

# Oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag der utlendingen allerede har en tillatelse gitt i sak om familieinnvandring

27.6.2022 (2022/1111)

En iransk borger fikk avslag på søknaden sin om beskyttelse og ble etter flere år i Norge returnert til hjemlandet. Der ble det fullbyrdet en straff mot henne på 80 piskeslag. Borgarting lagmannsrett slo fast at returen var en krenkelse av Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 3, men at hun ikke hadde krav på beskyttelse etter at straffen var fullbyrdet og hun hadde kommet tilbake til Norge. Etter lagmannsrettens dom anmodet hun Utlendingsnemnda (UNE) om å omgjøre avslaget på beskyttelse og opphold på humanitært grunnlag. Fordi klagerens straff allerede var fullbyrdet, mente UNE, i likhet med lagmannsretten, at hun ikke hadde krav på beskyttelse. UNE behandlet ikke spørsmålet om hun skulle få opphold på selvstendig grunnlag, fordi hun allerede hadde fått en oppholdstillatelse på humanitært grunnlag etter søknad om familieinnvandring med sønnen. Utlendingsdirektoratet la i familieinnvandringssaken avgjørende vekt på hensynet til klagerens sønn.

Fordi en oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag i beskyttelsessaken vil kunne gi klageren en økt sikkerhet mot retur til hjemlandet, burde UNE ha vurdert om klageren skulle innvilges opphold i denne saken. Videre oppholdstillatelse vil

**da ikke være avhengig av sønnen. UNE bes om å behandle saken på nytt, dersom klageren ikke allerede er innvilget permanent oppholdstillatelse.**

## **Sakens bakgrunn**

A (klageren) er iransk statsborger og søkte i desember 2009 om beskyttelse i Norge sammen med ektefellen og deres felles sønn. Hun fortalte blant annet at hun fryktet fullbyrdelsen av en straffedom på 80 piskeslag. Utlendingsdirektoratet (UDI) avslo søknaden om beskyttelse og opphold på humanitært grunnlag, og vedtaket ble opprettholdt av Utlendingsnemnda (UNE) i juli 2012. Klageren anmodet UNE flere ganger om å omgjøre vedtaket, uten at disse ble tatt til følge.

Norske myndigheter returnerte klageren til Iran i mars 2017. Etter returen til Iran opplyste hun til UNE at iranske myndigheter hadde gjennomført straffedommen mot henne. Hun anmodet på denne bakgrunn UNE om å omgjøre sitt tidligere avslag. UNE besluttet i februar 2018 å ikke omgjøre sitt tidligere vedtak. Klageren anla deretter søksmål mot staten ved UNE.

I UDIs vedtak 30. juli 2018 ble klageren innvilget oppholdstillatelse i familieinnvandring med sønnen sin, fordi det forelå «sterke menneskelige hensyn», jf. utlendingsloven § 38. UDI kom til at det ikke forelå sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket knyttet til klagerens egen situasjon, men la avgjørende vekt på hensynet til hennes barn.

I Oslo tingretts dom 3. desember 2018 ble klagerens krav om fastsettelsesdom avvist og staten frifunnet. Klageren anket dommen til Borgarting lagmannsrett, som avsa dom 23. mars 2020. Lagmannsretten kom til at UNEs vedtak fra juli 2012 var ugyldig, og at staten hadde krenket torturforbudet etter den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 3, da de returnerte henne til Iran.

Videre var lagmannsretten enig med UNE i at klageren på tidspunktet for beslutningen om ikke å omgjøre i februar 2018, ikke hadde krav på beskyttelse. Om opphold etter utlendingsloven § 38 på grunn av sterke menneskelige hensyn og særlig tilknytning til Norge skrev lagmannsretten:

«Hvorvidt faktumfeilen innvirket på Utlendingsnemndas vurdering av om [A] kunne gis opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38 under kriteriet «sterke menneskelige hensyn», ligger utenfor [A]s påstandsgrunnlag. Lagmannsretten tar derfor ikke stilling til dette. Utlendingsmyndighetene har imidlertid anledning til å vurdere om avgjørelsen skal omgjøres på dette grunnlag.»

UNE besluttet 19. juni 2020 å ikke omgjøre sitt tidligere vedtak. UNE mente at klageren ikke hadde krav på beskyttelse etter utlendingsloven § 28 og viste til sine tidligere avgjørelser og Borgarting lagmannsretts dom. UNE vurderte ikke om klageren på selvstendig grunnlag hadde krav oppholdstillatelse på grunnlag av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til Norge. UNE viste til at klageren allerede hadde en ubegrenset, midlertidig oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 38 første ledd.

