

ETT ÅR ETTER «BARN PÅ FLUKT»

Utlendingsnemndas rapport til Justisdepartementet
om tiltak 3 i stortingsmeldingen

17. juni 2013



Av rapporten fremgår bl.a.:

- Avgjørelsene som omfattes av rapporten gjelder i all hovedsak tidligere asylsøkere hvor både UDI og UNE har ment at de ikke har noe beskyttelsesbehov. Etter et endelig avslag på asylsøknaden har de imidlertid blitt værende i Norge fremfor å følge utreiseplikten. Senere – ofte flere ganger – har de så bedt UNE om omgjøring av det tidligere vedtaket.
- Omgjøring av tidligere vedtak kan skje blant annet dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn. I den vurderingen skal barns tilknytning til Norge tillegges særlig vekt. I vurderingen av om tillatelse skal gis på humanitært grunnlag, følger det av regelverket at UNE må veie de hensyn som taler for oppholdstillatelse mot de innvandringsregulerende hensyn som gjør seg gjeldende i den enkelte sak. Selv om saker kan ha likhetstrekk, er ingen saker helt like. Disse avveiningene må derfor gjøres konkret og individuelt. Det er dessuten en hovedregel om at oppgitt identitet må være dokumentert, eventuelt sannsynliggjort, før tillatelse gis. Det er identitetsproblematikk i mange av sakene rapporten omhandler.
- UNE har brukt stortingsmeldingen «Barn på flukt» aktivt i saksbehandlingen, som supplement til lov, forskrift og andre rettskilder. UNE mener avgjørelsene fra siste år generelt i større grad tydeliggjør hvilke forhold som har hatt betydning for utfallet, og at praksis i store trekk forholder seg til stortingsmeldingens skille mellom sterke og mindre sterke innvandringsregulerende hensyn.
- I saker hvor barns tilknytning avveid mot innvandringsregulerende hensyn har hatt betydning for utfallet, har UNE det siste året gitt oppholdstillatelse til forholdsvis noen flere barnefamilier under hensyn til blant annet barns tilknytning enn forut for stortingsmeldingen.



UTLENDINGSNEMNDA
UNE

Justis- og beredskapsdepartementet
Innvandringsavdelingen
Postboks 8005 Dep
0030 Oslo

Deres ref:
10/7368

Vår ref:
12/00703 kla

Dato
17.06.2013

Tiltak 3 i stortingsmeldingen om barn på flukt – rapportering

1. Innledning

Vi viser til departementets brev av 01.11.2012 og senere kontakt om tiltak 3 i stortingsmelding 27 (2011-2012) om barn på flukt kap. 1.6. Tiltaket lyder:

”Regjeringen vil gjennom meldingen her klargjøre hvordan utlendingsforskriften § 8-5 skal forstås. Formålet er å sikre likebehandling og en praksis som ivaretar hensynet til barnets beste i tråd med lovgivers hensikt. UDI og UNE vil bli bedt om å redegjøre for sin praksis i saker med lengeværende barn ett år etter fremleggelsen av denne meldingen.”

Utlendingsnemndas (UNEs) redegjørelse følger i dette brevet. Av hensyn til den offentlige interessen redegjørelsen må antas å ha, tar vi med informasjon som fra før er vel kjent for departementet, men som kan gi det alminnelige publikum et best mulig grunnlag for å vurdere rapportens innhold. Idet rapporten er offentlig, har praksisredegjørelsen en generell form uten å identifisere konkrete enkeltsaker (unntatt henvisning til offentlig kjente rettssaker).

Kapittelinnstillingen er:

2. Oppsummering
3. Om UNE som klageorgan
4. Tiltak av betydning for saksbehandling som berører barn
5. Søknad om beskyttelse og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag
6. Praksis i saker om lengeværende barn
 - 6.1 Tidligere forskrift § 21 b
 - 6.2 Nåværende forskrift § 8-5
 - 6.3 UNEs praksis forut for stortingsmeldingen om barn på flukt
 - 6.4 Stortingsmeldingens klargjøring
 - 6.5 Høyesteretts plenumsdommer desember 2012
 - 6.6 Statistikk

6.7 Aktuell praksis

6.7.1 Generelt om praksis

6.7.2 Stortingsmeldingen anvendes som rettskilde

6.7.3 Sterke menneskelige hensyn – barns tilknytning

6.7.4 Hensynet til barnets beste

6.7.5 Innvandringsregulerende hensyn

6.7.6 Identitet

2. Oppsummering

I 2012 søkte 9785 personer om beskyttelse (asyl) i Norge. Personer som søker beskyttelse får først sin sak behandlet av Utlendingsdirektoratet (UDI). Dersom direktoratet avslår søknaden, kan vedtaket påklages til Utlendingsnemnda (UNE) som klageorgan som treffer et endelig vedtak. I fjor ble det gitt oppholdstillatelser i 58 prosent av asylsakene UDI realitetsbehandlet i førsteinstans. Samme år fikk også 11 prosent av klagerne medhold av UNE. Dette betyr at godt over 60 prosent av realitetsbehandlede asylsaker endte med oppholdstillatelse i 2012.

I perioden 2010 – 2012 ga UNE, som klageinstans, oppholdstillatelser (både flyktningstatus og opphold på humanitært grunnlag) til ca. 400 barnefamilier i asylsaker. Gjennom disse avgjørelsene fikk omkring 1300 personer, hvorav mer enn 750 medfølgende barn, oppholdstillatelse av UNE. I tillegg kommer tillatelser gitt av UDI som første instans.

Denne rapporten er avgrenset til asylsaker, og gjelder i all hovedsak barnefamilier som etter å ha fått endelig avslag på en asylsøknad har blitt værende i Norge ulovlig. De har deretter bedt UNE om å omgjøre det tidligere vedtaket under henvisning til bl.a. barnas tilknytning til Norge gjennom oppholdet her.¹ I 2012 var *samlet* saksbehandlingstid i UDI og UNE for barnefamilier som fikk sine asylsøknader behandlet av begge instanser, i gjennomsnitt vel 20 måneder. I de fleste tilfeller er det altså ikke saksbehandlingstiden i klagesakene som er årsaken til at barnefamilier som har fått avslag på sin asylsøknad fortsatt er i Norge opptil flere år etter at søknaden ble fremsatt. I kun to ordinære klagesaker fra siste år ble oppholdstiden under søknads- og klageprosessen så lang at sakene er omfattet av denne rapporten.

UNE har besvart omgjøringsanmodninger fra familier som selv har bedt UNE om en fornyet vurdering. Etter praksis er et utgangspunkt, både før og etter stortingsmeldingen, at om lag 4 ½ års oppholdstid og 1 år på skole gir barn i barnefamilier en tilknytning til Norge som kan utgjøre sterke menneskelige hensyn og gi grunnlag for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Barns tilknytning til Norge vurderes imidlertid individuelt². Om oppholdstillatelse gis i det konkrete tilfelle beror videre på en avveining mot innvandringsregulerende hensyn, jf. utlendingsloven § 38 fjerde ledd. I tillegg oppstiller regelverket en hovedregel om at oppgitt identitet må være dokumentert eller sannsynliggjort før tillatelse gis. Få av de som omfattes av denne rapporten har

¹ Se rapportens del 3 for mer om omgjøringsanmodninger

² I praksis er det også gitt tillatelser begrunnet i barns tilknytning i noen tilfeller der barn har hatt i underkant av 4 ½ års oppholdstid. Når vi i denne rapporten redegjør for praksis i saker der barn i barnefamilier har hatt ca. 4 ½ års opphold eller mer, omfattes også saker hvor oppholdstiden har vært 1-2 måneder kortere.

dokumentert sin identitet. I et mindretall av avgjørelsene er oppgitt identitet ansett sannsynliggjort.

Med nevnte avgrensning i ca. oppholdstid/skolegang har UNE siden stortingsmeldingen om barn på flukt ble fremlagt i juni 2012 og fram til utgangen av mai 2013 vurdert om det er grunnlag for å omgjøre tidligere avslag³ for 73 barnefamilier som omfatter 314 personer fordelt på 135 voksne og 179 barn. 37 av familiene er gitt oppholdstillatelse i Norge, inkludert en hvor det er gitt tilsagn om oppholdstillatelse dersom oppgitt identitet dokumenteres. 7 av familiene er gitt flyktningstatus, mens 30 av de nevnte familiene er gitt oppholdstillatelse på humanitært grunnlag under henvisning til bl.a. barns tilknytning. Disse 30 familiene omfatter 117 personer⁴, fordelt på 51 voksne og 66 barn. Av trufne avgjørelser er omgjøringsprosenten regnet pr. familie med barn med fra om lag 4 ½ års oppholdstid og 1 år på skole ca. 50 prosent, inkludert familier med beskyttelsestillatelser, og ca. 45 prosent når de som er gitt flyktningstatus holdes utenfor.

Vi har ikke direkte sammenliknbar statistikk fra forut for meldingen. Det beste sammenlikningsgrunnlaget vi kan gi viser at relativt noen flere barnefamilier der barnas oppholdstid var fra om lag 4 ½ år og 1 år på skole, har fått omgjort sine vedtak det siste året enn i 2010/2011 da omgjøringsprosenten var drøyt 30 % gjennom ca. 40 nemndmøter.

Alle tall i denne rapporten gis med forbehold om registreringsfeil, jf. rapportens pkt. 6.6.

En sammenlikning av praksis før og etter stortingsmeldingen kan ikke kun gjøres ut fra omgjøringsprosenten. Sakenes innhold og de vurderinger som fremkommer av avgjørelsene må også tas i betraktning. UNE har anvendt stortingsmeldingen som en supplerende veileder til lov, forskrift, forarbeider og andre rettskilder, og bl.a. forholdt seg til meldingens distinksjon mellom tungtveiende og mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn.⁵ Avgjørelsene fra det siste året viser, med få unntak, at mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn ikke alene er nok til å fastholde tidligere avslag når barnefamilier med barn i skolealder har hatt en oppholdstid på om lag 4 ½ år eller mer. Sammenliknet med praksis før stortingsmeldingen ser vi tydeligere formulerte avgjørelser og mer enhetlig vektning av ulike innvandringsregulerende hensyn som er relevante i enkeltsakene.

Praksis utdypes i rapportens del 6.

