

Familieinnvandring for likekjønnede par

Er reglene om familieinnvandring i utlendingsloven kapittel 6 egnet til å ivareta adgangen til familieinnvandring for likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt?



Kandidatnummer: 569

Leveringsfrist: 25. november 2022

Antall ord: 17923

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Bakgrunn	2
1.2.1	Aktualitet	2
1.2.2	Land hvor homofili er forbudt	4
1.3	Avgrensning	5
1.4	Metode og rettskildebilde.....	5
1.5	Fremstillingen videre	9
2	GJELDENDE RETT	9
2.1	Forholdet til internasjonalt regelverk	9
2.1.1	Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK).....	10
2.1.2	EUs familiegjenforeningsdirektiv.....	11
2.1.3	Verdenserklæringen om menneskerettighetene	11
2.2	Norsk rett.....	12
3	HENSYN.....	13
3.1	Utlendingsloven av 1988	14
3.2	NOU 2004:20.....	16
3.3	Utlendingsloven av 2008	18
3.4	Oppsummering.....	20
4	FAMILIEINNVANDRING FOR LIKEKJØNNEDE PAR FRA LAND HVOR HOMOFILI ER FORBUDT	23
4.1	Lovens alternativer for familieinnvandring for likekjønnede par	23
4.1.1	§ 40 Oppholdstillatelse for ektefeller og registrerte partnere	23
4.1.2	§ 41 Oppholdstillatelse for samboere	25
4.1.3	§ 48 Oppholdstillatelse for å inngå ekteskap.....	25
4.1.4	Familieinnvandring i andre tilfeller	26
4.2	Vilkår	26
4.2.1	Kravet til personkrets.....	26
4.3	24-årskravet.....	28
4.4	Fireårskravet.....	29
4.5	Underholdskravet	29
4.6	Krav til bolig	31
4.7	Oppsummering av vilkår.....	32

5	VURDERING AV OM REGELVERKET FOR FAMILIEINNVANDRING ER EGNET TIL Å IVARETA RETTIGHETENE TIL LIKEKJØNNEDE PAR FRA LAND HVOR HOMOFILI ER FORBUDT	32
5.1	Ekteskap og samboerskap	32
5.2	Forlovelsesvisum	36
5.3	§§ 40 og 41 vs. § 48	38
5.3.1	Rett vs. kan	38
5.3.2	Returforutsetninger	38
5.3.3	Underhold	38
5.3.4	Bolig	40
5.3.5	Fireårskravet	41
5.3.6	24-års kravet	43
5.3.7	Oppsummering	43
5.4	Familieinnvandring i andre tilfeller	44
6	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	45

1 INNLEDNING

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for avhandlingen er familieinnvandring, nærmere bestemt familieinnvandring for likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt.

Familieinnvandring er regulert i utlendingslovens (utl.) kapittel 6, §§ 40-53. Særlige bestemmelser av betydning for par er utl. §§ 40, 41, 48 og 49.

Familieinnvandring har utgjort den største tilkomsten av innvandrere til Norge i flere år. En utlending som har en viss tilknytning til en borger som bor eller planlegger å bo i Norge kan under visse forutsetninger innvilges oppholdstillatelse med bakgrunn i denne relasjonen.

Familiemedlemmet utlendingen søker å gjenforenes med eller etablere familie liv med kalles referanseperson i utlendingsloven, jf. utl § 39.

Reglene om familieinnvandring og hvordan disse er utarbeidet berører en av de mest intime sidene ved et familieliv, nemlig adgangen til å leve sammen og er derfor av stor betydning for den enkelte. Hvordan reglene utformes og praktiseres er derfor svært viktig.¹

Samtidig er det viktig for den norske stat å føre en viss kontroll og oversikt over hvem som har rett til å innvandre til Norge. Det foreligger en rekke årsaker som kan og vil gi utlendinger adgang til riket, herunder blant annet arbeid, asyl, beskyttelse og familieinnvandring.

Hovedproblemstillingen i denne avhandlingen er om regelverket for familieinnvandring er utformet på en slik måte at det er egnet for å ivareta adgangen til familieinnvandring for likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt.

Utlendingsdirektoratet (UDI) deler seksuelle minoriteter inn i fire hovedgrupper: lesbiske, homofile, bifile og transpersoner. I Norge skal alle disse gruppene ha de samme rettighetene som heterofile, og de skal kunne leve åpent. Internasjonale og nasjonale lover og regler forbyr diskriminering, trakassering, trusler eller vold mot mennesker som tilhører en seksuell minoritet.

Norske menn og kvinner har siden 1993 kunnet inngå partnerskap med en likekjønnet. I 2009 ble ekteskap mellom likekjønnede sidestilt med ekteskap mellom ulike kjønn, jf.

¹ Øyen (2018) s.114.

ekteskapsloven (el.) § 1. På utlendingsrettens område innebærer dette i forlengelsen at likekjønnede ektefeller og samboere kan søke om familieinnvandring på lik linje som likekjønnede par.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda kom i 2015 til at loven, slik den i dag er utformet, ikke er diskriminerende mot likekjønnede par.² Dette betyr imidlertid ikke at loven er egnet til å ivareta likekjønnede pars rettigheter, og betyr heller ikke at staten har opprettholdt sin plikt til å ivareta og likestille i henhold til nasjonalt og internasjonalt lovverk.

Det er flere sentrale spørsmål av interesse, herunder blant annet om likekjønnede har lik mulighet og adgang til familieinnvandring som par av motsatt kjønn, og om loven egner seg til å ivareta likekjønnedes rettigheter på en tilfredsstillende måte.

Årsaken til at det er relevant hvorvidt homofili er forbudt i hjemlandet til den eller de som søker tillatelse, omhandler i hvilken grad paret har anledning til å innfri formelle vilkår som oppstilles i utlendingslovens kapittel 6, herunder for eksempel vilkårene i lovens §§ 40 og 41. Videre har det ofte en sammenheng med referansepersonens oppholdstillatelse i Norge, samt hvorvidt det er anledning til å dispensere fra visse andre vilkår.

Det overordnede temaet reiser flere spørsmål: 1. Hvilke vilkår må innfris for å få oppholdstillatelse etter regelverket om familieinnvandring? 2. Vil det være mulig for likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt å innfri disse vilkårene? 3. Finnes det unntak fra bestemmelsene som kan gjøres gjeldene i tilfeller hvor likekjønnede par ikke innfrir vilkårene? 4. Er regelverket egnet til å ivareta denne gruppens rettigheter og hvis ikke: 5. Er utl. § 48 tilstrekkelig som en slags sikkerhetsventil i de tilfeller vilkårene ikke kan oppfylles? Til disse tilkommer også en rekke underordnede spørsmål.

Både overordnede og underordnede spørsmål vil bli forsøkt besvart gjennom avhandlingen.

1.2 Bakgrunn

1.2.1 Aktualitet

Den første søknaden om familieinnvandring fra et likekjønnet par ble mottatt av norske utlendingsmyndigheter i 2013.³ UDI gjorde en manuell optelling i 2019 hvor de fant 8 aktuelle søknader. Trolig vil dette fortsette å øke med årene som kommer. Bedrede forhold for homofile

² LDN-2015-50-2.

³ LDO-14/435.

i vestlige land vil kunne medføre at flere homofile vil ønske å fremme søknad. Trolig henger dette sammen med at stadig flere homofile ønsker å leve i åpenhet.

Etter at regjeringen fastslo at de ville prioritere lesbiske, homofile, bifile og transpersoner i uttak av overføringsflyktninger⁴, er det sannsynlig at antallet vil øke. De fleste flyktninger innvilges en tillatelse som danner grunnlag for familieinnvandring, og disse vil da potensielt kunne gjenforenes med sin utenlandske familie, i Norge.

VG skrev i juni 2019 at Venstre og Høyre ville undersøke hvorvidt gjeldende lovverk var diskriminerende mot skeive flyktninger i familiegjenforeningssaker.⁵ Tema var videre tatt opp under Stortingets spørretime 10. februar 2021.⁶ Nicholas Wilkinson fra SV uttalte at kravet til dokumentasjon av forholdet er svært utfordrende for likekjønnede par. Det ble særlig vist til historien om «Sara» og «Mina» som fikk avslag på sin søknad om forlovelsesvisum. Wilkinson spurte daværende justisminister Monica Mæland om regjeringen ville komme til å prioritere familiegjenforening mellom likekjønnede.

Historien om «Sara» og «Mina» ble delt av Vårt land i april 2021.⁷ UDI kom i vurdering av returforutsetningene til at «Mina» ikke ville returnere til Syria dersom ekteskap ikke ble inngått innen fristen, eller søknad om videre opphold skulle bli avslått, Videre mente de at forholdet ikke var tilstrekkelig etablert.

Justisministeren responderte med at det sentrale etter hennes syn er at regelverket om familieinnvandring ikke er diskriminerende eller har en diskriminerende virkning overfor likekjønnede par. Hun viste videre til at det var vanskelig å gjøre konkrete uttalelser om praksis i en så snever sak, hvor det også er et svært lavt antall liknende saker. Videre at dersom partene ikke kan inngå ekteskap i hjemlandet eller nabolandet, vil UDI se hen til dette, og at det også vil være mulig å gjøre unntak fra underholds kravet og fireårskravet. Hun fortsetter med å si «det er dermed rom for å føre en ikke-diskriminerende praksis etter dagens regelverk». Det henvises til at UDI skal og kan gjøre konkrete vurderinger i hver enkelt sak.

Det er flere som har deltatt i denne debatten, herunder blant annet foreningen FRI, Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS) og Arbeiderpartiets homonettverk.⁸

⁴ Kunnskapsdepartementet (2020).

⁵ VG (2019).

⁶ Stortinget (2021).

⁷ Vårt land (2021).

⁸ NOAS (2019); NOAS (2020); FRI (2020); Homonettverket (2020).

Likevel er det fortsatt mange land som hverken anerkjenner eller tillater homofile samlivsformer, og i mange land er det straffbart og kan medføre svært alvorlig straff.

1.2.2 Land hvor homofili er forbudt

En rapport som ble publisert like før årsskifte 2020/2021 viser at det fortsatt er 67 land og én assosiert stat som har kriminalisert homofili.⁹ I tillegg er det to land som ikke eksplisitt har fastslått i regelverket at homofili eller homoseksuelle handlinger er forbudt, men som likevel har forekomster av arrestasjoner på bakgrunn av homofili eller homoseksuelle handlinger. Det er stor variasjon i strafferammen hvor strengeste straff er dødsstraff.

Irak og Egypt er de to landene som ikke eksplisitt forbyr homofili, men som de facto har kriminalisert det.

En strafferamme av 8 år fengsel eller mindre gjelder i 30 land fra listen. Dette gjelder Marokko, Oman, Singapore, Maldivene, Mauritius, Singapore, Syria, Senegal, Kamerun, Eswatini, Ghana, Papua Ny-Guinea, Samoa, Guinea, Algerie, Eritrea, Tsjad, Etiopia, Komorene, Libya, Libanon, Kuwait, Bhutan, Usbekistan, Turkmenistan, Syria, Oman, Togo, Tunisia, Zimbabwe, og den assosierte staten Cookøyene.

I andre land strekker strafferammen for homofili seg fra 10 år til livstid.¹⁰ Dette gjelder for 27 land på listen og på denne listen finner vi Jamaica, Malawi, Malaysia, Guyana Myanmar, Saint Kitts og Nevis, Antigua og Barbuda, Tanzania, Salomonøyene, Dominica, Myanmar, Barbados, Saint Vincent og Grenadinene, Bangladesh, Kiribati, Saint Lucia, Grenada, Zambia, Uganda, Brunei¹¹, Antigua, Gambia, Sudan, Sierra Leone, Sri Lanka, Sør-Sudan, Kenya, Tonga og Tuvalu.

For oss som bor i Norge kan det være vanskelig å forestille seg at homofili faktisk straffes med døden, men dette kan bli en virkelighet i hele elleve land. I seks av disse landene er det stor sikkerhet knyttet til realiteten av dette. Dette gjelder Iran, Saudi Arabia, Jemen, Mauritania, Nigeria (de 12 nordligste statene) og Brunei. I de resterende fem landene er det noe større usikkerhet knyttet til i hvilken grad dødsstraff praktiseres, men det foreligger likevel klare indikasjoner på at dette er en reell mulighet. Dette gjelder Somalia, Qatar, Pakistan, Afghanistan og De forente arabiske emirater.

⁹ Mendos (2020) s. 25.

¹⁰ Mendos (2020) s. 325-330.

¹¹ Brunei nevnes i Mendos (2020) både i kategorien dødsstraff og med strafferamme 10 år til livstid.

1.3 Avgrensning

Avhandlingen avgrenses til kun å ta for seg reglene om familieinnvandring for likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt. Valget falt på denne gruppen fordi de fremstår som mer sårbare i regelverket enn andre par, ettersom de vil ha vanskelig for å kunne innfri vilkårene for familieinnvandring.

Det avgrenses mot relasjoner, regler og vilkår som faller utenfor hovedproblemstillingens område. Det avgrenses videre mot de par som har eller venter barn, da dette vurderes lite aktuelt i tilknytning til hovedproblemstillingen.

Det forutsettes at kravene til klarlagt identitet i utl. § 8 er oppfylt og at søknaden er innlevert i tråd med riktig fremgangsmåte, jf. utlendingsforskriften (utlf.) § 10-2.

Unntak og særregler vil kun bli presentert og gjennomgått i de tilfeller de er relevante for hovedproblemstillingen, eller i vesentlig grad er relevante for å besvare viktige spørsmål som reises i avhandlingen.

Avhandlingen vil kun ta for seg de par som ikke kan forventes at kan utøve familielivet i et annet land. EMD uttalte i sak Gül mot Sveits 1996, og en rekke senere dommer, at tillatelse kan nektes i slike tilfeller.¹² Altså forutsettes det i det videre at tilknytningskravet ikke aktualiseres.

For å begrense avhandlingens omfang og størrelse vil det videre avgrenses mot tilfeller hvor herboende borger ikke er norsk borger, men borger av et annet EØS-land, og som bor i Norge.

1.4 Metode og rettskildebilde

Problemstillingene vil behandles, analyseres og besvares ved hjelp av alminnelig juridisk metode. Det tas utgangspunkt i de mest sentrale norske rettskildene; lovtekst, forarbeider og høyesterettspraksis.

Målet med avhandlingen er å undersøke om regelverket for familieinnvandring i utlendingsloven er utformet på en slik måte at den er egnet til å ivareta rettighetene til likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt.

I forhold til rettskildene er det naturlig å ta utgangspunkt i utlendingsloven og utlendingsforskriften (utlf.). Utlendingsforskriften av 2009 trådte i kraft samtidig med loven og

¹² Øyen (2018) s. 118.

representerte en overgang fra en fullmaktslov fra 1988 hvor regjeringen i stor grad styrte innvandringspolitikken gjennom tykke forskrifter, til lovfestede rettsregler som samsvarte mer med samfunnsutviklingen og internasjonal og nasjonal politikk, som stadig er i endring. Forskriften ble et supplerende verktøy som utfyller lovens bestemmelser.

I tillegg kommer flere andre viktige forarbeider, herunder blant annet Utlendingslovutvalgets utredning og utkast til ny lov i NOU 2004:20,¹³ og Arbeids- og inkluderingsdepartementets forslag og kommentarer til ny lov i Ot.prp.nr. 75 (2006-2007)¹⁴.

Naturligvis har domstolenes avgjørelser stor betydning for tolkning av loven. I senere tid har domstolene fått en høyere tilstrømming av utlendingssaker. Dette har sin naturlige forklaring i at det har vært en markant økning av saker generelt, og at flere klager saker inn for domstolene. I senere tid avsagt en rekke prinsipielle avgjørelser i Høyesterett som kan gi veiledning i tolkningen av loven. Likevel er det lite praksis som berører avhandlingens problemstilling. Dette kan skyldes manglende ressurser hos de berørte parter til å bringe saken inn for retten, men de kan også tenkes andre årsaker til dette.

I tillegg er forvaltningspraksis en viktig rettskilde. Særlig i utlendingsretten. Uttalelser fra UDI har naturlig nok rettskildemessig vekt hva gjelder praktisering av regelverket. Dette er direktoratets kjerneområde og gjelder særlig i de tilfeller hvor det ikke foreligger avgjørelser fra UNE eller rettsapparatet som står i motstrid til UDIs uttalelser, og der praksis er konsekvent. UDI har spesialkompetanse innenfor utlendingsloven og praktiseringen av de ulike bestemmelsene, herunder særlig hvilke momenter som er av betydning og utøvelsen av skjønn i ulike vurderinger, men deres kompetanse er begrenset i spørsmål om regelverkets egnethet som sådan.

