

UiO : **Det juridiske fakultet**

Utlendingsloven § 40.

Forvaltes bestemmelsen i tråd med lovgivers intensjon?

Kandidatnummer: 646

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 17327



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema for oppgaven	1
1.2	Avgrensning	1
1.3	Regulering av utlendingsretten	1
1.4	Lovens formål	1
1.5	Rettsområdet	2
1.6	Rettskildesituasjonen	2
1.7	Metode	3
1.8	Generelt om internasjonale begrensninger og forpliktelser	3
1.9	Historikk.....	3
2	FAMILIEINNVANDRING.....	4
2.1	Definisjon.....	4
2.2	Internasjonale betingelser og forpliktelser	4
	2.2.1.1 Rettspraksis fra EMD	5
2.3	Barnekonvensjonen	6
2.4	Innvandringsregulerende hensyn	6
3	UTLENDINGSLOVEN § 40	7
3.1	Statistikk.....	7
3.2	Utl. § 40,tredje ledd:	7
	3.2.1 Vilkår at ektefellene skal bo sammen	8
	3.2.2 Rettspraksis på området.....	9
	3.2.3 Internasjonale forpliktelser:	13
	3.2.4 Delkonklusjon.....	14
3.3	Utl. § 40,fjerde ledd:	15
	3.3.1 Definisjonen på proforma-ekteskap:	15
	3.3.2 Utdypende om forskjellene på familieetablering og familiegjenforening	15
	3.3.3 Statistikk om proformaekteskap	17
	3.3.4 Andre lands rett	17
	3.3.5 Tolking av fjerde ledd:	18
	3.3.6 Ad «mest sannsynlig».....	18
	3.3.6.1 Rettspraksis angående «mest sannsynlig»	19

3.3.7	Delkonklusjon til § 40, fjerde ledd «mest sannsynlig»	22
3.3.8	Ad «hovedsakelig formålet».....	23
3.3.8.1	Rettspraksis angående «hovedsakelig formål»	23
3.3.9	Delkonklusjon til § 40, fjerde ledd «hovedsakelig formål»	25
3.4	Utl. § 40, femte ledd:	26
3.4.1	Tolking av femte ledd:.....	26
3.4.1.1	Ad «mishandling»	27
3.4.1.2	Ad «grov utnyttelse»	27
3.4.1.3	Ad «etablert samliv»	27
3.4.1.4	Ad «mest sannsynlig»	27
3.4.2	Vurdering av momentliste i Ot.prp. nr 109 (2004-2005) side 18	27
3.4.2.1	Vurdering av punkt a)	28
3.4.2.2	Andre lands rett	29
3.4.2.3	Høringsinstanser.....	29
3.4.2.4	Vandelskontoll	31
3.4.2.5	Rettsikkerheten til referansepersonen i § 40, femte ledd tilfeller	33
3.4.2.6	UNE/Rettspraksis på området:	34
3.4.2.7	Vurdering av punkt c):	36
3.4.3	Delkonklusjon.....	36
3.5	Utl. § 40, sjette ledd:	37
3.5.1	Bakgrunn for lovendringen.....	38
3.5.2	Rettspraksis.....	38
3.5.3	Lovgivningen i Sverige og Danmark.....	39
3.5.4	Nærmere om § 40, sjette ledd	39
3.5.5	Vurdering av punkt a).....	40
3.5.5.1	Nærmere om 10-års karantenefristen	41
3.5.5.2	Forholdet til Menneskerettsloven/barnekonvensjonen	42
3.5.6	Vurdering av punkt b).....	43
3.5.6.1	Høringsinstansene	43
3.5.6.2	Referansepersonens rettsikkerhet i § 40, sjette ledd tilfeller	44
3.5.6.3	«Barnets beste», en sammenligning	44
3.5.7	Delkonklusjon.....	45
3.6	Oppsummering/konklusjon.....	46
4	LITTERATURLISTE	47

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Temaet for oppgaven er vilkår for familieinnvandring til Norge med fokus på utlendingsloven § 40, «oppholdstillatelser for ektefeller».

Utlendingsloven (utl.) § 40 er temmelig omfattende og tar for seg bestemmelsen om aldersgrense, krav om å bo sammen, tvangsgiftemål, proformaekteskap, ektefelle og særkullsbarns rettigheter, fare for mishandling og grov utnyttelse og flergifte.

Et mål med oppgaven er å belyse mer i detalj, enn hva enkelte lærebøker legger opp til, hva bestemmelsene går ut på, og der hvor det er naturlig, å stille meg litt kritisk til det som er skrevet og det som ikke er skrevet. Jeg vil også undersøke rettspraksis, for å kunne konkludere på oppgavens tema; om lovgiveres intensjon er ivaretatt på en god måte.

Jeg vil drøfte § 40, tredje til sjette ledd.

1.2 Avgrensning

Det avgrenses mot utlendinger som omfattes av «Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS avtalen) og Konvensjonen om opprettelsen av Det europeiske Frihandelsforbund (EFTA konvensjonen).

1.3 Regulering av utlendingsretten

Utlendingsretten er i hovedsak regulert i utlendingsloven (utl) av 2008 nr.3,5 som omfatter spørsmål om asyl og flyktingrett, familiegjening, arbeidstillatelser, utvisning, besøksvisum og statsborgerskap. I tillegg kommer «Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15. oktober 2009». (Utlendingsforskriften, uf).

Utlendingers rettsstilling reguleres også blant annet gjennom straffeloven, straffeprosessloven, statsborgerloven og introduksjonsloven.

Kapittel 6 omfatter «Familieinnvandring», jf. §§ 39-53 som fastsetter tillatelsesgrunnlagene.

1.4 Lovens formål

Utl. § 1,1. ledd sier om formålet «Loven skal gi grunnlag for regulering med inn-og utreise, og utlendingers¹ opphold i riket, i samsvar med norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser».

¹ Utlendingsloven § 5

1.5 Rettsområdet

Utlendingsretten er en del av offentlig rett. De organer som behandler familieinnvandringssaker er Utlendingsdirektoratet (UDI) som er første instans og Utlendingsnemnda (UNE) som et uavhengig klageorgan. Her kan avslåtte saker fra UDI bli behandlet. Klagesaker som blir avslått i UNE kan føres videre i den ordinære domstolen.

1.6 Rettskildesituasjonen

Rettskilder finnes først og fremst i utlendingsloven 2008 nr. 35. Det finnes imidlertid ingen gyldig forskrift som omhandler § 40. (Unntak i utlendingsforskriften (uf) 15.oktober 2009 § 9-1a.)

UDI/UNE er en del av forvaltningen og derfor er Forvaltningsloven sentral. (Lov av 10. februar 1967).

De aller fleste saker på området blir avgjort av forvaltningen, derfor er forvaltningspraksis en viktig rettskilde. Den fremkommer i form av praksisdatabaser som UNE er ansvarlig for, og som gir et sammendrag av ulike avgjørelser fattet av nemndmøtevedtak, stornemndvedtak og et utvalg av vedtak avgjort av nemndleder etter forberedelse av sekretariatet eller i sekretariatet.

Avgjørelser som foretas i UDI og som ikke blir anket til UNE fremkommer ikke i disse databasene.

Med unntak av stornemndavgjørelser vil avgjørelser som ligger i praksisbasen ikke gi uttrykk for presedens.²

UNE presiserer at vedtak i en sak ikke nødvendigvis gi uttrykk for en etablert praksis. Det vil kreve en nærmere analyse av et stort antall vedtak uttaler UNE, og da i sin fullstendige form og ikke kun i de korte sammendragene som kommer offentligheten til del.

Forarbeider har betydning ved tolkning av lover. I denne oppgaven gjelder både forarbeidene som omhandler utlendingsloven av 1988 og den nye loven av 2008. Sentrale forarbeider er Ot.prp.nr.75 (2006-2007) og NOU 2004:20.

Det finnes en del underrettsavgjørelser på vedtak UNE har fattet, derimot relativt få Høyesterettsavgjørelser som omhandler det området som skal drøftes i denne oppgaven.

Av aktuell juridisk litteratur nevnes «Lærebok i Utlendingsrett» og Vevstad «Utlendingsloven, kommentarutgave 2010».

² Utlendingsnemnda «UNE» forsiden

1.7 Metode

Metoden som anvendes er i utgangspunktet en tolking av lovteksten, dernest av forskriften. Ved tolkingen gjelder en naturlig språklig forståelse av lovteksten³. Lovforarbeider, og juridisk teori er likeledes tolket etter alminnelige norske tolkingsregler. Der hvor det har vært nødvendig å tolke regler om brudd på internasjonale forpliktelser er disse i utgangspunktet tolket etter folkerettslig metodelære.⁴

1.8 Generelt om internasjonale begrensninger og forpliktelser

Gjennom menneskerettsloven⁵ har Norge inkorporert folkerettslige konvensjoner som gjelder som norsk lov i den grad de er bindende for Norge. I denne oppgaven har særlig menneskerettskonvensjonen (EMK) og EMK artikkel åtte en sentral rolle, i det flere av bestemmelsene i § 40 kan gi grunnlag for drøftelse av blant annet artikkel åtte.

Den europeiske menneskerettighets-domstolen (EMD) har en viktig funksjon som internasjonalt kontrollorgan. Flere norske Høyesterettsdommer har blitt behandlet i denne domstolen.

Utlendingsretten omfatter stadig flere samarbeidsprosjekter som Schengen- samarbeidet og Dublin-samarbeidet.

EUs familiegjenforeningsdirektiv⁶ er ikke bindende for Norge men har likevel betydning for utviklingen av det norske regelverket, blant annet på grunn av ønsket om harmonisering av regelverket med andre europeiske land.⁷

I utl. § 3 uttrykkes det klart at »loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling».

1.9 Historikk

Historisk sett har det vært en svært liberal innvandring til Norge. Det var de store flyktningstrømmene etter første verdenskrig som førte til passtvang for utlendinger og til den egentlige første utlendingslov i 1927. Dette førte igjen til nye lover, mer detaljerte, frem til dagens lov av 2008. Like fullt var det en liberal innvandringspolitikk Norge førte, frem til 1975. Da ble det innført «innvandringsstopp» etter stor innvandring av mennesker som skaffet

³ M. H. Andenæs. «Rettskildelære» 1997, side 15

⁴ Ot. prp. nr. 3 (1998-1999) side 66. Jf. Vienna Convention on the Law of Treaties 23. May 1969. §§ 31ff.

⁵ Menneskerettsloven §§ 2,3

⁶ Direktiv EF 2003/86 EC

⁷ Ot.prp. nr. 75(2006-2007) side 183, jf. «Lærebok i utlendingsrett» side125

seg arbeid i Norge og dermed fikk arbeidstillatelse. Formålet var å begrense innvandringen og ikke fullstendig å stoppe den. Oppholdstillatelse ble bare gitt til bestemte grupper, bl.a. til nære familiemedlemmer og fagutdannet personell. Denne praksisen ble opprettholdt til ny utlendingslov i 1988 hvor grunnlaget for dagens tillatelsessystem ble lagt. Systemet er basert på at det kreves tillatelse av myndighetene for innreise og opphold i Norge.⁸

2 Familieinnvandring

2.1 Definisjon

Familieinnvandring vil si at en utlending får oppholdstillatelse på grunnlag av sin familietilknytning til en person (referanseperson) som er bosatt eller som skal bosette seg i Norge.⁹

En forskjell mellom utlendingsloven 1988 og inneværende lov er at utlendingslovutvalget foreslo at flere av utlendingsforskriftene fra 1988 skulle reguleres direkte av Stortinget i lovs form,¹⁰ dette ikke minst fordi utlendingsproblematikken av i dag ser ganske annerledes ut enn i 1988.

«Familieinnvandring» brukes som samlebetegnelse for familiegjenforening og familieetablering.¹¹

«Familiegjenforening» gjelder tilfeller hvor partene har levd sammen som ektefeller eller samboere før referansepersonen kom til Norge eller hvor søkeren er referansepersonens barn. (Særkullsbarn kan søke om familiegjenforening etter visse vilkår, jf. § 40, femte ledd.)

Som familiegjenforening vil det også være når partene har levd i et etablert samliv i Norge mens begge har hatt oppholdstillatelse her.

«Familieetablering» brukes når søkeren har inngått ekteskap med en person som allerede er bosatt i Norge, og partene ønsker å leve sammen her.¹²

Forarbeidene¹³ peker på at familiegjenforening i et rettighetsperspektiv som hovedregel veier tyngre enn retten til familieetablering.

2.2 Internasjonale betingelser og forpliktelser

EMK artikkel 8 er som nevnt viktig å forstå i forbindelse med familieinnvandring.

«Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.»

⁸ «Lærebok i utlendingsrett» side 25

⁹ UNE «Familieinnvandring»

¹⁰ Ot.prp. nr.75 (2006-2007)side 13

¹¹ Jus og beredskapsdepartementet, «Familieinnvandring»

¹² Justis og beredskapsdepartementet, «Familieinnvandring»

¹³ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) kap.9.6.1.1 side 183ff, jf. Direktiv EF 2003/86EC

Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter».

2.2.1.1 Rettspraksis fra EMD

I saken Chandra and Others against the Netherlands, kom EMD-domstolen til at EMK artikkel åtte ikke var krenket.¹⁴

Klageren flyttet fra ektemann og fire barn i Indonesia til Nederland i 1992. Her flyttet hun sammen med en nederlandsk statsborger og fikk, pga. denne relasjonen oppholdstillatelse, og statsborgerskap i 1996.

I 1997 oppgav eks-mannen omsorgsansvaret for barna og barna søkte om familiejenforening i Nederland. Dette ble nektet da rettssystemet mente moren ikke hadde fulgt opp barna mens de bodde i Indonesia, hverken økonomisk eller «forelder-oppfølging», selv etter at hun hadde fått omsorgsansvaret for barna.

Det lokale rettssystemet hevdet at det ikke var noe i veien for at familien kunne leve som en familie i et annet land, f. eksempel Indonesia.

Moren hevdet det ikke var noen opsjon å flytte til Indonesia, eks-mannen var voldelig og hadde problemer med alkohol. Hun hevdet også at hun ble trakassert av politimyndighetene hvor hun hadde søkt hjelp. I sum var dette såpass alvorlig at hun hadde blitt traumatisert og måtte søke psykiatrisk hjelp i Nederland.

EMD fastslo at hun kunne flytte til en annen del av landet for å unngå eks-mannen. Retten hevder det må være en rimelig balanse mellom individets interesser og samfunnets interesser, hvor Staten har en viss skjønnsmargin (margin of appreciation). Videre mente retten at artikkel åtte ikke skulle tolkes slik at den pålegger Staten å respektere utlendingens ønske om bosted og å tillate familieinnvandring. (Min oversettelse).

EMD konkluderte med at Staten har balansert klagerens interesser på den ene side og dens egen interesse av å kontrollere immigrasjon på den annen side.

I saken Boultif versus Switzerland¹⁵ vurderte retten hvorvidt nektelse av retten til familieliv var «nødvendig i et demokratisk samfunn», jf. EMK artikkel åtte.

Boultif, algerisk statsborger, ankom Sveits på turist visa i desember 1992. Han giftet seg med en sveitsisk kvinne i 1993. I mai 1998 startet han en to år lang fengselsstraff for til dels alvor-

¹⁴ European Court of Human Rights sak 53102/99

¹⁵ EMD sak 54273/00 (2001)

lige forbrytelser. Senere samme måned nektet sveitsiske myndigheter å fornye hans oppholdstillatelse på grunn av de kriminelle handlingene han hadde begått, og påla han å være ute av landet senest pr. januar 2000. Han flyttet samme år til Italia og innklaget myndighetenes avgjørelse til EMD med påstanden om at beordringen om å forlate Sveits hindret han samvær med sin kone. Hans kone snakket ikke algerisk og det kunne ikke forventes at hun skulle flytte med han til Algerie.

EMD fastslo at Boultif hadde vært utsatt for alvorlig hindringer i å etablere et familieliv, i det det praktisk var umulig for han å bosette seg andre steder enn i Sveits. Domstolen mente også at klageren ikke representerte noen særlig fare mot offentlig orden, såpass lenge etter de kriminelle handlingene, og derfor var det en uforholdsmessig avgjørelse og ikke å fornye hans oppholdstillatelse. Dermed konkluderte retten med at det hadde vært en krenkelse av EMK artikkel åtte.

