

UTLENDINGSNEMNDA
UNE

Faglig internt notat

Til: FORS, SAK 1-4, Nemndlerne
Kopi:
Fra: GJS Saksbehandler: aba, cda, tko
Saksnr.: 20/00073 Dato: 10.6.2020

Barn som blir født i Norge med tillatelse/norsk statsborgerskap og foreldre med endelig avslag på asylsøknaden - UNEs praksis

Notatet er et innspill til saksbehandlingen. Notatet er forelagt og gitt tilslutning av juridisk fagdirektør.

1. Bakgrunn

Hvordan skal UNE ivareta hensynet til barnets beste når en asylsøker med endelig avslag får barn som har et beskyttelsesbehov eller får avledet tillatelse fra den andre forelderen? Er det riktig å gi klageren en avledet § 38-tillatelse i asylsporet eller er regelverket om familieinnvandring rett spor? I mange tilfeller vil klageren være utvist, eller det er et utvisningsgrunnlag pga. oversittet utreisefrist. UNEs praksis har variert over tid¹, og vært gjenstand for faglig diskusjon². Praksis fremstår som konsekvent, men er relativt ny og ikke etablert gjennom nemndmøter. Problemstillingen blir heller ikke drøftet i merknader og begrunnelser, utover henvisningen til forarbeidene i Ot.prp.75 pkt. 7.6.3.5 om at dersom det er familierelasjonen som er det eneste eller det vesentlige tilknytningsforhold, skal saken vurderes etter bestemmelsene om familieinnvandring. Det ser ikke ut til å være vurdert om det er grunnlag for en ordinær § 38-tillatelse i asylsporet. Dette notatet gjør kort rede for praksis og problemstillingene disse sakene reiser. Formålet er å fremme lik praksis i likeartete tilfeller, og at praksis bygger på hva beslutningstakerne mener er korrekt/forsvarlig regelverksforståelse.

2. Hva er UNEs praksis?

En gjennomgang av rundt 30 enkeltsaker i perioden 2017—2020 viser at UNE henviser til regelverket for familieinnvandring som rett spor. I en tredjedel av sakene ble det gitt en midlertidig tillatelse under henvisning til barnets beste. Det ble da gitt en begrenset tillatelse etter utl § 38(5) som ikke kunne fornyes, og klageren ble henvist til å søke om familieinnvandring innen tillatelsen utløp. Tidligere avslag ble opprettholdt et flertall av sakene. Klageren ble henvist til å søke familieinnvandring i disse tilfellene. Gjennomgangen viste for øvrig følgende:

¹ I 2011 ga UNE ut fra fast praksis avledete § 38-tillatelser til foreldre når et barn fikk beskyttelse. Se Notat kartlegging saker FAM vs. § 38 (sak 20/00073-3)

² Se Veiledningsnotat om tillatelser til familiemedlemmer pkt. 6.3.2 drøfter hva som er rett spor.

- Barnets omsorgssituasjon er avgjørende for at det blir gitt tillatelse.
- Klageren hadde ansvaret for barnet alene i rundt halvparten av sakene der det ble gitt tillatelse. Det var ingen eksempler på avslag der klageren er eneste omsorgsperson.
- Barnet bodde sammen med begge foreldre i rundt halvparten av sakene der det blir gitt tillatelse. Tillatelsen er da begrunnet ut fra f.eks. helsemessige forhold hos den andre forelder som svekker omsorgsevnen.
- Avslagene karakteriseres av at barnet bor med begge foreldrene, men uten å synliggjøre konsekvensene for barnet. Det blir vist til at retten til familieliv etter EMK art. 8 vil bli ivaretatt i en fremtidig sak om familieinnvandring.
- De øvrige momentene i sakene varierer, og det er ingen klare mønstre som gjør at avslag skiller seg fra tillatelser. Sakene varierer med hensyn til barnets oppholdsgrunnlag/status, om klageren er utvist eller ikke, og graden av ID-tvil.
- Avslag vil ofte medføre (midlertidig) familiesplittelse. UNE synes å ta høyde for en eventuell (midlertidig) familiesplittelse i de fleste avslagssakene (f.eks. pga. en risiko for kjønnslemlestelse for barnet) og opprettholder utreiseplikten.
- Et stort flertall av barna i utvalget er under 6 år; de aller fleste under 3 år.

