



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

## **Er og bør barns sivilstand være avgjørende for retten til familiegjenforening med sine foreldre?**

En rettsdogmatiskanalyse av utlendingslovens §§ 42 og 43

Mariell Celina Larsen Nordvik

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR3902-1, vår 2020.

# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>Innledning .....</b>	<b>5</b>
1.1	Tema .....	5
1.2	Aktualitet .....	5
1.3	Lovgivningshistorikken rundt avhandlingens tema.....	7
1.4	Uklarheter rundt gjeldende rett.....	7
1.5	Begrepene «søker og referanseperson» .....	8
1.6	Tillatelsessystemet i utlendingsloven .....	9
1.7	Forutsetninger og avgrensning .....	9
<b>2</b>	<b>Metode og rettskilder .....</b>	<b>10</b>
<b>3</b>	<b>Utlendingsloven § 42 .....</b>	<b>11</b>
3.1	Innledning .....	11
3.2	Typetilfellet etter bestemmelsen.....	12
3.3	De lege lata .....	12
<b>4</b>	<b>Utlendingsloven § 43 .....</b>	<b>13</b>
4.1	Innledning .....	13
4.2	Typetilfellet etter bestemmelsen.....	14
4.3	De lege lata: kan det innfortolkes et vilkår om barnets sivilstand? .....	14
4.3.1	En naturlig språklig forståelse av lovens ordlyd .....	14
4.3.2	Bestemmelsen og lovens formål .....	16
4.3.3	Forarbeidene .....	16
4.3.4	Vilkåret om at referansepersonen må være et «barn under 18 år» .....	19
4.3.5	Vilkåret om at barnet må ha «opphold i riket etter §§ 28 eller 34» .....	22
4.3.6	Vilkåret om at barnet og forelderen må «bo sammen» .....	22

4.3.7	Oppsummering og konklusjon .....	22
<b>5</b>	<b>Er et vilkår om barnets sivilstand i samsvar med retten til familieliv? .....</b>	<b>22</b>
5.1	Forutsetninger .....	22
5.2	Forholdet mellom Grunnloven og EMK .....	23
5.3	Har utlendinger rett til vern om familielivet? .....	23
5.4	Kan det utledes en rett til innreise på bakgrunn av retten til familieliv? .....	24
5.5	Det utlendingsrettslige innholdet i familielivet .....	24
5.6	Er relasjonen mellom barnet og forelderen, til tross for barnets sivilstand, omfattet av beskyttelsesområdet til artikkel 8 nr. 1? .....	25
5.7	Er et avslag på bakgrunn av barnets sivilstand i samsvar med EMK artikkel 8 nr. 2? 27	
5.7.1	Ikke et hvert inngrep i familielivet er en krenkelse av artikkel 8 .....	27
5.7.2	Kravet til legitimitet .....	28
5.7.3	Kravet til tilstrekkelig hjemmel .....	28
5.7.4	Kravet til forholdsmessighet .....	30
<b>6</b>	<b>Bør barns sivilstand være avgjørende for retten til familiegjening med sine foreldre? .....</b>	<b>38</b>
6.1	Innledning .....	38
6.2	Innvandrerregulerende hensyn .....	38
6.3	Likhet for loven .....	39
6.4	Manglende retningslinjer for det konkrete vurderingstema .....	40
6.5	‘Sikkerhetsventilene’ i utl. §§ 38 og 49 .....	40
6.6	Forholdet til ekteskapsloven .....	40
6.6.1	Barn som bor i utlandet jf. utlendingsloven § 42 .....	41
6.6.2	Barn som bor i Norge jf. utlendingsloven § 43 .....	43

6.7	Statens plikt til å forebygge barne- og tvangsekteskap .....	44
<b>7</b>	<b>Avsluttende bemerkninger .....</b>	<b>47</b>
	<b>Referanseliste .....</b>	<b>1</b>

## Tabelliste

Oversikt over rettspraksis tilknyttet utl. §§ 42 og 43 s. 6.

Oversikt over hvem som er søker og referanseperson etter utl. §§ 42 og 43 s. 8.

# 1 Innledning

## 1.1 Tema

Temaet for denne avhandlingen er om sivilstanden til barn er, og i så fall om den burde være, avgjørende for retten til familiegjenforening med sine foreldre. Et annet sentralt spørsmål er om et vilkår om barnets sivilstand er i samsvar med retten til familieliv. Med barn forstås «ethvert menneske under 18 år».<sup>1</sup> Sivilstanden viser til om barnet har inngått ekteskap eller lever i et ekteskaplignende forhold i en felles husstand. Familiegjenforening omhandler retten til å bli gjenforent som en allerede etablert familie etter en periode med adskillelse, og da gjerne i et annet land enn familiens opprinnelsesland.

Utlendingsloven (utl.)<sup>2</sup> angir detaljerte vilkår for hvem som har rett til familiegjenforening. Loven inneholder egne bestemmelser om familiegjenforening mellom barn og foreldre. Reglene om permanent familiegjenforening mellom et utenlandsk barn<sup>3</sup> og barnets foreldre reguleres i utl. §§ 42 og 43. Med permanent gjenforening menes i denne sammenhengen et ønske om å få opphold for å bo og leve sammen nå og i fremtiden. Bestemmelsene regulerer i utgangspunktet motsatte typetilfeller, etter § 42 befinner barnet seg i utlandet, mens barnet etter § 43 befinner seg i Norge.<sup>4</sup> Det naturlige er likevel å behandle begge bestemmelsene for å få et mest helhetlig bilde av hvorvidt sivilstanden til barnet er av betydning ved familiegjenforening mellom barn og foreldre.

## 1.2 Aktualitet

I 2019 fikk 11 778 personer innvilget familiegjenforening, dette utgjorde den største tilkomsten av utlendinger til Norge.<sup>5</sup>

Det finnes ingen norsk rettspraksis som direkte behandler avhandlingens tema. Generelt er det lite rettspraksis som har behandlet utl. §§ 42 og 43 siden vedtakelsen av den nye utlendingsloven i 2008:

---

<sup>1</sup> Jf. definisjonen i lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål § 8 (vergemålsloven).

