

**Folketingets Ombudsmand**  
Gammeltorv 22  
1457 København K

Holmens Kanal 22  
1060 København K  
Telefon 33 92 93 00  
sm@sm.dk  
www.socialministeriet.dk

Sendt pr. mail: post@ombudsmanden.dk

**Sagsnr.**  
2017 - 5878

**Hjemmelsgrundlaget for anbringelse uden samtykke af uledsagede mindreårige og børn og unge af forældre uden lovligt ophold eller med processuelt ophold - Ombudsmandens sagsnr. 15/04069**

**Doknr.**  
520350

Folketingets Ombudsmand har ved brev af 1. november 2017 anmodet Børne- og Socialministeriet om en udtalelse vedrørende ministeriets overvejelser om, hvorvidt hjemmelsgrundlaget for iværksættelse af foranstaltninger uden samtykke over for børn og unge uden lovligt ophold eller med processuelt ophold lever op til det skærpede hjemmelskrav ved indgribende foranstaltninger.

**Dato**  
20-02-2018

Ombudsmanden anmoder samtidig om, at ministeriet – i det omfang ministeriet vurderer, at hjemmelsgrundlaget ikke er tilstrækkeligt, eller at dette må anses for tvivlsomt – redegør for de eventuelle tiltag, som ministeriet på den baggrund vil iværksætte, herunder en tidsplan herfor.

Ombudsmanden har i henvendelsen henvist til, at ministeriet er velkommen til at inddrage Udlændinge- og Integrationsministeriet i besvarelsen af brevet, hvis ministeriet skønner dette relevant.

I den anledning kan Børne- og Socialministeriet oplyse følgende:

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

### **1.1. Indledning**

Ombudsmanden har i forhold til hjemmelsgrundlaget for iværksættelse af sociale foranstaltninger i forhold til børn og unge af forældre med processuelt ophold bedt ministeriet om at oplyse (afsnit 9.1.), om ministeriet mener, at der er tilvejebragt en tilstrækkeligt klar fortolkning af begrebet "lovligt ophold" og udlændingemyndighedernes forsørgelsesforpligtelse, der lever op til det skærpede krav til hjemmelsgrundlaget ved indgribende foranstaltninger.

Ombudsmanden henviser til ministeriets analyse om servicelovens anvendelsesområde i forhold til udlændinge med processuelt eller ikke lovligt opholdsgrundlag (2016), ministeriets vejledning nr. 1 og udkast til vejledning nr. 3 til serviceloven, Ankestyrelsens principafgørelse 54-17 (juli 2017) og byretsdommen af 14. september 2016 (Retten i Hillerød), som danner grundlag for den nævnte principafgørelse, samt en byretsdom af 12. maj 2016 (Retten i Hillerød).

## 1.2. Begrebet lovligt ophold i servicelovens forstand

Ombudsmanden har i sin henvendelse spurgt, om ministeriet mener, at der er tilvejebragt en tilstrækkeligt klar fortolkning af begrebet "lovligt ophold", der lever op til det skærpede krav til hjemmelsgrundlaget ved indgribende foranstaltninger.

Ombudsmanden har bl.a. spurgt, hvilken "retskraft" Ankestyrelsens principafgørelse (54-17) og byretsdommen fra 14. september 2016 (BS 11-707/2016), som danner grundlag for principafgørelsen, kan tillægges, og om denne praksis kan udstrækkes til at omfatte processuelt ophold på et andet grundlag end EU-opholdsreglerne.

Ombudsmanden henviser også til, at der i en anden byretsdom fra Retten i Hillerød af 12. maj 2016 var en anden anvendelse af begrebet "lovligt ophold".

Indledningsvis bemærkes, at det er Børne- og Socialministeriets opfattelse, at det med analysen fra den 29. juni 2016 og i hyrdebrevet til kommunerne (offentliggjort som skrivelse nr. 10489 af 1. juli 2016) er klarlagt, hvad der ligger i kravet om lovligt ophold i servicelovens § 2 (lovens anvendelsesområde), herunder hvilke grupper af udlændinge der kan anses for at have lovligt ophold i servicelovens forstand.

