

Opphold på humanitært grunnlag – adgangen til å henwise vurderingen av berørte barns beste til eventuell familieinnvandrings sak

10.11.2022 (2022/1137)

Saken gjelder Utlendingsnemndas (UNEs) avgjørelse om å avslå søknad om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, jf. utlendingsloven § 38, fra en afghansk borger som i sju år hadde bodd i Norge mens han ventet på endelig svar på søknad om asyl. Da saken ble avgjort av nemnda hadde Utlendingsdirektoratet (UDI) gitt klagerens familie oppholdstillatelse på grunn av den eldste datterens tilknytning til Norge som lengeværende barn. Bakgrunnen for at saken ikke ble behandlet sammen med de andre familiemedlemmenes saker var at utlendingen hadde kommet til Norge etter resten av familien.

Hovedtemaet for ombudets undersøkelse har vært om hensynet til utlendingens barn ble tilstrekkelig vurdert og vektlagt av UNE i deres avgjørelser i saken. Spørsmålet var særlig om UNE kunne henwise en nærmere vurdering av barnas omsorgssituasjon til en eventuell senere sak om familieinnvandring.

Berørte barns beste skal etter barnekonvensjonen, Grunnloven og utlendingsloven være et grunnleggende hensyn i en sak om opphold etter § 38. Hensynet til berørte barns beste må vurderes og vektlegges i samsvar med dette

kravet, når utlendingsmyndighetene vurderer opphold etter § 38 til en av barnas foreldre i en asylsak.

Ombudet mener at kravene til denne vurderingen ikke kan reduseres under henvisning til at barnas beste vil bli vurdert og vektlagt i en eventuell senere familieinnvandrings sak. Det bør kun «henvises» til reglene om familieinnvandring der en slik vurdering viser at det ikke foreligger sterke menneskelige hensyn som er tilstrekkelige til å begrunne opphold etter totalvurderingen i § 38.

Ombudet har kommet til at UNE i denne saken har lagt til grunn en feilaktig forståelse av utlendingsloven § 38, og at de ikke i tilstrekkelig grad har vurdert og vektlagt barnas beste som et grunnleggende hensyn i farens sak om opphold på humanitært grunnlag. Dette er et brudd på forpliktelsene etter blant annet barnekonvensjonen artikkel 3 og Grunnloven § 104, og innebærer at avgjørelsene må anses ugyldige.

Ombudet ber nemnda om å behandle saken på nytt innen 31. januar 2023, og om å bli underrettet om utfallet. Det bes videre om at nemnda vurderer om det er behov for å justere praksis på området, og om aktuelle retningslinjer må endres.

Sakens bakgrunn

Klageren, afghansk borger A, søkte om beskyttelse i Norge 16. desember 2013. Han var blitt sendt til Norge fra Hellas etter Dublin-regelverket, fordi hans kone og datter hadde opphold her. Kona og datteren hadde fått beskyttelse i Norge ved Utlendingsdirektoratets (UDIs) vedtak 28. oktober 2012, fordi de ville vært uten mannlig familienettverk ved retur til Afghanistan. Etter at klageren kom til Norge, ble kona i februar 2014 forhåndsvarslet om tilbakekall av hennes og datterens tillatelser.

UDI avslo klagerens asylsøknad i vedtak 21. mars 2014. Det ble heller ikke innvilget opphold på humanitært grunnlag, jf. utlendingsloven § 38. Avslaget ble påklaget, og klagen ble oversendt UNE. UNE returnerte saken til UDI i mai 2014, for samordning med sakene til kona og barna.

Behandlingen av klagerens og familiens utlendingssaker trakk deretter ut i tid. Klageren og hans kone fikk ytterligere to barn i Norge. Paret er dermed foreldre til tre barn, født 20XX, 20XX og 20XX.

Kona og barnas oppholdstillatelser, som var gitt på grunnlag av beskyttelse, ble tilbakekalt ved UDIs vedtak 3. juli 2020. Dette var blant annet fordi en forutsetning for tillatelsene – manglende mannlig nettverk ved retur – var bortfalt etter at klageren kom til Norge. Samme dag traff UDI også vedtak der klagerens eldste datter og kone ble gitt oppholdstillatelse etter § 38 ut fra sterke menneskelige hensyn. Tillatelsene var begrunnet i den eldste datterens tilknytning til Norge som lengeværende barn. Tillatelsene ble gitt til tross for at det ifølge UDI var «tungtveiende innvandringsregulerende hensyn» i begge sakene, fordi moren hadde gitt «vesentlig uriktige opplysninger om asylgrunnlag, samt om identitet og familienettverk». I begrunnelsen trakk UDI særlig fram at hensynet til barnets beste, jf. Grunnloven § 104, barnekonvensjonen artikkel 3 og utlendingsloven § 38 tredje ledd «taler for at familien gis oppholdstillatelse i Norge», og kom i den samlede avveiningen til at et avslag ikke ville være forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste, jf. utlendingsforskriften § 8-5 sjette ledd.

På grunn av tvil om identitet ble det fastsatt begrensninger i konas og datterens oppholdstillatelser, slik at tillatelsene ikke gir grunnlag for familieinnvandring, jf. utlendingsloven § 38 femte ledd bokstav b. De to yngste barna fikk noen dager senere likevel oppholdstillatelse av UDI med grunnlag i utlendingsloven § 42 om barns rett til familieinnvandring til en forelder. Både klagerens kone og parets tre barn har dermed fått nye oppholdstillatelser på nye grunnlag.

Klagerens tidligere avslag fra UDI på beskyttelse og opphold på humanitært grunnlag ble ikke behandlet på nytt av UDI sammen med sakene til de øvrige familiemedlemmene. Klagen over avslaget ble i stedet, etter innvilgelsene til familiemedlemmene, på ny sendt til UNE for klagebehandling.

