

Utlendingsdirektoratets hørings svar - endringer i utlendingsforskriften, varig ordning for lengjeværende barn og begrunnelse i vedtak som berører barn

Vi viser til høringsbrev fra Justis- og beredskapsdepartement (JD) om forslag til endringer i utlendingsloven §§ 8-5 og 17-1 a.

Generelle merknader

Det fremgår av departementets høringsbrev at intensjonen bak forslaget om endringer i utlendingsforskriften er at barnets beste skal tillegges større vekt enn etter gjeldende praksis. Utlendingsdirektoratet kan ikke se at denne intensjonen gjenspeiles i nytt forslag til § 8-5. De momenter som nevnes ved vurdering av barnets tilknytning blir allerede vurdert og vektlagt i dag. Sett i sammenheng med at også foreldrenes plikt til medvirkning (avklaring av identitet og retur) forskriftsfestes, oppfatter vi at forslaget til §8-5 totalt sett er en videreføring av dagens praksis.

Utlendingsdirektoratet mener derfor at intensjonen om en justering av praksis, slik at barnets tilknytning skal tillegges større vekt i helhetsvurderingen, ikke i tilstrekkelig grad er tydeliggjort i forslaget. Slik forslaget er formulert er det uklart om utlendingsforvaltningen skal vektlegge de motstridende hensyn annerledes enn etter gjeldende praksis.

Vi mener at endringsforslagene i § 17-1a om begrunnelse av vedtak som gjelder barn først og fremst er en forskriftsfesting av dagens praksis og en presisering av de kravene til begrunnelse som allerede følger av forvaltningsloven § 25.

Utlendingsdirektoratet har flere merknader til de konkrete endringsforslagene og har et forslag til alternativ forskriftstekst (se siste punkt).

Merknader til endringsforslagene i utlendingsforskriften § 17-1a

Første ledd – krav til begrunnelse

Utlendingsdirektoratet mener endringsforslagene til § 17-1a er en forskriftsfesting av gjeldende praksis og en presisering av de kravene til begrunnelse som allerede følger av forvaltningsloven § 25. Vi har ingen innvendinger mot at praksis kodifiseres i utlendingsforskriften.

Annet ledd – unntaksbestemmelse

Departementet presiserer i høringsbrevet at begrunnelsens omfang etter § 17-1a første ledd må vurderes opp mot sakens kompleksitet, vedtakets betydning for barnet og behovet for begrunnelse. På denne bakgrunn foreslår departementet at det inntas en unntaksbestemmelse for saker hvor det anses åpenbart unødvendig med en slik begrunnelse som fremgår av første ledd. Utlendingsdirektoratet mener at høringsbrevet gir få holdepunkter for hvordan unntaksbestemmelsen i § 17-1a skal praktiseres. For eksempel sier høringsbrevet (se punkt 5.2) at en begrunnelse etter § 17-1a kan anses åpenbart unødvendig i saker der søknaden behandles etter Dublin-regelverket. Vi påpeker at Norge er forpliktet til å respektere hensynet til barnets beste i alle prosedyrer i henhold til Barnekonvensjonen artikkel 3 og Dublin-III-forordningen artikkel 6 (1). På bakgrunn av dette og departementets instruks (GI-03/2013 om tolkning av utlendingsloven § 32 mv.) skal vi foreta en konkret helhetsvurdering av de individuelle forholdene for å avgjøre om barnets sak skal unntas fra Dublin-behandling. I tilfeller der barnets søknad blir behandlet etter Dublin-regelverket, skal de konkrete vurderingene av barnets situasjon fremgå av begrunnelsen i Dublin-vedtaket.

Merknader til endringsforslagene i utlendingsforskriften § 8-5

Utlendingsdirektoratet mener, som sagt innledningsvis, at intensjonen bak endringsforslagene om at barnets beste skal tillegges større vekt enn etter gjeldende praksis ikke gjenspeiles i forslaget til utlendingsforskriften § 8-5.

