



Børne- og Socialministeriet  
Holmens Kanal 22  
1060 København K

Gammeltorv 22  
DK-1457 København K  
Tlf. +45 33 13 25 12  
Fax +45 33 13 07 17

[www.ombudsmanden.dk](http://www.ombudsmanden.dk)  
[post@ombudsmanden.dk](mailto:post@ombudsmanden.dk)

Personlig henvendelse: 10-14  
Telefonisk henvendelse:  
Man.-tors. 9-16, fre. 9-15

---

### **Hjemmelsgrundlaget for anbringelse uden samtykke af børn og unge af forældre uden lovligt ophold eller med processuelt ophold**

01-11-2017

Jeg modtog den 1. juli 2016 en kopi af det daværende Social- og Indenrigsministeriets analyse af 29. juni 2016 af servicelovens anvendelsesområde i forhold til udlændinge med processuelt eller ikke lovligt opholdsgrundlag (herafter "analysen"). Jeg modtog også en kopi af ministeriets brev af 1. juli 2016 til samtlige kommuner og KL (herefter "hyrdebrevet").

Dok.nr. 17/02364-4/NMR  
15/04069

Bedes oplyst ved henvendelse

Jeg modtog materialet som opfølgning på et møde afholdt den 1. december 2015 mellem bl.a. det daværende Social- og Indenrigsministerium og Folketingets Ombudsmand og i forlængelse af mit brev af 20. juni 2016 om iværksættelse af hjælpeforanstaltninger til børn af forældre med processuelt ophold eller uden lovligt ophold.

Ved brev af 17. februar 2017 til Folketingets Udlændinge- og Integrationsudvalg oplyste jeg, at jeg fandt det rigtigst at lade min videre behandling af sagen afvente bl.a. Folketingets behandling af beslutningsforslag nr. B 42.

Ved brev af 7. juli 2017 orienterede jeg udvalget om, at jeg efter en gennemgang af udvalgets beretning om beslutningsforslag B 42 mente at kunne konstatere, at Folketinget ikke havde taget egentlig stilling til spørgsmål, som er omfattet af min undersøgelse.

I brev af 27. oktober 2017 til mig har udvalget henvist til, at et flertal i udvalget i beretningen over beslutningsforslaget har udtalt, at der ved behandlingen af forslaget ikke har været ønske om at udelukke ombudsmanden fra at fortsætte sine undersøgelser på området. Udvalget har endvidere oplyst, at det ikke har yderligere kommentarer til spørgsmålet.

Jeg har herefter på baggrund af bl.a. analysen, hyrdebrevet og praksis fra Ankestyrelsen og nogle byretter besluttet at anmode Børne- og Socialministeriet om en udtalelse.

Jeg henviser til § 17, stk. 1, i lov om Folketingets Ombudsmand (lovbekendtgørelse nr. 349 af 22. marts 2013), hvorefter ombudsmanden af egen drift kan optage en sag til undersøgelse.

Jeg beder venligst ministeriet om at redegøre for sine overvejelser om, hvorvidt hjemmelsgrundlaget for iværksættelse af foranstaltninger uden samtykke over for børn og unge af forældre uden lovligt ophold eller med processuelt ophold lever op til det skærpede hjemmelskrav ved indgribende foranstaltninger. Baggrunden for min anmodning er nærmere uddybet nedenfor.

I det omfang ministeriet vurderer, at hjemmelsgrundlaget ikke er tilstrækkeligt – eller at dette må anses for tvivlsomt – anmoder jeg venligst ministeriet om at redegøre for de eventuelle tiltag, som ministeriet på den baggrund vil iværksætte, herunder en tidsplan.

## **1. Servicelovens bestemmelser om foranstaltninger uden samtykke og udlændingelovens § 42 a**

Serviceloven (lovbekendtgørelse nr. 988 af 17. august 2017) indeholder bl.a. i §§ 58 og 59 regler om anbringelse af børn og unge uden for hjemmet uden samtykke. Serviceloven indeholder også bestemmelser om bl.a. foreløbige formandsafgørelser (§ 75), ophør af foranstaltninger og videreførelse af anbringelse (§§ 68-68a) samt klage og domstolsprøvelse (kapitel 30).

Desuden indeholder serviceloven bl.a. regler om kommunens tilsynspligt over for børn og unge i kommunen (§ 146) og om underretningspligt (kapitel 27).

Servicelovens anvendelsesområde er bl.a. reguleret i § 2, stk. 1:

”§ 2. Enhver, der opholder sig lovligt her i landet, har ret til hjælp efter denne lov.”

Udlændingelovens § 42 a, stk. 1-4 (lovbekendtgørelse nr. 412 af 9. maj 2016) indeholder regler om Udlændingestyrelsens forpligtelse til at dække visse udlændinges udgifter til underhold og nødvendige sundhedsmæssige ydelser.

## **2. Usikkerhed om gældende ret**

Jeg lægger til grund, at der i praksis har vist sig et behov for en afklaring af:

- hvad der nærmere ligger i begrebet ”lovligt ophold” i § 2, stk. 1, i serviceloven,

- på hvilket grundlag myndighederne kan iværksætte foranstaltninger uden samtykke over for børn og unge af forældre, som ikke er omfattet af servicelovens anvendelsesområde, og
- hvordan myndighederne i praksis skal håndtere iværksættelse af sociale foranstaltninger over for børn og unge af forældre, som er omfattet af udlændingemyndighedernes forsørgelsespligt. Jeg henviser til ministeriets analyse, side 4, og hyrdebrevet, side 1.