I vedtak 9. februar 2021 avslo UNE klagerens søknad om beskyttelse (asyl). UNE kom til at det heller ikke forelå sterke menneskelige hensyn som ga grunn til å gi opphold, jf. utlendingsloven § 38. I begrunnelsen for avslaget på opphold etter § 38 viste UNE kort til kravet om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved avgjørelser som berører barn. UNE opplyste at det antakelig ville være til barnas beste at klageren fikk opphold i Norge sammen med resten av familien. Utover dette redegjorde ikke UNE for noen nærmere vurdering eller avveining av barnas konkrete situasjon. Nemnda viste til at det at klageren har barn i Norge ikke gir grunnlag for oppholdstillatelse etter § 38, og at det er reglene om familieinnvandring som regulerer betydningen av at klageren har barn i Norge. Det ble heller ikke gitt en midlertidig tillatelse etter § 38 femte ledd for å fremsette søknad om familieinnvandring fra Norge. Klageren fikk plikt til å forlate riket.

Med bistand fra NOAS begjærte klageren omgjøring av avslaget, noe UNE 19. mars 2021 besluttet å avslå.

Etter at UNE traff avgjørelsene i saken, men før klageren ble uttransportert, ble utreiseplikten til Afghanistan midlertidig suspendert som følge av Talibans maktovertakelse i landet. Det bidro til at klageren fikk fremsatt en søknad om familieinnvandring fra Norge. Ombudet er ikke kjent med utfallet av denne søknaden.

NOAS har klaget saken inn for Sivilombudet på vegne av klageren, og har i hovedsak anført følgende:

UNE har tolket utlendingsloven § 38 om opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn feil, og har ikke vurdert og vektlagt hensynet til barnas beste på en forsvarlig måte. Det er ikke riktig at forarbeidene gir grunnlag for å utsette vurderingen av om faren skal gis opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn på barnas hånd til en eventuell fremtidig sak om familieinnvandring.

Videre mener NOAS at UNE ikke har utredet saken tilstrekkelig, og ikke har tatt i betraktning at det var tvilsomt om klagerens kone ville ha omsorgsevne til å ta seg av barna alene. Det var heller ikke foretatt noen tilstrekkelig vurdering av forholdet til Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK). Saken var dessuten ikke behandlet i tråd med forvaltningspraksis i saker om lengeværende barn, hvor det normalt blir gitt opphold til begge foreldre. På grunn av sakens omstendigheter var det stor risiko for at avslaget etter § 38 ville føre til langvarig familiesplittelse.

Våre undersøkelser

Vi besluttet å undersøke saken. I brev til UNE 4. november 2021 stilte vi flere spørsmål om UNEs vurdering og vektlegging av hensynet barnas beste i avgjørelsene om å avslå opphold på humanitært grunnlag for deres far.

Vi ba blant annet om en nærmere redegjørelse for den rettslige betydningen av en forarbeidsuttalelse i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) punkt 7.6.3.5, s. 158, som var sentral for UNEs begrunnelse for at den nærmere vurderingen av barnas beste skulle foretas i en eventuell senere familieinnvandringssak, og ikke i vurderingen av «sterke menneskelige hensyn» etter § 38.

Videre ba vi om å få opplyst hva som var forvaltningspraksis i saker som denne, og om saken var likebehandlet med andre saker om lengeværende barn. Vi spurte også om begrunnelsen for at klagerens sak ble behandlet annerledes enn saken til barnas mor og om sakens faktiske omstendigheter var tilstrekkelig opplyst på vedtakstidspunktet.

I sitt svar 14. desember 2021 skriver UNE blant annet at uttalelsene i Ot.prp.nr. 75 (2006- 2007) s. 158 taler mot at det gis tillatelse etter lovens § 38 i asylsaker hvor en familierelasjon er det eneste eller vesentlige tilknytningsforhold. De viser også til at det å gi en § 38-tillatelse på grunnlag av en søknad om beskyttelse begrunnet i familietilknytning, vil innebære en omgåelse av familieinnvandringsreglene. UNE mener derfor at innvandringsregulerende hensyn taler mot å gi opphold etter § 38 i slike tilfeller.

Videre redegjorde UNE nærmere for praksis for å innvilge tillatelser etter § 38 for ulike grupper av søkere som har barn med opphold i Norge. De påpekte at det har vært noe ulike syn i UNE på om det er riktig å gi en tillatelse i asylsporet hvis det er nødvendig for sikre barnet omsorg, eller om foreldrene også i slike tilfeller skal henvises til å søke familieinnvandring. Ombudet forstår UNE slik at det med «tillatelse i asylsporet» siktes til den vurderingen av «sterke menneskelig hensyn» etter § 38 som UNE gjør i forlengelsen av et avslag på søknad om beskyttelse.

Om nemndas avgjørelser i saken her skrev UNE:

«UNE mener at barnas beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn, og at begrunnelsen er tilstrekkelig gitt at en søknad om familieinnvandring er rett spor. UNE viser til at begrunnelsesplikten er relativ, se Høyesteretts avgjørelse omtalt ovenfor. Det var ikke nødvendig for UNE å gjøre en mer utdypende vurdering når UNE konkluderte med at det var til barnas beste at far får bli i Norge. Når UNE skriver at hensynet til barna ikke blir avgjørende i saken, er det i tråd med loven. Andre hensyn kan være relevante, og også få avgjørende betydning. I dette tilfelle fikk det avgjørende betydning at lovgiver har gitt tydelige føringer for at slike saker skal behandles etter reglene om familieinnvandring.»

