

Vedlegg 8 til rundskriv A-63/09 om ikrafttredelse av ny utlendingslov og ny utlendingsforskrift fra 1. januar 2010 - Oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket

Vilkårene for oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket er regulert i lovens § 38. Bestemmelsen svarer til § 8 annet ledd i utlendingsloven 1988. I lovens § 38 sjette ledd er det gitt hjemmel for å gi nærmere regler i forskrift.

Lovens § 38 er omhandlet i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007), jf. Innst. O. nr. 42 (2007-2008), og i Ot.prp. nr. 97 (2008-2009), jf. Innst. O. nr. 119 (2008-2009).

Vedrørende de ulike bestemmelsene i utlendingsforskriftens kapittel 8

Forskriftens § 8-1 om krav til individuelle vurderinger er en videreføring av utlendingsforskriften 1990 § 21 annet ledd annet punktum følgende, som ble vedtatt 01.05.2009, jf. Arbeids- og inkluderingsdepartementets tidligere rundskriv A-2009-047.

Det klare utgangspunktet er at hver sak skal vurderes konkret og individuelt og ikke ut fra en gruppetilnærming knyttet til det enkelte landområde. Nasjonalitet og geografisk tilhørighet vil inngå i vurderingen, men disse momentene skal være en del av en individuell helhetsvurdering av hvilke forutsetninger den enkelte søker har for å returnere til hjemlandet. Bestemmelsen innebærer at det ikke kan innvilges oppholdstillatelse på humanitært grunnlag etter en ren gruppevurdering av et landområde eller en nasjonalitet. Det åpnes imidlertid for at departementet kan instruere UDI om en slik praksis dersom dette skulle være aktuelt.

Forskriftens § 8-2 viderefører bestemmelsen i utlendingsforskriften 1990 § 21 fjerde og femte ledd om at det kan innvilges oppholdstillatelse dersom en søknad om beskyttelse ikke er avgjort av Utlendingsdirektoratet innen 15 måneder. § 8-2 tredje ledd er ny og presiserer at det som utgangspunkt ikke skal gis oppholdstillatelse hvis årsaken til at saken ikke er avgjort innen 15 måneder er at man avventer vurderingen av en sak etter § 8-4 i forbindelse med straffesak om menneskehandel eller hallikvirksomhet.

Forskriftens § 8-3 (refleksjonsperiode mv. for ofre for menneskehandel) er ny, men legger i utgangspunktet bare til rette for en videreføring av innholdet i departementets tidligere rundskriv AI-10/2006. Ordningen med refleksjonsperiode og adgangen til å få en midlertidig oppholdstillatelse på visse vilkår (normalt gis denne for ett år og kan gis selv om utlendingen ikke først har hatt en refleksjonsperiode) er nærmere drøftet i UDIs rundskriv RS 2010-141.

Departementet understreker for øvrig at ofre for menneskehandel som søker beskyttelse, kan fylle vilkårene i lovens § 30 første ledd bokstav d siste punktum om at tidligere ofre for menneskehandel skal anses som medlemmer av en spesiell sosial gruppe i henhold til flyktningdefinisjonen. Asylsøkere som ikke fyller vilkårene for beskyttelse skal vurderes etter lovens § 38. Etter lovens § 38 annet ledd bokstav d kan det også ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn legges vekt på om utlendingen har vært offer for menneskehandel. § 8-3 gjelder ikke for utlendinger som har søkt beskyttelse. Hvis en utlending har søkt beskyttelse,

må asylsøknaden trekkes (den kan eventuelt gjenopptas senere) før det kan vurderes om vilkårene i § 8-3 er oppfylt.

I § 8-3 tredje ledd er det presisert at det er en forutsetning at utlendingen oppholder seg i Norge og det er presisert at tillatelsen kan tilbakekalles hvis utlendingen har reist ut av landet uten at det på forhånd er gitt samtykke til det.

Det vises for øvrig til at det følger av forskriftens § 9-6 tredje ledd (kapittelet om familieinnvandring) at utlendingens barn kan få oppholdstillatelse hvis barnets sikkerhet er i alvorlig fare og det ikke er mulig for barnet å få beskyttelse i hjemlandet.