3. UNE som klageorgan

UNE avgjør klager over avslag truffet av Utlendingsdirektoratet i saker etter utlendingsloven og statsborgerloven. Alle som søker beskyttelse får sin søknad først avgjort av Utlendingsdirektoratet. Dersom UDI avslår søknaden, kan vedtaket påklages til UNE. UDI vurderer om klagen inneholder nye opplysninger som tilsier at UDI selv bør omgjøre vedtaket. Dersom UDI opprettholder sitt vedtak, sendes klagen med alle sakens dokumenter til UNE for avgjørelse.

³ Inkludert to ordinære klagesaker

⁴ I tillegg er en familie med en voksen og to barn gitt oppholdstillatelse av hensyn til barns tilknytning der barnas oppholdstid var drøyt 4 år.

⁵ Se stortingsmeldingens pkt. 6.4.2 og denne rapporten pkt. 6.4.

Som klageorgan skal UNE i første rekke ivareta klagerens rettssikkerhet, bl.a. ved at vi i asylsaker skal påse at de som har rett til det får beskyttelse eller oppholdstillatelse til tross for avslaget i UDI. Innvandringen til Norge er kontrollert og regulert. UDI og UNE skal gi beskyttelse til de som har rett til det, men ikke til de som ikke fyller vilkårene. Dersom en asylsøker ikke fyller vilkårene for flyktningstatus, kan det likevel gis oppholdstillatelse dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn, jf. utlendingsloven § 38.

UNE omtales gjerne som et domstolliknende forvaltningsorgan. UNE er administrativt underlagt Justisdepartementet, men departementet kan ikke instruere UNE om lovtolkning, skjønnsutøvelse eller avgjørelser i enkeltsaker, unntatt i saker som berører grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn. Styring må skje gjennom lov og forskrift.

UNE har over 30 nemndledere som etter loven må fylle kravene for å være dommere. UNE har mer enn 300 nemndmedlemmer oppnevnt av Justisdepartementet, hvorav halvparten etter forslag fra humanitære organisasjoner. Dette er lekmedlemmer som kalles inn til nemndmøter i saker hvor det foreligger vesentlige tvilsspørsmål av betydning for utfallet. Både nemndledere og nemndmedlemmer er, i likhet med de prinsipper som gjelder for domstolene, selvstendige beslutningstakere som ikke kan styres av direktøren eller hverandre i enkeltsakene. Det innebærer at et enkelt vedtak fra en nemnd eller en nemndleder ikke nødvendigvis viser UNEs helhetlige praksis på et område. UNEs praksis vil først fremkomme når flere vedtak ses i sammenheng.

Saker som reiser vesentlige tvilsspørsmål avgjøres av en nemnd med en nemndleder og to nemndmedlemmer, hvorav alltid en oppnevnt etter forslag fra humanitære organisasjoner. I nemndmøter i asylklagesaker er det som hovedregel personlig fremmøte av klageren og dennes advokat. Saker som ikke reiser vesentlige tvilsspørsmål kan avgjøres av en nemndleder.

Uansett avgjørelsesform forberedes sakene av vårt sekretariat, som også er gitt delegert avgjørelsesmyndighet i klare tilfeller.

Når UNE har truffet vedtak er klagen over UDIs tidligere avslag endelig avgjort. Dersom UNE opprettholder UDIs vedtak om avslag på søknad om beskyttelse, plikter klageren å forlate Norge. Våre vedtak kan imidlertid etter søksmål prøves av de ordinære domstoler.

I tillegg mottar UNE hvert år et stort antall henvendelser fra klagere som ønsker at UNE skal omgjøre det endelige klagevedtaket. En slik henvendelse er ikke det samme som en klage, og kalles omgjøringsanmodning ved at klageren ber om å få en ny vurdering av sin sak selv om klagemuligheten er uttømt og asylsøknaden er endelig avgjort. Det er ikke uvanlig at tidligere asylsøkere som blir værende i Norge uten lovlig opphold istedenfor å følge utreiseplikten, gjentatte ganger anmoder om omgjøring av det tidligere vedtaket. UNE har hvert av de to siste år mottatt mellom 5-6000 anmodninger om omgjøring av tidligere endelige vedtak, hvorav et stort flertall er fra tidligere asylsøkere. En omgjøringsanmodning gir ikke i seg selv rett til å bli værende i Norge inntil UNE svarer på henvendelsen, dvs. at utreiseplikten som regel består selv om en tidligere asylsøker ønsker at UNE skal omgjøre et vedtak. Personer som ikke reiser frivillig kan i utgangspunktet bli sendt ut av politiet med tvang, men det forutsetter ofte at utlendingen samarbeider om å klarlegge sin identitet og fremskaffe reisedokumenter. Det er det mange som ikke gjør. For politiet er det svært ressurskrevende å bringe en uavklart identitet på det rene når de det

gjelder ikke samarbeider. I tillegg nekter enkelte land å motta personer som ikke vil reise hjem frivillig. Norske myndigheter legger en betydelig innsats i å motivere tidligere asylsøkere med avslag om å reise frivillig hjem, bl.a. ved økonomiske støtteordninger. I 2012 returnerte mer enn 1700 personer frivillig til hjemlandet etter å ha fått avslag på søknad om beskyttelse. Drøyt 500 av disse var del av en barnefamilie. De største nasjonalitetene var Irak, Russland og Afghanistan.

Det er som regel ikke saksbehandlingstiden i klagesakene som er årsaken til at barn får en tilknytning til Norge gjennom lang oppholdstid. De aller fleste av UNEs saker som omfatter lengeværende barn er omgjøringsanmodninger, og ikke ordinære klagesaker. Noen av barna kom sammen med foreldrene da de søkte beskyttelse, andre er født mens foreldrene har vært i Norge som asylsøkere eller etter at asylsøknaden ble endelig avslått, kanskje for flere år siden.

UNE vurderer og besvarer alle omgjøringsanmodninger vi mottar. Det hender at det fremkommer ny informasjon som tilsier at det tidligere vedtaket bør endres, f.eks. at det har skjedd endringer i hjemlandet som innebærer at den tidligere asylsøkeren likevel har et beskyttelsesbehov. I noen tilfeller er den mest sentrale nye opplysningen at familien, inkludert deres barn, har oppholdt seg lengre i Norge enn sist saken ble avgjort fordi de ikke har reist hjem etter avslaget på søknaden om beskyttelse. Etter regelverket skal barns tilknytning tillegges særlig vekt i vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn. Det gjelder også tilknytning oppebåret under et ulovlig opphold. Barns tilknytning gir imidlertid etter regelverket ikke en rett til oppholdstillatelse. Om sterke menneskelige hensyn foreligger *kan* det gis oppholdstillatelse på humanitært grunnlag etter lovens § 38. Om oppholdstillatelse skal gis beror på en skjønnsmessig vurdering, der også innvandringsregulerende hensyn inngår. I tillegg oppstiller utlendingsforskriften § 8-12 en hovedregel om dokumentert identitet før tillatelse kan gis, jf. denne rapportens del 6.

4. Tiltak av betydning for saksbehandling som berører barn

Stortingsmeldingen om barn på flukt omhandler flere forhold enn situasjonen for lengeværende barn. Når det gjelder tiltakene i meldingens pkt. 1.6 vil vi bemerke:

- *Kortere saksbehandlingstid:* Regjeringens ambisjon på sikt er at saksbehandlingstiden i de fleste asylsaker skal være under ett år, regnet fra registrering av asylsøknad til endelig vedtak fra UNE foreligger.
Oppfølging: UDI og UNE har igangsatt et samarbeid med sikte på at saksbehandlingstiden i de fleste asylsaker skal være maksimalt 12 måneder i løpet av 2015.
- *Barnefaglig kompetanse:* Regjeringen vil sikre god barnefaglig kompetanse i alle ledd i utlendingsforvaltningen.
Oppfølging: Etter stortingsmeldingen nedsatte UNE en intern arbeidsgruppe som fikk i oppdrag å klarlegge hvilken barnefaglig kompetanse UNE innehar, vurdere hvilken barnefaglig kompetanse UNE har behov for, hvordan vi kan nyttiggjøre oss barnefaglig kompetanse under saksbehandlingen og hvordan vår barnefaglige kompetanse relevant kan styrkes. Arbeidsgruppens forslag er under vurdering/oppfølging. Vi viser til eget brev fra UNE til departementet om dette temaet.

- *Høring av barn.* Regjeringen bebudet en ekstern kartlegging og evaluering av hvordan barns situasjon blir belyst i saksbehandlingen i UNE. Prosjektet skal også vurdere bruken av og behovet for muntlig høring av barn.
Oppfølging: Etter offentlig anbudskonkurranse tildelte Justisdepartementet oppdraget til NOVA - Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring. Forskerne fra NOVA har igangsatt arbeidet.

Gjennom de senere år har det i samfunnet og ved politiske prosesser vært et økt fokus på barns rettigheter. Gjennom ny utlendingslov, som trådte i kraft 2010, er barns rettigheter i utlendingssaker presisert og tydeliggjort. Stortingsmeldingen om barn på flukt inngår i dette bildet. Videre har både UDI, som utfører saksbehandling i førsteinstans, og UNE som klageorgan, gjennom flere år jobbet målrettet for å fremme korrekt og forsvarlig saksbehandling i saker som berører barn. I tillegg til tiltakene i stortingsmeldingen, gjelder det bl.a.:

- UNE har egne interne retningslinjer om høring av barn, offentlig tilgjengelig på www.une.no. Videre omhandler flere av våre øvrige interne retningslinjer for saksbehandlingen barnespesifikke emner.
- Vi har utviklet bedre vedtakstekster for å tydeliggjøre hvilke vurderinger vi gjør av hensyn til bl.a. barnets beste.
- Vi har flere faglige notater som omhandler barnespesifikke temaer, bl.a. om barnekonvensjonen.
- Saksbehandling om barn og barnekonvensjonen er jevnlig tema under flere typer av faglige møter, seminarer og kurs, bl.a. har barnerelaterte emner blitt diskutert i flere interne likebehandlingsmøter der nemndledere og saksbehandlere drøfter likebehandlingsspørsmål på basis av trufne vedtak.
- UNE har tilsatt egne menneskerettighetsrådgivere, bl.a. med særlig kompetanse om barnekonvensjonen.
- UNE har de senere år hatt kontakt med ulike barnefaglige miljøer for å sikre et godt kunnskapsgrunnlag når vi vurderer våre egne rutiner og retningslinjer om håndtering av barn i våre saker. Bl.a. har vi hatt møter med Barneombudet, Redd Barna, Utdanningsetaten i Oslo kommune og representanter for norsk helsevesen.

