kom etter en konkret vurdering til at slike forhold likevel ikke var alvorlige nok til at artikkel 3 kunne anvendes (se dommens avsnitt 52-59).³¹

²⁷ *EMD Algur v Tyrkia saksnr 32574/96 § 38, EMD Bensaid v Storbritannia saksnr 44599/98 § 34 og EMD Peers v Hellas saksnr 28524/95 § 74*

²⁸ *EMD Tyrer v Irland saksnr 5856/72 § 27*

²⁹ *Ibid § 32*

³⁰ *EMD Raninen v Finland saksnr 152/1996/771/972*

³¹ Møse s 214

Også i dommen *Smith and Grady v. UK* fra 1999 ble alternativet ”nedverdiggende behandling” vurdert.³² Saken gjaldt innholdet i den inngripende etterforskningen britiske Royal Air Force gjennomførte i forbindelse med to tjenestepersoners erkjennelse av egen homoseksualitet. Begge måtte besvare svært intime spørsmål om eget privatliv, herunder seksualliv. Domstolen konkluderte med at alvorlighetsterskelen etter EMK artikkel 3 likevel ikke var overskredet (det ble i stedet konkludert med krenkelse av EMK artikkel 8).

Undersøkelsen av asylsøkernes kjønnsorgan må i de fleste tilfeller antas å være meget ubehagelig for den enkelte asylsøker. Den inngripende behandlingen (visuell vurdering og i enkelte tilfeller berøring) vil likevel være gjennomført på kort tid. Undersøkelsen er villet fra statens side, men den er ikke straff i EMKs forstand. Asylsøkerens kulturelle forutsetninger er relevante, men medfører likevel etter vår mening at den strenge terskelen etter EMK artikkel 3 ikke er overskredet. Etter dette utgjør antakelig ikke den intime delen av aldersundersøkelsen brudd på det konvensjonsbaserte vernet mot nedverdiggende behandling.

Terskelen for ”nedverdiggende” behandling er tilsvarende streng etter FNs konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende straff (UN CAT) artikkel 16 nr. 1, og den praksis FNS torturkomité her har oppstilt. Følgelig foretar vi ingen separat drøftelse av forholdet til denne bestemmelsen.

5.2.2 Vernet om privatliv (EMK artikkel 8)

Enkeltmenneskets rett til vern om sitt privatliv er beskyttet både gjennom EMK artikkel 8 og KSPR artikkel 17. Utrederne vil primært fokusere drøftelsen rundt førstnevnte artikkel, slik denne har utkrySTALLISERT seg gjennom EMDs praksis. Drøftelsen bygger videre på konklusjonen under punkt 5.1 om at samtykket til aldersundersøkelsen som innhentes av Utlendingsforvaltningen ikke reelt sett er frivillig, og således ikke kan ansees som et ”informert samtykke”.

Artikkel 8 lyder:

1. Alle har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
2. Det skal ikke være noen forstyrrelser av offentlig myndighet med utøvelsen av denne rettighet unntatt som er i samsvar med lov og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller økonomisk velferd i landet, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for beskyttelse av rettigheter og friheter.

Kriteriene for vurderingen av om det foreligger brudd på artikkelen er altså for det første om det foreligger et inngrep i privatlivet. Dersom det foreligger et inngrep i den beskyttede privatlivssfæren må staten godtgjøre at dette skje i samsvar med EMDs lovskrav, bygger på et legitimt formål og endelig at det kan anses som ”nødvendig i et demokratisk samfunn”.

Innebærer intimundersøkelsen inngrep i asylsøkernes privatliv?