Bl.a. har ministeriet således haft forskellige udmeldinger om fortolkningen af servicelovens § 2, stk. 1, om lovens anvendelsesområde, og ministeriets retsopfattelse har efter ministeriets oplysninger været præget af usikkerhed om hjemmelsgrundlaget i sager om tvangsanbringelse af udenlandske børn, jf. side 53 i analysen.

Analysens formål har samlet set været at skabe klarhed over den gældende retstilstand, at kunne forklare denne og at skabe grundlag for efterfølgende retspolitiske drøftelser (side 4). På analysens forside er det dog angivet, at der er tale om et arbejdsdokument, som afspejler myndighedernes retsopfattelse ud fra forholdene på dokumentets udfærdigelsestidspunkt. Der tages således forbehold for, at domstolene kan have en anden vurdering af gældende ret.

### **3. Konklusioner i Social- og Indenrigsministeriets analyse**

#### **3.1. "Lovligt ophold"**

Det daværende Social- og Indenrigsministerium har i sin analyse bl.a. opsummeret, hvilke udlændinge der har lovligt ophold i Danmark efter servicelovens § 2, stk. 1 (side 68 f og 127 f).

Det fremgår bl.a., at der ved vurderingen af, om en udlænding har lovligt ophold i servicelovens forstand, må lægges vægt på, om udlændingen har lovligt ophold i udlændingelovens forstand. En udlænding med processuelt ophold efter udlændingelovens regler har således lovligt ophold i servicelovens forstand.

Det er også angivet i analysen (side 69 og 128), at en række personer ikke har lovligt ophold i overensstemmelse med servicelovens § 2, stk. 1. Det er bl.a. udlændinge, der har mistet deres opholdsgrundlag (f.eks. ved afslag på ansøgning om opholdstilladelse), udlændinge, der er idømt frihedsstraf og samtidig udvist, og udlændinge på tålt ophold.

## **3.2. Hjemmelsgrundlag**

### **3.2.1. Børn og unge af forældre med lovligt ophold**

Hvis forældrene har lovligt ophold – eventuelt i form af processuelt ophold – kan der med hjemmel i serviceloven iværksættes foranstaltninger over for barnet eller den unge uden forældrenes eller den unges samtykke (analysen, side 105 og 116).

Hjælp efter serviceloven i forhold til personer med processuelt ophold er dog subsidiær i forhold til hjælp efter udlændingeloven (analysen, side 108 ff. og nedenfor under pkt. 3.3).

Om kravene til hjemlen for anbringelse af børn eller unge uden samtykke konkluderes følgende på side 116 i analysen:

”Der har været rejst spørgsmål om, hvorvidt anbringelse af børn uden samtykke fra forældremyndighedens indehaver og den unge, der er fyldt 15 år, kan bringes i anvendelse over for udlændinge med processuelt ophold, med den fornødne klare hjemmel.

Som ovenfor nævnt skal begrebet 'lovligt ophold' i servicelovens § 2 fortolkes således, at loven udstrækkes til også at gælde udlændinge med processuelt ophold, herunder asylansøgere. Da sociale foranstaltninger, som ikke gives i regi af asylcentre, således ydes med hjemmel i serviceloven (...) må det i grundloven fastsatte kvalificerede hjemmelskrav for frihedsberøvelse anses for opfyldt.”

### **3.2.2. Børn og unge af forældre uden lovligt ophold**

Ministeriet konkluderer følgende på side 103 i analysen:

”Det er ministeriets umiddelbare opfattelse, at børne- og handicapkonventionernes bestemmelser uanset konventionernes manglende inkorporering i dansk lovgivning og uanset ordlyden af servicelovens § 2 i visse tilfælde og sammenholdt med EMRK artikel 3 kan tillægges betydning som grundlag for sociale foranstaltninger over for personer, der opholder sig ulovligt her i landet (...), når der er tale om tildeling eller iværksættelse af sociale foranstaltninger, *når disse ikke udgør indgreb i den personlige frihed og sikkerhed eller retten til familie- og privatliv* [min kursivering]. Afgørelser om tildeling eller iværksættelse af sociale foranstaltninger over for udlændinge uden lovligt ophold i Danmark træffes efter principperne i serviceloven.

Der er således ikke grundlag for at antage, at der med dansk lovgivning på området har været tilsigtet at fravige de forpligtelser, der følger af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, Børnekonventionen, handicapkonventionen eller andre relevante folkeretlige forpligtelser på området.”

Jeg forstår, at det første afsnit i citatet vedrører foranstaltninger, der ikke udgør indgreb i den personlige frihed og sikkerhed eller retten til familie- og privatliv. Jeg går umiddelbart ud fra, at der er tale om tilfælde, hvor der foreligger samtykke til foranstaltningen.