Det aktuelle rettskildebilde for avhandlingens hovedtema er imidlertid særpreget ved at kildetilfanget er noe knapt. Det finnes en del uttalelser fra ulike departementer og nemnder, men lite som konkret berører hovedproblemstillingen.

Problemstillingen er hverken spesifikt eller grundig behandlet i forarbeidene, høyesterettspraksis eller juridisk teori, og det er følgelig få autoritative rettskilder å lene seg på.

Selv om det foreligger uttalelser fra ulike instanser, er det få som konkret angir hvordan utlendingsforvaltningen skal eller bør utøve sitt skjønn, hvilke momenter som bør eller skal få

¹³ NOU 2004: 20.

¹⁴ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007).

betydning i helhetsvurderingen eller som oppstiller et minstekrav til hvilke saker som skal innvilges.

Det er gjentakende at det henvises til at det må gjøres konkrete vurderinger i hver enkelt sak, og det henvises til utlendingsforvaltningens skjønn. Derfor vil det være nødvendig i en viss grad å se til rettskilder som ikke direkte berører problemstillingen, men som likevel kan ha en overføringsverdi fordi de bygger på like hensyn, tar sitt utgangspunkt i liknende vurderinger, eller har sin bakgrunn i en vurdering av likekjønnede pars adgang til familieinnvandring.

Det finnes enkelte relevante uttalelser fra Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO), Likestillings- og diskrimineringsnemda (LDN), Diskrimineringsnemda (DIN) og Utlendingsdirektoratet (UDI) som indirekte eller direkte berører temaet. Disse vil anvendes som supplerende kilde i avhandlingen, og det vil derfor være relevant å redegjøre kort for forholdet mellom de ulike organene. Det vil videre kort redegjøres for den rettskildemessige vektene av uttalelsene.

Etter 1. januar 2018 er det Diskrimineringsnemda som håndhever diskrimineringsforbudet i lovverket. Frem til dette tidspunkt kunne LDO uttale seg i saker som omhandlet brudd på blant annet diskrimineringsforbudet vedrørende seksuell orientering. Dette fremgikk blant annet av lov om likestillings- og diskrimineringsnemda §§ 3 tredje ledd og 1 annet ledd nr. 4.

Rollen til LDO var å få partene til å rette seg etter uttalelsen frivillig. Dersom enighet ikke kunne oppnås var det anledning til å anlegge saken for LDN, som kunne behandle saken og komme med sin uttalelse. LDN hadde ingen vedtaksmyndighet i saker som angår Stortingets virksomhet¹⁵. Nemda skulle foreta en grundig vurdering og komme med en uttalelse, og det var en forutsetning i utarbeidelsen av lovverket at håndhevingsapparatet hadde en slik autoritet at saken videre ble fulgt opp av det kompetente forvaltningsorganet¹⁶. Det må derfor forstås slik at Stortinget ikke hadde noen plikt til å følge uttalelser fra LDN, men at den likevel skulle veie tungt og oppfordre kompetent forvaltningsorgan til å omgjøre lovverket i tråd med uttalelsen. LDN ble lagt ned 1. januar 2018, og erstattet med DIN. LDO beholdt sin kompetanse til å gi rådgivning i enkeltsaker, men mistet sitt mandat som klageorgan. DIN overtok denne rollen, men fikk en noe mer begrenset kompetanse i det de ikke kan uttale seg om forhold som omhandler Stortingets virksomhet¹⁷. Videre kan de ikke fatte rettslig bindende vedtak om at andre forvaltningsorganers vedtak er i strid med lovverket¹⁸. Det blir således klart at DIN og

¹⁵ Diskrimineringsombudsloven (2006) § 7 første led første punktum.

¹⁶ Ot.prp.nr.34 (2004-2005) s. 60.

¹⁷ Diskrimineringsombudsloven (2018) § 1 femte ledd.

¹⁸ Diskrimineringsombudsloven (2018) § 14 første ledd første punktum.

LDO har fått en redusert betydning i dagens regelverk hva angår spørsmål om hvorvidt lovverket er diskriminerende.

Selv om avhandlingen som utgangspunkt ikke tar for seg en vurdering av om regelverket i utlendingslovens kapittel 6 er diskriminerende, er uttalelser og vurderinger fra disse ovenfornevnte organer likevel relevante. Dette fordi de er blant få kilder som tar for seg en vurdering av hvordan regelverket får anvendelse for en gitt gruppe. En vurdering av om lovverket er egnet til å ivareta en spesifikk gruppes rettigheter har flere likhetstrekk med en vurdering av om lovverket er diskriminerende mot denne spesifikke gruppen.

Sivilombudet har de siste årene uttalt seg flere ganger i saker som omhandler familieinnvandring. Ombudets mandat følger av Sivilombudsloven § 1 som sier at Sivilombudet skal føre kontroll med den offentlige forvaltningen og alle i dens tjeneste for å hindre urett mot den enkelte, og for å bidra til at forvaltningen respekterer og sikrer menneskerettighetene. Alle som mener seg utsatt for urett av forvaltningen, kan anlegge klage for Sivilombudet, jf. lovens § 7. Ombudet kan også av eget tiltak ta opp, undersøke og uttale sin mening om konkrete eller generelle forhold i forvaltningen, jf. lovens § 15.

Selv om Sivilombudet ikke kan omgjøre et forvaltningsvedtak og Ombudets vurdering formelt sett ikke er rettslig bindende for forvaltningen, jf. blant annet konstitusjonelle betraktninger om at Ombudet ikke er en del av forvaltningen,¹⁹ understrekes det likevel i forarbeidene at det generelt forventes at forvaltningen retter seg etter ombudets syn.²⁰

Internasjonale menneskerettigheter er bindende for Norge. Dette fremgår blant annet av Grunnloven (Grl.) § 92. Norge skal til enhver tid respektere og sikre menneskerettighetene. Dette innebærer ikke bare en plikt til å *respektere* menneskerettighetene, men også å *sikre* menneskerettighetene. Det følger således en viss positiv forpliktelse.

I Menneskerettsloven § 1 står det at lovens formål er å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Videre står det at bestemmelsene i de for Norge bindende traktater og konvensjoner skal gis forrang ved motstrid med norsk lov. Hovedformålet med disse reglene er å harmonisere de folkerettslige forpliktelser som Norge er bundet av.

Norge har imidlertid inkorporert menneskerettighetene i norsk rett og de er inntatt i Grunnloven. Således er menneskerettighetene i stor grad forankret i nasjonal rett og behovet for anvendelsen av folkerettslig metode er derfor noe begrenset.

¹⁹ Dokument 21 (2020-2021) s. 96.

²⁰ Innst. 409 L (2020-2021) s. 39.

Det foreligger noe praksis i Den europeiske menneskerettsdomstolen av betydning både for tolkningen av menneskerettighetene og som kan gi veiledning i vurdering av ulike momenter og hvordan disse skal vektlegges. Disse vil anvendes supplerende og veiledende blant annet der norsk rett og praksis ikke gir svar, eller norsk rett ser ut til å være i strid med internasjonal tolkning eller praksis.

1.5 Fremstillingen videre

I kapittel 2 vil det oppstilles en oversikt over gjeldende rett og forholdet mellom nasjonale og internasjonale lover og regler.

Det vil gis en presentasjon av de formål som ligger til grunn for loven i kapittel 3. Videre vil de hensyn som ligger til grunn for regelverket og praktiseringen av dette presenteres og gjennomgås.

I kapittel 4 vil det gjøres en systematisk gjennomgang og redegjørelse for de relevante bestemmelsene for likekjønnede par og hvilke vilkår som vil kunne gjøres gjeldende.

I kapittel 5 vil det vurderes om reglene i utlendingsloven kapittel 6, nærmere bestemt §§ 40, 41, 48 og 49, er egnet til å ivareta adgangen til familieinnvandring for likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt.

Avslutningsvis vil det i kapittel 6 bli gitt noen avsluttende bemerkninger og oppsummering av de konklusjoner som er gjort underveis i avhandlingen.

2 GJELDENE RETT

I det følgende vil det gjøres en kort presentasjon av gjeldende rett. Det anses hensiktsmessig for avhandlingens senere drøftelser å gjøre en kort presentasjon av regelverkets oppbygging og forholdet til internasjonalt regelverk.

2.1 Forholdet til internasjonalt regelverk

Flere steder gjelder det ulike regler for asylsøkere og øvrige utlendinger. Som utlending kan du i motsetning til asylsøkere, ikke påberope deg internasjonale konsekvensjoner som gir absolutt rett til familiegjenforening i Norge.

Som nevnt innledningsvis i avhandlingen er Norge bundet av flere folkerettslige forpliktelser som har betydning for retten til familieinnvandring, og norske myndigheter står derfor ikke fritt

til å fastsette regler eller avgjøre enkeltsaker som knytter seg til familieinnvandring, uavhengig av det internasjonale regelverket.

For denne avhandlingen er det særlig Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) og EUs familiegjenforeningsdirektiv som gjør seg gjeldende. Verdenserklæringen om menneskerettighetene kan også kort nevnes.

2.1.1 Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK)

Enhver har «rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse». Dette følger av EMK art. 8 nr. 1. Denne retten kan begrenses dersom det er nødvendig for å beskytte viktige samfunnshensyn. En nektelse må likevel ha grunnlag i lov og må være «nødvendig i et demokratisk samfunn». Enhver nektelse utgjør således ikke en krenkelse av EMK art. 8, såfremt nektelsen har en legitim begrunnelse.

Dersom referansepersonen, den personen som søkeren ønsker å bli gjenforent med eller å etablere familieliv med, jf. utl. § 39, er innvilget flyktningstatus i Norge vil det vanskelig kunne kreves at familien skal leve sammen i det landet han eller hun flyktet fra, forutsatt at beskyttelsesbehovet stadig er til stede. Nektelse i slike saker vil i utgangspunktet utgjøre en krenkelse av EMK art. 8. Det skilles likevel i noen grad mellom familieetablering og familiegjenforening, der sistnevnte nyter et sterkere vern enn førstnevnte. Dette blir nærmere gjennomgått nedenfor.

EMD slo fast i *Abdulaziz*²¹ at EMK art. 8 også er anvendelig i familieetableringstilfeller hvor ekteskapet er lovlig og reelt, og at retten til å inngå ekteskap også må innebære retten til å bo sammen.

Menneskerettskonvensjonen er av betydning fordi den i visse tilfeller oppstiller en positiv forpliktelse til medlemsstaten til å gi oppholdstillatelse og sikre utøvelsen av familieliv på medlemsstatens territorium. Dette ble bekreftet i EMDs storkammerdom *Jeunesse mot Nederland* i 2014²² hvor det oppstilles en rekke momenter som har betydning for hvorvidt medlemsstaten har en positiv forpliktelse til å innvilge oppholdstillatelse. For eksempel nevnes at det skal ha betydning hvorvidt det er mulig for paret å utøve familieliv i et annet land, for eksempel det landet hvor søker kommer fra. Sett i sammenheng med et annet moment som nevnes i dommen, parets tilknytning til medlemsstaten, blir det klart at det i forpliktelsen foreligger en viss begrensning mot å henvise paret til et tredje land. Altså vil det måtte bli slik

²¹ *Abdulaziz mot Storbritannia*, sak 9214/80 (1985).

²² *Jeunesse vs. Nederland*, nr. 12738/10 3. okt 2014

at dersom homofili er forbudt i landet hvor søker kommer fra, og referansen må anses å ha en viss tilknytning til Norge, så kan ikke Norge henviser paret til et tredjeland. I slike tilfeller kan det således foreligge en positiv forpliktelse til å innvilge familieinnvandringstillatelse.

Dette er særlig relevant fordi Norge er forpliktet til å ivareta menneskerettighetene. Og hvor menneskerettighetene oppstiller en positiv forpliktelse vil Norge naturligvis måtte ivareta denne, således må Norge sørge for at sitt lovverk er utformet på en slik måte at det egner seg til å ivareta forpliktelsen. Dersom søker og referanseperson faller inn under beskrivelsen ovenfor, og oppfyller disse momentene, må Norge ha et regelverk som ivaretar likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt, dersom minst en av partene har en viss tilknytning til Norge. Dersom de ikke har det, vil de således være i strid med de folkerettslige forpliktelsene. Dersom et norsk forvaltningsvedtak er i strid med menneskerettighetene vil Norge måtte omgjøre sitt vedtak.

2.1.2 EUs familiegjenforeningsdirektiv

Selv om direktivet ikke er bindende for Norge har det likevel betydning for rettsutviklingen på området. Særlig sett hen til ønske om et harmonisert regelverk sammenlignet med andre europeiske land.²³ Direktivet kan kun gjøres gjeldende i de tilfeller hvor både søker og referanseperson er tredjelandsborgere. Andre minimumsstandarder er at referansen må ha en gyldig oppholdstillatelse av minst ett år og en berettiget forventning om å få en permanent oppholdstillatelse. Dersom referansen har opphold på bakgrunn av asylsøknad er det videre et vilkår at personen er anerkjent som flyktning, humanitære årsaker eller subsidiær beskyttelse er ikke omfattet av direktivet.

Direktivet oppstiller hovedregelen om at ektefeller har rett til familiegjenforening, men at statene kan fastsette vilkår om underhold, helseforsikring og bolig. Det kan også stilles krav til at opphold i riket må ha vært av en viss varighet. Det gjøres unntak under visse forutsetninger for flyktninger på samtlige av disse punktene.

Selv om direktivet ikke er bindende er tilfellene avhandlingen behandler ofte omfattet av direktivet, og vil derfor kunne være veiledende som sekundærkilde for rettsutviklingen på området og praksis i nabolandene.

2.1.3 Verdenserklæringen om menneskerettighetene

²³ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 183.

Verdenserklæringen var ikke rettslig bindende da den ble vedtatt i desember 1948. I dag er det likevel slik at samtlige stater er enige om at ingen kan gjøre alvorlige, gjentatte eller omfattende krenkelser av erklæringens rettigheter, uten å krenke folkeretten.

Av Verdenserklæringen om menneskerettighetene art. 16 fremgår det at voksne menn og kvinner har rett til å gifte seg og stifte familie uten noen begrensning som skyldes rase, nasjonalitet eller religion. I Norge er det klare utgangspunkt at ektefellene er fylt 18 år ved ekteskapsinngåelsen.

Det kan være holdepunkter for å anta at denne retten kan utvides til også å verne andre grupper som senere har fått et utvidet vern gjennom EMK, herunder blant annet seksuell legning. Selv om art. 8 ikke innebærer en generell plikt for medlemslandene til å anerkjenne eller fasilitere for likekjønnede ekteskap, sier den likevel at staten plikter å tilrettelegge for lovlig registrering av partnerskap eller ekteskap, slik at hvor ingen av disse er reelle eller tilgjengelige vil det normalt utgjøre en krenkelse av art. 8. Således er det holdepunkter for å anta at retten til å gifte seg og stifte familie, enten ved lovlig ekteskap eller registrert partnerskap, ikke kan begrenses av seksuell legning uten å medføre brudd på menneskerettighetene. Dette er ikke sikker rett, men det totale rettskildetilde kan trekke i den retning.

2.2 Norsk rett

Familieinnvandring er plassert i utlendingslovens kapittel 6, herunder §§ 39-53. Hvem som kan få oppholdstillatelse gjennom familieinnvandring fastslås i dette kapitlet.

Loven gjør et skille mellom *rett* og *kan* tillatelser. Bestemmelser som gir *rett* til oppholdstillatelse forutsatt at vilkårene er oppfylt, og bestemmelser for oppholdstillatelser som *kan* innvilges. Den siste åpner for at norske utlendingsmyndigheter *kan* avslå en søknad selv om alle vilkår er oppfylt. *Rett*-bestemmelsene følger av lovens §§ 40-45, mens *kan*-bestemmelsene følger av lovens §§ 46-49 (kan-regler).²⁴

Det skilles mellom familiegjenforening og familieetablering i utlendingsretten. Reglene om familieinnvandring omfatter begge tilfeller. Litt forenklet kan det beskrives slik at gjenforening av personer med en familierelasjon som eksisterte før den ene bosatte seg i Norge klassifiseres som familiegjenforening²⁵, mens etablering av nye familieforhold med en person som er bosatt eller planlegger å bosette seg i Norge hvor familien ønsker å utøve et faktisk samliv her, klassifiseres som familieetablering. Førstnevnte gruppe nyter et sterkere vern enn sistnevnte.

