

Justis – og beredskapsdepartementet
Innvandringsavdelingen
Postboks 8036 Dep
0030 Oslo

Dato:
1. september 2017

Vår referanse:
2017/00055

Deres referanse:
17/2681

Høring – forslag til endringer i utlendingsloven og utlendingsforskriften (partsstatus i utlendingssaker)

1. Innledning og anbefalinger

Vi viser til Justis- og beredskapsdepartementets høringsbrev av 26. april 2017 med forslag til endringer i utlendingsloven og utlendingsforskriften vedrørende hvem som skal ha partsstatus i utlendingssaker. I e-postkorrespondanse av 23. august 2017 fikk Nasjonal institusjon for menneskerettigheter («Nasjonal institusjon») utsatt høringsfrist til 1. september 2017.

Nasjonal institusjon har som hovedoppgave å fremme og beskytte menneskerettighetene i tråd med Grunnloven, menneskerettsloven og den øvrige lovgivning, internasjonale traktater og folkeretten for øvrig, jf. lov om Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter § 1 annet ledd. Nasjonal institusjon skal blant annet gi råd til regjeringen og andre offentlige organer om gjennomføringen av menneskerettighetene, jf. loven § 3 første ledd bokstav b. I dette ligger det særlig at Nasjonal institusjon skal komme med innspill i lovgivningsprosesser som berører menneskerettighetene, jf. Innst. 2016 L (2014-2015) s. 3.

Nasjonal institusjons rolle vil primært være å foreta en vurdering av hvordan de foreslåtte endringene forholder seg til Norges menneskerettslige forpliktelser. Det er ikke Nasjonal institusjons oppgave å uttale seg om hensiktsmessigheten av forslaget.

2. Premisser og utgangspunkt

Departementet foreslår i høringsbrevet en lovfesting av hvem som skal ha partsstatus i saker etter utlendingsloven. Slik vi forstår det ser departementet behov for en nærmere presisering av dette i kjølevannet av Høyesteretts dom i den såkalte Maria-saken, hvor Høyesterett kom til at det var en

saksbehandlingsfeil at Maria ikke hadde partsstatus i den administrative behandlingen av morens utvisningssak.¹

I Maria-dommen vurderer Høyesterett om Maria skulle hatt partsstatus etter *forvaltningsloven*, og foretar en tolkning av om morens utvisningsvedtak «direkte gjelder» Maria. Ett av momentene Høyesterett legger vekt på i denne vurderingen er at utvisningsvedtaket griper inn i Maria's familieliv med moren. I tillegg vektlegger Høyesterett at dette konkrete utvisningsvedtaket utfordrer omsorgssituasjonen til Maria på en måte som kan få helt grunnleggende betydning for hennes oppvekst og fremtid. Ettersom morens utvisningssak direkte gjaldt Maria, og hun hadde rettslig interesse i søksmålet, mente Høyesterett det var «*nærliggende at hun også burde hatt partsrettigheter allerede i forbindelse med den administrative behandlingen av saken.*» Slik vi leser avgjørelsen er ikke standpunktet utledet fra overordnede rettsnormer i Grunnloven eller menneskerettsloven.

Slik vi forstår det, mener departementet at Høyesterett i Maria-saken ikke har sett hen til § 17-1 første ledd i utlendingsforskriften eller til at det i forarbeidene til utlendingsloven fremgår at andre familiemedlemmer, som naturlig nok har en sterk interesse i et utvisningsvedtak mot et familiemedlem, ikke er part i utvisningssaken.² Utredningen i forarbeidene til utlendingsloven var grunnlaget for innføringen av utlendingsforskriften § 17-1. Lovforslaget synes å være en videreføring av gjeldende rett før Maria-dommen, men slik at det rettslige grunnlaget foreslås lovfestet i stedet for forskriftsfestet.

Det presiseres i høringsnotatet at øvrige familiemedlemmer, som ektefelle og barn, vil kunne ha rettslig klageinteresse og søksmålskompetanse ettersom vedtaket kan berøre deres rett til familieliv. Dette ivaretar familiemedlemmers rett til effektivt rettsmiddel som kan følge av EMK art. 8 og 13.

Uansett hvordan man vurderer den nasjonale rettstilstanden før og etter Maria-dommen, mener Nasjonal institusjon at avgjørelsen ikke er til hinder for lovendringen departementet foreslår. Forutsetningen er at de prosessuelle krav som følger av Grunnloven § 102 og EMK art. 8, ivaretas overfor familiemedlemmene til den saken direkte gjelder, selv om de ikke har partsrettigheter i utlendingslovens forstand.

Nasjonal institusjon etterlyser at departementet i det videre lovarbeidet foretar en nærmere vurdering av gjeldende saksbehandlingsrutiner og om disse ivaretar prosessuelle krav som følger av Grunnloven § 102, EMK art. 8 og barnekonvensjonen art. 16. Nedenfor gir vi en kort redegjørelse for de prosessuelle kravene.