Blant UNEs saksbehandlere og nemndledere, som alle har utdannelse på embetsstudie/mastergradsnivå og hvor et flertall er jurister⁶, har flere utdanning som omfatter emner som barnerett og menneskerettigheter. Vi viser ellers til vårt brev av 03.06.2013 til departementet om barnefaglig kompetanse i UNE.

5. Om søknad om beskyttelse og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag

Beskyttelse

Vilkårene for beskyttelse er regulert i utlendingsloven §§ 28 flg., i samsvar med internasjonale forpliktelser gjennom bl.a. flyktningskonvensjonen og den europeiske menneskerettighetskonvensjonen. For å ha rett til beskyttelse må man risikere å bli utsatt for en alvorlig krenkelse av grunnleggende menneskerettigheter ved retur til hjemlandet, typisk trussel mot eget liv eller helse.

⁶ Alle nemndledere er jurister og fyller kravene til dommere, jf. utlendingsloven § 73 tredje ledd.

Oppholdstillatelse på humanitært grunnlag

Asylsøkere som ikke fyller vilkårene for beskyttelse kan gis oppholdstillatelse pga sterke menneskelige hensyn eller en særlig tilknytning til Norge. Dette følger av utlendingsloven § 38. Bestemmelsen gir ikke den enkelte asylsøker en rett til oppholdstillatelse, men UDI eller UNE kan gi oppholdstillatelse etter en skjønnsmessig vurdering. For å avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn skal det etter bestemmelsen foretas en totalvurdering av saken. Det kan blant annet legges vekt på om

- a) utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur,
- b) det foreligger tvingende helsemessige forhold som gjør at utlendingen har behov for opphold i riket,
- c) det foreligger sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen som gir grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse, eller
- d) utlendingen har vært offer for menneskehandel.

Ved vurdering av om tillatelse skal gis, kan det iht. lovens § 38 fjerde ledd legges vekt på innvandringsregulerende hensyn. Slike hensyn kan bl.a. være:

- a) mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag,
- b) de samfunnsmessige konsekvensene,
- c) hensynet til kontroll, og
- d) hensynet til respekten for lovens øvrige regler.

Det fremgår av lovens forarbeider at slike hensyn skal vurderes i de sammenhenger de forekommer. Vekten vil imidlertid variere, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) pkt. 7.6.2. Også stortingsmeldingen om barn på flukt anviser at innvandringsregulerende hensyn kan ha betydning når oppholdstillatelse vurderes pga barns tilknytning.

I samsvar med barnekonvensjonen art. 3 står det i utlendingslovens § 38 tredje ledd at i saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

I Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) om ny utlendingslov er det i pkt. 7.6.4 bl.a. uttalt:

...Bestemmelsen slår fast at hensynet til barnets beste skal være «et grunnleggende hensyn» («a primary consideration») ved alle handlinger myndighetene foretar seg som berører barn. Bestemmelsens forhistorie viser tydelig at ordet «et» (engelsk «a») ble bevisst valgt fremfor ordet «det» (engelsk «the»). Ordlyden markerer også at andre hensyn enn hensynet til barnets beste kan tillegges vekt ved vurderingen av saker som berører barn.

Prinsippet om barnets beste gjelder for alle barn i alle sammenhenger, og begrepet vil derfor ikke kunne ha et entydig innhold. I vurderingen av barnets beste vil en kunne møte en rekke dilemmaer. Det kan ikke generelt legges til grunn at det alltid vil være til barnets beste om barnet (og familien) innvilges opphold i Norge. Selv om velferds- og sikkerhetssituasjonen er betydelig bedre i Norge enn i de aller fleste landene det kommer asylsøkere fra, behøver ikke det å bety at det er til barnets beste å få bli. Det er også tydelige verdier knyttet til å vokse opp et sted hvor røttene, nettverkene og tilhørigheten er sterk. Mange enslige mindreårige som har kommet til Norge sliter med ensomhet og savnet etter nær familie og venner. I denne sammenheng kan det for eksempel pekes på at hele 74 prosent av de enslige mindreårige som fikk oppholdstillatelse i 2005, var mellom 14 og 18 år. Det er betydelige utfordringer knyttet til å komme til Norge for barn i denne aldersgruppen, som har hatt den vesentligste delen av sin oppvekst i et annet samfunn som ofte er annerledes enn det norske.

I mange tilfeller er det likevel klart at det vil være til barnets beste dersom barnet og eventuelt familien får oppholdstillatelse. Dette må vurderes konkret i den enkelte sak. Vekten av hensynet til barnets beste må derfor bli en skjønnsvurdering basert på ulike forhold som for eksempel barnets alder, barnets integrering gjennom opphold i Norge så som ved skolegang mv, omsorgssituasjonen ved retur, den sosiale og menneskerettslige situasjonen for øvrig ved retur osv.

Det er altså ikke tilstrekkelig for oppholdstillatelse at hensynet til barnets beste taler for det, men hensynet til barnets beste må vurderes og vektlegges som et grunnleggende hensyn under en skjønnsmessig helhetsvurdering. Videre plikter både UDI og UNE i vurdering av om oppholdstillatelse skal gis på humanitært grunnlag, å veie de hensyn som taler for oppholdstillatelse mot eventuelle innvandringsregulerende hensyn som gjør seg gjeldende. I noen saker vil de hensyn som taler for oppholdstillatelse, derunder hensynet til barnets beste når det er til fordel for oppholdstillatelse, veie tyngst. I andre saker vil innvandringsregulerende hensyn være utslagsgivende.

I utlendingsforskriften er det gitt regler som utfyller lovens § 38, bl.a. forskriften § 8-5 om at det ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn etter lovens § 38, skal barns tilknytning til riket tillegges særlig vekt.

Ved praktiske hindringer for retur som utlendingen selv ikke rår over kan det gis oppholdstillatelse etter forskriften § 8-7. Det er en forutsetning for tillatelse at følgende vilkår er oppfylt:

- a) Det har gått tre år siden saksopprettelse uten at avslaget er iverksatt, og det er heller ikke sannsynlig at iverksettelse vil kunne la seg gjennomføre.
- b) Det er ikke tvil om søkerens identitet. Som hovedregel må søkeren ha medvirket til å avklare sin identitet under perioden som asylsøker, jf. § 17-7.
- c) Søkeren har bidratt til å muliggjøre retur, herunder bidratt til å skaffe seg hjemlandets reisedokument

Disse vilkårene er sjelden oppfylt, og det er derfor gitt svært få tillatelser etter bestemmelsen.

Mange av foreldrene til lengeværende barn har en uavklart identitet. Etter utlendingsloven § 8-12 gjelder en hovedregel om krav om dokumentert identitet før oppholdstillatelse gis etter lovens § 38, med mindre det er mest sannsynlig at den oppgitte identiteten er riktig og

- a) utlendingens hjemland mangler en fungerende sentraladministrasjon, eller det av andre grunner er umulig å fremskaffe originalt gyldig pass eller annen tilsvarende legitimasjon med tilstrekkelig notoritet, eller
- b) hensynet til søkerens sikkerhet tilsier at vedkommende ikke kan kreves å kontakte hjemlandets myndigheter.

Dersom det i andre tilfeller besluttes å innvilge oppholdstillatelse etter lovens § 38, kan det gis en begrenset tillatelse etter lovens § 38 femte ledd.

Fra 1. januar 2013 ble det med grunnlag i stortingsmeldingen om barn på flukt pkt. 1.6 nr. 1, innført en ny forskriftsbestemmelse om at barn eller utlending med barn i Norge på visse vilkår kan gis oppholdstillatelse etter lovens § 38 dersom en klage på en søknad om beskyttelse ikke er avgjort av UNE innen 15 måneder etter at saken kom inn til UNE.

6. Praksis i saker om lengeværende barn

6.1 Tidligere forskrift § 21 b

I august 2006 ble UNE instruert av departementet om å stille i bero alle saker med barn som pr. 01.04.2007 ville ha oppholdt seg minst 3 år i Norge. Dette gjaldt både klagesaker og omgjøringsanmodninger. Utreiseplikten ble dermed suspendert for disse, slik at de fikk midlertidig lovlig opphold i påvente av at saken deres skulle behandles etter kommende nye regler. Departementet understreket at 3-årsgrensen for berostillingen ikke innebar at alle barn som hadde oppholdt seg mer enn 3 år i Norge ville få oppholdstillatelse, men man ville favne alle saker som burde gis en ny vurdering når de nye reglene var gitt.

I juni 2007 trådte forskriften § 21 b i kraft. Den lød tilsvarende som dagens forskrift § 8-5: «Ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn etter lovens § 38, skal barns tilknytning til riket tillegges særlig vekt».

Iht. forarbeidene skulle også tilknytning etter endelig avslag telle med.

Da UNE gjenopptok saksbehandlingen, endte ca. 85 % av de berostilte sakene med oppholdstillatelse. For omgjøringsanmodninger som senere tilkom, etter at berostillingen var opphevet, ble omgjøringsprosenten lavere, jf. pkt. 6.3 nedenfor.

Kortfattet ble praksis den gang summert til at barn i barnefamilier med om lag 4 ½ års opphold og i skolepliktig alder ble ansett for å ha en tilknytning som i utgangspunktet innebærer at det foreligger sterke menneskelige hensyn som kan gi grunnlag for opphold i Norge, og hvor en vurdering mot innvandringsregulerende hensyn er avgjørende for utfallet i det enkelte tilfellet.

6.2 Nåværende forskrift § 8-5

Da nåværende utlendingslov og –forskrift trådte i kraft, ga departementet et ikrafttredelsesrundskriv, A 63/09, om hvordan de ulike bestemmelsene skulle forstås. Dagens forskrift § 8-5 ble av departementet kommentert slik:

Forskriftens § 8-5 viderefører utlendingsforskriften 1990 § 21 b om at barns tilknytning til riket skal tillegges særlig vekt ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn, jf. departementets tidligere rundskriv A-25/2007, hvor følgende ble uttalt: ”Med ”tilknytning til riket” menes tilknytning som følge av lang botid/oppholdstid. Hva som vil være lang oppholdstid må vurderes individuelt og vil kunne variere fra sak til sak. Kravet til oppholdstid kan ikke fastsettes absolutt, men i utgangspunktet vil ikke oppholdstid på under tre år være tilstrekkelig. Lang oppholdstid vil ikke uten videre tilsi ”tilknytning til riket”, og det må bl.a. ses hen til barnets alder i oppholdsperioden. For eksempel må det legges til grunn at et barn i skolepliktig alder lettere vil opparbeide tilknytning til Norge enn et barn som har bodd her i sine aller første leveår. Videre må det ses hen til om barnet har gått i barnehage/skole, om barnet snakker norsk, om barnet deltar i fritidsaktiviteter og om situasjonen for øvrig tilsier at barnet er særlig knyttet til det norske samfunnet.