Ombudet kommer nærmere inn på deler av UNEs svar nedenfor.

Sivilombudets syn på saken

1. Innledning

Saken gjelder spørsmålet om UNE har oppfylt sin plikt til å vurdere og vektlegge hensynet til barnets beste ved avgjørelsen av om det skulle gis opphold på humanitært grunnlag, jf. kravene i utlendingsloven § 38, Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3.

I UNEs vedtak 9. februar 2021 om avslag på asyl og opphold på humanitært grunnlag er det nevnt, innledningsvis i vurderingen etter § 38, at hensynet til barn skal være et grunnleggende hensyn i saker som berører barn.

Den nærmere betydningen av hensynet til klagers barn omtales der slik:

«UNE mener det antakelig er til barnets beste at klageren får oppholdstillatelse i Norge. Dette er likevel ikke avgjørende. Det at klageren har barn i Norge gir ikke grunnlag for oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 38. Når familie er den eneste eller viktigste tilknytningen en utlending har til Norge, er det reglene om familieinnvandring som regulerer når oppholdstillatelse kan gis. Dette går klart frem av utlendingslovens forarbeider, se Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 158. Denne forståelsen av loven bidrar til at utlendinger ikke omgår regler om familieinnvandring ved å søke om beskyttelse (asyl). Det sikrer også likebehandling av slike saker at de samme vilkårene gjelder for alle som ønsker familieinnvandring.»

I omgjøringsbegjæringen fremsatte NOAS en rekke anførsler knyttet til barnas omsorgssituasjon, herunder om morens psykiske problemer og mangler ved hennes

omsorgsevne. I sin beslutning 19. mars 2021 om ikke å omgjøre vedtaket opplyste UNE kort at de «så hen» til disse opplysningene, men uten å redegjøre for noen nærmere vurdering av dem. I stedet henviste UNE til at dette var forhold som «ikke får betydning i saken», men som vil bli vurdert i en eventuell fremtidig sak om familieinnvandring.

UNE har i vedtaket lagt til grunn at det ville vært til barnas beste å gi faren oppholdstillatelse. Vedtaket inneholder imidlertid ingen konkret vurdering av barnas situasjon og interesse i at far blir værende i Norge eller avveining av deres interesser opp mot andre hensyn i saken.

Bakgrunnen for dette synes å være at UNE mener at den nærmere vurderingen av hensynet til barnas beste ikke hører hjemme under spørsmålet om det foreligger «sterke menneskelige hensyn» etter § 38. Om far skal få opphold i Norge skal ifølge UNE fortrinnsvis vurderes på bakgrunn av en søknad om familieinnvandring etter reglene i utlendingsloven kapittel 6. Etter UNEs syn er en søknad om familieinnvandring «rett spor» for saken, og vurderingen av hensynet til barnas beste må foretas i en slik sak. Det sentrale spørsmålet i saken er om UNE har rett i dette, og om den begrensede vurderingen av barnas beste i UNEs avgjørelser om tillatelse etter § 38 kan anses tilstrekkelig til å oppfylle lovens krav.

2. Rettslige utgangspunkter

2.1. Plikten til å vurdere barns beste i saker etter utlendingsloven § 38

Etter utlendingsloven § 38 første ledd «kan» oppholdstillatelse innvilges der det foreligger «sterke menneskelige hensyn» eller «særlig tilknytning til riket», selv om lovens vilkår for opphold ellers ikke er oppfylt. Når en utlending får avslag på beskyttelse (asyl), skal vedtaksmyndigheten av eget tiltak vurdere om det skal gis en tillatelse etter § 38, jf. utlendingsloven § 28, syvende ledd. Selv om § 38 alltid skal vurderes i saker der det er søkt om beskyttelse, er § 38 en generell unntaksbestemmelse som også kan benyttes til å gi opphold i andre typer saker, herunder saker om familieinnvandring.

For å avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket, skal utlendingsmyndighetene foreta «en totalvurdering av saken», jf. § 38 andre ledd. Dette helhetlige skjønnnet må utøves i tråd med de hensyn som er angitt i annet til fjerde ledd, og som «skal» eller «kan» vektlegges. Etter tredje ledd «skal» hensynet til barns beste tillegges vekt som et «grunnleggende hensyn», mens det fremgår av fjerde ledd at det «kan» legges vekt på innvandringsregulerende hensyn.

Forpliktelsen til å vektlegge barnets beste som et grunnleggende hensyn er grunnlovfestet, jf. Grunnloven § 104 andre ledd. Den følger videre av artikkel 3 i FNs barnekonvensjon, som gjelder som norsk lov med forrang for annen lovgivning, jf. menneskerettsloven § 2 nr. 4 og § 3.

Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 lyder: «Ved alle handlinger som vedrører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»

Høyesterett har i flere avgjørelser utdypet hva dette innebærer. I plenumsdommen Rt-2012- 1985 (Lengeværende barn I), heter det i avsnitt 135 at hensynet til barnet «skal være et grunnleggende

hensyn, men det er ikke det eneste og heller ikke alltid det avgjørende hensynet». I dommens avsnitt 134 beskrives avveiningen slik:

«Innvandringsregulerende hensyn kan være så tungtveiende at de må gå foran hensynet til barnets beste, jf. det tidligere sitatet fra Ot.prp.nr.75 (2006–2007) side 160. Men jo tyngre hensynet til barnet er, jo mindre rom vil det bli for andre hensyn, og hensynet til barnet kan etter omstendighetene være så tungtveiende at det må slå igjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende.»

2.2. Reglene om familieinnvandring til ektefelle

Etter utlendingsloven § 40 første ledd har en utlending på nærmere vilkår rett til oppholdstillatelse i Norge når vedkommende er ektefellen til, blant annet, en person med statsborgerskap, permanent oppholdstillatelse eller oppholdstillatelse som kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse.