3. Retten til privat- og familieliv – prosessuelle garantier

Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har ved sin rikholdige praksis utpenslet mer konkret hva som ligger i EMK artikkel 8 om retten til familieliv. Bestemmelsen gir også hjemmel for inngrep i retten til familieliv. For at staten skal kunne gjøre inngrep i denne retten, må inngrepet blant annet være «i

¹ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 47.

² Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) avsnitt 17.1.3.1 og 17.1.3.4

samsvar med loven» og «nødvendig i et demokratisk samfunn». Det kan også utledes prosessuelle garantier fra EMK artikkel 8, som stiller krav til beslutningsprosessen ved inngrep i de rettigheter som kan utledes av bestemmelsen. Departementet påpeker i høringsbrevet at det er uklart hvilke prosessuelle garantier som kan utledes av denne bestemmelsen.

Nasjonal institusjon bemerker at i saken *Ciliz v. Nederland*, som omhandlet en person som ble utvist parallelt med at det pågikk en sak om samvær med sønnen, uttalte EMD følgende når det gjelder prosessuelle garantier under artikkel 8:³

“In determining whether an interference was “necessary in a democratic society”, the Court will take into account that a margin of appreciation is left to the Contracting States. It recalls in this respect that the Convention does not in principle prohibit Contracting States from regulating the entry and length of stay of aliens (see the *Berrehab* judgment cited above, pp. 15-16, § 28). Nevertheless, the Court also reiterates that, whilst Article 8 contains no explicit procedural requirements, the decision-making process leading to measures of interference must be fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded by Article 8:

“[W]hat ... has to be determined is whether, having regard to the particular circumstances of the case and notably the serious nature of the decisions to be taken, the parents have been involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to provide them with the requisite protection of their interests. If they have not, there will have been a failure to respect their family life and the interference resulting from the decision will not be capable of being regarded as 'necessary' within the meaning of Article 8.” (see the *W. v. the United Kingdom* judgment of 8 July 1987, Series A no. 121, pp. 28 and 29, §§ 62 and 64, and the *McMichael v. the United Kingdom* judgment of 24 February 1995, Series A no. 307-B, p. 55, § 87).”

I nevnte sak mente domstolen at verken beslutningsprosessen i utvisningssaken eller beslutningsprosessen i samværsaken «*did [not] afford the requisite protection of the applicant's interests as safeguarded by Article 8.*»

Under henvisning til de samme rettssetningene som nevnt over i *Ciliz v. Nederland*, uttalte domstolen videre følgende i saken *M. og M. mot Kroatia* (10161/13) hva gjelder barns prosessuelle garantier under artikkel 8:⁴

“Having regard to Article 12 of the Convention on the Rights of the Child (see paragraphs 94 and 97 above, and in particular point 32 of the General comment no. 12 of the Committee on the Rights of the Child), the Court finds that the same considerations apply mutatis mutandis in any judicial or administrative proceedings affecting children's rights under Article 8 of the present Convention. In particular, in such cases it cannot be said that the children capable of forming their own views were sufficiently involved in the decision-making process if they were not provided with the opportunity to be heard and thus express their views.”

Sistnevnte dom gjaldt konkret et barns rettigheter etter artikkel 8 i en barnefordelingssak. Domstolens uttalelse er imidlertid generell og knytter seg til «*any judicial or administrative proceedings affecting children's rights under Article 8*». Vi legger derfor til grunn at de samme prinsippene vil gjøre seg gjeldende i en sak på utlendingsfeltet. EMD oppstiller med andre ord krav om at beslutningsprosessen

³ *Ciliz v. Nederland* (29192/95) avsnitt 66.

⁴ *M. og M. mot Kroatia* (10161/13) avsnitt 180-181.

må være «fair», og at de personene det gjøres inngrep i rettighetene til, som foreldre og barn, må involveres i beslutningsprosessen i tilstrekkelig grad til å ivareta sine rettigheter etter artikkel 8.

I vurderingen av om et barn har vært tilstrekkelig involvert i beslutningsprosessen, legger domstolen videre vekt på om barnet har vært hørt.⁵

Det synes videre som EMD oppstiller visse krav til saksbehandlingstiden og til begrunnelsen.⁶ I *Nunez v. Norge*, som gjaldt utvisning av en mor med to barn vurderte domstolen om norske myndigheter hadde handlet innenfor sin skjønnsmargin når de hadde søkt å “strike a fair balance” mellom myndighetenes interesse i å sikre effektiv innvandringskontroll og morens behov for å forbli i Norge for å opprettholde kontakt med barna.⁷ Domstolen mente at kravet til tilstrekkelig hurtig og effektiv immigrasjonskontroll ikke var overholdt i dette tilfellet, sett i lys av hensynet til barnets beste, og at hensynet til barnets beste ikke var tilstrekkelig vektlagt ved norske myndigheters vurdering av artikkel 8 i denne saken.