2.3 Barnekonvensjonen

Barnekonvensjonen (BK) gir ingen absolutt rett til familiegjenforening, men den gir viktige føringer. I BK artikkel 3 fastslås det at barnas beste skal være «et grunnleggende hensyn». Det skal tolkes som at «barnets beste» er et av flere hensyn. Et annet hensyn, som kan trumfe «barnets beste» kan være «innvandringsregulerende hensyn».¹⁶

2.4 Innvandringsregulerende hensyn

Utl. § 38 fjerde ledd fastslår at ved vurderingen om oppholdstillatelse skal innvilges kan «innvandringsregulerende hensyn» vektlegges. Uttrykket er ment som en samlebetegnelse som skal omfatte ulike hensyn hvor et viktig formål er å sikre en kontrollert og begrenset innvandring. En ledetråd i tanken rundt regulert innvandring er at like saker skal behandles likt. Her vurderer departementet det slik at en avgjørelse kan få den konsekvensen at mange senere saker må få samme utfall som igjen vil føre til en økning av søknader. Dette kan føre til at oppholdstillatelse i den konkrete saken nektes. Bestemmelsen er ikke uttømmende, men departementet vektlegger at hensynet til samfunnsmessige konsekvenser er «særlig relevant overfor personer som er kriminelle eller av andre grunner utgjør en trussel for samfunnet».¹⁷

I saken LB-2011-135931 var to samboere fra Bosnia-Hercegovina ankommet Norge i 2003. De fikk barn samme år, og søkte asyl. Samboerparet fikk avslag både etter utl. § 28 og etter § 38. Endelig vedtak ble truffet i 2005. Omgjøring ble begjært flere ganger, og det var særlig vektlagt den tilknytning barnet etter hvert hadde oppnådd i Norge.

¹⁶ Meld. St. 27 (2011-2012) Barn på flukt, kap 6.3.4

¹⁷ Meld. St. 27 (2011-2012) «Barn på flukt», kap. 6.3.4

Avslagene var begrunnet i innvandringsregulerende hensyn, blant annet at partene ikke hadde rettet seg etter de vedtak som myndighetene traff. Formelle utreiseplikt etter de endelige avslagsvedtak i 2005).

3 Utlendingsloven § 40

3.1 Statistikk

Man ser en stadig økende flykningsstrøm til Europa og Norge. I stor grad skyldes dette konflikter land i mellom. F.eks. pågående konflikter i Syria og Irak. En annen trend ser vi hvor mennesker flykter fra Afrika til Europa, fordi de ønsker en bedre tilværelse for seg og sine. Innsikt i vestens levestandard, utdanning, helsetilbud og velferdsordninger har blitt enklere med ny informasjons teknologi, og bidrar nok til økt innvandring.

I perioden 1990-2012 innvandret det fra land utenfor Norden 580000 personer. Av disse var ca. 200000 familieinnvandrere. Familiegjengenforening har økt særlig mye ifra år 2000. Dette skyldes i stor grad den økte arbeidsinnvandringen ifra nye EU land.¹⁸

3.2 Utl. § 40,tredje ledd:

«Med mindre særskilte omstendigheter tilsier noe annet, er det et vilkår at ektefellene skal bo sammen».

Tredje ledd er en av flere virkemidler for å hindre proforma-ekteskap¹⁹. (Temaet vil bli ytterligere drøftet under § 40, fjerde ledd).

Et annet virkemiddel med vilkåret om å bo sammen er å kunne tilbakekalle/avslå tillatelse der det i ettertid viser seg at partene f.eks. flyttet fra hverandre en stund før de tok ut separasjon, og tillatelsen ergo kan tilbakekalles fra tidspunktet partene flyttet fra hverandre. Med det resultat at man muligens ikke har opptjent oppholdsrettigheter i Norge.²⁰ I praksis kommer ikke bokravet på spissen i forbindelse med førstegangssøknad, men ved søknad om fornyelse/tilbakekall. (Se rettspraksis nedenfor).

Det vil bli sett nærmere på om bestemmelsen er for restriktiv, og hvorvidt bestemmelsen praktiseres etter lovgivers intensjon.

¹⁸ Statistisk sentralbyrå, «Familieinnvandring og ekteskapsmønstre» ved T. Sandnes/K. Henriksen

¹⁹ UDI 2010-001-GI «Proformabetraktninger»

²⁰ UDI RS 2014-011 kap. 3.4 punkt 3.4.2, jf. statsborgerloven § 26, 2.ledd

3.2.1 Vilkår at ektefellene skal bo sammen

NOU 2004:20²¹ mener «av bevismessige grunner vil det gjerne være enklere å reagere mot proformaekteskap etter at oppholdstillatelse er gitt og søkeren har bosatt seg i Norge». Dersom det viser seg at partene ikke bor sammen, vil tillatelsen kunne tilbakekalles eller fornyelse nektes under henvisning til at vilkåret om at partene skal bo sammen ikke er oppfylt. Det er da i prinsippet ikke nødvendig å ta stilling til proformas spørsmålet».

Departementet uttaler²² at det skal være et vilkår at ektefellene skal bo sammen, med mindre særskilte omstendigheter foreligger. Det vil ikke, som hovedregel, aksepteres at ektefellene bor på ulike adresser grunnet skolegang eller arbeid. Der den ene parten må ukependle vil forskjellige adresser ikke bli godtatt. Departementet godtar ikke forskjellige adresser dersom den ene ektefellen er fengslet.

I forarbeidene²³ nevnes som eksempler på hva «særskilte omstendigheter» kan innebære. Har en av ektefellene arbeid i Nordsjøen, og det ikke er anledning til å ta med seg ektefellen, vil unntak aksepteres. Likeså hvor referansepersonen skal arbeide for norske interesser eller for en humanitær organisasjon i utlandet.

Forarbeidene problematiserer ikke hva som menes med «norske interesser». Har du en stilling i en norsk privat bedrift i utlandet er dette da «i norske interesser» eller siktes det kun til offentlig virksomhet?²⁴ Nok et spørsmål er hvorfor må det være i «norske interesser» i det hele tatt? For øvrig kan det også spørres hvorfor det å ha arbeid i nettopp en humanitær organisasjon i utlandet kvalifiserer til unntak fra kravet om å måtte bo sammen. Riktignok kan det være vanskelig å medbringe ektefelle, men slettes ikke i alle tilfeller. Er du f. eks. ansatt i Røde Kors' sitt hovedkvarter i Genève vil det neppe være komplisert.

§ 40, tredje ledd er, som nevnt, et av flere virkemidler for å hindre proforma-ekteskap, men det kan spørres om hvor effektiv bestemmelsen er. Dersom person A og B inngår et proforma ekteskap for at A skal få oppholdstillatelse vil man med kjennskap til bestemmelsen i § 40, tredje ledd kunne forholde seg til den. På den måten vil ekteskapet kunne fremstå som reelt.

Noen vil antageligvis mene at utlendingsmyndighetenes tolking av «å bo-sammen» er streng, at den kan skape problemer for de det gjelder. Det vil jo gjøre det dersom f. eks. ektefelle A ønsker å studere i X, mens ektefelle B kan få arbeid i Z.

²¹ NOU 2004:20 kap. 8.5.4. side 226

²² Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 189

²³ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 189

²⁴ Stortinget.no. Dokumentarkiv, tale 13.03.13. Utenriksminister Barth-Eide

Flertallet av medlemmene i Kommunal-og forvaltningskomiteen²⁵ mente at når man skal gjøre en vurdering om det foreligger et proforma ekteskap må det innebære en helhetsvurdering, og «ikke en stivbent praktisering av regelverket». Det var også enighet i stortingskomiteen om at i arbeidet med ny forskrift bør det ses på en mer fleksibel praktisering av kravet om å bo sammen. (Ny forskrift som omhandler dette temaet er ikke på plass pr. oktober 2014).

Det kan på den annen side synes rimelig å kreve at ektefellene skal bo sammen, i den situasjonen ektefeller som søker familieinnvandring befinner seg i. Det er jo generelt slik reelle ekteskap bor i Norge. Bostedskontroll blir enklere for myndighetene å utføre, og ikke minst verifisering av om virkelig partene bor sammen blir enklere.

I LB-2011-162056 kom lagmannsretten frem til at det forelå proforma ekteskap. Det ble blant annet vektlagt at det etter flere bostedskontroller ikke kunne sannsynliggjøres felles bosted på noen adresser.

En studie UDI viser til indikerer økt bekymring i Europa angående spesielt proformaekteskap.²⁶

3.2.2 Rettspraksis på området

LB-2012-598:

Bakgrunnen for saken var at UNE hadde tilbakekalt arbeids og bosettingstillatelsen²⁷ samt avslag på søknad om norsk statsborgerskap. Grunnlaget var i henhold til UNE at vilkåret om at søker må bo sammen med sin ektefelle var brutt. (Den aktuelle bestemmelsen om tilbakekall finnes i utl. § 63, jf. utl. § 80.)

Med «tilbakekall» i denne sammenheng forstås at dersom utlendingen mot bedre viten har oppgitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av vesentlig betydning for vedtaket vil spørsmålet om tillatelsen må betraktes som en nullitet eller at den bare er angripelig, dukke opp. Med «angripelig» menes at vedtaket blir stående inntil nytt vedtak om tilbakekall er truffet.²⁸ I henhold til H. P. Graver²⁹ fremkommer det at i hevdvunnen forvaltningsrettslig lære vil et vedtak som innvilger rettigheter hvor det foreligger en ugyldighetsgrunn bare være angripelig.

Saken handlet om A fra Sri Lanka som i 2000 ankom Norge for å gifte seg med B, som var norsk statsborger. De hadde ikke sett hverandre før, det var et såkalt arrangert ekteskap i følge

²⁵ Innst. O. nr. 42 (2007-2008) kap 8.2

²⁶ UDI «Misuse of the Right to Family Reunification» (2012)

²⁷ Utlendingsloven 1988 § 13 første ledd, første punktum

²⁸ Vevstad, «Utlendingsloven, kommentarutgave»2010, side 410

²⁹ H. P. Graver, «Alminnelig forvaltningsrett» 2007 side 607, jf. Vevstad, «Utlendingsloven» 2010, side 410

tamilsk tradisjon. B bodde sammen med sine foreldre som bodde i Oslo, og A flyttet inn der. De giftet seg i 2000, samlivet opphørte i 2004, og skillsmissebevilling ble gitt i 2006.

A fikk arbeidstillatelse i 2000 som i henhold til bestemmelsene ble fornyet til rett tid. Vilåret om at tillatelsen kun var gyldig dersom ekteskapet besto, og at partene levde sammen ble gjentatt i tillatelsene.

A søkte om bosettingstillatelse i 2003 og oppgav at ektefellene hadde samme adresse som tidligere. A ble innvilget bosettingstillatelse i mai 2004 (utl. 1988) og i desember 2006 søkte han om norsk statsborgerskap.

Myndighetene fikk i 2007 imidlertid kjennskap til at B hadde oppgitt til Posten at hun oppholdt seg i Bergen i perioden oktober 2002 til juni 2003. Oppholdet skyldes håp om praksisplass hos X.

Dette ble det ikke noe av og hun ble deretter igjen registrert på samme adresse som A. (Det ble ikke meldt noen adresseendring til Folkeregistret, som heller ikke var nødvendig) I perioden hun oppholdt seg i Bergen besøkte hun ektemannen på deres felles bolig i Oslo både jul og påske og et kort besøk i mai.

UDI tilbakekalte arbeids og bosettingstillatelsene i to vedtak 28. oktober 2008. Begrunnelsen var at A pliktet å bo sammen med sin ektefelle og dette vilåret var brutt. Vedtakene ble begrunnet med at «det kan tilbakekalles dersom utlendingen mot bedre viten har gitt uriktige opplysninger og eller fortiet forhold av vesentlig betydning for vedtaket, eller dersom det for øvrig følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler.....» Hjemmelen var utl. § 63, første ledd. (Utl. 2008).

Dagen etter ble søknaden om statsborgerskap avslått, dette fordi As arbeids og oppholdstillatelse var tilbakekalt, og følgelig oppfylte han ikke statsborgerlovens krav om syv års opphold i Norge de siste ti år.³⁰

Vedtakene ble anket av A i november 2008 og i UNEs vedtak av 24.februar 2011 ble klagen avslått.

A anket til tingretten som i oktober 2011 avsa dom på at UNEs vedtak av 24. februar var ugyldig. Staten ved Utlendingsnemnda anket dommen.

Lagmannsrettens fastslår at gjenstand for prøving er UNEs vedtak av 24.februar 2011.

Retten fremhever at departementet i forarbeidene mener at som hovedregel skal ektefellene bo sammen og at regelen skal tolkes restriktivt.

Spørsmålet blir nå om, i denne konkrete saken, vilkårene for å bo sammen ble brutt da B oppholdt seg i Bergen. Retten uttaler at «en naturlig språklig forståelse av kravet om å bo sammen må være at partene har felles adresse hvor de utøver normalt samliv mesteparten av fritiden, dette slik Staten har fremholdt». Formålet med bestemmelsen er blant annet å forhindre proforma ekteskap.

Det er imidlertid et faktum at i Norge vil det bli oppfattet å «leve sammen» selv om den ene ektefellen må ukependle grunnet utdanning eller arbeid. Men, fremhever retten, «i utlendingsrettslig sammenheng legges det til grunn en strengere tolking».

³⁰ Statsborgerloven kap. 3

Retten finner at A har brutt vilkåret for tillatelsene om at A skulle bo sammen med B. Dette basert blant annet på Bs sjeldne besøk i Oslo.

Retten skulle så vurdere om utlendingsforvaltningen kunne tilbakekalle As arbeids- og bosettingstillatelser. I sitt vedtak av 24. februar 2011 hevdet UNE at As arbeidstillatelse ble tilbakekalt i henhold til alminnelige forvaltningsrettslige regler fordi B oppholdt seg i Bergen. Bosettingstillatelsen ble tilbakekalt fordi A «mot bedre viten» hadde fortiet forhold av vesentlig betydning da han i 2003 søkte om bosettingstillatelse og oppga at ektefellene hadde samme adresse i Oslo og dermed fremkom det ikke at B hadde adresse i Bergen.

Retten legger til grunn at A ikke handlet «mot bedre viten» slik UNE hevdet, men at han ikke forstod at ektefellens midlertidige opphold var et brudd på vilkårene om å bo sammen. A hevdet at på Sri Lanka ville det å måtte oppholde seg et annet sted en ektefellen i utdanningsøyemed ikke bli sett på som om ektefellene ikke bodde sammen på samme adresse. Retten mente det ikke er grunn til «noen særlig sterk bebreidelse» at A ikke hadde satt seg grundig nok inn i gjeldene regler og derved opptrådt uaktsomt. Det må også ses hen til at ekteskapet ble sett på som reelt av myndighetene. Det var usikkert hvor lenge oppholdet i Bergen ville vare, og ut fra reglene eller praksis om adresseendring³¹ for borteboende studenter både på Sri Lanka og i Norge var det ikke spesielt kritikkverdigg at A på søknaden om bosettingstillatelse oppga at ektefellene hadde samme adresse i Oslo. Det er i hvert fall ikke grunnlag for å si at han opptrådte «mot bedre vitende». Noen adgang til å tilbakekalle tillatelsene etter dette vilkåret i utlendingsloven § 63 første ledd foreligger dermed ikke.

Retten undersøkte så om UNEs henvisning til utl. § 63, første ledd til alminnelige forvaltningsrettslige regler gir adgang til tilbakekall, jf. forvaltningsloven § 35, siste ledd. Bestemmelsene gir en viss adgang til tilbakekall av forvaltningsvedtak til skade for en part. Men dette forutsetter i følge retten en «interesseavveining eller forholdsmessighetsvurdering», og i såfall må de «hensynene som taler for tilbakekall veie vesentlig tyngere enn de hensyn som taler imot».³²

UNE hevder det ikke foreligger opplysninger som tilsier at tilbakekall vil være et uforholdsmessig tiltak. Blant annet må det vektlegges allmennpreventive hensyn, myndighetenes kontroll med utlendingers opphold i Norge og de må kunne stole på at utlendingens opplysninger er korrekte.

En kan stille spørsmål ved om det her er UNEs intensjon å praktisere «innvandringsregulerende hensyn», som kan synes noe strengt i denne konkrete saken gitt lang botid mm. (Se nedenfor) På den annen side er det å ha respekt for lovens regler sentralt. «Det bør ikke fattes vedtak som i praksis belønner regelbrudd som f.eks å gi uriktige opplysninger eller ikke å overholde fattede vedtak».³³

³¹ Forskrift om folkeregistrering § 5-5

³² T. Eckhoff/E. Smith, Forvaltningsrett (2010) side 331

³³ Meld. St. 27 (2011-2012)

Etter lagmannsrettens syn vil et tilbakekall av tillatelsene være et uforholdsmessig tiltak overfor A. Han har bodd i Norge i 13 år, har vært i jobb hele tiden, tatt utdanning og deltatt i frivillig arbeid. Bruddet på vilkåret om å bo sammen med ektefellen var ikke særlig alvorlig og kan kun ses på som uaktsomhet, og ikke mistanke om proformaekteskap. Retten mener da at de allmennpreventive og innvandringsregulerende hensyn må tillegges mindre vekt.