Første ledd - anvendelsesområdet til § 8-5

Etter sin ordlyd omfatter § 8-5 ikke bare søknader om beskyttelse, men også andre søknader om oppholdstillatelse. Bestemmelsen kan for eksempel få anvendelse i saker der:

- barn og foreldre søker om oppholdstillatelse på nytt grunnlag etter å ha hatt tillatelse som ikke danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse, typisk studietillatelse og familieinnvandringstillatelse med studenter
- barnets permanente oppholdstillatelse blir tilbakekalt, typisk i saker hvor det blir avdekket at foreldrene har oppgitt uriktig identitet

- barn og foreldre har hatt tillatelse som danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse tidligere, men ikke fyller vilkårene for ny en tillatelse
- barn og foreldre har hatt en kombinasjon av tillatelse som danner grunnlag permanent oppholdstillatelse og som ikke danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse
- person har tidligere fått avslag på søknad om beskyttelse og søker nå om familiegjenforening med ektefelle/samboer og felles barn (eventuelt særkullsbarn), der verken barnet eller den som søker som ektefelle/samboer fyller de vanlige vilkårene for en tillatelse
- barn søker om tillatelse etter at dens permanente oppholdstillatelse er bortfalt, typisk fordi barnet har blitt forlatt i hjemlandet av foreldrene
- barn søker om familiegjenforening med hjelpepersonale på utenlandsk ambassade i Norge.

Disse gruppene er ikke nærmere omtalt i høringsbrevet, og det er derfor uklart om de foreslåtte endringene i § 8-5 også kan få betydning for praktiseringen av bestemmelsen i oppholdssaker som gjelder barn, som de nevnt over.

Når det gjelder saker omtalt i første kulepunkt (der barn er i Norge sammen med sine foreldre som har tillatelse som ikke danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse, for eksempel studietillatelse), kreves det etter gjeldende praksis lang botid for å få tillatelse på grunnlag av barnets tilknytning til Norge i henhold til § 38, jf. § 8-5. Vi viser til at det ikke er uvanlig at studenter med langvarige studieopphold oppholder seg i Norge i 8-10 år (med tillatelse som ikke danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse). Etter gjeldende praksis kreves det vesentlig lengre botid for barn av studenter enn for barn som kommer med foreldre som har fått avslag på søknad om beskyttelse. Studenter og deres barn må som regel - avhengig av alder, tilknytning til Norge, hensynet til barnets beste mv. – ha fra 6 års botid og oppover for at de innvilges ny oppholdstillatelse etter endt studieopphold i henhold til § 38, jf. § 8-5. Begrunnelsen for dette er at det innvilges studietillatelse under forutsetning at personen returnerer til hjemlandet etter endt studieopphold. Det fremstår som uklart om barnets tilknytning skal tillegges større vekt også for denne gruppen. En eventuell oppmykning av gjeldende praksis vil innebære at en stor andel av studenter med langvarige studier, som enten har med seg barn eller får barn i Norge, fyller vilkårene for en selvstendig tillatelse etter § 38, jf. § 8-5.

I saker omtalt i annet kulepunkt (der barnets og foreldrenes permanente oppholdstillatelse blir tilbakekalt fordi det er blitt avdekket at foreldrene har oppgitt uriktig identitet) vil foreldrene etter dagens praksis som hovedregel bli utvist etter utlendingsloven § 66 og barnet vil ikke gis en ny oppholdstillatelse. I særlige tilfeller kan barnets tilknytning til Norge og hensynet til barnets beste veie så tungt at barnet likevel gis

oppholdstillatelse etter § 38, jf. § 8-5. Utlendingsdirektoratet kan ikke se at ordlyden i bestemmelsen vil medføre en liberalisering av dagens praksis i barnets favør, og følgelig vil endringsforslagene i § 8-5 ikke få betydning for vår praksis i slike saker.

Annet ledd – momenter i vurderingen av barnets tilknytning

Av hensyn til forutberegnelighet og åpenhet i forvaltningen er vi positive til at det kommer tydeligere frem i regelverket hvilke momenter som er relevante i vurderingen av barnets tilknytning. Vi bemerker imidlertid at endringene først og fremst er en forskriftsfesting av gjeldende praksis, der Utlendingsdirektoratet i vurderingen av barnets tilknytning blant annet ser hen til de momentene som nevnes i § 8-5.

Departementets forslag til nytt annet ledd kan gi inntrykk av at det er tilknytning til Norge alene som skal vurderes. Vi mener avveiningen mellom tilknytning til både Norge, hjemlandet og eventuelt andre land barnet har hatt opphold i, bør fremgå av annet ledd, se våre konkrete innspill til ordlyden i annet ledd nedenfor i punktet om UDIs forslag til presiseringer i § 8-5. Dette er blant annet viktig av hensyn til forutberegnelighet for den enkelte asylsøker og dens støttespillere.