²⁴ Øyen (2018) s. 116.

²⁵ Ot.prp.nr.75 (2006–2007) s. 184.

Selv om Utlendingslovutvalgets ønske om å gjøre skillet mellom disse tydeligere, ved å innføre ulike regelsett, ikke ble fulgt opp,²⁶ ser vi likevel at skillet har stor betydning for spørsmål vedrørende aldersgrense, underholdskravet og fire års kravet, m.fl. Det følger også en rekke utfordringer i tilknytning til etableringstilfellene hvor det er høyere risiko for tvangs- og proformaekteskap. Derfor stilles det i utgangspunktet flere og strengere vilkår for de som ønsker familieetablering.

Det er flere grunner til å gjøre et slikt skille. Familier som var etablert før referansepersonen bosatte seg i Norge nyter et sterkere vern. Dette er godt begrunnet i velferdsmessige hensyn. Videre er det sjeldnere i slike tilfeller at det er tale om proformaekteskap. Relasjonens varighet er også med på å styrke grunnlaget for gjenforening og staten må vise ydmykhet med å gripe inn i slike familieenheter.

Hvorfor det skal lettes på ulike vilkår i gjenforeningstilfeller og ikke i etableringstilfeller er komplisert, men ofte kan en finne veiledning i de hensyn som ligger til grunn for vilkåret. Et eksempel er alderskravet som er innført med den hensikt å motvirke tvangsekteskap og ekteskap med mindreårige. Lemping av underholdskravet og fireårs arbeid eller utdanning i saker hvor referansepersonen er flyktning, er blant annet begrunnet i at både søker og referansepersonen er i sårbare situasjoner hvor sterke velferdshensyn tilsier at de bør gjenforenes. I slike tilfeller vil det ikke være mulig for paret å gjenforenes i opprinnelseslandet, og det er lite sannsynlig at de har sterk tilknytning til et annet land hvor familielivet kan gjenopptas.

Det er videre flere bestemmelser i lovens kapittel 7 om allmenne regler om oppholdstillatelser, som gjelder for familieinnvandringsaker, særlig § 56 om intervju av referansepersonen i visse tilfeller.

Som det fremgår er det ulike hensyn og formål, bak ulike vilkår og regelsett, og det er derfor nødvendig å vurdere disse i hver enkelt sak.

3 Hensyn

Det kan være forvirrende for mange at jurister og andre i jussens verden bruker begrepene formål og hensyn om hverandre. I denne avhandlingen legges det til grunn at et formål gjerne fremhever hensikten, og at disse derfor går hånd i hånd. Det er derfor naturlig å gå til lovens formålsbestemmelser når lovens hensyn skal vurderes eller drøftes.

²⁶ Øyen (2018) s. 115.

I proposisjon til arbeidsmiljøloven ble det uttalt om formålsbestemmelsens funksjon og rettslige status at formålsbestemmelsen i en lov har en viktig funksjon i flere sammenhenger.²⁷ Først og fremst skal den gi veiledning ved å angi retning, gi inspirasjon og uttrykk for lovens visjon og verdisyn. Men utover dette skal den gi informasjon om hensikten bak regelverket og viktige forutsetninger som ligger til grunn for reglene, og at den får en mer eller mindre direkte rettslig betydning på tross av at formålsbestemmelsen i seg selv ikke innebærer en bindende materiell rettslig regulering. Uttalelsen som her treffer spikeren på hodet er at tolkningen av lovens materielle bestemmelser skal skje i lys av formålet og formålsangivelsen kan derfor, etter omstendighetene, være avgjørende for tolkningsspørsmålet. Nettopp dette siste viser hvor viktig det er at formålsbestemmelsen gir et korrekt uttrykk for lovens intensjon, hva den søker å oppnå og hvilke hensyn som skal avveies.

Selv om dette er uttalt i en annen sammenheng, har det overføringsverdi. På utlendingsfeltet er uttalelsen ovenfor sammenfallende med uttalelsen i forarbeidene til Utlendingsloven av 1988 hvor utvalget presiserte at ut fra alminnelige tolkningsprinsipper og forvaltningsrettslige grunnsetninger har lovens formål betydning både for tolkningen av loven og for gyldigheten og innholdet av de enkelte vedtak i medhold av den.²⁸

Det virker således selvfølgelig at utlendingslovens formål, og hvilken hensikt og hensyn som ligger til grunn for loven, nærmere må gjennomgås.

3.1 Utlendingsloven av 1988

Utlendingsloven av 1988 hadde til formål å gi grunnlag for kontroll med inn- og utreise og med utlendingers opphold i riket i samsvar med norsk innvandringspolitikk. Loven skulle ivareta rettssikkerheten til utlendinger som reiste inn eller ut av riket, som oppholdt seg her eller som søkte en tillatelse etter loven. Videre skulle loven gi grunnlag for vern mot forfølgelse for flyktninger og andre utlendinger som var forfulgt.²⁹

I forarbeidene til utlendingsloven av 1988³⁰ foreslo utvalget å legge til en formålsbestemmelse. Tidligere lovverk inneholdt ingen slik bestemmelse og utvalget foreslo derfor en formålsparagraf som tok utgangspunkt i utvalgets mandat, nemlig å «danne det best mulige instrument til gjennomføring av den utlendingskontroll og den innvandringspolitikk som

²⁷ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) kap. 5.1.

²⁸ Or.prp. nr. 46 (1986-1987) s. 44.

²⁹ Utlendingsloven (1988) § 2.

³⁰ Ot.prp.nr.46 (1986-1987) s. 44.

myndighetene til enhver tid finner det hensiktsmessig å føre». Utvalget påpeker videre at loven også skal tjene andre formål og at dette også bør inntas i formålsparagrafen, slik at begge sider i saken for plass. De foreslo derfor å legge til: «Loven skal ikke bare være et instrument i myndighetenes interesse, men også tjene dem den gjelder, altså særlig utlendingene». Utvalget pekte på at det var viktig at myndighetene hadde retningslinjer å gå etter, og at loven bandt dem på en måte som gjorde det mulig for andre organer å føre tilsyn med at loven ble fulgt.

Utvalget ønsket å gå frem tre hovedfunksjoner ved lovgivningen. De ønsket å «lette besøk» med hensyn til at det skulle være friest mulig adgang til turistreiser til andre land. De understrekte at dette ikke var sammenfallende med å lette innvandring. Det andre var å «trygge bosetting» for dem med nødvendige tillatelser, og det tredje var å «fremme rettssikkerhet for den enkelte utlendingen». Sistnevnte var særlig med hensyn til avgjørelser truffet av utlendingsmyndighetene. De påpekte at avveiningen av regulerings- og kontrollhensynene mot utlendingens interesser ikke måtte gå på bekostning av rimelige hensyn til rettssikkerhet.

Flere av høringsinstansene var enige i at det var viktig å få inn en formålsbestemmelse. Det er likevel noen uttalelser som vil trekkes frem i denne sammenheng. Sosialdepartementet mente at det i enkelte områder ville være riktig, i større grad enn lovutkastet la opp til, å lempe noe på kontrollhensynet til fordel for å sikre utlendingenes trygget og rettssikkerhet. Trondheim kommune problematiserte det at lovens formelle og materielle innhold skulle kunne endres i takt med den utlendingskontroll og innvandringspolitikk som myndighetene til enhver tid finner det hensiktsmessig å føre. De understreket at dette skaper konstante usikkerhetsmomenter for de innvanderne som befinner seg i riket uten bosettingstillatelser. Trolig vil dette også være aktuelt for de utlendinger som har tillatelser, for eksempel ved fornyelse eller søknad om familieinnvandring.

Departementet sluttet seg til utvalgets forslag og innførte en formålsbestemmelse, med noen endringer i formuleringene. Departementet mente at det var motsetninger i utvalgets formuleringer og at dette kunne bidra til å skape tvil om loven ga adgang til å føre en innvandringspolitikk som inneholdt klare restriksjoner. De valgte derfor å trekke ut «lette besøk» og «trygge bosetting». De valgte videre å legge til et uttrykkelig vern mot de som er forfulgt. Samtidig presiserte de at formålsbestemmelsen ikke var uttømmende, men at hensikten var å angi lovens viktigste formål.

Juridisk metode og alminnelige tolkningsprinsipper, samt forvaltningsrettslige grunnsetninger tilsier at en lovs formål har betydning. Som jurist leter mange tilbake til formålsbestemmelsen ved vurderinger av ulike problemstillinger i loven, nettopp fordi den skal gi en viss veiledning til hva som er formålet med loven og hensikten med den. Altså hva den søker å oppnå og hvilke hensyn som skal vurderes. Formålsbestemmelsen er ikke lovens gullgryte ved enden av

regnbuen, men den kan ofte overrekke et kart som gir god veiledning mot riktig praksis eller lovgivers intensjon. I tillegg til denne kommer gjerne forskrift, rundskriv og andre uttalelser fra lovgiver eller overinstanser som kan gi veiledning for hvordan loven skal tolkes og praktiseres.

Jeg er noe uenig med departementet i uttalelsen om at «Selv om lovgiver angir hvilke formål som skal være sentrale, vil dette derfor ha begrenset praktisk betydning når de ulike hensyn som loven skal ivareta, skal avveies. En opprømsing av utvalgte hovedformål i loven, vil heller ikke kunne binde de politiske avveiningene i de sammenhenger hvor loven åpner for skjønn».

Nettopp med henvisning til juridisk metode, alminnelige tolkningsprinsipper og forvaltningsrettslige grunnsetninger vil lovens formål og hvordan denne er formulert, få betydning. Den vil kunne legge føringer for hvilke hensyn som skal og bør trekkes frem i en helhetlig vurdering av om tillatelse skal innvilges, og videre bidra til å gi dem loven retter seg mot klare forutsetninger for å forstå sin rettsstilling, nemlig utlendinger og deres familier.

Det kan argumenteres for at departementet, ved å stryke visse formuleringer, bidro til å gjøre formålet noe mer uklart, og samtidig skapte et større rom for innvandringspolitiske hensyn og forvaltningsskjønnet. Som departementet også sier innledningsvis i forarbeidet, skal loven ivareta mange ulike hensyn. Ulike hensyn kan i noen tilfeller havne i konflikt med hverandre. Slik sett kan det være grunnlag for å si at formålsbestemmelsen ikke var like egnet til å representere begge sider ved en sak som utvalget og høringsinstansene foreslo, men i større grad åpnet for forvaltningsskjønn og i mindre grad sikret utlendingers rettssikkerhet.

3.2 NOU 2004:20

Lovutvalget ble oppnevnt i desember 2001 med et oppdrag å utrede og utarbeide forslag til ny utlendingslov. Det ble henvist til formålene og hensyn i dagjeldende regelverk og at disse fortsatt hadde stor betydning selv om det forelå et behov for modernisering og utvikling som sto i samsvar med samfunnsutviklingen.³¹

Under utvalgets oppstilling over hovedpunkter i utredningen finnes kapittel 2.1.4: Særlig om familieinnvandring.³² Der åpner utvalget med å uttale at familieinnvandring, etter utvalgets oppfatning, i stor grad må tillates. Det uttales videre at dette gjelder både ut fra humanitære betraktningmåter og ut fra hensynet til familiens enhet, og at det med bakgrunn i særlig disse må anses rimelig at utlendingen får sin nærmeste familie – ektefelle og barn – til Norge. Det

³¹ NOU 2020:4 s.18.

³² NOU 2020:4 fra s. 23.

legges videre til at det må være en vid adgang også for norske borgere å inngå familiære forbindelse med utenlandske borgere og fortsatt kunne leve i Norge.

Utvalget trekker frem noen viktige hensyn som ligger til grunn for tolkningen av loven og vurderingen av enkeltsaker. Utgangspunktet er at familieinnvandring må tillates i stor grad. Hensynet retter seg særlig mot gjenforeningssaker, men også for etableringssaker. Akkurat dette skillet vil nærmere gjennomgås i avhandlingens kapittel 2.1. Det er humanitære betraktningmåter og familiens enhet som blir oppstilt som de to sentrale hensyn på søker og referansepersonens side.

Familiens enhet er vernet gjennom menneskerettighetene og er derfor et godt implementert hensyn som bør og skal veie tungt i en helhetsvurdering. Videre handler humanitære betraktningmåter om å bedre situasjonen til mennesker som allerede er i en sårbar situasjon, for eksempel en flyktning som har ektefelle og barn i hjemlandet, og som har behov for å gjenforenes med dem.

At dette er sentrale hensyn i familieinnvandringssaker er viktig å merke seg fordi det innebærer at utlendingsforvaltningen skal avveie disse mot øvrige hensyn i en enkelt sak. Mer enn alt sier slike uttalelser noe om hvordan forvaltningen skal utøve sin praksis og sitt forvaltningsskjønn.

Disse hensyn er viktig fordi staten bør unngå, i størst mulig grad, å gripe inn i den enkeltes frihet, familiens enhet og privatlivets fred. Konsekvensene av å fatte feilaktige eller urimelige vedtak er enorme for enkeltmennesker og familien, og det vil gripe inn i familieenheten. Det er derfor avgjørende at forvaltningen vurderer alle momenter i hver sak, slik at vedtakene har godt og riktig innhold.

Samtidig har forvaltningen behov for å kunne gripe inn der det er nødvendig enten med henvisning til enkeltmenneskers frihet og sikkerhet, for å begrense uønsket innvandring, tvangsekteskap og proformaekteskap. Listen er ikke uttømmende.

Utvalget uttalte til dette at de ønsker å se på tiltak som kan motvirke uønskede situasjoner, som nevnt ovenfor. Det ble vurdert karanteneordning for familieinnvandring til asylsøkere for å motvirke tilstrømming av ikke-reelle asylsøkere. Av hensynet til de familiene som faktisk er i en utsatt situasjon, hvor de for eksempel ikke kan gjenforenes med familien i opprinnelseslandet, gikk utvalget bort fra dette da de mente det kunne få utilsiktede konsekvenser for mennesker som faktisk er ment å omfattes av retten til familieinnvandring. For å motvirke tvangsekteskap la de derfor til et krav om intervju av referansepersonen, etter

den har returnert til Norge, dersom ekteskap eller samboerskap ble etablert i utlandet, og referansen først var bosatt i Norge.³³

Det ble også diskutert et underholds krav som senere fikk plass i loven, aldersgrense for å gi personer utsatt for tvangsekteskap tid til å bli mer modne, selvstendige og få større «avstand» til familien slik at de er bedre i stand til å motsette seg et tvangsekteskap. Der det ut fra en vurdering av risiko for at søker eller dennes barn ville bli mishandlet eller utnyttet av herboende ektefelle ville virke støtende å innvilge oppholdstillatelsen, ønsket de også å innføre et grunnlag for å nekte tillatelse. Det ble videre foreslått en formulering om at dersom det synes mest sannsynlig at oppholdstillatelse var motivet ved ekteskapsinngåelsen, kan tillatelse nektes.³⁴

Det vi kan se ut fra vurderingene som blir gjort er at utvalget ønsket å etablere et regelverk som ivaretok både referansepersonen og søker, og vernet dem fra uønskede situasjoner. Videre at staten og utlendingsforvaltningen måtte ha anledning til å gå inn i saker og gjøre helhetlige vurderinger, og nekte tillatelse når det var nødvendig.

Disse hensyn finner vi igjen i loven for eksempel hvor en bestemmelse i utgangspunktet gir rett til tillatelse, men en annen begrenser denne rettigheten dersom det er nødvendig. Utl. § 40 er illustrerende hvor første ledd sier at dersom vilkårene her er oppfylt, har søker rett til oppholdstillatelse, men hvis alderskrav ikke oppfylt, da har søker ikke rett til oppholdstillatelse. Eller da det fremstår som mest sannsynlig at ekteskapet er inngått for å etablere grunnlag for opphold i Norge, da har søker ikke rett til oppholdstillatelse. Her får vi presentert ulike hensyn i samme bestemmelse.

Innstillingen NOU 2020:4 ble sendt til høring og videre behandlet i tråd med systemet. Det vil derfor være naturlig å følge opp i hvilken grad hensynene ble videreført.

3.3 Utlendingsloven av 2008

Ved arbeidet med ny utlendingslov av 2008, ble formålsbestemmelsen trukket frem og drøftet. Denne gangen valgte utvalget å ikke ta med forslag til formålsparagraf i sitt lovutkast, og spørsmålet ble ikke drøftet av dem. Flertallet av høringsinstansene anbefalte derimot at det innarbeides en formålsbestemmelse, og UDI hadde meget omfattende bemerkninger.³⁵

³³ Utl. § 56 fjerde ledd.