Lagmannsretten kommer til at de hensyn som er i favør av å tilbakekalle ikke er vesentlig tyngere enn de hensyn som taler imot. Det betyr at UNE ikke hadde adgang- etter alminnelige forvaltningsrettslige regler- å tilbakekalle As tillatelser. Vedtaket av 24. februar 2011 er derfor ugyldig.

Følgende sak viser hvor viktig § 40, tredje ledd kan være i forhold til vilkåret om å bo sammen.

LB-2006-82738-2:

Saken gjaldt gyldigheten av UNEs vedtak om avslag på fornyelse av arbeidstillatelser og tilbakekall av gitte arbeidstillatelser for tre marokkanske statsborgere. De tre var far/ektefelle (A) født 1956, og to døtre fra tidligere ekteskap, B, født 1984 og C født 1986. Bakgrunnen for vedtaket var at ektefellene ikke oppfylte kravet om å bo sammen og at ekteskapet framsto som proforma. (Det vil bli fokusert på den delen av rettssaken som dreier seg om å «bo sammen».)

Utlendingsloven av 1988 er anvendt. I henhold til T. Einarsen³⁴ viderefører utlendingsloven av 2008 i det vesentlige substansen i utlendingsloven av 1988.

A ankom Norge på turistvisum i 1999. Her traff han norsk statsborger D født 1942, og etter noen måneder ønsket partene å inngå giftemål. Paret reiste til Marokko i juli 2000 og ekteskap inngått samme år i september.

A fikk innvilget arbeidstillatelse etter vedtak av UDI i oktober 2001, dette på grunnlag av ekteskapet med D. Det ble i vedtaket gjort oppmerksom på at det er vilkår om at ektefellene må bo sammen og at ekteskapet består.

Etter ankomst til Norge fikk han arbeid i desember 2001. Han bodde hos venner mens D oppholdt seg på X.

Døtrene B og C fikk de nødvendige tillatelsene høsten 2002 og bosatte seg etter kort tid i Oslo. I mars 2004 meldte A, døtrene og D flytting til Y i Oslo.

I januar 2003 fornyet A sin oppholds- og arbeidstillatelse for ett år.

A og døtrene søkte om fornyelse av oppholds- og arbeidstillatelser høsten 2003. As søknad ble avslått av UDI 7. januar 2004 og det ble varslet om tilbakekall av gitt arbeidstillatelse samt at utvisning ble vurdert. 8. januar avslø UDI døtrenes søknader og ble varslet om tilbakekall av tillatelser. I vedtak av 26. februar 2004 tilbakekalte UDI arbeidstillatelsene for alle tre. Vedtakene bygget på at A og Ds ekteskap var inngått pro forma og at partene aldri hadde bodd sammen.

³⁴ T. Einarsen, Gyldendal Rettsdata note* til Utlendingsloven

Som nevnt, UNE stadfestet UDIs vedtak. Saken ble anket til tingretten, som frifant staten v/UNE.

A,B og C anket saken til lagmannsretten.

Lagmannsretten la til grunn tingrettens vurdering om at A og D ikke har bodd sammen etter As ankomst til Norge i november/desember 2001, men først flyttet sammen/meldte flytting til samme adresse i mars 2004. Retten fastet ikke lit til at D faktisk hadde bodd sammen med A og peker på at ved en bostedskontroll i Z veien i november ble det opplyst av utleieren at D hadde bodd i Z veien til slutten av oktober. Retten hevder videre at flyttemeldingen ikke kan tillegges stor vekt idet den i tid ligger etter UDIs avslag på søknad om fornyet arbeidstillatelse.

Flere momenter blir vurdert, blant annet at det å «bo sammen» er noe mer enn felles adresse, og f.eks. ukependling vil normalt ikke godkjennes. A påståtte ukependling i denne saken kan således ikke telle med. Ved vurderingen må man se på den andres mulighet til å flytte etter den som pendler og hvor omfanget av brudd på samvær. I tillegg forelå det lite troverdige og sprikende forklaringer, samt resultatet av bostedskontrollen.

Retten finner det etter dette klart at A og D ikke bodde sammen i utlendingsforskriftens forstand og lagmannen konkluderer med at UNEs vedtak bygger på korrekt rettsanvendelse og bevisvurdering der nemnda finner at A ikke oppfyller vilkårene for å få fornyet arbeidstillatelsen.

Også UNEs vedtak om ikke å ta til følge C og Bs klager på UDIs vedtak om å tilbakekalle deres arbeidstillatelser, bygger på riktig faktum og rettsanvendelse idet A-referansepersonen ikke hadde lovlig opphold.

3.2.3 Internasjonale forpliktelser:

Det kan spørres om § 40, tredje ledd kommer i konflikt med EMK artikkel 8.

Når EMK artikkel 8 skal tolkes, jf. side fire, må det klargjøres at et inngrep i retten til respekt for familielivet ikke nødvendigvis betyr en krenkelse av konvensjonen.

Grensen for lovgivers frihet må defineres ved at bestemmelsens punkt 1 ses i sammenheng med punkt 2. Slik det beskrives i forarbeidene³⁵ forutsettes det i punkt 2 at et inngrep kan aksepteres av EMK hvis

- Formålet med inngrepet er legitimt
- Inngrepet har et tilstrekkelig klart rettslig grunnlag
- Inngrepet er «nødvendig i et demokratisk samfunn».

³⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 181

I utgangspunktet tilfredsstillers norsk lovgivning krav til hjemmel i forhold til EMK artikkel åtte. Det er det tredje kravet, mener forarbeidene, som krever avklaring. Det kan spørres om staten i denne saken benytter akseptable virkemidler for å oppnå formålet. «Dette er et sammensatt og skjønnspreget tema, hvor det langt på vei er hva Menneskerettsdomstolen på et gitt tidspunkt finner samfunnsmessig og menneskerettslig i lys av rettsutviklingen og samfunnsutviklingen for øvrig.»³⁶

Det må foretas en interesseavveining mellom inngrepet av de legitime formålene og inngrepet i privatlivet. EMD uttrykte det slik i Olsson versus Sverige 1988³⁷:

«The notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued».

Forarbeidene konkluderer med at det ikke er mulig å trekke noen bastante slutninger om hvilke skranker for den statlige suverenitetsutøvelsen som følger av forholdsmessighetsprinsippet. Dette skyldes i stor grad at få domsavgjørrelser foreligger, og dermed lite grunnlag til å vurdere vanskelige grensespørsmål. «Likevel kan man med stor sikkerhet fastslå at gjeldende praksis ligger trygt innenfor de rammene som følger av EMK artikkel 8.»³⁸

3.2.4 Delkonklusjon

Drøftelsen av § 40, tredje ledd viser en antageligvis for restriktiv anvendelse av § 40, tredje ledd, som kan virke unødvendig støtende på innvandrerguppen. Det kan spørres hvorfor det skal være forskjell på kravet om å måtte bo sammen for en del av befolkningen og ikke den andre.

Samtidig viser drøftelsen at ved ikke å ha en bestemmelse som krever å bo sammen kan proforma ekteskap være lettere å gjennomføre, i det kravet om at ekteskapet skal være reelt blir vanskeligere å kontrollere. Dette kan bety at inngrepet er nødvendig.

Det bør problematiseres hvorvidt lovgiver kan få til mer smidige -bo sammen-ordninger enn det man ser i dag. For på den måten å komme i mer harmoni med slik befolkningen generelt lever sitt samliv i dag.

I LB-2012-598 saken er det et gap mellom UNEs syn på «forholdsmessighet» og lagmannsrettens syn. UNE legger ikke avgjørende vekt på det faktum at A hadde 13 års botid i Norge, hatt fast jobb i disse årene, tatt utdanning mm. Lagmannsretten mente det ville være en uforholdsmessig handling ikke å innvilge opphold gitt hans bakgrunn de siste 13 årene.

³⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 181

³⁷ EMD nr. 10465/83 avsnitt 67

³⁸ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 182/3

Forarbeidene³⁹ peker på at det vil oppstå saker (utenfor asylsaksfeltet) hvor det kan være urimelig å nekte opphold fordi søkeren har en sterk tilknytning til riket. Det kan se ut til at UNE referer til tiltak som i sum dekkes under «innvandringsregulerende» hensyn (se over) og ikke tar hensyn til den lange bo-tiden som A har i riket. En kan stille spørsmål om UNE forholder seg til gjeldende regelverk.

I LB-2006-82748-2 saken synes det klart at forholdsmessighetsvurderingen ikke bød på vanskeligheter. Retten hadde ikke særlig tillit til de forklaringer som ble gitt og bostedskontoller viste at ektefellene ikke hadde bodd sammen. Det forelå ingen omstendigheter som skulle tale for et annet utfall.

3.3 Utl. § 40, fjerde ledd:

«Oppholdstillatelse kan nektes dersom det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere et grunnlag for opphold i riket for søkeren».

Fjerde ledd omhandler proforma ekteskap. (I Rt -2013-937 ble «omstøtelsesekteskap» uttrykket introdusert som erstatning for proforma-ekteskap.)

Bestemmelsen er en «kan» regel. Det betyr at myndighetene kan nekte oppholdstillatelse om «det hovedsakelige formålet» med ekteskapet for søkeren er å skape et grunnlag for oppholdstillatelse.⁴⁰ Regelen oppstiller altså et vilkår om at ekteskapet må være reelt.

3.3.1 Definisjonen på proforma-ekteskap:

«Hvis hovedgrunnen til at noen gifter eller forlover seg, er at han eller hun ønsker å komme til Norge, kalles det proformaekteskap».⁴¹ UDI føyer til: «Hvis hovedgrunnen til at søkeren har giftet seg eller forlovet seg, er at han eller hun ønsker å komme til Norge, kalles det proformaekteskap

3.3.2 Utdypende om forskjellene på familieetablering og familiegjenforening

I forbindelse med den nye loven (2008) ble det nøye vurdert om proformabestemmelsen kun skulle gjelde i familieetableringstilfellene og ikke i familiegjenforeningstilfellene.

³⁹ NOU 2004:20 kap. 9.6.2.3 side 267

⁴⁰ «Lærebok i utlendingsrett» side 130

⁴¹ UDI «Proformaekteskap»

Forarbeidene⁴² viser til at familieinnvandring prinsipielt kan inndeles i to ulike kategorier:

- 1) «De reelle familiegjeningstilfellene: Tilfeller hvor søkeren(e) ønsker opphold i Norge for å gjenforenes med et familiemedlem som er bosatt eller skal bosette seg her.
- 2) Tilfeller av familieetablering: Tilfeller hvor søkeren nylig har inngått ekteskap med en person som er bosatt eller skal bosette seg i Norge, og hvor partene ønsker å etablere et faktisk samliv i Norge uten at dette allerede er etablert». (Også nevnt på side 4).

Utvalget pekte på at det er vesentlige forskjeller på disse begrepene. Sett fra utvalgets side så vil, ut fra et rettsperspektiv, «familiegjening» veie tyngre enn «familieetablering».

Med andre ord, partene ønsker gjening for å fortsette det samlivet som ble avbrutt da referansepersonen fikk opphold i Norge. I et familieetableringstilfelle er det ennå ikke opprettet noe faktisk samliv.

EMK artikkel åtte, (1) refererer til «familieliv» og en sikker tolkning er at bestemmelsen først og fremst skal beskyttes mot adskillelse av familier som allerede eksisterer, altså familiegjening. («Det «europiske» familiebegrepet, som legges til grunn som utgangspunkt av EMD, er i første rekke foreldre og barn».⁴³) (Et barnløst ektepar er også å betrakte som «familie»).

Andre momenter som ble fremført var at mange av de utfordringer man står overfor i dag nesten utelukkende relaterer seg til familieetableringssakene. Dette gjelder problemer knyttet til f.eks. tvangsekteskap, proformaekteskap og problemer knyttet til mishandling eller utnyttelse av kvinner fra utviklingsland som gifter seg med menn som er bosatt i Norge.

Sett ut fra kompleksiteten foreslo utvalget at det etableres egne bestemmelser i den nye utlendingsloven som skiller mellom «familiegjening» og «familieetablering». Det som skal skille mellom tilfellene er om partene «har levd i et etablert samliv med referansepersonen i utlandet eller i Norge med oppholdstillatelse».⁴⁴

I høringsrunden var det også enighet om å etablere et skille mellom familieetablering/familiegjening i forbindelse med. den nye loven.⁴⁵

På tross av enigheten mente Departementet «fordi det vil være mange og til dels kompliserte tolkningsproblemer knyttet til å operere med et lovmessig skille mellom gjeningstilfeller og etableringstilfeller, anser ikke departementet at det er grunn til å følge opp utvalgets forslag om å etablere et slikt skille i loven»⁴⁶.

⁴² Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 184

⁴³ N. Høstmølingen, «Internasjonale menneskerettigheter»2003, kap. 8, side 223ff

⁴⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 184

⁴⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 185

⁴⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 185

3.3.3 Statistikk om proformaekteskap

Statistisk utgjør proformaekteskap i Norge en liten del av det totale antallet av familieinnvandrings saker. I 2011 ble det gitt avslag i 119 saker som gjaldt proformaekteskap, mens det ble innvilget ca. 6000 tillatelser på grunnlag av ekteskap. Det er usikkert hvor store mørketall som forekommer i denne forbindelse, men ved tre års ekteskap (hvor søker kan oppnå permanent oppholdstillatelse) eller ved syv års ekteskap hvor søker kan oppnå statsborgerskap, (unntak⁴⁷) er det ikke registrert signifikante høye skilsmissetall for denne gruppen.⁴⁸ Til dette bildet hører med at tillatelser som blir innvilget av UDI senere kan tilbakekalles av UNE pga. påvist proforma. (En annen undersøkelse, jf. side 9 viser grunn til bekymring)

3.3.4 Andre lands rett

Sverige har gjennomført EU-direktivet om familieinnvandring, jf. nedenfor.

I utgangspunktet ga den svenske bestemmelsen, lik den danske bestemmelsen, hjemmel for å avslå i andre tilfeller enn i de egentlige proformatilfellene. En forskjell mellom dansk og svensk lovgivning var at i den svenske bestemmelsen handlet det sentrale vurderingstemaet ikke om hovedformålet hadde vært å oppnå opphold, men om forholdet fremsto som seriøst. Vilkåret om at forholdet måtte fremstå som «seriøst», var også et uttrykk for at man ikke anså at ethvert tilfelle av reell familieetablering skulle gi rett til opphold. Det måtte være rimelig å stille ytterligere krav til det tilknytningsmessige forholdet mellom partene.

Ved gjennomføring av EU-direktivet ble «seriøsitetsbestemmelsen» opphevet for ektefeller og samboere, og det ble innført en proformabestemmelse som innebærer at oppholdstillatelse kan nektes dersom et ekteskap eller samboerforhold er inngått utelukkende for å gi utlendingen rett til oppholdstillatelse.⁴⁹

For utlendinger som søker oppholdstillatelse for å inngå ekteskap eller innlede et samboerforhold med en referanseperson i Sverige opprettholdes seriøsitetsbestemmelsen.⁵⁰

I Danmark er det i utlendingsloven inntatt en bestemmelse om proforma ekteskap som favner videre enn både vilkåret om at partene skal bo sammen og vilkåret om at ekteskapet ikke rammes av sedvanerettslige proformaregler. Dette betyr at en søknad om oppholdstillatelse kan avslås dersom det fremkommer at det er bestemte grunner til å anta at det «avgjørende formålet» med ekteskapsinngåelsen eller inngåelsen av et samlivsforhold var å oppnå oppholdstillatelse.⁵¹ Det er primært bevismessige hensyn som ligger til grunn for å nekte tillatelse også utenfor de rene proformatilfellene. Det er da ikke nødvendig å ta stilling til om det å oppnå oppholdstillatelse har vært det eneste formålet, det er nok å konstatere at dette har vært

⁴⁷ Statsborgerloven § 12

⁴⁸ Lærebok i utlendingsrett side 134

⁴⁹ Svensk utlendingslov kap.5, § 17a, første ledd nr. 2. Jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 186

⁵⁰ Svensk utlendingslov kap. 5, § 3a, første ledd nr. 1. Jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 187

⁵¹ Dansk utlendingslov § 9, stk 9, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 186

«det afgørende formål». Det betyr at det er av mindre betydning om partene kan godtgjøre at de også har hatt andre motiver av mer seriøs art, hvis disse ikke har vært utslagsgivende. Når det gjelder beviskravet, ble det i forarbeidene uttalt at det i søknadstilfellene må foreligge «et sikkert grunnlag» for at hovedformålet har vært å oppnå oppholdstillatelse.⁵²

I EU-direktivet om familieinnvandring er det inntatt en klausul om at det ikke skal foreligge en rett til oppholdstillatelse dersom «it is shown that the marriage ... was contracted for the sole purpose of enabling the person concerned to enter or reside in a Member State.» Forarbeidene vurderer det dithen at ved at man her anvender uttrykket «sole purpose», tas det bare sikte på å ramme de tilfeller hvor oppnåelse av oppholdstillatelse har vært det eneste formål med familieetableringen. Rettighetsbegrensningen må derfor forstås slik at den bare rammer de rene proformaforholdene.⁵³

EU-direktivet er ikke bindende for Norge. I henhold til Lærebok i utlendingsrett⁵⁴ ville, om direktivet hadde vært bindende, § 40, fjerde ledd antageligvis måtte endres i det norske rett har en lavere terskel enn EU-retten for proformasaker.

