

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Familieinnvandring for likekjønnede par

Er reglene for familieinnvandring i utlendingslovens kapittel 6 diskriminerende overfor likekjønnede par fra land der homofili er forbudt?

Kandidatnummer: 712

Leveringsfrist: 18. mai 2021

Antall ord: 17979



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
1.1	Tema og problemstilling .....	1
1.2	Bakgrunn.....	2
1.2.1	Aktualitet .....	2
1.2.2	Oversikt over land med forbud mot homofili.....	3
1.3	Metode og rettskildemessige spørsmål .....	4
1.4	Videre fremstilling .....	5
<b>2</b>	<b>GJELDENDE RETT .....</b>	<b>6</b>
2.1	Familieinnvandring .....	6
2.1.1	Referanseperson.....	7
2.1.2	Personkrets.....	7
2.1.3	Underhold og bolig .....	10
2.2	Diskrimineringsregelverket.....	11
2.2.1	Diskrimineringsrettslige rammer for utlendingsloven.....	12
2.2.2	Likestillings- og diskrimineringslovens formål og vilkår .....	12
<b>3</b>	<b>TEMATIKKENS UTVIKLING OG KONTEKST .....</b>	<b>14</b>
3.1	Utgangspunkt .....	14
3.2	Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse – LDO-14/425.....	15
3.3	Andre uttalelser fra 2015.....	17
3.3.1	Likestillings- og diskrimineringsombudet – LDO-14/435 .....	17
3.3.2	Likestillings- og diskrimineringsnemnda – LDN-2015-50-1 .....	19
3.3.3	Likestillings- og diskrimineringsnemnda – LDN-2015-50-2.....	20
3.3.4	Likestillings- og diskrimineringsnemnda – LDN-2015-51 .....	21
3.4	Uttalelser fra 2018.....	21
3.4.1	Diskrimineringsnemnda – DIN-2018-12.....	21
3.4.2	Diskrimineringsnemnda – DIN-2018-284.....	22
3.5	Uttalelser fra 2019–2020.....	22
3.6	Oppsummering av uttalelsene – dagens situasjon.....	24
<b>4</b>	<b>VURDERING AV OM REGELVERKET FOR FAMILIEINNVANDRING ER DISKRIMINERENDE OVERFOR LIKEKJØNNEDE PAR FRA LAND DER HOMOFILI ER FORBUDT. ....</b>	<b>25</b>
4.1	Undersøkelse av om det foreligger forskjellsbehandling.....	25
4.1.1	Direkte eller indirekte forskjellsbehandling .....	25

4.1.2	Personkrets.....	26
4.1.3	Unntak fra familieetableringskrav .....	33
4.1.4	Oppsummering indirekte forskjellsbehandling .....	36
4.2	Undersøkelse av om forskjellsbehandling er lovlig.....	37
4.2.1	Første vilkår for lovlig forskjellsbehandling – saklig formål.....	37
4.2.2	Andre vilkår for lovlig forskjellsbehandling – nødvendig for å oppnå formålet .....	37
4.2.3	Tredje vilkår for lovlig forskjellsbehandling – ikke uforholdsmessig inngrepene overfor den eller de som rammes .....	39
<b>5</b>	<b>KONKLUSJON OG VIDERE BETRAKTNINGER .....</b>	<b>40</b>
<b>6</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>43</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Hvert år får flere tusen mennesker oppholdstillatelse i Norge på grunnlag av familieinnvandring. I 2020 var det totale antallet innvilgede familietillatelser for tredjelandsborgere 8804.<sup>1</sup> En av forutsetningene for å få innvilget oppholdstillatelse på bakgrunn av familieinnvandring er at søkeren kan dokumentere en relasjon til et familiemedlem som er bosatt eller skal bosette seg i Norge, og som søkeren ønsker å bli gjenforent med eller å etablere familieliv med.<sup>2</sup> Ekteskap og samboerskap er de mest vanlige relasjonsformene i denne sammenheng, og utgjør omtrent halvparten av alle tillatelser.<sup>3</sup>

Etter norsk lovgivning sidestilles ekteskap mellom likekjønnede og ulikekjønnede par, og likekjønnede par har dermed i utgangspunktet de samme mulighetene til å søke om familieinnvandring som ulikekjønnede par.<sup>4</sup> For likekjønnede par fra land der homofili er forbudt kan vilkåret om relasjon mellom partene likevel by på utfordringer. I land der homofili straffeforfølges vil det ofte være vanskelig å dokumentere et samboerskap eller et inngått ekteskap, og i mange tilfeller kan det være utfordrende å inngå slike relasjoner i utgangspunktet. Vilkåret kan dermed føre til at likekjønnede par ikke er i stand til å oppfylle vilkårene til familieinnvandring på grunn av sin seksuelle orientering.

Problemstillingen i denne oppgaven er om reglene for familieinnvandring i utlendingsloven kapittel 6 er diskriminerende overfor likekjønnede par fra land der homofili er forbudt.

Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) uttalte seg om spørsmålet i 2015, og kom da til at regelverket ikke var diskriminerende.<sup>5</sup> Debatten rundt temaet har likevel ikke stilnet. I denne oppgaven vil jeg vise at dette trolig kan skyldes at LDO ikke foretok en tilstrekkelig grundig vurdering av forskjellene mellom de likekjønnede og ulikekjønnede parenes situasjon i henhold til familieinnvandringsregelverket. En viktig del av oppgaven vil dermed være å foreta en slik vurdering.

Etter uttalelsene fra LDO i 2015 har også andre aktører bidratt til å utvikle synet på diskrimineringsspørsmålet. Blant de viktigste er likestillings- og diskrimineringsnemnda (LDN), diskrimineringsnemnda (DIN) og utlendingsdirektoratet (UDI). Som en del av oppgaven vil jeg

---

<sup>1</sup> Utlendingsdirektoratet (2021a).

<sup>2</sup> Se for eksempel utl. §§ 40 og 41.

<sup>3</sup> Se for eksempel Utlendingsdirektoratet (2020) og Utlendingsdirektoratet (2019).

<sup>4</sup> Ekteskapsloven § 1.

<sup>5</sup> LDO-14/425.

foreta analyser av disse uttalelsene for å sette problemstillingen inn i en større kontekst, og danne et utgangspunkt for diskrimineringsvurderingen.

## 1.2 Bakgrunn

### 1.2.1 Aktualitet

Norske utlendingsmyndigheter mottok den første søknaden om familieinnvandring fra et likekjønnet par i 2013.<sup>6</sup> I årene etter har også nye søknader kommet inn. Det er uklart hvor mange saker det er snakk om, men etter en manuell optelling foretatt av UDI i 2019, er tallet minst åtte.<sup>7</sup> Det er heller ikke usannsynlig at dette tallet vil øke i fremtiden, som følge en bedrede forhold for homofile i vestlige land. I tillegg vil det også kunne påvirke tallet at regjeringen i juli 2020 slo fast at de ville prioritere lesbiske, homofile, bifile og transpersoner i uttak av overføringsflyktninger.<sup>8</sup>

Temaet har vært oppe i media en rekke ganger i løpet av de siste årene. Sist i april 2021, i forbindelse med at «Mina» og «Sara» fikk avslag på forlovelsesvisum som følge av at UDI mener at forholdet deres ikke er tilstrekkelig etablert, og at «Mina» ikke vil returnere til Syria dersom søknad om videre opphold blir avslått.<sup>9</sup>

Tema har også vært gjenstand for politisk debatt. I juni 2019 skrev VG at Venstre og Høyre ønsket å undersøke hvorvidt dagens lovverk diskriminerer skeive flyktninger i familiegjenforeningssaker, men at de manglet støtte fra FrP.<sup>10</sup> Nylig var spørsmålet også gjenstand for debatt i Stortingets spørretime 10. februar 2021.<sup>11</sup> Nicholas Wilkinson fra SV uttalte på bakgrunn av saken om «Mina» og «Sara» at kravet til dokumentasjon av forholdet er svært vanskelig for likekjønnede par, og stilte spørsmål til justisminister Monica Mæland om regjeringen kom til å prioritere familiegjenforening mellom likekjønnede. Mæland svarte at det mest vesentlige etter hennes syn var at regelverket ikke er diskriminerende overfor likekjønnede par, ettersom dagens regelverk åpner for en ikke-diskriminerende praksis med konkrete vurderinger i hver enkelt sak. Flere organisasjoner har også deltatt i de politiske debattene. Blant disse er Arbeiderpartiets homonettverk, foreningen FRI og Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS).<sup>12</sup>

---

<sup>6</sup> LDO-14/435.

<sup>7</sup> Brev fra LDO til UDI 11.03.2020.

<sup>8</sup> Kunnskapsdepartementet (2020).

<sup>9</sup> Vårt land (2021).

<sup>10</sup> VG (2019).

<sup>11</sup> Stortinget (2021).

<sup>12</sup> NOAS (2019); NOAS (2020); FRI (2020); Homonettverket (2020).

Til tross for at stadig flere land anerkjenner homofile samlivsformer, er det fortsatt straffbart i svært mange land. For å få et innblikk i omfanget, vil jeg i det følgende gi en kort oversikt over land der homofili er kriminalisert.

### 1.2.2 Oversikt over land med forbud mot homofili

Per desember 2020 er det 67 land og én assosiert stat som har kriminalisert homofili.<sup>13</sup> Straffenivået i de ulike landene varierer. I tillegg er det to land som de facto har kriminalisert homofili, noe som innebærer at det forekommer arrestasjoner på bakgrunn av legning eller homoseksuelle handlinger, til tross for at det ikke foreligger et regelverk som eksplisitt forbyr slike handlinger eller identiteter.

I elleve land kan homofili føre til dødsstraff. I seks av disse er det stor sikkerhet knyttet til at dette er en mulig straffereaksjon. Landene dette gjelder er Brunei, Iran, Mauritania, Nigeria (de 12 nordligste statene), Saudi Arabia og Jemen. I de øvrige fem landene er det knyttet noe mer usikkerhet rundt om dødsstraff gis, men også her er det klare indikasjoner som kan tyde på dette. Disse landene er Afghanistan, Pakistan, Qatar, Somalia (inkludert Somaliland) og De forente arabiske emirater.

I 27 land er strafferammen for homofili fra 10 år til livstid.<sup>14</sup> Landene dette gjelder er Gambia, Kenya, Malawi, Sierra Leone, Sør-Sudan, Sudan, Tanzania, Uganda, Zambia, Antigua og Barbuda, Barbados, Dominica, Grenada, Guyana, Jamaica, Saint Kitts og Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent og Grenadinene, Bangladesh, Brunei<sup>15</sup>, Malaysia, Myanmar, Sri Lanka, Kiribati, Salomonøyene, Tonga og Tuvalu.

I 30 land er strafferammen 8 år i fengsel eller mindre. Landene dette gjelder er Algerie, Burundi, Kamerun, Tsjad, Komorene, Eritrea, Eswatini, Etiopia, Ghana, Guinea, Liberia, Libya, Mauritius, Marokko, Namibia, Senegal, Togo, Tunisia, Zimbabwe, Bhutan, Kuwait, Libanon, Maldivene, Oman, Singapore, Syria, Turkmenistan, Usbekistan, Papua Ny-Guinea, Samoa. Det samme gjelder den assosierte staten Cookøyene.

De to landene som de facto har kriminalisert homofili er Egypt og Irak.

---

<sup>13</sup> Mendos (2020) s. 25.

<sup>14</sup> Mendos (2020) s. 325–330.

<sup>15</sup> Brunei er i Mendos (2020) s. 25 og s. 327 oppført både i kategorien dødsstraff og i kategorien strafferamme 10 år til livstid.

### 1.3 Metode og rettskildemessige spørsmål

Målet med oppgaven er som nevnt å undersøke om familieinnvandringsregelverket i utlendingsloven er diskriminerende overfor likekjønnede par fra land der homofili er forbudt. Vurderingen vil tas med utgangspunkt i reglene om diskriminering i likestillings- og diskrimineringsloven (ldl.). Loven gjelder i utgangspunktet på alle samfunnsområder, og gjelder således også på utlendingsrettens område.<sup>16</sup> Rettskildene vil bli tolket med utgangspunkt i alminnelig juridisk metode.

Det finnes ingen rettspraksis på dette i Norge. Det finnes også lite/ingen diskusjon rundt dette i juridisk teori. Derimot har LDO, LDN, DIN og UDI gitt uttalelser som enten direkte eller indirekte berører temaet. Disse vil gjennomgås i kapittel 3 for å vise utviklingen av synet på spørsmålet, og brukes som et utgangspunkt for egen vurdering i kapittel 4. Det er derfor relevant å si noe om forholdet mellom de ulike organene og den rettskildemessige vekten av disse uttalelsene.

Frem til 1. januar 2018 kunne LDO uttale seg i saker om brudd på blant annet diskrimineringsloven om seksuell orientering, jf. lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemda §§ 3 (3) og 1 (2) nr. 4. LDO skulle forsøke å få partene til å frivillig rette seg etter uttalelsen. Dersom enighet ikke ble oppnådd, kunne saken forelegges LDN. LDN skulle så behandle saken, og komme med en uttalelse. De hadde derimot ikke vedtaksmyndighet i saker som angikk Stortingets virksomhet, jf. lov om Likestillings- og diskrimineringsnemnda og Likestillings og diskrimineringsombudet §§ 6 (1) første punktum og 7 (1) første punktum og Ot.prp.nr.34 (2004–2005) s. 60. Det er naturlig å forstå det slik at selv om Stortinget ikke hadde plikt til å følge uttalelser fra LDN, skulle de likevel veie tungt, og være en oppfordring til å gjøre om lovverk LDN mente var diskriminerende.

Den rettskildemessige vekten av LDOs og LDNs uttalelser måtte anses å være noe begrenset i slike saker, ettersom uttalelsene hadde en rådgivende karakter. Imidlertid ville trolig godt begrunnede uttalelser forankret i LDNs spesialkompetanse – likestillings- og diskrimineringsregelverket – måtte tillegges vekt ved tolkningen av saker om diskriminering. I saker om hvorvidt andre lover er diskriminerende, oppstår likevel utordringen at LDO og LDN ikke har spesialkunnskap om den aktuelle loven. Dette er tydelig i LDO-14/425, der LDO i stor grad lener seg på uttalelser fra Justisdepartementet om familieinnvandringsregelverket i vurderingen av utlendingslovens virkning for likekjønnede par fra land der homofili er forbudt. Dette kan redusere betydningen av uttalelsene fra LDO og LDN i disse sakene.

---

<sup>16</sup> Ldl. § 2 (1).

1. januar 2018 ble LDN lagt ned, og DIN opprettet. Med dette mistet LDO sin oppgave som klageorgan. LDO kunne fremdeles gi rådgivning i enkeltsaker, men klager skulle sendes til DIN, jf. lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda §§ 5 og 8 (1). DIN fikk imidlertid ikke muligheten til å uttale seg om forhold som omfatter Stortingets virksomhet, jf. lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda § 1 (3). DIN kan heller ikke treffe rettslig bindende vedtak om at andre forvaltningsorganers vedtak er i strid med diskrimineringslovgivningen, deriblant vedtak fra utlendingsforvaltningen, jf. lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda § 14 (1) første punktum. Det må dermed antas at LDO og DIN har mindre betydning i dag når det gjelder spørsmål om lovverk er diskriminerende.

Hva gjelder uttalelser fra UDI, er det grunn til å legge vekt på disse der det er snakk om praktisering av familieinnvandringsregelverket, ettersom dette ligger innenfor deres kjerneområde. Dette gjelder særlig der praksisen er konsekvent og det ikke foreligger avgjørelser fra UNE eller rettsapparatet som går mot UDIs uttalelser.<sup>17</sup> Ved spørsmål om familieinnvandringsregelverket i utlendingsloven er diskriminerende, er imidlertid UDIs kompetanse noe mer begrenset. Situasjonen her er det motsatte som for LDO, LDN og DIN – UDI har spesialkompetanse innenfor utlendingsloven, men mangler kompetanse på diskrimineringsfeltet. Uttalelser fra UDI må derfor ha begrenset rettskildemessig vekt, med mindre uttalelsene er godt begrunnet og forankret i deres spesialkompetanse.

Uttalelsene fra organene nevnt ovenfor vil i denne oppgaven således ikke få avgjørende vekt for tolkningen av diskrimineringsregelverket. Imidlertid er de viktige for å vise utviklingen av det som undersøkes i denne oppgaven, og vil kunne bidra med momenter i diskrimineringsvurderingen.

#### **1.4 Videre fremstilling**

I det videre vil jeg starte med å gjennomgå reglene om familieinnvandring i utlendingsloven som er relevant for oppgaven. Familieinnvandringsregelverket er komplisert, og en gjennomgang i kapittel 2.1 er nødvendig for å svare på denne oppgavens problemstilling. Ettersom oppgaven omhandler diskrimineringsrettslige spørsmål, er det også behov for en kort gjennomgang av diskrimineringsregelverket i likestillings- og diskrimineringsloven i kapittel 2.2.