Advokat Runar Ugelstad klaget på vegne av klageren til Sivilombudet 18. juni 2021. Klagen tok opp ulike feil de mente UNE hadde begått ved vurderingen av klagerens beskyttelsesbehov. Ombudet ble bedt om å vurdere hvilken betydning det skulle få for senere vurdering av beskyttelsesbehov og opphold på humanitært grunnlag at UNE hadde lagt feil faktum til grunn ved vurdering av beskyttelsesbehovet i 2012, slik at klagerne skulle hatt lovlig opphold fra da.

## Våre undersøkelser

Etter en gjennomgang av sakens dokumenter besluttet vi å undersøke enkelte sider av saken nærmere. Siden lagmannsretten hadde konkludert med at UNEs beslutning om å ikke innvilge beskyttelse var gyldig, er spørsmålet om klageren på tidspunktet for UNEs siste beslutning hadde krav på beskyttelse etter utlendingsloven § 28 på bakgrunn av frykten for å bli utsatt for 80 piskeslag, et spørsmål som ligger utenfor ombudets mandat. Vi stilte UNE enkelte spørsmål knyttet til om de i avgjørelsen 19. juni 2020 burde vurdert tillatelse etter lovens § 38 på selvstendig grunnlag i saken om beskyttelse, selv om hun av hensyn til sønnen allerede hadde en tillatelse etter den samme bestemmelsen etter søknad om familieinnvandring.

UNEs svar på spørsmålene våre er omtalt under Sivilombudets syn på saken.

## Sivilombudets syn på saken

### 1. Innledning

UNE har i beslutningen 19. juni 2020 ikke tatt stilling til spørsmålet om klageren bør få en oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 38 på selvstendig grunnlag i beskyttelsessaken, men vist til at hun fikk oppholdstillatelse etter § 38 i familieinnvandringssaken. Etter en gjennomgang av den rettslige bakgrunnen i punkt 2, behandler ombudet i punkt 3 hvilke konsekvenser det får for klageren å bli stående med oppholdstillatelsen gitt av hensyn til hennes sønn, etter søknad om familieinnvandring. I punkt 4 omtaler ombudet hvilke forhold som vil være relevante å vurdere med tanke på oppholdstillatelse etter § 38 i beskyttelsessaken. Avslutningsvis i punkt 5 fremkommer ombudets syn på om UNE skulle ha vurdert om klageren kunne få oppholdstillatelse etter § 38 i beskyttelsessaken.

### 2. Rettslig bakgrunn

Utlendingsloven § 38 første ledd lyder:

«Det kan gis oppholdstillatelse selv om de øvrige vilkårene i loven ikke er oppfylt dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller utlendingen har særlig tilknytning til riket.»

Bestemmelsen innebærer at utlendingsmyndighetene har en skjønnsmessig adgang til å innvilge oppholdstillatelse dersom sterke menneskelige hensyn eller utlendingens særlige tilknytning til riket tilsier det, hvis vilkårene for å få den typen oppholdstillatelse utlendingen har

søkt om ikke er oppfylt. Dersom vilkårene for å få beskyttelse etter § 28 ikke er oppfylt, følger det av bestemmelsens syvende ledd at utlendingsmyndighetene har plikt til å vurdere tillatelse etter § 38 av eget tiltak. Også etter søknad om andre typer oppholdstillatelser, som søknad om familieinnvandring, kan utlendingsmyndighetene innvilge tillatelse med hjemmel i § 38.

I utgangspunktet får en utlending de samme rettighetene når han/hun får innvilget oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 38, uavhengig av om det er søkt om beskyttelse eller familieinnvandring. Det gjelder imidlertid noe ulike regler om tillatelsens varighet. Førstegangs oppholdstillatelse gis i utgangspunktet for inntil fem år, jf. utlendingsloven § 60 første ledd første setning, med mindre annet er fastsatt i loven eller medhold av loven. Etter tredje setning skal en tillatelse etter regelverket om familieinnvandring ikke overstige utløpet av tillatelsen til referansepersonen. Etter utlendingsforskriften § 10-13 gis oppholdstillatelse etter en asylsøknad i utgangspunktet også for fem år, med mindre hensynet til fortsatt identitetskontroll eller andre særlige grunner tilsier at tillatelsen skal gis for ett år eller kortere tid.