Det stilles i tillegg vilkår knyttet til alder og felles bosted, jf. § 40, og til at søker kan forsørges og har et sted å bo, jf. § 58. Søknad om familieinnvandring er gebyrbelagt.

Etter utlendingsloven § 49 kan det gjøres unntak fra flere av lovens øvrige regler om familieinnvandring dersom «sterke menneskelige hensyn» tilsier det. Det kan gis opphold til andre familiemedlemmer enn nevnt i §§ 40 til 53, og det kan gjøres unntak fra vilkår knyttet til referansepersonens status.

Utover unntakene etter § 49, kan det som nevnt også i en familieinnvandringssak gis opphold etter utlendingsloven § 38, dersom det foreligger «sterke menneskelig hensyn» eller «særlig tilknytning til riket».

2.3 Krav til utredning og begrunnelse i saker som berører barn

Alminnelige krav til forvaltningens utredning følger av forvaltningsloven § 17, mens krav til begrunnelse er gitt i §§ 24 og 25. Plikten til å vektlegge barnets beste som et grunnleggende hensyn gjør at det stilles særlige krav til utredning av barnets beste, og til begrunnelsen for hvordan hensynet til barnets beste er vektlagt.

Begrunnelsesplikten i utlendingssaker som berører barn er nærmere regulert i utlendingsforskriften § 17-1a, hvor det i første ledd stilles krav om at det i vedtaket skal fremkomme:

- a. hvilke vurderinger som har vært foretatt av barnets situasjon, herunder hvordan hensynet til barnets beste er vurdert,
- b. hvilke innvandringsregulerende hensyn som er vurdert, og
- c. avveiningen som er foretatt mellom eventuelle motstridende hensyn.»

Etter annet ledd gjelder likevel ikke disse kravene dersom det «anses åpenbart unødvendig fordi hensynet til barnet uansett ikke har betydning for vedtaket, for eksempel fordi det gis oppholdstillatelse på annet grunnlag».

Høyesterett har slått fast at både utrednings- og begrunnelsesplikten er relativ, også i saker som berører barn, jf. blant annet HR-2017-2376-A avsnitt 33-36 og 48, med videre henvisninger. Omfanget av utrednings- og begrunnelsesplikten avhenger dermed til en viss grad av sakens art og konkrete omstendigheter. Begrunnelsen kan gjøres «enkel» der det etter praksis klart ikke vil bli gitt opphold på humanitært grunnlag, jf. Rt-2015-1388, avsnitt 198. Det må imidlertid uansett fremgå av vedtaket hva som er barnets beste og at dette hensynet er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn, jf. Rt-2012-1985 og Rt-2012-2039 (Lengeværende barn I og II).

2.4 Ombudets prøving av avgjørelser etter utlendingsloven § 38

Avgjørelsen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket, og av om adgangen til å gi opphold etter § 38 skal benyttes, hører til UNEs frie skjønn og er i utgangspunktet unntatt fra domstolsprøving, jf. Rt-2012-1985 avsnitt 142 og 144. I likhet med domstolene har ombudet en begrenset adgang til å kontrollere forvaltningens skjønnsmessige avveininger. Ombudet kan prøve saksbehandlingen, herunder om grunnlaget for forvaltningens avgjørelser er tilstrekkelig utredet, og om avgjørelsene er tilstrekkelig begrunnet. Ombudet kan også prøve om det foreligger myndighetsmisbruk, og om skjønnen er klart urimelig, jf. sivilombudsloven § 12 første ledd bokstav b.

I saker etter § 38 som berører barn kan ombudet dessuten – som domstolene – prøve om «hensynet til barnets beste, herunder barnets tilknytning til Norge,» er «forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn», samt om det fremgår av vedtaket «at hensynet til barnets beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn», se Rt-2012-1985 avsnitt 146 og 149.

3. I hvilken grad kan en nærmere vurdering av hensynet til berørte barn utsettes til en eventuell senere familieinnvandrings sak?

3.1. Innledning

Slik ombudet forstår UNEs avgjørelser i saken legger UNE til grunn at det i en sak etter § 38 kan være adgang til å henvise den nærmere vurderingen og avveiningen av hensynet til berørte barns beste til en eventuell senere sak om familieinnvandring. UNE begrunner dette først og fremst med at det i forarbeidene til utlendingsloven er uttalt at «[d]ersom det er familierelasjonen som er det eneste eller det vesentlige tilknytningsforhold, skal saken vurderes etter bestemmelsene om familieinnvandring», jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) punkt 7.6.3.5 (s. 158).

I sitt svar til ombudet i saken her utdyper og nyanserer UNE dette synet noe. Slik ombudet forstår svaret, mener UNE at det alltid skal foretas en vurdering av barnas beste, men at det stilles mindre krav til vurderingen, og til redegjørelsen for den i begrunnelsen, der det er klart at det ikke skal gis en tillatelse etter § 38. Saker som etter forarbeidene og praksis avslås fordi «reglene om familieinnvandring er rett spor», kan etter UNEs syn være så klare at slike begrensninger slår inn.

Som begrunnelse for dette peker UNE på den nevnte forarbeidsuttalelsen, og viser til at risikoen for omgåelse av familieinnvandringsregelverket utgjør et innvandringsregulerende hensyn som taler mot opphold. Videre viser UNE til to avgjørelser fra lagmannsretten som de mener støtter

deres syn, og til forvaltningspraksis. Dessuten peker de på at regelverket om familieinnvandring er utformet i tråd med forpliktelsene etter barnekonvensjonen artikkel 3, og at hensynet til barn kan ivaretas etter unntaksbestemmelsene i familieinnvandringsregelverket.

