

Justis – og beredskapsdepartementet
Innvandringsavdelingen
Postboks 8036 Dep
0030 Oslo

Dato:
3. april 2017
Vår referanse:
2017/21
Deres referanse:
17/762

Høring – forslag til endringer i utlendingsforskriften – tilknytningskrav for familieinnvandring

1. Innledning og anbefalinger

Vi viser til Justis- og beredskapsdepartementets høringsbrev av 3. februar 2016 med forslag til endringer i utlendingsforskriften knyttet til det nye tilknytningskravet for familieinnvandring.

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter («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 den foreslåtte forskriftsbestemmelsen forholder seg til Norges menneskerettslige forpliktelser. Det er ikke Nasjonal institusjons oppgave å uttale seg om hensiktsmessigheten av forslaget. Nasjonal institusjon ser at asyl og migrasjon er et komplekst område hvor kryssende hensyn gjør seg gjeldende. Forslaget til endringer i utlendingsforskriften om presisering av tilknytningskravet berører imidlertid noen sentrale menneskerettslige problemstillinger. I denne høringsuttalelsen vil vi peke på enkelte aspekter ved forslaget som det ut fra et menneskerettslig perspektiv kan være grunn til å være oppmerksom på i det videre arbeidet.

Nasjonal institusjon vil fremme følgende anbefalinger:

- For å styrke menneskerettighetene, bør det fremgå av departementets ikrafttredelsesrundskriv at det må foretas en konkret vurdering av EMK artikkel 8 og andre relevante folkerettslige forpliktelser i hver enkelt sak.
- For å sikre barns rettigheter, bør det oppstilles et direkte unntak for barn i forskriften § 9-9 annet ledd. Dersom det ikke oppstilles et slikt unntak, bør det fremgå av

forskriftsbestemmelsen at i saker som berører barn skal hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn. De særskilte skjønnsmomenter som gjør seg gjeldende for barn bør også fremgå av bestemmelsen.

Vi vil redegjøre nærmere våre vurderinger i det følgende.

2. Overordnede synspunkter

Den nye lovbestemmelsen som innfører et tilknytningskrav for familieinnvandring, og forslaget til ny forskriftsbestemmelse om denne bestemmelsen, reiser problemstillinger knyttet til Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8 om retten til familieliv og flere bestemmelser i barnekonvensjonen.

Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har i flere saker om familieinnvandring tatt utgangspunkt i statens positive forpliktelse til å legge til rette for familieliv i form av å innvilge familiegjenforening.¹ Det følger av praksis fra EMD at EMK artikkel 8 ikke innebærer en forpliktelse for statene til å respektere immigranternes valg av oppholdsland og til å gi tillatelse til familieinnvandring. Statene har på dette området en vid skjønnsmargin. Uavhengig om man legger til grunn en tilnærming basert på statens positive forpliktelse, eller en inngreps-tilnærming, vil vurderingstemaet være en rimelig avveining mellom individets interesser og samfunnet som helhet. I *Jeunesse v. Nederland* uttalte domstolen følgende om hvilke momenter som er relevante i denne vurderingen;²

«Factors to be taken into account in this context are the extent to which family life would effectively be ruptured, the extent of the ties in the Contracting State, whether there are insurmountable obstacles in the way of the family living in the country of origin of the alien concerned and whether there are factors of immigration control (for example, a history of breaches of immigration law) or considerations of public order weighing in favour of exclusion [...]

Another important consideration is whether family life was created at a time when the persons involved were aware that the immigration status of one of them was such that the persistence of that family life within the host State would from the outset be precarious. It is the Court's well-established case-law that, where this is the case, it is likely only to be in exceptional circumstances that the removal of the non-national family member will constitute a violation of Article 8[...]” (uthevet her).

I høringsnotatet foreslås det å forskriftsfeste de mest sentrale skjønnskriteriene for vurderingen av om familien samlet sett har sterkere tilknytning til et annet land. Dette er positivt. Nasjonal institusjon legger til grunn at de oppramsede skjønnskriteriene i all hovedsak gjenspeiler den vurdering som må foretas etter EMK artikkel 8. Dette fratar imidlertid ikke norske myndigheter fra en plikt til å vurdere, i hver enkelt sak, om et eventuelt avslag på søknad om familieinnvandring grunnet tilknytningskravet

¹ Se f.eks. *Jeunesse v. Nederland* (12738/10) avsnitt 106-107.

² *Ibid* punkt 107 og 108

vil være i strid med retten til familieliv eller andre folkerettslige forpliktelser. Det må derfor ved den konkrete vurderingen av tilknytningskravet også sees hen til blant annet praksis fra EMD i sammenliknbare saker.

For å styrke menneskerettighetene mener vi at det bør fremgå av departementets ikrafttredelsesrundskriv at EMK artikkel 8 og andre relevante folkerettslige forpliktelser må vurderes konkret i hver enkelt sak.