³² EMD *Smith and Grady v Storbritannia* saksnr 33985/96 og 33986/96

Begrepet privatliv slik det anvendes i EMK artikkel 8 skal forstås bredt, og omfatter helt klart en persons fysiske og psykiske integritet. I dommen *F.Y. v. Tyrkia*, omtalt under punkt 5 ovenfor, uttaler domstolen følgende om begrepet:

“The Court observes that Article 8 is clearly applicable to these complaints, which concern a matter of “private life”, a concept which covers the physical and psychological integrity of a person (see *X and Y v. the Netherlands*, judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, p.11, § 22). It reiterates in this connection that a person's body concerns the most intimate aspect of private life. Thus, a compulsory medical intervention, even if it is of minor importance, constitutes an interference with this right (see *X v. Austria*, no. 8278/78, Commission decision of 13 December 1979, Decisions and Reports (DR) 18, p. 155, and *Acmanne and Others v. Belgium*, no. 10435/83, Commission decision of 10 December 1984, DR 40, p. 254).”³³

Tilsvarende ble det i dommen *Wretlund v. Sverige* fra 1999 forutsatt at pliktig avgivelse av urinprøver som ledd i arbeidsgivers kontroll med ansattes alkohol- og narkotikamisbruk kunne utgjøre et inngrep i den ansattes integritet og privatliv.³⁴

Til videre illustrasjon bør FNs Menneskerettighetskomites General Comment no. 16 av 1988 trekkes frem. Følgende uttales vedrørende vernet om privatliv inntatt i KSPR og gjennomføring av kropplige undersøkelser (avsnitt 8):

“So far as personal and body search is concerned, effective measures should ensure that such searches are carried out in a manner consistent with the dignity of the person who is being searched. Persons being subjected to body search by State officials, or medical personnel acting at the request of the State, should only be examined by persons of the same sex.”³⁵

Uten nærmere vurdering anser utrederne det etter dette som klart at den intime delen av aldersundersøkelsen må anses å utgjøre et inngrep i asylsøkerens privatliv.

Spørsmålet er etter dette om inngrepet bygger på et legitimt formål, om lovkravet er tilfredsstillt og om inngrepet kan anses som proporsjonalt og nødvendig i et demokratisk samfunn.

Kan intimundersøkelsen begrunnes ut fra et legitimt formål?

De legitime hensyn i henhold til EMK artikkel 8 (2) er: nasjonal sikkerhet, offentlige trygghet eller økonomisk velferd, forebygging av uorden eller kriminalitet, beskyttelse av helse eller moral og til sist beskyttelse av borgernes rettigheter og friheter.

I asylsaker og andre utlendingssaker anfører staten som oftest ivaretagelse av offentlig trygghet (“public order”), statens økonomiske velferd (“the economic well-being of the country”) og

³³ EMD *Y.F. v Tyrkia* saksnr 24209/94 § 33

³⁴ EMD *Wretlund v Sverige* saksnr 46210/99

³⁵ CCPR General comment 16 - *The right to respect of privacy, family, home and correspondence, and protection of honour and reputation* (Art. 17). Doc 08/04/88. Tilgjengelig på

<http://graduateinstitute.ch/faculty/clapham/hrdoc/docs/hrcgc16.html>

beskyttelse av borgernes rettigheter og friheter ("protection of the rights and freedoms of others") som det legitime hensyn.

Formålet med selve aldersundersøkelsen er naturligvis å avklare om en asylsøker skal behandles som voksen eller barn. Formålet med selve den intime delen av aldersundersøkelsen er å supplere tann- og håndrotsundersøkelsen, samt å luke ut tilfeller der søkeren har hormonelle forstyrrelser eller liknende hvor disse undersøkelsene vil gi gale resultater. Ullevål universitetssykehus har oppgitt at det ikke vil kunne ta ansvar for en aldersundersøkelse med mindre den også innebefatter slik klinisk undersøkelse.³⁶ I snever forstand er altså formålet å bedre kvaliteten på aldersundersøkelsen.

Verken hensynet til offentlig trygghet eller beskyttelse av borgernes rettigheter og friheter er formål som legitimerer undersøkelse av asylsøkeres kjønnsorganer. Spørsmålet blir da om hensynet til statens økonomiske velferd er relevant. EMD har konkludert positivt på dette i enkelte utlendingssaker, og da særlig vist til forhold som presset arbeidsmarked og/eller befolkningstetthet.³⁷ Utrederne tviler på om statens økonomiske velferd vil kunne anføres som relevant for innføring av underlivsundersøkelsen, ettersom den intime delen av undersøkelsen vil ha betydning i svært få tilfeller der det foreligger tvil om søkerens alder.

Er lovskravet tilfredsstillt?