I utgangspunktet bør det stilles krav til uavbrutt oppholdstid i Norge. Imidlertid kan det være tilfeller hvor kortvarige opphold utenfor Norge ikke bør være til hinder for at tillatelse gis. Dette er forhold som må vurderes konkret i den enkelte sak.

I saker som gjelder barn, og som vurderes etter ny § 21 b, må også eventuell oppholdstid etter at barnet har fått endelig avslag telle med. Det må likevel vurderes om barnet i den perioden det har oppholdt seg i Norge etter endelig vedtak, kan sies å ha opparbeidet tilknytning til riket eller opprettholdt den tilknytningen det allerede hadde fått. Det er ikke gitt at opphold etter endelig avslag har gitt seg utslag i sterkere tilknytning til Norge, særlig ikke dersom barnet har flyttet fra mottak, sluttet i skolen eller kanskje levd i skjul.

Foreldrenes eller andre omsorgspersoners eventuelle mangel på samarbeid i forhold til å muliggjøre retur, avklare identitet mv., innvandrings- og allmennpreventive hensyn kan tale imot at det innvilges tillatelse etter utlendingsloven § 8 annet ledd, jf. også ny § 21 c i utlendingsforskriften. Det vil til sist bero på en konkret helhetsvurdering hvorvidt slik tillatelse skal gis.

Det vil etter dette også være opp til utlendingsmyndighetene å vurdere om det bør gis tillatelse til andre som omfattes av saken barnet er en del av, typisk foreldre og søsken.

6.3 UNEs praksis forut for stortingsmeldingen om barn på flukt

Stortingsmeldingen om barn på flukt pkt. 6.4.2 gir en dekkende beskrivelse av UNEs praksis før meldingen ble lagt fram:

...UNE har lagt seg på en praksis der barnets alder og hvor lenge de har vært i Norge, er de sentrale momentene i tilknytningsvurderingen etter forskriftens § 8-5. I påvente av nevnte forskriftsendring i 2007 ble aktuelle saker stilt i bero. Departementet avgrenset berostillelsen til saker som involverte barn med mer enn 3 års botid, for å være sikker på å være innenfor Stortingets intensjon. Praksis etter at UNE hadde behandlet disse sakene, viste at barn i skolepliktig alder, med mer enn ett års skolegang og minst 4 ½ års oppholdstid, i utgangspunktet ble ansett å ha en tilknytning til riket som dannet grunnlag for oppholdstillatelse. Mest tvil knyttet seg til barn i alderen 6–7 år som hadde begynt på skole, særlig dersom oppholdstiden samtidig var relativt kort. Tilleggsmomenter som helseproblemer, omsorgssituasjon i Norge og ved retur, sikkerhetssituasjonen i hjemlandet o.l. førte til at tillatelse ble gitt i en del saker hvor tilknytningen alene ikke var sterk nok. Innvandringspolitiske og allmennpreventive hensyn ble i liten eller ingen grad tillagt avgjørende vekt holdt opp mot barnets tilknytning. Et særtrekk ved de berostilte sakene var imidlertid at familiene hadde en forholdsvis lang lovlig oppholdstid som følge av berostillelsen, de fleste rundt ett år. I noen avgjørelser ble det også vist til at selve berostillelsen medførte en forventning om at tillatelse ville bli gitt.

I de sakene som er behandlet i UNE etter at de berostilte sakene var behandlet, har relativt sett langt færre endt med oppholdstillatelse. Spørsmålet om barns tilknytning har i årene etter 2007 i all hovedsak vært vurdert i forbindelse med anmodninger om omgjøring av endelig avslag. Disse sakene skiller seg fra de ordinære klagesakene og sakene som ble stilt i bero ved at familiene har hatt lengre perioder uten lovlig opphold. UNE har i sin praksis fastholdt at ett års skolegang og minst 4 ½ års oppholdstid isolert kan tilsi at barnet har en tilknytning til Norge som gjør at oppholdstillatelse bør gis. Når tillatelse i flere saker likevel ikke er innvilget, er det med henvisning til at innvandringsregulerende hensyn taler mot en innvilgelse. Innvandringsregulerende hensyn som i praksis har ført til at sakene er blitt avslått er særlig brudd på utlendingsloven, som oversittet utreisefrist og ulovlig opphold. Mange familier har fremmet gjentatte omgjøringsanmodninger, og de har hatt til dels langvarige ulovlige opphold i Norge. Videre er det i flere av avgjørelsene lagt vekt på manglende samarbeid eller aktiv motarbeidelse av å avklare identiteten / få til retur mv., og i noen tilfeller kriminelle forhold. UNE har gitt flere eksempler på at avslag har blitt opprettholdt, også i saker med opptil 9 års oppholdstid. UNE mener at praksis har beveget

seg i strengere retning, ved at det nå oftere legges avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn, men understreker at i mange saker har hensyn som taler mot innvilgelse vært særlig sterke. UNE mener videre at det også har hatt betydning for senere tids praksis at regjeringen i 2009 ga en forskriftsbestemmelse om at oppholdstillatelse «som hovedregel» bare skal gis hvis «utlendingen framskaffer dokumentasjon på sin identitet». Praksis med å avslå omgjøringsanmodningen ut fra innvandringsregulerende hensyn er imidlertid ikke entydig; det er også gitt oppholdstillatelse i en del saker i tråd med den praksis som utviklet seg for de berostilte sakene.

For å legge grunnlag for en mer enhetlig praksis startet UNE høsten 2010 en praksisavklaringsprosess gjennom behandling av et utvalg relevante saker i nemndmøter. Til nå er ca. 40 saker behandlet i nemndmøter. I om lag 1/3 av sakene er avslagsvedtaket omgjort, mens i ca. 2/3 av sakene er avslaget opprettholdt. Praksisavklaringen er imidlertid p.t. ennå ikke fullført. Ulikt utfall i saker med tilsynelatende lik tilknytning kan skyldes at hver sak er unik; sakene har stor spennvidde både når det gjelder humanitære hensyn, hensyn til barna og innvandringsregulerende hensyn ved foreldres lovbrudd. Videre kan det være en faktor at det er ulike nemnder med ulike beslutningsfattere som behandler sakene...

6.4 Stortingsmeldingens klargjøring

6.4.1 Innledning

I meldingens pkt. 6.4.5 som gjelder spørsmålet om det er behov for endringer i regelverket, står det bl.a.:

Dersom en barnefamilie har fått endelig avslag, innebærer dette at norske myndigheter anser det som trygt for dem å returnere til hjemlandet, samtidig som det etter en totalvurdering av saken ikke anses å foreligge sterke menneskelige hensyn eller en særlig tilknytning til Norge. Familien må derfor forholde seg til plikten til å returnere, og det er foreldrene som har hovedansvaret for familienes samlede situasjon. Voksnes valg får imidlertid konsekvenser for barns situasjon, selv om barna ikke kan holdes ansvarlig for disse valgene...

Og senere i pkt. 6.4.5:

Regjeringen mener det vil sende uheldige og motstridende signaler hvis det innføres faste ordninger for at oppholdstillatelse skal gis etter et visst antall år i Norge. Vurderingen av om opphold bør gis på grunn av sterke menneskelige hensyn er i sin karakter utpreget skjønnsmessig,...

6.4.2 Klargjøring av utlendingsforskriften § 8-5

I pkt. 6.4.6, om tiltak for lengeværende barn, gir meldingen en «klargjøring av utlendingsforskriften § 8-5»:

Som tidligere beskrevet, kan den senere tids praksis i UNE tyde på at det i en del saker legges mer vekt på innvandringsregulerende hensyn enn hva som ble forutsatt da regelverket ble vedtatt, samtidig som praksis fremstår som lite entydig. Regjeringen ser derfor behov for å tydeliggjøre hvordan bestemmelsen skal forstås, også ved behandling av omgjøringsanmodninger:

- Hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle vedtak som berører barn, jf. blant annet barnekonvensjonen artikkel 3.
- Utlendingsforskriften § 8-5 fastslår at barns tilknytning til Norge skal tillegges særlig vekt når det tas stilling til opphold på humanitært grunnlag.
- Det innebærer at det i alle sakene må foretas en individuell vurdering, hvor barnets alder og samlet oppholdstid i landet står sentralt.
- Det må legges til grunn at et barn i skolepliktig alder lettere vil opparbeide tilknytning til Norge enn et barn som har bodd her i sine aller første leveår.
- Videre må det ses hen til om barnet har gått i barnehage/skole, om barnet snakker norsk, om barnet deltar i fritidsaktiviteter og om situasjonen for øvrig tilsier at barnet er særlig knyttet til det norske samfunnet.
- Både oppholdstid som asylsøker og oppholdstid etter endelig avslag teller med.
- Tilknytning gjennom fritidsaktiviteter, språk og venner er også relevant, selv om det er bevismessig krevende å gå inn i en detaljert vurdering av slike forhold.
- I saker som gjelder lengeværende barn og deres familier, kan det dessuten ofte foreligge andre sterke menneskelige hensyn enn kun barnas tilknytning (anførsler knyttet til helse, omsorgssituasjon, situasjonen i hjemlandet osv.). Slike hensyn vil også inngå i en helhetsvurdering etter utlendingsloven § 38.
- Det vises for øvrig til Justisdepartementets rundskriv om utlendingsforskriftens ikrafttredelse, se punkt 6.4.2.