³⁴ Utl. § 40 fjerde ledd.

³⁵ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 43.

UDI uttalte at en formålsbestemmelse var nødvendig og at dette ville bidra til at loven praktiseres i tråd med intensjonene. De mente videre at en formålsbestemmelse ville legge føringer for skjønnsutøvelsen og utformingen av forskrift. De henviste til utlendingsfeltets betydning og oppfordret lovgiver til å vedta lovens hovedprinsipper og gjøre disse allmenn kjent gjennom en formålsparagraf. UDI ønsket å utfordre og stille politikerne ansvarlige for sine valg og vurderinger, ved at de konkret måtte ta stilling til lovens formål. UDI viste videre til informasjonshensynet og viktigheten av å synliggjøre hva loven faktisk regulerer, samt å få frem at loven har flere og i noen tilfeller motstridende formål. Avslutningsvis uttaler UDI at formålsbestemmelsene må formuleres slik at de «signaliserer en grunnleggende forståelse for behovet for inn- og utvandring, og at det anses som normalt at folk beveger seg over landegrensene», og i minst mulig grad legger seg opp i hvilke motiver som kan ligge til grunn for innvandringen eller hvordan utlendingene innretter livene sine. De viste i denne sammenheng til St.meld.nr. 49 (2003-2004) Mangfold gjennom inkludering og deltakelse, som fikk tilslutning i Stortinget. Hovedbudskapene fra denne oppleves å være i samsvar med det UDI foreslår, og sier at dette vil kunne bidra til at forvalterne, ved rettsanvendelsen, søker å innvilge tillatelser der det er mulig, og avslå der det er nødvendig. Helt til slutt påpeker UDI viktigheten av at kontrollaspektet ikke blir underkommunisert, men at det bør være åpenhet rundt kontrollformålene fordi det kan bidra til å gi kontrolloppgavene større legitimitet.

Departementet var også denne gangen enig i at det bør finnes en formålsbestemmelse. De problematiserer på nytt at det er vanskelig å utforme en formålsbestemmelse som tar høyde for begge sider av saken, både hensynet til den enkelte og innvandringsregulerende hensyn. De foreslår å videreføre formålsbestemmelsen fra gjeldende lovverk, med noen enkelte justeringer. Departementets forslag er gjenspeilet i dagens lovgivning i utl. § 1.

Resultatet etter begge lovene er trolig ikke helt som blant annet UDI ønsket seg. Formuleringene i formålsparagrafer legger i stor grad opp til at staten kan endre praksis etter politikk og behov, at utlendingen har liten grad av forutsigbarhet eller oversikt over sin rettsstilling, og gir liten veiledning til UDI i forhold til hvilke viktige momenter som bør inntas i en helhetsvurdering, hvilke hensyn som skal, kan og bør få vekt og hvilke hensyn som må vike for andre. I stor grad må det da være opp til forvaltningsskjønnet å vurdere hva som er viktigst og hva som må vike.

Det er svært vanskelig å føre kontroll med at praksis er «riktig» eller at forvaltningsskjønnet er utøvd på en riktig og god måte. Dette er problematisk fordi disse sakene berører saker av høy betydning for enkeltindivider og deres familier. Mange mangler mulighet til å gjenforenes med sin familie i hjemlandet eller landet hvor søkeren bor. De fremstår som svært sårbare. Videre er det svært begrenset adgang til å prøve forvaltningsskjønnet slik at hensynet til utlendingens rettssikkerhet kan bli svekket.

3.4 Oppsummering

Kort oppsummert er det noen hensyn som er veldig klare, og andre som er mer vage. Noen er stadfestet i formålsparagrafen, mens andre ligger forutsetningsvis etter folkerettslige forpliktelser eller forarbeider. I NOU 2020:4 kapittel 2.1.1 sier lovutvalget at humanitære grunnverdier i vårt samfunn tilsier at familieinnvandring må tillates i vid utstrekning, og at dette gjelder både i familiegjenforenings- og familieetableringstilfeller.

Samtidig er det klart at staten har behov for å regulere og føre kontroll med inn- og utreise, og utlendingers opphold i riket. Fattigdomsproblematikken i verden kan ikke belastes Norge gjennom for eksempel fri arbeidsinnvandring eller uregulert og ubegrenset familieinnvandring. Andre rike land regulerer slike ting strengt og sunn fornuft tilsier at Norge bør føre en liknende politikk, ellers vil det kunne få store konsekvenser.

Formålet i utl. § 1 første ledd har flere sterke hensyn for seg, herunder norske borgernes sikkerhet, regulering av arbeidsmarkedet, internasjonale forpliktelser, personlig frihet, integrering, med flere. Disse kan kategoriseres som innvandringsregulerende hensyn.

Det kan stilles spørsmål om det er nødvendig å ha et så omfattende regelverk, og om staten virkelig må gripe inn i en familieenhet ved å vurdere om «Marte Kirkerud», som norsk borger, skal kunne få sin mann til Norge. Dette kan for mange virke svært inngripende. Hvorfor kan ikke Marte Kirkerud gjøre denne vurderingen selv? Særlig de som får avslag på søknader, kan nok oppleve enorm frustrasjon og kjenne på at staten har grepet inn i noe som er enormt personlig. Det kan nok videre oppleves som at enkeltpersonens menneskerettigheter er krenket.

I saker hvor det er mistanke om proformaekteskap, er det kompliserte vurderinger som skal gjøres, og det kan være vanskelig å finne riktig resultat. Det er uttalt i både innstillingen og den siste proposisjonen at loven har til formål å motvirke proformaekteskap. Et eksempel er utl. § 40 fjerde ledd.

Det finnes imidlertid lite empirisk data for hvor mange proformasaker som faktisk foreligger i Norge. Dette er ikke så unaturlig ettersom de sjeldent fyller ut et skjema fem år senere hvor de krysser av for at de kom til Norge gjennom et proformaekteskap. Proformasaker utgjør imidlertid en svært liten andel i det totale antallet familieinnvandringsøknader. I 2011 ble det innvilget over 6000 tillatelser, mens det ble gitt avslag i 119 tilfeller på grunnlag av proformavurderinger.³⁶

³⁶ Øyen (2018) s. 129.

Det kan selvsagt spørres om UDI evner å fange opp alle og om terskelen ligger for høyt i forhold til bevisvurderingen, men da burde det vært en klar indikasjon i skilsmissestatistikken. Dersom det var langt flere tilfeller enn de UDI fanger opp er det sannsynlig at mange ekteskap ville blitt avslutter etter tre år når søker har oppnådd grunnlag for en permanent oppholdstillatelse. Antall skilsmisser i familieinnvandringsaker etter tre års ekteskap er imidlertid ikke særlig høyt, og det er derfor ikke grunnlag for å anta at det er tale om spesielt mange tilfeller.³⁷

Er det behov for å ha bestemmelser og regler som skal motvirke noe som faktisk ikke forekommer i mange tilfeller? Vil ikke da hensynet til de som får feilaktige vedtak etter en proformavurdering veie tyngre enn hensynet til å motvirke noe som veldig sjeldent oppstår?

Det er nok ikke så enkelt å avveie hvilket hensyn som skal veie tyngst. Proformaekteskap er vanskelig å bevise og det vil derfor være i strid med intensjonen å legge terskelen for høyt. Det vil medføre at søknader hvor utlendingsforvaltningen etter en proformavurdering i utgangspunktet kommer til at tillatelse bør nektes, likevel blir innvilget fordi terskelen er for høy. Lemping av reglene vil også kunne sende signaler som medfører at vi får en økning i proforma-søknader og en uønsket tilstrømming til Norge. Dette vil utgjøre et klassisk eksempel på avveining mellom hensynet til den enkelte og innvandringsregulerende hensyn.

Det er nødvendig, i en viss grad, å føre kontroll med innvandringen. Norge er et av verdens rikeste land. Innvandringspotensiale til Norge er stort. Mange ønsker å etablere seg et liv her, enten ved at hele familien reiser sammen hvor dette er mulig, eller hvor den ene reiser først og de andre følger etter, eller ved å gifte seg med norske borgere. Derfor må utlendingsforvaltningen innføre terskler for hvem som kan innvandre hit.

Det er klart at dersom det skulle være «fri flyt» ville Norge fått utfordringer på flere områder, herunder blant annet å sikre primærbehovene til norskboende borgere, velferdshensyn, arbeidsmarkedet og kriminalitet. Malmø er et klassisk eksempel på hvor innvandringsregulerende hensyn har fått for liten betydning og hvor utlendingsforvaltningen ser ut til å ha mistet noe av kontrollen. Dette er ikke ensbetydende med å si at utlendinger er kriminelle, men at dersom utlendinger ikke blir integrert, lærer språk, skaffer seg arbeid og integreres i sosiale og kulturelle sider ved det norske samfunnet, kan de falle utenfor og ty til andre midler for å skaffe seg penger, venner eller arbeid.

³⁷ Øyen (2018) s. 129.

Videre skal loven legge til rette for lovlig bevegelse over landegrensene, ivareta rettssikkerhet til utlendinger som reiser inn eller ut, som oppholder seg her eller som søker en tillatelse etter loven.³⁸

Dette viser en blanding av flere hensyn, herunder utlendingens og søkers rettssikkerhet og forutberegnelighet. Det kan skimtes et snev av hensyn til privatlivet, personlig frihet og familien, som kommer tydelig frem i innstillingen og proposisjonen, men det er ikke uttrykkelig sagt i formålsparagrafen. Det er uttalt i innstillingen at personlig frihet verdsetter sterkt av mange og har stor betydning for å skape internasjonale relasjoner og mellomfolkelig forståelse, og videre at utlendingsloven ikke må utformes på en sånn måte at restriksjoner og kontrollordninger legger urimelige hindringer i veien for legitim og til dels helt nødvendig migrasjon og reisefrihet.³⁹

Til slutt i siste ledd skal loven gi grunnlag for vern for utlendinger som har krav på beskyttelse etter alminnelig folkerett eller internasjonale avtaler som Norge er bundet av. Hensyn til folkerettslige forpliktelser var også ivaretatt innledningsvis i paragrafen. Videre gjør velferdsmessige hensyn og humanitære betraktninger seg klart gjeldende i denne formuleringen.

Det kan se ut til at statens frihet og behov for regulering og kontroll, har fått en større plass og vekt enn privatlivet og familiens enhet – borgernes og deres familiers frihet og behov for samling. Selv om det foreligger folkerettslige forpliktelser, har medlemsstatene også i den sammenheng adgang til å gjøre nasjonale «tilpasninger».

Likevel skal en rekke hensyn avveies i en helhetlig vurdering i hver enkelt sak. Hensynet til den enkelte søker og referanseperson, og deres rettssikkerhet, hensynet til respekten for familielivet og privatlivet, hensyn til statens behov for regulering og kontroll, samt adgang til å gjøre nødvendige endringer i tråd med innvandringspolitikken og samfunnsutviklingen, og hensynet til særlig sårbare og utsatte grupper.

Hensynene som her er nevnt kan i grove trekk inndeles i humanitære hensyn på den ene siden og innvandringsregulerende hensyn på den andre siden. Vilkårene i regelverket skal medvirke til at kun de som har en legitim interesse i å få bosette seg med sin familie i Norge, skal få innvilget oppholdstillatelse. Det er således en politisk avveining mellom de humanitære hensyn på den ene siden og innvandringsregulerende hensyn på den andre siden. Der det gis anledning

³⁸ Utl. § 1 annet ledd.

³⁹ NOU 2020: 4 s. 21.

til å utøve et skjønn, åpnes det opp for politiske føringer, og det kan derfor være utfordrende å skille praksis, regelverk og politikk dette området.

4 Familieinnvandring for likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt

Formålet med familieinnvandring er at søker skal gjenforenes eller etablere samliv med referansepersonen som er bosatt eller skal bosette seg i Norge. Søkeren er den som ønsker å få oppholdstillatelse. Referansepersonen er den personen søker ønsker å bli gjenforent med, eller etablere et familieliv med, jf. utl. § 39.

Forutsatt at øvrige vilkår er oppfylt har ektefeller og registrerte partnere som hovedregel rett til familieinnvandring, jf. utl. § 40. Det samme gjelder samboere som har bodd sammen i minst 2 år, jf. § 41. Forlovede kan som hovedregel få oppholdstillatelse for å gifte seg, jf. § 48, men har ikke krav på slik tillatelse. Et fjerde alternativ for par finnes i § 49 som gjelder familieinnvandring i andre tilfeller.

Det er flere krav som må oppfylles for at en oppholdstillatelse kan innvilges. Det som vurderes er som nevnt relasjonen mellom søker og referanseperson (krav til personkrets), videre gjelder det et krav til referansepersonens inntekt (krav til underhold), og krav til at partene skal bo sammen og har bolig til disposisjon (krav til bolig). For noen grupper stilles det flere krav og det er generelt strengere krav til de som søker familieetablering enn de som søker familiegjenforening. For familieetableringstilfeller gjelder det et krav om fireårs arbeid eller utdanning (fireårskravet) og et krav om at partene er fylt 24 år på søknadstidspunktet (24-årskravet).

I dette kapitlet vil det gjøres en gjennomgang av de fire mest sentrale bestemmelsene som gjelder for par som søker familieinnvandring. Dernest vil vilkårene for familieinnvandring gjennomgås og drøftes.

4.1 Lovens alternativer for familieinnvandring for likekjønnede par

4.1.1 § 40 Oppholdstillatelse for ektefeller og registrerte partnere

Ekteskap mellom likekjønnede par og par av motsatt kjønn er likestilt i norsk lovgivning⁴⁰, og likekjønnede par skal i utgangspunktet nyte samme rettigheter som par av motsatt kjønn. Dette gjelder tilsvarende i relasjon til utlendingsloven.

Ektefellen til en referanseperson som har er norsk eller nordisk borger, eller har en slik oppholdstillatelse som er nevnt i utl. § 40 første ledd, har under visse forutsetninger rett til å få familieinnvandring. Det som er viktig å merke seg til denne bestemmelsen er at det stilles visse krav til ekteskapet og inngåelsen av dette.

Det er et vilkår at paret har inngått gyldig ekteskap eller registrert partnerskap. Ekteskapet må være inngått frivillig av partene og det følger videre en rekke andre vilkår til ekteskapsinngåelsen.

Dersom ekteskapet er inngått i Norge er det godkjent dersom det ble inngått hos en godkjent vigselsmyndighet. I Norge har Den norske kirke, Human-Etisk Forbund og kommunen (bedre kjent ved rådhuset) vigselsmyndighet. Disse forholder seg til ekteskapsloven⁴¹, slik at alle vilkår er prøvd og ekteskapet er lovlig inngått.

For ekteskap inngått i utlandet skilles det mellom de tilfeller hvor ekteskapet er inngått før den ene innvandret til Norge, og de tilfeller hvor ekteskap er inngått etter at den ene innvandret til Norge.

Dersom ekteskapet var inngått før noen av ektefellene kom til Norge kreves det at ekteskapet er gyldig inngått etter gjeldende lover i det landet ekteskapet ble inngått. Videre er det et krav at begge parter var fylt minst 16 år på vigselsstidspunktet.

Dersom ekteskapet ble inngått med en norsk borger, eller en utenlandsk borger etter at den innvandret til Norge, må ekteskapet være gyldig inngått etter gjeldene lover i det landet ekteskapet ble inngått. Partene må videre være fylt minst 18 år på vigselsstidspunktet, de kan ikke ha vært gift med noen andre og begge må ha vært til stede under vielsen. Ekteskap som er inngått på en norsk ambassade er gyldig inngått.⁴²

Ektefeller eller registrerte partnere som oppfyller vilkårene i loven, har rett til familieinnvandring.

⁴⁰ Ekteskapsloven § 1.

⁴¹ Ekteskapsloven kapittel 1-3.

⁴² Nye regler for å gifte seg i utlandet.

4.1.2 § 41 Oppholdstillatelse for samboere

Søker som har levd i etablert og fast samboerforhold, med en referanseperson som omfattes av § 40 første ledd (se ovenfor), i minst to år – har rett til oppholdstillatelse. Det forutsetter at de planlegger å fortsette samlivet i Norge. I tillegg til de vilkår som er beskrevet ovenfor, gjelder det et vilkår om at ingen av partene er gift. Det kan gjøres unntak selv om en av partene er gift dersom det har vært en varig hindring for å oppfylle dette kravet, jf. bestemmelsens fjerde ledd.