3.3.5 Tolking av fjerde ledd:

Fjerde ledd må tolkes og jeg ser nærmere på begrepene «mest sannsynlig» og hovedsakelig formålet».

3.3.6 Ad «mest sannsynlig»

Ved tvil er det myndighetene som har bevisbyrden, og må bevise at det er inngått et proformaekteskap. Når det gjelder beviskravet opprettholdes alminnelig sannsynlighetsovervekt. (Slik 1988 loven). Et skjerpet beviskrav vil gjøre regelen mindre effektiv og vanskeligere å praktisere konstaterte departementet. Dvs. at det må foreligge minst 51prosent sannsynlighet for at det er et proformaekteskap.⁵⁵

Det bør vises tilbakeholdenhet i enkelte tilfeller å nekte opphold; slik f.eks. der hvor det er søkeren som hovedsakelig har som formål med et ekteskap å skaffe seg oppholdstillatelse, mens referansepersonen har et reelt ønske om ekteskap.⁵⁶ På den annen side, fremstår det som klart at forholdet ikke er reelt kan oppholdstillatelse nektes. (Denne vurderingen gjøres ved ekteskapsinngåelses-tidspunktet. Se side 26)

⁵² Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 186

⁵³ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 187, jf. EF 2003/86EC, om familieinnvandring

⁵⁴ Lærebok i utlendingsrett, side 130

⁵⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 190

⁵⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 190

3.3.6.1 Rettspraksis angående «mest sannsynlig»

I den følgende saken gjaldt spørsmålet om det forelå proformaekteskap mellom en pakistansk mann og norsk kvinne eller om ekteskapet var reelt.

A født i 1979 var pakistansk statsborger. Han kom til Norge i august 2001, her traff han B, født i 1956 som fra tidligere ekteskap og samboerskap hadde fem barn. De giftet seg i desember 2001, og A søkte i januar 2002 om arbeidstillatelse i Norge med bakgrunn i ekteskapet med B. Søknaden ble avslått av både av UDI og UNE med begrunnelsen at ekteskapet ikke var reelt.

A gikk til søksmål mot staten med krav om at avgjørelsen skulle kjennes ugyldig, og vant frem både i tingretten og lagmannsretten.

Tingretten hevdet at «staten ikke hadde sannsynliggjort at dette ekteskapet er inngått proforma».⁵⁷ Retten gikk ikke nærmere inn på sannsynlighetsgraden men ut fra vanlig språklig forståelse må alminnelig sannsynlighetsovervekt legges til grunn.

Lagmannsretten⁵⁸ fant som i tingretten at ekteskapet var reelt og ikke proforma.(dissens) Men når det gjaldt beviskravet uttalte retten at det må stilles krav til klar sannsynlighetsovervekt for at ekteskapet skal betraktes som proforma. Dette i tråd med Sivilombudsmannens anbefaling i 1993,⁵⁹ hvor han uttaler: »Gode grunner taler for at det i en sak som denne må kreves mer enn overvekt av sannsynlighet for at ekteskapsinngåelsen ikke er reell. En ekteskapsinngåelse må med andre ord i seg selv sies å innebære en naturlig formodning for at ekteskapet er reelt».

Uttalelsen ble antagelig tillagt nokså stor vekt i det Sivilombudsmannens anbefalinger blir betraktet som en viktig rettskilde, dog ikke bindende.

Retten viste også til hovedregelen i norsk sivilprosess, når det gjelder bevisets styrke, er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Men den viser til juridisk litteratur⁶⁰ som mener at der hvor loven krever det eller en tolking av den, må kvalifisert sannsynlighetsovervekt anvendes.

Saken ble anket til Høyesterett av staten/v UNE.

Høyesterett⁶¹ behandler viktige spørsmål i denne sammenheng; sannsynlighetsovervekts prinsippet, realiteten av ekteskapet og om hvilket tidspunkt «hovedsakelige formålet» med ekteskapet skal regnes fra.

Førstvoterende uttaler at før han går inn på hvorvidt ekteskapet var reelt eller ikke: «finner jeg grunn til å se nærmere på spørsmålet om hvilke krav til bevis som skal stilles i saker av denne karakter». Dette indikerer at drøftelsen nedenfor vil være avklarende i fremtidige saker av samme natur.

⁵⁷ TOSLO-2004-12327

⁵⁸ LB-2004-99714

⁵⁹ SOMB 1993-20

⁶⁰ Skogøy, «Tvistemål» side 656ff

⁶¹ Rt-2006-1657

Hva beviskravet angår, peker retten på at hovedregelen i sivilprosessen er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Den finner verken i utlendingsloven eller i forarbeidene noe som taler for at det må stilles krav til kvalifisert sannsynlighetsovervekt før et ekteskap ikke kan sies å være reelt. Retten peker på NOU 2004:20 side 229: Her uttales det at «sterke rimelighetsgrunner taler for at det ... i søknadstilfellene bør påhvile myndighetene å sannsynliggjøre at ekteskapet er inngått proforma eller tilsvarende». Ved tvil skal altså staten ha bevisbyrden, men det er ikke tale om noe skjerpet beviskrav.

Førstvoterende påpeker at kravet til bevis fremgår direkte av lovbestemmelsen. (Høyesterett peker her på utl. 1988 § 9. Uttrykket «sannsynlig» er endret til «mest sannsynlig» i utl. 2008 loven, § 40, fjerde ledd, uten at det innebærer noen realitetsendring. Se nedenfor).⁶² Heller ikke ved vurderingen av om en gitt tillatelse til opphold skal tilbakekalles - som betegnes som et mer inngripende vedtak - er det foreslått noe skjerpet beviskrav.⁶³

Det alminnelige sannsynlighetsprinsipp fravikes i visse typer saker. I strafferetten, hvor en uriktig dom vil føre til større personlige konsekvenser for en part enn en uriktig dom i den andre retningen, blir dette satt på spissen. Det kreves så stor overvekt av sannsynlighet at det ikke skal være rimelig tvil tilbake. Prinsippet anvendes også i enkelte tilfeller i sivile saker. Da i en noe avdempet form, f.eks. krav om erstatning etter frifinnelse i en straffesak. Dette hensynet er anført av A i denne saken.⁶⁴

På den annen side fremstår faren for omgåelse av kravet om familietilknytning (proforma). «Misbruk av ekteskap må man søke å motvirke» uttaler departementet⁶⁵

For å unngå nettopp slike omgåelser bør ikke myndighetene operere med strengere beviskrav enn det som følger av det alminnelige sannsynlighetsprinsippet.⁶⁶

Førstvoterende uttaler at han etter dette er kommet til at det ikke kan kreves noen klar overvekt av sannsynlighet for at ekteskapet ikke er reelt. (Fire dommer fant at det ikke kan kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt).

Mindretallet tillegger retten til samliv større vekt enn faren for omgåelse av loven og hevder at klar sannsynlighetsovervekt må gjelde. Konsekvensene av en uriktig dom, altså en dom i disfavør av ektefellene, vil kunne være en krenkelse av partenes følelsesmessige tilknytning til hverandre. Slike konsekvenser vil være vesentlig verre enn konsekvensene av en uriktig dom i statens favør.⁶⁷

I denne konkrete saken hevder ektefellene at ekteskapet er reelt. I såfall ligger det i forholdets natur at saken bevismessig er slik at oppholdstillatelse som regel må gis, uttaler retten.⁶⁸ Skal

⁶² T. Einarsen, note 126 Gyldendal Rettsdata

⁶³ NOU 2004:20 side 229

⁶⁴ Rt-2006-1657 avsnitt 20ff

⁶⁵ Ot. prp. nr. 46 (1986-1987) side 61

⁶⁶ Rt-2006-1657 avsnitt 35

⁶⁷ Rt-2006-1657 avsnitt 52

⁶⁸ Ot. prp. nr. 46 (1986-1987) side 61

retten komme til et annet resultat må det følgelig være bevis som med vekt taler for a realiteten er en annen enn det papirene viser og ektefellene hevder er reelt. I tillegg vil staten også ha tvilsrisikoen om det unntaksvis ikke kan konstateres sannsynlighetsovervekt i noen retning.⁶⁹

Dernest tar retten for seg hvorvidt ekteskapet var proforma eller reelt. Spørsmålet hadde oppstått etter at A i løpet av kort tid både hadde ankommet Norge, blitt kjent med B og inngått ekteskap med henne. I denne situasjonen var det berettiget å legge avgjørende vekt på om utsikten til å få innvilget oppholdstillatelse basert på ekteskapet med B, var As hovedsakelige formål med ekteskapet.⁷⁰ Dette er vilkåret som er foreslått i NOU 2004:20. (Her sikter førstvoterende til den nye loven (2008) hvor vielsestidspunktet er avgjørende for vedtaket, og ikke vedtakstidspunktet.)

Førstvoterende belyser problemstillingen ved å spørre: «Ville han på dette tidspunkt ha inngått ekteskapet dersom denne utsikten ikke hadde vært til stede? Han mener det ikke har betydning i denne saken hvorvidt ektefellen (referansepersonen) er av den oppfatning at ekteskapet er reelt.

Førstvoterende vurderer så fem forhold som han mener peker i retning av at ekteskapet mest sannsynlig er proforma:

- a) «As arbeidstillatelse i Hellas, hvor han hadde oppholdt seg noen år, løp ut 25. januar 2002. Tillatelsen kunne forlenges, men A valgte å reise til Norge for å besøke sin fetter. Turistvisumet ga rett til 90 dagers opphold, og returen var ikke klarlagt da han kom til landet i august 2001
- b) Ekteskapet med B ble inngått etter ca. tre måneders bekjentskap, etter at ektefellene et par uker tidligere forgjeves hadde forsøkt å gifte seg i Norge
- c) Aldersforskjellen mellom de to var 23 år, idet A var 22 og hans ektefelle 45 år. De to eldste barna til ektefellen - som på dette tidspunkt hadde flyttet hjemmefra - var eldre enn A
- d) B var ved ekteskapsinngåelsen i en alder da hun ikke kunne regne med å få flere barn.
- e) Et ekteskap inngått under disse omstendigheter brøt klart med de normer som gjaldt i den kulturkrets som A kom fra. Etter det opplyste var da heller ikke hans familie særlig representert ved planleggingen og senere ved feiringen av giftermålet».

Momentene er blant de departementet⁷¹ ber UDI om å bli vurdert, og tillagt vekt i vurderingen av søknader om familieetablering og familiegjenforening.

Førstvoterende vurderte det dit hen at separat kan nok ikke punktene over forsvare vedtaket UNE har fattet. Men samlet mener han at de taler for at det blir en

⁶⁹ Rt-2006-1657 avsnitt 36

⁷⁰ Rt-2006-1657 avsnitt 37

⁷¹ Justis-og politidepartementet, rundskriv GI-2010-1

overvekt av sannsynlighet for at A giftet seg med B med det motiv at han da ville kunne oppnå oppholds- og arbeidstillatelse.

Førstvoterende konkluderer med at ekteskapet ikke var reelt og frifinner staten v/UNE, men han er i mindretall.

Andrevoterende legger vekt på at både formålet med å inngå ekteskap og forskjellige samlivsformer kan variere sterkt og at man ikke uten videre kan anta at atypiske situasjoner indikerer at ekteskapet sannsynligvis ikke er reelt.

Flertallet vektla at ektefellene hadde bodd sammen i mange måneder før UNEs vedtak, også etter vedtaket hadde de bodd sammen. B hadde besøkt A flere ganger i Hellas, der han nå oppholdt seg etter å ha blitt utvist fra Norge.

Flertallet mente videre at ektefellene hadde flere sentrale tilknytningspunkter, begge var muslimer, hadde tilknytning til det pakistanske miljøet, og at de hadde urdu som felles språk.

Flertallet på tre dommere kom til at det ikke var tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at ekteskapet ikke var reelt.

(Med unntak av «kan» regelen i den nye loven er det ikke store forskjellen på 1988 og 2008 bestemmelsene. Rettspraksis som behandles etter 1988 loven vil også kunne være retningsgivende og illustrerende for saker som skal behandles etter 2008 loven. «Det kan antas at begge regelsett må tas i betraktning i lang tid fremover, idet det er reglene som gjaldt ved ekteskapsinngåelsen som må anvendes.»⁷²)

3.3.7 Delkonklusjon til § 40, fjerde ledd «mest sannsynlig»

Det fremgår i Høyesterettsdommen ovenfor to forskjellige syn på hvilke kriterier som skal legges til grunn for vurderingen om hvorvidt det foreligger proforma ekteskap eller ikke. Mindretallet viser til en rekke momenter, som hver for seg nok ikke kan forvare vedtaket UNE har fattet, men som samlet utgjør en sannsynlighetsovervekt for at det foreligger proforma.

Flertallet mener, som nevnt, det ikke vil være riktig å anta at atypiske situasjoner alene kan være en indikasjon på at da er sannsynligvis ekteskapet ikke reelt.

I tillegg til at dommen ble avgjort ved dissens er den ny og vanskelig å vurdere hvilken betydning den vil få i fremtiden.

I LB-2012-13833 ser vi imidlertid at retten understreker at former for ekteskapselig samliv kan variere i betydelig grad, og at man derfor ikke uten videre kan anse at atypiske situasjoner er en omgåelse. Det kan være at de signaler som fremkom i

⁷² T. Einarsen «Gyldendal Rettsdata» note 126

Rt-2006-1657 saken og fulgt opp i denne saken er rett vei, med tanke på globaliseringen, hvor holdninger og kutymmer ofte endres raskere enn tidligere.

På den annen side, er det viktig å ha for seg at i disse sakene foreligger det betydelig grad av skjønn når utlendingsmyndighetene skal avgjøre en sak. Det er nødvendig med en helhetsvurdering som samlet utgjør en sannsynlighetsovervekt i en eller annen retning.

LB-2011-39293 er en av flere saker som bekrefter at «alminnelig sannsynlighetsovervekt» er normen i slike saker som § 40, fjerde ledd omhandler.

3.3.8 Ad «hovedsakelig formålet»

Forarbeidene⁷³ fastslår at ved å innføre en egen proformabestemmelse vil det forenkle bevistemålet, slik at det vil være tilstrekkelig å avslå søknaden dersom oppholdstillatelsen var det hovedsakelige formålet med ekteskapet.

Det finnes unntak, jf. side 26, jf. Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) side 422

Det er viktig å fastslå at § 40, fjerde ledd er en «kan» bestemmelse. Det betyr som nevnt at selv om søkeres hovedhensikt med ekteskapet er å få oppholdstillatelse i Norge er det ikke slik at søknaden skal avslås.

I Rt 2006-1657 saken (over) var andrevoterende (som representerte flertallet) enig med førstvoterende i at i sum kunne det se ut som at klagerens hovedsakelige formål med å inngå ekteskap var å oppnå arbeids og oppholdstillatelse i Norge. Men annenvoterende lot ikke dette være utslagsgivende idet ekteskapet hadde endret seg og fremsto som reelt på det tidspunkt da UNE traff sitt vedtak.

Her ser vi at andrevoterende anvender vedtaksprinsippet og ikke vielsesprinsippet. Departementet⁷⁴ ønsket å innføre (i 2008-loven) en proformabestemmelse som legger avgjørende vekt på hva som har vært hovedformålet for partene ved ekteskapsinngåelsen.

Dette betyr at i nåværende lov skal «hovedsakelige formålet» til søkeren vurderes ved ekteskapsinngåelsen og ikke ved vedtakstidspunktet.

I Rt 2013-937 konkluderer Høyesterett med «Det er ikkje utsegner i førearbeida som gir grunnlag for noko anna forståing enn den som følgjer av den klare ordlyden i lova».

3.3.8.1 Rettspraksis angående «hovedsakelig formål»

I LB-2013-1492 kom lagmannsretten i likhet med tingretten og UNE til at det

⁷³ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 422

⁷⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 190

hovedsakelige formål med å inngå ekteskap var å få oppholdstillatelse i Norge. (As påstand om diskriminering vil ikke bli drøftet).

