



UTLENDINGSNEMNDA
UNE

Justis- og beredskapsdepartementet
Postboks 8005 Dep
0030 OSLO

Deres referanse	Vår referanse	Dato
	14/00445-2	05.09.2014

Høringsuttalelse – endringer i utlendingsforskriften, varig ordning for lengværende barn og begrunnelse i vedtak som berører barn

Det vises til departementets brev av 06.06.2014. Etter UNEs vurdering er det nødvendig med presiseringer og avklaringer fra departementets side før nye forskriftsbestemmelser ev. vedtas. Det vises til følgende:

1. Innledning

De konkrete reglene, slik de formuleres i forskriften, vil gi utgangspunkt for de rettslige vurderingene UNE skal gjøre. Supplerende kommentarer i forarbeidene vil ha betydning for hvilket rom for tolkning regelen gir. Et stort tolkningsrom vil føre til en mer ressurskrevende saksbehandling, vanskeliggjøre skjønnsutøvelsen, føre til behov for flere nemndmøter og forlenge saksbehandlingstiden i en del saker. Det gir også større potensial for ulikebehandling.

2. Forslaget til ny § 8-5

2.1. Innledning

De foreslåtte endringene i forskriftens § 8-5 går i hovedtrekk ut på å tydeliggjøre vurderingen av barns tilknytning til riket, innføre et krav om at avslag skal være barnefaglig forsvarlig, samt at det innføres vilkår om at klagerne som hovedregel har medvirket til å avklare sin identitet og bidratt til å muliggjøre retur.

Det fremgår at formålet med ordningen er å sikre at barnets beste tillegges større vekt enn i dag. Vi bemerker at formuleringen av formålet reiser tolkningstvil, da det er uklart hva det siktes til. Vi viser bl.a. til at det i høringsbrevets pkt. 3, gjennomgang av gjeldende rett, er vist til begrunnelsesplikten etter forvaltningsloven og utlendingsforskriften samt til Høyesteretts avgjørelser i «plenumsdommene». Det synes å fremgå at departementet konkluderer med at UNE har tolket tidligere regelverk korrekt, og hatt en korrekt forståelse av innholdet i «barnets beste»-begrepet.

Det bør derfor tydeliggjøres fra departementets side om kravene til når et barn anses å ha opparbeidet en tilknytning til riket som skal tillegges særlig vekt skal senkes sammenlignet med dagens praksis, jf. pkt. 2.2, eller ev. om vekten av de innvandringsregulerende hensyn – herunder avklaring av identitet og medvirkning til å muliggjøre retur – skal reduseres i forhold til dagens praksis. Uklare regler vil føre til en mer ressurskrevende saksbehandling, og vil kunne åpne for forskjellsbehandling av like tilfeller.

UTLENDINGSNEMNDA

Besøksadresse: Stenersgata 1 B/C
Postboks 8165 Dep. 0034 Oslo

Tlf: 21 08 50 00 Faks: 21 08 50 01
Internett: <http://www.une.no>

Org.nr: 9820 19095
Bank: 7694.05.02302

2.2. Dagens praksis – høringsbrevet pkt. 3

Utgangspunktet i dagens praksis er at barn som har oppholdt seg i Norge i ca. 4,5 år og har ett års skolegang normalt anses å ha fått en tilknytning til riket som skal tillegges særlig vekt ved vurderingen av om det skal gis oppholdstillatelse etter lovens § 38, jf. forskriftens § 8-5. Dette innebærer i praksis at det anses å foreligge sterke menneskelige hensyn etter lovens § 38 i slike tilfeller. De detaljerte kriteriene i forslag til ny § 8-5 har derfor i utgangspunktet ikke betydning for vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn etter lovens § 38 etter dagens praksis. Innvandringsregulerende hensyn og betydningen av disse vil avgjøre om det likevel ikke gis tillatelse. Hvor grensen går mellom på den ene side hensynet til barnets tilknytning til riket og hensynet til barnets beste for øvrig, og på den annen side innvandringsregulerende hensyn, beror på en konkret og individuell vurdering i den enkelte sak.

I tillegg til barnets tilknytning legges det i helhetsvurderingen vekt på andre momenter som tilsier at hensynet til barnets beste taler for en oppholdstillatelse, f.eks. barnets psykiske og fysiske helse, foreldrenes omsorgsevne, returforhold osv. Disse momentene er sammenliknbare med de som listes opp i forslag til ny § 8-5 annet ledd. Dersom momentene i forslaget annet ledd er ment å skulle endre dagens tilnærming, bør det tydeliggjøres hvordan dette er ment. Se nærmere under pkt. 2.4.

I tråd med lovens forarbeider, for- og etterarbeider til tidligere forskriftsbestemmelser og Stortingsmeldingen «Barn på flukt», anses oppgitt falsk identitet, ikke sannsynliggjort identitet, motarbeidelse av retur og straffbare handlinger som tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. Det legges mindre vekt på innvandringsregulerende hensyn i form av ulovlig opphold og oversittet utreisefrist.

2.3 De seneste avgjørelsene

UNE rapporterte om praksis til departementet 17. juni 2013. I perioden etter rapporten har UNE behandlet omgjøringsanmodninger fra til sammen 121 familier (1. juni 2013 til 1. juli 2014).

Samtlige 121 familier inkluderer barn som ut fra alder og oppholdstid har en tilknytning som kan danne grunnlag for tillatelse etter lovens § 38, dvs. minst 4,5 års opphold og ett års skolegang. I sakene varierte barnas tilknytning ut fra alder, oppholdstid og integreringsnivå. Oppholdstiden gikk fra 4,5 år og opp til 12 år, og barnas alder varierte fra 6,5 år og opp til myndighetsalder. Tilknytningen ble vurdert i sammenheng med sakens øvrige momenter, og hvorvidt det ble gitt tillatelse eller ikke berodde på en konkret helhetsvurdering der tilknytningen og hensynet til barnets beste ble veid opp mot de innvandringsregulerende hensyn som gjorde seg gjeldende i hver enkelt sak.

Totalt 65 familier har fått opphold, fordelt på 239 voksne og 135 barn. Tidligere avslag er opprettholdt for 56 familier, fordelt på 237 voksne og 135 barn.