For ombudet er spørsmålet hvilken adgang det er til å begrense vurderingen av barnets beste i en sak om opphold på humanitært grunnlag – med henvisning til at dette må vurderes nærmere i en familieinnvandringssak. Ombudet ser først nærmere på ordlyden og betydningen av forarbeidene og praksis, før det gir sitt syn.

3.2. Lovens ordlyd

Bestemmelsen i § 38 første ledd lyder slik:

«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 inneholder et kan-skjønn, og utlendingsforvaltningen har i utgangspunktet en skjønnsfrihet med hensyn til om det skal gis en tillatelse etter § 38. Bestemmelsen forutsetter likevel at de alternative vilkårene i første ledd må vurderes når det skal avgjøres om det skal gis en tillatelse. I andre ledd er det fastslått at det «skal» foretas «en totalvurdering av saken» for å avgjøre om det foreligger sterke menneskelig hensyn. Det følger av tredje ledd at berørte barns beste «skal» være et grunnleggende hensyn i denne totalvurderingen.

Når utlendingsmyndighetene avslår en søknad om beskyttelse, er de etter § 28 sjuende ledd pålagt å «av eget tiltak» vurdere om det i stedet skal gis en oppholdstillatelse etter § 38. Vurderingen av tillatelse etter § 38 må dermed gjøres i samme sak.

Ordlyden i § 38 gir ikke noen indikasjoner på at den totalvurderingen som da skal foretas av relevante og pålagte hensyn på noen måte er avgrenset mot hensyn knyttet til søkers familierelasjoner i Norge, eller at en «full» vurdering av slike hensyn forutsetter at det søkes om familieinnvandring. Ordlyden tilsier etter ombudets syn at det ikke er adgang til å henvise den nærmere vurderingen og avveiningen av hensynet til berørte barns beste til en eventuell sak om familieinnvandring. En slik adgang må derfor eventuelt følge av andre kilder.

3.3 Uttalelser i forarbeidene

UNE legger stor vekt på en setning i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) pkt.7.6.3.5. Setningen er del av et avsnitt som står under overskriften «Søkere med særlig tilknytning til riket», og er plassert i kapittelet om oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn. Ved vurderingen av setningens betydning er det grunn til å se på hele det aktuelle avsnittet (setningen er her uthevet av ombudet):

«Det kan videre være aktuelt å innvilge opphold i tilfeller hvor søkeren har særlig tilknytning til Norge. Dersom det er familierelasjonen som er det eneste eller det vesentlige tilknytningsforhold, skal saken vurderes etter bestemmelsene om familieinnvandring. En tilknytning til Norge kan imidlertid også være bygget på annet enn familiebånd, eventuelt en kombinasjon av ulike omstendigheter. Ofte vil det være grunn til å vurdere søkerens

tilknytning til riket som en del av vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn.»

Både overskriften «Søkere med særlig tilknytning til riket» og sammenhengen med resten av departementets drøftelse i punkt 7.6.3 («Hvilke hensyn som har særlig vekt»), tyder på at setningen UNE viser til, først og fremst er ment å gjelde vurderingen av vilkåret i § 38 første ledd annet alternativ – spørsmålet om opphold skal gis ut fra søkerens egen «særlige tilknytning til riket». At forarbeidsuttalelsen ikke gjelder vurderingen av vilkåret «sterke menneskelige hensyn» er også lagt til grunn i UNEs veiledningsnotat 9. februar 2015 om tillatelse til familiemedlemmer (side 22), som var vedlagt UNEs svarbrev til ombudet i saken her.

Slik ombudet forstår setningen er den først og fremst et uttrykk for at en familierelasjon med en person i Norge i seg selv normalt ikke gir noe oppholdsgrunnlag etter § 38. Det er jo ganske opplagt at f.eks. et ekteskap med en person i Norge ikke i seg selv innebærer at vilkårene i § 38 vil være oppfylt. Spørsmålet er hvordan uttalelsen skal forstås utover slike klare tilfeller, og i saker hvor hensynet til familien i Norge kan tenkes å utgjøre sterke menneskelig hensyn.

Ombudet kan ikke se at setningen som UNE viser til er ment som en begrensning i hvilke hensyn som kan tas i betraktning i totalvurderingen etter § 38, eller som et uttrykk for at nærmere utredning og avveining av hensynet til søkers barn i Norge kan henvises til reglene om familieinnvandring. At en familierelasjon er relevant for vurderingen av sterke menneskelige hensyn er jo også uttrykkelig forutsatt i den påfølgende setningen i punkt 7.6.3.5 om at det ofte «vil være grunn til å vurdere søkerens tilknytning til riket som en del av vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn».

3.4 Forvaltningspraksis

UNE opplyser overfor ombudet at det har vært ulike synspunkter i UNE på om det er riktig å gi en selvstendig tillatelse etter lovens § 38 i asylsporet hvis det er nødvendig for å sikre barnets omsorg, eller om foreldrene i slike tilfeller skal henvises til å søke familieinnvandring.

Slik vi forstår UNEs redegjørelse for forvaltningspraksis, faller saken her innenfor hovedkategorien for saker om opphold til familiemedlemmer til «lengeværende barn». Dette er saker hvor barn født før ankomst til Norge får opphold på humanitært grunnlag på grunn av deres tilknytning til riket, jf. utlendingsloven § 38 og utlendingsforskriften § 8-5.