Ministeriet har bl.a. redegjort for, at udlændinge med processuelt ophold, både asylansøgere og ikke-asylansøgere, der efter udlændingelovens regler har ret til at opholde sig her i landet, mens udlændingens ansøgning om opholdstilladelse behandles, har lovligt ophold her i landet i servicelovens forstand. Det bemærkes, at der ikke sondres mellem, på hvilket grundlag der er tildelt processuelt ophold.

I den konkrete sag fra Retten i Hillerød (dom af 14. september 2016) var der tale om en EU-borger, som havde ansøgt om opholdstilladelse efter EU-opholdsbekendtgørelsen på grundlag af ægteskab. De pågældende havde således processuelt ophold i Danmark.

Retten har med den konkrete afgørelse ikke udtalt sig om, hvorvidt udlændinge med processuelt ophold på et andet grundlag end EU-opholdsreglerne også kan anses som havende lovligt ophold i servicelovens forstand. Det fremgår imidlertid af dommen s. 5, at Ankestyrelsen i afgørelsen af 20. juni 2016 har lagt vægt på, at

*"en udlænding under sit processuelle ophold ikke har pligt til at udrejse, ikke kan udsendes tvangsmæssigt og ikke kan udvises alene som følge af sit processuelle ophold. Det processuelle ophold svarer således til, hvad der ud fra en naturlig sproglig forståelse må forstås ved et lovligt ophold. Det forhold, at opholdsgrundlaget er midlertidigt og afhænger af udfaldet om opholdstilladelse, gør ikke opholdet ulovligt, men kan bevirke at karakteren af opholdet er midlertidigt. Det betyder, at udlændinge med processuelt ophold er omfattet af serviceloven."*

Denne beskrivelse dækker efter ministeriets opfattelse også over processuelt ophold på andet grundlag end efter EU-opholdsreglerne.

For så vidt angår ombudsmandens henvisning til, at der i dom af 12. maj 2016 fra Retten i Hillerød er en anden anvendelse af begrebet lovligt ophold, skal ministeriet bemærke følgende:

Der fremgår af dommen af 14. september 2016, s. 6, at Ankestyrelsen i sin afgørelse af 20. juni 2016, ved en tidligere afgørelse af 21. januar 2016 (som blev stadfæstet af retten i Hillerød i den ovenfor nævnte dom af 12. maj 2016), havde lagt til grund, at de omhandlede borgere ikke havde lovligt ophold, men at Ankestyrelsen på baggrund af oplysninger om borgerens processuelle ophold har revurderet sin opfattelse og nu anser processuelt ophold for lovligt ophold i servicelovens forstand.

Børne- og Socialministeriet finder på baggrund af ovenstående, at anvendelsen af begrebet lovligt ophold, som det fremgår af den tidligere afgørelse af 21. januar 2016, og som er stadfæstet ved dom af 12. maj 2016 fra Retten i Hillerød, er blevet korrigeret med den nye afgørelse fra Ankestyrelsen af 20. juni 2016 og dommen af 14. september 2016 fra Retten i Hillerød.

Det er på baggrund af ovenstående ministeriets vurdering, at principafgørelse 54-17 og byretsdommen (BS 11-707/2016) understøtter ministeriets fortolkning af begrebet lovligt ophold i servicelovens forstand, og at den praksis, der er fastlagt med Ankestyrelsens principafgørelse og byretsdommen, kan udstrækkes til også at omfatte processuelt ophold på et andet grundlag end EU-opholdsreglerne. Ministeriet finder herefter, at der er en tilstrækkeligt klar fortolkning af begrebet lovligt ophold i servicelovens § 2, stk. 1.