Omgjøringsprosenten har økt noe siden UNEs rapportering til departementet (17. juni 2013). Den gangen var tallet 45 %, mens den i tiden etter har vært på ca. 54 %. Endringen betyr imidlertid ikke at praksis har endret seg. Andelen barn med sterk tilknytning vil kunne være større i noen perioder enn i andre. Ut fra begrunnelsen i vedtakene mener vi at hovedkonklusjonene i rapporten fra 2013 fortsatt gjelder mht. hva som er praksis:

- Alder og oppholdstid er de viktigste momentene i vurderingen av tilknytning
- Barn med 4,5 års opphold og ett års skolegang har en tilknytning som utgjør sterke menneskelige hensyn etter lovens § 38
- Tilknytning er ett av flere momenter i en konkret vurdering av barnets beste
- Det er ikke en fast grense for når det blir gitt tillatelse pga. barns tilknytning
- Meld. St. 27 Barn på flukt anvendes som rettskilde. Det tas bl.a. hensyn til sondringen mellom tungtveiende og mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn
- Mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn er ikke til hinder for en tillatelse dersom barnet har tilstrekkelig tilknytning

Iht. uttalelser i Meld. St. 27 skal ulovlig opphold og oversittet utreisefrist tillegges mindre vekt enn aktiv motarbeidelse av retur. Praksis er ikke entydig på om f.eks. manglende fremleggelse av reisedokumenter for å muliggjøre retur skal anses som aktiv eller passiv unndragelse, og om en utlending har vært «tilgjengelig» for uttransport i slike tilfeller selv om oppholdssted har vært kjent.

Manglende fremleggelse av pass når slik fremleggelse er mulig, er et innvandringsregulerende hensyn som gjør seg gjeldende i et flertall av sakene. Det er også et vilkår for å få tillatelse etter lovens § 38 at identiteten er dokumentert, jf. forskriftens § 8-12. Som hovedregel benyttes adgangen til å gi en (begrenset) tillatelse etter § 8-12 annet ledd dersom det kan gis en tillatelse etter § 38.

Av de 65 familiene som har fått oppholdstillatelse etter 1. juni 2013, var det kun 6 av familiene som la frem dokumentasjon på identiteten, jf. hovedregelen i § 8-12 første ledd. Flere enn de 6 familiene la frem pass, men passene hadde i disse tilfellene ikke tilstrekkelig notoritet til å oppfylle hovedregelen i § 8-12 første ledd. For 44 av de 65 familiene ble identiteten vurdert som sannsynliggjort, mens 15 familier ble vurdert til ikke å ha sannsynliggjort sin identitet. I utgangspunktet vil identiteten ikke anses som sannsynliggjort dersom det ikke fremlegges noe dokumentasjon på identitet når det anses mulig (jf. IR-10-11-08).

Det ble gitt begrenset tillatelse etter lovens § 38 femte ledd i 43 av tilfellene, og ordinære tillatelser til de resterende 22 familiene. Begrenset tillatelse benyttes når familien ikke har gjort det som med rimelighet kan forventes for å dokumentere/sannsynliggjøre sin identitet, jf. § 8-12 første ledd.

2.4. Kommentarer til pkt. 5.1.1 – vurdering av barnets tilknytning

Forslaget til ny § 8-5 innebærer at det innføres en liste med momenter som skal vektlegges i vurderingen av barnets tilknytning til riket. Listen er ikke ment å være uttømmende, og formålet er å synliggjøre hvilke forhold knyttet til barnets situasjon som anses særlig viktig å belyse.

Slik høringsbrevet og forslaget til ny § 8-5 er utformet, antar UNE at det legges opp til at vurderingen av om det foreligger en tilknytning til riket som skal tillegges særlig vekt etter lovens § 38, nå skal skje etter en helhetsvurdering av de (ikke uttømmende) momentene som angis i forslagets annet ledd bokstav a til i.

2.4.1. Momentlisten

I forslaget til ny § 8-5 foreslås inntatt en ikke-uttømmende liste over momenter som skal vektlegges ved vurderingen av barnets tilknytning til Norge.

UNE viser til praksisredegjørelsen ovenfor med hensyn til hva som etter dagens praksis anses å være tilknytning som etter gjeldende § 8-5 tillegges særlig vekt ved vurderingen av om tillatelse skal gis etter lovens § 38.

Momentene som angis i forslag til ny § 8-5 bokstav a til i, samsvarer i det vesentlige med de omstendigheter som etter dagens praksis vektlegges ved vurderingen av hensynet til barnets beste og sterke menneskelige hensyn i lovens § 38 i tillegg til opparbeidet tilknytning til riket etter forskriftens § 8-5. Dette er momenter som etter dagens praksis særlig vil ha vekt i tilfeller hvor det foreligger tungtveiende innvandringsregulerende hensyn som taler mot at tillatelse gis til tross for at barnet anses å ha relevant tilknytning til Norge etter dagens § 8-5.

Hvis samtlige av de angitte momenter skal vektlegges ved vurderingen av om barnet har opparbeidet tilknytning som skal tillegges særlig vekt ved vurderingen av lovens § 38, er det ikke gitt at dagens terskel for å konstatere slik tilknytning/sterke menneskelige hensyn (4,5 års opphold med ett år på skole) vil bli opprettholdt.

Når det gjelder momentlisten bemerkes følgende:

De opplistede momentene angir flere forhold som ikke naturlig eller språkmessig faller inn under begrepet «tilknytning til Norge». Dette fører til at bestemmelsen fremstår som uklar.

Alder og oppholdstid, jf. forslaget til § 8-5 annet ledd bokstav a og c: Dette tillegges i dagens praksis stor vekt ved vurderingen av om et barn isolert sett anses å ha slik tilknytning til Norge som skal tillegges særlig vekt ved vurderingen av lovens § 38. Det er uklart om det legges opp til en senket terskel i forhold til dagens praksis. Dette bør klargjøres.

Språk; jf. forslaget til § 8-5 annet ledd bokstav d: Dette har i dagens praksis ikke vært tillagt vekt av betydning. UNEs erfaring med disse sakene er at de fleste barn er tilpasningsdyktige og lærer norsk relativt raskt som annetspråk når de begynner på skolen. Mange barn er i realiteten to-språklige etter noen år i Norge, fordi de normalt vil snakke hjemlandets språk med sine foreldre. Barns evne til å lære språk varierer imidlertid både etter alder, utviklingsnivå og evner. Det er uklart om momentet skal forstås antitetisk slik at et barn som i liten grad behersker norsk ikke skal anses å ha tilknytning til Norge, til tross for lang oppholdstid i Norge.