Departementet har ikke inntatt noen særregulering om refleksjonsperiode eller midlertidig tillatelse i § 8-3 for tilfeller hvor offeret er barn. Barneperspektivet er imidlertid særskilt fremhevet når det gjelder spørsmålet om beskyttelse, jf. lovens § 28 tredje ledd, og opphold etter bestemmelsen om sterke menneskelige hensyn, jf. lovens § 38 tredje ledd. Etter lovens § 28 tredje ledd skal det tas hensyn til om søkeren er et barn og etter lovens § 38 tredje ledd annet punktum kan oppholdstillatelse gis til et barn selv om situasjonen ikke har slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen.

Tillatelsene etter § 8-3 danner ikke grunnlag for permanent oppholdstillatelse. På grunn av dette og fordi formålet med bestemmelsen tilsier at det er behov for rask avklaring, vil det ikke være hensiktsmessig å stille samme krav til dokumentert identitet i disse sakene som i andre saker etter lovens § 38, jf. forskriftens § 8-12.

I Forskriftens § 8-4 er det inntatt en ny bestemmelse om oppholdstillatelse for vitner i saker om menneskehandel. Bestemmelsen utvider muligheten til å gi oppholdstillatelse til vitner i slike saker i forhold til hva som fulgte av den nå opphevede instruks AI-64/08, som vil bli erstattet av ny instruks fra departementet.

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 ledd¹, jf. også ny § 21 c² 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.”

På samme måte som ved vurderingen av saker som gjelder enslig mindreårige asylsøkere, vil det være søkerens alder på vedtakstidspunktet som er avgjørende. Dersom søkeren på vedtakstidspunktet er over 18 år, vil dermed ikke forskriftens § 8-5 komme til anvendelse.

I forskriftens § 8-6 er det inntatt en ny bestemmelse som gjelder behovet for å innhente uttalelse fra en forelder i hjemlandet, når et mindreårig barn fyller vilkårene for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag i Norge. Hovedbegrunnelsen for bestemmelsen er å forhindre barnebortføring og at barn tas med fra hjemlandet uten at det foreligger nødvendig samtykke fra en forelder som har del i foreldreansvaret.

Det følger av barnebortføringsloven 8. juli 1988 nr. 72 § 6 at norsk rett anerkjenner en avgjørelse om foreldreansvar som er truffet i en stat tilsluttet europarådskonvensjonen av 20. mai 1980 om anerkjennelse og fyllbyrding av avgjørelser om foreldreansvar og om gjenopprettelse av foreldreansvar. Barnebortføringslovens gjennomføring av Haagkonvensjonen av 25. oktober 1980 om de sivile sider ved internasjonal barnebortføring, taler for at den ordning med foreldreansvar som følger av lov, ulovfestet rett eller myndighetsavgjørelse i en stat tilsluttet Haagkonvensjonen, blir anerkjent i Norge. I juridisk teori hevder Thue: Internasjonal Privatrett. Personrett, familierett og arverett (Oslo 2002) s. 467 ”at utenlandsk fastlagt foreldreansvar, omsorg og samværsrett bør som utgangsregel anerkjennes, naturligvis med et ordre public-for(be)hold”.

Hvorvidt det er foreldrenes hjemlands rett som må legges til grunn er ikke uten videre klart i tilfeller hvor barnet og eventuelt den ene forelderen har oppholdt seg i Norge i flere år. Barnekonvensjonen kan også ha innvirkning på hvordan man bør løse de spørsmål som kan oppstå.

I saker som gjelder familiegjennomføring mellom den ene forelderen i Norge og et barn under 18 år, er det fastsatt i lovens § 42 annet ledd at det må foreligge samtykke fra den andre av foreldrene dersom foreldreansvaret er delt. Unntak gjelder dersom samtykke er umulig å innhente, eller særlige grunner tilsier at oppholdstillatelse uansett bør gis.

¹ Nå lovens § 38.

² Nå forskriftens § 8-7.

Problemstillingen er mer kompleks i asylsaker hvor forvaltningen anser at barnet fyller vilkårene for en selvstendig oppholdstillatelse i medhold av lovens § 38 ut fra en vurdering av ”sterke menneskelige hensyn” eller ”særlig tilknytning til riket”. I slike tilfeller vil det være langt mer problematisk å operere med et utgangspunkt om at barn skal nektes oppholdstillatelse og pålegges retur, utelukkende fordi det mangler et samtykke fra den gjenværende forelder. Et like strengt krav om at samtykke skal foreligge som i saker om familieinnvandring, kan lett komme i strid med prinsippet i barnekonvensjonen om at ”barnets beste” skal være et grunnleggende hensyn. Det vises til det som er angitt i forskriften om at man ved vurderingen skal legge vekt på:

- hva som er det faktiske og formelle forholdet mellom vedkommende forelder og barnet,
- om det ut fra omstendighetene i saken fremstår som forsvarlig å legge til grunn at vedkommende forelder ikke vil motsette seg at barnet innvilges oppholdstillatelse i Norge,
- de praktiske mulighetene for å innhente en uttalelse med tilstrekkelig notoritet,
- hvor lang tid det vil ta å innhente en uttalelse, og
- om det er klart at oppholdstillatelse bør innvilges selv om samtykke fra vedkommende forelder nektes.