### **1.3. Betydningen af Udlændingestyrelsens forsørgelsespligt**

Børne- og Socialministeriet finder det klart beskrevet i ministeriets analyse og i høringsbrevet til kommunerne, hvornår Udlændingestyrelsen har forsørgelsespligt over for en udlænding, og hvilke mekanismer der træder i kraft, når Udlændingestyrelsen har forsørgelsespligt. Forsørgelsespligten omfatter også iværksættelse af sociale foranstaltninger, hjælp eller støtte.

Ministeriet skal henvise til, at det følger af udlændingelovens § 42 a, stk. 1, at Udlændingestyrelsen har forsørgelsespligt over for en udlænding, der opholder sig her i landet og indgiver ansøgning om opholdstilladelse i medfør af § 7 (asyl).

Der gælder ikke en forsørgelsespligt over for andre udlændinge med lovligt processuelt ophold i Danmark.

Børne- og Socialministeriet finder det også klart beskrevet, at Udlændingestyrelsens forsørgelsespligt indebærer, at Udlændingestyrelsen godkender betalingen af sociale foranstaltninger og den hjælp eller støtte, som iværksættes af kommunen over for udlændinge, herunder mindreårige, der opholder sig her i landet som asylansøgere, eller som ikke har lovligt ophold.

Ministeriet finder herefter ikke, at der foreligger tvivl om Udlændingestyrelsens forsørgelsespligt i relation til hjemmelsgrundlaget for anbringelse af et barn med processuelt ophold, og dermed lovligt ophold i servicelovens forstand, uden for hjemmet uden forældremyndighedsindehaverens samtykke.

### **1.4. Opfyldelse af det skærpede krav til hjemmelsgrundlag ved indgribende foranstaltninger (for børn og unge af forældre med processuelt ophold)**

Børne- og Socialministeriet er enig med ombudsmanden i, at anbringelse af børn og unge uden samtykke må betragtes som frihedsberøvelse, og at der gælder et skærpet krav til hjemmelsgrundlag ved anbringelse af børn uden samtykke fra forældremyndighedsindehaveren.

Børne- og Socialministeriet er også enig i, at vurderingen af, hvorvidt kravet om et skærpet hjemmelsgrundlag er opfyldt, skal foretages i lyset af grundlovens § 71, stk. 2, om, at frihedsberøvelse kun kan finde sted med hjemmel i loven, samt artikel 5 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) i forhold til legalitet, sagligt formål og proportionalitet.

Børn og unge med processuelt ophold i Danmark har efter Børne- og Socialministeriets opfattelse lovligt ophold i servicelovens forstand. Det betyder, at servicelovens regler finder direkte anvendelse over for disse børn og unge. Anbringelse af børn uden for hjemmet uden samtykke fra forældremyndighedsindehaveren og uden samtykke fra en ung, der er fyldt 15 år, kan således ske med hjemmel i servicelovens § 58.

Det i grundloven fastsatte kvalificerede hjemmelskrav for frihedsberøvelse må efter ministeriets opfattelse på baggrund af ovenstående anses for opfyldt, da der foreligger en klar hjemmel i lov.

I det omfang, kommunen træffer afgørelse vedrørende en asylansøger, indtræder Udlændingestyrelsens forsørgelsespligt, jf. udlændingelovens § 42 a, stk. 1, og Udlændingestyrelsen skal godkende og betale for de foranstaltninger, som iværksættes.

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

### **2.1. Indledning**

Ombudsmanden har for så vidt angår hjemmelsgrundlaget for iværksættelse af sociale foranstaltninger i forhold til børn og unge uden lovligt ophold bedt ministeriet om at oplyse (afsnit 9.2.), om ministeriet mener, at der er tilvejebragt en tilstrækkeligt klar fortolkning af begrebet "lovligt ophold" og udlændingemyndighedernes forpligtelser efter udlændingelovens § 42 a.

Ombudsmanden har også bedt ministeriet redegøre for ministeriets overvejelser om, hvorvidt principperne i serviceloven, nødret og FN's konvention om barnets rettigheder (Børnekonventionen) er et tilstrækkeligt hjemmelsgrundlag for tvangsanbringelse af børn og unge af forældre uden lovligt ophold.

