



SIVILOMBUDET

JUSTIS- OG BEREDSKAPSDEPARTEMENTET
Postboks 8005 Dep.
0030 OSLO

Vår referanse
2021/4315

Deres referanse
21/5508

Vår saksbehandler
Cathrine Elisabeth Aaseth

Dato
30.11.2021

Høringsuttalelse – forslag til endring i utlendingsforskriften (tidspunktet retten til permanent oppholdstillatelse inntreer)

Vi viser til departementets høring 5. oktober 2021 med forslag om å regulere faktumtidspunktet for behandling av søknader om permanent oppholdstillatelse i en ny bestemmelse i utlendingsforskriften.

I høringsnotatet foreslår departementet å endre fast og langvarig forvaltningspraksis om å som hovedregel legge situasjonen på søknadstidspunktet til grunn når man vurderer om vilkårene for permanent oppholdstillatelse er oppfylt (der dette gir et gunstigere resultat for søker). Endringen foreslås gjennomført ved vedtagelse av en ny bestemmelse i utlendingsforskriften, som skal «klargjøre» at alle vilkårene for permanent oppholdstillatelse (unntatt vilkåret om selvforsørgelse) må være oppfylt på vedtakstidspunktet.

Som nevnt i notatet er det allerede gitt en instruks om en slik endring av den etablerte forvaltningspraksis på et avgrenset område. I departementets instruks GI-16/2020 ble UDI instruert om å legge faktum på vedtakstidspunktet til grunn for vurderingen av vilkåret i utlendingsloven § 62 første ledd bokstav b, for søkere med oppholdstillatelse som flyktninger og hvor beskyttelsesbehovet revurderes. Høringsnotatet viser på flere punkter til den vurderingen av rettstilstanden som fremgår av instruksene.

I uttalelse 18. august 2021 (SOM-2020-766) kom sivilombudet med flere merknader til denne instruksene. Høringsforslaget har nær sammenheng med ombudets kritikk og departementets oppfølging av denne. Forholdet til ombudets uttalelse, og høringsnotatets manglende omtale av den, gir derfor grunnlag for flere merknader til høringen.

Nærmere om SOM-2020-766 og departementets oppfølging av uttalelsen

I SOM-2020-766 kom ombudet til at instruks GI-16/2020 er i strid med kravene til likebehandling, fordi den instruerer om en tolkningsendring som bare skal gjelde for en gruppe saker etter den aktuelle bestemmelsen, nemlig flyktninger der beskyttelsesbehovet revurderes. Etter ombudets syn var det ikke gitt en tilstrekkelig saklig grunn for en slik forskjellsbehandling til ugunst for denne gruppen.

Ombudet kom også til at det er begrunnet tvil om den langvarige forvaltningspraksisen om å legge situasjonen på søknadstidspunktet til grunn for vurderingen av vilkårene var blitt rettslig bindende, og uttalte følgende:

«Etter Sivilombudets syn er det flere momenter som taler for at tidligere forvaltningspraksis var så fast, langvarig og omfattende at den var blitt rettslig bindende. Det er derfor begrunnet tvil om departementet kunne endre praksis uten å gå veien om lov- eller forskriftsendring. Departementet har uansett ikke utredet tilstrekkelig om tidligere forvaltningspraksis hadde en slik bindende karakter.»

I uttalelsen ble departementet bedt om følgende:

«Departementet må sikre likebehandling av saker som omfattes av utlendingsloven § 62 første ledd bokstav b. En eventuell ny instruks som gjelder alle saker etter bestemmelsen, forutsetter en grundigere vurdering av om forvaltningspraksis på området er til hinder for en instruks med samme innhold som den som er gitt. Det bes om en tilbakemelding på hvordan departementet vil følge opp saken innen 8. oktober 2021.»

I en tilbakemelding til ombudet 8. oktober opplyste departementet blant annet at de tok til etterretning ombudets uttalelse om at instruksjonen var i strid med krav til likebehandling, og at de 5. oktober hadde sendt det her omtalte forslaget om forskriftsendring på høring.

Det ble også opplyst at departementet i sitt videre arbeid ville vurdere om instruksjonen burde oppheves i påvente av eventuelle endringer i utlendingsforskriften. Redegjørelsen kommenterte imidlertid ikke ombudets uttalelse om betydningen av den etablerte forvaltningspraksisen.

I brev til departementet 26. oktober påpekte ombudet at de ikke hadde kommentert ombudets uttalelser om betydningen den etablerte forvaltningspraksisen, samt at de verken i svaret til ombudet eller i høringsnotatet hadde foretatt noen vurdering av instruksens lovlighet. Ombudet ba departementet om å vurdere å oppheve instruksjonen straks på bakgrunn av ombudets uttalelse om flere forhold av betydning for dens lovlighet. I brev 17. november svarte departementet kort at de vil vurdere å oppheve instruks GI-16/2020 i forbindelse med oppfølgingen av høringen.