Spørsmålet om hvorvidt familieinnvandringsregelverket er diskriminerende overfor likekjønnede par er ikke nytt. I kapittel 3 vil derfor tidligere uttalelser om tematikken gjennomgås og analyseres, for å vise dens utvikling og kontekst. Analysene av uttalelsene vil danne grunnlag

---

<sup>17</sup> For mer informasjon om forvaltningspraksis som rettskildefaktor, se Eriksen (2019).



for den diskrimineringsrettslige analysen i kapittel 4. Den første uttalelsen i kapittel 3, LDO-14/425, er den første, og hittil eneste, uttalelsen som gir et direkte svar på oppgavens problemstilling. Analysen i kapittel 4 vil, i tillegg til å gå lenger i de utlendingsrettslige vurderingene, etterprøve denne uttalelsen. Øvrige uttalelser i kapittel 3 vil også bidra med momenter til analysen i kapittel 4.

I oppgavens femte og siste del følger det en konklusjon på analysen i kapittel 4, samt noen betraktninger knyttet til konklusjonens betydning.

## **2 Gjeldende rett**

### **2.1 Familieinnvandring**

I det følgende vil de mest sentrale vilkårene for familiegjennforening kort gjennomgås. Kravene til klarlagt identitet i utl. § 8 og til riktig fremgangsmåte ved innlevering av søknad i utlendingsforskriften (utlf.) § 10-2 vil ikke gjennomgås, da det ikke er relevant for oppgavens problemstilling. Særregler og unntak vil for det meste ikke bli omtalt, med mindre de er relevante for problemstillingen. Det er kun regelverket tilknyttet familieinnvandring for par som vil gjennomgås. Vilkårene kan overordnet deles inn i fire: kravet til referanseperson, personkrets, underhold og bolig.

Før vilkårene gjennomgås bør forskjellen på familiegjennforening og familieetablering klargjøres. Med familiegjennforening menes tilfeller der søkeren ønsker opphold i Norge for å gjennforenes med et familiemedlem som er bosatt eller skal bosette seg her.<sup>18</sup> Med familieetablering menes 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. Normalt veier hensynet til dem som søker om familiegjennforening tyngre enn for dem som søker familieetablering. En rekke utfordringer er også knyttet til familieetableringstilfellene, deriblant fare for proformaekteskap eller tvangsekteskap. For å håndtere dette har lovgiver oppstilt flere ekstra vilkår for par som søker familieetablering. Dette vil gjennomgås nedenfor.

Det er også viktig å forstå hensynene som gjør seg gjeldende i familieinnvandringsregelverket. I grove trekk kan man dele inn i innvandringsregulerende hensyn på den ene siden, og humanitære hensyn på den andre. Humanitære hensyn innebærer at hensynet til den enkelte skal vektlegges, deriblant den enkeltes rett til familieliv. Innvandringsregulerende hensyn innebærer statens behov for å ha kontroll over hvem som kommer inn i landet. Vilkårene i

---

<sup>18</sup> Ot.prp.nr.75 (2006–2007) s. 184.

familieinnvandringsregelverket skal sørge for at bare dem som har en legitim interesse i å få bosette seg med familie i landet skal få oppholdstillatelse. Reglene om familieinnvandring i utlendingsloven er en politisk avveining av forholdet mellom de innvandringsregulerende og humanitære hensyn. Reglene blir også påvirket av politiske føringer der de åpner for skjønnsmessige vurderinger av forvaltningen. Det kan derfor være vanskelig å skille regelverk, praksis og politikk på familieinnvandringsretten område. Det skal likevel gjøres et forsøk i det følgende.

### 2.1.1 Referanseperson

Formålet med familieinnvandring er at søkeren skal gjenforenes, eller etablere familieliv, med en person vedkommende har en nær relasjon til. I loven kalles denne personen en referanseperson, jf. utl. § 39. Det er en forutsetning for de fleste typer oppholdstillatelser at referansepersonen har en slik tilknytning til Norge som nevnt i utl. § 40 (1), se utl. §§ 41 (1) og 48 (1) første punktum. Tilknytningen består typisk i at referansepersonen har norsk eller nordisk statsborgerskap, eller er utlending med oppholdstillatelse i Norge. Dersom særlig sterke menneskelige hensyn tilsier det, kan det gjøres unntak fra kravet til referansepersonens status etter utl. § 49 (1).

### 2.1.2 Personkrets

Et vilkår for familieinnvandring er at søkeren kan dokumentere en nær familierelasjon mellom seg selv og personen i Norge som vedkommende søker om å få gjenforenes eller etablere familieliv med. I det følgende vil det gjennomgås hvilke typer relasjoner mellom par som gir mulighet til familieinnvandring.

#### 2.1.2.1 *Familieinnvandring for ektefeller og samboere– Utl. §§ 40 og 41*

De vanligste relasjonene som danner grunnlag for familieinnvandring mellom søker og referanseperson, er ekteskap og samboerskap, jf. utl. §§ 40 og 41. For samboere er det imidlertid ikke tilstrekkelig å ha flyttet sammen. Ytterligere vilkår for samboere deler dem opp i to grupper. For det første gjelder det søkere som har levd i et fast og etablert samboerforhold med referansepersonen i minst to år, jf. utl. § 41 (1). For det andre gjelder det søkere som ikke har levd i et fast og etablert samboerforhold med referansepersonen, men der partene har eller venter barn sammen, og akter å fortsette samlivet, jf. utl. § 41 (2) og (3). Søkere som oppfyller vilkårene for ekteskap og samboerskap etter familieinnvandringsregelverket har rett på oppholdstillatelse, forutsatt at også øvrige vilkår i loven er oppfylt, jf. utl. §§ 40 (1) og 41 (1).

Felles for ektefeller og samboere er at partene må være 18 år, med mindre de er omfattet av 24-årskravet i § 41 a, jf. utl. §§ 40 (2) og 41 (4). 24-årskravet innebærer at partene må ha fylt 24 år for å få oppholdstillatelse, med mindre ekteskapet var inngått eller samlivet etablert før referansepersonens innreise i Norge, eller partene har inngått ekteskap eller levd i et etablert

samliv mens begge har hatt oppholdstillatelse eller norsk eller nordisk statsborgerskap, jf. utl. § 41 a (1). Vilkåret ble tilføyd i 2016, og skal beskytte unge personer mot ekteskap inngått under tvang.<sup>19</sup>

Det er også et felles krav for ektefeller og samboere at partene skal bo sammen dersom søkeren får oppholdstillatelse, jf. utl. §§ 40 (3) og 41 (1), (2) og (3). Vilkåret skal bidra til å hindre, og avdekke, omgåelse av familieinnvandringsregelverket ved inngåelse av proformaekteskap.<sup>20</sup>

I tillegg er det et vilkår for familieinnvandring for ektefeller at referansepersonen har arbeidet eller tatt utdanning i Norge i fire år, dersom referansepersonen har en oppholdstillatelse som nevnt i bokstav a–f, jf. utl. § 40 a (1). Formålet med vilkåret er å oppfordre til å ta arbeid og utdanning, samt å redusere antallet asylsøkere som kommer til Norge uten å oppfylle vilkårene for beskyttelse.<sup>21</sup> Det gis unntak fra dette kravet i familiegjeningstilfeller, det vil si dersom ekteskapet var inngått, eller partene har unnfanget barn, før referansepersonens innreise i Norge, eller dersom partene har inngått ekteskap eller unnfanget barn mens begge har hatt oppholdstillatelse i Norge, jf. utl. § 40 a (2).

### 2.1.2.2 Forlovelsesvisum – Utl. § 48

Søkere som ikke oppfyller vilkårene om ekteskap eller samboerskap i utl. §§ 40 og 41 kan søke om visum for å inngå ekteskap med en referanseperson som nevnt i kapittel 2.1, jf. utl. § 48 (1) første punktum. Kravene til å bo sammen, 24-årskravet og kravet til fire år arbeid eller utdanning gjelder tilsvarende for denne type tillatelse, jf. utl. § 48 (1) tredje punktum, jf. utl. §§ 40 (3), 40 a og 41 a.

På tre viktige punkter skiller en slik tillatelse seg fra oppholdstillatelse som følge av ekteskap og samboerskap. For det første har ikke søkeren et rettslig krav på å få visum selv om vilkårene er oppfylt, jf. «kan» i utl. § 48 (1) første punktum. Utlendingsmyndighetene kan dermed foreta en skjønnsmessig vurdering av om tillatelse skal gis i hvert enkelt tilfelle. Blant momentene utlendingsmyndighetene skal vurdere, er om forlovelsen er reell. Det forutsetter at paret har en historie og et forhold mellom seg som tilsier at de vil gifte seg dersom søkeren får innvilget visum. I den forbindelse skal utlendingsmyndighetene også foreta en proformavurdering.

---

<sup>19</sup> Prop.90 L (2015–2016) s. 98.

<sup>20</sup> Ot.prp.nr. 75 (2006–2007) s. 186.

<sup>21</sup> Ot.prp.nr.26 (2008–2009) s. 1.

For det andre kan tillatelsen bare gis for inntil seks måneder, jf. utl. § 48 (1) første punktum. I tillegg kan den ikke forlenges eller fornyes, jf. utl. § 48 (2) annet punktum. Dersom søkeren skal ha fortsatt opphold i Norge må dette søkes på et annet grunnlag, for eksempel familieinnvandring som følge av ekteskap med en referanseperson i Norge.

For det tredje danner ikke tillatelsen grunnlag for permanent oppholdstillatelse, jf. utl. § 48 (2) første punktum. Dette innebærer at det skal foretas en vurdering av sannsynligheten for at søkeren vil forlate riket dersom ekteskap ikke blir inngått, jf. Ot.prp.nr.75 (2006–2007) s. 425 og (utlf.) § 9-5 (3). Dette kalles en vurdering av returforutsetninger. Utlendingsforvaltningen har i eget rundskriv, UDI 2010-077 (Oppholdstillatelse for å inngå ekteskap) punkt 5.3, utdypet hva som ligger i vurderingen. Det skal foretas en konkret helhetsvurdering basert på de generelle og individuelle forhold. I vurderingen av individuelle forhold skal momenter som søkerens familiesituasjon eller økonomiske forpliktelser i hjemlandet tillegges vekt. Av generelle forhold skal det vektlegges om søkeren kommer fra et land hvor det erfaringsmessig kommer mange asylsøkere, eller om det er stort utvandringspotensiale i landet. Vurderingen av de generelle forholdene tas basert på hvilken av UDIs fire kategorier landet befinner seg i: grønn, gul, oransje eller rød gruppe, jf. UDI 2012-005, UDI 2012-006, UDI 2012-007 og UDI 2012-008. Søkere fra land i grønn gruppe anses å ha gode generelle returforutsetninger, mens det motsatte er tilfelle for søkere fra rød gruppe. Søkere fra gul og oransje gruppe plasseres imellom. For søkere fra land i rød og oransje gruppe vil de individuelle returforutsetningene måtte være svært gode for å veie opp for de dårlige generelle returforutsetningene.

### *2.1.2.3 Familieinnvandring i andre tilfeller – Utl. § 49*

Det siste alternativet par har for familieinnvandring er å søke på grunnlag av sterke menneskelige hensyn, jf. utl. § 49. Det kan da gjøres unntak både fra referansepersonens status og fra familierelasjonen mellom søker og referanseperson, jf. utl. § 49 (1). I utlf. § 9-7 (1) bokstav a–d er det gitt eksempler på når en slik tillatelse kan være særlig relevant, men ingen av disse er aktuelle for par. Listen er imidlertid ikke uttømmende.

Det kreves likevel noe spesielt for at en slik tillatelse skal innvilges, jf. en objektiv språklig forståelse av «sterke menneskelige hensyn». Av forarbeidene følger det at bestemmelsen er ment å anvendes som en sikkerhetsventil for å unngå at regelverket i spesielle tilfeller fører til urimelige avgjørelser.<sup>22</sup> I tillegg foreligger ytterligere skranker for innvilgelse, ettersom det kan legges vekt på innvandringsregulerende hensyn, jf. utl. § 49 andre ledd, samt at det er opp til utlendingsmyndighetenes skjønn om tillatelse skal innvilges, jf. «kan» i utl. § 49 (1). Terskelen for å innvilge etter denne bestemmelsen er med andre ord svært høy, og parets situasjon

---

<sup>22</sup> Ot.prp.nr.75 (2006–2007) s. 226.

må være av en slik art at den skiller seg fra andre søkeres på en slik måte at det er urimelig å avslå søknaden.

### 2.1.3 Underhold og bolig

Det stilles krav til sikret underhold og bolig ved innvilgelse av de fleste typer oppholdstillatelser etter utlendingsloven, jf. utl. § 58 (1). Dette gjelder også for tillatelser etter familieinnvandringsregelverket. Imidlertid varierer det hvilke krav som stilles ut fra hvilken type familierelasjon det er mellom søker og referanseperson, og hvilken paragraf tillatelsen vurderes innvilget etter. Hvorvidt kravene til sikret underhold og bolig må oppfylles for par som søker familieinnvandring avhenger dermed av om de søker tillatelse etter utl. §§ 40, 41, 48 eller 49.

#### 2.1.3.1 Underhold

Kravet til underhold innebærer at referansepersonen må kunne dokumentere at vedkommende har nok inntekt til å forsørge søkeren. Med mindre det gis unntak i utlendingsforskriften, må referansepersonen oppfylle vilkåret uansett hvilken relasjon det er mellom søker og referanseperson. Kravet er tredelt. Det stilles krav til fremtidig inntekt, tidligere inntekt og til at referansepersonen ikke har mottatt økonomisk stønad etter lov om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsordningen.

Kravet til fremtidig inntekt innebærer at referansepersonen som utgangspunkt må kunne sannsynliggjøre å være sikret midler tilsvarende minst 2,7 ganger grunnbeløpet i folketrygden gjennom alternativene i bokstav a til f for den tid søknaden gjelder, jf. utlf. § 10-8 (1). Fra 01.05.2020 utgjør dette 273 648 kr.

Det kan gjøres unntak i flere tilfeller. Det viktigste unntaket i denne sammenhengen gjelder tilfeller der søkeren er ektefelle eller samboer av en referanseperson som har oppholdstillatelse som flyktning etter utl. § 28 eller kollektiv beskyttelse etter § 34, jf. utlf. § 10-8 (4) bokstav a første punktum. Forutsetningene for å få unntak dersom søkeren er referansepersonens ektefelle, er at ekteskapet ble inngått før referansepersonen reiste inn i Norge, jf. utlf. § 10-8 (4) bokstav a annet punktum. I tillegg må søknaden være fremmet, eller elektronisk søknad om familiegjening forening være registrert, og søknadsgebyret være betalt, innen seks måneder etter at referansepersonen fikk oppholdstillatelse. Søkeren må også møte opp personlig etter avtale ved utenriksstasjon eller hos ekstern tjenesteyter og levere de nødvendige vedlegg til søknaden innen ett år etter at referansepersonen fikk oppholdstillatelse, jf. utlf. § 10-8 (5) første og andre punktum. Dette unntaket er bare aktuelt dersom paret oppfyller vilkårene til ekteskap eller samboerskap i utl. §§ 40 og 41, og vil derfor ikke komme til anvendelse i tilfeller der det søkes om forlovelsesvisum etter utl. §§ 48.

Kravet til tidligere inntekt innebærer at referansepersonen som utgangspunkt må kunne dokumentere at vedkommende hadde en registrert inntekt tilsvarende 2,7 ganger grunnbeløpet i folketrygden ved siste skatteoppgjør, jf. utlf. § 10-9 (1) første punktum. Også dette vilkåret kan det gis unntak fra. Interessant i denne sammenheng er at referansepersoner som får unntak fra kravet om fremtidig inntekt, også får unntak fra kravet om tidligere inntekt. Ektefeller og samboere som får unntak fra kravet om fremtidig inntekt etter utlf. § 10-8 (4) bokstav a første punktum, vil også få unntak fra kravet om tidligere inntekt.

Til slutt stilles det krav om at referansepersonen ikke har mottatt økonomisk stønad etter lov om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen de siste tolv måneder før tillatelse gis, jf. utlf. 10-10 (1) første punktum. Det kan også gis unntak fra dette vilkåret, deriblant dersom det gis unntak fra kravet om fremtidig inntekt.

I tillegg til unntaksadgangene i utlf. §§ 10-8 til 10-10, finnes det en generell unntaksadgang i utlf. § 10-11. Etter denne bestemmelsen kan det gjøres unntak fra kravene om underhold dersom særlig sterke menneskelige hensyn tilsier det. Ordlyden tilsier at terskelen for å gi unntak er høy, og at det må foreligge en særlig spesiell situasjon som gjør at det er urimelig å kreve at underholdskravet må oppfylles. Vurderingen av om unntak skal gis er skjønnsmessig, og utlendingsmyndighetene kan vektlegge en rekke ulike faktorer, deriblant om innvandringsregulerende hensyn tilsier at unntak ikke skal gis. Unntaksadgangen kan vurderes i saker etter utl. §§ 40, 41, 48 og 49.

### **2.1.3.2 Bolig**

Ved førstegangssøknad stilles det krav om at bolig må være sikret. Ved familieinnvandring for par gjelder dette imidlertid bare dersom det er snakk om forlovelsesvisum og familieinnvandring i andre tilfeller, jf. utl. §§ 48 og 49. Familieinnvandring som følge av ekteskap og samboerskap gir unntak, jf. en antitetisk tolkning av utlf. § 10-12 (4) første punktum. Imidlertid kan det også her gjøres unntak for tillatelser etter utl. §§ 48 og 49 dersom særlig sterke menneskelige hensyn tilsier dette, jf. utlf. § 10-12 (4) andre punktum. Ordlyden er tilsvarende den for unntak fra underholdskravet i utl. § 10-11, og det er naturlig å forstå det slik at terskelen for å gi unntak fra kravet til bolig er tilsvarende høy.