<sup>2</sup> Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

<sup>3</sup> Med utenlandsk menes alle barn som ikke har norsk statsborgerskap.

<sup>4</sup> Se mere om dette i punkt 1.5.

<sup>5</sup> <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/forstegangs-familieinnvandringstillatelser-etter-sokerens-statsborgskap-og-relasjon-til-personen-i-norge-2019/> (Sisert 23.04.2019).

	Tingretten	Lagmannsretten	Høyesterett
Utlendingsloven § 42	7 saker	5 saker	0 saker
Utlendingsloven § 43	4 saker	1 sak	0 saker

At antall behandlede saker i rettssystemet er lavt betyr nødvendigvis ikke at søkerne som får avslag etter bestemmelsene ikke hadde rett på opphold, eller at temaet ikke er dagsaktuelt. Advokatforeningens aksjon og prosedyregruppe i utlendingsrett jobbet i sju år med et prosjekt som skulle gi utlendinger et lavterskeltilbud om fri sakførsel. I rapporten konkluderte de blant annet med at det eksisterer et stort udekket rettshjelpsbehov for utlendinger, og at de færreste utlendinger selv ville hatt mulighet til å bekoste en rettssak mot staten.<sup>6</sup> Innvandrere er ofte definert som en ressurs svak gruppe som sliter med å nå frem i retten, dessuten mangler de også ofte kunnskap som kan bidra til å knytte egne problemer til rettslige løsningsstrategier. For mange blir samfunnet og rettsstaten for kompleks. Konsekvensen av dette blir ofte at det å ha rett nødvendigvis ikke vil føre til at en får rett i rettsstaten Norge.<sup>7</sup>

Reglene om familiegjenforening er ofte gjenstand for debatt, både på det politiske plan, men også når det gjelder utlendingsforvaltningens håndheving av utlendingsretten.

Sivilombudsmannen skal sikre at offentlige myndigheter ikke gjør urett mot den enkelte borger og bidra til at offentlig forvaltning respekterer og sikrer menneskerettighetene jf. sivilombudsmannsloven § 3.<sup>8</sup> I 2018 behandlet Sivilombudsmannen 258 innklagede utlendingssaker, hvorav 17 (6,59%) av disse resulterte i kritikk.<sup>9</sup> I 2019 ble det behandlet 260 utlendingssaker, 18 (6,92%) av disse endte i kritikk.<sup>10</sup> En av sakene fra 2019 som endte i kritikk, er hovedbakgrunnen for valg av tema til denne masteravhandlingen og behandles nærmere i punkt 1.4.

---

<sup>6</sup> Virksomhetsrapport fra Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe i utlendingsrett s. 18.

<sup>7</sup> <https://forskning.no/juridiske-fag-universitetet-i-oslo-partner/ressurssvake-nar-ikke-frem-i-retten/753962> (Sist besøkt 02.06.2020).

<sup>8</sup> Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen (sivilombudsmannsloven).

<sup>9</sup> Årsmelding sivilombudsmannen 2018 side. 54.

<sup>10</sup> Årsmelding Sivilombudsmannen 2019 side 56.

### 1.3 Lovgivningshistorikken rundt avhandlingens tema

Gjeldende utlendingslov ble vedtatt i 2008 og trådte i kraft 1. januar 2010. Den nye utlendingsloven skulle erstatte 1988-loven<sup>11</sup> som var en fullmaktslov som i stor grad lot regjeringen styre innvandringspolitikken gjennom forskrifter.<sup>12</sup> Den oppheva forskriften av 1990<sup>13</sup> som supplerte den gamle utlendingsloven var dermed svært omfattende.

Etter den oppheva forskriftens § 23 annet ledd ble barn i familiegjenforeningssaker definert som en «person under 18 år uten ektefelle eller samboer». Videre ble det i samme bestemmelse beskrevet hvordan 18-års grensen skulle anses som overhold. Ved vedtakelsen av den nye utlendingsloven ble bare beskrivelsen av hvordan 18-års grensen skulle anses som overholdt videreført, jf. någjeldende § 50. Vilåret om barnets sivilstand uteble dermed i en generell bestemmelse, dette i motsetning til tilfellet etter den oppheva forskriften. I høringsuttalelsen til den nye loven ble nettopp også dette påpekt av UDI og UNE som mente det burde være et vilkår om barnets sivilstand, også etter den nye loven.<sup>14</sup> Til dette uttalte departementet at de antok at «vilåret [om barnets sivilstand] ved en inkurie ikke er videreført av utvalget», og at de dermed skulle innarbeide vilåret om barnets sivilstand i lovutkastet.<sup>15</sup> Departementet innarbeidet imidlertid bare vilåret i gjeldende § 42. Utl. §§ 43 og 50 ble dermed stående uten et vilkår om barnets sivilstand.

### 1.4 Uklarheter rundt gjeldende rett

Hovedgrunnen for valg av tema er uklarheter rundt hva som er gjeldende rett. I en uttalelse fra Sivilombudsmannen i 2019 fikk utlendingsforvaltningen kritikk for å ha innfortolket et krav om barnets sivilstand etter utl. § 43. Sivilombudsmannen uttalte blant annet at «UNEs tolkning er i strid med lovens ordlyd og mangler dessuten tilstrekkelig støtte i rettskildene for øvrig. Vedtaket er ugyldig.»<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup> Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riktet og deres opphold her.

<sup>12</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 14.

<sup>13</sup> FOR-1990-12-21-1028.

<sup>14</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 209, punkt 9.6.7.4.

<sup>15</sup> Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 210, punkt 9.6.7.5.

<sup>16</sup> SOM-2018-4025, punkt *Konklusjon*.

Jusshjelpa i Nord-Norge<sup>17</sup> som representerte den klagende part henvendte seg også til lovavdelingen i Justis- og beredskapsdepartementet for å få deres syn på gjeldende rett. Departementet besvarte henvendelsen og uttrykte at utlendingsloven § 43 ikke utelukker familiegjenforening dersom barnet er gift eller har samboer.<sup>18</sup> Til tross for både uttalelsen fra Sivilombudsmannen og departementet fastholdt UNE at det etter utlendingsloven § 43 gjelder et krav – som ikke fremgår av loven – om at herboende barn må være uten ektefelle og samboer for å få rett til å gjenforenes med sine foreldre. UNE var av den oppfatning av at lovgiverviljen har vært å videreføre vilkåret om barnets sivilstand, også etter utl. § 43.