3. Særlig om barn

3.1. Barnets beste

Under punkt 6.3 «Tilknytningskravet», er det et underpunkt som særskilt gjelder barn. Her refereres barnekonvensjonen artikkel 3, og det fremgår at bestemmelsen «*innebærer at hensynet til barnet skal veie tungt, men ikke nødvendigvis at det skal være avgjørende.*» Det fremgår videre at barnets beste skal være et sentralt hensyn i vurderingen av konkrete søknader om familieinnvandring.

Nasjonal institusjon er enig i at barnets beste vil være sentralt i vurderingen av slike saker. Dette følger både av Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3. EMD har videre i flere avgjørelser som gjelder retten til familieliv fremhevet hensynet til barnets beste. I *Jeunesse v. Nederland* uttalte domstolen:³

«Where children are involved, their best interests must be taken into account [...]. On this particular point, the Court reiterates that there is a broad consensus, including in international law, in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests are of paramount importance [...]. Whilst alone they cannot be decisive, such interests certainly must be afforded significant weight.»

Vi mener imidlertid at departementets fremstilling av hva som ligger i dette prinsippet er noe forenklet fremstilt.

Høyesterett har i flere avgjørelser de senere årene tatt stilling til hva som ligger i at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Her har det vært en utvikling. I *Ashok-saken* fra 2009 synes flertallet i Høyesterett å legge til grunn at hensynet til barnets beste skal være et sentralt moment i vurderingen når det gjelder saker som berører barn.⁴ Flertallet sluttet seg til UNEs forståelse av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, som var at bestemmelsen pålegger nemnda å vektlegge hensynet til barnets beste. UNE la videre til grunn at det forhold at barnets interesse skal være et grunnleggende hensyn, ikke utelukker at innvandringspolitiske og andre hensyn kan være relevante og også avgjørende i en sak.

I *Maria-saken*, som ble avsagt i 2015, utdyper Høyesterett nærmere hva som ligger i at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn.⁵ Saken gjaldt spørsmål om gyldigheten av et utvisningsvedtak overfor en mor som var aleneforsørger for en liten jente som var norsk statsborger. Høyesterett fastslo

³ *Jeunesse v. Nederland* (12738/10) avsnitt 109.

⁴ Rt. 2009 s. 1261

⁵ Rt. 2015 s. 93.

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;⁶

«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 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)

Maria-dommen oppstiller derfor en «oppskrift» på hvordan barnets beste vurderingen skal foretas. Dette rokker imidlertid ikke ved Høyesteretts uttalelser om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker som omhandler barn, men at det ikke er det eneste hensynet og heller ikke alltid det avgjørende hensynet, jf. Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 135 og Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 84 flg.

Den vurderingsnormen Høyesterett har gitt uttrykk for i Maria-saken, vil slik vi ser det også være retningsgivende for vurderingen av om søknader om familieinnvandring skal innvilges eller ikke.

Kravet til å vurdere hensynet til barnet beste følger som nevnt av Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3. Det kan også utledes av utlendingsloven § 3, som gir anvisning på at utlendingsloven skal anvendes i tråd med våre internasjonale forpliktelser. For å tydeliggjøre denne forpliktelsen, som er helt sentral når det gjelder barn, og for å sikre flyktningbarns rettigheter, mener Nasjonal institusjon likevel at det bør fremgå av utlendingsforskriften § 9-9 annet ledd at i saker som berører barn skal hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn.

Dette har også sammenheng med departementets vurdering av den skjønnsmessige adgangen til unntak fra tilknytningskravet, som vi kommer nærmere inn på i det følgende.

3.2. De særskilte normer som gjør seg gjeldende for barn

Det fremgår av punkt 6.4 – «Unntak fra tilknytningskravet og skjønnsvurderingen» – at familier ikke skal kunne henvises til at familielivet må utøves i en flyktningleir. Dette er positivt. Det oppstilles ingen andre spesifikke unntak. Bestemmelsen er imidlertid formulert som en «kan-bestemmelse», hvor det vil være opp til forvaltningens frie skjønn å vurdere om adgangen til å nekte familieinnvandring med bakgrunn i tilknytningskravet skal benyttes eller ikke. Departementet fremhever at i saker hvor vilkårene for å avslå familieinnvandring etter tilknytningskravet er tilstede, skal det kun gis tillatelse

⁶ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65

«der man ser at anvendelse av bestemmelsen vil få meget urimelige konsekvenser og vil kunne stride mot våre internasjonale forpliktelser». Som nevnt over legger Nasjonal institusjon til grunn at det må foretas en konkret vurdering av hver søknad opp mot EMK artikkel 8 og øvrige folkerettslige forpliktelser.

Departementet viser samtidig til at innvilgelse etter denne skjønnsmessige vurderingen vil være særlig relevant i saker som omfatter barn. Nasjonal institusjon er enig i dette, og mener at dette bør tydeliggjøres i forskriftsteksten.

Vi viser her til at EMD i *Tuquabo-Tekle og andre v. Nederland*, i relasjon til vurderingen av om det er foretatt en rimelig avveining («struck a fair balance») mellom individets interesser og hensynet til å kontrollere innvandring, uttaler følgende når det gjelder barn:⁷

«In its assessment, the Court will have regard to the age of the children concerned, their situation in their country of origin and the extent to which they are dependent on their parents.»