## **2.2 Diskrimineringsregelverket**

### 2.2.1 Diskrimineringsrettslige rammer for utlendingsloven

I anvendelsen av utlendingsloven er man bundet av en rekke bestemmelser som hjemler vernet mot diskriminering.<sup>23</sup> Blant de viktigste er Grunnloven § 98 (2), som sier at «intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling». Mer detaljerte bestemmelser om vernet mot diskriminering finnes i likestillings- og diskrimineringsloven. Det er denne loven det skal tas utgangspunkt i videre i oppgaven, og fokuset vil være rettet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering.

I uttalelsene som gjennomgås i kapittel 3 refereres det til diskrimineringsloven om seksuell orientering. Denne regulerte diskriminering av seksuell orientering frem til likestillings- og diskrimineringsloven trådte i kraft 01.01.2018. Likestillings- og diskrimineringsloven samlet og videreførte diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.<sup>24</sup> Ettersom formålet og hovedvilkårene for diskriminering i hovedsak er de samme i de to lovene hva gjelder seksuell diskriminering, vil dette ikke gjennomgås nærmere.

### 2.2.2 Likestillings- og diskrimineringslovens formål og vilkår

Likestillings- og diskrimineringslovens formål er å fremme likestilling og hindre diskriminering på grunn av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder og andre vesentlige forhold ved en person, jf. ldl. § 1 (1).

Det følger videre av bestemmelsens andre ledd at med likestilling menes likeverd, like muligheter og like rettigheter. Målet er dermed ikke bare formell likhet, men også reell.<sup>25</sup> I dette ligger det at det ikke er tilstrekkelig at like tilfeller skal behandles likt. I visse tilfeller kan det være nødvendig å behandle ulike tilfeller ulikt for å ta hensyn til forskjeller mellom mennesker.

Diskriminering på grunnlag av seksuell orientering er forbudt etter ldl. § 6 (1). Med diskriminering menes forskjellsbehandling, enten direkte eller indirekte, jf. ldl. § 6 (4). Direkte forskjellsbehandling innebærer at en person på grunn av seksuell orientering behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt i en tilsvarende situasjon, jf. ldl. § 7. Med indirekte

---

<sup>23</sup> Av utl. § 3 følger det at loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av, når disse har til formål å styrke individets stilling. Se blant annet Den europeiske menneskerettighetskonvensjon art. 14, sett opp mot art. 8. Etter disse bestemmelsene skal retten til respekt for privatliv og familieliv være sikret uten diskriminering på grunnlag av blant annet seksuell orientering.

<sup>24</sup> Prop.81 L (2016–2017) s. 15.

<sup>25</sup> Strand (2015) s. 108.

forskjellsbehandling menes en enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som vil stille personer dårligere enn andre på grunn av seksuell orientering, jf. ldl. § 8.

Selv om det foreligger forskjellsbehandling, kan det i visse tilfeller likevel være lovlig, jf. ldl. § 6 (4). Disse tilfellene er regulert i ldl. §§ 9–11. I slike tilfeller vil det ikke være snakk om diskriminering. I denne sammenheng er det ldl. § 9 som er relevant. Bestemmelsen regulerer tilfellene der man lovlig kan forskjellsbehandle til ulempe for den som forskjellsbehandles.

For at forskjellsbehandling skal være tillatt etter ldl. § 9, forutsettes det at tre kumulative vilkår er oppfylt. For det første må forskjellsbehandlingen ha et saklig formål, jf. ldl. § 9 (1) bokstav a. Dette er en skjønnsmessig vurdering av om forskjellsbehandlingen ivaretar en beskyttelsesverdig interesse, og om dette er av en slik art at prinsippet om likebehandling bør vike.<sup>26</sup>

For det andre må forskjellsbehandlingen være nødvendig for å oppnå det saklige formålet, jf. ldl. § 9 (1) bokstav b. Med dette menes at forskjellsbehandlingen må være mer enn ønskelig, men det er ikke nødvendig at den er uunnværlig.<sup>27</sup> Dersom det finnes andre handlingsalternativer som er egnet til å oppnå formålet, som det ikke krever uforholdsmessig mye ressurser å gjennomføre, vil dette kunne være et argument for at forskjellsbehandlingen ikke er nødvendig.

For det tredje må forskjellsbehandlingen ikke være uforholdsmessig inngripende overfor dem som rammes, jf. ldl. § 9 (1) bokstav c. Det må altså foretas en proporsjonalitetsvurdering, hvor man veier det man ønsker å oppnå ved forskjellsbehandlingen opp mot konsekvensene for den som rammes av den.

Vurderingene av de tre vilkårene er i stor grad skjønnsmessige og sammensatte. De vil bero på en rekke ulike faktorer, blant annet hvilket diskrimineringsgrunnlag som rammes, hvilke rettigheter som er berørt og hvilke samfunnsområder det er snakk om.<sup>28</sup> Hvorvidt det er snakk om direkte eller indirekte forskjellsbehandling er også av betydning, ettersom det skal mindre til for at forskjellsbehandlingen er å anse som diskriminerende dersom den er direkte.

---

<sup>26</sup> Prop.81 L (2016–2017) s. 315.

<sup>27</sup> Prop.81 L (2016–2017) s. 315.

<sup>28</sup> Prop.81 L (2016–2017) s. 315.



## 3 Tematikkens utvikling og kontekst

### 3.1 Utgangspunkt

Norske utlendingsmyndigheter mottok i 2013 sin første søknad om familieinnvandring fra et likekjønnet par, som på grunn av forbud mot homofili i hjemlandet ikke var i stand til å oppfylle vilkårene om ekteskap eller samboerskap i utl. §§ 40 eller 41.<sup>29</sup> Frem til da var disse parenes muligheter for familieinnvandring lite diskutert. I forarbeidene til dagens utlendingslov er det poengtert at også par av samme kjønn kan søke om familieinnvandring som følge av ekteskap og samboerskap, men det er ikke foretatt en vurdering av konsekvensene av at mange av disse parene ikke er i stand til å oppfylle vilkårene, på grunn av forbud mot homofili i hjemlandet.<sup>30</sup> Trolig var ikke problemstillingen i lovgivers tanker da utlendingsloven ble vedtatt i 2008.

Søknaden fra 2013 ble avslått av både UDI og UNE på grunnlag av at paret ikke kunne anses som hverken ektefeller eller samboere etter familieinnvandringsregelverket. Avslagene førte til at Selvhjelp for innvandrere og flyktninger (SEIF) ba LDO ta stilling til om regelverket for familiegjening innbærer diskriminering på grunn av seksuell orientering. LDOs svar i LDO-14/425 er det lengste man er kommet i å få et konkret svar på spørsmålet. Ytterligere uttalelser har imidlertid vært gitt i forbindelse med dette spørsmålet og tilgrensende problemstillinger ettersom liknende saker har oppstått.

I det følgende vil jeg vise utviklingen av spørsmålet om hvorvidt familieinnvandringsregelverket er diskriminerende overfor likekjønnede par fra land der homofili er forbudt, gjennom uttalelser fra LDO, LDN, DIN og UDI. Alle uttalelsene kan knyttes til tre saker:

- 1) Uttalelser fra 2015, knyttet til avslaget på familieinnvandring fra 2013.
  - A og B hadde i januar 2011 holdt en uformell ekteskapsseremoni, og flyttet sammen etter dette. Ettersom homofili var forbudt i landet, hadde de ikke anledning til å formelt inngå ekteskap. I august 2011 flyktet B til Canada, mens A kom til Norge som flyktning i 2012. B søkte om familiegjening med A i 2013, men fikk avslag i to instanser. Avslaget ble begrunnet i at paret ikke var formelt gift, eller hadde vært samboere i minst to år. Det var heller ikke grunnlag for oppholdstillatelse etter utl. § 49. Det ble derimot vist til at B kunne søke om visum etter utl. § 48.

---

<sup>29</sup> LDO-14/425.

<sup>30</sup> Ot.prp.nr.75 (2006–2007) s. 422–424.

- 2) Uttalelser fra 2018, knyttet til et avslag på familieinnvandring fra 2017.
  - Sommeren 2016 søkte C om forlovelsesvisum etter utl. § 48 for å inngå ekteskap med D, som tidligere hadde fått innvilget asyl i Norge. UDI avslo søknaden fordi vilkårene til fire års arbeid eller utdannelse og underhold ikke var oppfylt. UDI mente også at det ikke forelå grunnlag for å gjøre unntak fra kravene. Vedtaket ble påklaget, men ble senere stadfestet av UNE.
- 3) Generelle uttalelser gjennom brevveksling mellom LDO og UDI i perioden 2019–2020.
  - LDO sendte 03.05.2019 brev til UDI angående retten til familiegjeningforening for likekjønnede par. LDO mente at praktiseringen av reglene om familiegjeningforening for flyktninger etter utlendingsloven og utlendingsforskriften førte til at likekjønnede par blir stilt dårligere enn likekjønnede par. Dette resulterte i en brevveksling mellom LDO og UDI om de likekjønnede parenes situasjon.

Den første uttalelsen fra 2015, LDO-14/425, er som nevnt sentral fordi LDO uttalte seg direkte om hvorvidt familieinnvandringsregelverket er diskriminerende overfor likekjønnede par. Det er også den første uttalelsen som berører problemstillingen, og dermed utgangspunktet for den videre utviklingen. Denne uttalelsen vil derfor gjennomgås og analyseres i det følgende. Deretter vil også de andre uttalelsene gjennomgås og analyseres for å vise utviklingen fra utgangspunktet i LDO-14/425.

### **3.2 Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse – LDO-14/425**

Uttalelsen er gitt 27.05.2015, etter at SEIF på vegne av paret ba LDO ta stilling til om regelverket for familiegjeningforening innebærer diskriminering på grunnlag av seksuell orientering.

LDO gikk i uttalelsen gjennom diskrimineringsvilkårene for å ta stilling til sakens spørsmål. Det ble innledende slått fast at regelverket ikke utgjør direkte diskriminering, ettersom vilkårene er de samme for likekjønnede og ulikekjønnede par. Spørsmålet var om vilkårene innebærer indirekte diskriminering, slik at vilkårene er utformet på en slik måte at likekjønnede par rent faktisk stiller dårligere ved søknad om familiegjeningforening enn ulikekjønnede par.

LDO la til grunn at regelverket i utgangspunktet er forskjellsbehandlende overfor likekjønnede par, jf. diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5. Årsaken var at selv om likekjønnede par på lik linje med ulikekjønnede kunne søke om familiegjeningforening på grunnlag av samboerskap, stiller de dårligere dersom samboerskapet har vart kortere enn to år. I slike situasjoner kan ulikekjønnede par gifte seg og søke på dette grunnlag, mens likekjønnede ofte ikke har denne muligheten.

Videre tok de stilling til hvorvidt forskjellsbehandlingen likevel var tillatt etter unntaksadgangen i diskrimineringsloven om seksuell orientering § 6. Forutsetningen er at forskjellsbehandlingen har et saklig formål, er nødvendig for å oppnå formålet og at det er rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stiller dårligere.

LDO la først til grunn at forskjellsbehandlingen var saklig begrunnet. De viste til Justisdepartementets uttalelse i saken om at formålet med vilkårene er å sikre at familielivet er reelt og tilstrekkelig etablert, noe LDO var enig i var et saklig formål.

Videre vurderte de om forskjellsbehandlingen var nødvendig for å oppnå formålet. De viste innledningsvis til Justisdepartementets uttalelse om at om at omgåelse av familieinnvandringsregelverket er et reelt problem i praksis og at vilkårene derfor er nødvendig for å sørge for at familielivet er reelt. Justisdepartementet mente også at risikoen for omgåelse av regelverket ville vært stor dersom man innvilget søknader der dokumentasjonen på familieforholdet har lav notoritet. LDO var i utgangspunktet ikke enig med Justisdepartementet i at dokumenter med lav notoritet er en god begrunnelse for forskjellsbehandlingen. Årsaken var at utlendingsmyndighetene i dag også innvilger familietillatelse på bakgrunn av dokumenter med lav notoritet når ulikekjønnede par søker. I tillegg er ikke ekteskapsattestene den eneste dokumentasjonen som innhentes i slike saker. Det er også mulig å undersøke familielivets realitet gjennom for eksempel intervjuer med søker og referanseperson. LDO mente likevel at det er et skille mellom det å skulle ettergå at det rent faktisk er inngått et formelt ekteskap, og det å foreta en mer teoretisk vurdering av om partene ville ha inngått partnerskap dersom de hadde mulighet til det. Dersom man skulle foreta en alternativ vurdering av hvorvidt det foreligger «ekteskapsliknende forhold» mellom partene i et likekjønnet forhold, vil man også måtte foreta den samme vurderingen i forhold mellom ulikekjønnede, som ville utgjøre en betydelig utvidelse av regelverket. LDO mente derfor at forskjellsbehandlingen etter en samlet vurdering av lovens vilkår fremstår som nødvendig for å oppnå det saklige formålet om å verne en etablert familierelasjon og å ivareta notoritet og bevisshensyn.

Til slutt kom LDO til at det er et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for partene som stilles dårligere. I denne vurderingen så de på hvilke andre muligheter regelverket gir likekjønnede par til familieegjenforening. De pekte først på muligheten for å søke om familieegjenforening etter utl. § 41, der paret må ha bodd sammen i minst to år. I den forbindelse stilte LDO spørsmål ved om toårskravet er uforholdsmessig, ettersom ulikekjønnede par i tilsvarende situasjon har større handlingsrom ved at de kan inngå ekteskap for å oppfylle vilkåret om personkrets. Imidlertid mente LDO at toårskravet er en etablert norm i norsk lovgivning for at familielivet skal bli ansett som etablert, og at regelen må sees i sammenheng med andre muligheter for familieinnvandring i regelverket.

De pekte deretter på muligheten for å søke om familieetablering i utl. § 48, og at det i den sammenheng stilles skjerpede krav til underhold og fire års arbeid eller utdanning, samt at man ikke har et rettskrav på å få innvilget visum etter utl. § 48 i motsetning til ved utl. §§ 40 og 41. Det ble påpekt at SEIF mente at disse kravene fører til at likekjønnede kommer uforholdsmessig dårlig ut, mens Justisdepartementet viste til at det foreligger unntaksbestemmelser som muliggjør unntak fra de skjerpede kravene. LDO lente seg i den sammenheng på Justisdepartementets uttalelse, og mente at det finnes tilstrekkelige fleksible bestemmelser som sikrer at regelverket praktiseres på en ikke-diskriminerende måte. De mente derfor at forskjellsbehandlingen ikke er uforholdsmessig for de likekjønnede parene.

LDO konkluderte deretter med at utlendingsloven og utlendingsforskriften ikke er i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5. De påpekte imidlertid at selv om regelverket i seg selv ikke er diskriminerende, er det ikke innenfor Justisdepartementets ansvarsområde hvordan unntaksbestemmelsene praktiseres.

LDO går i uttalelsen ikke inn på detaljene i hvilke konsekvenser familieinnvandringsregelverket har for de likekjønnede parene. Det mangler en konkret vurdering av om parene som ikke har fått inngått ekteskap eller bodd sammen i to år på grunn av forbud mot homofili i hjemlandet kan søke på grunnlag av utl. §§ 40, 41, 48 eller 49, eller om det foreligger begrensninger. På bakgrunn av uttalelsen fremstår det likevel som at LDO tar utgangspunkt i at forlovelsesvisum etter utl. § 48 er det eneste reelle alternativet for denne gruppen.

Uttalelsen må også kunne tolkes slik at forutsetningen for at regelverket ikke skal være diskriminerende, er at det faktisk er mulig å gjøre unntak fra de skjerpende vilkårene som følger med en søknad om forlovelsesvisum etter utl. § 48, og som ikke gjør seg gjeldende etter utl. §§ 40 og 41. Den må også kunne tolkes slik at selv om regelverket ikke er diskriminerende, betyr det ikke nødvendigvis at ikke praktiseringen av regelverket kan være det. Dersom regelverket åpner for at det kan gjøres unntak, og det foreligger en situasjon der unntak forutsettes for at det ikke skal foreligge diskriminering, uten at utlendingsmyndighetene gir det, kan praktiseringen av regelverket være diskriminerende.

### **3.3 Andre uttalelser fra 2015**

#### **3.3.1 Likestillings- og diskrimineringsombudet – LDO-14/435**

LDO ga også i en annen uttalelse samme dag, LDO-14/435, deres mening om spørsmålet om hvorvidt UNE handlet i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5 da Bs klage over avslag på søknad om familiegjengenforening ikke ble tatt til følge. Selv om spørsmålet ikke er direkte relevant for spørsmålet om hvorvidt familieinnvandringsregelverket er diskriminerende, er deler av uttalelsen likevel interessant for oppgavens problemstilling.