Tilknytningen må imidlertid vurderes opp mot innvandringsregulerende hensyn som gjør seg gjeldende i saken. Det er særlig når det gjelder vurderingen av oversittet utreisefrist og ulovlig opphold Regjeringen mener at deler av praksis befinner seg i grenseland for hva som var formålet med bestemmelsen:

- Innvandringsregulerende hensyn kan få avgjørende betydning, også i saker som gjelder barn. På et tidspunkt vil likevel hensynet til barnets beste måtte gå foran andre hensyn.
- Barn med en botid som i seg selv tilsier at oppholdstillatelse bør gis, vil nesten alltid ha lengre perioder uten lovlig opphold. Regjeringen mener at utlendingsforskriften § 8-5 må forstås slik at ulovlig opphold og oversittet utreisefrist i seg selv skal tillegges mindre vekt enn aktiv motarbeidelse av retur, når barnet har en tilknytning til Norge som tilsier at oppholdstillatelse bør innvilges. Oversittet utreisefrist og ulovlig opphold er i denne sammenheng å betrakte som mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn.
- Ulovlig opphold bør følgelig tillegges mindre vekt dersom familien for eksempel hele tiden har vært «tilgjengelig» for hjemsendelse i politiets regi og har sannsynliggjort sin identitet.
- Bruk av falsk identitet (ulike identiteter, uekte dokumenter osv.) for å skjule identitet i Norge eller villedede norske myndigheter, er imidlertid et tungtveiende innvandringsregulerende hensyn, som taler mot at tillatelse gis. Som nevnt i kapittel 6.3.7 er det som hovedregel et vilkår for oppholdstillatelse på humanitært

grunnlag at utlendingen framskaffer dokumentasjon på sin identitet, jf. utlendingsforskriften § 8-12. Bestemmelsen åpner imidlertid for at det kan gis en tillatelse, for eksempel av hensyn til barn, selv om identiteten ikke er dokumentert. Det bemerkes at selv om identiteten ikke er dokumentert kan den likevel anses sannsynliggjort.

- Det anses videre som et tungtveiende innvandringsregulerende hensyn dersom utlendingen aktivt unndrar seg tvangsmessig retur eller har hatt opphold i skjul for norske myndigheter. En utlending som har fått avslag på søknad om oppholdstillatelse plikter iht. utlendingsloven § 19 å melde fra til politiet om skifte av bopel frem til utreise. Ved ikke å overholde denne plikten vanskeliggjøres gjennomføringen av tvangsmessig retur, selv om utlendingens bosted kan være kjent for skole, barnehage mv. Dette er et forhold som etter Regjeringens syn kan tale mot å innvilge en tillatelse, men i mindre grad enn der familien har gått i skjul.
- Videre vil eventuelle brudd på straffeloven fra foreldrenes side være å regne som tungtveiende innvandringsregulerende hensyn, men dette er også avhengig av forholdets karakter.

Regjeringen legger til grunn at denne omtalen er klargjørende for utlendingsmyndighetenes arbeid og vil følge praksisutviklingen framover.

6.5 Høyesteretts plenumsdommer desember 2012

Et flertall i Høyesterett i plenum kom i desember 2012 til at UNE hadde truffet gyldige vedtak vedrørende to barnefamilier som ikke var gitt oppholdstillatelse. Begge familier hadde hatt et flerårig opphold i Norge, inkludert oppholdstid etter endelig avslag på søknad om beskyttelse. Foruten vedtakenes gyldighet, reiste sakene prinsipielle spørsmål om domstolenes prøvelsesrett over forvaltningsvedtak, og forholdet mellom domstol, lovgiver og forvaltning. Det var disse prinsipielle spørsmålene som var årsaken til at sakene gikk for Høyesterett i plenum. Dommene innebærer at domstolenes prøvelse skal skje ut fra faktum på det tidspunkt forvaltningen sist traff en avgjørelse i saken (med forbehold for opplysninger som kaster lys over de vurderinger som ble gjort da forvaltningen traff sin avgjørelse). Nytt faktum må først prøves av forvaltningen.

I tillegg til at UNEs vedtak ble ansett gyldige, mente flertallet i Høyesterett at UNE hadde foretatt en forsvarlig saksbehandling med en korrekt rettsanvendelse. Flertallet i Høyesterett ga tilslutning til UNEs forståelse av regelverket om barns tilknytning, og at innvandringsregulerende hensyn kan være relevante i vurderingen. Flertallet uttaler at det ikke er i strid med utlendingsloven § 38 tredje ledd sett i lys av BK art 3 nr. 1 å konkludere med at innvandringsregulerende hensyn etter en helhetsvurdering kan være ”avgjørende”. Høyesteretts uttalelse i en tidligere dom, Rt 2009 s. 1261 (Ashok) opprettholdes: i saker der hensynet til barnets beste må vurderes har forvaltningen et fritt skjønnet med skjerpet krav til begrunnelsen:

Oppsummeringsvis betyr dette at domstolene fullt ut kan prøve om forvaltningen har tolket loven riktig. At hensynet til barnets beste, herunder barnets tilknytning til Norge, må være forsvarlig vurdert og avvendt mot eventuelle motstående hensyn, innebærer at det må fremgå av vedtaket at hensynet til barnets beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn. Domstolene kan ikke prøve den konkrete interesseavveiningen.

6.6 Statistikk

Denne redegjørelsen bygger på en gjennomgang av avgjørelser UNE har truffet etter at stortingsmeldingen om barn på flukt ble lagt fram i juni 2012 og fram til utløpet av mai 2013. UNEs tidligere praksis gikk ut på at medfølgende barn med en oppholdstid på fra om lag ca. 4 ½ år og 1 års skolegang i Norge, har en tilknytning som i utgangspunktet innebærer at det foreligger sterke menneskelige hensyn etter lovens § 38.

Stortingsmeldingen har ikke ført til en endring av dette utgangspunktet om tilknytning. Praksis er her videreført. Det er derfor avgjørelser som gjelder medfølgende barn med en slik ca. oppholdstid/skolegang vi redegjør nærmere for ved denne rapporteringen.

Rapporten må leses med presiseringer og forbehold:

- I samfunnsdebatten har det versert flere tall og definisjoner om lengeværende barn i utlendingssaker. Begrepet «lengeværende» finnes ikke i utlendingsloven, men barns tilknytning skal tillegges særlig vekt i vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn etter lovens § 38. Stortingsmeldingen innebar ikke at UNE skulle behandle på nytt alle asylsaker fra familier med barn, eller at barn med en bestemt oppholdstid skulle gis opphold i Norge. Tidligere asylsøkere med endelig avslag og med barn som befant seg i Norge da stortingsmeldingen om barn på flukt ble lagt fram, kan enten ha reist ut av landet, blitt værende her uten å be om å få det tidligere vedtaket omgjort, eller bedt om omgjøring av det tidligere vedtaket. Vi har besvart omgjøringsanmodninger fra de som selv har bedt om å få saken sin vurdert på nytt. Vi mottar jevnlig nye anmodninger om omgjøring i slike saker, og vil derfor til enhver tid også ha ubesvarte omgjøringsanmodninger.
- Det er ikke mulig fra våre eller UDIs datasystemer å ta ut en detaljert oversikt over alle momentene som har inngått i saksforholdene eller hvilken betydning ulike forhold har hatt. Her har vi basert oss på manuelle gjennomganger.
- Enkelte av familiene som omhandles i denne rapporten har fremmet og fått svar på omgjøringsanmodning to ganger siden stortingsmeldingen ble fremlagt, foruten at flertallet også har fått svar på omgjøringsanmodninger før meldingen kom. Tallene vi rapporterer om her er begrenset til siste avgjørelse pr. familie, slik at ikke samme familie er telt flere ganger.
- Alle tall i denne rapporten gis med forbehold. Dels er tallene basert på manuelle tellinger, idet alle relevante tall ikke lar seg hente ut av de elektroniske saksbehandlingsregistrene, og dels kan det være registreringsfeil eller mangler i de elektroniske registrene. Vi mener likevel at de tallene som presenteres gir et dekkende bilde av ca. antall avgjørelser og hvor mange familier og personer som er omfattet av disse.

Vedtak/avgjørelser fra UNE 08.06.2012 – 01.06.2013 for asylsøkende familier med barn med oppholdstid 3 – 4 ½ år eller fra om lag 4 ½ år og skolepliktig alder. Forbehold for registreringsfeil.

	Avgjørelser UNE (vedtak og svar på omgjøringsanmodninger). Familier med barn med oppholdstid 3 – 4 ½ år på avgjørelsestidspunktet ⁷	Avgjørelser UNE (vedtak og svar på omgjøringsanmodninger). Familier med barn med oppholdstid fra om lag 4 ½ år ⁸ og skolepliktig alder på avgjørelsestidspunktet ⁹
Antall familier totalt	260	73
Antall personer omfattet	836	314
Voksne	378	135
Barn	458	179
Antall familier gitt opphold (beskyttelse og utl § 38)	68	37
Antall personer omfattet	195	145
Voksne	86	65
Barn	109	80
Antall familier gitt beskyttelse (asyl)	33	7
Antall personer omfattet	108	28
Voksne	47	14
Barn	61	14
Antall familier gitt oppholdstillatelse på humanitært grunnlag (utl § 38)	35	30
Antall personer omfattet	87	117
Voksne	39	51
Barn	48	66
Antall familier avslag/ikke omgjøring	192	36
Antall personer omfattet	641	169
Voksne	292	70
Barn	349	99

Tallene gjelder avgjørelser i klagesaker eller omgjøringsanmodninger over UNEs klagevedtak. I tillegg kommer vedtak fra UDI som førsteinstans. Se kommentarer til tabellen neste side.

⁷ Fra elektronisk register.

⁸ Omfatter saker med 1-2 mnd kortere oppholdstid, jf. fotnote 3. Noen få av avgjørelsene kan derfor også være omfattet av kategorien 3 – 4 ½ års oppholdstid.

⁹ Basert på manuell telling.

UNE har i perioden avgjort omgjøringsanmodninger for 73 familier, som omfatter 314 personer, fordelt på 135 voksne og 179 barn der minst ett barn har hatt en tilknytning gjennom fra om lag 4 ½ års opphold og 1 år på skole. Barnas oppholdstid, inkludert tid etter endelig avslag på tidligere asylsøknad, er fra om lag 4 ½¹⁰ til 10 år. Barnas alder er fra 7 til 17 år. Avgjørelsene er truffet av nemndleder etter forberedelse av sekretariatet eller i nemndmøte.¹¹

Av disse 73 familiene er tidligere avslag omgjort for 37 familier; en omgjøringsprosent på ca. 50 %. 7 av familiene ble gitt beskyttelse. For disse har barnas tilknytning ikke hatt betydning for utfallet, og de holdes derfor utenfor den videre redegjørelsen. Det er dermed 66 familier hvor hensynet til barns tilknytning har inngått i vurderingene. Av disse 66 familiene har 30¹² fått omgjort sine tidligere avslag, inkludert 1 familie som ble gitt tilsagn om tillatelse under forutsetning av at identiteten ble dokumentert. Når de som ble gitt beskyttelse holdes utenfor, har ca. 45 % av familiene (30 av 66) blitt gitt oppholdstillatelse eller tilsagn om oppholdstillatelse under hensyn til bl.a. barnas tilknytning. Det omfatter 117 personer fordelt på 51 voksne og 66 barn. Tidligere avslag er opprettholdt for 36 familier.