Jeg forstår imidlertid ministeriets analyse sådan, at der herudover kan iværksættes foranstaltninger, som udgør et indgreb i den personlige frihed og sikkerhed og retten til familie- og privatliv, over for personer uden lovligt ophold, og at dette kan ske under henvisning til principperne i serviceloven og nødret. Jeg henviser til følgende på side 103 f i analysen:

”Ud fra en **nødretsgrundsætning** kan i ekstraordinære tilfælde de myndigheder, der ellers ville være kompetent til at træffe afgørelse om foranstaltninger efter serviceloven, endvidere under iagttagelse af betingelserne herfor bringe foranstaltninger, der efter deres indhold ellers ville være omfattet af serviceloven, i anvendelse over for udlændinge, der ikke har lovligt ophold her i landet. Foranstaltningerne kan kun bringes i anvendelse, hvis betingelserne for at anvende nødretsgrundsætningen i øvrigt er opfyldt (...).”

Ministeriet vurderer på side 104 i analysen,

”at det – i det omfang sådanne sociale foranstaltninger måtte have karakter af en frihedsberøvelse i grundlovens forstand – vil være foreneligt med grundlovens § 71 at iværksætte foranstaltninger på det ovenfor anførte grundlag.”

### **3.3. Procedure**

Det er angivet i analysen (side 125 f), at der skal følges en særlig procedure ved iværksættelse af foranstaltninger over for udlændinge omfattet af udlændingemyndighedernes forsørgelsespligt:

”Det er ministeriets opfattelse, at udlændingeloven som særlov har forrang i forhold til serviceloven, og at Udlændingestyrelsens forsørgelsespligt gælder, uanset om udlændingen har lovligt ophold i servicelovens forstand eller ej.

Udlændingelovens status som særlov indebærer, at serviceloven ikke finder anvendelse i det omfang, udlændingemyndighederne inden for asylsystemet kan imødekomme eventuelle behov. Dette gælder både i forhold til børn og voksne.

Det er som udgangspunkt personalet på asylcentrene, der i det omfang, asylansøgerbarnets forældre ikke varetager den daglige omsorg, skal va-

retage den daglige omsorg for børn og unge, der opholder sig i Danmark som asylansøgere (processuelt ophold) eller uden et lovligt opholdsgrundlag, og derfor også indkvarteringsoperatørerne, der skal yde den nødvendige særlige støtte.

(...)

Kommunens generelle tilsynsforpligtelse over for børn og unge under 18 år gælder dog alle – uanset opholdsgrundlag – og omfatter også de nævnte børn og unge på asylcentre, dvs. børn og unge med både lovligt ophold og ikke lovligt ophold. Hvis kommunen som led i tilsynsforpligtelsen bliver opmærksomme på børn, som mistrives eller på anden måde er i en uheldig udvikling, har kommunen i første række derfor pligt til at kontakte udlændingemyndighederne, så der kan blive taget hånd om disse problemer i regi af udlændingssystemet. (...)

Udlændingemyndighederne har på tilsvarende vis mulighed for at kontakte kommunen, hvis børn, som er omfattet af udlændingeloven, har problemer af en sådan karakter, at udlændingemyndighederne vurderer, at de ikke kan håndteres i regi af asylcentre. (...)

Kommunens beslutning om at foretage en faglig vurdering, herunder iværksætte en børnefaglig undersøgelse (§ 50-undersøgelse), forudsætter ikke, at udlændingemyndighederne har henvendt sig til kommunen. Kommunen kan efter omstændighederne tage initiativ til – uden at Udlændingestyrelsen har anmodet herom – at foretage en faglig vurdering af asylansøgere og udlændinge med ulovligt ophold, herunder iværksætte en § 50-undersøgelse for så vidt angår asylansøgerbørn med processuelt ophold eller iværksætte en tilsvarende faglig undersøgelse for så vidt angår børn og unge uden lovligt ophold.

Hvis kommunen i sin undersøgelse når frem til, at der er behov for iværksættelse af sociale foranstaltninger, må kommunen forelægge sine konklusioner for Udlændingestyrelsen med henblik på at opnå Udlændingestyrelsens godkendelse af foranstaltningen. Udlændingestyrelsen må i givet fald tage stilling til, om de foreslåede foranstaltninger skal iværksettes.

I praksis tilsidesætter Udlændingestyrelsen aldrig kommunens faglige vurdering af behovet for iværksættelse af sociale foranstaltninger, idet Udlændingestyrelsen intet fagligt grundlag har herfor. Der vil således ikke i praksis opstå sager, hvor myndighederne ikke når til enighed om, hvorvidt der skal iværksettes foranstaltninger (herunder anbringelser).

Udlændingestyrelsens ret til at godkende de foranstaltninger, kommunalbestyrelsen skal iværksætte, modsvares af Udlændingestyrelsens pligt til at betale for de foranstaltninger, der iværksættes.

(...)"

Det er oplyst, at det er indkvarteringsoperatørerne og/eller Udlændingestyrelsen, der har handlepligt i forhold til iværksættelse af sociale foranstaltninger og herunder adgang til at vurdere, om de nødvendige foranstaltninger kan iværksættes inden for de rammer, som indkvarteringsoperatøren har til rådighed, eller om der er behov for at søge hjælp hos den stedlige kommune. Det gælder for børn og unge af forældre, som er omfattet af udlændingemyndighedernes forsørgelsespligt, uanset om de har lovligt ophold (processuelt ophold) eller ikke, jf. analysens side 113 og 121.

