

Justis- og beredskapsdepartementet

Deres referanse: 24/2927

Vår referanse: 24/118

Dato: 17.09.2024

Publikasjonsnr.: NIM-H-2024-033

HØRINGSUTTALELSE

Forslag til endringer i utlendingsloven – familiegjenforening med barn som har fått beskyttelse i Norge mv.

1. Innledning

Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) viser til høringsbrev 17. juni 2024 om forslag til endringer i utlendingslovens regler om familiegjenforening med barn som har fått beskyttelse i Norge mv.

NIM mener det er viktig at reglene om familiegjenforening tar høyde for at familiegjenforening skal være til barnets beste, og viser til eksempler departementet trekker frem på at familiegjenforening noen ganger ikke er det.¹ Samtidig stiller vi spørsmål ved om enkelte av forslagene og deres utforming kan medføre risiko for manglende ivaretagelse av barnets beste, som vi redegjør for i det følgende. På grunn av kapasitetshensyn har vi ikke gått inn på alle spørsmål forslaget reiser.

2. Menneskerettslige sider ved barnets beste i utlendingssaker om familiegjenforening

Barnets beste er et grunnleggende hensyn i alle saker som berører barn etter Grunnloven § 104, som også særlig presiserer i tredje ledd at statens myndigheter skal sikre barnets utvikling og trygghet «fortrinnsvis i egen familie». Grunnloven § 102 siker også «enhver» respekt for sitt «familieliv».

Grunnloven § 102 bygger særlig på EMK artikkel 8, mens Grunnloven § 104 bygger på folkerettslige forbilder i barnekonvensjonen artikkel 3 og EUs pakt om

¹ Høringsnotatet pkt. 6.1.

grunnleggende rettigheter («pakten») artikkel 24. Praksis knyttet til disse bestemmelsene vil derfor være nyttige ved tolkning av Grunnlovens bestemmelser.²

I den sammenheng har barnekomiteen og EU-domstolen tolket barnets beste som både en *selvstendig rettighet*, et *tolkningsprinsipp*, og en *prosessregel*.³ Det innebærer at barnets beste ikke bare er et hensyn som må ivaretas i enkeltsaker, men også en selvstendig rettighet og en prosessregel som må vurderes ved utformingen av lovgivning og prosesser som berører barn.⁴

EMD innfortolker barnets beste som en del av retten til familieliv etter EMK artikkel 8,⁵ og har påpekt at det kan medføre både positive og negative plikter i saker om familiegjenforeningen mellom foreldre og barn, og at det innebærer en balansering av «the competing interests of the individual and the community as a whole».⁶ Hensynet til barn må være «paramount», noe som innebærer at:

«[I]n cases regarding family reunification the Court pays particular attention to the circumstances of the minor children concerned, especially their age, their situation in their country of origin and the extent to which they are dependent on their parents. While the best interests of the child cannot be a “trump card” which requires the admission of all children who would be better off living in a Contracting State, the domestic courts must place the best interests of the child at the heart of their considerations and attach crucial weight to it.”⁷

Barnekomiteen har uttalt at bevaring av familieenheten er noe som må hensyntas i vurderingen av barnets beste i saker om gjenforening,⁸ og har videre uttalt at:

“35. (...) When family reunification in the country of origin is not in the best interests of the child or not possible due to legal or other obstacles to return, the obligations under article 9 and 10 of the Convention of the Rights of the

² Se for § 104, Dok.nr.16 (2011-2012), s. 192. Se for § 102, HR-2015-206-A (Maria), avsn. 57) der Høyesterett nevner at Grunnloven § 102 skal tolkes i lys av FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17 og EMK artikkel 8.

³ CRC (2013) *General Comment no. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para 1), CRC/C/GC/14, avsn. 6; *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Femmes s’identifiant à la valeur de l’égalité entre les sexes)*, C-646/21, EU:C:2024:487, avsn. 73.

⁴ Se bla. NIM (2023) *Veileder for utredning av menneskerettslige problemstillinger – Kilder, tolkning, metode*, punkt 7.3 med videre henvisninger. Tilgjengelig her: <https://www.nhri.no/NIM-V-2023-001>.

⁵ EMK inneholder ingen bestemmelse om barnets beste, men EMD har innfortolket det i retten til familieliv, se bla. *Vavříčka m.fl. v. Tsjekkia* [GC] (47621/13), avsn. 287–288 og *Neulinger og Shuruk v. Sveits* [GC] (41615/07), avsn. 135.