29 av avgjørelsene er truffet i nemndmøter, i hovedsak uten fremmøte, hvorav 21 av familiene fikk oppholdstillatelse. Omgjøringsprosenten i nemndmøtesakene med vesentlige tvilsspørsmål er dermed ca. 72 %. I disse tilfellene mente nemndleder at omgjøringsanmodningene reiste vesentlige tvilsspørsmål av betydning for utfallet. Det skyldes regulært endringer i faktum etter at saken sist ble avgjort av UNE. Tvilsspørsmålene har bl.a. gjeldt hvordan man bør avveie hensynet til barnas økte tilknytning gjennom lengre oppholdstid mot de innvandringsregulerende hensyn som gjør seg gjeldende i saken. I omtrent halvparten av avgjørelsene som er truffet av nemndleder etter forberedelse av sekretariatet har imidlertid en forutgående omgjøringsanmodning blitt avgjort i nemndmøte. Det er ellers grunn til å anta at en del saker om lengeværende barn fortsatt vil reise vesentlige tvilsspørsmål og dermed bli avgjort i nemndmøte.

Omgjøringsprosenten i de nevnte sakene er rundt 45 % både for avgjørelser høsten 2012 og våren 2013. Selv om vi ikke har direkte sammenliknbare tall, synes omgjøringsprosenten fra det siste året å være noe høyere enn før stortingsmeldingen for familier med barn som har vært i Norge i fra om lag 4 ½ år og gått 1 år på skole. Vi viser til at omgjøringsprosenten gjennom ca. 40 nemndmøter 2010/2011 var drøyt 30 %, jf. stortingsmeldingen pkt. 6.4.2 og denne rapporten pkt. 6.3.

¹⁰ Eller helt presist fra 4 år og 4 mnd., jf. fotnote 3.

¹¹ 2 avgjørelser truffet av sekretariatet et holdt utenfor. 1 gjaldt en familie som hadde reist frivillig til hjemlandet og hvor omgjøringsanmodningen skulle ha vært henlagt. 1 gjaldt en familie som i perioden også har fått ny omgjøringsanmodning avgjort av nemndleder.

¹² I tillegg er en familie med en voksen og to barn gitt oppholdstillatelse av hensyn til barns tilknytning der barnas oppholdstid var drøyt 4 år. Inkludert denne har siste år 38 familier som omfatter 120 personer, fordelt på 52 voksne og 68 barn, blitt gitt oppholdstillatelse begrunnet i bl.a. barns tilknytning.

6.7 Aktuell praksis

6.7.1 Generelt om praksis

Med få unntak gjelder de avgjørelser som er omfattet av denne rapporteringen familier som tidligere har fått endelig avslag på søknad om beskyttelse, og deretter blitt værende i Norge fremfor å følge utreiseplikten. Etter et fortsatt opphold i Norge har de så bedt om å få det tidligere vedtaket omgjort, bl.a. under henvisning til barnas tilknytning. UNE har i rapporteringsperioden avgjort kun to ordinære klagesaker fra familier der medfølgende barn har hatt en oppholdstid på fra om lag 4 ½ år og gått 1 år på skole, og hvor ulovlig opphold ikke var et moment. I de to sakene mente beslutningstakerne at det forelå tungtveiende innvandringsregulerende hensyn ved hhv. falske dokumenter og straffedom. Idet UNEs beslutningstakere mente at klagerne ikke hadde beskyttelsesbehov og at det utover barnas tilknytning ikke forelå humanitære hensyn som tilsa oppholdstillatelse, ble klagen over UDIs vedtak i disse tilfellene ikke tatt til følge.

Forholdsvis *noen* flere barnefamilier, der barn har oppholdt seg i Norge i fra om lag 4 ½ år og gått 1 år på skole, er blitt gitt oppholdstillatelse av hensyn til barns tilknytning etter at meldingen ble lagt fram enn forut for meldingen, jf. pkt. 6.6.

En sammenlikning av praksis før og etter at stortingsmeldingen ble lagt fram kan ikke kun gjøres ut fra omgjøringsprosenten. For det første bygger både denne praksisrapporten og det refererte sammenlikningsgrunnlaget, jf. pkt. 6.6, på et begrenset antall avgjørelser. Prosentfordelingen kan endre seg gjennom få nye avgjørelser, og gir i seg selv ingen prognose for hvordan forholdet mellom omgjøringer og opprettholdelser av tidligere avslag vil være i fremtiden. Videre varierer sakenes innhold. I tillegg til tilknytningen kan også andre forhold ha hatt betydning for at tillatelse er gitt, så som familiemedlemmers helse og den humanitære situasjonen som vil møte klagerne ved eventuell retur til hjemlandet. Tilsvarende varierer det hvilke innvandringsregulerende forhold som inngår i vurderingene i den enkelte sak.

Etter praksis i sin alminnelighet er utgangspunktet at barnefamilier med barn med en oppholdstid på fra om lag 4 ½ år og 1 år på skole i Norge, har en tilknytning som kan utgjøre sterke menneskelige hensyn etter lovens § 38. Tilknytningen vurderes individuelt, og praksis viser noen eksempler på at tillatelse er gitt til familier under henvisning til barnas tilknytning også der barna har oppholdt seg i Norge i 1-2 mnd. kortere enn 4 ½ år, jf. fotnote 3. I rapporteringsperioden har UNE gitt oppholdstillatelse til én familie med vekt på barns tilknytning der barna hadde oppholdt seg i Norge i ytterligere noe kortere tid, drøyt 4 år. Denne avgjørelsen er pr. i dag ikke representativ for praksis generelt. Mange familier med barn med kortere oppholdstid enn om lag 4 ½ år er imidlertid gitt oppholdstillatelse av andre grunner enn barnas tilknytning, jf. rapportens del 2.

UNEs nemndledere og lekmedlemmer er selvstendige beslutningstakere, som ikke kan styres i enkeltsaker av direktøren eller hverandre, jf. rapportens del 3. Beslutningstakerne skal etter regelverket treffe den avgjørelse de mener er korrekt i det aktuelle tilfellet. Den enkelte avgjørelse tar stilling til den konkrete saken og har ikke presedens for andre saker. Et bilde av praksis i store trekk vil først tegne seg når flere avgjørelser leses i sammenheng.

Beslutningstakerne må foreta et konkret skjønn når det gjelder om det foreligger sterke menneskelige hensyn pga. barns tilknytning. Beslutningstakerne må veie de hensyn som taler for oppholdstillatelse mot innvandringsregulerende hensyn som taler mot å gi tillatelse, jf. rapportens del 5. Dertil oppstiller forskriften § 8-12 en hovedregel om at oppgitt identitet må være dokumentert før oppholdstillatelse gis, jf. pkt. 6.7.6.

I hver sak vurderes som regel flere momenter, som er forskjellige fra sak til sak. Hvilken betydning hvert enkelt moment har i et samspill med hverandre under en helhetlig vurdering, kan være vanskelig og kanskje umulig å isolere. Det er derfor utfordrende å sammenlikne avgjørelser i denne type saker eller å gi en presis beskrivelse av hvor terskelen for oppholdstillatelse går.

Før stortingsmeldingen lot det seg ikke gjøre å trekke opp en fast grense for når oppholdstillatelse ble gitt av hensyn til bl.a. barns tilknytning under en avveining mot innvandringsregulerende hensyn. Det er fortsatt situasjonen, men sammenliknet med før meldingen fremstår rettsanvendelsen og vektning av ulike innvandringsregulerende hensyn som noe mer enhetlig i avgjørelsene, jf. pkt. 6.7.5.

Det må understrekes at utfallet i hvert tilfelle fortsatt beror på konkrete vurderinger. Saker om lengeværende barn er ikke identiske selv om de i varierende grad har likhetstrekk. Selv om noen saker kan fremstå som mer likeartete enn andre, kan konkrete vurderinger gi ulike utfall innenfor et skjønnsrom. Praksis kan ikke forventes til enhver tid å være entydig. Praksis vil utvikles over tid.

Blant sakene vi nå har gjennomgått fikk to familier med flere fellestrekk i saksforholdene, bl.a. samme nasjonalitet og 6 ½ års oppholdstid, ulike utfall på sine omgjøringsanmodninger. I begge avgjørelsene er alle momenter, både de som taler for og mot oppholdstillatelse, vurdert i sammenheng og konkret avveid. Avgjørelsene illustrerer at saker med likhetstrekk kan få ulike utfall etter individuell vurdering av selvstendige beslutningstakere. Begge avgjørelser ligger innenfor skjønnsrommet.

Sentralt for rettssikkerheten i denne sakstypen er selve saksprossen. Hver enkeltsak forberedes av vårt sekretariat og vurderes konkret og helhetlig av våre beslutningstakere. Et mål med saksbehandlingen er å ta hensyn både til likhetstrekk og individuelle forskjeller mellom sakene, og at våre beslutningstakere har det samme generelle kunnskapsgrunnlaget og anvender regelverket likt. Vi gjennomfører bl.a. jevnlig interne fagmøter og praksisgjennomganger med deltakelse av saksbehandlere og nemndledere, som også har tilgang på informasjon om alle avgjørelser i likeartete tilfeller. Også nærværende praksisgjennomgang vil være et bidrag til likebehandling, ved at denne rapporten vil bli gjort kjent for våre saksbehandlere og beslutningstakere.

6.7.2 Stortingsmeldingen anvendes som en av flere rettskilder

UNE vurderer hver sak etter gjeldende lov og forskrift, supplert med andre rettskilder som lovens forarbeider, retts- og forvaltningspraksis. UNE har dertil anvendt stortingsmeldingen i saksbehandlingen. Den er et ettarbeid som supplerer øvrige rettskilder.

Stortingsmeldingen innebar ingen endring av lov- eller forskriftsbestemmelsene som gjelder denne type saker, men meldingen gir føringer for hvordan UDI og UNE skal

anvende utlendingsforskriften § 8-5 om at hensynet til barns tilknytning skal tillegges særlig vekt når vi vurderer om det foreligger sterke menneskelige hensyn etter utlendingsloven § 38. Meldingen tydeliggjør et skille mellom tungtveiende og mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. Iflg. meldingen har deler av praksis lagt større vekt på innvandringsregulerende hensyn enn forutsatt da regelverket ble vedtatt. For øvrig mener vi at meldingens konkrete angivelse i pkt. 6.4.6 over betydningen av ulike forhold, i det vesentligste samsvarer med UNEs praksis også før meldingen ble fremlagt. Også før meldingen ga UNE jevnlig tillatelser av hensyn til barns tilknytning, selv om det forelå ulovlig opphold.