Det er også forskjeller knyttet til hvordan søknader om fornyelse og om permanent oppholdstillatelse skal vurderes. Retten til å fornye tillatelsen fremgår blant annet av utlendingsloven § 60, som krever at grunnlaget for førstegangstillatelse fortsatt er til stede. Tilsvarende er rett til permanent oppholdstillatelse betinget av at utlendingen fortsatt oppfyller vilkårene for en midlertidig oppholdstillatelse, jf. utlendingsloven § 62 første ledd bokstav b. Der noen er innvilget opphold etter § 38 for familieinnvandring til barn (referansepersonen), innebærer imidlertid ikke kravet at referansepersonen fremdeles må være barn, se § 61 tredje ledd. Dersom grunnlaget for å innvilge tillatelse var at det var til referansepersonens beste – slik tilfellet er i denne saken – må i utgangspunktet dette også gjelde på fornyelsestidspunktet for at utlendingen skal ha rett til fornyelse av oppholdstillatelsen. Det innebærer også at referansepersonen fortsatt må oppholde seg i Norge, slik også UNE legger til grunn i sitt svar på våre undersøkelser, se punkt 3 andre og tredje avsnitt. Dette er sentralt for saken.

I praksis kan det være ulike forhold som har betydning ved vurderingen etter § 38 i familieinnvandringssaker og i beskyttelsessaker. For eksempel vil oppholdstillatelse etter § 38 i utgangspunktet bare vurderes etter søknad om familieinnvandring, dersom familierelasjonen er det eneste eller det vesentlige tilknytningsforholdet, se Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) punkt 7.6.3.5. side 158.

I hvilke saker utlendingsmyndighetene kan henvise utlendingen til å søke familieinnvandring og hvilke saker de kan innvilges oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 38 på bakgrunn av søknad om beskyttelse, var et tema i UNEs stornemndvedtak 14. januar 2022. Stornemnda kom der til at en mor som hadde et barn som hadde fått innvilget beskyttelse i Norge, burde få innvilget oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 38 etter søknad om beskyttelse. Hun skulle ikke henvises til å søke om familieinnvandring. Stornemndas flertall viste blant annet til at det å henvise utlendingen til å søke om familieinnvandring, på flere måter ville innebære en usikkerhet for moren.

Blant annet ville en mor risikere å pådra seg ulovlig opphold dersom stornemnda hadde opprettholdt avslaget på oppholdstillatelse i saken om beskyttelse og henvist henne til å søke

familieinnvandring. Dette kunne føre til at det ble opprettet utvisningssak mot henne. Videre viste UNE blant annet til usikkerhet knyttet til om mor kunne dokumentere identiteten sin, og til at hun ville måtte betale gebyr for å søke familieinnvandring. Det var også usikkert om utlendingsmyndighetene ville tillate henne å fremme søknaden fra Norge, jf. utlendingsforskriften § 10-1.

### **3. Konsekvensene av at UNE ikke vurderte å innvilge oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 38 på selvstendig grunnlag i beskyttelsessaken**

I dette punktet vurderer ombudet om en oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag etter § 38 i beskyttelsessaken vil kunne bedre klagerens rettsstilling.

Ombudet er enig med UNE i at en tillatelse etter utlendingsloven § 38 etter søknad om familieinnvandring i utgangspunktet gir de samme rettighetene som en tilsvarende tillatelse etter søknad om beskyttelse, i den perioden tillatelsen løper. Det vil imidlertid som nevnt over være forskjeller på tillatelsene når de skal fornyes eller det søkes om permanent oppholdstillatelse. Når klageren skal søke om fornyelse eller permanent oppholdstillatelse, innebærer kravet om at oppholdsgrunnlaget fremdeles må være til stede, at utlendingsmyndighetene skal foreta en prøving av om det fremdeles er til referansepersonens beste at klageren får opphold. Dersom referansepersonen ikke lenger oppholder seg i Norge, vil det ikke være grunnlag for fornyelse av tillatelsen. UNE bekrefter også i redegjørelsen hit at tillatelsen ikke nødvendigvis vil fornyes dersom sønnen ikke er i Norge lenger, fordi den bygger på omsorg/samvær med ham:

«Det fremgikk av UDIs vedtak 30.07.2018 at det er et vilkår for framtidig fornyelse av tillatelsen at vilkårene for den fortsatt er til stede, dvs. at det fortsatt er til barnets beste å ha samvær med begge foreldrene. [...] Hadde [klagerens] norske sønn flyttet til utlandet før 30.07.2021, ville verken hans far eller mor ha rett til fornyelse av deres midlertidige tillatelse, jf. at de begge har midlertidige tillatelser som bygger på omsorg/samvær med barnet.»