Forslagets formulering «*den menneskerettslige situasjonen ved retur*» i bokstav i) er uklar. Ordlyden er svært vidtgående og omfatter både økonomiske, kulturelle, sosiale, humanitære, sivile og politiske rettigheter. Departementet presiserer i høringsbrevet (se punkt 5.1.1) at det først og fremst skal ses hen til sosiale og humanitære forhold, og at forhold knyttet til økonomisk nød, boligmangel, mangel på infrastruktur mv. som hovedregel ikke i seg selv vil kunne gi grunnlag for oppholdstillatelse i Norge. Utlendingsdirektoratet viser til at grunnleggende sivile og politiske rettigheter ved retur til hjemlandet er sentrale i vurderingen av om en asylsøker har rett til oppholdstillatelse som flyktning i medhold av § 28 eller om en person er vernet mot utsendelse i medhold av § 73. Det sentrale i vurderingen av om tillatelse etter § 38 bør gis, er således hvorvidt den sosiale og humanitære situasjonen i hjemlandet er tilstrekkelig alvorlig til å kunne tillegges vekt. For å klargjøre departementets intensjon, for å unngå feiltolkninger og for å lette saksbehandlingen, bør ordlyden presiseres i tråd med uttalelsene i høringsbrevet. Se for øvrig våre konkrete innspill til forskriftstekst nedenfor.

Utlendingsdirektoratet stiller spørsmål om forslaget i utlendingsforskriften § 8-5 annet ledd bokstav i) kan fjernes i sin helhet, da den fremstår som en gjentakelse av utlendingsloven § 38 annet ledd bokstav c, jf. tredje ledd.

Tredje ledd – vilkår om foreldrenes medvirkning

Utlendingsdirektoratet er positivt til at forskriftsteksten synliggjør at foreldrene har en plikt til å medvirke for å avklare sin identitet, men vi foreslår at det presiseres i tredje ledd at medvirkningsplikten gjelder under hele saksbehandlingsprosessen slik det fremgår av høringsbrevet.

Fjerde ledd – forslag til ny rettslig standard «barnefaglig forsvarlig»

Ifølge høringsbrevet er formålet med nytt fjerde ledd å sikre at barnets tilknytning til Norge tillegges større vekt enn etter gjeldende praksis. Vi mener innholdet i begrepet «barnefaglig forsvarlig» er uklart, og at høringsbrevet heller ikke gir tilstrekkelig veiledning om hvordan bestemmelsen skal praktiseres. Vi stiller derfor spørsmål til om forslaget vil få den ønskete virkningen.

Vi savner en nærmere redegjørelse for det materielle innholdet i formuleringen «barnefaglig forsvarlig», herunder forholdet mellom forslag til ny rettslig standard og den innarbeidede rettslige standarden «hensynet til barnets beste». Vi viser til at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker som berører barn, og dette fremgår klart av utlendingsloven § 38 tredje ledd. Vi mener at dersom forslaget til ny rettslig standard ikke er ment å være noe annet enn det som allerede følger av barnets beste, kan fjerde ledd utgå. Dersom begrepet «barnefaglig forsvarlig» omfatter noe annet bør dette defineres klart i forskriftsteksten.

Vi mener videre at det er uheldig å innføre en ny rettslig standard som synes å være både en saksbehandlingsregel og en materiell regel for vurdering av sakens utfall. Vi anbefaler at krav til saksbehandling og materielle regler holdes adskilt.

Når det gjelder krav til saksbehandlingen, fremgår det av høringsbrevet (se punkt 5.1.2) at «barnefaglig forsvarlig» blant annet sikter til barnets rett til å bli hørt og krav til saksbehandlerens barnefaglige kompetanse. Det er imidlertid ikke nærmere drøftet hva som menes med at saksbehandleren har barnefaglig kompetanse. Det er derfor uklart om det stilles formelle krav til saksbehandleren (for eksempel i form av juridisk kurs i barnerett eller barnepedagogutdanning) eller om det dreier seg om krav til praktisk erfaring og spesialisering (eget team eller enhet som jobber med saker fra barn). Det vil også kunne oppstå spørsmål om manglende barnefaglig kompetanse hos saksbehandleren vil utgjøre en saksbehandlingsfeil som kan føre til ugyldige vedtak.