Etter regelverket har UDI og UNE et vidt skjønnsrom mht. om tillatelse kan gis etter en vurdering av om det foreligger sterke menneskelige hensyn, derunder hensynet til barns tilknytning til Norge. Det gjelder også når meldingen legges til grunn for rettsanvendelsen og skjønnsutøvelsen. Meldingen har ikke oppstilt eller bedt UNE om å klargjøre en absolutt grense for når oppholdstillatelse skal eller ikke skal gis. I tråd med meldingen foretar UNE konkrete og individuelle vurderinger, der bl.a. barns tilknytning veies mot innvandringsregulerende hensyn. Hvis det i den konkrete saken kan være aktuelt å gi oppholdstillatelse, må UNE også vurdere om oppgitt identitet er dokumentert eller sannsynliggjort eller om det kan gjøres unntak fra identitetskravet, jf. forskriften § 8-12, og pkt. 6.7.6 nedenfor.

UNEs beslutningstakere har forholdt seg til den klargjøring av forskriften § 8-5 og de føringer som er inntatt i meldingen. Dette fremkommer uttrykkelig av mange av avgjørelsene, særlig i 2013. I flere avgjørelser er det vist til den punktvis omtalen i stortingsmeldingens pkt. 6.4.6. Hva som konkret er kommentert varierer, men blant de forhold som avgjørelsene i varierende grad viser til er meldingens anvisning om at på et tidspunkt må barnets beste gå foran andre hensyn, at falsk identitet anses som et tungtveiende innvandringsregulerende hensyn, og at et relevant spørsmål i vurderingen av innvandringsregulerende hensyn er hvorvidt familien har vært tilgjengelig for uttransport.

6.7.3 Sterke menneskelige hensyn – barns tilknytning

I vurderingen av barns tilknytning er barnas alder og oppholdstid de tyngste momentene etter praksis. Flere avgjørelser viser til at eldre barn er i en alder der de løsriver seg fra foreldrene og knytter seg til samfunnet rundt seg. Barnets sosiale liv, deltakelse i fritidsaktiviteter, om det lykkes på skolen, språkferdigheter mv., kan bidra til å styrke tilknytningen men ser i avgjørelsene ikke ut til å ha hatt avgjørende betydning på toppen av oppholdstid og alder mht. om barnet har en tilknytning som kan tilsi at det foreligger sterke menneskelige hensyn. Alle momenter, ikke kun alder og oppholdstid, som er relevant for bedømmelsen av barns tilknytning (og hensynet til barnets beste, jf. pkt. 6.7.4), vurderes imidlertid under avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn. Det som her er nevnt er en videreføring av tidligere praksis.

Etter hvert som tiden går vil tilknytningen gjennom oppholdstid bli sterkere, og avslag som tidligere er opprettholdt kan bli omgjort etter ny vurdering. Som eksempel har seks av de familiene som fikk opprettholdt tidligere avslag ved de ca. 40 nemndmøtene i 2010/2011, jf. pkt. 6.6, senere fått vedtakene omgjort med oppholdstillatelse, hvorav en familie etter at stortingsmeldingen ble fremlagt. Betydningen av tiden som går kan også illustreres ved at UNE i enkelte tilfeller har omgjort tidligere vedtak selv om UNE har fått

rettens medhold i at det tidligere vedtaket var gyldig. Omgjøringene har bl.a. blitt begrunnet med barnas økte tilknytning.

I vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn (og hensynet til barnets beste) inngår også andre forhold enn barns tilknytning. Hvilken retursituasjon og nettverk som venter i hjemlandet, foreldrenes omsorgsevne der og familiemedlemmers helsesituasjon er blant andre relevante forhold som vurderes. Hvilke forhold som taler for oppholdstillatelse og vekten av disse varierer fra sak til sak.

6.7.4 Hensynet til barnets beste

I saker som berører barn er hensynet til barnets beste et grunnleggende hensyn, jf. barnekonvensjonen art. 3 og utlendingsloven § 38 tredje ledd, jf. denne rapportens del 5. Hensynet til barnets beste er en selvstendig vurdering, som kommer i tillegg til vurderingen av barnets tilknytning til Norge. Det er imidlertid også en sammenheng mellom disse to vurderingene, idet styrken av barnets tilknytning til så vel Norge som hjemlandet har betydning for barnets beste-vurderingen.

Tilknytningen til Norge fremstår i all hovedsak som sentral i vurderingen av hensynet til barnets beste. Når barn anses å ha en tilknytning til Norge gjennom lang oppholdstid, er det i de fleste tilfeller også lagt til grunn at hensynet til barnets beste taler for oppholdstillatelse. Det er imidlertid ikke trukket en automatisk slutning om dette kun som følge av oppholdstiden og tilknytningen, men foretatt en konkret vurdering.

Det kan være krevende å klarlegge de forhold som er av betydning for å vurdere hensynet til barnets beste, ikke minst i foreldrenes hjemland når foreldrene har svekket generell troverdighet. Det forekommer også at det er tvil om hvilket land foreldrene er fra. Når tillatelse gis vises det gjennomgående til hensynet til barnets beste. Når tidligere avslag opprettholdes, så legges det til grunn at retur ikke er utilrådelig ut fra hensynet til barnets beste, for eksempel fordi barnet har ressurssterke foreldre eller nettverk i hjemlandet. I noen avgjørelser er det vist til verdien av å vokse opp der barnet har familiær, språklig og kulturell tilknytning. Enkelte avgjørelser viser til at det ikke er entydig om oppholdstillatelse vil være til barnets beste. I noen beslutninger er det vist til at barn av asylsøkere ofte må flytte selv om de gis oppholdstillatelse, da ikke alle barnefamilier blir bosatt i den kommune de har oppholdt seg i som asylsøkere.

I meldingen står det at på et tidspunkt vil hensynet til barnets beste måtte gå foran andre hensyn. Hvilken betydning dette utsagnet har for avgjørelsen av enkeltsaker der hensynet til barnets beste må avveies mot andre hensyn, f.eks. det meldingen definerer som tungtveiende innvandringsregulerende hensyn, er ikke nærmere utdypet. Meldingen inneholder imidlertid i pkt. 6.4.5 en advarsel mot en fast generell grense om alltid å gi oppholdstillatelse etter en bestemt tid: «...det vil sende uheldige og motstridende signaler hvis det innføres faste ordninger for at oppholdstillatelse skal gis etter et visst antall år i Norge.».

Der UNE har omgjort tidligere avslag og gitt oppholdstillatelse under henvisning til bl.a. hensynet til barnets beste, har hensynet til barnets beste veid tyngre enn innvandringsregulerende hensyn i det konkrete tilfellet. Hva som generelt skal til for at hensynet til barnets beste skal gå foran andre hensyn, slik at innvandringsregulerende

hensyn eller identitetsspørsmålet ikke har betydning for utfallet, er imidlertid ikke avklart gjennom UNEs praksis. Her er det tale om individuelle vurderinger.

I over halvparten av de avgjørelsene vi redegjør for i denne rapporten har barna en oppholdstid på 6 år eller mer. Blant disse er det en ganske jevn fordeling mellom omgjøring med oppholdstillatelse og opprettholdelse av tidligere avslag. Avgjørelsene viser at forholdet mellom på den ene siden barns tilknytning og hensynet til barnets beste og på den andre siden innvandringsregulerende hensyn, er en relativ vurdering. Det er eksempler på at tidligere avslag er opprettholdt for familier der barn har en tilknytning gjennom 8-10 års oppholdstid. I disse sakene foreligger det tungtveiende innvandringsregulerende hensyn, f.eks. ved falsk identitet eller straffedom for en av foreldrene. Uten tungtveiende innvandringsregulerende hensyn er det eksempler på omgjøring der barn har hatt klart svakere tilknytning.

6.7.5 Innvandringsregulerende hensyn

Ved vurdering av om tillatelse skal gis, kan det iht. lovens § 38 fjerde ledd legges vekt på innvandringsregulerende hensyn. Slike hensyn kan bl.a. være:

- a) mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag,
- b) de samfunnsmessige konsekvensene,
- c) hensynet til kontroll, og
- d) hensynet til respekten for lovens øvrige regler.

Det fremgår av lovens forarbeider at slike hensyn er relevante der de forekommer, men at vekten vil variere.

Når ikke alle barnefamilier med barn med oppholdstid fra om lag 4 ½ år og 1 år på skole gis oppholdstillatelse etter at de har blitt værende i Norge etter et endelig avslag på søknad om beskyttelse, kan dette altså enten skyldes at familiemedlemmenes identiteter ikke er dokumentert, eventuelt sannsynliggjort, jf. forskriften § 8-12 og pkt. 6.7.7 nedenfor, eller fordi regelverket krever at de hensyn som taler for oppholdstillatelse må avveies mot innvandringsregulerende hensyn, og at avgjørelsen om oppholdstillatelse skal være konkret og individuell. Selv om barn fra forskjellige familier kan ha omtrent den samme tilknytningen til Norge, kan de innvandringsregulerende forholdene stille seg forskjellig og føre til ulike utfall.

I stortingsmeldingen om barn på flukt er det i pkt. 6.4.6 gitt noen premisser for hvordan innvandringsregulerende hensyn skal vurderes i saker om lengeværende barn, jf. pkt. 6.4 i denne rapporten.

I meldingen står det at forskriften § 8-5 må forstås slik at ulovlig opphold og oversittet utreisefrist er et mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn i saker om lengeværende barn, og i seg selv skal tillegges mindre vekt enn aktiv motarbeidelse av retur dersom familien har vært tilgjengelig for hjemsendelse i politiets regi og har sannsynliggjort sin identitet. Det er presisert at det er et tungtveiende innvandringsregulerende hensyn dersom utlendingen aktivt unndrar seg tvangsmessig retur eller har hatt opphold i skjul for norske myndigheter.

De fleste avgjørelsene vi her rapporterer om, gjelder personer med til dels langvarig ulovlig opphold. For 60 av de 66 familiene hvor hensynet til barnets tilknytning sett mot innvandringsregulerende hensyn stod sentralt for utfallet, hadde familiene hatt mer enn 2

års ulovlig opphold. For ca. 30 familier var det ulovlige oppholdet fra 4– 8 år. Ca. halvparten av disse har fått oppholdstillatelse.