### **2.2. Afgrænsning af gruppen af udlændinge, der ikke er omfattet af serviceloven**

Ministeriet skal henvise til, at ministeriets hyrdebrev til kommunerne af 1. juli 2016 på side 2 indeholder en oversigt med ministeriets vurdering af begrebet "lovligt ophold" i forhold til forskellige grupper af udlændinge. Opdelingen i de forskellige grupper og vurderingen af opholdsstatus er foretaget i samarbejde med det tidligere Udlændinge-, Integrations- og Boligministerium, idet det på baggrund af forarbejderne til servicelovens § 2, den forudgående tilsvarende bestemmelse i bistandsloven og administrativ fortolkning må lægges til grund, 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. Der henvises til analysens side 54.

Blandt de udlændinge, der ikke kan anses at have lovligt ophold, er udlændinge, der mister deres opholdsgrundlag her i landet, f.eks. ved at udlændingen har fået afslag på en ansøgning om opholdstilladelse, har fået afslag på forlængelse af opholdstilladelse eller har fået inddraget sin opholdstilladelse. Dette gælder både i den situation, hvor udrejsefristen er overskredet, og i den situation, hvor udrejsefristen endnu ikke er udløbet.

Børne- og Socialministeriet finder herefter, at der i forhold til gruppen af udlændinge, der ikke har et lovligt ophold, er en tilstrækkeligt klar fortolkning af begrebet lovligt ophold i servicelovens § 2, stk. 1.

### **2.3. Opfyldelse af det skærpede krav til hjemmelsgrundlag ved indgribende foranstaltninger (for børn og unge af forældre uden lovligt ophold)**

Som det også fremgår af ombudsmandens henvendelse, har ministeriet i sin analyse og i hyrdebrevet til kommunerne angivet, at de sociale myndigheder kan iværksætte foranstaltninger uden samtykke over for børn og unge uden lovligt ophold efter principperne i serviceloven, i det omfang disse principper med henvisning til Danmarks folkeretlige forpligtelser eller nødretsgrundsætningen i særlige tilfælde tilsiger dette.

Ombudsmanden henviser til den nu kasserede principafgørelse 80-15 fra Ankestyrelsen og til den nyere principafgørelse 53-17 fra Ankestyrelsen. Ombudsmanden har også henvist til kravene til hjemmelsgrundlaget, herunder bl.a. at i hvert fald frihedsbe-

røvelser omfattet af artikel 5 i EMRK skal være besluttet i overensstemmelse med den ved lov foreskrevne fremgangsmåde.

Børne- og Socialministeriet er som nævnt ovenfor afsnit 1.4. enig i, at anbringelse af børn og unge uden samtykke må betragtes som frihedsberøvelse, og at der gælder et skærpet krav til hjemmelsgrundlag ved anbringelse af børn uden samtykke fra forældremyndighedsindehaveren.

Børne- og Socialministeriet er også enig i, at vurderingen af, om kravet om et skærpet hjemmelsgrundlag er opfyldt, skal foretages i lyset af grundlovens § 71, stk. 2, om, at frihedsberøvelse kun kan finde sted med hjemmel i lov, og artikel 5 i EMRK i forhold til legalitet, sagligt formål og proportionalitet.

Som det fremgår af analysen af 29. juni 2016, er det i dag sådan, at der – når det drejer sig om børn og unge uden lovligt ophold i Danmark – i praksis træffes afgørelse efter principperne i serviceloven. Der er således tale om et ulovhjemlet retsgrundlag.

Børne- og Socialministeriet har derfor også i forbindelse med udarbejdelsen af analysen overvejet, om grundlovens krav om, at frihedsberøvelse kun kan finde sted med hjemmel i loven, er opfyldt, når afgørelser om tvangsanbringelse af børn og unge uden lovligt ophold træffes i medfør af principperne i serviceloven, nødretsgrundsætninger og internationale forpligtelser.