Søkeren (A), en etnisk pakistaner, hadde inngått et arrangert ekteskap i Pakistan i 2008. Ektefellen (B), som også var etnisk pakistansk, hadde oppholdstillatelse i Norge og arbeidet her. A søkte om oppholdstillatelse basert på familiegjenforening i 2009. UDI avsto søknaden med den begrunnelse at det hovedsakelige formålet med ekteskapet var at A skulle få oppholdstillatelse i Norge.

A anket saken til UNE men klagen førte ikke frem. UNE viste særlig til at A sannsynligvis ikke kjente til før ekteskapet at B hadde vært gift to ganger tidligere og hadde en datter. Han kjente heller ikke til når og under hvilke omstendigheter B kom til Norge og hva slags arbeid hun hadde her.

UNE la til grunn at ektefeller der ekteskapet er arrangert etter Pakistans tradisjon, har vesentlig bedre kunnskap om hverandre enn dette.

A anket til tingretten som kom til at UNEs vedtak var gyldig. Saken ble videre anket til lagmannsretten.

Lagmannsretten påpekte at det kreves sannsynlighetsovervekt for at ekteskapet er reelt. Retten fremhevet også at etter avgjørelsen i Rt-2006-1657 (se side 24) må det kreves bevis som med vekt viser at realiteten av ekteskapet er en annen en ekteskapspapirene og det ektefellene hevder.

Det pekes på NOU 2004:20 kapittel 8, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) at det i slike saker som dette i stor grad må anvendes skjønn, men det likevel at det finnes typisk momenter som kan komme til anvendelse.

Momenter som er nevnt:

- Hvilken kontakt det har vært mellom partene før ekteskapsinngåelsen, både med hensyn til varighet, karakter og omfang
- Hvilke kunnskaper partene har om hverandre
- Hvorvidt partene kan gi samsvarende opplysninger om hvordan de har blitt kjent med hverandre og hvilken kontakt som har vært mellom dem mv.
- Aldersforskjellen mellom partene
- Om partene kan kommunisere på samme språk
- Om penger er betalt for ekteskapsinngåelsen uten at dette kan forklares med grunnlag i medgiftstradisjoner
- Hvorvidt referansepersonen har en tidligere ekteskapeleg historie som kan gi grunnlag for mistanke om proforma eller tilsvarende
- Om en av partene har en tidligere livsledsager som skal bo i samme husstand som partene
- Om ekteskapet fremstår som atypisk i forhold til hva som anses som hjemlandets ekteskapstradisjoner.

Sentralt for retten fremstår særlig opplysningene om at B har vært gift to ganger tidligere og at hun har et barn fra tidligere ekteskap. Det blir påpekt fra Landinfo at slike forhold vil veie tungt mot at ekteskap inngås. Betydningen av at kvinnen skal fremstå som «ren» står sentralt i pakistansk kultur. I vår sak hvor det dreier seg om arrangert ekteskap vil det være svært ufornuftig ikke å gjøre kjent på forhånd fakta om tidligere ekteskap og eventuelle barn. Det kan føre til represalier eller at ekteskapet blir dømt ugyldig.

På den annen side hevder sakkyndig engasjert av A at det ikke er uvanlig at kvinner i Bs situasjon underkommuniserer fakta i forbindelse med tidligere ekteskapsinngåelser. Ektefellen forklarte at hun hadde tenkt å fortelle om dette da A kom til Norge. A på sin side forklarte at han først et år senere, da han innleverte sin søknad om oppholdstillatelse, ble gjort kjent med Bs bakgrunn. Han oppga at det ikke hadde vært viktig for han å spørre, og for øvrig var ikke opplysningene viktig for han.

Lagmannsretten kom til, ut fra en totalvurdering av de momentene som er nevnt over, at As hovedsakelige formål med ekteskapet på ekteskapsinngåelses tidspunktet var å få oppholdstillatelse i Norge. Den kan ikke bygges på partenes forklaringer. Det har formodningen mot seg at A og hans familie ikke kjente til Bs bakgrunn, spesielt fordi mellom A og Bs familier var det et nært naboforhold. Dette taler sært tungt, uttaler retten, for at ekteskapets hovedsakelige formål var at A skulle få opphold i Norge.

Retten peker på andre punkter som kan støtte opp under at ekteskapet ikke var reelt:

- Ektefellen er fire år eldre enn A
- A er nærmest uten utdannelse
- Liten selskapelighet i forbindelse med bryllupet, få venner invitert
- A ventet ca. ett år på å søke oppholdstillatelse etter bryllupet, på anbefaling av B.

3.3.9 Delkonklusjon til § 40, fjerde ledd «hovedsakelig formål»

I drøftelsen om hvorvidt ekteskapet var reelt eller ikke vektla flertallet i Rt-2006-1657 dommen (side 25) at det kunne være uriktig å anta at atypiske situasjoner indikerer at ekteskapet ikke er reelt idet ekteskapelige samliv kan være svært forskjellige.

I norsk rettspleie ser vi at Høyesterettsavgjørelser ofte får betydning i fremtidige rettssaker. Det betyr normalt at saker av samme natur vil bli behandlet på samme

måte som i den første saken. Konsekvensen av slike prejudikater er at de som oftest blir fulgt i fremtidige saker, også i ting og lagmannsretten.⁷⁵

I herværende lagmannsrettssak ble «atypiske situasjoner» ikke problematisert. Som eksempel ble det i Høyesterettssaken 2006 «godtatt» en aldersforskjell på 23 år, mens det i denne saken ble en aldersforskjell på fire år sett på som å støtte opp under at ekteskapet ikke var reelt. I 2006-saken ble det av flertallet heller ikke vektlagt at kvinnen var fraskilt.

På den annen side er det viktig å fremheve at vedtakene/rettsavgjørelsene ikke er bygget på ett enkelt moment, og at f.eks. aldersforskjell kan få ulik betydning i ulike saker, også sett hen til øvrige momenter i saken, og til hvilket land klageren kommer fra.

Når «hovedsakelige formål» skal vurderes er det for søker viktig at momenter som anvendes er relevante i den konkrete saken. Det at søker kommer fra et land/område som karakteriseres som konservativt behøver ikke bety at atypiske situasjoner skal vurderes negativt i forhold til søker.

3.4 Utl. § 40, femte ledd:

«En søker som ikke har felles barn med referansepersonen og ikke har levd i et etablert samliv med referansepersonen i utlandet eller i Norge, kan nektes oppholdstillatelse dersom det er mest sannsynlig at søkeren eller dennes særkullsbarn vil bli mishandlet eller grovt utnyttet. Tilsvarende gjelder særkullsbarn som søker familiegjenforening med en forelder som har fått oppholdstillatelse uten at forelderen har felles barn med referansepersonen eller har levd i et etablert samliv med referansepersonen i utlandet eller i Norge. Kongen kan gi nærmere regler om bestemmelsens anvendelse i forskrift».

Regelen er en «kan» regel og myndighetene vurderer på fritt grunnlag om bestemmelsen skal anvendes eller ikke.

Det fremkommer i forarbeidene at i visse tilfeller kan vandelskontroll anvendes. Et spørsmål kan være hvorvidt reglene for bruk av vandelskontroll er i samsvar med lovgivers vilje og i forhold til personvern.

Angående partenes mulighet for å utøve samliv i søkerens hjemland, praktiseres reglene etter hensikten?

3.4.1 Tolking av femte ledd:

Begrepene «mishandling», «grovt utnyttet», «etablert samliv» og «mest sannsynlig» må tolkes.

⁷⁵ M.H. Andenæs «Rettskildelære» kap.7.2.2

3.4.1.1 Ad «mishandling»

Begrepet «mishandling»⁷⁶ beror på en helhetsvurdering. Mishandling kan være av fysisk art, f. eks. ved bruk av vold eller annen legemskrenkelse, eller av psykisk art, f. eks. trusler om bruk av vold. Mishandlingen kan også være en kombinasjon av begge. Hendelsene må ha ført til at kvinnens livskvalitet har blitt redusert. Seksuelle overgrep kan også inngå i begrepet «mishandling».

Eksisterer det forskjellige oppfatninger av roller i ekteskapet grunnet kulturforskjeller er det i utgangspunktet ikke nok til å konstatere at mishandling foreligger.⁷⁷ Likeså vil normalt heller ikke ordinær uenighet ektefellene i mellom kvalifiseres som mishandling.

3.4.1.2 Ad «grovt utnyttelse»

Begrepet «grovt utnyttet»⁷⁸ kan f. eks. bety at referansepersonen tidligere har tvunget en ektefelle ut i prostitusjon eller holdt ektefellen innesperret slik at han har hatt full kontroll over vedkommende. Grovt utnyttelse er tvang uten at vold er anvendt.

3.4.1.3 Ad «etablert samliv»

Med «etablert samliv» menes at partene har hatt et felles samliv i minst seks måneder⁷⁹, dog må det foretas en helhetsvurdering hvor også mindre (eventuelt lenger tid forlanges) enn seks måneders samliv kan aksepteres.

3.4.1.4 Ad «mest sannsynlig»

Søker kan altså nektes oppholdstillatelse dersom det er mest sannsynlig at søkeren eller dennes særkullsbarn vil bli utsatt for mishandling eller grovt utnyttet av referansepersonen. (Regelen er kjønnsnøytral, men det er et faktum at det er flest kvinner som blir utsatt for de situasjoner som er nevnt).

For å vurdere hvorvidt det er «mest sannsynlig» at referansepersonen i fremtid vil kunne mishandle eller grovt utnytte ektefelle/særkullsbarn må det gjøres en helhetsvurdering. I vurderingen må det foreligge alminnelig sannsynlighetsovervekt for overgrep.⁸⁰ (se side 20).

3.4.2 Vurdering av momentliste i Ot.prp. nr 109 (2004-2005) side 18

⁷⁶ Ot.prp nr. 109 (2004-2005) side 18,jf. UDI 02-117

⁷⁷ UDI «Vold i nære relasjoner»

⁷⁸ Ot.prp nr. 109 (2004-2005) side 18

⁷⁹ Ot.prp. nr. 109 (2004-2005) side 17

⁸⁰ Ot.prp. nr. 109 (2004-2005) side 18

I dette avsnittet drøftes to av de viktigere argumentene utlendingsmyndighetene kan anvende i vurderingen om en søker skal få oppholdstillatelse eller ikke.

For ektefeller gjelder § 40, femte ledd kun i familieetableringstilfellene. I § 40, femte ledd annet punktum åpnes det imidlertid for at i særkullsbarn- tilfellene gjelder regelen også i gjenforeningstilfellene, der særkullsbarn søker gjenforening med en forelder som allerede har oppholdstillatelse uten å ha barn eller levd i et etablert samliv med referansepersonen.⁸¹

Om bestemmelsen skal anvendes i en sak hvor kriteriene er oppfylt må det gjøres en helhetsvurdering, og hvor følgende momenter kan være relevante:⁸² (Min bokstavering)

- a) «Alvoret ved de vandelsopplysninger som er knyttet til referansepersonen
- b) Forholdet mellom partene, varighet og omfang mv
- c) Partenes mulighet for å utøve samliv i søkerens hjemland
- d) Betydningen av et avslag for søkerens situasjon i hjemlandet».

3.4.2.1 Vurdering av punkt a)

(Punktene b) og d) vil ikke bli drøftet.

Bestemmelsen om vandelsopplysninger i sak om familieinnvandring finnes i utlendingsloven § 85. Det er kun i saker om familieetablering eller hvor særkullsbarn søker familiegjening med en forelder som er innvilget familieetablering at det er aktuelt å foreta vandelskontroll.⁸³ Formålet med regelen er å gi myndighetene muligheten til å vurdere sannsynligheten for at søker kan bli utsatt for mishandling eller grov utnyttelse i framtiden.

Utlendingsforskriften (uf) § 17-8 fastslår at politiet skal, etter anmodning fra utlendingsmyndighetene, rapportere dersom referansepersonen er siktet, tiltalt eller ilagt straff etter kapitelene 19 til 22 i straffeloven. Dette gjelder blant annet seksualforbrytelser, forbrytelser i familieforhold og forbrytelser mot den personlige frihet. Likeså skal det rapporteres om kontaktsforbud etter straffeloven § 33, eller besøksforbud etter straffeprosessloven § 222a, med mindre det kan skade arbeidet med kriminalitetsbekjempelse.

I tillegg kan politiet også rapportere om referansepersonen er anmeldt for forholdt som nevnt over, dersom «disse opplysningene må antas å være av vesentlig betydning for vurderingen etter § 40, femte ledd eller § 48».⁸⁴ Er referansepersonen siktet, tiltalt eller ilagt straff for andre straffbare forhold, og disse forhold er

⁸¹ Ot.prp. nr. 109 (2004-2005) side 17

⁸² Ot.prp. nr. 109 (2004-2005) side 18

⁸³ Ot. Prp. nr. 109 (2004-2005) side 19

⁸⁴ Utlendingsforskriften § 17-8 1.ledd

av vesentlig betydning for vurderingen etter §§ 40, femte ledd, 48 gjelder det samme.

Referansepersonen skal ha underretning om at slike opplysninger er formidlet til UDI/UNE. Sendes opplysninger videre til søkeren, skal referansepersonen også underrettes om dette.⁸⁵

3.4.2.2 Andre lands rett

I Danmark må det innhentes samtykke fra referansepersonen før opplysninger innhentes av politiet. Det sendes ikke opplysninger om referansepersonen i den hensikt å advare søkeren.⁸⁶

Sverige praktiserer blant annet at det i forhold til saker om familieetablering er det inntatt en særskilt regel om at retten til å få seg forelagt saksopplysninger til uttalelse ikke gjelder dersom søkeren befinner seg i utlandet. Det ble også lagt vekt på at det i tillegg til praktiske hensyn også er andre grunner som taler mot at sensitive vandelsopplysninger om referansepersonen bør fremlegges søkeren.⁸⁷

Bortsett fra Sverige og Danmark er det ingen sammenliknbare lands lovgivning som har bestemmelser med sikte på å avslå forhold som drøftes her.⁸⁸ I EUs direktiv om retten til familieinnvandring for tredjelandsborgere,⁸⁹ finnes ingen regler som omhandler temaet, og departementet har heller ikke kunnet identifisere slik regulering i andre EU-land.

En kan stille spørsmål om hvorfor personvern praktiseres så forskjellig de nevnte landene imellom. I Norge praktiseres ikke uttalerett eller samtykke i forhold til referansepersonen i saker som § 40, femte ledd omhandler.

På den annen side, sett fra norske myndigheters side, sørger man jo for at vandelsopplysninger om referansepersonen ikke stopper opp hos vedkommende, fordi det ikke kreves samtykke.

3.4.2.3 Høringsinstanser

Det vil føre for langt i denne oppgaven å drøfte høringsinstansenes syn i helhet.⁹⁰ Derfor vil det kun fokuseres på noen sentrale synspunkter.

Forslaget om å innføre en ordning hvor det ble gitt adgang til å nekte oppholdstillatelse ble støttet av de fleste høringsinstansene. Men, ca. en fjerdedel av aktørene

⁸⁵ Utlendingsforskriften § 17-8 2. ledd

⁸⁶ Ot.prp. nr. 109 (2004-2005) kap. 2.4.2

⁸⁷ Ot.prp. nr. 109 (2004-2005) side 10

⁸⁸ Ot.prp. nr. 109 (2004-2005) kap. 2.4.

⁸⁹ 2003/86 EF av 22.9.2003

⁹⁰ Ot.prp. nr. 109 (2004-2005) kap. 2.6

uttrykker uenighet i at en risikovurdering av referansepersonen vil være godt nok grunnlag til å nekte søkeren oppholdstillatelse. De fremhever at søkeren kan føle seg umyndiggjort og straffet på grunn av referansepersonens opptreden. Det fremheves også at det kan være innvandringsregulerende hensyn som ligger bak forslaget.

Det kan synes som en grunnleggende uenighet mellom flertallet og mindretallet idet mindretallet mener at utlendingsloven ikke egner seg som virkemiddel mot vold og overgrep mot kvinner (særkullsbarn problematikken er ikke nevnt her). Grep som vil kunne hjelpe bør heller være anvendelse av straffeloven og andre tiltak som opprustning av beskyttelsesmekanismene. En aktør mener at vandelsopplysninger om referansepersonen kun skal sendes til søkeren, som selv kan bestemme om hun/han vil etablere seg med referansepersonen.

Når det gjelder bestemmelsens virkeområde mener de fleste aktørene det bør være familieetablering, altså å avgrense mot familiegjenforening. Politidirektoratet, som den eneste av høringsinstansene, påpeker at bestemmelsen i såfall ikke vil dekke en situasjon hvor et særkullsbarn søker familiegjenforening med en forelder i Norge etter at forelderen har etablert seg her med referansepersonen.

De fleste aktørene sluttet også opp om forslaget til utvalget om rutinemessig vandelskontroll i saker om familieetablering.