#### **4. Vejledning nr. 1 til serviceloven og udkast til ny vejledning nr. 3 om serviceloven**

Vejledning nr. 9347 af 28. marts 2017 om servicelovens formål og generelle bestemmelser i loven (Vejledning nr. 1 til serviceloven) indeholder i pkt. 12 en vurdering af, hvornår en udlænding har lovligt ophold i servicelovens forstand – svarende til den opsummering, der fremgår af analysen, side 68 f og 127 f.

Social- og Indenrigsministeriet sendte den 14. oktober 2016 et nyt udkast til vejledning nr. 3 til serviceloven i høring. Udkastet indeholder i pkt. 16 oplysninger svarende til dem, der fremgår af analysen (side 125 f) om proceduren og hjemmelsgrundlaget for bl.a. foranstaltninger uden samtykke.

#### **5. Ankestyrelsens principafgørelser**

I principafgørelse 80-15 offentliggjort den 4. december 2015 ophævede Ankestyrelsen en afgørelse fra et børn og unge-udvalg om anbringelse af børn uden forældrenes samtykke under henvisning til, at familien ikke havde lovligt ophold i Danmark på tidspunktet før børn og unge-udvalgets afgørelse.

Af principafgørelsens resumé fremgår bl.a. følgende:

"Kommunen kan ikke træffe afgørelse i sager om hjælp til børn uden lovligt ophold. Kommunen kan alene udtale sig vejledende til brug for Udlændingestyrelsens behandling af sagen. Udlændingestyrelsen kan herefter på baggrund af den faglige vurdering fra kommunen beslutte at lade kommunen sætte foranstaltninger i værk over for forældremyndighedsin-

dehaveren, et barn eller en ung. Det er Udlændingestyrelsen, der beslutter og afholder udgifterne til særlige støtteforanstaltninger.

Et børn og unge-udvalg i en kommune kan således ikke træffe afgørelse om anbringelse af et barn eller en ung uden for hjemmet uden samtykke, hvis forældremyndighedsindehaveren og barnet eller den unge over 12 år ikke har lovligt ophold i Danmark på afgørelsestidspunktet.”

Principafgørelsen er nu kasseret ved principafgørelserne 53-17 og 54-17 offentliggjort den 25. juli 2017.

Principafgørelse 53-17 vedrører en familie uden lovligt ophold. Om hjemlen for anbringelse af børnene uden samtykke fremgår bl.a., at "[p]å baggrund af Udlændingestyrelsens afgørelse af XX 2016 og efter principperne i serviceloven samt FN konvention om barnets rettigheder kan Ankestyrelsen træffe afgørelse om anbringelse uden samtykke". I resuméet af principafgørelsen er også nødvendige principper angivet som en del af hjemmelsgrundlaget for sådanne afgørelser.

Det fremgår også af principafgørelsens resumé, at hvis en kommune som led i sin generelle tilsynsforpligtelse bliver opmærksom på forhold, der kan nødvendiggøre støtteforanstaltninger til et barn eller en ung, som har særligt behov herfor, skal kommunen under hensyntagen til barnets behov vurdere, om der er behov for at yde støtte, uanset at der ikke er direkte hjemmel i servicelovens regler. Det betyder, at hvis kommunen bliver opmærksom på et barn eller en ung med behov for støtte eller hjælp, skal kommunen konkret vurdere, om behovet kan dækkes i regi af udlændingemyndighederne, eller om der af hensyn til barnets eller den unges tarv er behov for, at kommunen eller børn og unge-udvalget iværksætter foranstaltninger.

Byretten har stadfæstet afgørelsen. Se under pkt. 6.

Principafgørelse 54-17 vedrører en forælder og dennes børn med processuelt ophold under myndighedernes behandling af deres ansøgning om EU-opholdsdokument efter EU-opholdsbekendtgørelsen. Det fremgår af afgørelsen, "at udlændinge med processuelt ophold er omfattet af servicelovens anvendelsesområde." Det fremgår også, at "Ankestyrelsen er opmærksom på, at vi ved vores afgørelse af XX om anbringelse af AA og BB uden for hjemmet lagde til grund, at CC og AA og BB ikke havde lovligt ophold i Danmark. Vi har (...) revurderet vores opfattelse og anser nu processuelt ophold for lovligt ophold i servicelovens forstand."

Byretten har stadfæstet afgørelsen. Se under pkt. 6.



## 6. Byretsdomme

Retten i Hillerød stadfæstede den 12. maj 2016 Ankestyrelsens afgørelse af 21. januar 2016, hvorefter to mindreårige børn kunne anbringes uden for hjemmet uden forældremyndighedsindehavers samtykke efter principperne i serviceloven, nødretnlige principper og børnekonventionen. Det blev i dommen lagt til grund, at familien ikke havde lovligt ophold i Danmark. Sagen vedrørte dog en familie med processuelt ophold, jf. analysens side 48 og 50. Byretsdommen blev anket til landsretten, men anken blev hævet umiddelbart inden den planlagte domsforhandling i landsretten i februar 2017.