EMK artikkel 8 krever at inngrep i enkeltmenneskets privatlivssfære skjer "in accordance with the law". Lovskravet etter EMK kan tilfredsstilles ved hjemmel i både lov, sedvane, rettspraksis og administrativ praksis, og er således noe mer fleksibelt en det nasjonale legalitetsprinsippet.³⁸ Realiteten i kravet er at det aktuelle tema må være *tilgjengelig* og *tilstrekkelig presist*.

Lovskravet etter EMK er i stor grad basert på hensynet til forutberegnelighet for enkeltmennesket, mens det nasjonalrettslige lovskravet også bygger på demokratiske hensyn. EMD har på sin side formulert hensynene som følger:

"Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice."³⁹

³⁶ E-post fra klinikkssjef Jens Grøgaard ved Ullevål universitetssykehus til Utlendingsdirektoratet, datert 15.09.2009, hvor det understrekes at sykehuset: "...ikke (kan) påta oss en klinisk undersøkelse som skal danne grunnlaget for vår kliniske vurdering av asylsøkers alder uten å inkludere behåring og testikkelstørrelse". E-posten er gjengitt av UDI i brev til Arbeids- og Inkluderingsdepartementet datert 22.09.2009

³⁷ F.eks EMD *Berrehab v Nederland* saksnr 10730/84

³⁸ EMD *Sunday Times v Storbritannia* saksnr 6538/74 § 47

³⁹ Ibid § 49

Saken det her er referert fra gjelder EMK artikkel 10 (vernet om individets ytringsfrihet), men det følger av sikker praksis ved EMD at lovskravet etter EMK artikkel 8 er det samme som etter denne bestemmelsen.⁴⁰

Vi har redegjort for lovhjemmelen for aldersundersøkelsen i punkt 5.2. Kravet om hjemmel i lov gjelder i tilfeller der det ikke foreligger informert samtykke fra borgeren som utsettes for et inngrep i rettighetsfæren. Da det ikke foreligger hjemmel for å *pålegge* asylsøkeren å gjennomføre aldersundersøkelsen, og vi tidligere har konkludert med at det samtykket som innhentes neppe er et reelt og informert samtykke, er konvensjonens lovkrav på generelt grunnlag ikke oppfylt.

Utredningene vurderer det som lite hensiktsmessig å innta lovhjemmel for tvangsmessig undersøkelse av unge asylsøkeres kjønnsorganer. For å løse problemet vil det være mer fornuftig å utarbeide regelverk og rutiner angående asylsøkerens samtykke, som innebærer at de samtykker som avgis kan anses som reelle og informerte. Vi ser det slik at informert samtykke kun kan foreligge dersom det klart fremgår at reservasjon mot aldersundersøkelsen ikke vil ha innvirkning på asylsøknaden. Alternativt vil man måtte operere med ulikt regelverk for innhenting av samtykke når det gjelder aldersundersøkelsen på den ene siden, og på den annen side den intime delen av kroppsundersøkelsen.

Er intimundersøkelsen nødvendig i et demokratisk samfunn?

Det inngrepsvilkåret etter EMK artikkel 8 som oftest leder til krenkelse i utlendingssaker er nødvendighetskravet, ofte bare omtalt som proporsjonalitetskravet. Kravet innebærer imidlertid to vilkår: inngrepet må for det første bygge på et tvingende samfunnsmessig behov, og det må være proporsjonalt sett opp mot dette behovet. I denne vurderingen er statene gitt en skjønnsmargin hvilket innebærer at de i stor grad selv kan foreta vurderinger ad grensedragningen. Likevel er det EMD som til slutt foretar vurderingen av om inngrepet er begrunnet tilstrekkelig og ut fra relevante hensyn.

Foreligger det således et konkret samfunnsbehov som nødvendiggjør den intime delen av aldersundersøkelsen? I følge Utlendingsdirektoratets statistikk opplevde Norge en tredobling av antallet enslige mindreårige asylsøkere sammenliknet med 2007. Direktoratet forventer at 2400 søkere vil oppgi å være enslige mindreårige i 2009. Fra 2006 har man videre utledet at 38 % av asylsøkerne som oppgav å være mindreårige faktisk var voksne. Dette innebærer ca 500 personer dette året.