Utgangspunktet for uttalelsen var at UNE i sin behandling av saken hadde funnet at vilkåret om personkrets ikke var oppfylt. Paret var ikke formelt gift, og B kunne derfor ikke få oppholdstillatelse etter utl. § 40. De hadde heller ikke bodd sammen i to år, og oppholdstillatelse etter utl. § 41 var derfor heller ikke en mulighet. Spørsmålet var så om paret kunne få opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn i utl. § 49. Også dette ble avvist av UNE. De viste til at bestemmelsen ikke er ment å omfatte forhold som vil gjøre seg gjeldende for et stort antall søkere, og at det som utgangspunkt må foreligge spesielle tungtveiende individuelle omstendigheter som skiller klagerens sak fra et større antall saker. UNE mente at en innvilgelse i denne saken ville åpne for at flere liknende søknader måtte innvilges, også fra par som av andre grunner ikke var i stand til å inngå ekteskap, for eksempel muslimske kvinner som ikke får gifte seg med kristne menn. Innvilgelse ville også stride mot kontrollhensyn, ettersom det ville være vanskelig og krevende for utlendingsmyndighetene å kontrollere om samlivet er reelt når det ikke kan legges frem noen form for dokumentasjon. Til slutt ble det vist til at vedtaket ikke førte til en varig familiesplittelse, ettersom det var mulig å søke om forlovelsesvisum etter utl. § 48. UNE vurderte ikke spørsmål om unntak fra underholdskravet ettersom vilkåret om personkrets ikke var oppfylt.

Ettersom LDO i saken over kom til at regelverket ikke var diskriminerende, så de ikke nærmere på UNEs vurdering etter utl. §§ 40 og 41, da det var klart at paret ikke oppfylte personkretsvilkåret i disse bestemmelsene. Spørsmålet var om UNEs tilsynelatende nøytrale praktisering av utl. § 49 kunne sies å utgjøre indirekte forskjellsbehandling ved at man ikke tok hensyn til deres spesielle situasjon i den skjønnsmessige vurderingen.

LDO mente at det ikke var gjort tilstrekkelige drøftelser av hvilken betydning det har å være et likekjønnet par i en familiegjenforeningssituasjon, og hvilke særlige spørsmål det forelå i den aktuelle saken. Dette var særlig viktig ettersom saken var den første av sitt slag. LDO mente også at det på det tidspunktet ikke forelå andre tilsvarende saker svekket UNEs argument om at en innvilgelse i denne saken ville føre til at flere liknende saker måtte innvilges. Det var heller ikke foretatt en tilstrekkelig vurdering av parets individuelle situasjon, sett opp mot innvandringsregulerende hensyn.

LDO kom likevel under tvil til at B ikke var blitt utsatt for indirekte forskjellsbehandling i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering. Årsaken til dette var at LDO ikke kunne overprøve UNEs utlendingsrettslige vurdering av at utl. § 49 er ment som en sikkerhetsventil for å unngå at regelverket i spesielle tilfeller fører til urimelige avgjørelser, og dermed ikke var relevant i denne saken. I tillegg la de UNEs vurdering til grunn av at familiesplittelsen ikke var varig, ettersom paret nå hadde mulighet til å inngå ekteskap eller søke om forlovelsesvisum etter utl. § 48. Når det gjaldt SEIFs påstander om at paret ved søknad om

forlovelsesvisum måtte oppfylle vilkårene om underhold og fire års arbeid og utdanning, pekte LDO på at de ikke hadde tatt stilling til det i denne saken, men at det potensielt kunne reise diskrimineringsrettslige spørsmål.

Det fremstår i uttalelsen som at LDO er svært forsiktig med å ta stilling til det diskrimineringsrettslige spørsmålet i saken. De har begrenset mulighet til å overprøve de utlendingsrettslige vurderingene, og legger Justisdepartementets og UNEs uttalelser til grunn når de konkluderer med at det finnes alternativer både for paret i saken og andre par i samme situasjon. LDO forutsetter både i denne uttalelsen og i uttalelsen over at regelverket åpner for å at likekjønnede par fra land der homofili er forbudt kan søke om forlovelsesvisum etter utl. § 48, uten at de må oppfylle de ekstra ulemper som følger med et slikt visum. LDO foretar likevel ikke en vurdering av hvilke ekstra ulemper som medfølger, og om det overhode er mulig å innvilge slike unntak.

Særlig interessant i denne uttalelsen er det som blir sagt om bruken av utl. § 49 i slike situasjoner. Selv om UNE kun uttaler seg om den aktuelle saken, formulerer de seg på en slik måte at det er naturlig å tolke deres mening dit at bruken av utl. § 49 ikke er aktuelt å bruke, med mindre det foreligger øvrige forhold i saken som gjør at den skiller seg ut fra andre saker med likekjønnede par. LDO skriver i uttalelsen at de ikke kan overprøve denne vurderingen. Likevel fremstår det som at de til en viss grad godtar UNEs syn på saken, ettersom de også viser til parets mulighet til å søke forlovelsesvisum etter utl. § 48.

### 3.3.2 Likestillings- og diskrimineringsnemnda – LDN-2015-50-1

SEIF klaget LDOs sak LDO-14/425 inn for LDN. Spørsmålet var igjen om reglene om familieinnvandring i utlendingsloven og utlendingsforskriften var i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering. Før LDN ville besvare spørsmålene, vurderte de i uttalelsen LDN-2015-50-1 om de hadde kompetanse til å foreta slike vurderinger.

LDN kom til at de ikke hadde kompetanse til å behandle spørsmålet om utlendingslovens bestemmelser om familieinnvandring er i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering. Derimot mente de at de hadde kompetanse til å besvare det samme spørsmålet om utlendingsforskriften. Spørsmålet ble behandlet i LDN-2015-50-2.

Det at LDN bare ville vurdere diskrimineringsspørsmålet opp mot utlendingsforskriften, og ikke utlendingsloven, bidro til at LDOs uttalelse ikke ble overprøvd, slik at man ikke har fått en reell kontroll av vurderingen. Det må også antas at vurderingen av om regelverket er diskriminerende blir noe misvisende når bare en del av det, forskriften, vurderes. Det har trolig likevel vært med på å påvirke synet på problemstillingen, og vil derfor gjennomgå i det følgende.

### 3.3.3 Likestillings- og diskrimineringsnemnda – LDN-2015-50-2

Spørsmålet i saken var om utlf. § 10-8 (4) bokstav a er utformet på en diskriminerende måte overfor likekjønnede par. Bestemmelsen gir unntak fra kravet til underhold for blant annet ektefeller og samboere av referansepersoner som har status som flyktning, så lenge søknaden fremmes innenfor gitte frister. Bestemmelsen er i utgangspunktet nøytralt utformet, og det er dermed ikke snakk om direkte diskriminering. Imidlertid er det svært få likekjønnede par på flukt som er i stand til å oppfylle personkrets vilkåret om å være ektefeller eller samboere, og det er dermed et spørsmål om indirekte diskriminering. Forutsetningen for at spørsmålet skal være aktuelt, er at søknaden vurderes innvilget etter utl. §§ 48 eller 49.

LDN mente at bestemmelsen i utlf. § 10-8 (4) bokstav a må sees i sammenheng med den generelle unntaksadgangen i utlf. § 10-11, der det kan gis unntak fra underholds kravet dersom «særlig sterke menneskelige hensyn tilsier det». LDN viste til Justisdepartementets uttalelse om at utlf. § 10-11 muliggjør unntak fra underholds kravet for likekjønnede par, forutsatt at utlendingsmyndighetene praktiserer regelverket i henhold til internasjonale konvensjoner og norsk lov. Konklusjonen var dermed at forskriften ikke er utformet på en diskriminerende måte.

LDN åpnet likevel for at praktiseringen av forskriften vil kunne være i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, dersom det ikke vil være mulig for likekjønnede par å få unntak fra underholds kravet. Det må imidlertid foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak. LDN uttalte blant annet at et relevant moment vil være om paret faktisk har bodd sammen en viss tid, selv om samboerskapet ikke har vart i to år.

I denne uttalelsen gjennomgår LDN kun ett av flere tilleggsvilkår som oppstår ved en søknad om opphold etter utl. §§ 48 og 49, sett opp mot en søknad om opphold etter utl. §§ 40 og 41. Dette gjør vurderingen svært begrenset. Det er uklart hvorfor ikke andre vilkår vurderes, ettersom flere av vilkårene og deres unntaksadganger fremkommer av forskriften.

Nok en gang legges det vekt på at forutsetningen for at regelverket ikke skal være diskriminerende, er at det er mulig å gi unntak fra tilleggsvilkårene, slik at de kan omgås dersom situasjonen ellers tilsier at dette bør gjøres.

Uttalelsen viser også at regelverk og praksis er svært tett knyttet, ved at LDN legger føringer for den skjønnsmessige vurderingen i hvilke tilfeller det kan være aktuelt å gi unntak. LDNs uttalelse om at botid kan være relevant i vurderingen, indikerer at det likevel stilles krav til forholdet mellom søker og referanseperson, selv om de ikke er like strenge som ved søknad om opphold som ektefeller eller samboere. Et slikt botidskrav for unntak fra underholds kravet

må likevel antas å føre til et strengere krav til forholdet mellom søker og referanseperson enn det som følger av en søknad om forlovelsesvisum etter utl. § 48.

### 3.3.4 Likestillings- og diskrimineringsnemnda – LDN-2015-51

Også spørsmålet fra LDO-14/435, om UNE handlet i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5 da Bs klage over avslag på søknad om familiegjening ikke ble tatt til følge, ble klaget inn for LDN. LDN mente av samme årsak som LDO at UNE ikke hadde handlet i strid med forbudet. Uttalelsen bekrefter, og styrker, LDOs uttalelse i LDO-14/435, blant annet om at utl. § 49 som utgangspunkt ikke er aktuell å benytte for denne type saker.

## 3.4 Uttalelser fra 2018

### 3.4.1 Diskrimineringsnemnda – DIN-2018-12

Uttalelsen er gitt av DIN 02.10.2018. Spørsmålet var om det i saken, der det var søkt om forlovelsesvisum etter utl. § 48, var diskriminerende overfor paret at det ikke ble gjort unntak fra vilkårene om underhold og fire års arbeid eller utdanning. DIN kom til at dette ikke var tilfelle. De mente at det ikke var holdepunkter for at paret ikke kunne bo sammen over lengre tid enn ni måneder, og at de dermed ikke møtte på større utfordringer enn andre par. Selv om det skulle være vanskeligheter med å leve åpent som samboere, mente DIN at dette også gjelder mange ulikekjønnede par, og at det at UNE ikke hadde gjort unntak fra vilkårene derfor ikke utgjorde forskjellsbehandling. Vanskeligheter med å inngå ekteskap eller få felles barn var heller ikke av betydning, da også dette gjelder mange ulikekjønnede par. I tillegg refererte de til LDNs uttalelse i sak LDN-2015-50-2 om at tiden paret har vært samboere kan være et relevant moment i vurderingen, selv om samboerskapet ikke har vart i to år. De viste deretter til at paret bare hadde bodd sammen i ni måneder, noe som var langt unna den alminnelige toårgrensen. Det forelå heller ingen andre særlige forhold som tilsa at det burde gis unntak.

Uttalelsen er i stor grad en videreføring av LDN-2015-50-2, og må kunne tolkes slik at en forutsetning for å få unntak fra kravet til underhold er at paret har bodd tilnærmet to år sammen. DIN utvider også dette til å gjelde unntaksadgangen for kravet til fire års arbeid eller utdanning, uten at det foretas en nærmere drøftelse av dette. Det er også interessant at DIN mener at paret må ha bodd sammen i tilnærmet to år, når LDNs uttalelse var at paret måtte «ha bodd sammen en viss tid». Dette gjør at terskelen for å få unntak nærmer seg terskelen for å få innvilget opphold på grunnlag av samboerskap. Det må antas at et slikt krav vil føre til at det kun er et fåtall av parene som ikke er i stand til å oppfylle kravene til ekteskap eller samboerskap i utl. §§ 40 og 41 som vil være i stand til å oppfylle bokravet for å få unntak fra kravene til underhold og fire års arbeid eller utdanning. Spørsmålet er om unntaksadgangen da er reell, slik LDO i LDO-14/425 la til grunn som en forutsetning for at regelverket ikke skulle være diskriminerende.



DIN uttaler videre at unntak likevel kan gis til tross for manglende botid dersom det foreligger særlige forhold i saken som tilsier at det bør gjøres unntak. I uttalelsen sier DIN at det at likekjønnede par på lik linje med ulikekjønnede par kan møte på vansker med å inngå ekteskap, leve åpent som samboere eller stifte familie ikke er et slikt særlig forhold. Imidlertid nevnes det ikke spesifikt noe om vanskeligheter som følge av en mulig straffeforfølgning som følge av forbud mot homofili. Det kan derfor stilles spørsmål ved om det kan utgjøre et forhold av særlig betydning som tilsier at det bør gjøres unntak.

### 3.4.2 Diskrimineringsnemnda – DIN-2018-284

I samme sak som i DIN-2018-12 ble DIN også bedt om å ta stilling til om regelverket om familieinnvandring i utlendingsloven og utlendingsforskriften var i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering. Spørsmålet om utlendingsloven ble avvist som følge av at spørsmålet lå utenfor DINs saklige kompetanse. Spørsmålet om utlendingsforskriften ble henlagt, ettersom spørsmålet allerede var tatt stilling til i LDN-2015-50-2. DIN mente at det basert på dokumentene som var fremlagt i saken, ikke var grunnlag for å komme til en annen konklusjon. Uttalelsen må derfor, til tross for henleggelsen, anses som å til en viss grad styrke uttalelsen fra LDN-2015-50-2. Dette styrkes også av uttalelsen i DIN-2018-12, som i stor grad bygger videre på LDNs uttalelse.

## 3.5 Uttalelser fra 2019–2020

LDO sendte 03.05.2019 brev til UDI angående retten til familiegjenforening for likekjønnede par. LDO mente at praktiseringen av reglene om familiegjenforening for flyktninger etter utlendingsloven og utlendingsforskriften førte til at likekjønnede par blir stilt dårligere enn likekjønnede par. De viste til at parene er henvist til å søke om forlovelsesvisum etter utl. § 48, og at det i disse tilfellene som utgangspunkt gjelder krav om fire års arbeid eller utdanning og underhold. Dette medfører at allerede etablerte familieliv dermed ikke blir anerkjent for likekjønnede par. LDO foreslo derfor å legge til en setning under sentrale moment i vurderingen av sterke menneskelige hensyn i RS 2010-190 (rundskriv om fireårskravet) punkt 8 og RS 2010-118 (rundskriv om underholdskravet) punkt 8.1. Den skulle lyde som følgende: «Flyktningen har vært vesentlig hindret fra å inngå ekteskap på grunn av seksuell orientering». Dette skulle gjøre at det i større grad ble gitt unntak fra krav til fire års arbeid eller utdanning og underhold i familieinnvandringsaker som gjaldt likekjønnede par på flukt.

Brevet ble besvart av UDI 18.06.2019. UDI skrev at de ikke detaljregulerer hvilke grupper som bør få en tillatelse etter en snever unntaksbestemmelse, da de ikke vil trå over på lovgivers kompetanseområde. Vekten av de ulike momentene i vurderingen vil også kunne variere etter hvilke forhold som gjør seg gjeldende i en konkret sak. UDI mente også at deres praktisering av familieinnvandringsregelverket ivaretar likekjønnede pars velferdshensyn innenfor

regelverkets rammer. I de få sakene UDI har behandlet har de blant annet vurdert om det skal gis unntak begrunnet i problemer parene har med å inngå ekteskap eller samboerskap i hjemlandet. Mot slutten av brevet skrev de også at hvorvidt det generelt bør være lempeligere regler for å få familiegjensforeningstillatelse for likekjønnede par fra land som ikke godtar homofile ekteskap er et spørsmål for Justis- og beredskapsdepartementet. Dersom likekjønnede par skal ha en lovbestemt rett til familiegjensforening uten å oppfylle dagens krav til personkrets i utl. §§ 40 og 41, krever dette lovendring. Dersom gruppen skal gis oppholdstillatelse etter utl. § 49, krever dette ifølge UDI en endring av utlf. § 9-7.

LDO ba deretter om innsyn i alle sakene UDI har behandlet på området. LDO mottok syv saker, men det er usikkert om dette er alle, da sakene måtte søkes opp manuelt. Saken fra LDOs uttalelse i 2015 var ikke en av disse. Av de syv sakene ble fire innvilget og tre avslått. Det ene avslaget ble gitt grunnet brudd mellom søker og referanseperson før UDI fattet vedtak.

LDO sendte så brev til UDI 11.03.2020. De skrev at antallet saker var begrenset og til dels ulike, og at de derfor av den grunn ikke ønsket å følge saken videre. De uttrykte likevel et ønske for å følge med på videre praksis, og å komme med bemerkninger knyttet til gjennomgangen av de tidligere vedtakene. For det første ba LDO UDI og UNE om å forsøke å gi fylligere begrunnelser hvor vurderingene i vedtakene synliggjøres i større grad, ettersom sakene reiser diskrimineringsrettslige spørsmål. For det andre oppfordret LDO UDI til å gå i dialog med skeive organisasjoner og gi er informasjon om egen praksis, samt sikre god registrering av sakene som behandles hos UDI, slik at det er mulig å følge utviklingen i praksis.