Datatilsynet gikk imot forslaget om rutinemessig kontroll. Datatilsynet uttaler: «Et klart utgangspunkt må være at en mann eller kvinne (referanseperson) som ønsker å få en person (søker) til landet i ekteskapssammenheng eller visumsammenheng, må forutsettes å ha lovlig, ærlige og oppriktige hensikter med sitt ønske. Følgelig må hovedregelen være at nærgående undersøkelser av og informasjonsinnhenting om referansepersonen ikke skal finne sted».

Datatilsynet mente videre at personopplysninger som ikke er verifiserte, og som er subjektive, lett vil kunne føre til et svært misvisende bilde av en person. Datatilsynet problematiserte også kontradiksjonsprinsippet. Det vil blant annet, hevder Datatilsynet, oppstå et problem i så måte fordi det kan bli problematisk å fremlegge opplysninger til referansepersonen all den stund en risikovurdering vil kunne inneholde opplysninger en tredjeperson har avgitt i fortrolighet, som f. eks. et krisesenter.⁹¹

⁹¹ Ot.prp. nr. 109 (2004-2005 side 15

3.4.2.4 Vandelskontoll

Departementet vurderte hvorvidt det skulle åpnes for rutinemessig kontroll⁹² eller om det kun skulle kontrolleresandel i de tilfellene hvor utlandsmyndighetene krever det. Med erfaring fra Sverige, hvor det sjelden fremgår i opplysninger om referansepersonen at vedkommende kan utgjøre en trussel for søkeren, vil rutinekontroller være mer effektive kom departementet frem til.

I SOU 2002: 13 ble det foreslått at Migrationsverket alltid skulle ha adgang til å foreta kontroll av vandelsopplysningene.⁹³

Rutinemessige vandelskontroller kan være betenkelig i forhold til referansepersonens personvern, mener departementet, men trekker likevel den slutning at hensynet til søkerens interesse i å bli beskyttet mot overgrep må veie tungt. Men, mener departementet,» det er mulig å etablere slike rammer for kontrollen at omfanget av personer som faktisk vil bli kontrollert, og belastningen for den enkelte, kan reduseres til et forsvarlig og rimelig nivå.»⁹⁴ Jf. kapittel 3.4.2.5.

Staten har et opplagt ansvar i saker som dette, men noen vil nok spørre om midlene tidvis kan virke støtende. F.eks. vil en søker kunne oppfatte at han/hun blir straffet for referansepersonens handlinger. EMK artikkel 8 spør om tiltaket «er nødvendig i et demokratisk samfunn». Et spørsmål vil være om det heller burde vurderes f.eks. en opprustning av beskyttelsesmekanismene, slik det er fremmet forslag om.⁹⁵

Det kan spørres om det foreligger «innvandringsregulerende hensyn». Jf. kapittel 2.5.

Etter eget tiltak kan politiet formidle vandelsopplysninger til myndighetene, i form av en uttalelse, ikke i en politiattest. I denne forbindelse er det ikke påkrevet at referansepersonen er straffedømt. Men opplysningene må ha relevans for formålet med bestemmelsen. Har politiet (eller utlendingsmyndighetene) informasjon om at referansepersonen f. eks. har hatt to ektefeller tidligere og begge har anmeldt vedkommende for mishandling vil dette kunne være av interesse for utlendingsmyndighetene. Det forutsettes at myndighetene anvender skjønn ved eventuell bruk av slik informasjon.⁹⁶

⁹² Ot.prp. nr. 109 (2004-2005) side 19

⁹³ Ot.prp. nr. 109 (2004-2005) kap. 2.4.1

⁹⁴ Ot.prp. nr. 109 (2004-2005) side 19

⁹⁵ Ot.prp. nr. 109 (2004-2005) side 13

⁹⁶ Vevstad, utlendingsloven, kommentarutgave side 497. Jf. Ot.prp. nr. 109 (2004-2005) kap. 2.7.1

Dersom søkeren ikke får innvilget oppholdstillatelse bør begrunnelsen for avslaget fremkomme i vedtaket som søkeren mottar.⁹⁷ Innsynsrett har også søker i henhold til forvaltningsloven § 18, første ledd, jf. § 13b. Forvaltningsloven § 19, andre ledd begrenser adgangen til opplysninger i enkelte tilfeller.

I avslaget bør det, om det er relevant for vedtaket, også fremkomme personsensitive forhold som referansepersonen benekter og som ikke er fastslått i f.eks. en domsavgjørelse.⁹⁸ Opplysninger om f.eks. en tidligere ektefelle som har vært utsett for overgrep av referansepersonen kan det opplyses om.

Søkeren kan også få innsyn i vandelsopplysninger angående referansepersonen dersom søknaden innvilges fordi vandelsopplysningene ikke var alvorlige nok til å nekte opphold.⁹⁹ Det oppstilles i såfall to vilkår i § 17-8: opplysningene må være relevante ved vurderingen av tillatelsen, og det må være av betydning for søker å bli kjent med informasjonen. Denne bestemmelsen gjelder også for uttalelser «knyttet til den person referansepersonen har fått familieetablering med, når søkeren er referansepersonens særkullsbarn».¹⁰⁰

Utvalget hadde en noe divergerende oppfatning idet utvalget la seg på svenske myndigheters vurdering som vektla referansepersonens integritet, og mente at det ikke bør gis opplysninger om referansepersonensandel i saker hvor det ikke fantes grunnlag for å nekte opphold.¹⁰¹ Et argument mot denne tankegangen var at søker selv skulle kunne vurdere risikoen søker utsetter seg for ved å akseptere oppholdstillatelsen.

Utvalget fant likevel at det i visse situasjoner ville være rimelig å frigi opplysninger om referansepersonen. Som eksempel vises det til at det er hensynet til den vanskelige situasjonen som ville oppstå for søkeren hvis opphold nektes som har vært avgjørende for at tillatelse gis.¹⁰²

Departementet vurderte uttalelser fra høringsinstansene og utvalget, om søker burde få tilgang til opplysninger om referansepersonen også der det ikke var gitt avslag. Dette ble vektet opp mot referansepersonens personvern-hensyn. Departementet¹⁰³ kom til at slike opplysninger kunne videreformidles dersom opplysningene var av en slik karakter at søkeren burde få innsyn i dem. F.eks. der hvor det kunne være grunn til å tro at referansepersonen ville utgjøre en trussel mot søker eller vedkommendes barn. Det bør imidlertid stilles strenge krav til trover-

⁹⁷ Ot.prp. nr. 109 (2004-2005) side 20

⁹⁸ Ot.pep.nr. 109 (2004-2005) side 12

⁹⁹ Ot.prp. nr. 109 (2004-2005) side 20

¹⁰⁰ Uf § 17-8, 4. ledd

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 109 (2004-2005) side 12

¹⁰² NOU 2004:20 side 239

¹⁰³ Ot.prp. nr. 109 (2004-2005) side 20/21

digheten rundt de opplysningene som blir formidlet til søker angående referansepersonens vandel. Av den grunn bør det som hovedregel kun bli opplyst om formelt ilagte reaksjoner, i de tilfeller tillatelse blir gitt. Med andre ord informasjon om at f.eks. tidligere samboer har oppsøkt krisesenter bør ikke gis til søker.

På den annen side, departementet åpner for at foreligger det opplysninger om andre forhold enn formelt ilagte reaksjoner som kan indikere at referansepersonen er involvert i hallikvirksomhet, menneskehandel eller lignende må det være adgang til å varsle søker. Likeså om det foreligger opplysninger som kan påvirke søkerens medfølgende barn.¹⁰⁴

Søkeren kan ha rett til å få opplysninger som er underlagt taushetsplikt dersom informasjonen er relevant ved vurderingen av tillatelsen, og det anses å være av betydning for søkeren å bli kjent med informasjonen¹⁰⁵.

3.4.2.5 Rettsikkerheten til referansepersonen i § 40, femte ledd tilfeller

Selve kjernen i begrepet «rettsikkerhet» knytter seg til kravet om «at enkeltindivider skal være beskyttet mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side. Samtidig som individet skal ha mulighet til å forutberegne sin rettsstilling og forsvare sine rettslige interesser.»¹⁰⁶ (Det er nær sammenheng mellom rettsikkerhet og personvern, temaet blir ikke drøftet her).

I henhold til uf. § 17-8 skal referansepersonen holdes skriftlig underrettet dersom vandelsopplysninger om vedkommende blir brukt av utlendingsmyndighetene eller at søker får innsyn i opplysningene. Det gis med andre ord ingen anledning for referansepersonen til å utale seg om f.eks. opplysninger vedkommende er uenig i, eller slik det er i dansk lovgivning, krav til at referansepersonen må gi sitt samtykke til at vandelsopplysninger kan anvendes.

Det kan spørres hvorfor det ikke problematiseres hvorfor det er slik at referansepersonen ikke har uttalerett i det som for vedkommende kan være viktige spørsmål. Det er vanskelig å se at det vil f.eks. svekke søkerens rettsstilling om referansepersonen hadde en slik mulighet.

Det kan synes som om forarbeidene, i sum, er nokså lite opptatt av referansepersonens rettsikkerhet.

Departementet ser at rutinemessig vandelskontroll kan, ut fra hensynet til referansepersonens personvern være betenkelig, jf. høringsuttalelsen fra Datatilsynet,

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 109 (2004-2005) side 20/21

¹⁰⁵ Forvaltningsloven (fvl) § 18, 1. ledd, jf. fvl § 13b

¹⁰⁶ NOU 2009:15, kapittel 7.1

side 26, men finner likevel at hensynet til søkerens må veie tungt.¹⁰⁷

Departementet peker på, som nevnt, at det er mulig å etablere slike rammer for kontrollen at omfanget av personer som faktisk vil bli kontrollert, og belastningen for den enkelte, kan reduseres til et forsvarlig og rimelig nivå.¹⁰⁸

Det fremstår som noe uklart hva departementet egentlig sikter til. Det kan spørres om det ikke ville vært rimelig om forarbeidene hadde problematisert - personvernet til referansepersonen- på en mer konkret måte enn uttalelsen til departementet gir inntrykk av.

I de følgende to saker som ble avgjort av UNE, ved nemndleder, drøftes hvorvidt det forelå vilkårlighet og dermed ikke forutsigbarhet sett med referansepersonens øyne.

3.4.2.6 UNE/Rettspraksis på området:

Sak 1¹⁰⁹

Klagen ble tatt til følge.

Klager søkte i 2008 om familieetablering med norsk statsborger. Referansepersonen ble i 2005 dømt i straffesak for under særlig skjerpene omstendigheter å ha utøvd vold mot tidligere ektefelle over en periode på over fire måneder, og UDI avslo søknaden i desember 2009 med henvisning til at det var overveiende sannsynlig at klageren ville bli mishandlet ved en familieetablering i Norge. UNE tok derimot klagen til følge, og vurderte etter en helhetsvurdering at det ikke forelå sannsynlighetsovervekt for fremtidig mishandling. Det fremgår av dokumentasjonen at UNE anså at det var en viss sannsynlighet for at klageren kunne bli utsatt for fysisk vold, men at det altså ikke forelå sannsynlighetsovervekt for dette.

Sak 2¹¹⁰

Klagen ble ikke tatt til følge.

Klageren søkte om oppholdstillatelse i familieetablering.

UNE la til grunn i sin vurdering vekt på at referansepersonen var dømt for vold mot tidligere ektefelle. Referansepersonen hadde ifølge dommen flere ganger slått ektefellen i ansiktet. Ved en' anledning tatt kveletak, dratt henne etter håret, slått med knyttet neve og trampet henne på ryggen. Hun fikk psykiske problemer og oppsøkte også krisesenter. Lagmannsretten vektla i skjerpene retning alvorligheten i siktelsen, men i formildende retning la retten vekt på at mannen var tidligere

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 109 (2004-2005) side 19

¹⁰⁸ Ot.prp.nr. 109 (2004-2005) side 19

¹⁰⁹ N116350623 (UNE database)

¹¹⁰ N11020939 (UNE database)

ustraffet og satt ned straffen i forhold til tingrettens dom. Han fremstod som oppriktig angrende. Han hadde også omsorgsansvar for flere barn.

UNE vektla ikke de formildende omstendighetene og samlet sett kom UNE til at det var sannsynlighetsovervekt for at klageren ville bli utsatt for mishandling dersom hun fikk opphold i Norge.

I sak 1 forelå det «særlig skjerpene omstendigheter», klageren fikk oppholdstillatelse.

I sak 2 fremkommer det at saken var alvorlig, men ikke at det forelå «særlig skjerpene omstendigheter», klageren fikk ikke oppholdstillatelse.

Enhver sak er unik men her synes det å være så mange likhetspunkter i sak 1 og sak 2 at det ville vært naturlig om UNE hadde falt ned på samme løsning.

Det ville for partene vært mer forutsigbart og ikke minst ville rettssikkerheten blitt tatt vare på.

Enkelte vil være av den oppfatning at det bør foreligge en form for straffesanksjon for at oppholdstillatelse kan nektes.

På den annen side viser en sak fra UNE at andre sanksjoner enn straff kan være nødvendig:

Kvinne¹¹¹ fra Columbia søkte om oppholdstillatelse for innvandring med ektefelle gjennom den norske ambassaden i Columbia. UDI avslo søknaden med begrunnelsen at det var mest sannsynlig at søkeren ville bli mishandlet eller grovt utnyttet. Vedtaket ble påklaget av referansepersonen som viste til at tidligere ektefelle hadde anmeldt han fordi hun ville forlate han og sørge for at referansepersonen ikke fikk noen mulighet for samvær med sitt barn. Anklagene mot han ble henlagt. UDI opprettholdt sitt tidligere vedtak og UNE fikk saken til klagebehandling.

I sin behandling av saken bemerket UNE at mannen var anmeldt fire ganger for vold, i to av anmeldelsene forklarte tidligere ektefelle at referanseperson hadde tatt kveletak på henne, forsøkt å stikke med kniv og bl.a. truet med å drepe henne. Han ble ilagt besøksforbud, som ble forlenget. Etter dette ble referansepersonen anmeldt for legemsfornærmelse overfor tidligere ektefelle bl.a. slått søkeren slik at hun var bevisstløs i en halvtime. Flere andre tilfeller av vold ble rapportert. Samtlige saker ble henlagt pga. bevisets stilling, en av sakene fordi påtalebegjæringen ble trukket tilbake og en som følge av foreldelse. Det er også vektlagt at flere andre offentlige instanser har vært involvert, i to av sakene oppsøkte referanseperson krisesentret og i et tilfelle var det barnevernstjenesten som tok initiativ til anmeldelse.

UNE konkluderte med at mishandlingen ikke lå langt tilbake i tid hadde, mishandlingen var en del av et handlingsmønster og samlet sett var det mest sannsyn-

¹¹¹ UNE N14684536 (UNE database)

lig at klageren ville bli utsatt mishandling dersom hun kom til Norge. Klagen ble ikke tatt til følge.

3.4.2.7 Vurdering av punkt c):

«Partenes mulighet for å utøve samliv i søkerens hjemland» er et av de momentene som vurderes som relevante i en helhetsvurdering om hvorvidt bestemmelsen skal anvendes.

EMD fastslår at artikkel 8 ikke gir rett til familieinnvandring hvis det ikke vil være urimelig å kreve at familielivet kan utøves i hjemlandet (eller et annet land).¹¹²

Med andre ord, er det en mulighet for å opprette et samliv i søkerens hjemland, kan tillatelse nektes, og i praksis skal det mye til for å oppnå oppholdstillatelse i Norge dersom det er mulighet for samliv opprinnelseslandet.

Det er noe uklart hvorfor dette momentet blir trukket inn som mulig relevant i en helhetsvurdering. Utgangspunktet er at det er mest sannsynlig at søker vil bli mishandlet eller grovt utnyttet. Selv om det er mulig for partene å utøve samliv i søkerens hjemland i henhold til EMK artikkel åtte, vil det neppe løse problemet som § 40, femte ledd skal ta vare på, å hindre at søker blir utsatt for mishandling eller å bli grovt utnyttet.

3.4.3 Delkonklusjon

Enkelte vil nok stille spørsmål ved om metodene som anvendes i norsk rettspleie i saker som faller under § 40, femte ledd er nødvendig i et demokratisk samfunn. Det dreier seg om alvorlige saker, men noen kan mene at de følgende forhold kan være i ytterkanten av det som kan forventes som nødvendig i et demokratisk samfunn:¹¹³

- Anmeldelse av en person, uten straffedømmelse, kan være nok til å bidra til at søker ikke får oppholdstillatelse
- Generelt rutinemessig vandelskontroll av referansepersonen
- Opplysninger om referansepersonensandel kan frigis til søker også i saker hvor det ikke fantes grunnlag for å nekte opphold
- Referansepersonen har ikke anledning til å uttale seg.