3. Har UNE likebehandling?

Praksisen med å henvise til familieinnvandring som rett spor gjelder når barnet får avledet tillatelse ved fødsel eller gis beskyttelse av UDI, og ikke når barnet får tillatelse av UNE og tillatelse til foreldrene blir vurdert samtidig. I f.eks. lengeværende barn-saker får foreldrene tillatelse samtidig med barnet.

De midlertidige tillatelsene etter utl § 38(5) fremstår som svært godt begrunnet, mens begrunnelsene ved avslag ofte er standardiserte. Dette gjør det vanskelig å sammenlikne avslag og tillatelser ut fra momentene i sakene. Enkelte avslag kan gi grunn til å stille spørsmål ved om det er ulik praksis med hensyn til å gi en midlertidig § 38(5)-tillatelse eller ikke gi en tillatelse overhodet.

Utvising er omgjort i til sammen 8 saker i utvalget vårt. Noen ganger blir det gitt en korresponderende tillatelse samtidig som at utvisningen omgjøres, i andre saker blir avslaget i asylsaken opprettholdt eller ikke vurdert.

4. Har UDI og UNE ulik praksis?

UDIs praksis i asylsaker er regulert i UDIs retningslinjer 2017/004. UDI har ikke praksis for å gi en begrenset tillatelse etter utl § 38(5) som ikke kan fornyes og henvise forelder til å søke om familieinnvandring før tillatelsen utløper, i tilfeller der barnet ellers blir stående uten forsvarlig omsorg. UDI vil i slike tilfeller gi en tillatelse etter utl § 38, ev. begrenset på grunn av tvil om identiteten jf. utf § 8-12, men som kan fornyes. Praksis er likevel ikke fullt ut sammenliknbar siden foreldrene ikke har et endelig avslag og er normalt heller ikke utvist.

5. Hvilken løsning er best for barnet?

Blir hensynet til barnets beste ivaretatt som en selvstendig rettighet, prosedyreregulering og tolkningsprinsipp i asylsaken? Bakgrunnen for å henvise til familieinnvandring er å ikke uthule asylinstituttet eller omgå regelverket for opphold i familieøyemed. Ved avslag legger UNE til grunn at familieinnvandringsregelverket vil ivareta hensynet til barnets beste og retten til familieliv etter EMK 8. UNE er tilbakeholden med å vurdere barnets beste i beskyttelsessaken for å legge til rette for en toinstansvurdering av barnets beste i familieinnvandringsaken.³ Samtidig kan avslaget innebære et relasjonsbrudd mellom forelder og barn. Det er et krav etter utf § 17-3 at alle vurderinger knyttet til barnet skal fremgå av begrunnelsen. UNE må sikre at hensynet til barnets beste blir ivaretatt i praksis.

6. Hensynet til en helhetlig forvaltning

UNEs praksis medfører at barn blir boende lenge på mottak i påvente av forelderens søknad om familieinnvandring. Foreldre som har familiegjenforening med et barn de har omsorg for vil ikke være omfattet av målgruppa for offentlig bosetting. En midlertidig ikke-fornybar tillatelse etter utl § 38(5) er også integreringshemmende ved at det skaper usikkerhet om fortsatt opphold i Norge.

Når UNE gir en midlertidig § 38(5)-tillatelse for å søke om familieinnvandring, er det ut fra begrunnelsen vanskelig å se for seg at en fremtidig søknad om familieinnvandring kan avslås ut fra at de ordinære vilkårene for familieinnvandring ikke er oppfylt. I saker der oppholdstillatelse blir gitt for å sikre barnet forsvarlig omsorg kan det derfor fremstå som unødvendig byråkratisk å henvise til å søke om familieinnvandring.