I et oppfølgende brev til UNEs direktør ga Sivilombudsmannen uttrykk for at det var beklagelig at nemda – i strid med lovgivers forutsetninger og til skade for de private partene – ikke rettet seg etter ombudsmannens syn på saken.<sup>19</sup> Sivilombudsmannen har i ettertid også orientert Justis- og beredskapsdepartementet om uttalelsen sin og UNEs manglende oppfølging av den. Departementet ser nærmere på behovet for å klargjøre regelverket.<sup>20</sup>

Det strides følgelig fra flere hold om hva som egentlig er gjeldende rett etter utl. § 43. Rettspraksis har enda ikke tatt stilling til spørsmålet om det kan innfortolkes et vilkår om barnets sivilstand etter utlendingsloven § 43.

## 1.5 Begrepene «søker og referanseperson»

I familiegjenforeningssaker brukes begrepene *referanseperson* og *søker*. Av legaldefinisjonen i utl. § 39 følger det at referansepersonen er herboende, mens søkeren er familiemedlemmet i utlandet som ønskes til Norge. For utlendingslovens §§ 42 og 43 vedkommende er situasjonen dermed følgende:

	Referansepersonen i Norge:	Søkeren i utlandet:
Utlendingsloven § 42	Forelder/ene	Barnet
Utlendingsloven § 43	Barnet	Forelder/ene

<sup>17</sup> Jusshjelpa i Nord-Norge er et gratis rettshjelptiltak som drives av jusstudenter.

<sup>18</sup> SOM-2018-4025, punkt *Sakens bakgrunn* og *Våre undersøkelser*.

<sup>19</sup> SOM-2018-4025, punkt *Tilleggsopplysning*.

<sup>20</sup> SOM-2018-4025, punkt *Tilleggsopplysning*.



Som vi ser regulerer utl. §§ 42 og 43 motsatte tilfeller. Etter § 42 bor foreldrene i Norge og barnet i utlandet, mens barnet etter § 43 bor i Norge og foreldrene bor i utlandet.

## 1.6 Tillatelsessystemet i utlendingsloven

Tillatelsessystemet i utlendingsloven er delt mellom bestemmelser som gir en rett til oppholdstillatelse om vilkårene er oppfylt, og bestemmelser hvor tillatelse *kan* gis dersom vilkårene er oppfylt. Sistnevnte innebærer at norske utlendingsmyndigheter kan avslå en søknad selv om alle kriterier er oppfylt. Familiegjenforening mellom barn og foreldre etter utlendingsloven §§ 42 og 43 er bestemmelser som gir søkerne rettskrav på oppholdstillatelse dersom vilkårene i loven er oppfylt.<sup>21</sup>

Skulle en søker etter utl. §§ 42 eller 43 derimot *ikke* oppfylle vilkårene i søknadsbestemmelsen skal forvaltningen likevel undersøke om oppholdstillatelse bør gis. Det finnes to relevante 'kan' bestemmelser som utlendingsforvaltningen kan gi opphold etter. Ut fra hva som er årsaken til at oppholdstillatelse ikke innvilges etter søknadsbestemmelsen, skal utlendingsforvaltningen vurdere opphold etter utl. §§ 38 eller 49. Den mest relevante bestemmelsen er § 49 fordi den spesifikt omhandler familiegjenforening i andre tilfeller. Om opphold gis etter bestemmelsene beror på forvaltningens skjønn. Skjønnen skal selvsagt utøves i samsvar med de rammene som bestemmelsene legger opp til. Innvanderregulerende hensyn vil imidlertid kunne tillegges stor vekt i vurderingen, og da også til fortrensel for andre grunnleggende hensyn som for eksempel barnets beste.<sup>22</sup> Disse vurderingstemaene blir ikke behandlet nærmere, men må likevel senere nevnes og drøftes kort der det er nødvendig, dette for å forstå helheten i temaet som avhandlingen behandler.

## 1.7 Forutsetninger og avgrensning

Hvilke regler og krav som kommer til anvendelse i familiegjenforeningssaker beror blant annet på hvilken oppholdstillatelse familiemedlemmet som allerede befinner seg i Norge har (referansepersonen). Videre er det av betydning hvilket familiemedlem som ønskes til Norge (søkeren). Til sist er det dessuten avgjørende hva formålet med gjenforeningen er.

---

<sup>21</sup> Dybvik Øyen (2018) s. 116.

<sup>22</sup> Rt.2012. s.1985 P avsnitt 134.

Utlendingsloven §§ 42 og 43 regulerer permanent gjenforening mellom et utenlandsk barn og barnets foreldre. Følgelig avgrenses det mot de øvrige reglene for familiegjenforening.

Det stilles forskjellige krav til henholdsvis referanseperson og søkeren. Siden temaet for avhandlingen er om barns sivilstand er avgjørende for rett til gjenforening med sine foreldre, er det vilkårene som gjelder for barnet som vil bli drøftet. Det avgrenses således mot de krav som gjelder for foreldrene i begge bestemmelsene.

Det er mange internasjonale forpliktelser som er relevante i spørsmålet om familiegjenforening, særlig der et barn er involvert. På bakgrunn av plassmangel er det bare EMK artikkel 8 som vil bli behandlet utførlig. Barns særskilte rettigheter som følger av barnekonvensjonen<sup>23</sup> vil kort nevnes der det er aktuelt. Det samme gjelder hensynet til barnets beste. De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1996 om sivile og politiske rettigheter (SP.) vil kort bli behandlet i del 6. Ellers avgrenses det mot andre internasjonale forpliktelser.