UNE har i hovedsak forholdt seg til meldingens distinksjon mellom tungtveiende og mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn, jf. meldingens pkt. 6.4.2 og denne rapporten pkt. 6.4. Avgjørelsene fra det siste året viser, med få unntak, at det som regel må mer til enn mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn for ikke å gi oppholdstillatelse dersom barnet har hatt en oppholdstid fra om lag 4 ½ år og gått 1 år på skole. Vi mener praksis både i vurderinger og utfall i store trekk er noe mer samsvarende nå enn før meldingen ble gitt. Ved sammenlikning med tidligere praksis må det imidlertid bemerkes at begrunnelsene i avgjørelsene som ble truffet før stortingsmeldingen ikke alltid var fyllestgjørende mht. hvilke innvandringsregulerende forhold som gjorde seg gjeldende i vedkommende sak.

Meldingen har bidratt til tydeligere formulerte vedtak mht. hvilken betydning ulike forhold har for avgjørelsen. Det er imidlertid få saker som kun omhandler det meldingen kaller mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn, og blant disse er det også eksempler på at tidligere vedtak er opprettholdt under henvisning til ulovlig opphold og manglende overholdelse av utreiseplikt. Ved denne helhetlige gjennomgangen og oppsummeringen av praksis fremstår imidlertid disse avgjørelsene som unntak fra praksis i store trekk. Skillet mellom tungtveiende og mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn er dessuten fremhevet som et forhold av betydning i flere saker med tungtveiende innvandringsregulerende hensyn og som ledd i begrunnelser for at tidligere vedtak er opprettholdt.

Om det foreligger tungtveiende eller mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn vil variere fra sak til sak, og kan føre til ulike utfall selv om barnas tilknytning gjennom oppholdstid er noenlunde lik. Bl.a. gjør det seg gjeldende identitetsproblematikk i mange saker. Hvorvidt oppgitt identitet er dokumentert, sannsynliggjort eller uriktig/falsk, kan ha betydning for utfallet i ellers likeartete tilfeller. Noen avgjørelser har vist til at innvandringsregulerende hensyn taler mot å gi tillatelse dersom oppgitt identitet verken er dokumentert eller sannsynliggjort. Se videre pkt. 6.7.6 nedenfor om forskriften § 8-12 som oppstiller en hovedregel om dokumentert/sannsynliggjort identitet for å gi oppholdstillatelse etter lovens § 38.

Flere saker reiser problemstillinger som ikke direkte kan henføres til meldingens inndeling mellom tungtveiende og mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. Meldingen gir videre noen anvisninger som i enkeltsaker har reist tolknings spørsmål som ikke er avklart gjennom praksis. Det gjelder bl.a. hva som skal til for at man, slik meldingen anviser er relevant, kan sies å ha vært «tilgjengelig» for hjemreise eller «aktivt» har motarbeidet retur. Slike spørsmål er drøftet i avgjørelser bl.a. der foreldrene har oversittet utreisefristen, blitt værende ulovlig i Norge, men bodd på kjent adresse og ellers forholdt seg passive mht. å fremskaffe reisedokumenter eller dokumentere sin identitet. Dvs. at de ikke har motarbeidet retur gjennom aktive handlinger som å gå i skjul, men de har heller ikke gjort det som er nødvendig for å kunne reise til hjemlandet eller for at politiet skal bli i stand til å iverksette vedtaket. Hjemreise vil ofte være betinget av at utlendingen samarbeider om retur, bl.a. ved å få klarlagt sin identitet eller søke om reisedokument fra hjemlandets myndigheter. Noen land nekter å ta i mot borgere som ikke reiser frivillig. Det er gjennomgående karakteristisk at foreldrene *ikke aktivt har samarbeidet* om retur. I en del saker er det lagt til grunn at klagerne har vært tilgjengelig

for uttransportering når de har oppholdt seg på kjent adresse og har sannsynliggjort sin identitet, og at det da er tale om et mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. Det er imidlertid også eksempler på avgjørelser som fremhever prinsippet om utreiseplikt og frivillig retur, og at manglende tvangsmessig effektivering ikke kan tilsi at oppholdstillatelse gis. Kun et mindretall av familiene har oppgitt en identitet som er vurdert som sannsynlig. For øvrig er utgangspunktet i praksis at innvandringsregulerende hensyn taler mot å gi tillatelse til personer som ikke følger utreiseplikten og ikke bidrar til å avklare sin identitet og muliggjøre retur, og desto sterkere dersom en tidligere asylsøker har unndratt seg effektivering ved å gå i skjul eller i kirkeasyl. Dette gjelder imidlertid få av de avgjørelser som denne rapporten bygger på.

I fire av familiene er en av foreldrene ilagt straffereaksjon for brudd på straffeloven (tyveri, trygdesvindler, vold, drapstrusler). Tidligere avslag er opprettholdt i disse tilfellene. I flere saker foreligger det brudd på utlendingsloven og eventuelt straffeloven ved at det er fremlagt falske dokumenter. Dette forholdet gjør seg oftere gjeldende i de sakene der tidligere avslag er opprettholdt, men i tre tilfeller er det gitt en tillatelse til tross for at det er fremlagt falske dokumenter. I et titalls tilfeller har familien/familiemedlemmer enten søkt beskyttelse i et annet land tidligere eller i en periode etter endelig avslag forsvunnet fra asylmottaket og søkt beskyttelse i nytt land hvorpå de har blitt returnert til Norge iht. Dublin-forordningen. Her er det en jevn fordeling mellom omgjøringer og opprettholdelser av tidligere vedtak.

6.7.6 Identitet

I meldingen står det at falsk identitet er et tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. Manglende sannsynliggjort eller uriktig/falsk identitet er i flere avgjørelser også vektlagt som et innvandringsregulerende hensyn.

Etter utlendingsforskriften § 8-12 må oppgitt identitet som hovedregel være dokumentert, eventuelt sannsynliggjort, for at oppholdstillatelse kan gis etter lovens § 38. Det gjelder også i saker om lengeværende barn. Som det fremgår av denne rapportens del 5, kan det i noen tilfeller gjøres unntak fra dokumentasjonskravet. Også stortingsmeldingen bemerker at forskriften § 8-12 åpner for å gi tillatelse for eksempel av hensyn til barn selv om identiteten ikke er dokumentert, jf. meldingens pkt. 6.4.3, gjengitt ovenfor i denne rapportens del 6.4. Dersom det i andre tilfeller gis tillatelse etter lovens § 38, kan tillatelsen begrenses etter lovens § 38 femte ledd, jf. forskriften § 8-12 annet ledd. Begrensingen kan gå ut på at tillatelsen ikke danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse, at den ikke gir grunnlag for familieinnvandring, at tillatelsen ikke kan fornyes eller at tillatelsens varighet skal være kortere enn ett år. Av forarbeidene fremgår at det ikke er ønskelig med et stort omfang av slike begrensede tillatelser.

I mange saker om lengeværende barn er det tvil om foreldrenes identitet. Om identiteten anses klargjort eller ikke varierer fra sak til sak. Om identiteten ikke er dokumentert, kan det i noen tilfeller være like sannsynlig at den er riktig som uriktig. Hvor sterk tilknytning barn må ha for at tillatelse kan gis til tross for at foreldrenes identitet ikke er sannsynliggjort, er ikke kommentert i meldingen og heller ikke avklart gjennom UNEs praksis. Det samme gjelder om oppholdstillatelse overhodet kan gis dersom foreldrene har oppgitt (og fastholder) en identitet som utlendingsmyndighetene mener er uriktig/falsk. Betydningen av ulike varianter av identitetstvil skjer konkret i den enkelte sak.

Et mindretall av familiene har oppgitt en identitet som våre beslutningstakere har ansett dokumentert eller sannsynliggjort. Det er ikke alle avgjørelsene som tar eksplisitt stilling til identitetsspørsmålet. Avgjørelsene som omhandles i denne rapporten viser imidlertid at oppgitt identitet gjennomgående er mer avklart når oppholdstillatelse gis enn når tidligere avslag opprettholdes. Kun 4 av de 66 familiene som omhandles i denne rapporten hadde dokumentert sin identitet. I 13 av de 30 omgjøringene er oppgitt identitet registrert som sannsynliggjort. I flere saker har våre beslutningstakere vurdert det slik at det vil være mulig for personene å skaffe, eller i det minste forsøke å skaffe, dokumentasjon på oppgitt identitet. F.eks. kan saken ligge slik an at det vil være ufarlig for dem å ta kontakt med hjemlandets myndigheter samtidig som slik kontakt er praktisk gjennomførbar. Etter praksis anses personer som, uten en overbevisende grunn, ikke fremskaffer dokumentasjon på oppgitt identitet når det fremstår som mulig, for i utgangspunktet ikke å ha sannsynliggjort sin identitet. Dette er tilfelle i ca. halvparten av tilfellene hvor oppholdstillatelse er gitt av hensyn til barns tilknytning. I disse omgjøringene bemerkes det gjennomgående i avgjørelsene at det er tvil om oppgitt identitet er korrekt. Ved noen av omgjøringene er det også andre holdepunkter for at det er gitt uriktige opplysninger om identitet. Det er bl.a. vist til resultatet av språktester, at personen har oppgitt flere identiteter eller fremlagt falske dokumenter. Omgjøringene er i slike tilfeller begrunnet med at de hensyn som taler for oppholdstillatelse, derunder barnets tilknytning, er sterke. Også andre forhold enn barnets tilknytning har i flere av disse tilfellene telt med i helhetsvurderinger, f.eks. en svekket helse. Der oppholdstillatelse er gitt til tross for at oppgitt identitet verken er ansett dokumentert eller sannsynliggjort er tillatelsene begrenset, jf. forskriften § 8-12 annet ledd og utlendingsloven § 38 femte ledd.

I flere tilfeller hvor tidligere vedtak er opprettholdt, er det bl.a. vist til at vilkåret om dokumentert identitet etter forskriften § 8-12 ikke er oppfylt, og at oppgitt identitet heller ikke er sannsynliggjort.

Med hilsen

Ingunn-Sofie Aursnes
direktør

Ketil Larsen
fagdirektør

Kopi: Utlendingsdirektoratet

Brevet er godkjent elektronisk og har derfor ingen underskrift.