I svaret til ombudet ga UNE følgende beskrivelse av nemndas praksis i saker om «lengeværende barn»:

«Etter fast praksis vil familiemedlemmer til barn som får opphold etter lovens § 38 på grunnlag av sterk tilknytning etter utlendingsforskriften § 8-5 (varig ordning for lengeværende barn), som hovedregel få en avledet tillatelse etter lovens § 38. UNE vurderer konkret om det er grunn til å fravike praksis ut fra omstendighetene i saken; spesielt om det er særlige innvandringsregulerende hensyn som taler imot en tillatelse til et familiemedlem, f.eks. ved straffbare forhold. Praksis for lengeværende barn legger opp til en samlet vurdering der barnets tilknytning og forhold knyttet til barnets beste veies opp

mot innvandringsregulerende hensyn som typisk knytter seg til foreldrene. Lengeværende barn-sakene hvor familien behandles samlet i UNE får som regel samme utfall, til forskjell fra sakene hvor barn blir født etter ankomst, eller en forelder kommer i ettertid.

UNE har hatt få saker som gjelder tilbakekall og lengeværende barn-problematikk. UNE gjør en konkret vurdering av om det foreligger grunnlag for opphold.»

Utgangspunktet i saker med lengeværende barn er altså at også foreldrene gis opphold etter § 38 – uten å måtte gå veien om en søknad om familieinnvandring. Slik ombudet forstår UNE mener de imidlertid at konkrete forhold kan føre til et annet resultat. For eksempel vil det at en forelder har kommet til Norge senere enn resten av familien etter praksis kunne føre til at søknadene fra de ulike familiemedlemmene ikke får samme utfall.

Tilfeller der en forelder har kommet til Norge senere enn den øvrige familien er også omtalt enkelte steder i utlendingsforvaltningens retningslinjer. I UDIs retningslinje 2017-004 punkt 4.5 står følgende:

«I saker der etterfølgende ektefelle søker beskyttelse og ektefellen er innvilget tillatelse etter utl § 28, så må saksbehandleren først avklare om ektefellen omfattes av reglene om avledet asyl etter utl § 28 sjettede ledd. Hvis ektefellen ikke omfattes av reglene om avledet asyl og det for øvrig ikke er andre sterke menneskelige hensyn i saken, se utl § 38, så skal søknaden i utgangspunktet avslås. Ektefellen henvises da til å søke om familiegjeningforening.»

I UNEs veiledningsnotat 9. februar 2015 om tillatelse til familiemedlemmer uttales det at en forelder som er ankommet Norge etter barnet og den andre forelder som hovedregel skal henvises til å søke familieinnvandring «hvor det ikke foreligger individuelle grunner til opphold i Norge».

Samlet sett fremstår det som uklart om det gjelder noen entydig praksis for å gjøre unntak fra hovedregelen om å gi opphold til foreldrene av lengeværende barn, når en forelder har kommet til Norge etter familien. UNEs interne veiledningsnotat kan tyde på en slik praksis, mens UDIs retningslinjer og UNEs svar til ombudet gir inntrykk av at resultatet i slike saker avhenger av en konkret vurdering.

At det har vært stor uenighet om hva som er riktig praksis i en lignende situasjon fremgår av en stornemndsavgjørelse 14. januar 2022. Der tok UNE stilling til om en forelder med aleneomsorg skulle få opphold etter § 38 eller henvises til å søke familieinnvandring. Barnet, som var født i Norge, hadde fått beskyttelse etter § 28 på grunn av fare for kjønnslemlestelse ved retur til hjemlandet. UNEs flertall kom til at forelderens skulle gis opphold ut fra sterke menneskelige hensyn på barnets hånd etter utlendingsloven § 38 første ledd. Resultatet ble opplyst å være i strid med UNEs tidligere praksis, men i tråd med UDIs behandling av slike saker.

3.5 Rettspraksis og ombudspraksis

I svaret til ombudet viser UNE til to lagmannsrettsdommer som gir en viss støtte til nemndas forståelse av forarbeidene. I LB-2020-170776 uttales det med henvisning til forarbeidene at

«lovens system må kunne sies å være at vurderingen knyttet til barna og familien først og fremst skal foretas i «familiegjenforeningssporet». I LB-2017-48169 uttales følgende (som også siteres i LB-2020-170776):

«Det fremgår av dette at lovgivers forutsetning er at hensynet til barna skal vurderes i søknad om familiegjenforening. Ut fra dette må det etter lagmannsrettens syn vurderes som akseptabelt at UNE ikke foretok en selvstendig vurdering av hensynet til barna i forbindelse med søknaden om asyl og opphold på humanitært grunnlag. Etter lagmannsrettens vurdering må det være tilstrekkelig at hensynet til barnas beste blir vurdert som et grunnleggende hensyn ved behandlingen av søknaden om familiegjenforening.»

Det bemerkes at lagmannsrettsdommene skiller seg en del fra saken her ved at de gjaldt tilfeller hvor søkeren i lang tid hadde oppholdt seg ulovlig i Norge, og på domstidspunktet var utvist. Videre var det i LB-2020-170776 allerede foretatt flere tidligere vurderinger av hensynet til barnas beste, herunder i sak om utvisning og sak om familieinnvandring. I den saken var familietilknytningen også etablert mens vedkommende oppholdt seg ulovlig i Norge. Dette er momenter som utgjør tungtveiende innvandringsregulerende hensyn.

Rettskildevekten av lagmannsrettsdommene begrenses dessuten noe av at dommene ikke inneholder noen nærmere drøfting av den aktuelle setningen fra forarbeidene og sammenhengen den står i der, jf. punkt 3.2 over.