Varigheten av en oppholdstillatelse gitt etter søknad om familieinnvandring vil dessuten være oppad begrenset til varigheten av tillatelsen til referansepersonen, noe varigheten av en oppholdstillatelse gitt på selvstendig grunnlag ikke nødvendigvis vil være.

Det er riktig som UNE har påpekt at klageren kan be om omgjøring av det tidligere vedtaket i beskyttelsessaken. Det vil likevel innebære en usikkerhet for klageren, fordi utfallet av en slik omgjøringsanmodning ikke vil være sikkert. For det første vil det kunne være en reell, objektiv usikkerhet om utfallet; for det andre vil ikke klageren subjektivt sett kunne være sikker på hvordan UNE vil vurdere anmodningen.

### **4. Forhold UNE kunne ha vurdert i en sak om oppholdstillatelse etter § 38 i beskyttelsessaken**

UNE har i redegjørelsen hit gitt uttrykk for at det ikke var opplysninger som gjorde det naturlig å gå nærmere inn på en konkret vurdering av om klageren skulle innvilges en tillatelse.

Ved en vurdering av oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag etter § 38 i beskyttelsessaken, kunne UNE vurdere betydningen av mulige traumer fra den påførte straffen i Iran. At slike forhold kan tillegges vekt, fremgår blant annet av Øyvind Dybvik Øyen (red.) mfl., Lærebok i utlendingsrett, side 323, se også NOU 2004:20 s. 156:

«[s]elv om det ikke lenger foreligger et behov for internasjonal beskyttelse, vil det i mange saker kunne være humanitære grunner til at det er urimelig å kreve at utlendingen skal returnere. Dette vil for eksempel kunne være situasjonen i forhold til personer som har vært utsatt for traumatiserende overgrep [...]»

Selv om klageren ikke risikerte retur til hjemlandet på tidspunktet for UNEs beslutning, fordi hun da hadde en tillatelse gitt av hensyn til sønnens beste, gjør resonnementet i det siterte seg gjeldende også i denne saken, sett hen til klagerens særlige behov for trygghet ved vurderingen av fornyelse eller permanent oppholdstillatelse, se mer om dette i punkt 5.

Videre vil det være relevant å vurdere betydningen av klagerens egen tilknytning til Norge, herunder betydningen av at det meste av oppholdet i landet ville ha vært lovlig, dersom UNE da de første gang tok stilling til saken hadde fattet et gyldig vedtak, jf. lagmannsrettens dom.

Det bemerkes også at selv om UNEs stornemndvedtak 14. januar 2022 ikke er direkte anvendelig i saken, vil UNE måtte vurdere hvilken betydning stornemndas uttalelser om usikkerhet om innvilgelse av søknad om familieinnvandring har i denne saken, med tanke på den nevnte usikkerheten for klageren ved behandlingen av en søknad om fornyet eller permanent oppholdstillatelse.

Ombudet er altså uenig med UNE i at det i denne saken ikke var opplysninger som gjorde det naturlig å gå nærmere inn på en konkret vurdering av om klageren skulle innvilges en tillatelse på selvstendig grunnlag. At Norge her har krenket klagerens rett etter EMK artikkel 3, gjør det mer naturlig å vurdere disse spørsmålene, selv om Norge ikke er rettslig forpliktet til å gi en oppholdstillatelse for å reparere krenkelsen. Uten at det har avgjørende betydning for vurderingen her, bemerker vi dessuten at lagmannsrettens henvisning til UNEs anledning til å innvilge oppholdstillatelse etter § 38 gir en oppfordring til UNE om å vurdere dette. Lagmannsretten var på det tidspunktet kjent med at klageren hadde fått innvilget oppholdstillatelse på bakgrunn av familieinnvandring til sønnen.