Serviceloven indeholder ikke en generel lov hjemmel til, at kommunerne kan iværksætte sociale foranstaltninger, hjælp eller støtte efter serviceloven over for udlændinge uden lovligt ophold, når dette følger af internationale forpligtelser. Børne- og Socialministeriet skal dog bemærke, at der ikke er grundlag for at antage, at det med dansk lovgivning på området har været tilsigtet at fravige de forpligtelser, der følger af Børnekonventionen, Handicapkonventionen og andre relevante folkeretlige forpligtelser på området.

Børne- og Socialministeriet anerkender imidlertid, at der på baggrund af det skærpede hjemmelskrav er et behov for en tydeligere regulering af anbringelse af børn og unge, som ikke har lovligt ophold i Danmark, og som dermed heller ikke er direkte omfattet af servicelovens regler. Børne- og Socialministeriet anerkender også, at det vil være mest hensigtsmæssigt, at dette sker ved lov, idet der er tale om en indgribende foranstaltning.

Ministeriet skal i den forbindelse dog pege på, at anvendelsen af principperne i serviceloven som grundlag for iværksættelse af sociale foranstaltninger over for børn og unge uden lovligt ophold er tiltrådt af domstolene, jf. afgørelse af 8. december 2016 fra Københavns Byret.

Københavns Byret har således ved dom afsagt den 8. december 2016 i en sag om tvangsanbringelse af 3 børn uden lovligt ophold i Danmark stadfæstet en afgørelse af 16. juni 2016 fra Ankestyrelsen, hvori Ankestyrelsen fandt, at betingelserne for, at børnene skal være anbragt udenfor hjemmet, var opfyldt, jf. principperne i servicelovens § 58. Retten har som begrundelse anført, at Udlændingestyrelsen den 13. april 2016 havde truffet afgørelser om i medfør af udlændingelovens § 42 a, principperne i servicelovens kapitel 11, nødretnlige principper og Børnekonventionen at betale for børnenes anbringelse, og at Ankestyrelsen herefter har haft det nødvendige grundlag for at træffe afgørelse. Det bemærkes, at det af den nævnte dom fremgår, at Ankestyrelsen har vurderet, at den trufne afgørelse ikke er i strid med EMRK artikel 8 om ret til respekt for privatliv og familieliv eller Børnekonventionens artikel 5 og artikel 9 om respekt for forældrenes rettigheder og om adskillelse af et barn fra dets forældre. Indholdet af dommen er offentliggjort med Ankestyrelsens principafgørelse 53-17.

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

#### **3.1. Indledning**

Ombudsmanden anmoder (afsnit 9.3.) om Børne- og Socialministeriets bemærkninger til Udlændinge- og Integrationsministeriets udtalelser i forbindelse med L 204 af 26. april 2017, herunder at adgangen til at anbringe uledsagede mindreårige udlændinge mod deres vilje i en institution uden for indkvarteringsstederne bør klargøres og styrkes, 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, og 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.

#### **3.2. Behov for særregler for uledsagede mindreårige**

Børne- og Socialministeriet finder det hensigtsmæssigt, at der er skabt et klarere hjemmelsgrundlag til, at kommunen i samarbejde med udlændingemyndighederne kan håndtere sager om iværksættelse af sociale foranstaltninger i form af anbringelse på delvist lukkede, sikrede og særligt sikrede institutioner over for de uledsagede mindreårige udlændinge, som udlændingemyndighederne har forsørgelsespligt over for.

I den sammenhæng bemærkes, at Børne- og Socialministeriet, jf. ovenfor afsnit 2, finder, at der mere overordnet er et behov for en tydeligere regulering af anbringelse af børn og unge, som ikke har lovligt ophold i Danmark, og som dermed heller ikke er direkte omfattet af servicelovens regler.