Tilknytning til venner og nærmiljø, jf. forslagetets annet ledd bokstav f: Dette er forhold som bevismessig er vanskelig å vurdere. Velfungerende barn oppnår vanligvis lett kontakt med andre barn og får venner. Det er uklart om bestemmelsen på dette punkt er ment å forstås antitetisk, slik at terskelen for å anse at barnet har fått tilknytning til Norge heves hvis barnet ikke har fått venner eller deltar i aktiviteter i nærmiljøet. UNE erfarer i en del saker at det kan avhenge av en rekke forhold om barnet og familien får støtte fra eller anses integrert i nærmiljøet. Enkelte familier har byttet mottak en rekke ganger pga. nedleggelse av mottak, noen barn oppnår ikke samme kontakt med andre barn i nærmiljøet fordi familien ikke kan eller ønsker å oppmuntre barnet til deltakelse i fritidsaktiviteter, at barnet er tilbakeholden og forsiktig av natur, eller fordi barnet av ulike grunner kan ha vansker med å sosialisere seg med andre f.eks. pga. atferdsvansker som følge av en vanskelig omsorgssituasjon eller ulike tilpasnings- eller utviklingsforstyrrelser.

De øvrige momenter fremstår ikke som forhold som har betydning for vurderingen av barnets tilknytning til Norge isolert sett. Dette gjelder forslagetets annet ledd bokstav b (barnets behov for stabilitet og kontinuitet), bokstav e (barnets psykiske og fysiske helsesituasjon), bokstav g og h (omsorgssituasjonen i Norge og foreldrenes mulighet til å gi barnet omsorg ved retur), og bokstav i (den menneskerettslige situasjonen/sosiale og/eller humanitære forhold ved retur). Vi kan ikke se at forslaget reflekterer i hvilken grad disse forholdene bør ha relevans og vekt ved vurderingen om barnet kan anses for å ha opparbeidet tilknytning til Norge.

Vi bemerker at dette er momenter som etter lovens forarbeider (Ot.prp. nr. 75 (2006-2007 s. 154-157) og dagens praksis normalt vil inngå i vurderingen av «sterke menneskelige hensyn» (også der barnet ikke har en relevant tilknytning) og «hensynet til barnets beste» etter lovens § 38. De momentene som isolert sett ikke går på barnets tilknytning, har etter dagens praksis i saker om lengeværende barn betydning når barnets tilknytning avveies mot de innvandringsregulerende hensyn. UNE foreslår at disse momentene angis som en selvstendig liste av momenter i tillegg til barnets tilknytning ved vurderingen av «hensynet til barnets beste» eller ev. ved vurderingen av om vedtaket er «barnefaglig forsvarlig», jf. nedenfor, og som har betydning for vekten av de «sterke menneskelige hensyn» etter lovens § 38.

Vi bemerker videre at det fremstår som uklart om forslaget tar sikte på å senke terskelen for opphold i forhold til de angivelser som er gitt om tilsvarende momenter i forarbeidene til lovens § 38. Dette bør klargjøres, bl.a. for å sikre lik forståelse og praksis.

For så vidt gjelder forslagetets annet ledd bokstav e (barnets psykiske og fysiske helsesituasjon): I forslaget er det vist til at terskelen for å gi tillatelse til barn pga. særlig alvorlige helselidelser er lavere enn for voksne. Det er uklart om det menes at terskelen for å gi oppholdstillatelse ved psykisk eller fysisk sykdom er ment om å skulle senkes i forhold til gjeldende praksis, eller om det menes at momentet kun har betydning ved særlig alvorlig helselidelse.

Forslagetets annet ledd bokstav g og h (barnets omsorgssituasjon i Norge og foreldrenes mulighet til å gi barnet omsorg ved retur): Det fremstår som uklart hvilken vekt momentet skal ha for barnets del, hvilken betydning det f.eks. vil ha om barnet har relevante omsorgspersoner i hjemlandet (f.eks. en gjenværende forelder eller utvidet storfamilie som tidligere har bidratt til omsorgen for barnet), og hvor foreldrene sliter med omsorgsansvaret i Norge. Videre er det ikke sagt noe om hvilken betydning det vil ha for eventuelle foreldre dersom barnet gis oppholdstillatelse i medhold av den nye bestemmelsen, og barnevernet har overtatt omsorgen for barnet.

Forslagetets annet ledd bokstav i (den menneskerettslige situasjonen i hjemlandet/sosiale og humanitære forhold i hjemlandet): Det er uklart om det her tas utgangspunkt i forarbeidene til loven, Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 156, hvor det er vist til at det som utgangspunkt bør ses hen til hvordan barn flest har det i klagerens hjemland, eller om det er ment at terskelen her skal senkes. Vi bemerker at det er en forutsetning for en slik vurdering at det er sannsynliggjort at barnet faktisk er fra det anførte hjemlandet, jf. også merknad til pkt. 2.5 i høringsbrevet.

2.4.2. Om innhenting av erklæringer fra helsepersonell mv.

Det uttales i pkt. 5.1.1. siste avsnitt at utlendingsmyndighetene må vurdere behovet for, og om nødvendig innhente, supplerende opplysninger om barnets situasjon, herunder f.eks. eksterne faglige uttalelser fra helsepersonell, barnevernmyndigheter, skole osv., jf. forvaltningsloven § 17.

Slike uttalelser fra eksterne fagpersoner, som kan anses å ha barnefaglig kompetanse, er et viktig bidrag til saksbehandlingen, men UNE erfarer også at mange slike erklæringer ikke overholder gjeldende krav til utstedelse av slike erklæringer, både hva gjelder krav til objektivitet og habilitet til utsteder av erklæringen, og erklæringens innhold.