Et spørsmål er om det er nødvendig for Norge å opprettholde bestemmelser der hvor referansepersonen hverken får anledning til å uttale seg om forhold som fak-

¹¹² Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 182

¹¹³ EMK artikkel 8 (2)

tisk kan berøre vedkommende eller at samtykke må innhentes fra referansepersonen før opplysninger som angår vedkommende kan anvendes.

Gjeldende utlendingslov er ikke særlig gammel, men på sikt må det være naturlig å gjøre en sammenligning med andre lands lovgivning for å vurdere om Norges bestemmelser på området har bidratt til at hensikten med bestemmelsene er oppnådd; det å sørge for at ektefelle/særkullsbarn ikke blir utsatt for mishandling/grov utnyttelse.

Det sier seg selv at innsyn i UNEs rapporter og avgjørelser må være restriktiv. UNE presiserer at med unntak av stornemnd avgjørelser vil avgjørelser som ligger i praksisbasen ikke gi uttrykk for noen form for presedens. Avgjørelser i en sak vil heller ikke nødvendigvis gi uttrykk for en praksis. Dermed kan offentligheten (i hvert fall den delen som ikke får tilgang til ytterligere materiale) lett sitte igjen med nettopp det inntrykket; «like saker blir ikke alltid behandlet likt». Det er vel spørsmål om det var lovgivers intensjon.

Det er opplagt en krevende oppgave å sørge for en anonymisering som sikrer partene i en sak full anonymitet. På den annen side kan det være nødvendig med en endring av praksis ift. offentliggjøring. En følge av begrenset tilgang til vedtak fattet av UDI/UNE kan lett føre til stigmatisering av personer og grupper.

3.5 Utl. § 40, sjette ledd:

Bestemmelsen er fra juni 2013, og få kommentarer finnes i juridisk litteratur, samtidig som det ikke forefinnes rettspraksis.

§ 40, sjette ledd kan for så vidt ses på som en forlenging av femte ledd. Utgangspunktet er det samme: Bestemmelsen gjelder der hvor søkeren ikke har felles barn med referansepersonen og ikke levd i etablert samliv i utlandet eller i Norge. Tilsvarende gjelder særkullsbarn som søker familiegjening med en forelder som har fått oppholdstillatelse i familieetablering.

«Oppholdstillatelse til særkullsbarn som nevnt i femte ledd skal som hovedregel nektes dersom referansepersonen (forelderens ektefelle) i løpet av de siste 10 årene er domfelt for overtredelse av straffelovens bestemmelser om seksualforbrytelser og den straffbare handlingen var begått mot et barn under 18 år, med mindre særlige grunner tilsier at oppholdstillatelse likevel bør gis. Oppholdstillatelse kan også nektes dersom det er grunn til å frykte at særkullsbarnet vil bli utsatt for seksuelle overgrep. Dersom forelderens ektefelle er mistenkt eller siktet for et straffbart forhold som kan få betydning for søknaden, skal søknaden stilles i bero. Kongen kan gi nærmere regler om bestemmelsens anvendelse i forskrift.»

Det vil drøftes om bestemmelsen på enkelte punkter ikke er godt nok fundert og derfor vil kunne få uheldige følger.

3.5.1 Bakgrunn for lovendringen

Med § 40, sjette ledd forholder myndighetene seg til Høyesterettsdommen av 2009 (se nedenfor), om sannsynlighetsovervekt. Men begrunner innføringen av sjette ledd med at dommen ikke i stor nok grad beskytter særkullsbarn som søker om familiegjenforening mot fremtidige seksuelle overgrep.¹¹⁴

Det kan være støtende mot den alminnelige rettsfølelsen, hevder departementet, om norske myndigheter innvilger opphold til særkullsbarn som søker familiegjenforening når referansepersonen tidligere er straffedømt for seksuelle overgrep mot mindreårige eller det er grunn til å frykte at nye overgrep vil finne sted.

Det bemerkes at § 40, sjette ledd omhandler å beskytte særkullsbarnet mot fremtidige seksuelle overgrep, mens § 40, femte ledd favner bredere og omfatter «mishandling (som også innbefatter seksuelle overgrep) eller grovt utnyttet». Myndighetene foretar altså en gradering av forbrytelsens art og mener at har referansepersonen en rettskraftig dom for seksuelt overgrep mot mindreårige må det en strengere reaksjon til enn det som har vært tidligere.¹¹⁵

En tolking av departementets uttalelse¹¹⁶ om at det ville virke støtende (se over) kan indikere at myndighetene mener det ikke vil være like støtende dersom referansepersonen har begått annen type straffbar mishandling.

Regelen innfører også et senket krav til sannsynlighetsovervekt, slik at uansett om det foreligger straffedom eller ikke, kan oppholdstillatelse nektes dersom det er grunn til frykt for seksuelle overgrep utført av referansepersonen.

3.5.2 Rettspraksis

I Rt- 2009-1153 kom Høyesterett fram til at selv om referansepersonen, jf. § 40, femte ledd, hadde begått en alvorlig sedelighetsforbrytelse mot en mindreårig, som han fikk åtte måneders fengsel for, var det nå åtte år senere ikke sannsynlighetsovervekt for at han ville begå overgrep mot ektefellens særkullsbarn. Høyesterett uttalte » at bevisgrunnlaget er for svakt til å tilfredsstille kravet om sannsynlighetsovervekt for at overgrep vil bli begått dersom søknaden innvilges.»

Utlendingsmyndighetene (UNE)¹¹⁷ vant ikke frem med sitt vedtak om å avslå familiegjenforening for to særkullsbarn. Om forståelsen av § 9, annet ledd (Utl. 1988) mente UNE at regelen gir en anvisning på et skjønn for «bedømmelse av en fremtidig risiko for at mishandling vil inntreffe. Kravet til sannsynlighetsovervekt kan ikke forstås som et krav om sannsynlighetsovervekt for mishandling/overgrep

¹¹⁴ Prop. 162L (2012-2013) side 1, jf. Side 2

¹¹⁵ Prop.162L (2012-2013) side 1, jf. side 2

¹¹⁶ Prop.162L (2012-2013) side 2

¹¹⁷ Rt-2009-1153 avsnitt 25

faktisk vil inntreffe.

Spørsmålet blir heller om det er mer sannsynlig enn ikke sannsynlig at barna vil kunne bli utsatt for mishandling/overgrep hvis de får tillatelse til opphold i Norge».

Høyesterett uttalte at lagmannsretten var uenig i denne lovforståelsen og mente at loven måtte forstås etter sin ordlyd. (Høyesterett sluttet seg til dette).

3.5.3 Lovgivningen i Sverige og Danmark

I Sverige skal det spesielt vurderes, om utlendingen eller utlendingens barn i forhold til referansepersonen kan bli utsatt for vold eller annen alvorlig krenking av vedkommendes integritet dersom oppholdstillatelse blir innvilget. Kravet til sannsynlighet er « påtagelig risk».

Forarbeidene presiserer at avslag kun bør forekomme der risikoen for at søkeren skal bli utsatt for vold/sekssuelle overgrep er «påtagelig». Som eksempel kan det foreligge en «påtagelig» risiko der referansepersonen har begått vold mot en nærstående eller til seksual forbrytelser. I vurderingen bør det tas hensyn til blant annet tidsaspektet, hvor lang tid er det siden overgrepet inntraff og omstendighetene rundt overgrepet.¹¹⁸ Det foreligger altså ikke noe krav om karantenetid eller senket sannsynlighetsovervekt.

I Danmark kan oppholdstillatelse nektes dersom det åpenbart vil stride imot søkerens «tarv» (interesse). Det vil blant annet inngå i en slik vurdering om det er en risiko for at barnet vil bli utsatt for vold/sekssuelle overgrep. F.eks. hvor referansepersonen eller ektefelle tidligere er dømt for overgrep mot barn, og hvor det må antas at det fortsatt er en risiko for nye overgrep.

Dersom referansepersonen eller dennes ektefelle er dømt for overgrep mot barn i løpet av de siste ti år kan ikke oppholdstillatelse innvilges til barn.¹¹⁹

3.5.4 Nærmere om § 40, sjette ledd

Bestemmelsen inneholder to forskjellige vilkår:

- a) Oppholdstillatelse til et særkullsbarn skal som hovedregel nektes dersom referansepersonen i løpet av de siste ti år har en rettskraftig dom for overtreddelse av straffelovens bestemmelser om seksualforbrytelser og den straffbare handlingen var begått mot barn under 18 år. Regelen innebærer at oppholdstillatelse skal avslås uten at utlendingsmyndighetene foretar noen konkret helhetsvurdering av fremtidig fare for sekssuelle overgrep. Foreligger det særlige grunner bør likevel oppholdstillatelse gi. (Bestemmelsen vil også gjelde i familieetableringstilfellene der forelder og sær-

¹¹⁸ Prop. 162 L (2012-2013) side4, jf. Proposisjon 1999/2000 «Uppehållstilstand på grund av ankytning»

¹¹⁹ Prop. 162 L (2012-2013) side4,jf.»Utlændingsloven» §9 stk 18/19

kullsbarn søker sammen).

- b) Kravet til sannsynlighet senkes slik at, uavhengig av straffedom, kan oppholdstillatelse nektes dersom det er grunn til å frykte seksuelle overgrep mot barn.¹²⁰

For å kunne forhindre urimelige vedtak og sørge for at vedtakene er i tråd med internasjonale forpliktelser foreslo departementet en snever unntaksbestemmelse, som skjønnsmessig likevel kunne gi oppholdstillatelse.¹²¹ Et eksempel kan være hvor en overgriper på 18 år har forgrepet seg på en 15 åring, sonet sin straff, og det vil være urimelig at vedkommende ikke kan være referanseperson ni år senere.

Søknaden skal stilles i bero dersom forelderens ektefelle i Norge er mistenkt eller siktet for seksuelle overgrep mot barn. Søknaden vil bli vurdert på nytt når straffesaken blir endelig avgjort.¹²²

3.5.5 Vurdering av punkt a)

Det fremkommer ikke i sjettede ledd hvilken straffelov det siktes til. Ut fra teksten kan det tolkes som om det kun gjelder den norske straffeloven. Intensjonen er vel at vedkommende –utlending- som er straffedømt etter f.eks. sitt hjemlands straffelov kommer inn under bestemmelsen.

I proporsjonen kapittel 2.2¹²³ viser en rekke undersøkelser at det foreligger gjentakelsesfare for personer som er straffedømt for seksuelle overgrep mot mindreårige.¹²⁴ Blant annet vises det til at tilbakefallsprosenten for personer som er straffedømt for flere tilfeller av seksuelle overgrep mot mindreårige ligger mellom 33 og 71 prosent av tilfellene. Hvor domfelte er dømt 'en gang ligger tilbakefallsprosenten på 10-21 prosent. Tallene varierer i forskjellige undersøkelser.

Myndighetene har i proposisjonen ikke kommentert hvorvidt det finnes data på om tidsforløpet er av vesentlig betydning mellom da personen ble straffedømt og til eventuelt neste gang et overgrep skjer.

Det er satt en karantene-grense på 10 år, men uklart hva den er basert på. Departementet mener 10 år kan være passende,¹²⁵ men av hensyn til den straffedømte kan et slikt forbud ikke vare for all framtid.

Flere aktører uttalte i høringsrunden at andre lovbrudd også burde komme inn under lignende regler, det ble pekt på vold, drap mm. Departementet mente at

¹²⁰ Prop. 162 L (2012-2013) side 1

¹²¹ Prop. 162 L (2012-2013) side 7

¹²² Prop 162 L (2012-2013) side 10

¹²³ Prop. 162L (2012-2013), regjeringen.no

¹²⁴ Justis og Beredskapsdepartementet, endringer i utlendingsloven, kap. 2.2

¹²⁵ Prop. 162L (2012-2013) side 7

utøvd vold av referansepersonen mot person utenfor familien ikke i seg selv ga grunnlag for å mene at vedkommende ville være til fare for særkullsbarnet som var på vei inn i familien. Derimot gjaldt volden mot en' i nære relasjoner kunne saken stille seg annerledes.

Departementet fant likevel at det ikke ville foreligge gode grunner for å senke beviskravet i slike saker (se punkt b), og mente denne type saker vil bli avgjort etter § 40, femte ledd.

3.5.5.1 Nærmere om 10-års karantenefristen

Juss-Buss er den eneste i høringsrunden som stiller seg svært skeptisk til 10 års grensen. Det peker også på at dette er for inngripende overfor referansepersonen, «det må tas i betraktning at straffedømte kan endre seg».¹²⁶

Det gjelder i henhold til forarbeidene en grense på ti år etter rettskraftig dom. I høringsrunden fremkom det eksempler på hvordan dette kunne slå ut.

Som eksempel vil en person som har sittet i fengsel for seksuelle overgrep mot mindreårige i 8 år, kunne få status som referanseperson to år senere. Har derimot en person sluppet fri etter to år, må han vente i åtte år. Departementet mener likevel det vil være en fordel å ha en enkel og forutsigbar regel som tilsier at tidspunktet for rettskraftig dom legges til grunn.¹²⁷

Intensjonen til lovgiver synes rimelig klar; å søke å forhindre at særkullsbarn ikke blir utsatt for seksuelle overgrep av mor eller fars ektefelle (referansepersonen). Derfor er det introdusert en 10 års karantenetid hvor referansepersonen skal «vise» at han frastår fra å utføre seksuelle overgrep mot mindreårige.

Dersom man tar utgangspunkt i eksemplet ovenfor vil altså en referanseperson (A) som har sittet i fengsel i åtte år, antatt en svært alvorlig anklage, kunne komme i den posisjon to år senere at § 40, sjette ledd første punktum normalt ikke vil komme til anvendelse.

Referansepersonen har «vist» i to år at han ikke har utført seksuelle overgrep mot mindreårige, idet han har sittet i fengsel i åtte av de ti årene med få muligheter til å begå overgrep mot mindreårige.

Referanseperson (B) som fikk to års fengsel, og antageligvis en mindre alvorlig anklage, har måtte «vise» i åtte år at han ikke har begått seksuelle overgrep.

Slik sett er 10 års karantenetid oppfylt. Det kan stilles spørsmål om dette var lovgivers intensjon. (Det vil i slike saker ofte gå langt mer enn ti år før rettskraftig dom foreligger).

Så lenge det gikk ti år fra rettskraftig dom, var formålet da oppfylt? Det er nærliggende å anta at lovbryster skulle vise til, over tid, og ikke mens han satt inne sperret, at han ikke har begått seksuelle overgrep.

¹²⁶ Prop. 162L (2012-2013) side 7

¹²⁷ Prop. 162 L (2012-2013) side 7

3.5.5.2 Forholdet til Menneskerettsloven/barnekonvensjonen

Departementet anfører at det normalt ikke vil være til «barnets beste»¹²⁸ dersom barnet kan risikere å bli utsatt for seksuelle overgrep av referansepersonen, ved å få oppholdstillatelse i Norge. I følgende eksempel kan det spørres om departementet har gjort en forholdsmessighetsvurdering om hva som er til «barnets beste».

I tilfellet «A», jf. side 41, kan særkullsbarnet få oppholdstillatelse to år etter at referansepersonen har sluppet ut av fengslet. Dersom dette vurderes som til «barnets beste» kan spørsmålet i tilfellet «B» være om det er til «barnets beste» at særkullsbarnet må vente i åtte år på oppholdstillatelse etter at referansepersonen har sluppet ut av fengslet.

Det kan vel spørres om tiltaket over «er nødvendig i et demokratisk samfunn».¹²⁹ I høringsrunden mente Politijuristene¹³⁰ at tidsbegrensningen ville kunne slå skjevt ut. Det ble påpekt at det ville være uheldig om en med lang soningstid bak seg etter kort tid kunne være referanseperson, mens en med kortere straff ville måtte vente lengere før særkullsbarnet fikk oppholdstillatelse, og mente det ville være bedre å anvende avsluttet soning som utgangspunkt. Departementet var ikke enig i dette, og pekte på at soningskø, utsatt soning og andre årsaker ville kunne føre til uforholdsmessig lang karantenetid for enkelte.

Ville Politijuristenes modell kunne fungere bedre og mer i tråd med lovgivers intensjon? (En modell hvor karantenetiden økte lineært fra avsluttet soning med et utgangspunkt på f.eks. tre år minimum karantenetid vil nok føles mer i tråd med hva som er nødvendig, og mer troverdig enn departementets ønske om en enkel og forutsigbar regel.)