I dom af 14. september 2016 stadfæstede en byret Ankestyrelsens afgørelse, som nu findes som principafgørelse 54-17. Det fremgår af dommen (side 1), at forælderen og børnene havde søgt om opholdstilladelse som EU-statsborgere. Retten konstaterede, at de således havde processuelt ophold.

Under henvisning til bl.a. Social- og Indenrigsministeriets analyse af 29. juni 2016 fandt retten, at forælderen og børnene havde lovligt ophold efter § 2, stk. 1, i serviceloven. Dommen henviser til den samme procedure for iværksættelse af foranstaltninger uden samtykke, som fremgår af bl.a. analysen (side 125 f). Det fremgår i den forbindelse af dommen (side 11), at

”Retten finder, uanset om forarbejderne til de relevante bestemmelser i serviceloven og udlændingeloven ikke er helt entydige, at det ikke har været hensigten, at Udlændingestyrelsen skal tage stilling til, hvorvidt børn skal anbringes uden samtykke fra forældremyndighedsindehaver. Udlændingestyrelsen skal godkende udgifterne til en sådan anbringelse.”

Der henvises i dommen af 14. september 2016 (side 11) i øvrigt til udlændingelovens § 42 a, stk. 2, som umiddelbart vedrører personer uden lovligt ophold, i modsætning til § 42 a, stk. 1, som umiddelbart vedrører personer med processuelt ophold.

En byret stadfæstede den 8. december 2016 den afgørelse fra Ankestyrelsen, som nu findes som principafgørelse 53-17. Afgørelsen vedrørte en familie uden lovligt ophold.

Følgende fremgår bl.a. af dommen:

”Udlændingestyrelsen traf den 13. april 2016 på grundlag af oplysninger, som var tilvejebragt af (...), i medfør af udlændingelovens § 42 a, principperne i servicelovens kap. 11, nødretnlige principper og FN's børne-

konvention afgørelse om at betale for børnenes anbringelse uden for hjemmet.

Ankestyrelsen har herefter haft det nødvendige grundlag for at træffe afgørelse.”

## **7. Lovforslag om ændring af udlændingeloven, lov om voksenansvar for anbragte børn og unge og lov om socialtilsyn (L 204 af 26. april 2017)**

Det fremgår af de almindelige bemærkninger (pkt. 5.2) i forslag til ændring af udlændingeloven (lovforslag nr. L 204 af 26. april 2017, nu lov nr. 702 af 8. juni 2017), at det er Udlændinge- og Integrationsministeriets opfattelse, at adgangen til at anbringe uledsagede mindreårige udlændinge mod deres vilje i en institution uden for indkvarteringsstederne bør klargøres og styrkes.

Det fremgår også, at dette til dels skyldes, at det kan være vanskeligt for myndighederne at anvende reglerne, idet der skal sondres mellem en direkte anvendelse af reglerne (når der er tale om uledsagede mindreårige udlændinge med processuelt ophold) og en anvendelse af principperne i serviceloven (når der er tale om uledsagede mindreårige udlændinge med ulovligt ophold).

Desuden fremgår bl.a. følgende af udlændinge- og integrationsministerens svar af 29. maj 2017 på spørgsmål nr. 8 vedrørende lovforslag nr. L 204:

”Serviceloven finder som nævnt ovenfor ikke anvendelse i forhold til udlændinge med ulovligt ophold. Uledsagede mindreårige udlændinge uden lovligt ophold vil således kun kunne anbringes efter principperne i serviceloven.

Som det fremgår af høringsbrevet, kan der være en folkeretlig forpligtelse til efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK), børnekonventionen eller handicapkonventionen eller i helt ekstraordinære tilfælde en pligt til ud fra en nødretsgrundsætning at iværksætte en social foranstaltning efter principperne i serviceloven.

Der er altså tale om et ulovhjemlet retsgrundlag for i princippet ret indgribende foranstaltninger i forhold til barnet eller den unge. Jeg mener ikke, at dette er en holdbar situation.”

## **8. Krav til hjemmelsgrundlaget**

Jo mere en afgørelse griber ind i borgernes frihed, des sikrere må hjemlen for afgørelsen i almindelighed være. Typisk må det kræves, at en indgribende afgørelse skal have klar hjemmel i lov.

I praksis indebærer dette dels en afvisning af lavere retskilder som grundlag for vidtgående indgreb, dels en tendens til indskrænkende fortolkning af regler, der hjemler vidtgående indgreb.

En vis vejledning i, hvad der forstås ved vidtgående indgreb, følger af, om den interesse, der gribes ind i, er beskyttet af grundlovens frihedsrettigheder og/eller Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (herefter "menneskerettighedskonventionen"). Jeg henviser til Jon Andersen m.fl., Forvaltningsret, 2. udgave (2002), side 302, og Jens Garde og Karsten Revsbech, Forvaltningsret, Almindelige emner, 6. udgave (2016), side 181 og 187 f.

Det er antaget, at tvangsanbringelse af børn og unge er omfattet af grundlovens § 71, jf. Jens Peter Christensen m.fl., Grundloven med kommentarer, (2015), side 423. Efter grundlovens § 71, stk. 2, kan frihedsberøvelse kun finde sted "med hjemmel i loven".