Samboere som oppfyller disse vilkår, og øvrige vilkår som beskrevet over og følger av lov og forskrift ellers, har rett til familieinnvandring.

4.1.3 § 48 Oppholdstillatelse for å inngå ekteskap

En søker som ikke oppfyller vilkårene i §§ 40 eller 41, kan søke om visum for å inngå ekteskap. Den som skal inngå ekteskap etter innreisen med en referanseperson som nevnt i § 40 første ledd, kan innvilges oppholdstillatelse med inntil seks måneders varighet, jf. § 48. Denne tillatelsen kalles gjerne forlovelsesvisum.

Denne tillatelsen skiller seg fra de to andre på flere områder. Som nevnt har ikke søker et rettslig krav på slik tillatelse selv om den oppfyller vilkårene. Dette følger av ordet *kan* i bestemmelsens første ledd første punktum. Videre kan tillatelsen hverken forlenges eller fornyes, og den danner ikke grunnlag for permanent opphold, jf. annet ledd.

At bestemmelsen er en *kan* bestemmelse innebærer at utlendingsmyndighetene kan foreta en skjønnsvurdering av om tillatelse skal gis i den enkelte sak. Det er en rekke ulike momenter som inngår i denne vurderingen, men blant disse vil det være et krav om at paret har et forhold og en historikk som tilsier at forlovelsen er reell og at de vil inngå ekteskap dersom søker får innvilget visum. Det skal i den forbindelse gjøres en proformavurdering av relasjonen.

Siden tillatelsen ikke danner grunnlag for permanent opphold, må utlendingsmyndighetene også gjøre en vurdering av returforutsetningene. Dette innebærer en vurdering av sannsynligheten for at søker forlater riket dersom ekteskap ikke blir inngått, jf. utlf. § 9-5 tredje ledd og Ot.prp.nr.75 (2006–2007) s. 425.

En vurdering av returforutsetningene innebærer at det skal gjøres en konkret helhetsvurdering som baserer deg på individuelle og generelle forhold. Hva som ligger i denne vurderingen, følger av Utlendingsdirektoratets (UDI) eget rundskriv.⁴³

⁴³ UDI 2010-077 pkt 5.3.

Søkers økonomiske forpliktelser og familiesituasjon i hjemlandet skal tillegges vekt i vurderingen av individuelle forhold. Av generelle forhold skal det legges vekt på hvor søkeren kommer fra i forhold til om dette er et land hvor det erfaringsmessig kommer mange asylsøkere fra eller om landet ellers har stort utvandringspotensiale. UDI inndeler slike land i fire grupper: grønn, gul, oransje eller rød, jf. UDI 2012-005, UDI 2012-006, UDI 2012-007 og UDI 2012-008. Søkere fra grønn gruppe anses generelt for å ha gode returforutsetninger, mens de fra rød gruppe anses å ha svært dårlige returforutsetninger. For søkere i rød og oransje gruppe bør de individuelle forholdene være svært gode dersom de skal få innvilget en søknad etter utl. § 48.

4.1.4 Familieinnvandring i andre tilfeller

Lovens § 49 regulerer familieinnvandring i andre tilfeller, hvor første ledd sier at også andre familiemedlemmer enn de som er nevnt i de øvrige bestemmelsene, kan få oppholdstillatelse. I slike tilfeller gjelder det dog et vilkår om at det må foreligge *sterke menneskelige hensyn*, og det følger av en objektiv ordlydsfortolkning av «sterke menneskelige hensyn», sett i sammenheng med bestemmelsens øvrige ledd hvor det henvises til forvaltningens skjønnsette og innvandringsregulerende hensyn, at terskelen er høy.

Etter § 49 kan det gjøres unntak både fra referansepersonens status og fra relasjonen mellom partene, jf. bestemmelsens første ledd.

Utlf. § 9-7 første ledd bokstav a til d gir en ikke uttømmende liste for aktuelle tilfeller for når en slik tillatelse kan være særlig relevant. Ingen av disse egner seg særlig godt for par, og terskelen for å innvilge slik tillatelse er svært høy.

Forarbeidene fastslår at bestemmelsen er ment som en sikkerhetsventil for å unngå urimelige avgjørelser i spesielle tilfeller.⁴⁴ Det er således lite som taler for at bestemmelsen kan aktualiseres i tilfeller for likekjønnede par, ettersom dette blant annet vil gjelde en større gruppe mennesker og ikke er et så spesielt tilfelle som bestemmelsen er ment til å gjelde. Paret måtte i så tilfelle skille seg fra andre saker på en måte som innebærer at det ville være urimelig å avslå søknaden.

4.2 Vilkår

4.2.1 Kravet til personkrets

⁴⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 226

Det er en forutsetning for å kunne få innvilget oppholdstillatelse etter utlendingslovens kapittel 6 at søker og referanseperson har en relasjon som kvalifiserer til familieinnvandring, og at denne kan dokumenteres. Hvor nære relasjonen mellom partene er, påvirker sjansene for å få innvilget oppholdstillatelse.

Dette kan utledes av de ulike bestemmelsene i kapittelet. Bestemmelsene nevner eksplisitt ulike typer relasjoner som gir rett til oppholdstillatelse, under forutsetning om at øvrige vilkår også er oppfylt, og ulike relasjoner som *kan* danne grunnlag for innvandring. Det blir tydelig gjennom bestemmelsene at det må være relasjoner av en viss tilknytning for at rettighetene skal kunne utløses.

Kravet til relasjon mellom partene kan spores tilbake til lovens formål og hensyn. Dersom Norge lempet på kravet til relasjon mellom søker og referanseperson, ville det trolig resulterte i en uønsket tilstrømming av ikke-reelle asylsøkere, for eksempel personer som først ankommer et annet land i Europa, men som tar seg på veien videre til Norge med den bakgrunn av reglene for familieinnvandring er «lettere» der, slik at de senere kan hente resten av familien. Eller personer som i utgangspunktet ikke har behov for asyl, men som tar seg til Norge med den bakgrunn å samle familien her for å skape et bedre liv.

Når det gjelder familieinnvandring for par stilles det relativt strenge krav til relasjonen og dokumentasjonen av denne. Det kan være vanskelig å lempe på vilkårene uten at det får til konsekvens at enkeltmennesker vil utnytte dette. For de relasjoner som kan legaliseres gjennom ekteskap eller dokumenteres gjennom samboerskap er det sjeldent problematisk å få tillatelse, forutsatt at øvrige vilkår er oppfylt. Utfordringen melder seg imidlertid når relasjonen ikke kan dokumenteres tilstrekkelig, eller verre, når relasjonen er forbudt i landet hvor søker befinner seg.

Som nevnt ovenfor vil noen familierelasjoner gi en *rett* til familieinnvandring, mens andre familierelasjoner *kan* gi familieinnvandring på gitte vilkår. Tilhører partene sistnevnte kategori *kan* de få familieinnvandring, men det foreligger altså ikke en rett til det. I slike tilfeller må forvaltningen gjøre en skjønnsvurdering i hver enkelt sak.

I tillegg til kravet om en viss relasjon mellom søker og referanseperson, stilles det også krav til referansepersonens status, jf. utl. § 40 første ledd bokstav a til d. Disse er alternative vilkår slik at det er nok at personen faller inn under én av disse. Disse gjelder tilsvarende i §§ 41 og 48.

En norsk eller nordisk borger er omfattet av bokstav a dersom han eller hun er bosatt eller skal bosette seg i Norge. En utlending som har eller får oppholdstillatelse som kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse og en utlending som har permanent oppholdstillatelse omfattes

av bokstav b og c. En referanseperson som er en utlending med oppholdstillatelse som er hjemlet i kollektiv beskyttelse, jf. § 34, har rett til oppholdstillatelse så fremt den kollektive beskyttelsen ikke har opphørt, etter bokstav d. Litt forenklet kan det forklares slik at referansepersonen må være norsk eller nordisk borger, eller ha en oppholdstillatelse som danner grunnlag for familieinnvandring. Hvorvidt den har en slik tillatelse, fremgår av referansepersonens vedtak om oppholdstillatelse.

Det kan gjøres unntak fra kravet til referansepersonens status dersom sterke menneskelige hensyn tilsier det, jf. utl. § 49 første ledd.

4.3 24-årskravet

Lovens § 41 a oppstiller hovedregelen om at begge parter må være fylt 24 år for å kunne på oppholdstillatelse etter §§ 40 og 41. Unntakene følger i bestemmelsens første ledd bokstav a som sier at det kan gjøres unntak fra hovedregelen dersom ekteskap var inngått eller samliv etablert før tidspunktet for referansepersonens innreise i Norge, eller b som sier at det kan gjøres unntak i de tilfeller hvor partene har inngått ekteskap eller levd i et etablert samliv i Norge mens begge hadde oppholdstillatelse eller norsk eller nordisk statsborgerskap. I slike tilfeller gjelder det et krav om at partene må være over 18 år. Dette følger uttrykkelig av §§ 40 og 41. Kravet ble tilføyd i 2016 med den hensikt å beskytte unge mennesker mot tvangsekteskap⁴⁵.

Det kan videre gjøres unntak fra 24-årskravet dersom det er åpenbart at ekteskapet eller samlivet er frivillig, jf. § 41 a annet ledd. Dette vil typisk kunne være aktuelt for likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt, ettersom relasjonen strider mot normer og regler i samfunnet.

Utgangspunktet for oppholdstillatelse etter § 48 er at partene må oppfylle 24-årskravet, men nest siste setning i bestemmelsens første ledd innebærer at det også i slike søknader kan gjøres unntak dersom unntaksbestemmelsene i § 41 a første ledd er oppfylt. I så fall gjelder § 48 første ledd siste punktum om at begge parter må være over 18 år.

Som nevnt ovenfor er hensynet bak dette vilkåret hovedsakelig å motvirke tvangsekteskap og ekteskap med mindreårige. Kravet er mindre aktuelt for avhandlingens problemstilling ettersom det i de fleste saker vil være mulig å avvente til partene er fylt 24 år, og at dette stort sett ikke utgjør et urimelig vilkår.

Det er klart at det vil kunne oppleves svært urettferdig for de likekjønnede par som er under 24 år, da det for andre par, som hadde anledning til å inngå ekteskap før den ene innvandret til

⁴⁵ Prop.90 L (2015–2016) s. 98.

Norge, vil være mulig å få dispensasjon fra vilkåret, men ikke for dem. Det er likevel ikke dette vilkåret som skaper størst utfordring for parene som er omtalt i hovedproblemstillingen.

4.4 Fireårskravet

Fireårskravet er et krav om at referansepersonen har tatt utdanning eller jobbet på fulltid i til sammen fire år, jf. utl. § 40 a. Kravet gjøres gjeldende basert på referansepersonens oppholdstillatelse.

En referanseperson som har oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket, som er flyktning, som har oppholdstillatelse ved familieinnvandring eller som har permanent oppholdstillatelse på grunnlag av en av de ovenfornevnte, må oppfylle fireårskravet for at søker skal kunne innvilges tillatelse. Kravet gjelder ikke dersom referansepersonen er norsk statsborger.

Hva som skal til for å innfri fireårskravet reguleres i utlf. § 9-1. Arbeidet eller utdanning må være i henhold til bestemmelsens annet ledd og samlet sett utgjøre heltids aktivitet, jf. første ledd. Utdanning ved grunnskole, videregående eller universitet og høyskole (minst 60stp per år) godkjennes. I tillegg godkjennes også introduksjonsprogram og opplæring i samfunnsfag og norsk i henhold til introduksjonsloven. Som arbeid godkjennes vanlig inntektsgivende arbeid, foreldrepermisjon og perioder hvor referansepersonen har mottatt uførepensjon, alderspensjon eller sykepenger. Kravet gjelder ikke når referansepersonen er fylt 67 år, jf. fjerde ledd.

Kravet gjelder bare ved familieetablering, jf. ovenfor, og gjelder således ikke de som søker familiegjenforening, jf. utl. § 40 a annet ledd. Bestemmelsen er således aktuell for ektefeller og samboere som etablerte sin relasjon etter at den ene først var bosatt i Norge.

Vilkåret har som formål å oppfordre til å ta utdanning eller finne arbeid. Det var videre innført for å redusere antallet asylsøkere som reiste til Norge uten å oppfylle vilkåret til beskyttelse.⁴⁶

4.5 Underholds kravet

Det stilles også krav til referansepersonens inntekt, jf. § 58. Kravet er best kjent som underholds kravet. Referansepersonen må ha tilstrekkelig inntekt for å kunne forsørge den som søker oppholdstillatelse i Norge. Det stilles krav til tidligere inntekt, jf. utlf. § 10-9 og fremtidig inntekt, jf. utlf. § 10-8, og referansepersonen kan ikke ha mottatt sosialstønad eller

⁴⁶ Ot.prp.nr.26 (2008–2009) s. 1.

kvalifiseringsstønad de siste 12 månedene før vedtaket, jf. utlf. § 10-10. Hvilke krav som stilles til underhold varierer etter hva slags tillatelse det ansøkes om og hva slags relasjon det er mellom søker og referansepersonen. For par vil kravet avhenge av om de søker tillatelse etter utl. §§ 40, 41, 48 eller 49.

Referansepersonen må kunne dokumentere at den kommer til å tjene minst 2,7 ganger grunnbeløpet i folketrygden for perioden det søkes om familieinnvandring. Som hovedregel er dette et år frem i tid, og det er dette som utgjøre kravet til fremtidig inntekt. Blant annet arbeidsinntekt, pensjon eller andre faste periodiske ytelser, introduksjonsstønad, utdanningslån, sykepenger og foreldrepenger, kvalifiserer til å oppfylle kravet. Kravet kan også innfris ved en kombinasjon av disse, jf. utlf. § 10-8 første ledd. Dagpenger, sosialstønader, sparepenger, o.l., kan ikke medberegnes. I noen tilfeller kan søkers egen inntekt medregnes for å innfri kravet, men da følger det noen tilleggsvilkår.

I tillegg må referansepersonen kunne dokumentere at den har tjent nok forrige inntektsår. Også her gjelder det et krav om minst 2,7 ganger grunnbeløpet. All inntekt som er skattbar kan medberegnes som tidligere inntekt, og dokumenteres gjennom ligningsattesten, jf. utlf. § 10-9 første ledd. Det kan gjøres unntak fra inntektskravet dersom referansepersonen for eksempel har gått på universitet eller høyskole, avtjent militær verneplikt eller lignende.

Referansepersonen kan ikke ha mottatt sosialstønad eller kvalifiseringsstønad i løpet av de siste 12 månedene før vedtak. Det finnes et unntak fra denne hovedregelen dersom det er åpenbart at stønaden kun var en engangsutbetaling og ikke viser til et langvarig behov for økonomisk støtte.

Det kan gjøres unntak fra underholdskravet, hvilket innebærer at referansepersonen ikke må oppfylle krav til tidligere eller fremtidig inntekt og i tillegg kan det sees bort fra kravet om at den ikke kan ha mottatt sosialstønad.

Kravet til fremtidig inntekt kan fravikes i de tilfeller referansepersonen er flyktning etter utl. § 28 eller er innvilget kollektiv beskyttelse etter § 34, jf. utlf. § 10-8 fjerde ledd bokstav a første punktum. I slike tilfeller må et ekteskap eller samboerskap være inngått før referansepersonen reiste inn til Norge, jf. utlf. § 10-8 fjerde ledd bokstav a annet punktum. Videre må søknad fremmes, alternativt registrert elektronisk og gebyr betalt, innen seks måneder etter oppholdstillatelse var innvilget til referansepersonen. Nødvendig dokumentasjon i forbindelse med søknaden må videre være innlevert ved utenriksstasjon eller en ekstern tjenesteyter, for eksempel VFS Global, innen ett år etter at referansepersonens tillatelse var innvilget. Dette følger av utlf. § 10-8 femte ledd første og andre punktum. Dette er likevel bare aktuelt i de

tilfeller paret oppfyller vilkårene i utl. §§ 40 og 41. Denne unntaksbestemmelsen kan ikke gjøres gjeldene i søknader om forlovelsesvisum etter utl. § 48.

Det samme gjelder kravet til tidligere inntekt, jf. utlf. § 10-9. De ektefeller og samboere som får dispensasjon fra kravet til fremtidig inntekt, vil også kunne få dispensasjon fra kravet til tidligere inntekt.