Vi savner en nærmere angivelse av hvilke krav som bør stilles til slike erklæringer, herunder til innholdet, og relevansen og vekten av erklæringer som ikke følger disse kravene, jf. også nedenfor hva gjelder betydningen av slike erklæringer. I tillegg er dette et kostnadsspørsmål fordi sakkyndige ikke nødvendigvis vil ta oppdraget uten garanti for at oppdraget blir betalt. Erfaringsmessig kan kostnadene bli forholdsvis høye og det er lite trolig at foreldre vil kunne dekke slike. Dersom det likevel skal innhentes sakkyndige erklæringer, må kostnadsspørsmålet løses, og det bør i tillegg angis nærmere i hvilke tilfeller dette bør skje.

Det kan forekomme tilfeller hvor et barn ikke kommer i kontakt med hjelpeapparatet under oppholdet i Norge, og at opplysninger om et mulig behov for hjelp ikke nødvendigvis alltid vil ligge i saksdokumentene og gi UNE en oppfordring til å be om ytterligere informasjon. UNE har heller ikke mulighet til å oppnevne sakkyndige for å vurdere barnets funksjonsnivå mv. Forholdene kan bidra til ulikebehandling.

2.5. Til pkt. 5.1.2 – krav om barnefaglig forsvarlige vedtak

Det uttales innledningsvis i pkt. 5.1.2 at «*For å sikre at barnets tilknytning tillegges større vekt, ...*». Vi finner det er uklart hva som her menes og hva det siktes til. Vi bemerker at UNE omgjør vedtak og gir oppholdstillatelse i mer enn halvparten av alle saker hvor barn i skolealder har vært i Norge i ca. 4,5 år og har ett års skolegang eller mer, jf. pkt. 2.2 og 2.3. Det er uklart for oss om det er terskelen for botid og skolegang som foreslås senket, eller om det er tilknytning utover dette som skal tillegges større vekt når tilknytningen avveies mot innvandringsregulerende hensyn.

Høringsbrevet vil være relevant ved tolkningen av ny bestemmelse. Denne føringen i høringsbrevet vil i seg selv gi en usikker og vanskelig etterprøvbart effekt på tolkningen av ny § 8-5 i praksis, når konkrete enkeltsaker skal avgjøres av ulike beslutningstakere (nemnder og nemndledere).

2.5.1. Barnefaglig forsvarlig

I forslaget til ny § 8-5 oppstilles det i fjerde ledd et vilkår om at «*Ved avveining mot innvandringsregulerende hensyn, skal et avslag være barnefaglig forsvarlig.*» Det uttales i høringsbrevet at dette innebærer at utlendingsmyndighetene må ivareta barneperspektivet på en god måte. Hvor grensen skal gå i avveiningen, skal vurderes konkret i den enkelte sak. Det er ellers vist til prosessuelle krav til saksbehandlingen.

Vi har merket oss at departementet ikke har klargjort hva som ligger i begrepet «barnefaglig forsvarlig», om dette har noen nærmere innhold, om det er et begrep først og fremst med prosessuelt eller materielt innhold, forskjellen på dette begrepet og «hensynet til barnets beste, og om begrepet gir uttrykk for en nærmere norm for avgjørelsene. Det er heller ikke angitt noe om hvem som skal definere innholdet i den enkelte sak, eller gitt føringer for eller angitt nærmere kriterier eller momenter ved vurderingen, utover å vise til at «barneperspektivet» skal ivaretas på en god måte.

Barnekonvensjonen art. 3 er i hovedsak en prosessuell regel som pålegger statene å utrede hva som er «barnets beste» og se hen til og vektlegge dette ved vurderingen av saker som berører barn. Det har i lovforarbeider og praksis (både forvaltnings- og rettspraksis, jf. f.eks. plenumsdommene) vært lagt vekt på at hensynet til barnets beste er et grunnleggende hensyn, men at også andre hensyn kan tillegges vekt. Ved den konkrete avveiningen mellom «barnets beste» og innvandringsregulerende hensyn er det blitt lagt til grunn at retur til hjemlandet «ikke må være utilrådelig», som regel med utgangspunkt i at situasjonen ikke må være vanskeligere enn for barn flest i hjemlandet.

Det er uklart om «barnefaglig forsvarlig» er ment å ha et annet materielt innhold, om det skal tolkes snevrere enn «ikke utilrådelig», og om terskelen derfor anses endret i forhold til f.eks. plenumsdommene. Det er uklart om det er rom for å konkludere med at retur kan være «barnefaglig forsvarlig» dersom det er lagt til grunn at hensynet til barnets beste i utgangspunktet tilsier at oppholdstillatelse bør gis. Eller er det f.eks. ment å angi en konklusjonsnorm der «hensynet til barnets beste» skal tillegges avgjørende vekt, uavhengig av motstående hensyn?

UNE merker seg at det i sammenheng med kriteriet «barnefaglig forsvarlig» ikke er referert til tidligere uttalelser i lovforarbeider og høringsbrev i tilknytning til gjeldende § 8-5 om betydningen av den tilknytning et barn kan ha til sitt hjemland i form av oppholdstid og familieband mv. Det fremstår som uklart om slike momenter fortsatt skal inngå i totalvurderingen. Det er heller ikke vist til lovforarbeidene om forståelsen av lovens § 38. Det er uklart om det her settes en helt ny standard og terskel for når oppholdstillatelse skal gis i disse tilfellene.

Hva gjelder det prosessuelle fremstår det uklart hvordan utlendingsforvaltningen f.eks. skal vurdere det dersom en annen offentlig tjeneste - så som barnevern, PP-tjeneste, barne- og ungdomspsykiatrien, helsevesenet eller skole - uttaler at det, ut fra den informasjon og kontakt de har med barnet, ikke er barnefaglig forsvarlig å avslå utlendingssaken. I flere slike uttalelser UNE erfaringsmessig mottar i denne type saker, gis det uttrykk for at barnet må gis tillatelse og at en retur til hjemlandet ikke fremstår som tilrådelig. Uttalelsene vil ofte være basert på foreldre/barns egne opplysninger. En manglende avklaring av dette vil skape uklarhet med hensyn til hvilken instans som har avgjørelsesmyndighet i saken, på lik linje med den uklarhet man erfarer i tilfeller hvor barnevernet har overtatt omsorgen for barn uten oppholdstillatelse i Norge. Vi viser også til det som er sagt ovenfor hva gjelder UNEs erfaring med problemer knyttet til utstedelse av og innholdet i slike erklæringer.