I Jens Peter Christensen m.fl., a.st., side 426, antages det, at bestemmelsen grundlovfæster et krav om klar lovhjemmel for frihedsberøvelse, hvorefter ikke blot selve adgangen til, men også betingelserne for at iværksætte frihedsberøvelse må fremgå klart af den pågældende lov.

Henrik Zahle konkluderer i Dansk Forfatningsret 3 – Menneskerettigheder, 3. udgave, 2. oplag (2003), side 234, at bestemmelsen kan forstås som

"et retskildedynamisk princip: Lovhjemmel er ønskværdig med hensyn til frihedsberøvelse. Som grundlag for nye typer af mere omfattende frihedsberøvelser er forholdets natur og praksis *ikke* tilstrækkelig hjemmel. *Hidtidige* frihedsberøvelser, som er støttet på praksis, kan opretholdes, men der bør snarest tilvejebringes *lovhjemmel*."

Tvangsanbringelse af et barn udgør også et indgreb i retten til familieliv for både barn og forældre. Denne ret er beskyttet efter artikel 8 i menneskerettighedskonventionen og artikel 16 i børnekonventionen. Herudover kan en tvangsanbringelse være omfattet af artikel 5 i menneskerettighedskonventionen, der vedrører retten til frihed og personlig sikkerhed og forbud mod frihedsberøvelse.

Jeg henviser til Jon Fridrik Kjølbro, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, 4. udgave (2017), side 824 ff hhv. side 407 ff, og Peer Lorenzen m.fl., Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art 1-9), 3. udgave (2011), side 722 ff hhv. side 313 f.

Legalitetskravet i menneskerettighedskonventionens artikel 8, stk. 2, indebærer dels, at et indgreb skal have hjemmel i national lovgivning, dels at der stilles visse kvalitative krav til hjemmelsgrundlaget, jf. Jon Fridrik Kjølbro, a.st., side 755.

Kravet om hjemmel i national lov er et indholdsmæssigt krav. Heraf følger, at indgreb kan være reguleret i egentlig lov, i retsregler af trinlavere niveau end egentlig lov, uskreven ret eller retspraksis, jf. Jon Fridrik Kjølbro, a.st., side 756.

En retspraksis skal fremstå med den fornødne klarhed, og kravene til klarhed stiger i takt med indgrebets intensitet og de faktiske muligheder for vilkårlige indgreb eller magtfordrejning. Administrativ praksis kan ikke i sig selv antages at udgøre tilstrækkeligt hjemmelsgrundlag til at opfylde kravet om "lov". Dog vil en sådan praksis i forbindelse med offentliggjorte hjemmelsbestemmelser efter omstændighederne blive inddraget ved vurderingen af et indgrebs forudsigelighed. Jeg henviser til Peer Lorenzen m.fl., a.st., side 28.

De kvalitative krav til hjemmelsgrundlaget efter artikel 8 i menneskerettighedskonventionen indebærer ifølge Jon Fridrik Kjølbro, a.st., side 757 ff:

"at de nationale retsregler, der udgør hjemmelsgrundlaget, skal være forenelige med retsstatsprincippet ('the rule of law'), hvilket betyder, at retsreglerne skal være tilgængelige og retstilstanden forudsigelig (...).

(...)

Kravet om retsreglernes tilgængelighed kan give anledning til vanskeligheder i tilfælde, hvor staten påberåber andet end formelt vedtagne love eller generelle administrative forskrifter (bekendtgørelser eller lignende), der har været offentliggjort. Som eksempel kan nævnes instruktioner (cirkulæreskrivelser eller lignende) fra en offentlig myndighed til en anden om den underordnede myndigheds udnyttelse af skønsmæssige beføjelser, administrativ praksis eller retspraksis. Retsregler af den nævnte art vil kun opfylde konventionens krav, hvis de pågældende cirkulæreskrivelser, administrativ praksis eller retspraksis er tilgængelige.

(...)

Kravet om forudsigelighed er ikke til hinder for en gradvis udvikling i retspraksis. Dog skal en sådan gradvis udvikling af retspraksis være forenelig med kravet om forudsigelighed. Hvis forskellige nationale instanser har divergerende opfattelser af retsreglers anvendelse, kan det udgøre et problem i forhold til kravet om forudsigelighed.

(...)

Domstolen har udtalt, at kravene til tilgængelighed og forudsigelighed, og dermed kravene til præcision i hjemmelsgrundlaget, i betydelig grad *afhænger af indholdet af reguleringen, det regulerede retsområde, og antallet af og karakteren af de private, som er berørt af reguleringen.*”

I hvert fald hvis indgrebet er omfattet af artikel 5 i menneskerettighedskonventionen, er der et dobbelt hjemmelskrav. Dels skal selve frihedsberøvelsen være lovlig. Dels skal frihedsberøvelsen være besluttet i overensstemmelse med den ved lov foreskrevne fremgangsmåde. Jeg henviser til Peer Lorenzen m.fl., a.st., side 286.