⁶ *I.A.A. m.fl. v. Storbritannia* [dec.] (25960/13), avsn. 38; *El Ghatet v. Sveits* (56971/10), avsn. 43.

⁷ *El Ghatet v. Sveits* (56971/10), avsn. 46.

⁸ CRC (2013) *General Comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para 1), CRC/C/GC/14, avsn. 66.

Child come into effect and should govern the State's decisions on family reunification therein. Measures for parents to reunify with their children and/or regularize their status on the basis of their children's best interests should be put in place. Countries should facilitate family reunification procedures in order to complete them in an expeditious manner, in line with the best interests of the child. It is recommended that States apply best interest determination procedures in finalizing family reunification."⁹

Som EMD påpeker i det siterte avsnittet over er likevel ikke barnets beste noe «trump card» i alle saker. Mothensyn kan tilsi at andre løsninger enn den som isolert sett er til barnets beste velges. I den grad mothensyn står såpass sterkt at en annen løsning må velges betyr det likevel ikke at det kan ses bort fra barnets beste, som må ivaretas så langt som mulig.

3. Forslaget om at referanseperson ikke må være gift eller samboer på vedtakstidspunktet

Departementet foreslår at det innføres et vilkår i utlendingsloven § 43 om at referansepersonen (barnet) på vedtakstidspunktet ikke har ektefelle eller samboer. Det samme vilkåret foreslås inntatt i saker der foreldre søker gjenforening med norske barn som de enten skal bo sammen med (utlendingsloven § 44) eller ha samvær med (utlendingsloven § 45).

Departementet begrunner innføringen av et slikt vilkår med to forhold. For det første at barnet da har etablert sin egen husstand. For det andre at det harmonerer med eksisterende vilkår i § 43 annet ledd (gjenforening for søsken) og § 42 (gjenforening for barn når foreldrene har opphold).¹⁰

Et relativt tilsvarende spørsmål har vært behandlet av EU-domstolen i *Belgische Staat (Réfugiée mineure mariée)*, på grunnlag av direktiv 2003/86/EF *familiegjenforeningsdirektivet* og EUs pakt. Direktivet som tolkes er ikke inntatt i EØS-avtalen og er derfor ikke bindende for Norge.

Direktivet inneholder i artikkel 10(3)(a) en særskilt rett for enslige mindreårige til å gjenforenes med sine foreldre. I saken klargjorde EU-domstolen at det ikke var adgang for medlemstatene til å sette et vilkår om at barnet måtte være ugift for å

⁹ CMW og CRC (2017) *Joint General Comment No 4 and No. 23 on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return*. Se også CRC (2005) *General Comment No. 6 – Treatment of unaccompanied and separated children outside of their country of origin*, CRC/GC/2005/6, avsn. 83.

¹⁰ Høringsnotatet, s. 6.

påberope seg denne rettigheten,¹¹ og uttalte følgende om hensynet til barnet i slike situasjoner:

“(…) an interpretation of Article 10(3)(a) of Directive 2003/86 which restricts the benefit of the right to family reunification with their first-degree relatives in the direct ascending line only to unmarried unaccompanied refugee minors would run counter to that objective of special protection.

As the Advocate General stated in point 46 of his Opinion, such an interpretation would have the consequence that a married unaccompanied refugee minor whose spouse resides in the territory of the European Union would not enjoy the enhanced protection conferred on him or her by Directive 2003/86, even though the particular vulnerability of minors is not mitigated as a result of marriage. On the contrary, the fact that a minor is married may point, specifically in the case of minor girls, to exposure to the serious form of violence that is child marriage and forced marriage.”¹²

NIM er enig i at barn vil kunne være i en særlig sårbar situasjon når de befinner seg i et nytt land, og at det ikke nødvendigvis avhjelpest av å være gift eller ha samboer. Som EU-domstolen uttaler vil barn, særlig jenter, kunne være sårbare i ekteskap eller samboerskap. NIM mener det er nødvendig at disse momentene trekkes inn av departementet ved vurderingen av barnets beste etter Grunnloven § 104, barnekonvensjonen artikkel 3 og EMK artikkel 8.