Departementet anser ikke lovforslaget til å være en uforholdsmessig inngripen i henhold til EMK artikkel åtte, og underbygger det med at det foreligger tilstrekkelig rettslig grunnlag. Det å beskytte barn mot seksuelle overgrep «er et legitimt formål i denne sammenheng».¹³¹

¹²⁸ Barnekonvensjonen (BK) artikkel 3

¹²⁹ Menneskerettsloven, EMK artikkel 8

¹³⁰ Prop. 162 L, (2012-2013) side 7

¹³¹ Prop. 162 L (2012-2013) side 9

3.5.6 Vurdering av punkt b)

Departementet foreslo¹³² generelt senket krav til sannsynlighet ved fare for fremtidige seksuelle overgrep mot barn. Med andre ord det kreves ikke alminnelig eller kvalifisert sannsynlighetsovervekt.

Bakgrunnen for forslaget var frykten for overgrep mot særkullsbarn i de tilfellene det ikke forelå domfellelse eller hvor rettskraftig dom lå mer enn ti år tilbake i tid. Altså i tilfeller som ikke dekkes av § 40, sjette ledd første punktum.

Et generelt senket krav til sannsynlighet er nødvendig for å gi et godt nok vern hevder departementet, og foreslo at oppholdstillatelse for særkullsbarn skal nektes dersom det er grunn til å frykte for seksuelle overgrep av referansepersonen.

Med «grunn til å frykte» forstås at det foreligger en viss sannsynlighet for at seksuelle overgrep vil finne sted, og at det må konkrete objektive holdepunkter til for å skulle frykte seksuelle overgrep mot mindreårige.¹³³ Som relevante momenter i en konkret vurdering nevnes i proposisjonen side ni:

- Overgrep mot voksne
- Overgrep som har funnet sted lengre tilbake i tid
- Om referansepersonen har begått gjentatte seksuallovbrudd
- Anmeldelse for seksuelle lovbrudd, hvor det ikke kommer til straffedømmelse

Som listen viser kan det foreligge forhold som ikke er relatert til tidligere straffedommer.

I forhold til «anmeldelse» vektla departementet grunn til varsomhet og at utlandsmyndighetene selv måtte vurdere etterretteligheten av den informasjonen de satt med. Dersom en anmeldelse ble henlagt fordi f.eks. saken var foreldet eller referansepersonen ble funnet utilregnelig vil det være av interesse å få kjennskap til årsaken og omstendigheter rundt henleggelsen.¹³⁴

3.5.6.1 Høringsinstansene

I høringsforslaget¹³⁵ var det enighet om at det var behov for et senket sannsynlighetskrav der det ikke forelå rettskraftig dom. Med unntak av JussBuss som mente «endringsforslaget vil medføre at referansepersonen kan bli straffet for noe vedkommende ikke har gjort». JussBuss mente også «at ordlyden var for vag og i for stor grad åpner for skjønn, noe som kan føre til forskjellsbehandling, og skulle endringen gjennomføres, må betydningen av ordlyden konkretiseres og utfylles ved forskrift eller rundskriv for at vurderingen skal kunne etterprøves». Det pekes

¹³² Prop. 162 L, (2012-2013) side 8

¹³³ Prop. 162 L, (2012-2013) side 8

¹³⁴ Prop. 162 L, (2012-2013) side 9

¹³⁵ Prop. 162 L, (2012-2013)side 8

antagelig til f.eks.:

- «en viss sannsynlighet for at seksuelle overgrep vil finne sted»
- «grunn til å frykte»
- «sannsynlighetskravet ikke senkes for mye» mm.

Det etterlyses en utlendingsforskrift som kan bidra med en konkretisering i hvordan ordlyden skal tolkes.

3.5.6.2 Referansepersonens rettssikkerhet i § 40, sjette ledd tilfeller

I de saker hvor det ikke foreligger domfellelse er det et vilkår i sjette ledd at det foreligger et senket sannsynlighetskrav. Men, hevder departementet, sannsynlighetskravet for fremtidige seksuelle overgrep må ikke senkes for mye. Dette av hensyn til referansepersonens rettssikkerhet. På den annen side særkullsbarnets rettssikkerhet ved fare for seksuelle overgrep må gå foran.¹³⁶

Departementet presiserer at referansepersonen skal få rett til å uttale seg, slik at hensynet til kontradiksjon og til referansepersonens rettssikkerhet blir tatt vare på.¹³⁷

I henhold til en definisjon på begrepet «rettssikkerhet» er det blant annet knyttet et krav om at enkeltindividet skal kunne forutsette sin rettsstilling Jf. kapittel 3.5.2.5/ NOU 2009:15.

Det kan spørres om myndighetene oppfyller dette kravet. Den tillater en sanksjon-... å nekte oppholdstillatelse grunnet frykt for at særkullsbarnet vil bli utsatt for seksuelle overgrep... uten at referansepersonen kan forutsette sin rettsstilling, idet myndighetene (normalt) ikke har gitt noen tidsangivelse for når sanksjonen eventuelt kan oppheves.

Et eksempel kan være i de tilfeller hvor den straffedømte referansepersonen etter 10 år likevel ikke får status som referanseperson, grunnet frykt for at særkullsbarnet skal bli utsatt for seksuelle overgrep av vedkommende.

3.5.6.3 «Barnets beste», en sammenligning

Et spørsmål kan være om det ikke bør problematiseres den forskjellige måten familieinnvandringsaker som drøftes i denne oppgaven og ditto saker i befolkningen for øvrig blir behandlet.

Et eksempel som illustrerer problematikken:

Særkullsbarn C søker familiegjening med moren som er gift med referanseperson A. Utlendingsmyndighetene ber om en vandelskontroll. Der fremkommer det at A i løpet av de siste ti år er domfelt for seksualforbrytelse mot en mindre-

¹³⁶ Prop. 162 L (2012-2013) side 8

¹³⁷ Prop. 162 L (2012-2013) side 9

årig. Som hovedregel vil oppholdstillatelse bli nektet.

Person B er norsk statsborger, straffedømt for overgrep mot en mindreårig. Hans nye norske ektefelle ønsker at særkullsbarnet skal bo sammen med dem. Som nevnt tidligere er det normalt ikke mulig for en ektefelle å kreve en politiattest av den andre ektefellen på dette grunnlaget, altså ingen vandelskontroll.

Særkullsbarn som søker oppholdstillatelse er i en svært sårbar situasjon. Barnet blir i henhold til § 40, sjette ledd «tatt vare på» ved ikke å få oppholdstillatelse. Dette til «barnets beste»,¹³⁸ hevder forarbeidene.

Barn som lever i Norge har normalt et vern rundt seg, som barnevern, familie, skole mm., som normalt antageligvis er til «barnets beste».

I henhold til barnekonvensjonen § 3, jf. § 19, er Norge på et generelt grunnlag forpliktet til å vurdere hensynet til «barnets beste», som et av flere hensyn.

I sum kan det spørres hva som egentlig er til «barnets beste»? Ett svar kan være at ordningene man har i dag er tilfredsstillende eller det bør ses nøyer på forskjellene.

3.5.7 Delkonklusjon

Proposisjonen fremstår-teknisk- som uferdig og derfor tidvis litt forvirrende.

Uttrykket «særkullsbarn» og «barn» brukes noe om hverandre. F.eks. på side 1 refereres det til «særkullsbarn, mens på side 2 refereres det til «barn».

Likeså refereres det til «særkullsbarn vil bli utsatt for seksuelle overgrep» på side 1, mens det på side 2 refereres til ...beskytter barn som søker om familieinnvandring mot fremtidige seksuelle overgrep». Overskriften i kapittel 6.3 er også uklar. Femte og sjette ledd omhandler «særkullsbarn» og ikke «barn».

Det kan problematiseres hvorvidt særkullsbarna ikke blir «straffet» for referansepersonens tidligere forbrytelse, ved at i utgangspunktet kan særkullsbarnet måtte vente i ti år eller mer på oppholdstillatelse.

Innføringen av ti års karantenetid vil i noen tilfeller slå ulikt ut, avhengig av lengden på fengselsstraffen referansepersonen må sone. Jf. side 41.

Det kan spørres om det er lovgivers intensjon at i de tilfellene hvor det er grunn til å frykte at særkullsbarnet vil bli utsatt for seksuelle overgrep fra referansepersonen, jf. § 40, sjette ledd., annet punktum, ikke er gitt noen tidsangivelse eller metode hvor det eventuelt ikke lenger vil være grunn til å frykte for seksuelle overgrep utført av referansepersonen.

«Anmeldelse» kan nå, som et utgangspunkt, være tilstrekkelig grunnlag for å nek-

¹³⁸ Barnekonvensjonen § 3

te et særkullsbarn oppholdstillatelse.

Det er ikke problematisert om det samme vil gjelde en siktelse eller tiltale som blir frafalt.

Angående «senket krav til sannsynlighet»¹³⁹ kan det spørres om uttrykket ikke er for vagt, slik JussBuss i høringsrunden spør. Organisasjonen mener også at det i for stor grad åpnes for skjønn, som kan lede til forskjellsbehandling.¹⁴⁰

3.6 Oppsummering/konklusjon

Det har vært en interessant tur jeg ga meg ut på. Største utfordring var nok at det egentlig ikke finnes mye oppdatert litteratur på feltet, og som gjør oppgaven krevende. Forarbeidene var fra tid til annen nokså enstemmige i oppfatning av spørsmål og dermed litt lite med kritiske spørsmål. § 40, sjette ledd er ny, og begrenset med kommentarer/rettspraksis.

Oppgaven hadde som intensjon å undersøke om bestemmelsen forvaltes i tråd med lovgivers intensjon.

Jeg foretar en oppsummering før konklusjon.

§ 40, tredje ledd: Viser en restriktiv holdning til bo-sammen problematikken. I forarbeidene er det ikke full enighet om bestemmelsen må være såpass streng, og det etterlyses en utlendingsforskrift som kan modifisere den praktiske anvendelsen av bestemmelsen.

I en ganske klar lagmannssak er det et stort gap i forholdsmessighetsvurderingen til lagmannsretten og UNE.

§ 40, fjerde ledd: I Rt -2006-1657 tok retten for seg:

- «Det ville ikke være riktig å anta at atypiske situasjoner alene kan være en indikasjon på omgåelse
- Hovedsakelige formål for ekteskapet vurderes ved vigselstidspunktet
- Alminnelig sannsynlighetsovervekt kreves, i de saker som omhandles i fjerde ledd».

I hovedsak har det tatt tid før «læresetningene» har blitt anvendt i lignende saker. Så sent som i LB-2013-1492 er ikke atypiske forhold problematisert, med fare for at søker får mot seg en vurdering som muligens ikke var korrekt.

§ 40, femte ledd: Her ser vi at myndighetene anvender regler som det nok kan spørres om hvorvidt er nødvendige i et demokratisk samfunn:

¹³⁹ Prop. 162 L (2012-2013) side 8

¹⁴⁰ Prop. 162 L (2012-2013) side 8

- Anmeldelse av en person, uten straffedømmelse, kan være nok til å bidra til at søker ikke får oppholdstillatelse
- Generelt rutinemessig vandelskontroll av referansepersonen
- Opplysninger om referansepersonensandel kan frigis til søker også i saker hvor det ikke fantes grunnlag for å nekte opphold
- Referansepersonen har ikke anledning til å uttale seg.

Det kan være grunn til å etterlyse mer åpenhet i saksbehandlingen til UDI/UNE. Dette gjelder spesielt praksis databasene til UNE.

§ 40, sjette ledd: Det er ikke er gitt noen tidsangivelse eller metode hvor det eventuelt ikke lenger vil være grunn til å frykte for seksuelle overgrep utført av referansepersonen.

«Anmeldelse» kan, som et utgangspunkt, være tilstrekkelig grunnlag for å nekte et særkullsbarn oppholdstillatelse.

«Senket sannsynlighetsovervekt», er uttrykket presist nok, eller åpnes det i for stor grad til skjønn?

KONKLUSJON:

Rent konkret bør utlendingsforskriften snarest inneholde også § 40.

Regelverket er forsøkt tydeliggjort i forhold til 1988 loven. Men likevel gjenstår en del avklaringer.

Spørsmålet som skulle besvares var: Forvaltes bestemmelsen i tråd med lovgivers intensjon? Svaret er vurdert i forhold til § 40, tredje, fjerde, femte og sjette ledd. Av fremstillingen og oppsummeringen fremkommer det en rekke svar og avklaringer som langt på vei har korrigert tidligere oppfatninger og lagt seg på en linje som samsvarer med lovgivers intensjon. Særlig pekes på § 40, fjerde ledd.

På den annen side er det grunn til å stille spørsmål til i hvilken retning forarbeidene går i femte og sjette ledd. Jeg trekker spesielt frem fra oppsummeringen angående femte ledd det faktum at referansepersonen ikke har uttalerett. Dette fortoner seg merkelig også fordi det i sjette ledd presiseres viktigheten av uttaleretten til referansepersonen. I sjette ledd vil spesielt nevnes mangel på tidsangivelse for når det ikke lenger er grunn til å frykte seksuelle overgrep fra referansepersonen.

Etter min mening kan det stilles spørsmål om flere av tiltakene i femte og sjette ledd, jf. «oppsummeringen» er nødvendig i et demokratisk samfunn.

Så lenge dette spørsmålet kan stilles må svaret bli at bestemmelsen ikke forvaltes etter lovgivers intensjon.

BØKER:

M.H. Andenæs	Rettskildelære	1997
T. Eckhoff/T. Smith	Forvaltningsrett	2010
H.P. Graver	Alminnelig forvaltningsrett	2007
N. Høstmælingen	Menneskerettigheter	2003
J. E. Skogøy	Tvistemål	2001
V. Vevstad	Utlendingsloven, Kommentartutgave	2010
Ø.D. Øyen	Lærebok i utlendingsrett	2013

HØVED LOVER:

1988 Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her. (utlendingsloven, utl.) **OPPHEVET**

2008 Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her. (utlendingsloven, utl.)

ANDRE LOVER:

Lov 10 feb 1967 om behandlingssaker i forvaltningssaker (Forvaltningsloven)

Lov 4 juli 1991 nr. 47 om ekteskap (Ekteskapsloven)

Lov 14 april 2000 nr. 31 (Personopplysningsloven)

Lov 10 juni 2005 nr. 51 (Statsborgerloven)

Lov 28 mai 2010 nr. 16 (Politiregisterloven)

Svensk utlendingslov, kapittel 5

Dansk utlendingslov, § 9

Straffeprosessloven § 222a

Straffeloven § 33, kapittel 19-22

FORSKRIFTER:

2009 Forskrift 15.oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her. (utlendingsforskriften, utl.)

INTERNETT:

[www. Lovdata.no](http://www.Lovdata.no)

Statistisk Sentralbyrå. Familieinnvandring og ekteskapsmønstre

FORARBEIDER:

Ot.prp. nr. 3 (1998-1999)

Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)

Ot.prp. nr. 26 (2008-2009)

Ot.prp. nr. 46 (1986-1987)

Ot.prp. nr. 109 (2004-2005)

Ot.prp. nr. 108 (2008-2009)
Innst. O. nr. 42 (2007-2008)
Prop.162L (2012-2013)
Meld. St. 27 (2011-2012)
NOU 2004:20
NOU 2009:15

KONVENSJONER:

Vienna Convention on the Law of Treaties 23. May 1969
Barnekonvensjonen. Vedlegg 7 i EMK

DEN EUROPEISKE MENNESKERETTIGHETSDOMSTOLEN (EMD):

EMD sak 53102/99
EMD sak 54273/00
EMD nr. 10465/83

MENNESKERETTSLOVEN:

EMK artikkel 8

RETTSPRAKSIS:

Rt-2006-1657
Rt-2013-937
Rt-2009-1153
LB-2004-99714
LB-2006-82738-2
LB-2010-143744
LB-2011-135931
LB-2011-39293
LB-2011-162056
LB-2012-130634
LB-2012-13833
LB-2012-598
LB-2013-1492
TOSL-2004-12327

UTLENDINGSNEMNDA:

UNE N11020939 Database
UNE N14684536 Database
UNE N116350623 Database
UNE Utlendingsnemnda Forsiden
UNE Familieinnvandring

UTLENDINGSDIREKTORATET:

UDI Proformaekteskap

UDI Proformabetraktninger

UDI RS 2014-011

UDI Vold i nære relasjoner

UDI Misuse of the Right to Family Reunification

JUSTIS-og BEREDSKAPSDEPARTEMENTET:

Justis-og beredskapsdepartementet. Familieinnvandring

Justis-og beredskapsdepartementet. Høringsbrev

Justis-og beredskapsdepartementet. Endringer i utlendingsloven

Justis-og politidepartementet. Rundskriv

REGJERINGEN.NO:

Dokumentarkiv. Tale 13.03.13 Utenriksminister Barth-Eide

GYLDENDALS RETTSDATA:

T. Einarsen note*

T. Einarsen note 126

DIVERSE:

Direktiv EF 2003/86 EC

SOMB 1993-20