Nettopp på den bakgrunn at det forekommer tilfeller der voksne asylsøkere enten bevisst eller ubevisst oppgir å være barn kan staten argumentere med at det foreligger et tvingende samfunnsmessig behov. Det å gjennomføre en aldersundersøkelse vil på dette bakteppet i mange tilfeller være helt nødvendig for å kunne anvende regelverket på enkeltsakene. Spørsmålet må imidlertid stilles mer konkret enn som så. Det aktuelle tema er ikke om det er behov for aldersundersøkelsen, men om det er behov for undersøkelsen av asylsøkernes kjønnsorganer som del av denne.

I forhold til EMK artikkel 8 (2) må imidlertid betydningen av intimundersøkelsen vurderes opp mot hvilken innvirkning denne får på *hele* undersøkelsen, ikke bare den separate kliniske undersøkelsen.

⁴⁰ EMD *Silver m.fl v Storbritannia* saksnr 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 og 7136/75

Sammenstilt med den vurdering utrederne har mottatt fra Klinikksjef Jens Grøgård vedrørende det statistiske antallet tilfeller der undersøkelsen av kjønnsorganer vil kunne ha betydning for konklusjonen med henhold til alder (kapittel 4), kan vi ikke se at det foreligger noe tvingende samfunnsmessig behov for gjennomføring av den intime delen av aldersundersøkelsen. Dersom denne delen av den kliniske undersøkelsen fra medisinsk hold vurderes å ha betydning for hver sjette aldersundersøkelse, innebærer dette ut fra tallene man har fra 2006 at man hvert år, ved denne undersøkelsen, *potensielt* kan konkludere med at 83,3 asylsøkere har en annen alder enn den som er oppgitt. Denne gruppen omfatter altså unge mennesker med en kronisk sykdom el.l. som innebærer at både tann- og røntgenundersøkelsen ikke har blitt tilstrekkelig presis.

Antallet oppgitt mindreårige asylsøkere som etter dette kan "avdekkes" som reelt sett myndige, uavhengig av om de selv var kjent med egen reell alder eller ikke, står etter dette i rettslig forstand ikke i proporsjonalitet til det inngrepet i privatlivets sfære intimundersøkelse av *alle* enslige mindreårige asylsøkere vil være.

Det som fremkommer i brev fra Landinfo til UDI angående de store søkergruppene kulturelle bakgrunn, sammenstilt med den marginale betydning den intime undersøkelsen samlet sett vil ha i sakene, styrker vår konklusjon om at tiltaket under enhver omstendighet ikke vil oppfylle forholdsmessighetskravet etter artikkel 8 (2). I denne sammenheng kan paralleller trekkes til den vurdering Justisdepartementets Lovavdeling foretok med henhold til pliktig HIV-testing av personell som deltar i fredsbevarende operasjoner.⁴¹ Selv om departementet ser at HIV-testingen vil ha en positiv effekt for å avdekke HIV-smitte, vurderes det som "tvilsomt om HIV-testing av personell i fredsbevarende operasjoner er fullt ut tilstrekkelig til å forhindre spredning av viruset". Lovavdelingen konkluderer etter dette at et "generelt påbud om HIV-testing vil kunne komme i strid med EMK artikkel 8". Videre skriver departementet: "Det bør etter vår oppfatning vurderes om HIV-testing kan forbeholdes personell som vil være *særlig utsatt* (vår uthevning) for å smitte andre i tjenesten, og om det kan tas mindre inngripende forholdsregler som forhindrer at eventuelt HIV-smittet personell bringer viruset videre."

Tilsvarende medfører forholdsmessighetskravet at intimundersøkelsen kun kan anvendes i tilfeller der det fremdeles foreligger tvil om alder etter gjennomført tannundersøkelse, håndrotsundersøkelse og øvrig klinisk undersøkelse. Fagpersonalet ved Barneklubben bør videre uttrykkelig måtte ta stilling til om intimundersøkelsen *vil være egnet* til å avklare utfallet av aldersundersøkelsen.