NIM stiller seg også tvilende til begrunnelsen om at endringen i § 43 sikrer harmonisering med de eksisterende kravene i § 42, om oppholdstillatelse for barn *der foreldrene har oppholdstillatelse og er referanseperson*. EU-domstolen avviste i den overnevnte sak et lignende argument fra Belgia fordi de mente enslige mindreårige med opphold er i en særlig sårbar situasjon, også sammenlignet med barn i hjemlandet som søker gjenforening med herboende foreldre:

“An unaccompanied refugee minor residing alone in the territory of a State other than his or her State of origin is in a particularly vulnerable position which justifies the promotion of family reunification with his or her first-degree relatives in the direct ascending line outside the European Union. That difference in situation justifies the latter’s right to family reunification not being subject to the conditions laid down in Article 4(2)(a) of Directive 2003/86, but to those laid down in Article 10(3)(a) thereof, which seeks

¹¹ *Belgische Staat (Réfugiée mineure mariée)*, C-230/21, EU:C:2022:887, avsn. 49 og 51.

¹² *Belgische Staat (Réfugiée mineure mariée)*, C-230/21, EU:C:2022:887, avsn. 44–45.

specifically to ensure increased protection for refugees who are unaccompanied (...)”.¹³

EU-domstolens synspunkter er i først rekke begrunnet i direktivet, og det er som nevnt ikke bindende for Norge. Likevel har lovgiver bygget på at det er av sentral betydning også for norsk regelverk.¹⁴ EU-domstolen begrunnet dessuten også resultatet i pakten artikkel 7 (rett til familieliv) og artikkel 24 (barnets beste).¹⁵ Generaladvokat Szpunar er særlig klar i sitt forslag til dom, der han uttaler at:

«Article 24 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union provides that the child’s best interests are a primary consideration in all actions relating to him or her. Any interpretation that would make being an ‘unaccompanied minor’ conditional on that minor being unmarried would, in my view, likewise be contrary to those principles, because it would have the effect of preventing the family reunification of those children with their ascendant relatives, despite their particularly vulnerable situation»¹⁶

Vi nevner at også i andre saker har EU-domstolen brukt pakten til å begrunne en ganske absolutt tolkning av retten enslige mindreårige asylsøkere har til gjenforening med sine foreldre.¹⁷ Som vi har gjennomgått over kan praksis om barnets beste under pakten være relevante for tolkningen av hva som ligger i barnets beste i Grunnloven § 104. Rettighetene i pakten har dessuten paralleller i EMK artikkel 8 og BK artikkel 3 og 9, som er bindende for Norge. NIM antar at EUs pakt gir en viss veiledning også for tolkningen av disse.¹⁸

Totalt sett mener vi derfor at det er grunn til å trekke på EU-domstolens tilnærming til hensynet til barnet beste på dette punktet. Vi stiller oss tvilende til hvorvidt et vilkår som det foreslåtte, slik det er utformet vil ivareta barnets beste i Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3.

NIM anbefaler derfor at forslaget om at referanseperson (barnet) ikke må være gift eller samboer på vedtakstidspunktet strykes.

¹³ *Belgische Staat (Réfugiée mineure mariée)*, C-230/21, EU:C:2022:887, avsn. 36–37. Se også AG Szpunar sitt forslag til dom i *Belgische Staat (Réfugiée mineure mariée)*, C-230/21, EU:C:2022:477, avsn. 37–38

¹⁴ NOU 2004:20 *Ny utlendingslov*, s. 212; Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) *utlendingsloven*, s. 184

¹⁵ Se *Belgische Staat (Réfugiée mineure mariée)*, C-230/21, EU:C:2022:887, avsn. 47–48.

¹⁶ AG Szpunar sitt forslag til dom i *Belgische Staat (Réfugiée mineure mariée)*, C-230/21, EU:C:2022:477, avsn. 47

¹⁷ Sml. *Bundesrepublik Deutschland (Regroupement familial avec un mineur réfugié)*, Joined Cases C-273/20 and C-355/20, EU:C:2022:617, avsn. 38–39 og 42, og *Landeshauptmann von Wien (Regroupement familial avec un mineur réfugié)*, C-560/20, EU:C:2024:96, særlig avsn. 57 og 77.

¹⁸ For eksempler der EMD hensyntar EU-praksis, se *Ástráðsson v. Iceland* [GC] (26374/18) og *Hurbain v. Belgium* [GC], (57292/16).