Sivilombudet har i en tidligere sak om opphold etter utlendingsloven § 38 lagt til grunn at vurderingen av barnets beste ikke kan utsettes til en senere familieinnvandringssak, jf. SOM2011-2813. Selv om søkeren der hadde kommet til Norge før kona og barna, er følgende generelle uttalelse i den saken også relevant her:

«Jeg minner igjen om at hensynet til barn er gitt et eksplisitt menneskerettslig vern i FNs barnekonvensjon, og at reglene er gitt forrang fremfor nasjonale regler ved motstrid etter menneskerettsloven. Utlendingsloven skiller skarpt mellom asylsaker – der skjønnsmessige spørsmål om opphold på humanitært grunnlag skal vurderes subsidiært – og saker om familieinnvandring, som er detaljregulert. Men i saker der barn er berørt, kan det ikke trekkes et slikt strengt skille. Barnekonvensjonens bestemmelser, herunder hensynet til barns beste i art. 3, er relevant i alle saker, også i subsidiære vurderinger i asylsaker. Utlendingsnemnda, som ikke har herredømme over den videre behandlingen av en eventuell søknad om familieinnvandring, og derved As muligheter til å bli værende i Norge, kan altså ikke utsette en vurdering av hva som er til barnas beste til en slik sak skulle dukke opp.»

3.6 Samlet vurdering

På bakgrunn av gjennomgangen over er det etter ombudets syn ikke grunnlag for å anse bestemmelsen i § 38 som rettslig avgrenset mot tilfeller der det foreligger familierelasjoner som kan gi grunnlag for familieinnvandring. Når utlendingsforvaltningen i et slikt tilfelle skal vurdere

en subsidiær § 38-tillatelse i en asylsak, må de derfor foreta en konkret vurdering av vilkårene, som oppfyller de lovpålagte kravene til vurdering og vektlegging av berørte barns beste.

I motsetning til UNE mener ombudet at den omtalte setningen i forarbeidene ikke kan sees som en føring for vurderingen av vilkåret «sterke menneskelig hensyn». Dette støttes i noen grad av forvaltningspraksis, som viser at familierelasjoner kan begrunne opphold etter § 38 til tross for føringen i forarbeidene. Det vises til den faste praksisen for å gi oppholdstillatelse etter § 38 til foreldrene til «lengeværende barn».

Det er riktig at det også i en familieinnvandrings sak skal legges vekt på barns beste som et grunnleggende hensyn, samt at det vil være adgang til å se hen til sterke menneskelige hensyn etter unntaksbestemmelsen i § 49, eventuelt etter en vurdering av § 38 i familieinnvandrings saken. De nevnte unntaksbestemmelsene og hensynet til barn vil imidlertid først og fremst kunne ha avgjørende betydning der de ordinære vilkårene for rett til familieinnvandring ikke er oppfylt. I slike tilfeller vil det i hovedsak være de samme menneskelige hensynene som er relevante etter § 38 som vil være avgjørende for utfallet av familieinnvandrings saken.

Når vurderingstemaene i hovedsak uansett er de samme er det vanskelig å se noen gode grunner til å utsette vurderingen av sterke menneskelig hensyn til en senere familieinnvandrings sak. Dette vil skape en unødvendig forlengelse av de involvertes usikkerhet om videre opphold, som særlig vil være negativt for berørte barn. UDIs behandlingstider i mange familieinnvandrings saker har vært svært lange gjennom mange år, og en henvisning til å søke familieinnvandring vil i verste fall innebære en ekstra ventetid på opptil flere år, jf. ombudets uttalelse om slike behandlingstider i SOM-2022-1160. Dessuten vil det kun unntaksvis være adgang til å søke fra Norge, jf. utlendingsloven § 56 og utlendingsforskriften § 10-1.

En henvisning til familieinnvandringsreglene vil derfor kunne føre til familiesplittelse i en lengre periode – uavhengig av om det gis opphold i familieinnvandrings saken. Etter ombudets syn kan det derfor kun «henvises» til reglene om familieinnvandring når det etter en full vurdering av de pålagte og relevante hensynene i saken er klart at det ikke foreligger sterke menneskelige hensyn som er tilstrekkelige til å begrunne opphold etter § 38. Hensynet til å hindre omgåelse av familieinnvandringsreglene vil kunne være et relevant hensyn i en slik § 38-vurdering, men vekten av dette hensynet må vurderes konkret og veies opp mot hensyn som tilsier at det gis opphold. Ombudet kan ikke se at det kan være grunnlag for noen fast praksis om at sterke menneskelig hensyn på barnas hånd ikke kan begrunne opphold etter § 38 til en forelder som kom til landet senere enn resten av familien.

Ombudet er etter dette kommet til at det ikke kan stilles mindre krav til vurderingen og vektleggingen av barns beste i en vurdering av opphold etter § 38 i en asylsak, under henvisning til at barnas beste vil bli vurdert som et grunnleggende hensyn ved en senere behandlingen av søknad om familiegjenforening.

4. UNEs vurdering av hensynet til barnas beste

I UNEs vedtak 9. februar 2021 opplyses det at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, og at det «antakelig er til barnets beste at klageren får oppholdstillatelse i Norge». Avgjørelsene i saken synes likevel å legge til grunn at hensynet til barnas beste ikke kunne få avgjørende betydning, men måtte vurderes i en eventuell familieinnvandrings sak. Vedtaket opplyser at det går «klart fram av lovens forarbeider» at det er «reglene om familieinnvandring som regulerer når oppholdstillatelse kan gis», i tilfeller hvor familie er den eneste eller viktigste tilknytningen til Norge. Avgjørelsene kan vanskelig forstås på annen måte enn at UNE mente at det ikke var grunn til å foreta noen nærmere vurdering av hensynet til barna, fordi de mente det uansett ikke kunne få avgjørende betydning. Dette synet kommer kanskje klarest til uttrykk når UNE i avgjørelsen om avslag på omgjøring uttaler følgende om klagerens anførsler om barnas sårbarhet, mangler ved morens omsorgsevner og hvilke konsekvenser det vil få for barna å miste faren som omsorgsperson:

«Dette er ikke forhold som får betydning i denne saken, men som vil bli vurdert i en søknad om familieinnvandring, som må rettes til UDI.»