## 2 Metode og rettskilder

Del 3 og 4 er en analyse av de lege lata. Gjeldende utlendingsforskrift<sup>24</sup> berører ikke avhandlingens tema og det er således bare utlendingsloven vil bli vurdert. Som påpekt innledningsvis finnes det begrenset med norsk rettspraksis om avhandlingens tema, dette gir et nokså snevert rettskildefang på området. Forvaltningspraksis, aktuelt i denne sammenheng enkeltvedtak fra UDI og UNE, er ikke allment tilgjengelig og kan dermed ikke brukes hverken som empirisk materiale eller som en rettskilde. Sivilombudsmannens uttalelser er offentlig tilgjengelig, uttalelsene av relevans vil bli brukt som empirisk materiale.

Avhandlingens tema er heller ikke problematisert i juridisk teori. Flere spørsmål som drøftes i del 3 og 4 kunne også vært drøftet i del 6 om hvordan rettsstilstanden burde være, og omvendt. Selv om samme vurderinger passer flere steder i avhandlingen, har jeg valgt å plassere de der jeg har ansett det som mest hensiktsmessig for å blant annet unngå gjentakelser.

---

<sup>23</sup> FNs konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter.

<sup>24</sup> FOR-2009-10-15-1286.

Del 5 er en vurdering av de lege lata etter utlendingsloven sett opp mot retten til familieliv etter EMK<sup>25</sup> artikkel 8 og Grl. § 102. Norsk rett har et dualistisk utgangspunkt noe som medfører at folkerett og nasjonal rett er to separate og uavhengige rettssystemer.<sup>26</sup> Menneskerettsloven<sup>27</sup> er inkorporert i norsk rett, og skal ved motstrid gå foran utlendingsloven jf. mrl. §§ 2 og 3. Det følger videre av utlendingsloven § 3 at «loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling». Vern av menneskers grunnleggende rettigheter har således en særdeles sterk stilling i norsk rett, og da særlig på utlendingsrettens område. Ved tolkning av EMK anvendes samme tolkningsprinsipper som EMD gjør, med forbehold om det rettsutviklende element. Dette er en metode som er i samsvar med det Høyesterett også har lagt til grunn.<sup>28</sup>

Del 6 er en vurdering av gjeldende rett. Hovedfokuset vil være på konsekvens og harmonisering til øvrig lovverk både nasjonalt og internasjonalt. Det vil også komme bemerkninger til hvordan retten burde være, de lege ferenda. Ved tolkningen av internasjonale konvensjoner tas det utgangspunkt i de generelle tolkningsprinsipper som følger av Wienkonvensjonen<sup>29</sup> artikkel 31-32. Ved tolkning av barnekonvensjonen legges det til grunn at FNs barnekomité er en sentral rettskilde.<sup>30</sup>

## 3 Utlendingsloven § 42

### 3.1 Innledning

Utlendingsloven § 42 regulerer familiegjenforening mellom herboende foreldre (referanse personen) og foreldrenes barn i utlandet (søkeren). Bestemmelsens første og annet ledd er relevant for å besvare oppgavens tema.

---

<sup>25</sup> Den europeiske menneskerettskonvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter.

<sup>26</sup> Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 31, punkt. 6.1.

<sup>27</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett.

<sup>28</sup> Rt.2000.996-B s.1008.

<sup>29</sup> Wien-Konvensjonen 22. mai 1969 om traktatretten. Norge har ikke ratifisert konvensjonen, men bestemmelsene som omhandler tolkning av traktater er folkerettslig sedvanerett.

<sup>30</sup> FNs barnekomité er opprettet med hjemmel i BK artikkel 43 og i praksis tillegges også Høyesterett slike uttalelser vekt, se for eksempel Rt. 2009 s. 1261-A avsnitt 40–44.

## 3.2 Typetilfellet etter bestemmelsen

Typetilfellene etter § 42 første og annet ledd illustreres best med noen eksempler.

Et eksempel etter første ledd illustreres med en situasjon der **begge foreldrene** har opphold i Norge, men barnet er i hjemlandet eller utlandet. Det kan være mange grunner til at akkurat disse foreldrene kommer til Norge uten barnet sitt. Kanskje ville foreldrene jobbe i Norge og derfor frivillig forlot barnet i hjemlandet hos øvrig familie slik at barnet skulle få fullføre utdanningen sin. Eller kanskje foreldrene flyktet til Norge og søkte asyl uten barnet fordi de ikke ville utsette barnet for den farlige fluktruten over Middelhavet.<sup>31</sup> Dersom foreldre og barn ønsker å gjenforenes i Norge, må barnet oppsøke norsk ambassade i utlandet og søke oppholdstillatelse etter utl. § 42 første ledd. Dersom vilkårene er oppfylt vil barnet ha rettskrav på opphold.<sup>32</sup>

Et eksempel etter annet ledd er en situasjon der bare **en av foreldrene** bor i Norge. Moren kan for eksempel ha giftet seg med en norsk mann og flyttet til Norge, eller faren kan ha flyktet fra hjemlandet uten barnet sitt. På et senere tidspunkt ønsker forelderen, mor eller far, å få barnet sitt til Norge. Barnet må da oppsøke norsk ambassade i utlandet og søke familiegjenforening etter utl. § 42 annet ledd.<sup>33</sup>

Spørsmålet videre er om sivilstanden til barnet er avgjørende for om barnet får komme å bo med forelderen/foreldrene i Norge.

## 3.3 De lege lata

Det følger av ordlyden i § 42 første og annet ledd at søkeren må være et barn under 18 år<sup>34</sup> «uten ektefelle eller samboer» for å ha rett til familiegjenforening med sine foreldre.

---

<sup>31</sup> Foreldrene kan i en slik situasjon ha oppholdstillatelse etter for eksempel utl. § 23 (arbeidstaker) eller utl. § 28 (asyl). Dette er to tillatelser som kan danne grunnlag for permanentoppholdstillatelse jf. utl. § 40 første ledd bokstav c, følgelig oppfylder forelderen dermed vilkårene som gjelder for referanseperson etter utl. § 42 første ledd.

<sup>32</sup> Dybvik Øyen (2018) s. 137.