Utrederne mener etter dette at en rent rutinemessig undersøkelse av unge asylsøkeres kjønnsorganer vil komme i konflikt med Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 8 (2), da dette i svært mange tilfeller ikke vil være nødvendig for undersøkelsens utfall.

6. Avsluttende bemerkninger og konklusjon

Uavhengig av Høyesteretts rettskildemessige vurdering av General Comments fra FNs overvåkningsorganer, vil vi avslutningsvis trekke frem følgende sitat fra FNs Barnekomité:

⁴¹ Justisdepartementets Lovavdeling: HIV-testing som betingelse for å tjenestegjøre i fredsoperasjoner, 25.02.2002, Saksnummer: 2001/9253 EO TME/CSV

“Prioritized identification of a child as separated or unaccompanied immediately upon arrival at ports of entry or as soon as their presence in the country becomes known to the authorities (art. 8). Such identification measures include age assessment and should not only take into account the physical appearance of the individual, but also his or her psychological maturity. Moreover, the assessment must be conducted in a scientific, safe, child and gender-sensitive and fair manner, avoiding any risk of violation of the physical integrity of the child; giving due respect to human dignity; and, in the event of remaining uncertainty, should accord the individual the benefit of the doubt such that if there is a possibility that the individual is a child, she or he should be treated as such”⁴²

Vi vil også bemerke at Arbeids- og inkluderingsdepartementet i forarbeidene til utlendingsloven § 37 g konkluderte med at det ikke forelå *”tungtvegende etiske eller personvernmessige omsyn som taler mot å praktisere aldersundersøkingar”*. Departementets vurdering her bygget imidlertid eksplisitt på en forutsetning om at *”det ikkje er aktuelt i norsk praksis å gjere slike intimundersøkingar som Juss-Buss har nemnt som døme på moglege krenkjande undersøkingsmetodar. Det er heller ikkje noko som taler for at slike undersøkingar ville vere eigna til å avgjere dei sakene der det er grunn til å tru at utlendingen er over 18 år”*.⁴³ De undersøkelser det her refereres til, og som Juss-Buss trakk frem som potensielt problematiske, var nettopp slike intimundersøkelser som nå er planlagt i kraftsatt.

Før den kliniske delen av aldersundersøkelsen var planlagt ikraftsatt 05.10.2009 rettet UDI en henvendelse til AID. Her ble departementet bedt om å gi en *”tilbakemelding på om denne undersøkelsen kan benyttes, og på hvilke følger det kan få for søkeren om denne helt eller delvis motsetter seg å delta ved denne utvidede aldersundersøkelse”*. Departementets svar på henvendelsen foreligger ikke p.t., og utrederne stiller spørsmålstegn ved hvorfor Utlendingsdirektoratet varslet iverksettelse av den kliniske undersøkelsen før departementets syn var avklart.

Det er positivt at aldersundersøkelsen er utvidet for å sikre klarere og bedre resultater enn det man har sett hittil. Således vil en kombinasjon av tannundersøkelse, håndrotsundersøkelse og en klinisk undersøkelse som ikke innebærer undersøkelse av kjønnsorganer være positivt. Den tiltenkte intime delen av undersøkelsen bør imidlertid ikke innføres før staten fra sin side har foretatt en grundig drøftelse av forholdet til EMK artikkel 8. Vi vurderer denne delen av undersøkelsen, dersom den gjennomføres rent rutinemessig og av alle mindreårige asylsøkere, som kritisk sett opp mot menneskerettighetsvernet.

⁴² General Comment no. 6 (2005) “Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin” side 11

⁴³ Ot.prp. nr. 17 (2006-2007) s 13

Vår samlede konklusjon er etter dette som følger:

1. Ikraftsetting av undersøkelsen vil være i strid med grunnleggende nasjonale rettsprinsipper i det man i dag ikke har tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag i samtykke eller lov.
2. Ikraftsetting av undersøkelsen, slik den er skissert og innen de rettslige rammer utlendingsloven oppstiller, vil også innebære en krenkelse av enkeltmenneskets konvensjonsbeskyttede privatlivssfære jf. EMK artikkel 8.