UDI besvarte brevet 25.06.2020. De opplyste om at det var satt i gang opplæring av ansatte som behandler søknader om familiegjensforening for likekjønnede par, og at flere saksbehandlere skal vurdere saken før vedtak fattes. De var også i gang med å planlegge tiltak og møter med skeive organisasjoner. Imidlertid lot det seg ikke gjøre å særskilt registrere saker om likekjønnede par i UDIs elektroniske systemer av hensyn til personvern.

Flere interessante betraktninger kan trekkes ut av brevvekslingen. For det første at det er det samme organet, LDO, som i 2015 skrev at familieinnvandringsregelverket ikke var diskriminerende, som fire år senere skriver brev til UDI om tilsvarende problematikk. Imidlertid er det praktiseringen av regelverket som kritiseres, ikke regelverket i seg selv. Dette harmonerer godt med LDOs uttalelse om at det at regelverket ikke er diskriminerende, ikke nødvendigvis innebærer at praktiseringen av det ikke er det. Man var også i 2019 bedre kjent med denne type saker, noe som kunne tilsi at tiden var moden for å undersøke hvordan regelverket praktiseres.

For det andre er det interessant hvordan UDI i denne brevvekslingen, og Justis- og beredskapsdepartementet gjennom de tidligere uttalelsene, legger ansvaret over på hverandre. I sakene over hevdet justis- og beredskapsdepartementet at regelverket var tilstrekkelig fleksibelt til at det kunne praktiseres på en ikke-diskriminerende måte. UDI uttaler i brevene til LDO at dersom de likekjønnede parene skal ha en lovbestemt rett til familiegjening, krever det lovendring, og er således Justis- og beredskapsdepartementets ansvar.

Imidlertid viser brevene at LDO etter en gjennomgang av sakene oppfatter sakene som mer kompliserte og sammensatte enn de på forhånd hadde trodd, og at de derfor foreløpig godtar at UDIs praktisering av regelverket ikke utgjør diskriminering. Et flertall av søknadene om familieinnvandring som er lagt frem for LDO har blitt innvilget. LDO ser likevel problematiske sider ved behandlingen av sakene. UDI på sin side viser også at de til en viss grad har forsøkt å tilpasse seg en vanskelig situasjon. Det er imidlertid snakk om mindre endringer i den praktiske gjennomførelsen, ettersom regelverket de opererer innenfor fremdeles er det samme.

### **3.6 Oppsummering av uttalelsene – dagens situasjon**

Ved å se uttalelsene i sammenheng, fremstår det noe uklart hvilke muligheter likekjønnede par fra land der homofili er forbudt har til å få innvilget familieinnvandring, og hvorvidt dagens regelverk om familieinnvandring er å anse som diskriminerende overfor gruppen. I LDO-14/425 kom LDO til at regelverket ikke er diskriminerende, forutsatt at regelverket praktiseres på en ikke-diskriminerende måte. Imidlertid går hverken LDO-14/425 eller noen av de andre uttalelsene i dybden på hvordan gruppens situasjon passer inn i regelverket, eller hvordan utlendingsmyndighetene behandler søknadene de mottar. Det at det foreløpig er et lite antall saker dette gjelder er heller ikke til hjelp i avklaringen av rettstilstanden.

Det fremstår likevel som om det er enighet på enkelte punkter. Likekjønnede par som på grunn av forbud mot homofili i hjemlandet ikke er i stand til å inngå formelt ekteskap, bo sammen i minst to år eller ha felles barn, oppfyller ikke vilkårene etter utl. §§ 40 og 41, og kan derfor ikke få innvilget tillatelse etter disse bestemmelsene. Hva gjelder tillatelse etter utl. § 49 fremstår det som at det er noe mer usikkerhet, men at man heller mot at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse. Årsaken er at bestemmelsen er ment som en snever unntaksbestemmelse som kan anvendes i enkelttilfeller der det ville vært klart urimelig å avslå søknaden. Situasjoner som omfatter flere liknende saker, er ikke ment å fanges opp av utl. § 49.

Alternativet som gjenstår for disse parene, er å søke om forlovelsesvisum etter utl. § 48. Det fremstår som at det er en viss enighet om at de ekstra kravene en slik tillatelse krever i forhold til tillatelse etter utl. §§ 40 og 41 i visse tilfeller kan utgjøre diskriminering. Det er imidlertid uklart i hvilke tilfeller man mener det kan være snakk om diskriminering, og om det overhode

er mulig å gjøre unntak fra vilkårene. I tillegg er det kun rettet søkelys mot to av flere tilleggsvilkår ved en slik type tillatelse: fireårskravet og underholdskravet.

Dagens rettstilstand fremstår dermed noe uklar. Det er blant annet ikke foretatt en fullstendig gjennomgang av alle tilleggsvilkårene som følger av en tillatelse etter utl. § 48, og hvilke konsekvenser dette har for diskrimineringsspørsmålet.

Som en konsekvens av dette må det anses uavklart hvorvidt familieinnvandringsregelverket i utlendingsloven er diskriminerende overfor likekjønnede par fra land der homofili er forbudt. En nærmere gjennomgang av konsekvensene regelverket har for gruppen er nødvendig, samt en ny gjennomgang av diskrimineringsvilkårene. Dette vil gjøres i kapittel 4.

## **4 Vurdering av om regelverket for familieinnvandring er diskriminerende overfor likekjønnede par fra land der homofili er forbudt.**

I det følgende vil det foretas en nærmere gjennomgang av diskrimineringsvilkårene omtalt i kapittel 2.1 opp mot familieinnvandringsregelverket for likekjønnede par fra land der homofili er forbudt. Gjennomgangen vil til en viss grad være en etterprøving av LDOs uttalelse LDO-14/425, men vil også gå lenger i de utlendingsrettslige vurderingene.

### **4.1 Undersøkelse av om det foreligger forskjellsbehandling**

#### **4.1.1 Direkte eller indirekte forskjellsbehandling**

Det første vilkåret for at familieinnvandringsregelverket skal anses diskriminerende, er at det foreligger en forskjellsbehandling av likekjønnede par fra land der homofili er forbudt. Før man går inn i vurderingen av om forskjellsbehandlingen foreligger, må det tas stilling til om forskjellsbehandlingen, dersom den foreligger, er direkte eller indirekte.

Det er i utgangspunktet ingen forskjeller i de materielle vilkårene for familieinnvandring for likekjønnede og ulikekjønnede par. Ettersom norsk lovgivning sidestiller ekteskap mellom likekjønnede og ulikekjønnede, jf. ekteskapsloven § 1, kan likekjønnede par søke om familieinnvandring på lik linje som ulikekjønnede par. Det er derfor ikke snakk om direkte forskjellsbehandling.

Spørsmålet er dermed om det foreligger indirekte forskjellsbehandling. For at det skal være tilfelle, må situasjonene de likekjønnede og ulikekjønnede par befinner seg i, være forskjellige på en slik at regelverket til tross for formell likhet, innebærer reelle ulikheter.

I det følgende vil jeg sammenlikne situasjonene ulikekjønnede par og likekjønnede par fra land der homofili er forbudt befinner seg i, og hvilke konsekvenser dette har for muligheten til familieinnvandring etter reglene i utlendingsloven og utlendingsforskriften. Undersøkelsen vil ta utgangspunkt i vilkåret om personkrets, ettersom det er søkerens forhold til referansepersonen som skiller de to gruppene.

#### 4.1.2 Personkrets

##### 4.1.2.1 Ekteskap og samboerskap – Utl. §§ 40 og 41

Som nevnt vil likekjønnede par på lik linje med ulikekjønnede søke om familieinnvandring som følge av ekteskap etter utl. § 40 og samboerskap etter utl. § 41. Spørsmålet er imidlertid om det er forskjeller i gruppenes muligheter til å søke disse typene familieinnvandring.

En forutsetning for familieinnvandring etter utl. § 40 er at søkeren og referansepersonen er ektefeller, og det må derfor foreligge et ekteskap som er anerkjent av norske myndigheter. Ekteskapet må enten være inngått i Norge, eller være gyldig inngått i utlandet, jf. ekteskapsloven § 18 a (1) første punktum. Dette innebærer at de offentlige myndighetene i landet paret giftet seg i må anerkjenne ekteskapet. Private, religiøse eller andre typer seremonier vil dermed ikke være tilstrekkelig med mindre de anerkjennes av myndighetene. Konsekvensene er at likekjønnede par fra land der homofili er forbudt normalt sett ikke vil ha mulighet til å oppfylle de norske myndighetenes krav til gyldig inngått ekteskap, og dermed ikke oppfylle kravet til personkrets i utl. § 40.

Forutsetningen for at samboere skal få tillatelse etter utl. § 41 er som nevnt at de enten kan dokumentere to års samboerskap eller at de har felles barn. Det å ha felles barn, og spesielt å kunne dokumentere det, vil være svært vanskelig i et land der homofilt samliv ikke er tillatt. Det samme gjelder for dokumentasjon av to års samboerskap, ettersom man ikke vil få dokumentasjon på samboerskapet fra offentlige myndigheter. Man kan forsøke å legge frem en felles husleiekontrakt eller dokumentasjon på felles huskjøp, men det å leve i et slikt samboerskap vil i seg selv kunne utgjøre en stor risiko for paret, etter som de risikerer å bli straffeforfulgt.

Parene vil dermed som regel ikke kunne søke om familieinnvandring etter utl. §§ 40 og 41 som følge av ekteskapelige relasjoner eller samboerskap som har oppstått i hjemlandet. Spørsmålet er da om det finnes andre måter å oppfylle kravet til personkrets i utl. §§ 40 og 41.

Det er ikke et vilkår at ekteskapet er inngått, eller at partene har bodd sammen eller har barn sammen, i hjemlandet. Det er også mulig å gifte seg, bo sammen eller får barn sammen i Nor-

ge eller et tredjeland. Imidlertid er det praktiske utfordringer som kan stå i veien for dette. For det første må begge partene ha visum eller oppholdstillatelse i landet de skal gifte seg i eller bo i. For det andre vil det å reise til et av hjemlandets naboland ofte ikke være til hjelp, da landene med forbud mot homofili i mange tilfeller ligger samlet. Dersom man skal gifte seg i et tredjeland er det også en forutsetning at landet anerkjenner homofilt ekteskap. I tillegg vil parene kunne risikere straffeforfølgelse i hjemlandet dersom de forsøker å etablere eller leve i et homofilt samliv i utlandet. Disse vanskelighetene gjør det svært utfordrende for mange par å oppfylle vilkårene om ekteskap eller samboerskap i utl. §§ 40 og 41.

For ulikekjønnede par vil normalt tilsvarende utfordringer med å oppfylle vilkåret om personkrets ikke oppstå. Imidlertid kan det for enkelte grupper eller enkeltindivider være rettslige, religiøse eller kulturelle hindringer i veien for å inngå ekteskap eller samboerskap. Et eksempel på dette er som nevnt i kapittel 3.2 om muslimske kvinner som ikke får gifte seg med kristne menn. I slike tilfeller vil det ofte være mulig å reise til nærliggende områder eller naboland for å inngå ekteskap eller samboerskap der, i motsetning til for mange likekjønnede par fra land der homofili er forbudt. Likevel kan også slike par risikere forfølgelse fra samfunnet de lever i dersom de forsøker seg på dette.

#### *4.1.2.2 Forlovelsesvisum – Utl. § 48*

For dem som ikke klarer å oppfylle vilkåret om personkrets i utl. §§ 40 og 41, vil det kunne være aktuelt å søke om forlovelsesvisum. Som nevnt over er det mulig å søke om et forlovelsesvisum med inntil seks måneders varighet for å reise til Norge for å gifte seg referansepersonen, jf. utl. § 48. Denne muligheten foreligger på samme måte for likekjønnede par som for ulikekjønnede. På et punkt vil likekjønnede par imidlertid kunne stille dårligere. I vurderingen av om tillatelse skal gis, kan det blant annet legges vekt på partenes forutgående forhold, jf. utlf. § 9-5 (3) annet punktum. Det kan i visse tilfeller være vanskelig å legge frem dokumentasjon på et forutgående forhold dersom parets forhold har krevd diskresjon i hjemlandet grunnet en mulig straffeforfølgning. Imidlertid kan det ikke stilles et like strengt dokumentasjonskrav her som ved søknad om familieinnvandring som følge av ekteskap eller samboerskap, og også uttalelser fra partene må kunne vektlegges. Det er dessuten kun ett av flere momenter i en helhetsvurdering av om en tillatelse skal gis, jf. utlf. § 9-5 (3). I tillegg vil denne utfordringen også kunne gjøre seg gjeldende overfor enkelte ulikekjønnede par som på grunn av rettslige, kulturelle eller religiøse årsaker ikke kan være åpne om forholdet i samfunnet de lever i.

Selv om likekjønnede og ulikekjønnede pars muligheter for å søke om forlovelsesvisum er tilnærmet lik, er det en vesensforskjell i parenes situasjon ved at forlovelsesvisum kan være eneste mulige grunnlag for likekjønnede par for å søke om familieinnvandring. Et relevant

spørsmål i det følgende er dermed hva som skiller det å søke om familieinnvandring på grunnlag av en forlovelse, sett opp mot å søke på grunnlag av ekteskap eller samboerskap.

For det første har man et rettskrav på å få innvilget familieinnvandring som ektefelle eller samboer så lenge man oppfylder vilkårene for tillatelsen, jf. «rett» i utl. § 40 (1) og § 41 (1). Ved søknad om forlovelsesvisum foretar utlendingsmyndighetene en skjønnsmessig helhetsvurdering av om visum skal innvilges, jf. «kan» i utl. § 48 (1). Likekjønnede par som ikke oppfylder personkrets vilkåret etter utl. §§ 40 eller 41 på grunn av forbud mot homofili i hjemlandet har dermed ingen rettskrav på oppholdstillatelse som følge av familieinnvandring, men er avhengig av at utlendingsmyndighetene etter en skjønnsmessig vurdering velger å innvilge visum.

For det andre skal som nevnt returforutsetninger vurderes ved behandling av søknader om forlovelsesvisum, men ikke ved søknad om familieinnvandring som følge av ekteskap eller samboerskap. Dette er med andre ord et ekstra vilkår som må oppfylles for å få innvilget familieinnvandring for parene som ikke oppfylder personkrets vilkåret i utl. §§ 40 eller 41. Dette er også et vilkår søkerne har liten kontroll over, ettersom de generelle returforutsetningene utelukkende beror på søkerens hjemland. Om lag halvparten av landene som har kriminalisert homofili befinner seg i oransje eller rød visumgruppe.<sup>31</sup> Ser man på statistikken over de 10 landene man innvilget flest søknader om familieinnvandring etter tredjelandsregelverket fra i 2020, er ett av dem i oransje gruppe og ytterligere fire i rød gruppe.<sup>32</sup> Dette gjelder Pakistan (oransje gruppe), Syria, Eritrea, Afghanistan og Somalia (rød gruppe). Søkeren har noe mer kontroll over de individuelle returforutsetningene, men også dette er begrenset. Et av de sentrale momentene i den individuelle vurderingen – ektefelle i hjemlandet – er utelukket når man skal søke om forlovelsesvisum, jf. utlf. § 9-5 (1), jf. ekteskapsloven § 4.<sup>33</sup> Vilåret om returforutsetninger kan dermed utgjøre en skranke for svært mange søkere fra land der homofili er forbudt, noe som kan gjøre at heller ikke søknad om forlovelsesvisum etter utl. § 48 er aktuelt for mange likekjønnede par.

For det tredje er det krav om bolig ved søknad om visum etter utl. § 48, i motsetning til søknad om oppholdstillatelse etter §§ 40 og 41, jf. utlf. § 10-12 (4). Selv om dette vilkåret muligens ikke byr på de største utfordringene i saker om familieinnvandring, utgjør det likevel et ekstra vilkår for parene.

---

31 Se listen over land i kap. 1.2.2 opp mot UDI 2012-005, UDI 2012-006, UDI 2012-007 og UDI 2012-008.

32 Utlendingsdirektoratet (2021a).

33 Se for eksempel UDI 2012-007 pkt. 5 første avsnitt.

Vilkåret om underhold er i utgangspunktet likt for par som søker om forlovelsesvisum og oppholdstillatelse som følge av ekteskap eller samboerskap. Imidlertid er det ett unntak fra kravet til underhold som bare gjør seg gjeldende for samboere og ektefeller. Som tidligere nevnt kan det gjøres unntak for kravet til underhold der søkeren er ektefelle eller samboer av en referanseperson som har oppholdstillatelse etter lovens § 28 (flyktning) eller § 34 (kollektiv beskyttelse), forutsatt at søknaden fremmes innen fristene oppsatt i utlf. § 10-8 (5), jf. (4) bokstav a. Det er også en forutsetning ved familieinnvandring på bakgrunn av ekteskap at ekteskapet ble inngått før referansepersonen reiste inn i Norge. Dette unntaket er svært aktuelt, ettersom 73,6% av alle som søkte asyl i Norge i 2020 kommer fra land der homofili er forbudt.<sup>34</sup> I tillegg vil det ofte være utfordrende for en referanseperson som nylig har kommet til Norge som flyktning å oppfylle underholdskravet.