<sup>33</sup> Det er også et vilkår etter annet ledd at den forelderen som bor i Norge har foreldreansvar, eller får samtykke fra den andre forelderen til at barnet skal komme til Norge. Det må også være til barnets beste å bo hos forelderen i Norge. Det vil være utenfor avhandlingens tema å gå nærmere inn på dette.

<sup>34</sup> Jf. utl. § 50 hvor det fremkommer at et barn anses å være under 18 år når søknaden med alle opplysninger og vedlegg er innkommet utlendingsforvaltningene innen 18-årsdagen.

Ordlyden «uten ektefelle eller samboer» tilsier at barnet ikke kan være gift eller bo med noen i et kjærestelignende forhold. Hvilke nærmere kriterier som gjelder for å oppfylle kravet fremkommer ikke av ordlyden. Likevel er det ikke tvilsomt at ordlyden tilsier at sivilstanden til barnet er avgjørende.

Som påpekt innledningsvis i punkt 1.3 ble vilkåret om barnets sivilstand først ikke inntatt av lovutvalget, noe som også ble påpekt av UDI og UNE i høringsuttalelsen.<sup>35</sup> Lovgiverviljen er således ikke tvilsom, både ordlyden og forarbeidene taler for at sivilstanden til barnet er avgjørende for om barnet får innvilget familiegjening med sine foreldre.

Det samme legges også til grunn i juridisk teori uten at vilkåret kommenteres eller problematiserer noe nærmere.<sup>36</sup>

Lovgiver presumerer med andre ord dithen at *alle* barn som har ektefelle eller samboer i hjemlandet har en så sterk tilknytning til hjemlandet, at barnets behov ikke kan begrunne en rett til gjenforening med foreldrene. En presumsjon om barnets tilknytning til hjemlandet på bakgrunn av barnets sivilstand innebærer samtidig at tilknytningen til hjemlandet nødvendigvis ikke vurderes konkret. Dette kan blant annet tenkes å være problematisk sett opp mot retten til familieliv etter EMK artikkel 8 og vurderes nærmere i del 5. Med en så klar ordlyd og lovgivervilje må de lege lata etter utl. § 42 uavhengig av hva som måtte fremkomme av EMK artikkel 8 nr. 2 eller øvrig norsk lovverk likevel være at sivilstanden til barnet er avgjørende for om det kan gis oppholdstillatelse etter utl. § 42.

## 4 Utlendingsloven § 43

### 4.1 Innledning

Utl. § 43 regulerer familiegjening mellom et herboende barn (referansepersonen) og barnets familie i utlandet (søkerne). Bestemmelsens første ledd er relevant for å besvare avhandlingens tema. På bakgrunn av uklarheter rundt gjeldende rett er hovedspørsmålet om det er rettskildemessig grunnlag til å innfortolke et krav om barnets sivilstand etter utl. § 43.

---

<sup>35</sup> Se punkt 1.3.

<sup>36</sup> Dybvik Øyen (2018) s.137.

## 4.2 Typetilfellet etter bestemmelsen

Typetilfellet etter § 43 illustreres best med et eksempel. Et barn har kommet til Norge uten omsorgspersoner. Det kan være mange grunner til at akkurat dette barnet reiste alene til Norge. Det kan være fattigdom, nød, overgrep, krig eller forfølgelse for å nevne noe. Barnet kan ha mistet foreldrene sine underveis på flukten, eller måtte flykte fra hjemlandet fordi foreldrene for eksempel ble drept eller tatt til fange av fienden. Barnet søker asyl i Norge og får opphold etter §§ 28 eller 34. Noen måneder eller kanskje ett år etter barnet kom til Norge viser det seg at en eller begge av foreldrene har kommet seg i sikkerhet, de har klart å rømme til nabolandet fra fangenskapet de ble satt i da de sammen forsøkte å flykte fra hjemlandet. Foreldre og barn ønskes nå å gjenforenes. Foreldrene oppsøker en norsk ambassade i landet de befinner seg i og søker familiegjenforening med sitt barn som bor i Norge. Bestemmelsen det søkes familiegjenforening etter er utlendingsloven § 43 første ledd.

## 4.3 De lege lata: kan det innfortolkes et vilkår om barnets sivilstand?

### 4.3.1 En naturlig språklig forståelse av lovens ordlyd

Det naturlige utgangspunktet for å fastslå innholdet i en lovfestet regel er ordlyden i den aktuelle bestemmelsen. Det oppstilles ikke uttrykkelig et vilkår om at barnet må være uten ektefelle eller samboer etter utl. § 43. Dette til forskjell for hva som fremkommer av ordlyden i utl. § 42.<sup>37</sup> Vilkårene som gjelder for referansepersonen etter § 43 er at det må være et «barn under 18 år med opphold i riket etter §§ 28 eller 34»<sup>38</sup>. I tillegg må det være meningen at barnet og forelderen skal «bo sammen».<sup>39</sup>

Ettersom utl. § 43 er en rettighetsbestemmelse vil legalitetsprinsippet kunne ha betydning som tolkningsnorm ved fastleggelsen av regelens innhold. Det følger av Grl. §§ 113 at «[m]yndighetens inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». For at Grl. § 113 i det hele tatt skal kunne fungere som en tolkningsnorm er det en forutsetning om at det er tale om et *inngrep*. Ordlyden *inngrep* tilsier at myndighetene foretar seg noe som begrenser de privates rettigheter. Hvis inngrepet er foretatt på et område som er vernet av

---

<sup>37</sup> Se punkt 3.3.

<sup>38</sup> Se punkt 4.3.5.

<sup>39</sup> Se punkt 4.3.6.

menneskerettighetene, må inngrepsvurderingen gjøres etter undersøkelse av rettskildematerialet som knytter seg til den aktuelle rettighetsbestemmelsen.<sup>40</sup> Et avslag på familiegjenforening etter utl. § 43 vil i utgangspunktet være å anse som et inngrep i familielivet jf. EMK artikkel 8 nr.2 og Grl. § 102.<sup>41</sup> Legalitetsprinsippet kan følgelig brukes som tolkningsnorm ved fastleggelsen av bestemmelsens innhold i utl. § 43.