Det kan videre gjøres unntak fra kravet til at referansepersonen ikke har mottatt økonomisk søknad om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen de siste tolv månedene før tillatelsen innvilges, jf. utlf. § 10-10 første ledd første punktum. Også her kan referansepersonen få dispensasjon fra kravet dersom det gis unntak fra kravet til fremtidig inntekt. Dette unntaket kan gjøres gjeldende i saker etter utl. §§ 40, 41, 48 og 49.

Videre skal det gjøres unntak i saker hvor særlig sterke menneskelige hensyn tilsier det, jf. utlf. § 10-11 første ledd. Terskelen er høy og kan kun gjøres gjeldene i særlig spesielle saker som medfører at krav om underhold vil være urimelig.

Til slutt kan det gjøres unntak i saker hvor det er åpenbart at referansepersonen er i stand til å forsørge, jf. utlf. § 10-11 annet ledd. Dette er en snever unntaksbestemmelse og det er et vilkår for å kunne få unntak at samlivet åpenbart er frivillig inngått. Søkere fra land hvor det forekommer tvangsekteskap vil således ha vanskelig for å få innvilget unntak i slike saker.

4.6 Krav til bolig

For gifte og samboere stilles det krav om at søker og referanseperson planlegger å bo sammen i Norge, jf. utl. §§ 40 tredje ledd, 41 første ledd og 48 første ledd som viser til § 40 tredje ledd. Hensikten med vilkåret er å avdekke og hindre omgåelsesekteskap/proformaekteskap.

Det gjøres noen unntak, for eksempel hvor den ene jobber for norske interesser i utlandet eller arbeider på plattform. Fravær som skyldes studier eller ukependling er som klart utgangspunkt ikke tilstrekkelig.

Videre må det dokumenteres at referansepersonen eier eller leier en bolig, jf. utl. § 58. Det er ikke et vilkår at referansepersonen eier denne boligen, jf. utlf. § 10-12 annet ledd.

For førstegangssøkere etter §§ 48 og 49 stilles det i tillegg krav om at bolig må være sikret. Dette gjelder ikke for de søkere som gjelder familieinnvandring for ektefeller og samboere, jf. en antitetisk tolkning av utlf. § 10-12 fjerde ledd første punktum. Det kan gjøres unntak dersom sterke menneskelige hensyn tilsier det, jf. § 10-12 fjerde ledd siste punktum. Det er naturlig å

forstå det slik at terskelen for å gi unntak fra kravet til bolig, er tilsvarende høy som den for unntak fra underholds kravet, jf. utl. § 10-11.

4.7 Oppsummering av vilkår

Som vi ser, gjelder det en rekke vilkår for innvilgelse av oppholdstillatelse i familieinnvandringstilfeller. Det er tydelig at relasjonen er avgjørende for hvilke krav som oppstilles og hvilke krav som kan lempes.

At det er strengere krav til familieetableringstilfeller enn familiegjenforeningstilfeller er diskutert flere ganger gjennom avhandlingen. Det ligger en rekke hensyn til grunn for et slikt skille.

Det som imidlertid blir klart etter en slik gjennomgang av vilkårene, er at relasjonens art, om den er tilstrekkelig etablert og hvorvidt den kan bekreftes og dokumenteres, vil være helt avgjørende for en rekke av disse vilkårene. Dette kan medføre at likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt blir dårligere stilt enn andre par.

5 Vurdering av om regelverket for familieinnvandring er egnet til å ivareta rettighetene til likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt

Spørsmålet i det følgende vil være om utlendingslovens §§ 40, 41, 48 eller 49 er egnet til å ivareta rettighetene til likekjønnede som kommer fra land hvor homofili er forbudt.

5.1 Ekteskap og samboerskap

Likekjønnede par kan søke om familieinnvandring på bakgrunn av ekteskap, jf. utl § 40 eller samboerskap, jf. utl. § 41, på lik linje som par av motsatt kjønn. Spørsmålet er om likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt har en reell mulighet til å søke disse typene tillatelser.

De formelle kravene til ekteskapet og samboerskapet er beskrevet ovenfor. Enten må ekteskapet være gyldig inngått i utlandet, eller det må være inngått i Norge, jf. ekteskapsloven § 18 a første ledd første punktum. For at et ekteskap skal være gyldig inngått i utlandet, må det være anerkjent av de offentlige myndighetene i landet paret giftet seg i. Dette innebærer at private

kontrakter, seremonier eller lignende, ikke vil være tilstrekkelig med det unntak hvis det anerkjennes av myndighetene i landet.

For samboerskap kreves det to års samboerskap. Dette vil ikke enkelt la seg dokumentere fra offentlige myndigheter. Private avtaler eller huskjøp kan forsøkes fremlagt, men også slike vil være utfordrende å anskaffe, ettersom å leve i et slikt samboerskap vil utgjøre en alvorlig risiko for paret, da de risikerer å bli straffeforfulgt eller i verste fall drept.

Det foreligger således ingen reell mulighet for paret til å dokumentere sin relasjon og at relasjonen er etablert. Det vil dermed være svært vanskelig for slike par å få tillatelse etter lovens §§ 40 eller 41.

Det er anledning for paret å inngå ekteskap i et tredjeland, for eksempel et naboland. Likevel er det praktiske utfordringer som kan hindre gjennomføringen. For det første innebærer det en risiko for straffeforfølgelse i hjemlandet å forsøke å etablere et homofilt samliv i et av nabolandene. For det andre kreves det gjerne visum eller andre tillatelser for å oppholde seg i tredjelandet hvor det ønskes å inngå ekteskap. For det tredje er det stor sannsynlighet for at også nabolandene har forbud mot homofili, da de angjeldende landene ofte ligger i nær tilknytning til hverandre. Således vil det være svært utfordrende å gjennomføre. Selv ved familieetableringstilfeller vil det være utfordrende å innfri vilkårene i lovens §§ 40 og 41.

Dersom vi ser for oss at et likekjønnet par drar til et naboland hvor homofili er tillat, og inngår ekteskap der. Hva skjer så videre?

Kravet til intervju av referanseperson i utl. § 56 vil aktualiseres. I Oslo politidistrikt er ventetiden for intervju i familieinnvandringsaker nå rundt 13 måneder. I Sør-Øst politidistrikt er den helt oppe i 20 måneder. Dette vil innebære at referansepersonen må returnere til Norge, vente i 13-20 måneder for å gjennomføre et intervju, for at søknaden så skal behandles. I mellomtiden står søker tilbake enten i nabolandet hvor de giftet seg, eller hjemlandet, og er utsatt for en enorm risiko. Ofte også fullstendig utstøtt av egen familie og uten nettverk.

Det kan stilles spørsmål til om reglene i lovens §§ 40 og 41 kan lempes noe, slik at det ikke oppstilles like strenge vilkår i disse tilfellene. For eksempel kunne det i forskrift eller rundskriv innføres en setning om at det skal gjøres unntak i de tilfeller hvor det er klart at det foreligger klare hindringer for at ekteskap eller samboerskap kan inngås, men hvor det likevel er sannsynlig at relasjonen er etablert og at paret ønsker å leve i samliv i Norge.

Det som ofte taler imot slike løsninger begrunnes ofte i innvandringsregulerende hensyn. Ønske om å unngå tilstrømmingen av ikke-reelle asylsøkere eller andre som etablerer en relasjon til norskboende borger med det formål å få grunnlag for oppholdstillatelse.

Som vi har sett ovenfor er det likevel en marginal andel proformaekteskap sammenlignet med det totale antallet søknader. Skilsmisse statistikken støtter heller ikke opp under en teori om stort mørketall.

Loven kunne åpnet for at par som over tid har hatt en relasjon, men som ikke har inngått ekteskap eller hatt anledning til å inngå samboerskap, kunne søke familieinnvandring dersom de kan dokumentere at de har hatt en viss relasjon over tid.

På den ene siden kan det være problematisk for enkelte par å dokumentere en relasjon over tid. Det kan være tilfeller hvor en herboende asylsøker kommer i kontakt med en person i hjemlandet, og at det utvikles en relasjon. Særlig aktuelt har dette blitt de seneste årene med bruken av internett, sosiale medier og datingsider. I slike tilfeller er det ofte utfordrende for asylsøkeren å reise til hjemlandet for å tilbringe tid med den nye kjæresten. Andre tilfeller kan være relasjoner som er forbudt, herunder kjernen i denne avhandlingen, og at det således vil være vanskelig og kanskje til og med farlig å dokumentere relasjonen. Mange tilbringer enorme mengder tid på Facetime eller lignende, og kan oppleve å være så glad i hverandre at de ønsker å inngå ekteskap eller samboerskap, uten at de har tilbrakt særlig mye tid i samme rom, rent fysisk. Det kunne åpnet for at familieetableringstilfeller lettere kunne innfri vilkårene, uten at dette nødvendigvis vil bidra til flere tvangsekteskap eller proformaekteskap.

På den andre siden kan det skape utfordringer for utlendingsforvaltningen å bedømme hvilke relasjoner som er ekte og reelle, og hvilke som er forfalsket eller har gale intensjoner. Selv om det kan fremlegges bilder som viser en utvikling hos paret, kan slike dokumenter enkelt forfalskes ved bruk av Photoshop eller andre programmer. I tillegg er det en viss risiko for at lemping av vilkårene kan bidra til flere proformaekteskap, da det stiller lavere krav til de involverte partene. Videre kan det pekes på innvandringsregulerende hensyn og utfordringen med at det norske regelverket stiller lavere krav enn de øvrige rike landene. Det kan raskt resultere i en uønsket tilstrømming av ikke-reelle asylsøkere og andre som fremmer søknad om beskyttelse for så å hente sine nærstående fra hjemlandet. Hensikten med vilkårene i regelverket er å medvirke til at kun dem som har en legitim interesse i å få bosatt seg i Norge, sammen med familien, skal få innvilget oppholdstillatelse. Det er helt sentralt at utlendingsforvaltningen kan begrense innvandringen for å klare å ivareta lovens formål.

Det stilles videre krav til referansepersonens oppholdstillatelse i Norge, og at dersom referansen ikke er norsk eller nordisk borger, må den ha en tillatelse som gir grunnlag for familieinnvandring.

Årsaken til at det stilles strenge krav til referansepersonens status er i all hovedsak begrunnet i innvandringsregulerende hensyn. Det må foreligge en viss tilknytning til Norge, og et krav om lovlig oppholdstillatelse av en viss betydning, for at herboende borger skal få rett til å gjenforenes eller etablere familien sin her i Norge. I tillegg til innvandringsregulerende hensyn kan det henvises til velferdshensyn og økonomiske hensyn. Det kan bli svært ressurskrevende å få familien ut av landet igjen dersom referansens tillatelse utløper. Returforutsetningene blir svakere i slike saker, noe som taler mot å innvilge tillatelse. I tillegg kan det bidra til å motvirke omgåelsesekteskap eller proformaekteskap, og tvangsekteskap.

Det kan potensielt oppstå situasjoner hvor likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt kan få utfordringer med dette vilkåret. I enkelte tilfeller vil personer fra land hvor homofili er forbudt søke beskyttelse i Norge, uten at de har med seg id-dokumenter. Dersom det ikke innvilges asyl etter utl. § 28, men beskyttelse etter utl. § 38, er det ikke uvanlig at det innvilges midlertidige tillatelser med begrensninger, herunder blant annet at den ikke gir grunnlag for familieinnvandring, når identiteten til søker ikke er tilstrekkelig avklart.⁴⁷ I slike tilfeller er det klart at det vil skape utfordringer for paret å innfri vilkårene. Dette gjelder imidlertid en svært begrenset andel søkere, og kan ikke anses å være en veldig aktuell problemstilling.

Det er videre noe problematisk at regelverket, eller praktiseringen av dette, medfører en helt reell forskjellsbehandling. Selv om regelverket i utgangspunktet er vurdert, i flere runder – senest i LDN-2015-50-2, til ikke å være diskriminerende, virker det helt åpenbart at det likevel medfører en klar forskjellsbehandling.

Likekjønnede par fra de samme landene vil sjeldent møte på utfordringer i forhold til personkrets. Det kan selvsagt tenkes andre grunner for at likekjønnede par vil kunne møte på denne utfordringen, for eksempel hvor paret kommer fra ulike klaner som ikke aksepterer blandede ekteskap, eller andre religiøse årsaker, men dette gjelder likevel unntaksvis. For likekjønnede par vil dette være normalen. Og dersom normalen ikke reguleres i lovverket, vil det bli svært vanskelig å komme gjennom.

Det kan nok tenkes saker hvor paret kan fremlegge private husleiekontrakter eller boligkjøpsavtaler som kan dokumentere et samboerskap, men dette vil også være unntaksvis, ettersom det medfører en betydelig risiko for paret.

Til sammenligning avstår Norge fra å be en utlending som har fått asyl i Norge om å skaffe dokumenter, herunder for eksempel id-dokumenter, fra hjemlandet dersom dette kan utsette han

⁴⁷ AI 103/09.

for risiko eller fare. Likeledes bør utlendingsforvaltningen være ydmyke med å oppstille vilkår som medfører en betydelig risiko eller fare for enkeltindivider, dersom det skal innfris.

Det virker etter dette klart at §§ 40 og 41 er lite egnet for å ivareta adgangen til familieinnvandring for likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt.

5.2 Forlovelsesvisum

For de par som ikke oppfyller vilkårene i lovens §§ 40 og 41, er det anledning til å ansøke om forlovelsesvisum, jf. utl. § 48. Som tidligere nevnt innledningsvis er § 48 en *kan*-bestemmelse, og medfører ingen rett til oppholdstillatelse. Også i vurderingen av denne bestemmelsens aktualitet, vil vi møte på utfordringer.

For det første skal det legges vekt på parets forutgående forhold, jf. utlf. § 9-5 tredje ledd annet punktum. Dette er allerede problematisert flere ganger i denne avhandlingen. For likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt, vil det generelt være svært vanskelig å kunne dokumentere relasjonen, både fordi de ikke har en reell mulighet til å legalisere relasjonen og fordi enhver dokumentasjon kan utgjøre en reell risiko for paret. Flere av landene på listen er kjente i forbindelse med æresdrap, noe som er høyst aktuelt i saker om homofili.

Selv om kravet til dokumentasjon av parets forutgående forhold ikke kan stilles like strengt som i søknader etter lovens §§ 40 og 41, og uttalelser fra paret må kunne vektlegges, er det likevel utfordrende å nå opp til vilkårene.

Kravet til dokumentasjon av parets forutgående forhold er likevel bare et moment i en helhetsvurdering. Også andre momenter vanskeliggjør søknaden ytterligere.⁴⁸

Det er imidlertid ikke bare dette som er problematisk med å henvise likekjønnede fra land hvor homofili er forbudt, til § 48. Utlendingsforskriften § 9-5 tredje ledd oppstiller flere momenter, hvor særlig et er av stor betydning i denne sammenheng, nemlig returforutsetninger.

Det finnes generelle og individuelle returforutsetninger, men begge omhandler det samme: sannsynligheten for at vedkommende søker vil returnere til hjemlandet dersom ekteskap ikke inngås eller videre tillatelse ikke innvilges.

⁴⁸ Utlf. § 9-5 tredje ledd.

Dersom de generelle returforutsetningene tilsier at tillatelse ikke bør gis, mens de individuelle returforutsetningene tilsier at det bør gis, kan forvaltningen komme til at tillatelse skal innvilges. Motsetningsvis vil det ikke innvilges tillatelse. Det samme gjelder om begge er svake.

I vurderingen av søkers returforutsetninger er det flere forhold som gjøres gjeldende. De fleste av disse momentene vil være de samme uavhengig av parets legning. Utfordringen i særlig herværende problemstilling er at likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt stor sett kommer fra land som UDI har plassert i oransje og rød visumgruppe. Altså land med stort utvandringspotensiale og svake generelle forholdene. Av land i rød gruppe⁴⁹ kan nevnes Irak, Kamerun, Myanmar, Sudan, Afghanistan, Eritrea Somalia, Syria, m.fl. Disse landene står alle på listen over land hvor homofili er forbudt.

Heller ikke i denne bestemmelsen er det gjort uttrykkelige lempinger for likekjønnede par fra landene hvor homofili er forbudt. Det er ikke lagt opp til at forvaltningsskjønnet særlig skal legge vekt på sårbarheten til disse gruppene, eller legge til rette for at disse kan få tillatelse. Utgangspunktet er allerede svakt i at søkere fra røde og oransje visumgrupper som hovedregel vil få avslag på søknaden med mindre de individuelle forholdene er svært gode.

Det er åpenbart at situasjonen er utfordrende for likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt, som ønsker å søke familieinnvandring. Så langt kan det se ut som at regelverket har klare svakheter.