Vi finner grunn til å understreke at begrepet «barnefaglig forsvarlig» bør klargjøres nærmere dersom det skal bli stående i ny § 8-5. En slik avklaring vil også kunne ha betydning for spørsmålet om domstolenes prøvingskompetanse.

2.5.2. Barnefaglig kompetanse

Det bør videre klargjøres nærmere hva som ligger i begrepet «barnefaglig kompetanse». Det fremstår som uklart om departementet anser at de tiltak UNE bl.a. har initiert for å sikre slik kompetanse er tilstrekkelig til at UNE har «barnefaglig kompetanse». UNE har i en rekke år erfart at barneombudet og ulike offentlige instanser som barnevern, barne- og ungdomspsykiatri mv. ikke anser UNE for å ha «barnefaglig kompetanse», og krevd at avgjørelser som berører barn avgjøres av personer med slik kompetanse. Det er grunn til å anta at juridisk kompetanse på barnerett, barnevernsrett og barnekonvensjonen ikke nødvendigvis anses som «barnefaglig kompetanse» i eksterne fagmiljøer, hvor «klinisk» behandling av barn er det sentrale. Uklare føringer i tilknytning til forskriftens § 8-5 kan forsterke denne problemstillingen.

UNE bemerker endelig at utkastet til ny bestemmelse legger opp til en bred og ressurskrevende saksbehandling i alle saker, herunder saker der tillatelse ikke gis og hvor det erfaringsmessig fremmes en ny anmodning om omgjøring senere, hvilket igjen vil fordre en ny ressurskrevende saksbehandling. Saksbehandlingstider vil bli påvirket negativt. Utkastet åpner også for ytterligere utfordringer knyttet til likebehandling sammenlignet med dagens regelverk. Det bemerkes at bl.a. plenumsdommene har gitt gode avklaringer på uklarheter i hvordan regelverket skal tolkes og forstås. Ved utformingen av en ny bestemmelse bør det tas sikte på å klargjøre vilkårene for å få oppholdstillatelse på bakgrunn av barns tilknytning til riket. UNE bemerker videre at uten nærmere klargjøring av innholdet i ny § 8-5 vil det bli mer krevende å redegjøre for praksis, og hvor terskelen for å få oppholdstillatelse i utgangspunktet ligger.

2.6. Kommentarer til pkt. 5.1.3 – medvirkning til identitetsavklaring og retur

2.6.1. Medvirkning til å avklare identitet

Det foreslås i forslag til ny § 8-5 tredje ledd at barnas foreldre som hovedregel må ha medvirket til å avklare egen identitet gjennom hele saksbehandlingsprosessen, herunder ved å gi korrekte opplysninger om identitet og opprinnelsesland.

Medvirkning til å avklare egen identitet etter endelig vedtak (vedtak i klageomgangen) kan være tilstrekkelig dersom «*særlige rimelighetsgrunner*» tilsier det. Det gis ingen føringer for hva som er å anse som «*særlige rimelighetsgrunner*».

En hovedårsak til at barn blir værende lenge i Norge etter endelig avslagsvedtak, er at foreldrene ikke reiser ut i henhold til vedtaket og at de heller ikke medvirker til å avklare sin egen identitet. Etter UNEs erfaring har et svært lite antall av familier med lengeværende barn lagt frem identitetsdokumenter ved søknad om beskyttelse eller under saksbehandlingen i førsteinstans eller klagebehandlingen. Vi viser herunder til tall fra Politiets utlendingsenhet (PU), hvor det fremgår at gjennom de siste årene har mellom 90-95 % av asylsøkere ikke lagt frem slik dokumentasjon i forbindelse med søknaden. UNEs erfaring er at mange av disse ikke har noen god begrunnelse for dette. Andelen saker hvor det må vurderes om det foreligger «*særlige rimelighetsgrunner*» må derfor antas å bli høy. Dette vil føre til økt ressursbruk i saksbehandlingen.

Vi bemerker at det i disse sakene i vanlig språklig forstand vil foreligge visse rimelighetsgrunner, idet grunnlaget for en eventuell tillatelse er tuftet på at barnet har opparbeidet en tilknytning til riket som skal tillegges særlig vekt ved vurderingen av om oppholdstillatelse skal gis etter lovens § 38 (sterke menneskelige hensyn).

Dersom «*særlige rimelighetsgrunner*» helt eller delvis vil ha samme materielle innhold som momentene som angis i bestemmelsens annet ledd, vil den angitte hovedregel om «*medvirkning gjennom hele saksbehandlingsprosessen*» ha liten praktisk betydning, da det potensielt vil kunne anses å foreligge «*særlige rimelighetsgrunner*» i et flertall av sakene. Det bør derfor klargjøres hva som menes med «*særlige rimelighetsgrunner*» og hvilke momenter departementet her tenker på, f.eks. om det er forhold utover at barnet isolert sett har tilknytning til riket gjennom oppholdstid, alder og skolegang som skal tillegges vekt her.

Sakene som er behandlet etter 1. juni 2013 (jf. pkt. 2.3) viser at flertallet av tillatelsene som gis er begrenset, jf. § 38 femte ledd. Årsaken til begrensningene er nettopp at man kan forvente at klagerne gjør mer for å avklare sin identitet. Slike begrensninger ble benyttet for ca. 66 % av familiene som fikk oppholdstillatelse etter dagens § 8-5 det siste året.

I høringsbrevet vises det bl.a. til at vedkommende kan medvirke til å avklare identiteten ved å ta språktest og svare på spørsmål for å avklare hjemland mv. Språktest og test av kunnskap om hjemsted og land vil normalt skje på oppfordring fra utlendingsmyndighetene i forbindelse med at det fremmes søknad om beskyttelse, og det skjer sjelden at asylsøkeren nekter å ta språktest eller svare på spørsmål. PU og UDI har, antakelig av ressurs hensyn, gjerne begrenset slike saksbehandlingsskritt til de tilfeller der de mener en nærmere identitetsavklaring kan være avgjørende for resultatet i beskyttelsessaken. UNE tilbyr unntaksvis språktest i forbindelse med klagesaksbehandlingen. Hvorvidt det i klagesaken tas ytterligere skritt for å få avklart om søkeren er den han/hun sier han er eller hvor vedkommende kommer fra, vil også i UNE avhenge av sakens karakter på tidspunktet for klagebehandlingen, og i hvilken grad slike skritt er avgjørende for resultatet i saken på det tidspunktet.