Det følger av rettspraksis at legalitetsprinsippet som tolkningsnorm innebærer at ordlyden i bestemmelsen står sentralt.<sup>42</sup> Tolkningstvil må løses ut fra hva som er best i samsvar med en avveining av samtlige rettskildefaktorer og som sikrer tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet for borgerne.<sup>43</sup> Hva som er *tilstrekkelig* er relativt. Av rettspraksis følger det at kravet til *tilstrekkelighet* beror på en nærmere konkret vurdering som kan avhenge av hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes.<sup>44</sup> Et relativt klarhetskrav er for øvrig også i samsvar med EMDs tilnærming.<sup>45</sup>

En nektelse av familiegjenforening vil kunne være meget tyngende for de berørte parter, dette særlig fordi det er et barn involvert som ikke har mulighet til å reise til hjemlandet for å være med foreldrene sine. Barnet etter utl. § 43 har opphold som flyktning jf. utl. §§ 28 eller 34, norske utlendingsmyndigheter har allerede lagt til grunn at situasjonen i hjemlandet er så alvorlig at barnet ikke kan bo der.<sup>46</sup> Følgelig har barnet ingen mulighet til å kunne dra til hjemlandet for å utøve familielivet, noe som også strider mot forutsetningene i BK. Artikkel 9 og 10 om barns rett til personlig og regelmessig kontakt med sine foreldre. Behovet for å ha de nærmeste rundt seg i en utrygg livssituasjon er spesielt tydelig når det gjelder barn. Fra krigs- og katastrofeområdet vet vi at foreldres nærvær er avgjørende for om barn vil utvikle emosjonelle problemer. Nærvær av familie minsker dessuten risikoen for utvikling av psykiske vansker i eksil.<sup>47</sup> Det kan dermed ha store konsekvenser å nekte barn og foreldre å leve sammen.

---

<sup>40</sup> Kierulf (2018) note 256B.

<sup>41</sup> Forutsatt at relasjonen mellom søkeren og referansepersonen faller inn under beskyttelsesområdet til bestemmelsen, dette drøftes ytterligere i punkt 5.2 – 5.5.

<sup>42</sup> HR-2018-1907-A avsnitt 51 jf. Rt.2014 s.1281 A avsnitt 48.

<sup>43</sup> Rt.2014. s.1281-A avsnitt 48.

<sup>44</sup> Rt.1995.530 A s.537.

<sup>45</sup> Jf. for eksempel *Malone v. Storbritannia* (1984) P, avsnitt 68.

<sup>46</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 215 og bekreftet videreført av departementet på s. 217.

<sup>47</sup> Bakke (red.) (2019) s.115.

Kravet til tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet tilsier at et absolutt krav til barnets sivilstand må ha forankring i bestemmelsens ordlyd dersom dette skal være avgjørende for om partene får gjenforenes. En slik forankring fremkommer ikke og det tolkningsresultatet som ivaretar legalitetsprinsippet best er at det *ikke* gjelder et absolutt krav til barnets sivilstand.

#### 4.3.2 Bestemmelsen og lovens formål

Bestemmelsen og lovens formål har relevans ved avgjørelsen av tolknings spørsmål fordi det ene tolkningsalternativet kan bidra til at lovens formål realiseres bedre enn om en velger et annet tolkningsalternativ.<sup>48</sup> Spørsmålet er om formålet kan tale for at det bør innfortolkes et krav om barnets sivilstand, selv om dette ikke fremkommer av lovens ordlyd.

Formålet med utlendingsloven § 43 er å sikre familielivet mellom et barn som har fått opphold som flyktning og barnets foreldre.<sup>49</sup> Hensynet til å sikre familielivet tilsier i seg selv at det bør være færrest mulig betingelser eller vilkår for innvilgelse av familiegjenforening. Et tolkningsresultat som innebærer at barnets sivilstand *ikke er av betydning* øker sjansen for at barn og foreldre får utøve familielivet og realiserer således formålet med bestemmelsen.

På den andre siden taler det sentrale hovedformålet med utlendingsloven, regulering og kontrollering av innvandringen jf. utl. § 1 første ledd, for at det bør stilles vilkår og betingelser for familiegjenforening slik at ikke alle som søker vil få innvilget opphold. (Se illustrasjonstegningen i punkt 6.2 for nærmere redegjørelse av dette). Staten bør få kontrollere og bestemme hvem som har mest behov for å få opphold i Norge.

Bestemmelsens formål taler for at barnets sivilstand ikke bør være av betydning, mens utlendingslovens overordna formål taler i motsatt retning.

#### 4.3.3 Forarbeidene

Forarbeider til lover utgjør en viktig del av lovgivningsprosessen. Lovtekstene fremstår som konklusjon på de vurderinger som er gjort under lovforarbeider. Forarbeider må dermed anses som autoritative rettskilder som bygger på lovgivningsmyndighet.<sup>50</sup> Ved utarbeidelsen av ny utlendingslov var en av hovedtankene at flest mulig prinsipp spørsmål skulle reguleres av

---

<sup>48</sup> Eckhoff (2001) s. 104.

<sup>49</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 215 og bekreftet videreført av departementet på s. 217.

<sup>50</sup> Skoghøy (2018) s. 39 jf. også Nygaard (2004) s. 44-45.



Stortinget gjennom lov. Dette til forskjell fra tidligere da det meste var regulert i forskrift vedtatt av regjeringen. At prinsippsspørsmål skulle reguleres i lovsform ble særlig trukke frem som nødvendig på feltet for familieinnvandring, dette fordi det berører sterke interesser og en stadig større andel av befolkningen.<sup>51</sup> Dette tilsier at forarbeidene til utlendingsloven vil ha stor betydning ved tolkningen av lovverket. Legalitetsprinsippet setter imidlertid grenser for muligheten til å kunne hjemle et ubetinget vilkår om barnets sivilstand i forarbeidene. Spørsmålet i det følgende er, med utgangspunkt i de tolkningsprinsipper som nevnt ovenfor, om lovgivers intensjon har vært at barn som befinner seg i Norge ikke kan være gift eller ha samboer for å ha rett til å gjenforenes med sine foreldre.