Økonomiske og administrative konsekvenser

Under forutsetning av at endringene i § 17-1a først og fremst er en forskriftsfesting av gjeldende praksis og presisering av de kravene til begrunnelse som allerede følger av forvaltningsloven § 25, vil endringsforslagene ikke ha vesentlige konsekvenser for Utlendingsdirektoratet.

Utlendingsdirektoratet mener at § 8-5 vil få lite anvendelse i førsteinstansbehandling av søknader om beskyttelse, da vår saksbehandlingstid vanligvis er for kort til at barnet rekker å opparbeide seg tilstrekkelig tilknytning til Norge som kan danne grunnlag for oppholdstillatelse etter § 38, jf. § 8-5. Vi viser til at halvparten av søknader

om beskyttelse fra medfølgende barn ble behandlet innen 52 dager i første halvår i 2013, og at gjennomsnittlig saksbehandlingstid for denne gruppen i samme tidsperiode var 108 dager. Bestemmelsen får først og fremst anvendelse i klagesaksbehandlingen hos Utlendingsnemnda. Det knytter seg noe usikkerhet til om forskriftendringene i § 8-5 og forholdet til § 8-12 vil føre til at flere personer innvilges begrensede tillatelser i Norge. Vi antar at de fleste barnefamilier i målgruppen vil kunne fremskaffe nødvendig dokumentasjon på identitet eller vil være omfattet av § 8-12 første ledd bokstav a eller b.

Vi kan ikke se at forskriftsendringene vil føre til en liberalisering av gjeldende praksis i oppholdssaker, og under en slik forutsetning vil endringene ikke ha vesentlige konsekvenser for UDI. I den grad barnets beste skal tillegges mer vekt enn i dag på bekostning av innvandringspolitiske hensyn, vil det kunne innebære at flere oppholdstillatelser innvilges enn i dag.

Endringsforslagene i § 8-5 kan få betydning for mottakssystemet og mottaksbudsjettet. Forskriftsendringen vil trolig medføre at en stor andel barnefamilier med utreiseplikt fremmer omgjøringsanmodning for å få vurdert om de omfattes av regelendringen og fyller vilkårene for oppholdstillatelse. På den ene siden kan dette føre til færre søknader om assistert retur fra barnefamilier og økt oppholdstid i mottak for denne gruppen, som igjen vil ha økonomiske konsekvenser for Utlendingsdirektoratet gjennom økte utgifter til mottaksplasser og pengeytelser.

På den andre siden vil oppholdstiden i mottak for barnefamilier som får innvilget tillatelse i henhold til regelendringen trolig bli redusert. Vår erfaring er at barnefamilier bosettes raskere i kommunene. Det er likevel ikke mulig å si noe mer konkret om hvilke konsekvenser det vil få for mottakssystemet og mottaksbudsjettet, da sentrale faktorer (for eksempel hvor mange som er omfattet, saksbehandlingstid i UNE og eventuelt UDI, mottaksbelegg og -kapasitet på ikrafttredelsestidspunktet og saksbehandlingstid for bosetting) ikke er kjent.

UDIs forslag til forskriftstekst i § 8-5

På bakgrunn av våre forutgående merknader foreslår vi følgende omformulering: (endringene er markert i gult)

§ 8-5 Vurderingen av sterke menneskelige hensyn i lovens § 38 ved søknad om oppholdstillatelse fra barn

Ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn etter lovens § 38, skal barnets tilknytning til riket tillegges særlig vekt.

Ved utlendingsmyndighetenes vurdering etter første ledd, skal blant annet følgende vektlegges:

- a) barnets alder,
- b) barnets behov for stabilitet og kontinuitet,
- c) barnets oppholdstid i Norge og i andre land,
- d) barnets kjennskap til norsk og sitt morsmål,
- e) barnets psykiske og fysiske helsesituasjon,
- f) barnets tilknytning til familie, venner og nærmiljø i Norge og i hjemlandet,
- g) barnets omsorgssituasjon i Norge,
- h) barnets omsorgssituasjon ved retur, og
- i) de sosiale og humanitære forholdene ved retur

For at opphold kan gis på grunn av barnets tilknytning til riket, skal foreldrene som hovedregel ha medvirket til å avklare egen identitet under hele saksbehandlingsprosessen og bidratt til å muliggjøre retur.

Med hilsen

Frode Forfang
direktør

Stephan Mo
underdirektør

Dokumentet er godkjent elektronisk i Utlendingsdirektoratet og har derfor ingen signatur. Brevet sendes kun elektronisk.