## **9. Min anmodning om en udtalelse om hjemmelsgrundlaget**

### **9.1. Børn og unge af forældre med processuelt ophold**

Det har som nævnt ovenfor været et formål med Social- og Indenrigsministeriets analyse at afklare en uklar retstilstand. Det omfatter bl.a. hjemlen for foranstaltninger uden samtykke over for børn og unge af forældre med processuelt ophold.

Analysens afklaring af denne retstilstand beror på en fortolkning af begrebet ”lovligt ophold” i servicelovens § 2 og udlændingemyndighedernes forpligtelser efter udlændingelovens § 42 a.

Ministeriets opfattelse i analysen – hvorefter personer med processuelt ophold er omfattet af begrebet ”lovligt ophold” – er videreført i vejledning nr. 1 til serviceloven og i udkast til ny vejledning nr. 3 til serviceloven. Opfattelsen kan også til dels siges at finde støtte i principafgørelse 54-17 offentliggjort den 25. juli 2017 (se pkt. 5 ovenfor) og byretsdommen fra september 2016 (se pkt. 6 ovenfor). Dette gælder i hvert fald for så vidt angår personer med processuelt ophold efter EU-opholdsreglerne.

Spørgsmålet er, hvilken ”retskraft” principafgørelsen og byretsdommen kan tillægges, og om denne praksis kan udstrækkes til at omfatte processuelt ophold på et andet grundlag end EU-opholdsreglerne.

Bl.a. er der – som nævnt ovenfor – en byretsdom med en anden anvendelse af begrebet ”lovligt ophold” i servicelovens § 2. Retten i Hillerød stadfæstede således ved dom af 12. maj 2016 Ankestyrelsens afgørelse af 21. januar 2016. Det blev under sagen lagt til grund, at en udlænding, der ikke var asylansøger, men havde processuelt ophold under behandling af en klage over afslag på opholdstilladelse, ikke havde lovligt ophold.

Jeg beder Børne- og Socialministeriet om at oplyse, om ministeriet mener, at der på dette grundlag er tilvejebragt en tilstrækkelig klar fortolkning af begrebet "lovligt ophold" og udlændingemyndighedernes forsørgelsesforpligtelse, der lever op til det skærpede krav til hjemmelsgrundlaget ved indgribende foranstaltninger.

Jeg henviser i den forbindelse til pkt. 8.

### **9.2. Børn og unge af forældre uden lovligt ophold**

Ministeriet angiver, at de sociale myndigheder kan iværksætte foranstaltninger uden samtykke over for børn og unge af forældre med ulovligt ophold efter principperne i serviceloven, i det omfang disse principper med henvisning til Danmarks folkeretlige forpligtelser eller nødretsgrundsætningen i særlige tilfælde tilsiger dette.

Også afgrænsningen af denne gruppe afhænger af fortolkningen af servicelovens § 2 og udlændingemyndighedernes forpligtelser efter udlændingelovens § 42 a. Jeg henviser derfor også under dette punkt til min anmodning om en udtalelse ovenfor under pkt. 9.1.

I forhold til denne gruppe har Ankestyrelsen – i den nu kasserede principafgørelse 80-15 – tidligere udtalt, at serviceloven ikke kunne anvendes til at træffe afgørelse om hjælp mv. Ankestyrelsen har nu i principafgørelse 53-17 udtalt, at der kan træffes afgørelse om foranstaltninger uden samtykke efter principperne i serviceloven, nødretnlige principper og børnekonventionen.

Principafgørelse 53-17 blev stadfæstet af byretten den 8. december 2016.

I byretsdommen af 12. maj 2016, der stadfæstede Ankestyrelsens afgørelse af 21. januar 2016, blev det vurderet, at der var tale om ikke lovligt ophold, og at afgørelse om anbringelse kunne ske efter principperne i serviceloven. Ifølge analysen side 48 og 50 var der imidlertid tale om, at de pågældende havde processuelt ophold.

Der må således umiddelbart anses for usikkert, om sagen ville være blevet vurderet på samme måde i landsretten. Anken blev imidlertid som nævnt hævet.

I lyset af det anførte – og det, som jeg har anført i pkt. 8 – beder jeg ministeriet om at redegøre nærmere for sine overvejelser om, hvorvidt principperne i serviceloven, nødret og FN's konvention om barnets rettigheder er et tilstrækkeligt hjemmelsgrundlag for tvangsanbringelse af børn og unge af forældre uden lovligt ophold.

### **9.3. Lovforslag om ændring af udlændingeloven, lov om voksenansvar for anbragte børn og unge og lov om socialtilsyn (L 204 af 26. april 2017)**

Som anført under pkt. 7 ovenfor fremgår det bl.a. af de almindelige bemærkningerne (pkt. 5.2.) i lovforslag nr. L 204, at det er Udlændinge- og Integrationsministeriets opfattelse, at adgangen til at anbringe uledsagede mindreårige udlændinge mod deres vilje i en institution uden for indkvarteringsstederne bør klargøres og styrkes.

Det fremgår også, at det kan være vanskeligt for myndighederne at anvende reglerne i serviceloven, idet der skal sondres mellem en direkte anvendelse af reglerne og en anvendelse af principperne.