7. Brukerorientering

Etter UDI RS 2014-014 skal politiet veilede foreldre om muligheten for å anmode om omgjøring i asylsaken eller søke om familieinnvandring når et barn blir født etter ankomst og får en tillatelse. Det fremstår ikke som klart hva som vil være rett spor. I mange tilfeller fremstår det også som uklart hvordan klageren skal innrette seg ved et avslag på en omgjøringsanmodning: søke om familieinnvandring fra riket eller forholde seg til en utreiseplikt. Utgangspunktet er at en søknad om familieinnvandring skal fremmes fra hjemlandet og at utreiseplikten skal overholdes. UNEs avgjørelser må gi klageren tydelig og tilstrekkelig veiledning.

³ Se Svar fra Fagrådgiver: Barnets beste-vurderingen ved henvisning til «FAM»

Vedlegg til notatet «Barn som blir født i Norge med tillatelse/norsk statsborgerskap og foreldre med endelig avslag på asylsøknaden - UNEs praksis»

Barn som blir født i Norge med tillatelse/norsk statsborgerskap og foreldre med endelig avslag på asylsøknaden. Problemstillingene i praksis.

Det er flere varianter, men typisk er at klageren har fått et barn, etter endelig avslag på asyl. Barnet har fått en tillatelse. Barnet kan i mange tilfeller ikke følge forelderen til hjemlandet på grunn av risiko for kjønnslemlestelse. Klageren ber om omgjøring i asylsaken. Saken har da tre alternative utfall:

Alternativ 1: Forelderen får avslag og henvises til å søke familieinnvandring

- Respekten for regelverket kan tale for en slik løsning, spesielt dersom det fremstår som et klart omgåelsestilfelle. Klageren har ellers fått barnet under ulovlig opphold, og innvandringsregulerende hensyn taler mot en tillatelse
- Resultatet legger opp til at hensynet til barnet kan bli grundig utredet og vurdert i to instanser i forbindelse med en søknad om familieinnvandring. Samtidig skal det fremgå av vedtaket at barnets beste er vektlagt som et grunnleggende hensyn, jf. utf § 17-1 a.
- Avslaget må være forsvarlig ut fra hensyn til barnets beste, jf. utf § 8-5. Returnerer klageren til sitt hjemland i tråd med utreiseplikten, får det potensielt store konsekvenser for barnet (relasjonsbrudd, endret omsorgssituasjon).
- Hovedregelen er at det skal søkes familieinnvandring fra utlandet. Unntak fra dette kravet forutsetter at det foreligger sterke rimelighetshensyn. Barn i Norge er ikke i seg selv et slikt sterkt rimelighetshensyn.
- Klageren risikerer utvisning ved oversittet utreisefrist. Dersom UNE legger til grunn at det bør vurderes om klageren kan fremme søknad for riket, bør avgjørelsen også legge til rette for det, f.eks. ved å gi utsatt iverksetting. UNE har imidlertid liten kontroll på om en slik søknad blir fremmet. Erfaringsmessig vil en del foreldre med endelig avslag ikke søke om familieinnvandring, og en ev. utsatt iverksetting i asylsaken er vanskelig å følge opp når UNE ikke har en sak til behandling.
- Er klageren utvist og det kan være grunnlag for en tillatelse etter § 38? Dersom klageren er utvist, er det til hinder for en tillatelse. Da gir det liten mening å henvise klageren til å søke FAM med barnet. Klageren må i prinsippet først reise (alene?) til hjemlandet og søke opphevelse av utvisningen, og vente på svar før hun kan søke familieinnvandring med barnet, og igjen vente på svar. Dette fremstår som byråkratisk, tar lang tid og er ikke til barnets beste.
- UNE har veiledningsplikt. Klageren må veiledes i:
 - o Konsekvensen av en ev. utvisning.
 - o Hovedregelen om at søknaden om FAM skal fremmes fra utlandet. Unntak ved sterke rimelighetsgrunner. Det er ikke en sterk rimelighetsgrunn å ha barn i riket.