Et annet vilkår av betydning i denne sammenhengen er kravet til fire års arbeid eller utdanning i Norge, i de tilfellene referansepersonen har oppholdstillatelse i Norge etter bokstav a–f, deriblant asyl, jf. utl. § 40 a (1), jf. § 48 (1) tredje punktum. Vilkåret gjelder i familieetableringstilfellene der paret har giftet seg eller unnfanget barn etter at referansepersonen fikk oppholdstillatelse i Norge, mens søkeren ennå bodde i utlandet. For søknader om familieetablering på bakgrunn av ekteskap eller samboerskap, jf. utl. §§ 40 og 41, vil vilkåret få anvendelse, mens det i familiegjenforeningstilfellene, det vil si der paret giftet seg eller bodde sammen før referansepersonen kom til Norge, vil gis unntak. Ved søknader om forlovelsesvisum vil det alltid stilles krav til fire års arbeid eller utdanning, forutsatt at referansepersonen har et av oppholdsgrunnlagene i bokstav a–f, jf. utl. § 40a (1). Årsaken til dette er at forutsetningen for et slikt visum er at man ikke kan dokumentere en slik tilknytning som nevnt over, og at disse tilfellene alltid vil bli ansett som familieetablering. Dette vil dermed være tilfelle for alle likekjønnede par som søker om forlovelsesvisum fordi hjemlandets kriminalisering av homofili har hindret dem fra å oppfylle personkretsvilkåret i utl. §§ 40 og 41, forutsatt at referansepersonen går inn under utl. § 40 (1) bokstav a–f. I denne sammenheng er det særlig relevant å nevne bokstav a, som bestemmer at referansepersoner som har oppholdstillatelse som følge av asyl i utl. § 28, er omfattet av vilkåret. I 2020 hadde referansepersonen i 1079 av 8962 av tilfellene der familieinnvandring ble innvilget, oppholdstillatelse på grunnlag av at de var på flukt.<sup>35</sup> Av disse var 82,8 prosent av søkerne fra land der homofili er forbudt. I ytterligere 1824 av sakene hadde referansepersonen permanent oppholdstillatelse. Flere av disse hadde trolig permanent oppholdstillatelse som følge av å ha hatt oppholdstillatelse etter å ha vært på flukt, og vil i så fall også måtte oppfylle fireårskravet, jf. utl. § 40 a (1) bokstav f.

---

<sup>34</sup> Utlendingsdirektoratet (2021b).

<sup>35</sup> Utlendingsdirektoratet (2021c).



Et annet vilkår som også bare gjelder i familieetableringstilfellene er kravet om at begge parter må være over 24 år gamle, jf. utl. § 41 a (1). I utgangspunktet innebærer dette at likekjønnede par som søker om forlovelsesvisum må være over 24 år. Imidlertid er det et unntak i utl. § 41 a (2) som trolig kan komme til anvendelse i slike situasjoner. Jeg kommer tilbake til dette senere.

Til slutt bør det nevnes at det er en forutsetning for forlovelsesvisum at partene skal bo sammen, jf. utl. § 48 (1) tredje punktum, jf. § 40 (3). Vilkåret gjelder også for ektefeller og samboere. Imidlertid vil vilkåret kunne fungere som en skranke for enkelte par som av religiøse, kulturelle eller etiske årsaker ikke ønsker å bo sammen før de gifter seg.

For å oppsummere er det flere tilleggsvilkår likekjønnede par må oppfylle dersom de søker om forlovelsesvisum etter utl. § 48 fordi de ikke er i stand til å oppfylle vilkåret om personkrets i utl. §§ 40 og 41 på grunn av forbud mot homofili i hjemlandet. For mange vil dette føre til at heller ikke forlovelsesvisum er et reelt alternativ. De fleste av vilkårene vil mange par trolig kunne være i stand til å oppfylle over tid. Imidlertid krever flere av vilkårene at paret innehar tilstrekkelige ressurser til å oppfylle dem, for eksempel kravene til underhold og til fire års arbeid og utdanning. Disse vilkårene vil derfor kunne utelukke enkelte søkere. Vilkåret om returforutsetninger er derimot noe som ikke lett vil la seg forsere til tross for at paret er ressurssterkt, dersom søkeren kommer fra et land i oransje eller rød gruppe. For søkere fra oransje eller rød gruppe vil vilkåret om returforutsetninger dermed kunne sette en effektiv stopper for parets mulighet til familiegjenforening gjennom et forlovelsesvisum.

#### *4.1.2.3 Familieinnvandring i andre tilfeller – Utl. § 49*

Dersom paret ikke oppfyller vilkårene for familieinnvandring hverken på bakgrunn av ekteskap, samboerskap eller forlovelse, er søknad om oppholdstillatelse etter utl. § 49 en siste mulighet. Oppholdstillatelse etter utl. § 49 innebærer som nevnt at det kan gis unntak fra referansepersonens status og familierelasjonen mellom søker og referanseperson. Forutsetningen er at det foreligger sterke menneskelige hensyn. Bestemmelsen er ment som en sikkerhetsventil for å unngå at regelverket i spesielle tilfeller fører til urimelige avgjørelser.<sup>36</sup> Det skal derfor mye til før oppholdstillatelse innvilges på dette grunnlaget. Spørsmålet er så om det kan gis unntak for familierelasjonen mellom søkeren og referansepersonen for likekjønnede par fra land der homofili er forbudt, dersom de ikke er i stand til å oppfylle kravet til personkrets i utl. §§ 40 og 41.

---

<sup>36</sup> Ot.prp.nr.75 (2006–2007) s. 226.

Som nevnt lister utlf. § 9-7 (1) opp en rekke alternativer for når det kan være aktuelt å gi opphold etter utl. § 49. Ingen av disse alternativene omhandler likekjønnede par. Derimot innebærer de at man er del av en allerede etablert familie/husstand. De typiske tilfellene er når søkeren er den eneste i en kjernefamilie som ikke får oppholdstillatelse i Norge fordi vedkommende faller utenfor de familierelasjonene som er omtalt i utl. kap. 6. Eksempler på dette kan være fosterbarn, helsøsken under 18 år, barn over 18 år som fremdeles er en del av foreldrenes husstand, eller en enslig eldre forelder uten annen familie i nærheten.<sup>37</sup> I slike tilfeller kan oppholdstillatelse etter utl. § 49 innvilges, dersom det fremstår som åpenbart urimelig at søknaden avslås. Selv om listen i utlf. § 9-7 ikke er uttømmende, er det så store forskjeller mellom eksemplene i listen og situasjonen til likekjønnede par fra land der homofili er forbudt, at det kan tyde på at utl. § 49 ikke er anvendelig i slike tilfeller.

Utl. § 49 er ikke ment å utgjøre et substitutt for hovedreglene om familieinnvandring, og søknader vil derfor kunne avslås dersom innvilgelse fører til at flere liknende tilfeller også må innvilges. Det kan derfor stilles spørsmål ved om dette er tilfelle for saker om likekjønnede par fra land der homofili er forbudt. I sak LDO-14/435, nevnt over, mente SEIF at det begrensede antall søkere som faller i denne kategorien tilsier at innvilgelse ikke ville føre til at et stort antall liknende saker må innvilges. UNE på sin side mente at anførsler knyttet til forhold i hjemlandet ikke kunne tillegges avgjørende vekt, da slike anførsler ofte ville kunne påberopes av et stort antall søkere som på grunn av ulike type forhold i hjemlandet ikke har anledning til å gifte seg eller inngå samboerskap. Også her kan eksempelet med muslimske kvinner som ikke får gifte seg med kristne menn være aktuelt. UNE mente også i samme sak at det at parenes mulighet til å søke om forlovelsesvisum, slik at familiesplittelsen kun er midlertidig, er et ytterligere argument for at situasjonen de likekjønnede parene befinner seg i ikke er så urimelig at den bør falle inn under utl. § 49.

Jeg er enig i UNEs vurdering i at § 49 i utgangspunktet ikke er beregnet på slike tilfeller, ettersom en innvilgelse vil føre til at flere søkere også vil kunne påberope seg liknende forhold. Jeg er derimot mer usikker på anførselen om at familiesplittelsen kun er midlertidig. Som nevnt over er det en rekke hindringer ved en søknad om forlovelsesvisum som kan gjøre at dette i realiteten ikke er en mulighet for mange par. For disse parene vil en tillatelse etter utl. § 49 være eneste mulighet. Argumentet om midlertidig familiesplittelse kan dermed bare brukes i enkeltsaker der det er klart at paret senere vil oppfylle vilkårene i utl. §§ 40, 41 eller 48.

Slik det fremstår er det noe uklart om det er adgang til å innvilge søknader etter utl. § 49 for likekjønnede par fra land der homofili er forbudt. På bakgrunn av resonneringen så langt og

---

<sup>37</sup> Ot.prp.nr.75 (2006–2007) s. 226.

utlendingsmyndighetenes manglende vilje til å anvende dette grunnlaget i sakene over, er det likevel naturlig å helle mot at utl. § 49 ikke er anvendelig i slike tilfeller. Det må likevel foretas en konkret vurdering i hver sak der man undersøker om det foreligger andre særlige omstendigheter, ut over det faktum at paret ikke oppfyller vilkåret om personkrets grunnet forbud mot homofili i hjemlandet, som gjør at det er urimelig å ikke innvilge søknaden.

Selv om det skulle være adgang til å gi unntak fra kravet til personkrets for likekjønnede par etter utl. § 49, er det likevel en rekke ulemper ved å søke på dette grunnlaget fremfor etter utl. §§ 40 og 41. På samme måte som for forlovelsesvisum etter § 48 er utl. § 49 en «kan»-bestemmelse. I vurderingen av om oppholdstillatelse skal innvilges kan utlendingsmyndighetene legge vekt på innvandringsregulerende hensyn, jf. utl. § 49 (2). Dette innebærer at man i vurderingen kan avslå en søknad til tross for at det foreligger sterke menneskelige hensyn, dersom utlendingsmyndighetene mener innvilgelse kan skade det norske velferdssamfunnet.<sup>38</sup>

Det kan også settes en rekke begrensninger i oppholdstillatelsen ved innvilgelse. Dette kan gjøres når særlige grunner tilsier det. For det første kan det fastsettes at tillatelsen ikke skal danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse eller gi rett til fornyelse, jf. utl. § 49 (4) og utlf. § 9-7 (2) første punktum. I så fall vil det være naturlig å vurdere returforutsetninger også her. I tillegg kan det fastsettes at oppholdstillatelsen ikke gir rett til å ta arbeid eller ikke danner grunnlag for familieinnvandring for søkerens familiemedlemmer, jf. utl. § 49 (4) og utlf. § 9-7 (2) andre punktum.

På samme måte som ved forlovelsesvisum i utl. § 48, er det også her snakk om familieetablering. Dette innebærer noen tilleggsvilkår. Kravet til bolig gjelder også her, jf. utlf. § 10-12 (4) første punktum, jf. utl. § 58 (1) og (3), og det gis som hovedregel ikke unntak fra kravet til underhold. Kravene til fire års arbeid og at begge parter er over 24 år kommer også til anvendelse, jf. utl. §§ 40a og 41a. Det vil også stilles krav om at paret bor sammen etter at søkeren har kommet til Norge.

Selv om det gjøres unntak fra vilkåret om familierelasjon, stilles det fremdeles krav om at det kan dokumenteres en relasjon mellom partene. Spørsmålet er hvor etablert relasjonen må være. Problemstillingen er ikke behandlet i forarbeidene. Årsaken til det kan være at lovgiver ikke har tenkt over dette som følge av at de enten mente at utl. § 49 ikke var tiltenkt denne typer tilfeller, eller at de ikke tenkte på likekjønnede pars situasjon overhode. Kanskje var det en kombinasjon av disse.

---

<sup>38</sup> Ot.prp.nr.75 (2006–2007) s. 226.

Av innvandringsregulerende hensyn er det naturlig å stille krav til dokumentasjon av relasjonen på en slik måte at man reduserer faren for omgåelse av familieinnvandringsregelverket. Imidlertid står man da overfor det samme problemet som er årsaken til at man ikke ville fått innvilget oppholdstillatelse etter utl. §§ 40 og 41 – forhold i hjemlandet som gjør det utfordrende å dokumentere at det er etablert et familieforhold. Spørsmålet er om man skal akseptere andre former for tilknytning enn ekteskap, to års samboerskap eller samboerskap med barn. Dette forutsetter at man finner andre målbare kriterier, eller en skjønnsmessig vurdering av hver enkelt sak. Trolig vil det være vanskelig å finne andre målbare kriterier som er egnet til å si noe om forholdet er tilstrekkelig etablert. Dersom man skal åpne for skjønnsmessige vurderinger, vil man også måtte åpne for dette blant andre grupper som på grunn av forhold i hjemlandet ikke er i stand til å inngå ekteskap eller samboerskap. Dette ville kreve svært mye ressurser av utlendingsmyndighetene, og gjør alternativet lite aktuelt. Dette forsterker argumentet over om at utl. § 49 ikke er anvendelig for likekjønnede par fra land der homofili er forbudt.

#### 4.1.3 Unntak fra familieetableringskrav

Som gjennomgått over, er det en rekke ekstra vilkår som må oppfylles dersom et likekjønnet par ikke oppfyller vilkårene i utl. §§ 40 og 41, og derfor må søke om tillatelse etter utl. §§ 48 eller 49. I det følgende skal det undersøkes om det er mulig å gjøre unntak fra disse kravene slik at det ikke foreligger ytterligere hindringer enn dem som også følger av utl. §§ 40 og 41. Vilrårene det gjelder er kravene til underhold, bolig, fire års arbeid eller utdanning, 24-års alder og returforutsetninger.

##### 4.1.3.1 Underhold

Kravet til underhold gjelder som nevnt både for utl. §§ 48 og 49. Ettersom vilkåret i utgangspunktet også foreligger i saker om tillatelse etter utl. §§ 40 og 41, er det kun et spørsmål om det kan gjøres unntak i de sakene der ektefeller og samboere får unntak som følge av at referansepersonen er flyktning, og det er søkt om familiegjening innenfor fristene, jf. utlf. § 10-8 (4) bokstav a, jf. § 10-8 (5).

Det foreligger en generell adgang til å gjøre unntak fra vilkåret dersom særlig sterke menneskelige hensyn tilsier det, jf. utlf. §§ 10-11 (1). Dette gjelder både kravet til tidligere inntekt, fremtidig inntekt og om at referansepersonen ikke må ha mottatt økonomisk stønad etter lov om sosiale tjenester. Det fremgår ikke av forskriften hva som ligger i særlig sterke menneskelige hensyn, men en naturlig forståelse av ordlyden tilsier at terskelen for å få unntak er høy. Det må foreligge et særlig spesielt tilfelle som gjør at det er urimelig å avslå på grunn av manglende oppfyllelse av underholds kravet. I instruks om unntak fra underholds kravet, GI-08/2012, har Justis- og beredskapsdepartementet gitt en liste over eksempler der det kan være aktuelt å gi unntak. Ingen av eksemplene nevner likekjønnede par. Imidlertid er ikke listen

uttømmende. Vurderingen av hvilke tilfeller som kvalifiserer til unntak er i stor grad skjønnsmessig, og dette gir mulighet for å innvilge unntak også i andre tilfeller. I forskriften er det som nevnt gitt unntak til ektefeller og samboere når referansepersonen er flyktning og det søkes innenfor fristene. Trolig er unntak gitt i dette tilfellet fordi man anser det som rimelig av menneskelige hensyn å gi etablerte familier på flukt muligheten til å gjenforenes etter kort tid. Det vil i de fleste tilfeller være utfordrende for referansepersonen som nylig har vært på flukt å skaffe til veie tilstrekkelig inntekt til å oppfylle underholdskravet. Liknende situasjoner vil kunne oppstå for likekjønnede par fra land der homofili er forbudt, og det vil derfor kunne være naturlig å også gi unntak til denne gruppen, forutsatt at forholdet mellom partene er etablert. Her møter man imidlertid igjen utfordringen med å definere hva som skal ligge i et etablert parforhold, ettersom det nettopp er manglende dokumentasjon på dette som er årsaken til at behovet for unntaksadgangen oppstår.

LDN skriver i sin vurdering, LDN-2015-50-2 at det må foretas en konkret helhetsvurdering. I vurderingen anser de det som et relevant moment at paret faktisk har bodd sammen en viss tid, selv om samboerskapet ikke har vart i to år. I DIN-2018-12 gjentar DIN uttalelsen, men peker også på at andre momenter også kan vurderes, for eksempel om det er fremlagt dokumentasjon for at paret ikke kunne fortsette samlivet.

Justis- og beredskapsdepartementet uttaler i LDO-14/425 at regelverket er tilstrekkelig fleksibelt til å unngå vedtak i strid med diskrimineringsforbudet. Dette må kunne tolkes på en slik måte at de mener det er adgang til å gjøre unntak for underholdskravet i saker der forholdet mellom partene anses tilstrekkelig etablert.

Samlet må regelverket tolkes slik at det etter en konkret helhetsvurdering er adgang til å gjøre unntak i de tilfellene der det kan dokumenteres at parforholdet er tilstrekkelig etablert. Det å dokumentere dette er likevel utfordrende, da det innebærer at man både må foreta handlinger som er straffbart i hjemlandet, og være i stand til å dokumentere det. Mange par vil derfor trolig ha vanskelig for å få unntak.