Det forhold at slike saksbehandlingsskritt ikke har vært tatt tidligere i saken, vil derfor ofte ikke si noe om klagernes samarbeidsvilje med hensyn til å avklare identitet. UNEs erfaring hittil har vært at betydningen av identitetsavklaring for en ev. tillatelse på humanitært grunnlag eller fremtidig retur etter avslag ikke har vært i fokus ved ankomst, og UNE har begrensede ressurser til å ta dette opp i alle saker som berører barnefamilier, eller hvor barn potensielt kan komme til i etterkant av endelig vedtak. Dette reiser spørsmål om forvaltningens plikt til ev. å tilby språktest, alderstest eller nytt intervju for å avklare kunnskap om hjemsted og land, for å se om familien er samarbeidsvillig, og hvem som ev. skal gjøre dette – gjerne flere år etter endelig avslag.

I flere av disse sakene har forvaltningen for øvrig enten ikke tatt stilling til partens identitet (fordi det ikke har vært avgjørende for utfallet av saken), eller lagt til grunn at partens forklaring om identitet fremstår lite troverdig/sannsynlig og at vedkommende ikke har sannsynliggjort oppgitt identitet. Parten har da under ankomstregistrering, asylintervju og til dels i vedtak og beslutninger fra forvaltningen blitt minnet om plikten til å bidra til å avklare identitet og blitt oppfordret til å fremlegge dokumentasjon på denne.

Det avgjørende bør derfor kanskje heller være om parten – ut fra de forklaringer han har gitt og landkunnskap for øvrig – mest sannsynlig har gitt korrekte opplysninger om identitet, og om han i lys av dette har hatt og har mulighet til å dokumentere sin identitet, og i hvilken grad han ev. har fulgt opp utlendingsforvaltningens oppfordring til å medvirke til det.

Det er også uttalt at fremleggelse av reisedokument er omfattet av kravet til å ha medvirket til identitetsavklaring, og at UNE må vurdere hvorfor det ikke tidligere er tatt aktive skritt til å fremskaffe reisedokument, f.eks. om dette skyldes «*vegring mot å oppsøke hjemlandets myndigheter på grunn av subjektiv frykt for forfølgelse før endelig avslag på søknad om beskyttelse forelå. ...*» (s. 6 siste hele avsnitt). Det er uklart hva departementet sikter til her. Alle asylsøkere anfører subjektiv frykt for forfølgelse fra myndigheter eller andre. Det er uklart for oss hvilken betydning anført subjektiv frykt da skal ha, f.eks. i tilfeller der frykten objektivt sett har vært grunnløs fordi klageren har gitt uriktige opplysninger om myndighetsforfølgelse – en ikke upraktisk situasjon i mange saker. Det legges erfaringsmessig heller ikke frem dokumenter i saker der det ikke er anført frykt for myndigheter. Også her er det uklart hvilken betydning subjektiv frykt skal ha.

Det vil videre være en fordel om departementet kan utdype hva som ligger i kravet til at klageren skal «*ha gjort sitt ytterste for å avklare identitet*». Manglende fremleggelse av pass kan f.eks. bero på saksbehandlingstiden hos hjemlandets ambassade. Videre er det et spørsmål om hvilken betydning det skal ha at anskaffelse av pass er betinget av personlig oppmøte på ambassaden, når hjemlandet ikke har utenriksstasjon i Norge.

Det er for øvrig også grunn til å være oppmerksom på at pass/reisedokument for enkelte land, i henhold til praksis, ikke anses å ha tilstrekkelig notoritet til å kunne dokumentere identiteten. Kontrollrutinene for utstedelse av pass er i disse tilfellene så svake at pass kan være utstedt med identitetsopplysninger som ikke nødvendigvis er riktige.

2.6.2. Medvirkning til å muliggjøre retur

Det uttales at i dette kravet bl.a. ligger – når det har vært nødvendig – at klageren har bidratt til å fremskaffe hjemlandets reisedokument. At dette bare er et krav «*når det har vært nødvendig*», bidrar til klarhet med hensyn til rekkevidden av forskriftens § 8-12 om at det som hovedregel kreves fremlagt reisedokument for å få oppholdstillatelse etter lovens § 38. Innføring av et slikt vurderingstema vil også medføre ekstra ressursbruk i saksbehandlingen, idet UNE må vurdere om reisedokument har vært nødvendig for retur i den enkelte sak. Dette kan erfaringsmessig variere fra sak til sak innen et land. Vi legger for øvrig til grunn at det med «muliggjøre retur» siktes til tvangsmessig retur, i og med at klagerne i de aller fleste tilfelle kan returnere, herunder fremskaffe reisedokumenter, dersom de selv ønsker det. Dette hva enten retur skjer via IOM eller at klagerne selv reiser ut.

Etter det UNE forstår, bl.a. gjennom kontakt med PU i enkeltsaker, vil gjennomføring av tvangsretur med reisedokument i de aller fleste tilfeller være enkelt og lite ressurskrevende sammenlignet med de tilfeller hvor retur skjer uten at klageren selv har fremskaffet reisedokument. I slike tilfeller legges det til dels ned betydelige ressurser og forarbeid fra PUs side for å muliggjøre retur. Alene den omstendighet at reisedokument ikke er fremlagt når dette kan fremlegges, bidrar derfor i sterk grad til å trenere retur, selv i tilfeller hvor retur etter omstendighetene også kan gjennomføres uten reisedokumenter.

Det er uttalt i forslaget at kravet innebærer at foreldrene «*må gjøre sitt ytterste for å fremskaffe*» reisedokumenter. Det er uklart hva som ligger i dette. I tillegg er tema vanskelig rent bevismessig.

2.6.3. Vektingen av barnets tilknytning og hovedregelen i forslagens tredje ledd, jf. forslagens fjerde ledd

Vi bemerker at forslagens fjerde ledd, jf. også ovenfor under pkt. 2.3, og klarheten i hva begrepet «barnefaglig forsvarlig» innebærer, bidrar til å skape usikkerhet om rekkevidden og betydningen av vilkårene i tredje ledd. Vi antar for så vidt at hensynet til hovedregelens effektivitet tilsier at det skal mye til før et avslag må anses for ikke å være «barnefaglig forsvarlig», men det vil være en fordel hvis departementet klargjør om unntaksbestemmelsen i fjerde ledd er ment som en sikkerhetsventil som kun bør anvendes i spesielle tilfeller.