Dersom det ikke lykkes å innhente en uttalelse etter § 8-6, må det foretas en helhetsvurdering av om det likevel er rimelig å gi oppholdstillatelse til barnet. Ved denne avveiningen vil hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn.

Forskriftens § 8-7 om oppholdstillatelse ved praktiske hindringer for retur, er en videreføring av utlendingsforskriften 1990 § 21 c, jf. departementets tidligere rundskriv A-25/2007. Bestemmelsen i § 8-7 presiserer at tidligere asylsøkere med endelig avslag som har medvirket til å avklare sin identitet og bidratt til å muliggjøre retur, på visse vilkår kan få en oppholdstillatelse etter lovens § 38. Det er Utlendingsnemnda som etter anmodning om omgjøring, kan gi tillatelse etter bestemmelsen. Det er bare tidligere asylsøkere med endelig avslag som for tiden ikke iverksettes, som omfattes av § 8-7.

Enhver som søker asyl i Norge er forpliktet til å samarbeide med utlendingsmyndighetene og bidra til at vedkommendes sak blir best mulig opplyst. Etter lovens § 83 har en utlending ved innreise og frem til antatt korrekt identitet er registrert, plikt til å medvirke til å avklare sin identitet. Som hovedregel kreves det derfor at utlendingen har medvirket til å avklare sin identitet under perioden som asylsøker, det vil si fra søknad om beskyttelse ble fremsatt til endelig vedtak foreligger i saken. I utgangspunktet vil det altså ikke være tilstrekkelig for en tillatelse etter § 8-7 at utlendingen oppgir riktig identitet etter at avslag foreligger. Det kan imidlertid foreligge spesielle omstendigheter som tilsier at det bør gjøres unntak fra dette utgangspunktet, fortrinnsvis hvor utlendingen selv i liten grad kan lastes.

Tillatelse skal ikke gis før det er gått ett år siden endelig avslag, med mindre særlige grunner taler for det. Bakgrunnen for at det åpnes for at tillatelse i unntakstilfeller kan gis før det er gått ett år, er at det kan tenkes situasjoner hvor det allerede før dette tidspunkt synes klart at utlendingen har gjort det som kan forventes i forhold til samarbeid om retur. For øvrig må prosessen med avklaring av identitet og utstedelse av reisedokumenter være avsluttet.

Forskriftens § 8-8 om begrenset tillatelse til enslige mindreårige mellom 16 og 18 år frem til fylte 18 år er en videreføring av den bestemmelsen i utlendingsforskriften 1990 § 21 tredje ledd som trådte i kraft 01.05.2009, jf. departementets tidligere rundskriv A 2009-047.

Bakgrunnen for bestemmelsen i utlendingsforskriften 1990 § 21 tredje ledd, var den store økningen i ankomstene av enslige mindreårige asylsøkere. En del av disse søkerne har ikke annet grunnlag for opphold i Norge enn at de er mindreårige og norske myndigheter ikke finner omsorgsperson i hjemlandet. Hadde disse søkerne vært myndige, ville de fått avslag på søknaden om beskyttelse. Departementet mener at en bør søke å forebygge at barn som ikke har beskyttelsesbehov sendes til Norge, kanskje av økonomiske grunner. Mindreårige som er over 16 år når søknaden avgjøres, vil være kort tid i Norge før de er myndige og vil som regel ha sin største tilknytning til hjemlandet. Dersom manglende omsorgsperson er det eneste grunnlaget for at søkeren får innvilget opphold, bør søkeren returnere til hjemlandet når vedkommende er myndig.

Forutsatt en saksbehandlingstid i UDI på ca. seks måneder, vil det bety at søkere som er 15 ½ år på søknadstidspunktet vil være omfattet av bestemmelsen i § 8-8. Dersom det i saker der søkeren er yngre enn 15 ½ år på søknadstidspunktet er brukt mer enn seks måneder til saksbehandlingen, må det vurderes hvorvidt søkeren likevel ikke skal omfattes av bestemmelsen. Departementet bemerker at vurderingen skal knyttes opp til forvaltningsloven § 11a om at forvaltningen skal forberede og avgjøre saker "uten ugrunnet opphold". Dette er et utpreget skjønnsmessig begrep, og hva som i det enkelte tilfellet vil være en forsvarlig saksbehandlingstid vil variere med sakens art og omfang, tilgjengelige ressurser mv.