#### **4.1.3.2 Bolig**

Kravet til bolig gjelder som nevnt også for tillatelse etter utl. §§ 48 og 49, men ikke for tillatelse etter utl. §§ 40 og 41. Spørsmålet er dermed om det etter regelverket er adgang til å gjøre unntak for likekjønnede par fra land der homofili er forbudt. Adgangen til å gi unntak fra kravet om bolig følger av utlf. § 10-12 (4) annet punktum. Det kan gjøres unntak dersom særlig sterke menneskelige hensyn tilsier det. Ordlyden er lik her som for vurdering av unntak fra underholdskravet. Det samme gjelder vurderingsmomentene. Jeg viser derfor til vurderingene og konklusjonen over.

#### 4.1.3.3 24-årskravet

Kravet om at partene har fylt 24 år, gjelder som hovedregel for alle tilfeller av familieetablering, og kommer derfor i utgangspunktet til anvendelse på lik linje for alle typer par. Årsaken til at dette tas opp her, er på grunn av parene som ikke kan dokumentere at forholdet er tilstrekkelig etablert på grunn av forbud mot homofili i hjemlandet, og dermed er henvist til å søke om familieetablering i stedet for familiegjenforening.

Adgangen til å gjøre unntak fra kravet er regulert i utl. § 41a (2). Etter bestemmelsen kan det gjøres unntak dersom det er åpenbart at samlivet er frivillig. I forarbeidene brukes det som eksempel at forholdet strider mot normene i de aktuelle kulturene, for eksempel der hvor partene har inngått homofilt partnerskap/ekteskap.<sup>39</sup> Vilåret om at partene må være 24 år gamle kommer derfor trolig ikke til anvendelse for de fleste likekjønnede par.

#### 4.1.3.4 Fire års arbeid og utdanning

Også kravet til fire års arbeid og utdanning kommer som hovedregel til anvendelse i alle saker om familieetablering, og er dermed relevant av samme årsak som 24-årskravet. Unntak fra fireårskravet kan gis dersom særlige grunner, herunder hensynet til familiens enhet, taler for det, jf. utl. § 40 a (3). Ordlyden «særlige grunner» taler for at det skal noe mindre til for å gjøre unntak fra fireårskravet enn til kravet om bolig og underhold. Det samme inntrykket gir forarbeidene, som nevner at «særlige grunner» vil omfatte tilfeller hvor Norge er forpliktet til å gjøre unntak fra vilåret for å unngå at et vedtak kommer i strid med våre internasjonale forpliktelser, men at det også vil omfatte visse tilfeller ut over dette.<sup>40</sup> Imidlertid sidestiller DIN i DIN-2018-12 unntaksadgangen for kravet til fire års arbeid og utdanning med unntaksadgangen for kravet til underhold, slik at forutsetningene for å gi unntak i praksis er de samme for de to vilkårene. Jeg er enig med DIN i at unntaksadgangen for de to vilkårene skal sidestilles, ettersom det i utgangspunktet ikke er grunnen til at unntak bør gis som er spørsmålet, men om det er fremlagt dokumentasjon som tilsier at forholdet er tilstrekkelig etablert til at unntaksadgangen bør benyttes i den aktuelle situasjonen. Vurderingen blir dermed noe annerledes enn det som er lagt til grunn i unntaksbestemmelsen.

#### 4.1.3.5 Returforutsetninger

Vilåret om returforutsetninger gjelder i utgangspunktet bare for tillatelser etter utl. § 48, med mindre opphold etter utl. § 49, uten mulighet til å fornye tillatelsen, vurderes. Returforutsetninger skal alltid vurderes ved søknad om forlovelsesvisum, jf. «skal» i utlf. § 9-5 (3) første punktum. Det foreligger ingen unntak for denne vurderingen. Det er imidlertid bare ett av

---

<sup>39</sup> Prop.90 L (2015–2016) s. 112.

<sup>40</sup> Ot.prp.nr.26 (2008–2009) s. 15.

flere momenter i en helhetsvurdering, og det kan derfor stilles spørsmål ved om det er mulig å begrense returforutsetningens betydning i vurderingen. Trolig er det likevel vanskelig å redusere betydningen av den vesentlig, ettersom det spesifikt er nevnt som et av de viktigste vurderingstemaene i forskriften. Særlig utfordrende vil det være dersom returforutsetningene er dårlige. Derfor er det trolig vanskelig å se bort fra vilkåret om returforutsetninger i vurderingen av forlovelsesvisum for likekjønnede par fra land der homofili er forbudt.

#### 4.1.4 Oppsummering indirekte forskjellsbehandling

Basert på undersøkelsen over, er det åpenbart at likekjønnede par fra land der homofili er forbudt vil kunne møte på utfordringer ut over det vanlige når de søker om familieinnvandring i Norge. Familieinnvandring som følge av ekteskap eller samboerskap vil for de fleste være utelukket, med mindre de er i stand til å reise til et annet land for å inngå ekteskap eller bo sammen, eller dersom de bor sammen i hjemlandet med faren for straffeforfølgning dette medfører. Familieinnvandring på grunn av sterke menneskelige hensyn etter utl. § 49 er trolig heller ikke aktuelt, da bestemmelsen som hovedregel ikke er anvendelig i slike tilfeller.

Alternativet som gjenstår, er forlovelsesvisum etter utl. § 48. Bestemmelsen gir søkeren dårligere rettigheter enn etter utl. § 40 og 41, og stiller flere krav. De fleste kravene kan det gis unntak fra, men unntaksadgangene krever i seg selv at paret kan dokumentere at forholdet er tilstrekkelig etablert. Selv om kravet til dokumentasjon ikke er like sterkt her som ved personkrets-vilkåret i utl. §§ 40 og 41, er det trolig likevel mange par som på grunn av forbudet mot homofili i hjemlandet ikke er i stand til å legge frem tilstrekkelig dokumentasjon på forholdet. Ett av kravene, returforutsetninger, har i utgangspunktet ingen unntaksadgang, og vil kunne utgjøre en skranke for mange søkere fra land i oransje og rød gruppe.

Konklusjonen er at likekjønnede par fra land der homofili er forbudt stiller dårligere enn et gjennomsnittlig ulikekjønnet par i samme situasjon. Det foreligger dermed indirekte forskjellsbehandling av denne gruppen. Konklusjonen er også i overenstemmelse med LDOs uttalelse i LDO-14/425, selv om vurderingen i dette kapitlet viser at forskjellene er større enn LDO la til grunn.

Spørsmålet er likevel hvilken konsekvens det har at andre grupper og individer, som også er hindret i å oppfylle vilkårene om personkrets i utl. §§ 40 og 41 på grunn av forholdene i hjemlandet, er i tilsvarende situasjon som likekjønnede par fra land der homofili er forbudt. Det at flere grupper og individer er i samme situasjon, utelukker ikke at de det gjelder er utsatt for indirekte forskjellsbehandling. I tillegg er det en faktor som gjør at denne gruppen skiller seg ut. Ettersom landene som forbyr homofili i stor grad ligger geografisk samlet, er det ofte ikke mulig for de likekjønnede parene å reise til nærområder eller nabolandet for å inngå ekteskap eller samboerskap der, i motsetning til en del andre grupper i tilsvarende situasjon som ikke

får giftet seg eller bo sammen på grunn av lokale forhold. I tillegg har regjeringen som nevnt valgt å prioritere homofile flyktninger i utvelgelsen av kvoteflyktninger i tiden fremover. Dette tilsier at situasjonen til likekjønnede par fra land der homofili er forbudt er i en særstilling.

## **4.2 Undersøkelse av om forskjellsbehandling er lovlig**

Selv om det foreligger forskjellsbehandling av likekjønnede par fra land der homofili er forbudt, er ikke det ensbetydende med at regelverket er diskriminerende. Som nevnt i kapittel 2 kan forskjellsbehandlingen være lovlig, dersom tre vilkår er oppfylt.

### **4.2.1 Første vilkår for lovlig forskjellsbehandling – saklig formål**

Det første vilkåret, hvorvidt forskjellsbehandlingen har et saklig formål, skal gjennomgås i det følgende. Spørsmålet er om den indirekte forskjellsbehandlingen av likekjønnede par fra land der homofili er forbudt ivaretar en beskyttelsesverdig interesse, og om dette er av en slik art at prinsippet om likebehandling bør vike.

Justisdepartementet uttalte i LDO-14-425 at formålet med vilkårene om personkrets er å sikre at familieforholdet har notoritet og at relasjonen mellom partene er uttrykk for en tilstrekkelig sterk tilknytning til at den kan danne grunnlag for oppholdstillatelse i Norge. LDO la til grunn at dette utgjør saklige grunner i henhold til likestillings- og diskrimineringslovens § 6.

Jeg er enig i at formålene Justisdepartementet nevner er saklige formål. Lovverket skal hindre at utlendinger som ikke har særlige interesser i å etablere seg i landet får oppholdstillatelse. I saker om familieinnvandring utgjør de særlig interessene rett til familieliv med sin nærmeste familie. Vilkårene i lovverket skal hindre omgåelse av regelverket gjennom proformaekteskap, eller ved at svake familieforhold skal danne grunnlag for oppholdstillatelse. Vilkåret om saklig formål må dermed anses å være oppfylt.

### **4.2.2 Andre vilkår for lovlig forskjellsbehandling – nødvendig for å oppnå formålet**

Det andre vilkåret er at forskjellsbehandlingen av de likekjønnede parene er nødvendig for å oppnå formålet om å sikre at familieforholdet har notoritet, og at relasjonene mellom partene er uttrykk for en tilstrekkelig sterk tilknytning til at den kan danne grunnlag for oppholdstillatelse i Norge. Forskjellsbehandlingen må være et egnet eller hensiktsmessig middel for å oppnå formålet. Dersom det finnes andre alternativer som er egnet til å oppnå formålet og som ikke krever uforholdsmessig mye ressurser å gjennomføre, kan dette tale for at forskjellsbehandlingen ikke er nødvendig.

Det første spørsmålet er om forskjellsbehandlingen er et egnet eller hensiktsmessig middel for å oppnå formålet. Vilkåret i familieinnvandringsregelverket det er snakk om er som nevnt kravet til personkrets. Ved å stille krav til at man kan dokumentere at man enten er gift, har



vært samboere i mer enn to år, eller er samboere med felles barn, vil man som hovedregel innvilge søknader fra par som allerede har et etablert forhold, og som dermed sannsynligvis kommer til å fortsette familielivet i Norge dersom søknaden innvilges. Vilåret utelukker ikke at enkelte kan forsøke å omgå regelverket, for eksempel ved et omgåelsesekteskap, men sannsynligheten reduseres betraktelig. Vilåret om personkrets, og dermed den indirekte forskjellsbehandlingen, må dermed anses som et egnet eller hensiktsmessig middel for å oppnå formålet. Dette var også LDOs konklusjon i LDO-14/425.

Det andre spørsmålet er om det finnes andre alternativer som er egnet til å oppnå formålet, og som ikke krever uforholdsmessig mye ressurser å gjennomføre. Her skiller min vurdering seg fra LDO-14/425.

Et alternativ kan være å endre forskriften til utl. § 49 slik at listen i utlf. § 9-7 inneholdt et punkt om at tillatelse etter en konkret helhetsvurdering kan gis til søkere i et likekjønnet par fra land der homofili er forbudt, forutsatt at de ville ha inngått partnerskap dersom de hadde hatt muligheten til det. En slik vurdering ville imidlertid vært svært krevende å foreta, både av ressurshensyn og fordi vurderingen i seg selv ville måtte bli svært skjønnsmessig. I tillegg er det uklart om dette ville latt seg forene med hensynet bak utl. § 49.

Et annet alternativ kan være å tilpasse adgangen til å søke forlovelsesvisum etter utl. § 48 til situasjonen de likekjønnede parene befinner seg i. Den mest praktiske endringen vil være å gi en generell unntaksadgang også for vilåret om returforutsetninger i forskriften. Dersom det gis adgang til unntak der særlige grunner tilsier det, kan det foretas en lik vurdering som ved vurdering av unntak for underhold og bolig. Vurderingskriteriet kunne vært om paret ville ha inngått partnerskap dersom forholdene i hjemlandet gjorde det mulig. Selv om det ovenfor ble argumentert med at denne type vurdering ville bli for krevende for utl. § 49, er det likevel en vesensforskjell her, ved at konsekvensene av å gjøre unntak fra vilåret om returforutsetninger vil være mindre enn å gjøre unntak fra vilåret om personkrets, ettersom et forlovelsesvisum kun gis for en begrenset periode. Skal fortsatt oppholdstillatelse gis, må paret inngå ekteskap, og dermed vise at parforholdet er etablert. Dette gjør at man kan foreta en noe forenklet vurdering av om parforholdet er etablert, i vurderingen av om det skal gis unntak fra vilåret om returforutsetninger. Dette er for øvrig en vurdering som allerede foretas i dag når det vurderes om det skal gis unntak fra underhold og bolig, slik at belastningen av utlendingsmyndighetenes ressurser vil bli begrenset. En slik unntaksadgang ville kunne føre til at mange som ellers ville blitt stoppet av returforutsetninger, kan ha mulighet til å oppnå familieinnvandring dersom de er i stand til å dokumentere at de ville ha inngått partnerskap dersom de fikk mulighet til det. Denne løsningen vil ikke endre det faktum at ulikekjønnede og likekjønnede par fra land der homofili er forbudt forskjellsbehandles, men vil redusere forskjellen

noe. For enkelte par vil det kunne være nettopp en slik unntaksadgang som utgjør forskjellen på innvilgelse og avslag.

Konklusjonen er at den indirekte forskjellsbehandlingen av likekjønnede par fra land der homofili er forbudt i utgangspunktet er nødvendig for å oppnå formålet om at familieforholdet har notoritet og at relasjonen mellom partene er uttrykk for en tilstrekkelig sterk tilknytning til at den kan danne grunnlag for oppholdstillatelse i Norge. Dette var også LDOs vurdering i LDO-14/425. Imidlertid mener jeg det er en forutsetning for nødvendighetsvilkåret at det er mulig å gi unntak fra kravet om returforutsetninger i tilfeller der dette er eneste årsak til at paret ikke får innvilget forlovelsesvisum. Slik er det ikke i dag. Før dette endres mener jeg at vilkåret om at forskjellsbehandlingen er nødvendig for å oppnå formålet ikke er oppfylt.

#### 4.2.3 Tredje vilkår for lovlig forskjellsbehandling – ikke uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som rammes

Det tredje vilkåret er at forskjellsbehandlingen ikke er uforholdsmessig inngripende overfor parene som rammes. For å besvare dette må det foretas en proporsjonalitetsvurdering, hvor man veier ønsket om å sikre at familieforholdet har notoritet og at relasjonene mellom partene er uttrykk for en tilstrekkelig sterk tilknytning, opp mot konsekvensene det har for de likekjønnede parene fra land der homofili er forbudt som rammes. Det er kun parene som ville ha oppfylt vilkårene til personkrets i utl. §§ 40 og 41, dersom det ikke hadde vært for hjemlandets forbud mot homofili, det her er snakk om.

For parene som rammes, er konsekvensen i første omgang at de må søke om visum for at søkeren kan komme i Norge, slik at paret kan gifte seg her innen seks måneder, fremfor å søke om oppholdstillatelse på grunnlag av ekteskap eller samboerskap. Det gir søkeren en tillatelse som gir færre rettigheter og stiller flere vilkår. For parene som oppfyller vilkårene, er konsekvensen at søknadsprosessene og kostnadene som følger med blir mer omfattende. De må først søke om forlovelsesvisum, deretter inngå ekteskap i Norge, for så å søke om familieinnvandring.

For parene som ikke oppfyller de ekstra vilkårene til bolig, underhold, returforutsetninger og fire års arbeid og utdanning som følger av et forlovelsesvisum, og som ikke kan dokumentere forholdet tilstrekkelig til å få unntak, vil konsekvensen være at de ikke får innvilget søknaden all den tid vilkårene ikke er oppfylt. For mange vil denne hindringen være midlertidig. Dette fordrer at man har ressursene som kreves og at vilkårene er mulig å oppfylle for paret. Kravet til bolig vil i de fleste tilfeller kunne løses raskt. Kravet til underhold krever at man har, og det siste året har hatt, tilstrekkelig inntekt. Hva gjelder kravet til fire års arbeid eller utdanning, vil dette for enkelte kunne ta flere år å oppfylle. Dersom paret ikke oppfyller kravet til returforutsetninger, er det imidlertid lite paret kan gjøre for å endre på dette, særlig dersom avslaget

skyldes at de generelle returforutsetningene i landet er dårlige. For de som får avslag på dette grunnlaget, vil hindringene kunne ha en permanent karakter, med mindre man er i stand til å inngå ekteskap eller bo sammen i to år i et tredjeland. Resultatet vil da i praksis være en permanent splittelse av familien, noe som innebærer store konsekvensene for parene det gjelder.