Endvidere fremgår det af det svar af 29. maj 2017 fra udlændinge- og integrationsministeren, der er citeret ovenfor under pkt. 7, at der er tale om et ulovhjemlet retsgrundlag for indgribende foranstaltninger i forhold til et barn eller en ung uden lovligt ophold, og at dette ikke er en holdbar situation.

Jeg beder om ministeriets bemærkninger til Udlændinge- og Integrationsministeriets opfattelse, herunder om at få oplyst om Børne- og Socialministeriet er enig i det anførte.

Hvis ministeriet er enig i Udlændinge- og Integrationsministeriets opfattelse, beder jeg om, at ministeriet redegør for, hvorfor principperne i serviceloven er et uholdbart hjemmelsgrundlag i forhold til uledsagede mindreårige udlændinge, men ikke i forhold til mindreårige udlændinge af forældre uden lovligt ophold her i landet.

### **9.4. Procedureregler**

Endelig beder jeg ministeriet om nærmere at redegøre for sine overvejelser om, hvorvidt der er et tilstrækkeligt hjemmelsgrundlag for den særlige procedure forud for tvangsanbringelse af børn og unge af forældre uden lovligt ophold eller med processuelt ophold. Proceduren er bl.a. beskrevet i analysen (side 125 f).

I analysen er det angivet, at hvis kommunen som led i sin generelle tilsynsforpligtelse bliver opmærksom på børn, som mistrives eller på anden måde er i en uheldig udvikling, har kommunen i første række pligt til at kontakte udlændingemyndighederne. Udlændingemyndighederne kan kontakte kommunen, hvis problemerne er af en sådan karakter, at de ikke kan håndteres i regi af asylcentrene.

I resuméet i principafgørelse 53-17 (om ulovligt ophold) synes det derimod forudsat, at *kommunen* skal vurdere, om et behov for støtte kan dækkes i regi af udlændingemyndighederne eller af kommunen.

I analysen er det herudover angivet, at Udlændingestyrelsen skal godkende den sociale foranstaltning. Det er samtidig angivet, at Udlændingestyrelsen i praksis aldrig tilsidesætter kommunens faglige vurdering af behovet for iværksættelse af sociale foranstaltninger.

I dommen, som stadfæstede Ankestyrelsens principafgørelse 53-17, fandt retten derimod, uanset om forarbejderne til de relevante bestemmelser i serviceloven og udlændingeloven ikke er helt entydige, at det ikke har været hensigten, at Udlændingestyrelsen skal tage stilling til, hvorvidt børn skal anbringes uden samtykke fra forældremyndighedsindehaver. Udlændingestyrelsen skal godkende udgifterne til en sådan anbringelse.

Samtidig fremgår det af dommen, som stadfæstede Ankestyrelsens principafgørelse 53-17, at Udlændingestyrelsen traf afgørelse om at betale for børnenes anbringelse uden for hjemmet. I dommen er det angivet, at hjemlen for Udlændingestyrelsens afgørelse er udlændingelovens § 42 a, principperne i servicelovens kap. 11, nødretlige principper og FN's børnekonvention.

For så vidt angår børn og unge af forældre uden lovligt ophold bemærker jeg, at servicelovens bestemmelser om bl.a. afgørelseskompetence, sagens oplysning og klageadgang alene anvendes i disse sager på grundlag af principperne i serviceloven, børnekonventionen og nødret.

Jeg bemærker i øvrigt – for så vidt angår både børn og unge af forældre uden lovligt ophold og børn og unge af forældre med processuelt ophold – at proceduren adskiller sig fra den procedure, der er beskrevet i serviceloven. Det er således bl.a. en forudsætning, at udlændingemyndighederne godkender indgrebet.

Jeg henviser til det, som jeg har anført under pkt. 8 om kravene til hjemmelsgrundlaget, herunder bl.a. at i hvert fald frihedsberøvelser omfattet af artikel 5 i menneskerettighedskonventionen skal være besluttet i overensstemmelse med den ved lov foreskrevne fremgangsmåde.

\*\*\*

I det omfang ministeriet vurderer, at hjemmelsgrundlaget på de omtalte områder ikke er tilstrækkeligt – eller at dette må anses for tvivlsomt – anmoder jeg venligst ministeriet om at redegøre for de eventuelle tiltag, som ministeriet på den baggrund vil iværksætte, herunder om en tidsplan.

Jeg beder venligst om at modtage ministeriets udtalelse **senest den 15. december 2017**.



Ministeriet er naturligvis velkommen til at inddrage Udlændinge- og Integrationsministeriet i besvarelsen af mit brev, hvis ministeriet skønner det relevant.

Jeg deltager også gerne i et møde om sagen, hvis ministeriet ønsker det.

En nyhed om sagen vil blive lagt på min hjemmeside.

Jeg har sendt en kopi af min høring til orientering til Folketingets Udlændinge- og Integrationsudvalg, Folketingets Retsudvalg, Folketingets Social-, Indenrigs- og Børneudvalg og Udlændinge- og Integrationsministeriet.

Med venlig hilsen



Jørgen Steen Sørensen

**Kopi til:**

Folketingets Udlændinge- og Integrationsudvalg  
Folketingets Retsudvalg  
Folketingets Social-, Indenrigs- og Børneudvalg  
Udlændinge- og Integrationsministeriet