I *Jeunesse v. Nederland*, som gjaldt søknad om familiegjening for en kvinne med to barn som hadde bodd ulovlig i Nederland, fremhevet domstolen at i alle saker hvor barn er involvert skal hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn.⁸ Domstolen kom til at nasjonale myndigheter ikke hadde lagt tilstrekkelig vekt på barnas beste i den nasjonale beslutningsprosessen om morens søknad om familiegjening.⁹

Domstolen har ikke i noen av disse sakene problematisert om barn, eller øvrige familiemedlemmer, skal ha noen form for formell status i en utvisnings- eller familiegjeningssak som ikke direkte retter seg mot dem selv. Så lenge beslutningsprosessen som helhet er «fair» og personer hvis rettigheter blir berørt er «sufficiently involved» i beslutningsprosessen slik at de kan ivareta sine rettigheter, synes det å være opp til nasjonalstatene selv hvordan de innretter disse prosessuelle garantiene.

Det avgjørende er at det i hver enkelt sak foretas grundige vurderinger. I saker om for eksempel utvisning, må det foretas konkrete vurderinger av om utvisning av ett familiemedlem vil krenke andre familiemedlemmers rett til familieliv.

Når den utviste har barn, skjerpes videre kravene til at inngrepet er nødvendig ved at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i vurderingen av om vedkommende kan utvises. I Maria-saken utdypet Høyesterett nærmere hva som ligger i at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i slike saker. Høyesterett fastslo at Barnekomitéens General Comment No. 14 (2013) utgjør et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 annet ledd. Høyesterett uttalte videre følgende;

«Barnekomiteen fremhever i General Comment No. 14 at artikkel 3 nr. 1 gir en rett for det enkelte barn som er «directly applicable (self-executing) and can be invoked before a court», jf. avsnitt 6. Det

⁵ *M. og M. mot Kroatia* (10161/13) avsnitt 184.

⁶ *M. og M. mot Kroatia* (10161/13) avsnitt 183.

⁷ *Nunez v. Norge* (55597/09 avsnitt 84).

⁸ *Jeunesse v. Nederland* (12738/10) avsnitt 109 og 118 flg.

⁹ *Ibid* avsnitt 120.

fremheves samme sted at bestemmelsen dessuten virker som et tolkningsprinsipp, og gir preferanse for «the interpretation which most effectively serves the child's best interests». Artikkel 3 nr. 1 er også en prosedyrebestemmelse, i den forstand at avgjørelser som gjelder barn, både må vise at barnets interesser er identifisert, og hvordan de er veiet mot andre hensyn. I avsnitt 36-40 utdyper Barnekomiteen selve normen. Det fremgår at hensynet til barnets beste ikke er det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende, jf. her også plenumsdommen i Rt-2012-1985 avsnitt 134-136. Men komiteen understreker at ved avveiningen mot andre interesser skal hensynet til barnet ha stor vekt – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen.» (uthevet her)

Under henvisning til ovennevnte tolkning av Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, samt at barnets beste har en helt sentral plass under proporsjonalitetsvurderingen etter EMK artikkel 8 nr. 2, tok Høyesterett utgangspunkt i Maria og hva som var i hennes interesse i sin vurdering av om det var forholdsmessig å utvise moren. Den vurderingsnormen Høyesterett har gitt uttrykk for i Maria-saken, vil være retningsgivende for de vurderingene utlendingsmyndighetene i hver enkelt sak må foreta når et vedtak berører barn, selv om barnet ikke har partsstatus. Det må foretas en konkret identifisering og vurdering av hva som er det enkelte barns beste, og barnets interesser «skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen.» For å fastslå hva som er barnets beste, er det krav til at barnet høres slik at det kan få frem sitt syn – avhengig av alder og modenhet.

EMK artikkel 13 fastslår at «*enhver hvis rettigheter og friheter fastlagt i denne konvensjonen blir krenket, skal ha en effektiv prøvingsrett ved en nasjonal myndighet [...]*». Det er derfor positivt at departementet klargjør i høringsnotatet at også andre enn den vedtaket direkte gjelder kan ha rettslig klageinteresse og søksmålskompetanse, selv om vedkommende etter lovforslaget ikke har partsstatus.

Ettersom Grunnlovens bestemmelser må tolkes i lys av de internasjonale menneskerettskonvensjonene og praksis knyttet til disse,¹⁰ legger vi til grunn at Grunnloven § 102 som verner mot inngrep i familielivet, ikke rekker lengre enn vernet etter EMK. Det synes heller ikke å kunne utledes et krav om at barn må gis noen form for formell status i en utvisnings- eller familiegjenforeningssak som ikke direkte retter seg mot dem selv etter barnekonvensjonen, så lenge deres rett til å bli hørt etter konvensjonens artikkel 12 og hensynet til barnets beste i artikkel 3 er ivaretatt.

¹⁰ Jf. Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven s. 90 og Innst. 186 S (2013-2014) s. 20. Dette er fulgt opp av Høyesterett, se f.eks. Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 14 og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57 og Rt. 2015 s. 155 avsnitt 40. I Rt. 2015 s. 93 presiserte Høyesterett i relasjon til Grunnloven §§ 102 og 104 at grunnlovsbestemmelsene skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, «*men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene [...]*».

Vennlig hilsen
for Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter

Petter F. Wille
direktør

Anniken Barstad Waaler
seniorrådgiver

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og er derfor uten signatur