Ombudet har ovenfor kommet til at det kun er adgang til å «henvise» til reglene om familieinnvandring når det etter en slik «totalvurdering» av de pålagte og relevante hensynene i saken som følger av § 38 andre ledd, er klart at det ikke foreligger sterke menneskelige hensyn som er tilstrekkelige til å begrunne oppholdstillatelse etter § 38. Det var derfor etter ombudets syn i strid med utlendingsloven § 38 å ikke foreta en nærmere vurdering av barnas omsorgssituasjon og anførselene knyttet til morens omsorgsevne.

Ombudet finner også grunn til å påpeke at det heller ikke er andre forhold i denne saken enn UNEs syn på adgangen til å henvise til reglene om familieinnvandring, som tilsier at avslaget var så klart at det stilles mindre krav til utredningen og begrunnelse knyttet til barnas beste.

At far kom til Norge etter mor og den eldste datteren, og dermed på et tidspunkt der han kunne søkt familieinnvandring fra utlandet istedenfor å søke asyl, er ikke i seg selv noen klar avslagsgrunn. Etter forholdene kan likevel hensynet til å hindre omgåelse av familieinnvandringsreglene være et innvandringsregulerende hensyn, men betydningen må vurderes konkret. Det bemerkes derfor at klageren i dette tilfellet ikke kom til Norge fra hjemlandet, men fra Hellas. Etter det opplyste ble han sendt til Norge i medhold av Dublinavtalen fordi han hadde nær familie i Norge. Både dette, samt at han på vedtakstidspunktet hadde bodd lovlig i Norge sammen med familien i mer enn sju år, gjør at det er vanskelig å se at hensynet til å unngå omgøelser av familieinnvandringsregelverket innebærer at utfallet i saken er klart.

At saken ikke klart vil føre til avslag, følger også av klagerens anførsler om barnas situasjon og morens manglende omsorgsevne. Det er fremlagt opplysninger om at mor har helsemessige utfordringer og har vært avhengig av hjelp fra barnevernet. Hun er diagnostisert med PTSD med dissosiasjon og somatisering. Klageren mener at det er uklart om hun vil kunne klare å ta hånd om de tre barna alene dersom far må reise ut av landet.

På denne bakgrunn er det ikke grunnlag for å anse saken som så klar at kravene til utredningen og vurderingen av barnas beste begrenses. Tvert imot tilsier avgjørelsens store konsekvenser for barna at kravene til utredning og begrunnelse skjerpes. På tidspunktene for UNEs avgjørelser

om avslag var det påregnelig at avslaget ville føre til at klageren måtte returnere til Afghanistan innen utreisefristen, og eventuelt søke familieinnvandring derfra. UDI kan gi adgang til å søke om familieinnvandring fra Norge dersom «sterke rimelighetsgrunner» tilsier dette, jf. § 56, 3. ledd, men UNE kunne ikke på forhånd vite utfallet av en slik vurdering. Mulighetene for å nå fram med en familieinnvandringssøknad virker dessuten svært usikre, særlig fordi ektefellens oppholdstillatelse er begrenset og ikke gir grunnlag for familieinnvandring. Som nevnt kan det gjøres unntak fra vilkårene for familieinnvandring ut fra sterke menneskelige hensyn, jf. utlendingsloven § 49, men det er uklart om dette gjelder et tilfelle der ektefellens oppholdstillatelse uttrykkelig fastslår at den ikke gir grunnlag for familieinnvandring «etter lovens kapittel 6», jf. § 38 femte ledd bokstav b). Ettersom både de ordinære reglene om familieinnvandring og unntaksbestemmelsen i § 49 står i lovens kapittel 6, kan det virke som om en eventuell tillatelse, også i en familieinnvandringssak, uansett bare kan gis etter § 38.

Etter dette har ombudet kommet til at UNE har lagt til grunn en feil forståelse av utlendingsloven § 38, og at de ikke har oppfylt kravene i Grunnloven og barnekonvensjonen om å vektlegge barnas beste som et grunnleggende hensyn.

Konklusjon

Hensynet til berørte barns beste må vurderes og vektlegges i samsvar med kravet som følger av ordlyden i utlendingsloven § 38, når utlendingsmyndighetene vurderer opphold etter § 38 til en av barnas foreldre i en asylsak. Det kan etter ombudets syn ikke stilles lavere krav til vurdering og vektlegging av barnas beste under henvisning til at dette vil bli vurdert og vektlagt i en eventuell senere familieinnvandringssak. Det bør kun «henvises» til reglene om familieinnvandring der vurderingen etter § 38 viser at det ikke foreligger sterke menneskelige hensyn som er tilstrekkelige til å begrunne opphold etter totalvurderingen i § 38.

Ombudet har derfor kommet til at UNE har lagt til grunn en feil forståelse av utlendingsloven § 38, og at de ikke i tilstrekkelig grad har vurdert og vektlagt barnas beste som et grunnleggende hensyn i farens sak om opphold på humanitært grunnlag. Dette er et brudd på forpliktelsene etter blant annet barnekonvensjonen artikkel 3 og Grunnloven § 104.

Ombudet ber UNE om å behandle saken på nytt innen 31. januar 2023, og om å bli holdt underrettet om utfallet. Det bes videre om at UNE vurderer om det er behov for å justere praksis på området, og om aktuelle retningslinjer må endres.

10.11.2022 (2022/1137)