Det fremstår for øvrig som et paradoks at foreldrene etter tredje ledd som hovedregel må ha medvirket til å avklare egen identitet og bidratt til å muliggjøre retur, samtidig som det foreslås en unntaksbestemmelse i fjerde ledd som innebærer at tillatelse i en del tilfeller vil måtte gis på grunn av at foreldrene *ikke* har samarbeidet. Når foreldre ikke medvirker til identitetsavklaring og retur, blir det ofte umulig for norske myndigheter å uttransportere barnefamilier med endelig avslag. Ettersom årene går og barna opparbeider seg

stadig sterkere tilknytning til Norge, vil man også komme stadig nærmere det tidspunkt hvor et avslag etter omstendighetene ikke vil være «barnefaglig forsvarlig» (noe avhengig av hva som legges i begrepet).

UNE erfarer ellers at vilkåret om at identitet som hovedregel må være dokumentert for å få oppholdtillatelse etter lovens § 38, jf. forskriftens § 8-12, i praksis har begrenset betydning i disse sakene. I flertallet av saker hvor det er gitt tillatelse har foreldrene som hovedregel ikke fremlagt dokumentasjon på identitet, og det er i flere saker gitt begrenset tillatelse etter § 38 femte ledd. Dokumentasjon, primært i form av pass, fremlegges først etter at tillatelse er gitt. Da har familien fått oppholdstillatelse og er sikret at fremleggelsen av slik dokumentasjon ikke kan medføre at de uttransporteres fra Norge.

Uklarhet i innholdet av begrepet «barnefaglig forsvarlig», rekkevidden av vilkåret i forslagetets tredje ledd, samt uklarhet med hensyn til hvor grensen går mellom hva som er «barnefaglig forsvarlig» på den ene siden og dette vilkåret på den annen, vil etter omstendighetene kunne bidra til å forsterke disse problemstillingene, og gir for fremtiden kanskje ikke et godt incitament for barnas foreldre til å bidra til å avklare identitet og fremlegge identitetsdokumenter på et tidligere stadium av saksbehandlingen enn hva som er tilfelle i dag.

2.7. Øvrige merknader

Forslaget til ny § 8-5 gjelder alle barn uaktet av hvilket grunnlag det opprinnelig er søkt tillatelse på, jf. at ordlyden ikke er begrenset til barn i saker der det er søkt beskyttelse. I de fleste sakstyper vil UNE (og UDI) også vurdere tillatelse etter lovens § 38, herunder hensynet til barn, når en søknad om tillatelse ikke fører frem. I den forbindelse er det et spørsmål om det skal tillegges spesiell vekt at et barn kan ha hatt tillatelse(r) i Norge. For eksempel barn av foreldre som har tillatelse som ikke gir grunnlag for permanent oppholdstillatelse, og hvor det ikke lenger er grunnlag for å gi tillatelse. Barn av studenter kan f.eks. ha vært i Norge i 4-6 år med tillatelse og ha gått på skole mv.

Vi legger ellers til grunn at regelen vil omfatte barnets mindreårige søsken og foreldre uavhengig av hvilken tillatelse de har søkt om, slik at disse i utgangspunktet også gis tillatelse etter lovens § 38 dersom barnet får tillatelse. Vi savner imidlertid en omtale av de tilfeller der en av foreldrene er utvist på grunn av forhold som ikke gjelder brudd på straffeloven, eller hvor det foreligger et slikt forhold, jf. lovens § 59 (som riktig nok gjelder personer som har krav på tillatelse).

I praksis så langt har det ellers vært saker der barn på 16 år og eldre har vært ansett å ha en særlig tilknytning og har fått tillatelse etter lovens § 38. Når barna ikke har hatt yngre søsken, har det forekommet at foreldrene bare har fått tillatelse frem til barnet er 18 år. Det er ikke helt uvanlig med lengeværende barn i denne aldersgruppen, og vi reiser spørsmålet om dette er en praksis som evt. vil kunne videreføres.

3. Begrunnelse av vedtak – høringsbrevet pkt. 5.2

Med virkning fra 04.04.2014 fikk lovens § 78 nytt fjerde ledd:

Dersom Utlendingsnemnda anser det som åpenbart at en anmodning om omgjøring av et enkeltvedtak ikke kan føre frem, skal det ikke gis en individualisert begrunnelse i nemndas svar. Dette gjelder ikke dersom særlige grunner tilsier at det gis en individualisert begrunnelse.

Gjeldende § 17-1a og forslaget til ny § 17-1a er et unntak fra ovennevnte særregel i loven, det vil si at kravet til individualisert begrunnelse vil gjelde for så vidt gjelder barn – uavhengig av om det foreligger «særlige grunner». UNE behandler klager i beskyttelsessaker og oppholdssaker, herunder utvisningssaker, samt mange omgjøringsanmodninger knyttet til disse sakstypene. Mange av sakene berører barn, enten direkte eller indirekte. For eksempel vil en visumsak der besteforeldre søker visum for å besøke herboende barnebarn, «berøre» et barn. I dag har det i praksis vært ansett unødvendig å gi en begrunnelse i tråd med bestemmelsene i gjeldende § 17 -1a i f.eks. slike saker.

Etter vår vurdering vil den foreslåtte særregelen om «utvidet» begrunnelse med detaljerte krav til utformingen, kombinert med en snevrere adgang til å gjøre unntak for begrunnelsen, føre til en mer ressurskrevende og tidkrevende saksbehandling i UNE, og ikke en enklere saksbehandling.

UNE er imidlertid enig i at en felles utforming av begrunnelsen etter omstendighetene kan bidra til å sikre likebehandling og forutberegnelighet for søkeren, samt synliggjøre hvilke momenter som er vektlagt og hvilke avveininger som er foretatt. Dette forutsetter for øvrig at det underliggende materielle regelverket er klart og ikke har for stort rom for tolkningstvil.