Som påpekt i punkt 1.3 var den tidligere rettsstilstanden at sivilstanden til barnet var avgjørende. Lovgiver ønsket at någjeldende utl. § 43 skulle «svare til § 23 første ledd bokstav g og h i [da]gjeldende utlendingsforskrift».<sup>52</sup> Uttalelsen tyder på at bestemmelsene skulle samsvare. Innholdsmessig inneholder i utgangspunktet ikke den oppheva forskriftens § 23 første ledd bokstav g og h noen endringer<sup>53</sup> i forhold til det som fremkommer av ordlyden i någjeldende § 43. Den oppheva forskriftens § 23 første ledd viser imidlertid til annet ledd som legaldefinerer hvem som anses å være et barn i alle typer familiegjennforeningssaker.<sup>54</sup> Når lovgiver ønsket at någjeldende § 43 skulle *svare til* den oppheva forskriften tilsier dette, med helheten tatt i betraktning, at lovgivers intensjon kan ha vært å videreføre kravet om barnets sivilstand. På den andre siden kan lovgivers spesifikke henvisning til første ledd, og ikke annet ledd hvor legaldefinisjonen tidligere fremkom, tyde på at intensjonen bevist var å ikke videreføre vilkåret. Legalitetsprinsippet må likevel få avgjørende betydning slik at den oppheva forskriften ikke kan tillegges særlig vekt ved tolkningen av gjeldende utl. § 43. Den gamle forskriften kan likevel bidra til en bedre forståelse om hva som har vært lovgivers intensjon. De momenter som taler for å tolke lovgivers intensjon dithen at det skal gjelde et krav til barnets sivilstand etter utl. § 43 svekkes i stor grad av håndteringen til departementet når de ble gjort oppmerksom på at vilkåret om barnets sivilstand ikke var videreført i lovutkastet til ny utlendingslov. Hadde det vært tilsiktet av lovgiver at et slikt vilkår også

---

<sup>51</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 13 punkt 1.1.

<sup>52</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 424.

<sup>53</sup> Sett bort fra definisjonen av flyktningsbegrepet som ikke er relevant for å besvare avhandlingens tema.

<sup>54</sup> Jf. også punkt 1.3 om lovgivningshistorikk.

skulle gjelde etter § 43 ville det vært naturlig og også innarbeide dette. Dette taler helt klart i retning av at lovgivers intensjon ikke kan ha vært å ha et vilkår om barnets sivilstand etter utl. § 43.

Forarbeidene er foruten om det overnevnte tause i spørsmålet om hvorvidt det har vært meningen å videreføre vilkåret om barnets sivilstand.

Lovgiver bruker begrepet *enslig (barn eller mindreårig)* i flere sammenhenger. Ordlyden *enslig* tilsier etter en naturlig språklig forståelse at barnet er alene. Om barnet er alene fordi det er uten foreldre og søsken, eller fordi barnet ikke har ektefelle eller samboer, gir ikke ordlyden i forarbeidene et entydig svar på og dette må derfor vurderes nærmere. Begrepet *enslig* blir brukt i flere sammenhenger og det naturlige er derfor at begrepet må tolkes i den kontekst det blir brukt i.

For det første brukes begrepet *enslig (mindreårig)* til å forklare hvem referansepersonen etter utl. § 43 er, nemlig en *enslig mindreårig* som har fått asyl og/eller blitt tatt ut på kvote. En *enslig mindreårig asylsøker* blir ellers i lovverket, både utlendingsloven og andre lovverk definert som «barn og unge som har kommet til landet uten foreldre eller andre med foreldreansvar». <sup>55</sup> Definisjonen av en *enslig mindreårig* taler, tatt i betraktning at lovgiver forklarer hvem referansepersonen er, for at begrepet *enslig* i denne konteksten knytter seg til om barnet er uten foreldre, og ikke om barnet er gift eller i et samboerskap. En slik tolkning samsvarer for øvrig også med det som følger av EMD praksis hvor det fremkommer at barn defineres som *enslig mindreårig* dersom de ikke er i følge med foreldrene. <sup>56</sup>

Begrepet *enslig* brukes også i relasjon til å forklare gjeldende rett før ny utlendingslov, herunder problematikken rundt at foreldre bruker barn som «ankerfeste». Med dette menes foreldre sender barn alene som asylsøkere til vestlige land for å deretter utnytte barnet som ankerfeste for egne søknader om familiegjening. <sup>57</sup> Også her brukes begrepet *enslig* i en sammenheng som omhandler relasjonen mellom barnet og forelderen.

---

<sup>55</sup> Ot.prp.nr.28 (2007-2008) s.5 punkt 1.1.1. Reglene er plassert i barnevernloven og ikke i utlendingsloven i det ansvaret for de enslige mindreårige asylsøkerne som kommer til Norge i utgangspunktet er lagt til statlig regional barnevernmyndighet.

<sup>56</sup> Mubilanzila Mayeka og Kaniki Mintug mot Beliga (2006) C, avsnitt 82.

<sup>57</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 215, punkt 9.6.10.1 tredje avsnitt.

Videre brukes også begrepet *enslig* for å forklare hvem av foreldrene som fortrinnsvis skal få komme til barnet, dersom foreldrene ikke er sammen. Det naturlige å trekke ut fra dette er at begrepet *enslig* i denne sammenhengen dermed knytter seg til foreldrenes sivilstand.

Det er noe uklart hva som egentlig har vært lovgivers intensjon ettersom forarbeidene ikke direkte besvarer spørsmålet. Lovgivers ukonsekvente bruk av begrepet *enslig* er for vagt til å kunne trekke en slutning om at lovgivers intensjon har vært at barnets sivilstand skal være av betydning ved behandlingen av familiegjenforening etter bestemmelsen. Med så vage forarbeider og manglende dekning i ordlyden trekker det i retning av at legalitetsprinsippet må få gjennomslagskraft uavhengig av hva som egentlig har vært lovgivers intensjon. Lovgiver fikk mulighet til å rette opp i feilen ved å videreføre vilkåret etter § 43, men gjorde ikke dette. Det er nok dessuten også tvilsomt at et vilkår om barnets sivilstand hjemlet i lovgiverviljen og en oppheva forskrift vil oppfylle lovkravet for inngrep i familielivet jf. EMK artikkel 8 nr. 2. og Grl. § 102. Dette drøftes ytterligere i punkt 5.7.3.