4. Forslaget om vilkår for å motvirke utøvelse av bigami

Departementet foreslår at det innføres et vilkår i utlendingsloven § 43 om at oppholdstillatelse kan nektes dersom tillatelsen vil lede til utøvelse av bigami i Norge. Forslaget knyttes riktignok ikke til utøvelsen av bigami slik det forstås i straffeloven § 262. Departementet foreslår heller følgende i § 43 tredje ledd:

«Oppholdstillatelse til én forelder kan likevel nektes dersom dette ville lede til at søkeren ville bli gjenforent med en herboende ektefelle som allerede er gift eller samboer med en annen person her. Det samme gjelder dersom barnets foreldre er gift eller samboere og oppholdstillatelse vil lede til at søkeren også blir gjenforent med en annen ektefelle her. Det samme gjelder dersom oppholdstillatelse vil lede til at søkeren blir gjenforent med en tidligere ektefelle og det er sannsynlig at søkeren har til hensikt å fortsette samlivet.»

Slik NIM forstår dette legges det opp til en bredere forståelse av bigami enn det som legges til grunn i straffeloven § 262 første ledd som rammer «den som inngår et ekteskap til tross for at han allerede er gift». Det forutsetter et gyldig ekteskap. Det faller utenfor straffeloven å ha flere kjærester eller samboere, selv hvis man samtidig har en ektefelle. Vi nevner at straffeloven imidlertid inneholder en bredere definisjon av ekteskap som «en ekteskapslignende forbindelse» i bestemmelsene om barneekteskap og tvangsekteskap, se §§ 262 annet ledd og 253.

De foreslåtte endringene i utlendingsloven skal, ifølge departementet, ramme blant annet situasjoner der «foreldrene gjennomfører en formell skilsmisse, men i realiteten planlegger å fortsette samlivet» fordi departementet mener det er «det reelle forholdet som må være avgjørende».¹⁹

NIM etterlyser en nærmere avklaring av forholdet til straffelovens bigamiforbud og hva departementet egentlig ønsker å motvirke. I den sammenheng bør det vurderes nærmere hvordan dette står seg opp mot hensynet til barnets beste.

Departementet fremholder at hensynet til barnets beste ivaretas «ved at barnet fortsatt vil ha mulighet til å gjenforenes med én forelder i Norge som kan ivareta barnets omsorgsbehov».²⁰ NIM stiller spørsmålstegn ved tyngden av dette momentet. I norsk barne- og familierett regnes kontakt med *begge* foreldre som sentralt.²¹ Dette fremgår også av ordlyden i både barnekonvensjonen og pakten.²²

¹⁹ Høringsnotatet, s. 7.

²⁰ Høringsnotatet s. 7.

²¹ Se bla hensynet til «best samlet foreldrekontakt» i bostedssaker, eks. HR-2020-1843-A, avsnitt 49–57, og samværsreglene i barneloven § 42 og 43, som bygger på et premiss om at et forhold til begge foreldrene er viktig.

²² Se BK artikkel 9(3), 10(2), og 18(1) og EUs pakt om grunnleggende rettigheter artikkel 24(3).

NIM anbefaler derfor at forslaget om vilkår for å motvirke utøvelse av bigami ikke videreføres i sin nåværende form, og at departementet vurderer sammenhengen i regelverket og forholdet til barnets beste nærmere.

5. Forslaget om søkere som er gift med barnets herboende forelder

Departementet foreslår at det innføres et vilkår i utlendingsloven § 43 om at søkeren (forelderen) ikke er gift med eller skal bo sammen med barnets andre forelder i Norge, jf. lovutkastet § 43 første ledd tredje punktum. Begrunnelsen for dette er sammenhengen i regelverket, fordi søkeren i slike tilfeller bør søke familieinnvandring med barnets andre forelder som ektefelle eller samboer etter utlendingsloven §§ 40 og 41. Departementet viser til tilsvarende løsning etter utlendingsloven § 44 om familiegjenforening mellom norsk barn og barnets mor eller far.

NIM fremholder at barnets beste må trekkes inn som et grunnleggende hensyn uansett hvilken bestemmelse familiegjenforeningen gjøres etter. Vilklårene for familiegjenforening er strengere for ektefeller og samboere enn der barn er referansepersonen. Departementet bør klargjøre i forarbeidene at vilklårene i §§ 40 og 41 må suppleres av barnets rettigheter og barnets beste i saker der gjenforening behandles etter disse bestemmelsene, men også berører barns rettigheter.

NIM anbefaler derfor at en klargjøring som sikrer at barnets beste alltid vurderes inntas i forarbeidene.

NIM er tilgjengelig for dialog om saken dersom departementet ønsker det.

Vennlig hilsen

for Norges institusjon for menneskerettigheter

Gro Nystuen

Assisterende direktør

Vetle Magne Seierstad

Rådgiver

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har dermed ingen signatur.