I forhold til ombudsmandens spørgsmål om hjemmelsgrundlag i forhold til mindreårige udlændinge af forældre uden lovligt ophold her i landet vil Børne- og Socialministeriet sammen med Udlændinge- og Integrationsministeriet overveje nærmere, hvordan området kan reguleres.

### **4. Procedureregler**

#### **4.1. Indledning**

Ombudsmanden anmoder (afsnit 9.4.) endelig ministeriet om at redegøre for, om der er et tilstrækkeligt hjemmelsgrundlag for proceduren forud for tvangsanbringelse af børn og unge af forældre uden lovligt ophold eller med processuelt ophold. Ombudsmanden henviser til analysens beskrivelse af proceduren (side 125 f) og til resuméet i Ankestyrelsens principafgørelse 53-17, hvori det synes forudsat, at det er kommunen, der konkret skal vurdere, om barnets eller den unges behov kan dækkes i regi af udlændingemyndighederne.

#### **4.2. Myndighedsansvar**

Det er Børne- og Socialministeriets opfattelse, at der med analysen af 29. juni 2016 og hyrdebrevet af 1. juli 2016 foreligger en klar beskrivelse af samarbejdet mellem kommunen, indkvarteringsstederne og Udlændingestyrelsen. Som det fremgår af analysen, s. 126, indebærer kommunens generelle tilsynsforpligtelse, at kommunen – hvis den bliver opmærksom på børn, som mistrives eller på anden måde er i en uheldig udvikling – i første række har pligt til at kontakte udlændingemyndighederne, så der kan blive taget hånd om disse problemer i regi af udlændingestyrelsen. Efter omstændighederne kan kommunen tage initiativ til – uden at udlændingemyndighederne har anmodet herom – at foretage en faglig vurdering af asylansøgere og udlændinge uden lovligt ophold.

Af hyrdebrevet af 1. juli 2016 fremgår også, at serviceloven må betragtes som en generel lov, der kan fraviges i anden lovgivning, der indeholder bestemmelser om foranstaltninger, hjælp eller støtte af tilsvarende art til bestemte grupper af borgere. Udlændingeloven betragtes i den sammenhæng som en særlov. Serviceloven finder således

ikke anvendelse i det omfang, udlændingemyndighederne inden for asylsystemet kan imødekomme eventuelle behov. I det omfang, der er behov for yderligere foranstaltninger hjælp eller støtte efter serviceloven, er det Udlændingestyrelsen, der godkender betalingen.

Iværksættelse af sociale foranstaltninger sker således i samarbejde mellem kommunen og udlændingemyndighederne.

Det er på den baggrund Børne- og Socialministeriets opfattelse, at beskrivelsen af kommunens pligter i Ankestyrelsens principafgørelse 53-17 ikke kan stå alene, men bør suppleres med oplysning om, at kommunen, når det drejer sig om udlændinge uden lovligt ophold, i første omgang bør tage kontakt til udlændingemyndighederne.

#### **5. Videre proces**

Som ovenfor nævnt anerkender Børne- og Socialministeriet, at der er et behov for en tydeligere regulering af anbringelse af børn og unge, som ikke har lovligt ophold i Danmark, og som dermed heller ikke er direkte omfattet af servicelovens regler. Børne- og Socialministeriet anerkender også, at det vil være mest hensigtsmæssigt, at dette sker ved lov. Dette kræver imidlertid, at der tilvejebringes et politisk flertal herfor i Folketinget.

Børne- og Socialministeriet og Udlændinge- og Integrationsministeriet har drøftet behovet for en tydeligere regulering, og ministeriet vil på den baggrund i samarbejde med Udlændinge- og Integrationsministeriet overveje, hvordan området kan reguleres på den mest hensigtsmæssige måde. Resultatet af disse overvejelser forventes at foreligge i løbet af 2. halvår 2018 med henblik på en efterfølgende politisk stillingtagen.

Udlændinge- og Integrationsministeriet har tiltrådt indholdet af dette brev.

Med venlig hilsen

**Anita Hørby**  
Kontorchef, Jura og International