Domstolen fremhever også at det forhold at foreldre har etterlatt barna for å bosette seg utenlands, ikke kan tas til inntekt for at foreldrene har tatt en endelig beslutning om at barna skal bli igjen for alltid og forlatt ideen om en fremtidig familiegjensforening.⁸

Departementet er flere steder i høringsnotatet inne på sentrale momenter når det gjelder barn. Blant annet at det må legges mer vekt på barns tilknytning gjennom oppholdstid som asylsøker og senere med oppholdstillatelse i Norge, enn for voksne.⁹ Det fremgår også at noen av de samme hensynene som er nærmere presisert i utlendingsforskriften § 8-5 vil være relevante i vurderingen av tilknytningskriteriet, og at det må foretas en vurdering av «*barnets behov for stabilitet m.v., holdt opp mot bl.a. barnets fremtidige omsorgssituasjon i landet det er aktuelt å henvise til*».¹⁰

Nasjonal institusjon mener at alle disse momentene vil være sentrale ved vurderingen av om myndighetene har foretatt en rimelig avveining («fair balance») av individets interesser og hensynet til samfunnet som helhet.

UDI uttaler i sin høringsuttalelse at det bør gjøres et direkte unntak for barn ettersom dette gir mer klarhet og forutsigbarhet for søker, samt at det vil være mindre ressurskrevende å praktisere. Departementet signaliserte også i Prop. 90 L (2015-2016) s. 98 at det burde gjøres et spesifikt unntak for barn i tilfeller der søker er et barn under 15 år uten omsorgspersoner i hjemlandet.

Norske myndigheter har etter Grunnloven § 92, EMK artikkel 1 og barnekonvensjonen artikkel 2 en plikt til å sikre menneskerettighetene til alle som befinner seg innenfor norsk jurisdiksjon. Nasjonal institusjon mener at hensynet til barnets beste åpenbart ivaretas og sikres best ved å oppstille et direkte unntak for barn, slik UDI foreslår i sin høringsuttalelse. Dersom det ikke oppstilles et slik direkte unntak for barn, bør de særskilte momentene som gjør seg gjeldende i den skjønnsmessige vurderingen når det gjelder barn fremgå eksplisitt av forskriften § 9-9. På denne måten synliggjøres at

⁷ Tuquabo-Tekle og andre v. Nederland (60665/00) avsnitt 44

⁸ Ibid avsnitt 45

⁹ Høringsnotatet punkt 6.3.

¹⁰ Høringsnotatet punkt 6.4.

den skjønsmessige avveiningen vil være annerledes når det gjelder barn. Dette vil også være bedre i samsvar med hensynet til forutberegnelighet og klarhet.

4. Diskrimineringsforbudet

I høringsnotatet punkt 5.5 redegjøres det kort for diskrimineringsforbudet. Det er videre en henvisning til den mer utfyllende redegjørelsen for konstitusjonelle og folkerettslige forpliktelser i Prop. 90 L (2015-2016) kapittel 7.

Nasjonal institusjon bemerker at like etter Prop. 90 L (2015-2016) ble fremmet, avsa EMD i storkammer en prinsipiell avgjørelse – *Biao v. Danmark*.¹¹ Saken dreide seg om det danske tilknytningskravet, og om dette rent faktisk medførte indirekte diskriminering grunnet etnisitet.

Det norske tilknytningskravet gjelder, i henhold til høringsnotatet, ikke for referansepersoner som har permanent oppholdstillatelse eller norsk statsborgerskap. Dette fremgår slik vi ser det ikke klart av verken lov- eller forskriftstekst. Ifølge Prop. 90 L (2015-2016) side 98, skal tilknytningskravet heller ikke gjelde for arbeidsinnvandrere. Det gjelder med andre ord ulike krav for referansepersoner med ulik oppholdsstatus. Slik forskjellsbehandling kan være i strid med diskrimineringsforbudet om det ikke er saklig begrunnet og rimelig.

Dommen *Biao v. Danmark* er en nyvinning som operasjonaliserer diskrimineringsvernet på utlendingsfeltet. Selv om den i utgangspunktet bygger på etablert praksis fra EMD om at det er opp til statenes myndigheter å regulere innvandring og bestemme hvem som skal gis tillatelse til opphold i riket, stadfester den at dette må skje på en ikke-diskriminerende måte. Diskriminerende forsett er ikke nødvendig så lenge tiltaket har en diskriminerende effekt, og når slik effekt foreligger, tilkjennes statene en snevrere skjønnsmargin. Dommen viser for øvrig betydningen av at lovgivningstiltak må bygge på fyldestgjørende og gode grunner.

Nasjonal institusjon legger til grunn at departementet vurderer det norske tilknytningskravet, som ikke har trådt i kraft, opp mot diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14 jf. artikkel 8 i lys av Biao-dommen.

Vennlig hilsen

for Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter

Petter F. Wille

direktør

Anniken Barstad Waaler

seniorrådgiver

¹¹ Biao v. Danmark (38590/10).