Etter forslaget kan unntak fra kravet til begrunnelse bare gjøres når det anses «åpenbart unødvendig», mens unntaket i dag er når det «anses unødvendig». Det vil ifølge unntaket være åpenbart unødvendig dersom hensynet til barnet uansett ikke har betydning f.eks. fordi det gis opphold på annet grunnlag. Det hadde vært ønskelig om det kunne gis noen ytterligere eksempler på når det kan gjøres unntak fordi hensynet til barnet «uansett ikke har betydning for vedtaket». Dette i lys av at hensynet til barnet og barnets beste i utgangspunktet skal vurderes i alle saker, og at det i flertallet av sakene ikke gis tillatelse på annet grunnlag, hva enten det gjelder klagesaker eller omgjøringsanmodninger. Slik vi ser det, vil unntaket være så snevert at det i praksis tilsier at det må gis en begrunnelse i alle saker som berører barn, uavhengig av hvilken sakstype dette gjelder. Så langt vi kan se vil det i forbindelse med en anmodning om omgjøring, selv om den fremmes kort tid etter forrige avslag, måtte foretas en fullstendig ny vurdering i begrunnelsen. I dag henvises det i stor grad til tidligere vurdering såfremt det eneste nye i anmodningen er at tiden er gått. Slik vi forstår unntaket til begrunnelsesplikten vil det at «tiden er gått» ikke anses som et tilfelle som anses som «åpenbart unødvendig», jf. eksemplet gitt i forslaget til ny § 17-1a annet ledd. Dersom dette ikke er tilsiktet bør det klargjøres om unntaket «åpenbart unødvendig» også vil kunne omfatte et slikt tilfelle, og det bør i den forbindelse klargjøres hva som skal til for at UNE må begrunne et avslag på nytt etter (ny) anmodning om omgjøring, f.eks. om det må være anført nye omstendigheter.

UNE erfarer for øvrig at i de sakene hvor gyldigheten av UNEs vedtak blir underkjent i underinstans hos domstolene, blir vedtaket gjerne tilsidesatt på grunn av mangelfull begrunnelse. Dersom det skal unntas fra de særlige kravene til begrunnelse, må det altså være åpenbart unødvendig, og antas at et unntak må være forsvarlig begrunnet. Som påpekt vil forslaget til unntaket fra begrunnelsesplikten neppe ha stor praktisk betydning.

Det er i høringsbrevet understreket at forvaltningslovens bestemmelse om begrunnelse uansett gjelder. Vi bemerker at så vel dagens som en ev. ny forskrifts § 17-1a om begrunnelse i vedtak som berører barn, er en særbestemmelse på utlendingsforvaltningens område, og det fremstår som noe uklart hvilken grad forvaltningslovens bestemmelse om begrunnelse da vil ha noen materiell betydning utover forskriftens § 17-1a i saker som berører barn. I så fall bør det klargjøres hva det her siktes til.

4. Konsekvenser for saksbehandlingen i UNE – utredningsansvaret

Antallet saker med lengeværende barn har økt det siste året. I perioden juni 2012 til juni 2013 behandlet UNE sakene til 66 familier, mens det for året etter, juni 2013 til juni 2014, er behandlet saker for 121 familier. Det vi vet er at økningen bl.a. skyldes at flere barn har opparbeidet en tilknytning ut fra alder og oppholdstid i Norge. Dette gjelder i underkant av 30 familier. Om lag 35 familier har også fremmet gjentatte omgjøringsanmodninger, og er dermed også omfattet av de som fikk behandlet sakene sine i perioden det ble rapportert for til departementet 17. juni 2013.

Vurderingen som kreves etter dagens § 8-5 gir i seg selv ofte behov for behandling i nemndmøte. 51 av de 121 sakene som er behandlet det siste året er avgjort i nemndmøte (42 %). Til sammenligning ble 29 av de 66 sakene som ble behandlet i perioden det ble rapportert for til departementet 17. juni 2013 avgjort i nemndmøte (dvs. 44 %). Det må påregnes at behovet for nemndmøter vil øke etter en ikrafttredelse av ny § 8-5. En endring i regelverket gir ofte i seg selv grunn til praksisavklaringer og at saker behandles i nemnd. Hvor omfattende dette arbeidet vil kunne bli, beror imidlertid på hvilke avklaringer som kommer ved en ikrafttredelse av ny § 8-5.

Utgangspunktet i saker som berører barn er at høring gjennomføres i UDI, jf. forskriftens § 17-4. For lengeværende barn er situasjonen gjerne slik at høring ikke har funnet sted fordi barnet ikke var gammelt nok, eller at det er flere år siden høring fant sted og omstendighetene har endret seg. For saker etter § 8-5 – i motsetning til andre saker UNE kan ha til behandling – er omstendighetene dermed ofte slik at forhold tas opp i UNE, som tidligere ikke er blitt vurdert eller utredet av underinstansen.

Når UNE ikke kan basere seg på en forutgående behandling og utredning av komplekse tema, og klagerne heller ikke har hatt mulighet til kontradiksjon gjennom klage på avslag, påhviler det UNE er desto større

ansvar for klagernes rettssikkerhet. I lys av dette kan man stille spørsmål om ikke saker i større grad bør returneres til UDI for en utredning og ev. også ny avgjørelse i første instans med en ev. påfølgende klage.

Dersom UNE ikke skal belage seg på å returnere saker til UDI for ny utredning og avgjørelse, gjenstår spørsmål likevel knyttet til hvordan UNE skal gjennomføre samtaler med barn – om nemndmøte er det hensiktsmessige, eller om alternative måter må etableres. Etter den eksterne evalueringen av NOVA (januar 2014), hvor høring av barn var et tema, er UNE også i en prosess hvor man ser nærmere på dette. Ett spørsmål er i hvilken grad UNE skal bygge opp et apparat slik at hensynet til barnet, og dets rett til å bli hørt, ivaretas enda bedre, eller om man skal kunne benytte seg av UDIs kompetanse. UNE ga kommentarer til NOVA rapporten i brev til departementet 13.05.2014.

Med hilsen

Ingunn-Sofie Aursnes
direktør

Øyvind Havnevik
fung. avdelingsdirektør

Dette brevet er godkjent elektronisk i Utlendingsnemnda og har derfor ingen signatur.