Det kan stille spørsmål ved hvorfor denne problematikken ikke er fulgt opp av Stortinget selv etter at UDI i sitt høringsvar til utlendingsloven uttrykkelig ba om klare retningslinjer for skjønnsutøvelsen og en mer detaljert formålsparagraf. I senere tid har andre organer som LDN og DIN påpekt at regelverket har svakheter ved at det ved praktiseringen av lovverket ser ut til å ha et diskriminerende resultat.

Også andre grupper kan tenkes å ha utfordringer med å dokumentere det forutgående forhold, eller ved at det kan foreligge svake returforutsetninger. Dermed kan det se ut til at likekjønnede ikke er dårligere stilt enn andre, og at regelen således har lik adgang for alle.

Dette er imidlertid ikke helt riktig. Den største forskjellen foreligger her i at denne bestemmelsen kan være den eneste alternativet likekjønnede har til å søke familieinnvandring, mens det for andre kan være et av flere alternativer.

⁴⁹ UDI 2012-008.

I det følgende vil det forsøkes å gi en oppstilling av de største forskjellene mellom familieinnvandring på grunnlag av § 48 og søknad på grunnlag av §§ 40 og 41.

5.3 §§ 40 og 41 vs. § 48

5.3.1 Rett vs. kan

Helt innledningsvis kan det påpekes forskjellen ved at §§ 40 og 41 medfører et rettskrav på å få innvilget oppholdstillatelse forutsatt at øvrige vilkår er oppfylt. Ved søknad om § 48-tillatelse gjør utlendingsmyndighetene en skjønnsmessig helhetsvurdering av om visum skal innvilges. Det ene medfører en *rett*, og det andre medfører et *kan*. Dette er ganske vesentlig.

5.3.2 Returforutsetninger

Returforutsetningen er en annen viktig forskjell, og det vises til drøftelsen ovenfor. Dette medfører et tilleggsvilkår for søknader etter § 48, som ikke gjøres gjeldende for søknader etter §§ 40 og 41. Det er også verdt å bemerke at returforutsetningene bare delvis kan påvirkes at søkeren selv. De generelle forutsetningene baserer seg på landet hvor søker bor og som søker har svært liten kontroll over.

Omtrent halvparten av landene som har kriminalisert homofili, befinner seg på UDIs lister over oransje og røde visumgrupper. Dette vil vanskeliggjøre tillatelser for de likekjønnede parene som her er diskutert.

Sammenlignet med søknader etter lovens §§ 40 og 41 vil man i statistikken over land hvor det innvilges flest søknader om familieinnvandring i 2020 finne ett land fra oransje gruppe og ytterligere 4 land fra rød gruppe.

Returforutsetningen ser dermed ut til å sette en begrensning for søknader om forlovelsesvisum, for svært mange søkere fra land hvor homofili er forbudt. Dette medfører i forlengelsen at søknader om forlovelsesvisum etter utl. § 48 heller ikke er aktuelt for mange likekjønnede par.

5.3.3 Underhold

I utgangspunktet er underholdskravet likt for forlovelsesvisum og oppholdstillatelse for ektefeller og samboere. Men: det gjelder et unntak som kun kan gjøres gjeldene ved oppholdstillatelse for ektefeller og samboere.

Instruksen om unntak fra underholdskravet oppstiller en liste over de aktuelle tilfeller hvor unntak kan gis, men denne nevner ikke likekjønnede par.⁵⁰ Utlendingsmyndighetene må gjøre en skjønnsvurdering i hver enkelt sak hvor et slikt tilfelle påberopes. I de tilfeller hvor referansepersonen har oppholdstillatelse som flyktning, jf. utl § 28 eller ved kollektiv beskyttelse, jf. utl. § 34, kan det lempes på underholdskravet.⁵¹ Det gjelder noen tidsfrister. Det er verdt å merke seg at forutsetningen om at ekteskapet må være inngått før referansepersonen reiser inn til Norge.

Dette kan begrunnes i menneskelige hensyn ved å gi familier på flukt anledning til å få familiegjenforening etter kun kort tid.

Men hvordan medfører dette at likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt, stilles særskilt svakere enn andre grupper?

Jo, nettopp fordi 73,6% av alle asylsøkerne som kom til Norge i 2020, kom fra land hvor homofili er forbudt.⁵² Også av tallene som kan hentes så langt i 2022 er over 70% av alle asylsøkerne fra land hvor homofili er forbudt.⁵³

Det virker helt åpenbart at dette vil medføre en unødvendig belastning for paret og at søkere som er likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt klart stiller i en langt dårligere situasjon enn par av motsatt kjønn. Statistikken tilsier at det er en høyst aktuell problematikk ettersom så mange asylsøkere er fra land hvor homofili er forbudt, og at det i slike tilfeller for likekjønnede vil oppstilles et underholdskrav som kan la lang tid å innfri, mens det for par av motsatt kjønn kan gjøres unntak fra dette vilkåret.

LDN har uttalt at det må foretas en konkret helhetsvurdering. De mener det er et relevant moment hvorvidt paret faktisk har bodd sammen under en viss tid, selv om det ikke tilfredsstillende vilkåret om 2 år i utlendingsloven.⁵⁴ DIN gjentar senere denne uttalelsen⁵⁵, men peker på andre momenter som også kan trekkes inn i vurderingen, for eksempel hvorvidt det kan fremlegges dokumentasjon for at paret ikke kunne fortsette samlivet. Slik sett vil jo likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt ha en reell mulighet til å dokumentere dette. Altså da at de par som ikke innfrir vilkårene i §§ 40 og 41, kan gis unntak fra underholdskravet

⁵⁰ GI-08/2012

⁵¹ Utlf. § 10-8 fjerde ledd.

⁵² Utlendingsdirektoratet (2021b)

⁵³ Utlendingsdirektoratet (2022)

⁵⁴ LDN-2015-50-2.

⁵⁵ DIN-2018-12.

dersom det ut fra en helhetlig vurdering kan dokumenteres at paret faktisk har bodd sammen under en viss tid og om det kan dokumenteres at paret ikke kunne fortsette samlivet.

Dette sett i sammenheng med Justis- og beredskapsdepartementets uttalelse som er nevnt ovenfor om at regelverket er tilstrekkelig fleksibelt til å unngå vedtak i strid med diskrimineringsforbudet tilsier da at det er en adgang til å gjøre unntak fra underholdskravet der forholdet anses tilstrekkelig etablert. Samlet sett virker det til at det foreligger anledning til å gjøre en konkret helhetsvurdering hvor det er adgang til å gi unntak, men vi vil igjen møte oss selv i døren ved at det er utfordrende å dokumentere at relasjonen er tilstrekkelig etablert, da dette innebærer å vedgå straffbare handlinger i hjemlandet – og kunne dokumentere dette.

Også her ser det ut til at praksis i teorien kan tilrettelegges for tilfeller som nevnt i avhandlingens hovedproblemstilling, men når lovverket, formål og hensyn ikke er klart nok, vil det likevel oppstå utfordringer og UDI vil ikke ha tilstrekkelige klare indikasjoner på at de skal vurdere disse momentene, og heller ikke hvilke momenter som får foran andre.

Dersom det innføres i rundskriv eller instruks at slike forhold skal få betydning der det er mest sannsynlig at relasjonen er etablert, men den ikke kan dokumenteres med bakgrunn i regelverket i hjemlandet, kan praksis etableres slik at det gjøres unntak for likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt.

Det er lite trolig at en slik lemping vil ha store negative konsekvenser. Dette er tale om svært få tilfeller hvor mennesker som kommer fra en kultur hvor homofili er forbudt og gjerne også straffbart, innvandrer til Norge og kler på seg «den homofile kappen». Det antas at svært få fra disse landene feilaktig vil utgi seg for å være homofil. Selv om det kan tenkes unntakstilfeller er dette likevel forbundet med risiko, hat og skam, og få vil trolig påta seg en slik kappe uten at det er reelt. Også i slike tilfeller vil det kunne kreves at paret har til intensjon å bo sammen, og det kan gis korte tillatelser slik at utlendingsforvaltningen kan gjøre slik de gjør i øvrige saker for å avdekke proformarelasjoner etter søker er ankommet Norge.

5.3.4 Bolig

Videre tilkommer tilleggskrav om bolig i søknader om forlovelsesvisum, som ikke er et vilkår for tillatelser for ektefeller og samboere. I utgangspunktet er kanskje ikke dette vilkåret det mest problematiske, men det utgjør et tilleggskrav og enda en terskel som likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt, må over.

Det legges videre til at det er et vilkår for søknader etter lovens § 48, og for førstegangssøkere i etableringstilfellene for øvrig, at det er en forutsetning av partene skal bo sammen.

5.3.5 Fireårskravet

Fireårskravet har stor betydning i denne sammenheng. Fireårskravet er kanskje det vilkåret som medfører størst belastning for en familieenhet. Fireårskravet gjelder ikke i familieinnvandringstilfeller, men gjelder i etableringstilfellene og ved forlovervisum.

Kravet om fire års arbeid eller utdanning er krevende. Mange har utfordringer med å skaffe arbeid etter innreise til Norge. Andre har kanskje mer enn nok med sin egen situasjon og har kommet hit for å søke asyl

I 12 % av tilfellene hvor familieinnvandringstillatelse ble innvilget i 2020 hadde oppholdstillatelse på grunnlag av at de var på flukt.⁵⁶ Det er tale om over 1000 enkeltpersoner. Over 80 prosent av disse var fra land hvor homofili er forbudt. I ytterligere 1824 saker hadde referansepersonen permanent oppholdstillatelse. Flere av disse var trolig innvilget med bakgrunn i tidligere gitte asyl- eller beskyttelsestillatelser. Alle disse vil således måtte oppfylle fireårskravet, jf. utl. § 40 a første ledd bokstav f.

Samtlige likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt vil måtte oppfylle dette vilkåret fordi hjemlandets kriminalisering av homofili har forhindret dem i å oppfylle vilkåret til inngått ekteskap eller samboerskap.

LDO sendte brev til UDI 03.05.19 vedrørende retten til familiegjenforening for likekjønnede par.⁵⁷ LDO mente likekjønnede par ble stilt dårligere enn par av motsatt kjønn slik reglene ble praktisert for flyktninger. Likekjønnede par hvor den ene kommer til Norge som flyktning, er i aller største grad fra land hvor homofili er forbudt. Således foreligger det en reell begrensning i adgangen til å inngå ekteskap eller samboerskap før den ene flyktet til Norge. Disse vil derfor ha vanskelig for å nå opp til vilkårene om familieinnvandring, og blir av UDI og UNE henvist til å søke om forlovelsesvisum etter utl. § 48. Parets relasjon blir dermed ikke anerkjent og fireårskravet gjøres således gjeldende for dem. Dermed stilles likekjønnede par dårligere enn par av motsatt kjønn. LDO foreslo å legge til en setning under de sentrale momentene som skal vurderes under sterke menneskelige hensyn i RS 2010-190 (rundskriv om fireårskravet) punkt 8 at «Flyktningen har vært vesentlig hindret fra å inngå ekteskap på grunn av seksuell orientering». Dette skulle medvirke til at det ble gitt unntak fra kravet i familieinnvandringssaker for likekjønnede par som er på flukt.

⁵⁶ Utlendingsdirektoratet (2021b).

⁵⁷ Likestillings- og diskrimineringsombudet 03.05.2019.

UDI besvarte brevet 18.06.19.⁵⁸ De uttalte at de ikke detaljregulerer hvem som bør få en tillatelse etter en snever unntaksbestemmelse, da de ikke vil gå inn i lovgivers kompetanseområde. UDI mente videre at deres praktisering av familieinnvandringsregelverket ivaretok de velferdshensyn som føler av regelverkets rammer også for likekjønnede par. De henviste avslutningsvis til Justis- og beredskapsdepartementet vedrørende hvorvidt det generelt bør lempes på reglene om familiegjenforeningstillatelser for likekjønnede par fra land hvor homofili er forbud.

I et senere brev av 25.06.20⁵⁹, i samme dialog, opplyste UDI at det var satt i gang opplæring av de ansatte som behandler søknader om familiegjenforening for likekjønnede par, og at flere saksbehandlere skal vurdere sakene før det fattes vedtak.

Det er interessant at LDO i 2015 uttalte at utlendingsloven og utlendingsforskriften ikke var i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5,⁶⁰ når de fire år senere skriver brev til UDI om en lik problematikk. Det er imidlertid ikke regelverket som kritiseres i den seneste uttalelse, men praktiseringen av det. Dette harmonerer godt med uttalelsen til LDO om det ikke er ensbetydende at praktiseringen ikke er diskriminerende, selv om regelverket ikke er det.

Det er videre interessant at UDI flytter ansvaret over til Justis- og beredskapsdepartementet når de fullt ut har kompetanse til å gjennomgå egen praksis og endre denne dersom den samsvarer dårlig med gjeldende regelverk.

Justis- og beredskapsdepartementet har uttalt at regelverket er tilstrekkelig fleksibelt til å unngå vedtak som strider med diskrimineringsforbudet.⁶¹ Og UDI uttaler at det krever lovendring om likekjønnede par skal ha en lovbestemt rett til familiegjenforening. Altså ser det tilsynelatende ut til at de to organene flytter ansvaret over til hverandre. Den lidende part blir de som står tilbake uten rettigheter.

UDI har forsøkt å tilpasse seg den vanskelige situasjonen ved å innføre strengere krav og fler-øyne prinsipper i saksbehandlingen. Likevel er det problematiske sider ved saksbehandlingen, og endringene som er gjort er av mindre betydning i den praktiske gjennomførselen. Regelverket de opererer innenfor er uforandret og således fortsatt problematisk.

⁵⁸ Utlendingsdirektoratet 18.06.2019.

⁵⁹ Utlendingsdirektoratet 25.06.2020.

⁶⁰ Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse – LDO 14/425.

⁶¹ Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse – LDO 14-425.

Slik det er uttalt tidligere i avhandlingen: bare fordi regelverket ikke er diskriminerende, betyr det ikke at det er egnet.

5.3.6 24-års kravet

Også kravet om at partene må være fylt 24 år, vil aktualiseres ved søknad om tillatelse etter lovens § 48. Den byr forså vidt ikke på de største utfordringene, men den er likefult et tilleggsvilkår som pålegges disse likekjønnede som resultat av at homofili er forbudt i hjemlandet deres. Dette kommer som en direkte konsekvens at de ikke har mulighet til å etablere forholdet eller inngå ekteskap i hjemlandet.

Av disse vilkårene vil de fleste sannsynligvis være mulig å oppfylle i løpet av en viss periode. Likevel er det slik at en rekke av disse vilkårene krever at paret har tilstrekkelige ressurser for å oppfylle dem. En del søkere vil derfor bli utelukket fra å søke om familieinnvandringstillatelse.

5.3.7 Oppsummering

Kort oppsummert foreligger det en rekke vilkår for alle som søker om familieinnvandringstillatelse, men det er helt åpenbart at det er en mye strengere og flere vilkår som gjøres gjeldene for likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt.

Vilkåret til fire års arbeid og utdanning vil ikke være lett å oppfylle og vil ha som utilsiktet konsekvens at en rekke søkere avskjæres fra muligheten til å søke om familieinnvandring. Returforutsetningene, og da særlig de generelle forholdene, vil ikke lett la seg forsere, uavhengig av hvor sterke de personlige forholdene er. Et vilkår alene vil trolig være mulig å overkomme, men når det samlet opp blir terskelen for en så sårbar gruppe svært høy. Det er usikkert om dette har vært intensjonen i lovgivningen, eller om det er et utilsiktet resultat av praktiseringen og hensynene for øvrig.

Likevel vil det være slik for likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt, at de vil ha liten eller ingen sjanse til å kunne innfri vilkårene i utlendingsloven §§ 40 og 41. Videre, som vi har sett, vil vilkårene for å få tillatelse etter § 48 trolig sette terskelen for høyt, slik at også her vil de ha store utfordringer med å komme gjennom. Dette så vi et typisk eksempel på i «Mina» og «Sahra» saken som ble nevnt tidligere. Søker var i dette tilfelle fra Syria, som er plassert i rød visumgruppe, de kunne ikke dokumentere forholdet i særlig stor grad fordi relasjonen var forbudt, og dermed klarte de samlet sett ikke å nå opp til vilkårene hverken i §§ 40, 41 eller 48. Dette vil nok dessverre være realiteten for mange slike par.