Bestemmelsen gir anvisning på en skønnsvurdering av om det skal gis midlertidig tillatelse eller ikke og dette vil bero på en konkret helhetsvurdering hvor flere forhold kan spille inn. Hensynet til barnets beste skal alltid vurderes og være et grunnleggende hensyn. Søkerens alder kan også tillegges vekt. Det skal mindre til for å falle ned på at en midlertidig tillatelse ikke bør gis der søkeren nettopp er fylt 16 år enn for en søker som er 17 ½. Helsemessige problemer som ikke er av tilstrekkelig alvorlig karakter til i seg selv å gi grunnlag for opphold, vil også kunne være et moment i skønnsvurderingen. Videre kan søkers tilknytning til hjemlandet vektlegges, herunder om vedkommende har vært lenge borte fra sitt hjemland før ankomst til Norge.

Det presiseres at bestemmelsen gjelder førstegangs tillatelser. Søker som er mellom 15 og 16 år på vedtakstidspunktet og får en ordinær oppholdstillatelse etter lovens § 38, ledd, vil ved fornyelse etter fylte 16 år ikke kunne gis en midlertidig tillatelse etter denne bestemmelsen.

I § 8-9 er det inntatt en ny bestemmelse som fastsetter at det kan gis oppholdstillatelse til utlending som har reist ut av riket og som mot sin vilje ikke får reise tilbake, hvis utlendingen ville hatt rett til selvstendig tillatelse etter lovens § 53 første ledd bokstav b (mishandlingsbestemmelsen), dersom vedkommende hadde vært i riket. Det forekommer også tilfeller hvor barn med oppholdstillatelse i Norge sendes til hjemlandet av foreldrene og holdes tilbake der, noen ganger sammen med foreldrene og noen ganger sammen med andre omsorgspersoner. Departementet mener at slike saker eventuelt må løses ut fra nødrettsbetraktninger og forankres i lovens § 38. Det er ikke foretatt noen særskilt regulering av disse situasjonene i forskriften.

Bestemmelsen i § 8-12 om krav til dokumentert identitet før oppholdstillatelse gis er en ny bestemmelse, men er utformet i samsvar med tidligere instruks AI -79/09 som nå er videreført i departementets rundskriv AI -103/09.

I tilknytning til lovens § 38 og bestemmelsen i femte ledd om at det kan gis begrensede tillatelser når ”behovet er midlertidig”, viser departementet for øvrig til det som frem til nå har vært nedfelt i instruks HA-2005-01 om bruk av begrensede tillatelser i helsesaker. I saker der UDI mener at det er grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse på grunn av den fysiske eller psykiske helsen til søkeren, skal det således legges vekt på om helseproblemene har en foreløpig karakter og om behovet for medisinsk behandling i Norge derfor er midlertidig. At det er snakk om lidelser som klart kan kureres ved behandling som er avgrenset i tid, må tillegges vekt i vurderingen av om oppholdstillatelsen skal gjøres begrenset.

For å gi en begrenset tillatelse trenger det ikke være overveiende sannsynlig at søkeren vil bli frisk innen utløpet av tillatelse. Det er tilstrekkelig at det er en reell mulighet for at søkeren vil bli frisk, eller vil kunne få tilfredsstillende helsetilbud i hjemlandet i fremtiden, og at dette ikke ligger for langt fram i tid. Det må ellers foretas en konkret vurdering.

Dersom utlendingen ved utløpet av den begrensede tillatelsen søker på nytt, selv om den tidligere tillatelsen ikke kan fornyes, må en vurdere om søkerens helseproblem på dette tidspunkt tilsier at det blir gitt oppholdstillatelse i Norge, og om dette også skal gjøres begrenset. Et viktig moment i denne sammenheng er prognoser for helseproblemene, og den totale situasjonen for søkeren i Norge.

Det vises for øvrig til vedlegg 19 og forskriftens § 19-2 tredje ledd som angir i hvilken utstrekning lovens kapittel 5 med forskrifter gjelder for utlendinger som er omfattet av de særlige reglene etter EØS-avtalen og EFTA-konvensjonen.