Som nevnt over er formålet med vilkårene å sikre at familieinnvandringsregelverket ikke utnyttes og omgås, samt at det kun er nærmeste familie som får opphold. Konsekvensene av å ikke stille denne type krav er at utlendinger som ikke har særlige interesser i å bosette seg i Norge får oppholdstillatelse, noe som fra politisk hold ikke er ønskelig. Dette ville ha medført en ekstra belastning på det norske velferdssystemet og gjort det utfordrende å opprettholde god integrering.

Veier man formålet med forskjellsbehandlingen opp mot konsekvensene det har for parene, er det klart at behovet for å kontrollere familierelasjonen tilsier at forskjellsbehandlingen ikke er uforholdsmessig overfor parene som oppfyller vilkårene til forlovelsesvisum, og dermed kun blir belastet med ekstra arbeid og utgifter i forbindelse med søknader om familieinnvandring. For parene som ikke oppfyller de ekstra vilkårene som følger av utl. § 48, er situasjonen noe mer uklar. Så lenge det er mulig å gi unntak fra vilkårene dersom forholdet etter en konkret helhetsvurdering anses som tilstrekkelig etablert, vil dette føre til at forskjellsbehandlingen må anses lovlig. Så langt er min vurdering i tråd med LDOs vurdering i LDO-14/425. Dette fordi situasjonen beskrevet innebærer at familiesplittelsen er av midlertidig karakter. Dersom familiesplittelsen imidlertid er permanent som følge av dårlige generelle returforutsetninger, vil konsekvensene det har for paret som rammes måtte veie tyngre enn formålet med forskjellsbehandlingen. Jeg mener derfor, i motsetning til LDO som ikke vurderte returforutsetninger, at forutsetningen for lovlig forskjellsbehandling dermed må være at det også etableres en generell unntaksadgang i utlendingsforskriften for dette vilkåret.

## **5 Konklusjon og videre betraktninger**

Likestillings- og diskrimineringsombudet konkluderte i LDO-14/425 med at familieinnvandringsregelverket ikke er diskriminerende overfor likekjønnede par fra land der homofili er forbudt, jf. ldl. § 6, jf. § 8. Basert på undersøkelsene over er jeg kommet til motsatt konklusjon.

Jeg er langt på vei enig i vurderingene LDO gjorde underveis i uttalelsen. På samme måte som LDO er jeg kommet til at regelverket utgjør indirekte forskjellsbehandling. Dette fordi likekjønnede par som ikke er i stand til å inngå ekteskap eller samboerskap på grunn av forbud mot homofili i hjemlandet er henvist til å søke om forlovelsesvisum etter utl. § 48. Et slikt visum gir dårligere rettigheter, og stiller flere krav, enn oppholdstillatelse etter utl. §§ 40 og

41. Når det gjelder spørsmålet om forskjellsbehandlingen likevel er lovlig, er jeg enig i LDOs vurdering i at forskjellsbehandlingen har et saklig formål, ved at regelverket skal sørge for at familieforholdet er reelt. Jeg er også til en viss grad enig i at forskjellsbehandlingen er nødvendig og forholdsmessig, men bare på enkelte punkter. Når det gjelder kravene til underhold og fire års arbeid og utdanning, mener LDO at unntaksadgangene for de to vilkårene gjør regelverket tilstrekkelig fleksibelt til at vilkårene for lovlig forskjellsbehandling er oppfylt. For disse to vilkårene er jeg enig i LDOs vurdering.

Når jeg likevel er kommet til en annen konklusjon, skyldes det at jeg har foretatt en grundigere gjennomgang av familieinnvandringsregelverket, slik at ytterligere forskjeller mellom de de ulikekjønnede og likekjønnede parene er avdekket. I tillegg til at et forlovelsesvisum gir dårligere rettigheter og stiller flere krav enn oppholdstillatelse som følge av ekteskap eller samsboerskap, samt at søkeren må oppfylle kravene til underhold og fire års arbeid eller utdanning, stilles det krav til bolig, at partene er over 24 år gamle og at returforutsetninger skal vurderes. Hva gjelder kravet til alder og bolig, finnes det også her generelle unntaksadganger som gjør at de kan sidestilles med kravene til underhold og fire års arbeid eller utdanning. Dette er ikke tilfellet for kravet om at returforutsetninger skal vurderes. LDO tok ikke stilling til kravet om vurdering av returforutsetninger i sin uttalelse.

Mangelen på unntak fra kravet til at returforutsetninger skal vurderes, gjør at mange søkere fra land med dårlige generelle returforutsetninger aldri vil kunne oppfylle vilkårene for forlovelsesvisum, og dermed i praksis er avskåret fra å få innvilget familieinnvandring. Dette vil igjen kunne føre til en varig familiesplittelse. Så lenge en generell unntaksadgang ikke foreligger, kan heller ikke vilkåret til nødvendighet og forholdsmessighet i ldl. § 9 (1) bokstav b og c anses oppfylt, slik at forskjellsbehandlingen ikke er å anse som lovlig. Slik familieinnvandringsregelverket er utformet i dag, må det dermed anses som å være diskriminerende overfor likekjønnede par fra land der homofili er forbudt, jf. ldl. § 6, jf. § 8.

Spørsmålet er så hva som vil være konsekvensen av konklusjonen om at familieinnvandringsregelverket er diskriminerende. Etter ldl. § 24 har offentlige myndigheter en aktivitets- og redegjøringsplikt. Det følger av første ledd, første punktum, at offentlige myndigheter i all sin virksomhet skal arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme likestilling og hindre diskriminering som nevnt i § 6. Det følger videre av bestemmelsens forarbeider at dette blant annet innebærer å ta initiativ til å endre regelverk som strider mot likestillings- og diskrimineringsloven.<sup>41</sup> En mulig løsning kan da være at myndighetene innfører en generell unntaksadgang for vurderingen av returforutsetninger i utlendingsforskriften som tilsvarer de generelle

---

<sup>41</sup> Prop.81 L (2016–2017) s. 231 og s. 328.

unntaksadgangene for underhold og bolig. På denne måten kan det gjøres unntak for vilkåret om returforutsetninger i tilfeller der forholdet mellom søker og referanseperson ikke oppfyller vilkårene for ekteskap eller samboerskap i utl. §§ 40 og 41, men likevel anses tilstrekkelig etablert til at partene ville ha inngått partnerskap dersom de ikke hadde vært hindret av homofiliforbudet i hjemlandet.

Det kan likevel ikke ses bort i fra at selv om en slik endring skulle blitt innført, foreligger det fremdeles en betydelig forskjellsbehandling av likekjønnede par fra land der homofili er forbudt. Lovgiver og utlendingsmyndighetene bør derfor strebe etter å finne løsninger som reduserer forskjellsbehandlingen mellom de likekjønnede og ulikekjønnede parene og bedrer de likekjønnede parenes rettsstilling i familieinnvandringssaker. UDI uttrykkte som nevnt over i uttalelsen av 25.06.2020 at de allerede er i gang med dette arbeidet gjennom en rekke tiltak, deriblant ytterligere opplæring av ansatte som behandler slike saker og pågående dialog med skeive organisasjoner. En annen mulighet for å styrke de likekjønnede parenes stilling kan være slik NOAS skrev i sitt hørings svar til NOU 2020:5, at avslag i denne type saker bør føre til at søkeren automatisk har rett til fritt rettsråd.<sup>42</sup> Det gjenstår likevel en lang vei å gå før man kan snakke om likestilling for de likekjønnede parene.

---

<sup>42</sup> NOAS (2020) s. 7.

## 6 Litteraturliste

### Rettskilder

#### *Lover, forskrifter og konvensjoner*

- 1814 Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814.
- 1991 Lov 04. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (ekteskapsloven).
- 2005 Lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven).
- 2008 Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).
- 2009 Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften).
- 2013 Lov 21. juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering).
- 2017 Lov 16. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven).
- 2017 Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).
- EMK Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950. [Offisiell norsk oversettelse].

#### *Forarbeider*

- Ot.prp.nr.34 (2004–2005) Om lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven).

- Ot.prp.nr.75 (2006–2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).
- Ot.prp.nr.26 (2008–2009) Om lov om endringer i utlendingsloven (krav om at referansepersoner må ha fire års arbeid eller utdanning i Norge for at søkeren skal ha rett til familieetablering).
- Prop.90 L (2015–2016) Endringer i utlendingsloven mv. (innstramminger II).
- Prop.81 L (2016–2017) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).

NOAS. *NOAS' hørings svar – Rettshjelpsutvalgets utredning NOU 2020:5*. 2020.

<https://www.noas.no/wp-content/uploads/2020/11/NOAS-horingssvar-NOU-2020-5-Likhet-for-loven.pdf>

*Andre kilder fra offentlig forvaltning og Storting*

Diskrimineringsnemnda. *Vedtaket/praksisen til Utlendingsnemnda var ikke diskriminerende på grunn av seksuell orientering*, 02. oktober 2018. Dokumentnr. DIN-2018-12 [Lest i Lovdata Pro].

Diskrimineringsnemnda. *Vedtak om avvisning og beslutning om henleggelse*, 12. november 2018. <https://diskrimineringsnemnda.no/media/1933/284-2018-dn-anonymisert-avgjoerelse.pdf>

Justis- og beredskapsdepartementet. *Instruks om unntak fra underholds kravet, jf. utlendingsforskriften § 10-11*, 06. juli 2012. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/gi-082012--instruks-om-unntak-fra-underh/id696568/>

Kunnskapsdepartementet. «Regjeringen vil prioritere flyktninger som er lesbiske, homofile, bifile og transpersoner.» (05.07.2020) <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/regjeringen-vil-prioritere-flyktninger-som-er-lesbiske-homofile-bifile-og-transpersoner/id2722183/> hentet 08.05.2021.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda. *Klage over Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse av 27. mai 2015*, 02. mai 2016. Dokumentnr. LDN-2015-50-1 [Lest i Lovdata Pro].

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

Likestillings- og diskrimineringsnemnda. *Klage over Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse av 27. mai 2015*, 20. juni 2016. Dokumentnr. LDN-2015-51 [Lest i Lovdata Pro].

Likestillings- og diskrimineringsombudet. 14/425 *Regelverket for familiegjenforening innebærer ikke diskriminering på grunn av seksuell orientering*, 27. mai 2015.

<https://www.ldo.no/en/arkiv/klagesaker/klagesaker-2016/lhbt/14425-regelverket-for-familiegjenforening-innebarer-ikke-diskriminering-pa-grunn-av-seksuell-orientering/>

Likestillings- og diskrimineringsombudet. 14/435 *Praktisering av regelverk var ikke diskriminering på grunn av seksuell orientering*, 27. mai 2015.

<https://www.ldo.no/arkiv/klagesaker/klagesaker-2016/lhbt/14435-praktisering-av-regelverk-var-ikke-diskriminering-pa-grunn-av-seksuell-orientering/>

Likestillings- og diskrimineringsombudet. *Retten til familiegjenforening for likekjønnede par*, 03. mai 2019.

<https://innsyn.onacos.no/ldo/wfdocument.ashx?journalpostid=2019002485&dokid=234152&versjon=1&variant=A&>

Likestillings- og diskrimineringsombudet. *Anmodning om innsyn i saker – familiegjenforening for likekjønnede par*, 01. juli 2019.

<https://innsyn.onacos.no/ldo/wfdocument.ashx?journalpostid=2019003664&dokid=236094&versjon=2&variant=A&>

Likestillings- og diskrimineringsombudet. *Retten til familiegjenforening for likekjønnede par – brev fra Likestillings- og diskrimineringsombudet*, 11. mars 2020.

<https://innsyn.onacos.no/ldo/wfdocument.ashx?journalpostid=2020001050&dokid=242775&versjon=5&variant=A&>

Stortinget. «Stortinget – møte onsdag den 10. februar 2021.» (10.02.2021)

<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Referater/Stortinget/2020-2021/refs-202021-02-10/?all=true> hentet 08.05.2021.



Utlendingsdirektoratet. *Oppholdstillatelse for å inngå ekteskap*, 01. januar 2010.

<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/udi-retningslinjer/udi-2010-077/>

Utlendingsdirektoratet. *Krav om underhold i søknader om familieinnvandring*, 01. januar

2010. <https://www.udiregelverk.no/rettskilder/udi-retningslinjer/udi-2010-118/>

Utlendingsdirektoratet. *Fireårskrav for familieetablering*, 20. august 2010.

<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/udi-retningslinjer/udi-2010-190/>

Utlendingsdirektoratet. *Visumpraksis for grønn gruppe*, 05. juli 2012.

<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/udi-retningslinjer/udi-2012-005/>

Utlendingsdirektoratet. *Visumpraksis for gul gruppe*, 27. juni 2012.

<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/udi-retningslinjer/udi-2012-006/>

Utlendingsdirektoratet. *Visumpraksis for oransje gruppe*, 27.06.2012.

<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/udi-retningslinjer/udi-2012-007/>

Utlendingsdirektoratet. *Visumpraksis for rød gruppe*, 27.06.2012.

<https://www.udiregelverk.no/rettskilder/udi-retningslinjer/udi-2012-008/>

Utlendingsdirektoratet. *Utlendingsdirektoratets svar – retten til familiegjening for likekjønnede par*, 18. juni 2019.

<https://innsyn.onacos.no/ldo/wfdocument.ashx?journalpostid=2019003441&dokid=235698&versjon=1&variant=P&>

Utlendingsdirektoratet. *Utlendingsdirektoratets tilbakemelding – Retten til familiegjening for likekjønnede par*, 25. juni 2020.

<https://innsyn.onacos.no/ldo/wfdocument.ashx?journalpostid=2020003723&dokid=247261&versjon=1&variant=P&>

Utlendingsdirektoratet. «Førstegangs familieinnvandringstillatelser etter søkerens statsborgerskap og relasjon til personen i Norge (2018)». (2019) <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/forstegangs-familieinnvandringstillatelser-etter-sokerens-statsborgerskap-og-relasjon-til-personen-i-norge-2018/> hentet 29.01.2021.

Utlendingsdirektoratet. «Førstegangs familieinnvandringstillatelser etter søkerens statsborgerskap og relasjon til personen i Norge (2019)». (2020) <https://www.udi.no/statistikk-og->

[analyse/statistikk/forstegangs-familieinnvandringstillatelser-etter-sokerens-statsborgskap-og-relasjon-til-personen-i-norge-2019/](#) hentet 29.01.2021.

Utlendingsdirektoratet. «Innvilgede familietillatelser for tredjelandsborgere etter måned og statsborgerskap (2020).» (2021a) <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/innvilgede-familietillatelser-for-tredjelandsborgere-etter-maned-og-statsborgerskap-2020/> hentet 29.01.2021.

Utlendingsdirektoratet. «Asylsøknader etter statsborgerskap og måned (2020).» (2021b) <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asyksoknader-etter-statsborgerskap-og-maned-2020/> hentet 22.03.2021.

Utlendingsdirektoratet. «Familieinnvandringstillatelser etter søkerens statsborgerskap og oppholdsgrunnlaget til personen i Norge (2020).» (2021c) [Familieinnvandringstillatelser etter søkerens statsborgerskap og oppholdsgrunnlaget til personen i Norge \(2020\) - UDI](#) hentet 23.03.2021.

## Litteratur

Eriksen, Christoffer C. «Forvaltningspraksis som rettskildefaktor.» I *juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 293–333.

Foreningen fri. «Arbeidsprogram 2020–2022.» [https://www.foreningenfri.no/wp-content/uploads/Arbeidsprogram-FRI-2020-2022\\_Innstilling-fra-LS-120.pdf](https://www.foreningenfri.no/wp-content/uploads/Arbeidsprogram-FRI-2020-2022_Innstilling-fra-LS-120.pdf) hentet 08.05.2021.

Homonettverket. «Uttalelser vedtatt på årsmøtet 2020.» (04.03.2020) <https://homonettverket.arbeiderpartiet.no/nyheter/uttalelser-vedtatt-pa-arsmotet-2020/> hentet 08.05.2021.

ILGA World ved Mendos, Lucas Ramón mfl. *State-sponsored Homophobia 2020: Global Legislation overview update*. Geneve: desember 2020. [https://ilga.org/downloads/ILGA\\_World\\_State\\_Sponsored\\_Homophobia\\_report\\_global\\_legislation\\_overview\\_update\\_December\\_2020.pdf](https://ilga.org/downloads/ILGA_World_State_Sponsored_Homophobia_report_global_legislation_overview_update_December_2020.pdf).

NOAS. *Realizing Refugees Right to Family Unity*. Oslo: 2019. [https://www.noas.no/wp-content/uploads/2019/11/Realizing\\_Refugees\\_Right\\_to\\_Family\\_Unity.pdf](https://www.noas.no/wp-content/uploads/2019/11/Realizing_Refugees_Right_to_Family_Unity.pdf)

Strand, Vibeke Blaker og Kjetil Mujezinović. *Menneskerettigheter i et nøtteskall*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2015.

Vårt land. «Sara fryktar for livet til Mina i Syria, men får ikkje kjærasten til Noreg.» (06.04.2021) <https://www.vl.no/nyheter/2021/04/06/sara-fryktar-for-livet-til-mina-i-syria-men-far-ikkje-kjaerasten-til-noreg/> hentet 08.05.2021.

VG. «Regjeringspartiene strides om familiegjenforening for skeive flyktninger.» (25.06.2019) <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/K3an86/regjeringspartiene-strides-om-familiegjenforening-for-skeive-flyktninger> hentet 08.05.2021.