5.4 Familieinnvandring i andre tilfeller

Det siste alternativet for par er i lovens § 49. Utfordringen med denne bestemmelsen er at det er en snever unntaksbestemmelse, hvor tillatelse kan innvilges med bakgrunn i sterke menneskelige hensyn. Det er lite som taler for at denne bestemmelsen skal kunne anvendes i slike tilfeller som det foreliggende.

Likevel er det uttalt i forarbeidene at den er ment som en sikkerhetsventil for å unngå urimelige avgjørelser i spesielle tilfeller.⁶² Det er imidlertid lite som taler for at bestemmelsen kan aktualiseres i tilfeller for likekjønnede par. Dette er blant annet fordi det vil omfatte en mye større gruppe enn de unntak bestemmelsen er ment å gjelde. Det måtte således ha vært andre unike sider ved saken som gjorde at de likevel kunne tenkes å omfattes av bestemmelsen.

Selv om listen i utlf. § 9-7 første ledd ikke er uttømmende, trekker forholdene for øvrig i retning av at § 49 ikke er anvendelig i slike tilfeller som det foreliggende. Det er viktig å ikke benytte bestemmelsen som stedfortreder for hovedregelen. Bestemmelsen er lagt opp slik at dersom innvilgelsen av en søknad vil medføre at flere liknende tilfeller søknader også må innvilges, vil søknaden avslås. Dette samsvarer godt med at bestemmelsen er ment som en snever unntaksbestemmelse, og er også bekreftende for at slike saker som i det foreliggende, likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt, ikke er ment å skulle omfattes av bestemmelsen

I sak LDO-14/435, uttalte SEIF at det trolig ikke ville medføre at et stort antall liknende tilfeller måtte innvilges, dersom det ble innvilget tillatelser til likekjønnede fra land hvor homofili er forbudt, fordi det er et svært begrenset antall søkere totalt sett som faller inn under denne kategorien.

UNE mente derimot at forhold i hjemlandet ikke kunne tillegges avgjørende vekt da ulike typer forhold i hjemlandet vil kunne påberopes av svært mange. Det kan tenkes mange årsaker til at ulike mennesker ikke har anledning til å gifte seg eller inngå samboerskap i hjemlandet. Hva med de som ikke får innvilget visum til landet hvor partneren bor, skal de kunne anføre dette som grunnlag? Eller mennesker som er på flukt fra land hvor det er mye uro, skal de kunne anføre uroen som en begrunnelse til at de ikke kunne inngå ekteskap i hjemlandet?

Jeg er uenig med UNE. Jeg mener en slik uttalelse bærer preg av å være snever i tankesettet. For det første kunne tillatelsen, eller unntaket, vært formulert på en slik måte at det ikke åpnet

⁶² Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 226

for at enhver anførsel om forhold i hjemlandet kunne kreves ihensyntatt. For det andre er det nettopp forholdene i en utlendings hjemland som ofte er årsaken til at de innvandrere til Norge i utgangspunktet. Særlig i saker for asyl eller beskyttelse. I slike saker er det utelukkende anførsler om situasjonen i hjemlandet som legges til grunn. Dette medfører ikke i forlengelsen at alle anførsler om forhold i hjemlandet kan gjøres gjeldende. Og dette må kunne sies også i tilknytning til likekjønnede par og unntak etter § 49.

Det har også vært anført under denne tematikken at familiesplittelsen kun er midlertidig. Trolig er dette begrunnet i at tillatelse vil kunne innvilges etter de øvrige bestemmelsene når vilkårene ellers er oppfylt, og at dette kun er tale om en kortere periode.

For likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt, er dette imidlertid ikke helt riktig. Disse personene vil med kun få unntak havne i kategorien for familieetablering, som resultat av at de ikke kan formalisere sin relasjon i hjemlandet. De vil dermed alltid måtte oppfylle lovens strengeste vilkår, og svært sjelden kunne få lempet noen av vilkårene. Det vil ta mange år før de vil være i stand til å innfri vilkårene, minst fire år. Dette er ikke en midlertidig familiesplittelse av ubetydelig lengde. Dette griper langt inn i enkeltmenneskers rettssikkerhet, privatliv og familiens enhet.

Slik saken står er det fremdeles uklart om det er adgang til å innvilge slike tillatelser som her er drøftet etter utl. § 49. Trolig ikke. Det har ikke vært innvilget noen slike tillatelser hittil. Et argument om at det kun er tale om en midlertidig familiesplittelse kan bare anvendes i de tilfeller hvor det er sikkert at paret senere vil oppfylle vilkårene og dermed kan det ikke anvendes i saker som det foreliggende.

På bakgrunn av drøftelsene så langt og det faktum at utlendingsmyndighetene har utvist en manglende vilje til å innvilge slike tillatelser etter denne bestemmelsen, er det naturlig å trekke i retningen av at § 49 ikke er anvendelig i slike tilfeller.

Likevel må det gjøres konkrete helhetsvurderinger i hver enkelt sak slik at dersom det foreligger andre spesielle sider ved en sak for likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt, kan bestemmelsen likevel komme til anvendelse. Dette vil da måtte være forhold som gjør at det vil være urimelige å ikke innvilge søknaden.

6 Avsluttende bemerkninger

Utlendingsloven har som det klare utgangspunkt at familieinnvandringstillatelser skal innvilges, og at det i minst mulig grad skal gripes inn i den enkelte borgers privatliv og

familieenhet. Hensynet til søkers og referansepersonens rettssikkerhet står sterkt, og utlendingsmyndighetene bør utvise ydmykhet med å gå inn i en familieenhet. Vedtakene som fattes i familieinnvandringsaker, er av enorm betydning for den enkelte og konsekvensene av feilaktige vedtak er vonde for de involverte partene.

Etter drøftelsene ovenfor har jeg kommet til at regelverket slik det er utformet i dag, ikke er egnet til å ivareta adgangen til familieinnvandring for likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt.

Lovens §§ 40 og 41 kommer sjeldent til anvendelse i slike tilfeller fordi det er helt reelle utfordringer med å imøtekomme vilkårene til dokumentasjon av forholdet, herunder ekteskap, registrert partnerskap eller samboerskap.

Disse samlivsformene er i de omtalte landene forbudt, og innebærer derfor en helt reell fare for straffeforfølgelse, og i verste fall også dødsstraff.

Disse parene vil i svært få tilfeller kunne dokumentere sin relasjon forut for at den ene innvandret til Norge. Dermed vil de i samtlige tilfeller havne i kategorien for familieetablering, som praktiseres strengere enn ved familiegjening.

De vil også i slike tilfeller møte på utfordringer knyttet til dokumentasjon av sin relasjon, og vil videre møte på en rekke tilleggsvilkår som de ellers kunne fått unntak for dersom relasjonen forut for innvandringen kunne blitt anerkjent av norske myndigheter.

Parene vil således bli henvist til § 48. Dette ser vi et klart eksempel på i LDN-2015-50-2. Heller ikke denne bestemmelsen er egnet til å ivareta disse parene. Tilleggsvilkårene vil heve terskelen så høyt at det ikke er noen garanti for at paret noen gang vil kunne innfri dem.

Det virker åpenbart at likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt er stilt langt svakere i regelverket enn par av motsatt kjønn, fra de samme landene.

Det er noe uklart om dette skyldes regelverket som sådan eller praktiseringen av dette.

Justis- og Beredskapsdepartementet og UDI har sendt ansvarsbøtta frem og tilbake imellom seg. Den ene mener regelverket er tilstrekkelig fleksibelt til at den andre kan tilpasse praksis slik at disse likekjønnede paret får en reell adgang til familieinnvandring, mens den andre sier at den må gjøre en lovendring slik at den kan tilpasse sin praksis.

Utfordringen er at tilbake står en svært sårbar gruppe mennesker, som kanskje lever i reell frykt for sitt liv, ikke får den hjelpen og de rettighetene de i utgangspunktet skulle hatt, i henhold til hva likekjønnede par fra samme land har.

Tidligere så vi en statistikk fra 2020 hvor over 2000 familieinnvandringsøknader er innvilget hvor den ene parten eller begge var fra land hvor homofili er forbudt.

Det er åpenbart ikke tale om så mange tilfeller at det vil ha store konsekvenser for innvandringen til Norge, eller skape en tilstrømming av ikke-reelle asylsøkere. Tvert imot mener jeg det vil være fullt mulig å innta noen få setninger i rundskriv, instruks eller tilsvarende, som gir utlendingsforvaltningen en klar instruks om at det skal tas hensyn til disse menneskenes situasjon. Og at det i de tilfeller hvor paret ikke har kunnet inngå ekteskap eller samboerskap, og relasjonen etter en helhetsvurdering anses å være reell, bør det legges til grunn at det er tale om familiegjenforening og at vilkårene oppstilles deretter.

Etter en totalvurdering kan jeg ikke se at innvandringsregulerende hensyn tilsier at en slik setning ikke kan legges inn i eksisterende rundskriv eller utarbeides i en egen instruks. Det er lite som taler for at en slik presisering vil medføre økning i proformaekteskap eller tvangsekteskap. Jeg kan heller ikke se at det skal være andre særlige hensyn som taler imot en slik presisering.

Min klare konklusjon er etter dette at loven ikke ivaretar adgangen til familieinnvandring for likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt.

Helt til slutt vil jeg repetere Norges internasjonale forpliktelser som så godt er formulert i Grunnloven § 92: Norge skal til enhver tid respektere og sikre menneskerettighetene.

Dette innebærer ikke bare en plikt til å *respektere* menneskerettighetene, men også å *sikre* menneskerettighetene.

Jeg henviser til Grunnloven § 102 og EMK art. 8 om retten til familieliv og privatliv, til diskrimineringsforbudet i Grunnloven § 98, og til at likekjønnede par skal nyte samme rettigheter og vern som par av motsatt kjønn.

Jeg kan ikke se at Norge har sikret menneskerettighetene.

Litteraturliste

Lover og forskrifter

- 1814 Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814.
- 1988 Lov 24. juni 1988 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).
- 1991 Lov 04. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (ekteskapsloven).
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
- 2005 Lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven).
- 2008 Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).
- 2009 Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften).

- 2017 Lov 16. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven).
- 2022 Lov 10. juni 2022 om Stortingets ombud for kontroll med forvaltningen (sivilombudsloven).

Direktiver og konvensjoner

- UDHR Verdens erklæringen om menneskerettigheter.
- EMK Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950. [Offisiell norsk oversettelse].
- EØS Rådets direktiv 2003/86/EF av 22. september 2003 om ret til familiesammenføring.

Domsregister

- Gül mot Sveits EMD. Sak 23218/94. 19. februar 1996.

Forarbeider

- Ot.prp.nr. 46 (1986-1987) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)
- Ot.prp.nr. 34 (2004-2005) Om lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven).
- Or.prp.nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
- Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).
- Ot.prp.nr. 26 (2008-2009) Om lov om endringer i utlendingsloven (krav om at referansepersoner må ha fire års arbeid eller utdanning i Norge for at søkeren skal ha rett til familieetablering)
- Prop. 90 L (2015-2016) Endringer i utlendingsloven mv. (innstramminger II)

Innst. 409 L (2020-20021) Innstilling fra kontroll og konstitusjonskomiteen om Rapport fra utvalget til å utrede Stortingets kontrollfunksjon – kapittel 10 forslag til lov om Stortingets ombud for kontroll med forvaltningen (sivilombudsloven).

NOU 2020:4 Ny utlendingslov.

Dokument 21 (2020-2021) Rapport til Stortinget fra utvalget til å utrede Stortingets kontrollfunksjon.

St.meld.nr. 49 (2003-2004) Mangfold gjennom inkludering og deltakelse.

AI-2009-103 Instruks om vurdering av identitet i saker etter utlendingsloven.

NOAS. NOAS' høringsvar – Rettshjelpsutvalgets utredning NOU2020:5.2020.<file:///Users/malene/Downloads/NOAS%20h%C3%B8ringsvar%20-%20NOU%202020%20-%205%20-%20Likhet%20for%20loven.pdf>

Andre kilder fra offentlig forvaltning og Storting

Kunnskapsdepartementet. «Regjeringen vil prioritere flyktninger som er lesbiske, homofile, bifile og transpersoner.» (05.07.2020)
<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/regjeringen-vilprioritere-flyktninger-som-er-lesbiske-homofile-bifile-og-transpersoner/id2722183/> hentet 24.11.22

Likestillings- og diskrimineringsnemnda – Klage over Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse av 27. mai 2015, 20. juni 2016. Dokumentnr. LDN-2015-50-2 [Lest i Lovdata Pro].

Likestillings- og diskrimineringsombudet – 14/435 Praktisering av regelverk var ikke diskriminering på grunn av seksuell orientering, 27. mai 2015.
<https://www.ldo.no/arkiv/klagesaker/klagesaker-2016/lhbt/14435-praktisering-av-regelverk-var-ikke-diskriminering-pa-grunn-av-seksuell-orientering/>

Likestillings- og diskrimineringsombudet – Retten til familiejenforening for likekjønnede par, 03. mai 2019.
<https://innsyn.onacos.no/ldo/wfdocument.ashx?journalpostid=2019002485&dokid=234152&versjon=1&variant=A&>

- Stortinget «Stortinget – møte onsdag den 10. februar 2021.» (10.02.2021)
<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Referater/Stortinget/2020-2021/refs-202021-02-10/?all=true> hentet 24.11.22.
- Utlendingsdirektoratet Oppholdstillatelse for å inngå ekteskap, 01. januar 2010.
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/udi-retningslinjer/udi-2010-077/>
- Utlendingsdirektoratet Visumpraksis for grønn gruppe, 05. juli 2012.
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/udi-retningslinjer/udi-2012-005/>
- Utlendingsdirektoratet Visumpraksis for gul gruppe, 27. juni 2012.
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/udi-retningslinjer/udi-2012-006/>
- Utlendingsdirektoratet Visumpraksis for oransje gruppe, 27.06.2012.
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/udi-retningslinjer/udi-2012-007/>
- Utlendingsdirektoratet Visumpraksis for rød gruppe, 27.06.2012.
<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/udi-retningslinjer/udi-2012-008/>
- Utlendingsdirektoratet Utlendingsdirektoratets svar – retten til familiegjenforening for likekjønnede par, 18. juni 2019.
<https://innsyn.onacos.no/ldo/wfdocument.ashx?journalpostid=2019003441&dokid=235698&versjon=1&variant=P&/>
- Utlendingsdirektoratet Utlendingsdirektoratets tilbakemelding – Retten til familiegjenforening for likekjønnede par, 25. juni 2020.
<https://innsyn.onacos.no/ldo/wfdocument.ashx?journalpostid=2020003723&dokid=247261&versjon=1&variant=P&/>
- Utlendingsdirektoratet «Asylsøknader etter statsborgerskap og måned (2020).» (2021b)
<https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylsoknader-etter-statsborgerskap-ogmaned-2020/> hentet 24.11.22.
- Utlendingsdirektoratet «Asylsøknader etter statsborgerskap og måned (2022).»
<https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylvedtak-etter-statsborgerskap-og-utfall-2022/> hentet 25.11.22.

Litteratur

Øyen, Øyvind Dybvik (red.). Lærebok i Utlendingsrett. 2.utg., Oslo: Universitetsforlaget. 2018

Foreningen fri «Arbeidsprogram 2020–2022.» https://www.foreningenfri.no/wp-content/uploads/Arbeidsprogram-FRI-2020-2022_Innstilling-fra-LS-120.pdf

ILGA World ved Mendos, Lucas Ramón mfl. State-sponsored Homophobia 2020: Global Legislation overview update. Geneve: desember 2020. https://ilga.org/downloads/ILGA_World_State_Sponsored_Homophobia_report_global_legislation_overview_update_December_2020.pdf

NOAS Realizing Refugees Right to Family Unity. Oslo: 2019. https://www.noas.no/wp-content/uploads/2019/11/Realizing_Refugees_Right_to_Family_Unity.pdf

Vårt land «Sara fryktar for livet til Mina i Syria, men får ikkje kjærasten til Noreg.» (06.04.2021) <https://www.vl.no/nyheter/2021/04/06/sara-fryktar-for-livet-til-mina-i-syria-men-far-ikkje-kjaerasten-til-noreg/> hentet 24.11.22

VG «Regjeringspartiene strides om familiegjenforening for skeive flyktninger.» (25.06.2019) <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/K3an86/regjeringspartiene-strides-omfamiliegjenforening-for-skeive-flyktninger> [Hentet 24.11.22]

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet – Nye regler for å gifte seg i utlandet fra 1. juni 2007. Nettversjon 07/2011. https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/q-1130_net07-2011_small.pdf[Hentet 24.11.22]