## **5. Burde UNE ha tatt stilling til om klageren skulle få oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag?**

Etter ombudets syn, og som UNE også erkjenner, hadde UNE hjemmel til å vurdere om klageren skulle få oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag etter § 38 i forbindelse med behandlingen av omgjøringsanmodningen i beskyttelsessaken. Dette er også i tråd med lagmannsrettens dom, hvor retten peker på denne muligheten. Utlendingsloven § 28 syvende ledd angir at utlendingsmyndighetene av eget tiltak skal vurdere å innvilge oppholdstillatelse etter § 38 der klageren har fått avslag på søknad om beskyttelse. Bestemmelsen må i utgangspunktet forstås som en plikt til å vurdere en slik tillatelse ved et eventuelt vedtak om avslag på beskyttelse, men kan ikke uten videre gjøres gjeldende ved vurdering av senere omgjøringsanmodninger. I noen

tilfeller vil UNE også ha plikt til å vurdere en slik tillatelse på bakgrunn av Norges folkerettslige forpliktelser, men det er neppe grunnlag for å oppstille en slik plikt i denne saken.

Etter dette må spørsmålet om UNE skulle vurdert en slik tillatelse betraktes som et fritt forvaltningssskjønn. I likhet med domstolene har ombudet en begrenset adgang til å kontrollere forvaltningens skjønnsmessige avveininger. Foruten saksbehandlingen kan ombudet i slike saker prøve om forvaltningen har foretatt et tilstrekkelig saklig og forsvarlig skjønn.

UNE har forklart at spørsmålet om oppholdstillatelse etter § 38 «regulært» vurderes i forbindelse med anmodninger om omgjøringer av avslag på søknad om beskyttelse, men at dette ikke «regulært» gjøres der utlendingen allerede har en oppholdstillatelse som ikke er begrenset etter utlendingsloven § 38.

Spørsmålet her er om det i denne konkrete saken var tilstrekkelig saklige grunner til å ikke ta stilling til spørsmålet om en oppholdstillatelse etter § 38 skulle gis, eller om dette var i strid med likhetsprinsippet. Ombudet er enig i at det ikke er grunn til å ta stilling til dette dersom en innvilgelse av slik tillatelse ikke kunne styrke klagerens rettsstilling. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig å alene vurdere om oppholdstillatelsen klageren har fått er ubegrenset. Som det fremgår av punkt 3, vil klageren – særlig ved søknad om fornyet eller permanent oppholdstillatelse – ha en svakere rettsstilling fordi tillatelsen er avhengig av at det fortsatt er til sønnens beste, noe som blant annet fordrer at han fortsatt oppholder seg i Norge. Særlig hensynet til sikkerhet mot å bli returnert dersom tillatelsen ikke fornyes, tilsier at det ikke er tilstrekkelig saklig grunn til å la være å ta stilling til om de skal innvilge en tillatelse på selvstendig grunnlag.

Behovet for trygghet for de som tidligere har vært utsatt for overgrep, har blant annet gitt seg utslag i økt beskyttelse fra opphør av flyktningstatus, se Flyktningkonvensjonen artikkel 1 C (5) andre ledd. En utlending som har blitt utsatt for brudd på torturforbudet etter EMK artikkel 3, vil ha et behov for trygghet for å ikke returneres til hjemlandet, der hun ble utsatt for krenkelsene. Med tanke på at dette potensielt er svært traumatiserende krenkelser, vil klageren med stor sannsynlighet ha et slikt større behov for økt trygghet mot å miste oppholdstillatelsen sin.

Ombudet viser dessuten til at dersom klageren ikke hadde søkt om familieinnvandring, ville UNE i tråd med det ombudet har forstått er alminnelig praksis, vurdert å innvilge en tillatelse på selvstendig grunnlag etter § 38 i beskyttelsessaken. At klageren stilles dårligere fordi hun søkte om familieinnvandring, synes ikke å være saklig begrunnet.

Som det fremgår av punkt 4 over, er også ombudet uenig med UNE i at det ikke var opplysninger som gjorde det naturlig å gå nærmere inn i en konkret vurdering. Det bemerkes at det uansett ikke fremgår av UNEs beslutning at de vurderte om det var opplysninger som gjorde det naturlig å gå nærmere inn i en konkret vurdering.

På bakgrunn av dette mener ombudet at UNE skulle vurdert å innvilge en oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag etter utlendingsloven § 38. UNE bes derfor om å behandle saken på nytt, dersom klageren ikke allerede er innvilget permanent oppholdstillatelse.

## Konklusjon

Fordi en oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag i beskyttelsessaken vil kunne gi klageren en økt sikkerhet mot retur til hjemlandet, skulle UNE ha vurdert om klageren skulle innvilges opphold i denne saken. En eventuell videre oppholdstillatelse vil da ikke være avhengig av sønnen. UNE bes om å behandle saken på nytt, dersom klageren ikke allerede er innvilget permanent oppholdstillatelse.

27.6.2022 (2022/1111)