Notatets omtale av UDIs og UNEs praksis, og praksisens betydning for adgangen til regulering av faktumstidspunktet i forskrift

Til tross for ombudets uttalelse, og anmodningen i brev 26. oktober 2021, så har ikke departementet gitt noen opplysninger som tilsier at de har foretatt ytterligere utredning av om den etablerte forvaltningspraksisen har vært så fast og langvarig at den må anses rettslig bindende. Høringsnotatet tar ikke opp problemstillingen, men redegjør for innholdet i forvaltningspraksisen og peker på uttalelser i forarbeidene som departementet mener tilsier en annen tolkning. I redegjørelsen for forarbeidene viser høringsnotatet hovedsakelig til omtalen av disse i instruks GI-16/2020.

I SOM-2020-766 påpekes det en feil i instruksens beskrivelse av rettstilstanden etter den gamle utlendingsloven. I instruksens anføres det at forarbeidene til utlendingsloven tilsier at vedtakstidspunktet var avgjørende etter saker om permanent oppholdstillatelse i den gamle utlendingsloven. Det aktuelle utsagnet i forarbeidene knytter seg imidlertid til en annen bestemmelse i den gamle utlendingsforskriften (§ 45) enn den som er tema her (§ 43), og sier ikke noe om ordinære saker om permanent opphold. Etter ombudets syn er det uheldig at høringsnotatet gjengir denne feilen fra instruksens, uten å opplyse om ombudets merknad.

Før departementet eventuelt vedtar en endring som foreslått i forskriften, må det foretas en nærmere vurdering av om forvaltningspraksis er blitt rettslig bindende, slik ombudet har bedt om i uttalelsen, og som departementet hittil ikke har fulgt opp. En slik vurdering er ikke bare avgjørende for spørsmålet om lovligheten av instruks GI-16/2020. Den vil også kunne være avgjørende for om den foreslåtte endringen kan vedtas i en forskriftsbestemmelse. Dersom forvaltningspraksis er blitt rettslig bindende, vil den tolkningen av loven som følger av praksis ha lovs rang, og vil neppe kunne fravikes i en forskriftsbestemmelse. Forskriftshjemmelen i utlendingsloven § 62 åttende ledd gir adgang til å gi «nærmere regler» om permanent oppholdstillatelse i forskrift, mens § 139 gir adgang til å gi regler til «gjennomføring av loven». De aktuelle forskriftshjemlene åpner ikke for å fravike det som allerede følger av en lovbestemmelse, slik tilfelle vil være når en tolkning er blitt rettslig bindende.

Betydningen av den politiske uenigheten på området

Flere lovforslag om å øke botidskravet har vært behandlet av Stortinget de senere årene, og debattene der har synliggjort politisk uenighet om dette kravet. I 2015/2016 ble departementets forslag om heving av botidskravet til 5 år avvist av Stortinget. I lovendring 11. desember 2020 ble botidskravet for noen grupper søkere hevet til fem år med et knapt flertall, som følge av en enighet om statsbudsjettet for 2021 mellom Høyre, Fremskrittspartiet, Venstre og Kristelig Folkeparti. Ved behandlingen av disse sakene synes ikke faktumtidspunktet å ha vært noe tema, men ved det nedstemte endringsforslaget om et generelt botidskrav på fem år la departementets lovproposisjon til grunn at søknadstidspunktet var avgjørende, jf. punkt 8.2.1 i Innstramminger II Prop. 90 L (2015-2016).

Den foreslåtte endringen i eksisterende forvaltningspraksis om faktumtidspunktet er til ugunst for søkerne. Det vil i realiteten også kunne ha en tilsvarende effekt som et økt botidskrav, som følge av at mange saker har svært lange behandlingstider (se nærmere nedenfor der det blant annet fremgår at denne effekten i enkelte tilfelle kan tilsvare en økning med mer enn fire år). Sett i sammenheng med den politiske uenigheten om botidskravet kan denne effekten av forslaget tilsi at departementet uansett vurderer om Stortinget bør få mulighet til å ta stilling til en eventuell endring i faktumtidspunktet – selv om departementet etter en nærmere vurdering skulle komme til at eksisterende forvaltningspraksis ikke er blitt rettslig bindende.

Forslaget om overgangsregler – anvendelse på søknader som ligger til behandling

Departementet foreslår at forskriftsbestemmelsen skal gjelde for alle ubehandlede og nye

søknader fra det tidspunktet forskriftsendringen trer i kraft. Departementet peker på at en regelendring normalt kan gis virkning for allerede innkomne søknader som ikke er ferdigbehandlet på det tidspunktet regelendringen trer i kraft.

I instruks GI-16/2020 er det også bestemt at tolkningsendringen skal få virkning for allerede innkomne søknader som ikke er ferdigbehandlet fra ikrafttredelsestidspunktet. Instruksen gjelder imidlertid ikke for saker som på tidspunktet for instruksens ikrafttredelse hadde en ulovlig lang behandlingstid:

«Dersom anvendelsen av den nye (strengere) lovanvendelsen som det instrueres om her er muligjort ved at saken ikke er forberedt og avgjort uten ugrunnet opphold, må avgjørelsen av søknaden om permanent oppholdstillatelse likevel skje etter dagens praksis. Det vil si at UDI i slike tilfeller fortsatt skal legge *søknadstidspunktet* til grunn ved vurderingen av om vilkårene i utl. § 62 første ledd bokstav b er oppfylt».