- Klageren har utreiseplikt. Oversittet utreisefrist gir grunnlag for utvisning. En utvisning er til hinder for tillatelse.

Alternativ 2: Forelderer får en tillatelse etter utl § 38(5) for ett år uten adgang til fornyelse, for å kunne fremme søknad om familieinnvandring.

- Forutsetter at det foreligger sterke menneskelige hensyn og at et avslag er ikke forsvarlig av hensyn til barnets beste. Ved en ev. utvisning kan klageren ikke henvises til å søke om å oppheve innreiseforbudet fra hjemlandet uten at det strider mot våre internasjonale forpliktelser.
- Resultatet sikrer at saken kommer inn i «rett spor» på noe sikt. Praksis ivaretar innvandringsregulerende hensyn ved å skille tydelig mellom de som gis opphold på grunnlag av beskyttelse/humanitære grunner og de som gis opphold på grunn av familietilknytning, jf. Ot.prp. nr. 75.
- Resultatet sikrer at regelverket for familieinnvandring ikke blir omgått.
- Tillatelsen er ikke selvstendig, men betinget av fortsatt omsorg for barnet.
- Hensynet til barnets beste kan likevel tilsi en tillatelse etter utl § 38 som *kan* fornyes.
 - Ved tolkningstvil bør vi velge den løsningen som gavner barnet, jf. BK art. 3.
 - Resultatet kan innebære at nyfødte barn med et beskyttelsesbehov kommer dårligere ut enn barn som får opphold på humanitært grunnlag, sml lengeværende barn.
 - En søknad om familiegjennforening koster 7800 kr (familiegjennforening med flyktning) eller 10 500 kr (familieinnvandring). Klageren bor som regel på asylmottak uten inntekt. I tilfeller der klageren har fått opphold for å sikre barnet forsvarlig omsorg, kan det argumenteres for at gebyret er urimelig.
 - Saksbehandlingstiden på FAM kan være opp mot 1-2 år. Barn vil bli boende lenger på mottak enn nødvendig.
- Unødvendig byråkratisk å henvise til «riktig spor» når et avslag uansett ikke er forsvarlig av hensyn til barnet. Klageren må uansett gis opphold etter unntaksbestemmelsen om sterke menneskelige hensyn.
- Klageren vil/vil ikke bli bosatt sammen med barnet.
- Ulik UDIs praksis.

Alternativ 3: Forelderer får en fornybar tillatelse etter utl § 38.

- Forutsetter at det foreligger sterke menneskelige hensyn/et avslag er ikke forsvarlig av hensyn til barnets beste. Ved en ev. utvisning kan klageren ikke henvises til å søke om å oppheve innreiseforbudet fra hjemlandet uten at det strider mot våre internasjonale forpliktelser.

- Den beste løsningen for barnet? Innebærer mer forutsigbarhet og en avklart situasjon. Familien vil bli bosatt raskere hvis de bor på mottak. Personer med en begrenset tillatelse etter utl § 38(5) vil bli bosatt etter førstegangs fornyelse.
- Innebærer at klageren får en selvstendig tillatelse, og vil positivt forskjellsbehandle asylsøkere sammenliknet med andre utlendinger som har omsorg for barn bosatt i Norge.
- Er i tråd med praksis for medfølgende familiemedlemmer når UNE gir barnet en tillatelse. Det kan argumenteres for at det ikke bør være avgjørende hvorvidt sakene er samordnet UDI/UNE.
- Innebærer at regelverket for familieinnvandring blir omgått; mindre mulighet til å kontrollere om grunnlaget fortsatt er tilstede hvis det gis en ordinær treårig tillatelse.
- Gir et feil bilde av innvandringen til Norge ved at opphold i familieøyemed er registrert som opphold etter søknad om asyl.
- Forpliktelsene etter flyktningkonvensjonen, EMK 8 og barnekonvensjonen, taler for at myndighetene legger til rette for at barn ikke skilles fra foreldrene sine.
- Resultatet er riktig fordi det også er andre humanitære momenter som tilsier at det foreligger sterke menneskelige hensyn, jf. utl § 38.