Kilder

Litteratur

Hans Danelius: Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar til Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, Andra upplagan, Samhälle, Norstedts juridik

C.G. Weeramantry (Ed.): The impact of technology on human rights: global case-studies, The United Nations University, 1993, <http://www.unu.edu/unupress/unupbooks/uu08ie/uu08ie0t.htm>

Torstein Eckhoff: Rettskilelære, 5. Utgave ved Jan E. Helgesen

Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsrett

Lorentzen, Rehof, Trier, Holst-Christensen og Vedsted-Hansen: Den Europæiske Menneskeretskonvention, 2. Utg, bind I

Menneskerettigheter, Erik Møse, 2002

Jon Fridrik Kjølbro, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, 2005

European Council on Refugees and Exiles (ECRE), "Position on Refugee Children", 1996:2

Schmeling A, Olze A, Reisinger W, Geserick G. Age estimation of living people undergoing criminal proceedings, Lancet, 2001; 358; 89-90.

Aart Hendriks og Manfred Nowak; Western European case-study: The impact of advanced methods of medical treatment on human rights, tilgjengelig i C.G. Weeramantry (Ed.): The impact of technology on human rights: global case-studies, kapittel 6, The United Nations University, 1993

Aldersvurdering av mindreårige asyløkere, Rapport fra Kunnskapssenteret Nr 13–2006, Metodevurdering, Nasjonalt kunnskapssenter for helsetjenesten

Redd Barna og NOAS: Mamma vet hvor gammel jeg er, En kartlegging av aldersvurderingen av enslige mindreårige asyløkere, 2006

Lover og forskrifter

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven), LOV-2008-05-15-35

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven), LOV 1988-06-24-64

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), LOV-1999-05-21-30

Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 21.12.1990 nr 1028 og forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15.10.2009 nr 1286

Barnevernloven 17. juli 1992 nr. 100 kapittel 5A, jf. lov 30. mai 2008 nr. 36

Forarbeider

Ot.prp 17 (2006-2007)

Rettspraksis

EMD: Y.F. v Tyrkia, 22.07.2003, sak nr. 24209/94

EMD: Sunday Times v. Storbritannia, 26.04.1979, sak nr. 6538/74

EMD: Silver m/fl v. Storbritannia, 25.03.1983, sak nr. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 og 7136/75

EMD: Malone v. Storbritannia, 02.08.1984, sak nr. 8691/79

EMD: Algur v. Tyrkia, 22.10.2002, sak nr. 32574/96

EMD: Bensaid v. Storbritannia, 06.02.2001 sak nr. 44599/98

EMD: Peers v. Hellas, 19.04.2001, sak nr. 28524/95

EMD: Tyrer v. Storbritannia, 25.04.1978, sak nr. 5856/72

EMD: Smith og Grady v. Storbritannia, sak nr. 33985/96 og 33986/96

Annet

CCPR - General Comment 16 - The right to respect of privacy, family, home and correspondence, and protection of honour and reputation (Art. 17) – doc 08/04/88.

Utlendingsdirektoratet, praksisnotat av 5. desember 2008, PN 2008-039, punkt 2.1

Faktaark om aldersundersøkelsen, UDIs nettsider,
<http://www.udi.no/templates/Tema.aspx?id=7552#hvem>

Dokumenter mottatt fra UDI

Kjøp av aldersundersøkelser til Utlendingsdirektoratet (UDI) – Konkurransgrunnlag - sak 08/1507, 25.03.2008

E-post fra Jörg Lange til Linn M. Krane datert 28.08.2009

Brev fra Sosial- og Helsedirektoratet til UDI, 28.09.2007

Brev fra UDI ved assisterende direktør Frode Forfang og avdelingsdirektør Hanne Jendal til Arbeids- og Inkluderingsdepartementet, 22.09.2009

E-post fra Ullevål Universitetssykehus, gjengitt i e-post fra UDI av 28.09.2009

Utlendingsdirektoratet: "Utvidet aldersundersøkelse", udatert tekst angående endringene som trådte i kraft 05.10.2009

Brev fra Klinikksjef Dr. Med. Jens Grøgaard til Norsk Folkehjelp datert 18.12.2009

Brev fra Klinikksjef Dr. Med. Jens Grøgaard til UDI datert 25.11.2009