Etter arbeidet med uttalelsen og gjennomgangen av høringsnotatet nå, er ombudet i tvil om hensynet til forutberegnelighet og innrettelse vil bli tilstrekkelig utredet og hensyntatt dersom en lov- eller forskriftsendring også – og uten unntak – skal gjelde for søknader som allerede er innkommet.

Som eksempel fattet Stortinget 11. desember 2020, etter representantforslag, vedtak om blant annet å heve dagens botidskrav for permanent oppholdstillatelse fra tre til fem år for utlendinger med oppholdstillatelse etter utl. §§ 28 eller 38, og for utlendinger som har fått familieinnvandring med disse. Endringene gjelder fra 1. desember 2020, men gjelder likevel ikke for utlending som per 1. desember 2020 oppfylte botidskravet på tre år for rett til permanent oppholdstillatelse (uavhengig av om det er fremsatt søknad eller ikke), forutsatt at vedkommende fremsetter søknad om permanent oppholdstillatelse innen 1. februar 2021.

Ombudet mener departementet også bør vurdere en overgangsregel dersom forslaget vedtas. Et alternativ kunne være en tilsvarende overgangsregel som ved endringen av botidskrav; at endringen ikke gjelder for søkere som oppfylte vilkårene på søknadstidspunktet når det er søkt før forskriftsendringens eventuelle ikrafttredelse.

I vurderingen av om det bør innføres en overgangsregel, bør departementet også ta hensyn til at behandlingstidene i UDI er svært lange i mange saker om permanent oppholdstillatelse. I en uttalelse 4. juni 2020 (sak 2020/326) uttalte ombudet seg blant annet om den generelle behandlingstiden i saker om permanent oppholdstillatelse hvor det også var opprettet tilbakekallssak. Det har over flere år bygget seg opp store restanser i tilbakekallsenheten i UDIs asylavdeling, noe som har medført og fortsatt medfører svært lange behandlingstider ved søknader om permanent oppholdstillatelse hvor det også er opprettet tilbakekallssak. I oppfølgingen av uttalelsen har UDI opplyst at det per 20. mai 2021 var 370 søknader om permanent oppholdstillatelse til behandling hvor det også er opprettet tilbakekallssak. Gjennomsnittlig saksbehandlingstid i disse sakene var 762 dager. Flere hadde ventet betydelig lengre, 20 % i mer enn 1178 dager og 10 % av disse i mer enn 1596 dager. Dette er ulovlig lange behandlingstider, se uttalelsen.

For søkere som ikke er avhengig av en avgjørelse i en tilbakekallssak, tar det for de fleste saker i dag normalt 15 måneder å få svar.

I tillegg til de allerede lange saksbehandlingstidene, regner departementet med at den foreslåtte endringen av vurderingstidspunkt vil kunne føre til at disse vil øke ytterligere, og at botidskravet i praksis vil bli lengre av den grunn, se punkt 5 i høringsnotatet. Med den foreslåtte endringen vil botidskravet derfor i praksis kunne øke vesentlig, i enkelte tilfeller med mer enn fire år.

Oppfyller forslaget kravene til utredning og høring av forskriftsendringer

Forvaltningsloven § 37 første ledd slår fast at saken skal være «så godt opplyst som mulig» før forskriften vedtas.

Utfyllende regler er gitt i utredningsinstruksen, hvor det blant annet går frem av punkt 2-1 nr. 3 at en utredning skal svare på hvilke prinsipielle spørsmål forskriften reiser. Av utredningsinstruksen punkt 2-2 annet ledd går det frem at dersom «tiltaket berører prinsipielle spørsmål, skal utredningen drøfte disse på en balansert, systematisk og helhetlig måte». Med merknadene over, mener ombudet at det er begrunnet tvil om de prinsipielle spørsmålene som reises i saken er vurdert av departementet, og vurderingene er i alle fall ikke synliggjort i høringsnotatet.

Sivilombudet mener på bakgrunn av merknadene over at det er tvil om departementets utredning er i tråd med fvl. § 37 første ledd og utredningsinstruksen. Det er uheldig at departementet i høringsnotatet ikke omtaler uttalelsen i SOM-2020-766 og synliggjør de problemstillingene ombudet har påpekt. Dette gjør at høringsinstansene ikke får et godt nok kunnskapsgrunnlag for sine uttalelser, noe som igjen kan føre til at departementet får et utilstrekkelig beslutningsgrunnlag for vedtakelsen av forskriften. Etter ombudets syn tilsier det at departementet må gjøre en grundigere vurdering enn det som fremgår av høringsnotatet.

Dersom departementet opprettholder forslaget om forskriftsendring etter å ha foretatt en slik vurdering, bør det også vurderes om det er grunn til å foreta en ny høring basert på et revidert høringsnotat.

Hanne Harlem
sivilombud

Dette brevet er godkjent elektronisk og har derfor ikke håndskrevet underskrift.