#### 4.3.4 Vilkåret om at referansepersonen må være et «barn under 18 år»

I dette punktet gjøres det en analyse av begrepet *barn* som brukes i ordlyden. Spørsmålet er om begrepet *barn*, på bakgrunn av sammenhengen til andre bestemmelser i utlendingsloven og øvrig lovverk, kan tale for at sivilstanden til barnet likevel er av betydning.

Legaldefinisjoner har som hensikt å bestemme hvilket innhold et ord eller et begrep skal ha i lovteksten.<sup>58</sup> Av utl. § 50 følger det hva som skal til for å anses som et *barn* i familiegjenforeningssaker. Denne bestemmelsen vil dermed ha betydning for hvilket meningsinnhold en kan legge i begrepet *barn* etter utl. § 43. Etter utl. § 50 anses en person i familiegjenforeningssaker å være et *barn* når alle opplysninger tilknyttet søknaden er innsendt før 18-årsdagen. Ved ikrafttredelsen av den nye utlendingsloven ble det i rundskriv fra Justisdepartementet uttalt at «hvem som anses som barn i tilknytning til bestemmelsene om familieinnvandring er regulert i utlendingsloven 2008 § 50».<sup>59</sup> Bestemmelsen avviker fra definisjonen i den oppheva 1990 forskriften der både alderen og sivilstanden til barnet var avgjørende.<sup>60</sup> Både legalitetsprinsippet og hensynet til å ivareta ønsket om at

---

<sup>58</sup> Jf. også Eckhoff (2001) s. 45-46.

<sup>59</sup> A-63/09, Vedlegg 9, side 7, § 9-8.

<sup>60</sup> Jf. FOR-1990-12-21-1028 § 23 annet ledd jf. punkt 1.3.

prinsippspørsmålene skulle reguleres i lovsform tilsier at den oppheva forskriften som regjeringen i sin tid vedtok ikke kan tillegges særlig stor vekt ved tolkningen av gjeldende rett.

Det avgjørende for å anses som et barn etter gjeldene rett er dermed at alle nødvendige opplysninger er innsendt før 18-årsdagen. Dette taler for at begrepet barn bare knytter seg til barnets alder og ikke sivilstand.

At alderen er avgjørende for definisjonen av barn legges også til grunn i barnekonvensjonen artikkel 1 hvor det fremkommer at barn etter konvensjonen er «ethvert menneske under 18 år, hvis ikke barnet blir myndig tidligere etter den lovgivning som gjelder for barnet». Forutsetningene i barnekonvensjonen taler for at en bør bruke samme definisjon også etter utlendingsloven jf. også utl. § 3.

På den andre siden er det ikke gitt at barn skal defineres ut fra alderen. Ved utarbeidelsen av ny vergemålslov var det uenighet i hvorvidt barnets sivilstand kunne tenkes å være av betydning for definisjonen av barn.<sup>61</sup> Synspunktene fra vergemålsutvalget kan sies å ha overføringsverdi til tolkningen av utlendingsloven § 43 fordi det er samme kjernesporsmål som drøftes, nemlig i hvilken grad det kan aksepteres at barn forskjellsbehandles ut fra sivilstanden. Et barn etter utl. § 43 bor på lik linje med et norsk barn i Norge.

Flertallet hentet inspirasjon for sitt forslag fra en snever unntaksregel i dansk rett. Flertallet mente at barn under 18 år som hadde inngått ekteskap skulle være myndige. Dette ble begrunnet med at det kan være viktig for å oppnå likestilling innad i ekteskapet der partene har barn og den personen som er under 18 år ikke har mulighet til å være verge for sitt eget barn. Mindretallet mente imidlertid at det var svært betenkelig å gjøre forskjell på hvilken rettslig status barn under 18 år skal ha. Videre ble det bemerket at flertallets forslag ville innebære rettslige konsekvenser utover hva som følger av vergemålslovens regler. Hovedbegrunnelsen til mindretallet var at behovet for vern må antas å være det samme uavhengig av barnets sivile status. Mindretallet pekte videre på at flertallets forslag går på hvers av hovedføringene i FNs barnekonvensjon, som i artikkel 1 definerer enhver under 18

---

<sup>61</sup> Ot.prp.nr.110. (2008-2009) s.19, punkt 3.2.3.

som barn. Videre ble det påpekt at en forskjellsbehandling ut fra ekteskapligstatus vil kunne stride mot BK artikkel 2 om forskjellsbehandling.<sup>62</sup> Departementet var enig i mindretallet sine synspunkter og loven ble derfor vedtatt med forutsetningen om at et ekteskap ikke endrer barns rettslige stilling.<sup>63</sup>

Som mindretallet, med Departementet i ryggen, påpeker er det flere betenkeligheter ved å forskjellsbehandle barn ut fra ekteskapligstatus. For det første vil det gå på tvers av definisjonen av barn i barnekonvensjonen og videre vil det kunne stride mot barns rett til vern mot diskriminering etter BK artikkel 2. Samme betenkeligheter gjør seg også gjeldende ved definisjonen av barn etter utlendingsloven § 43. Barnet etter utl. § 43 befinner seg i Norge, dette i motsetning til barnet etter utl. § 42, likhet for loven taler uten tvil for at også et utenlandsk barn som befinner seg i Norge har rett til å bli definert på samme måte som et norsk barn som befinner seg i Norge. Grl. § 98 og prinsippet om at alle er like for loven taler likeledes i samme retning.

Et tolkningsresultat som innebærer at utenlandske barn med opphold i Norge, på lik linje med norske barn, også defineres etter alderen samsvarer dessuten best med forutsetningen i utlendingsloven § 4. Det følger av utl. § 4 at dersom ikke annet følger av gjeldende rettsregler, har utlendinger under sitt lovlige opphold i riket samme rettigheter og plikter som norske statsborgere. Lovgiver uttrykte ved vedtakelsen av utl. § 4 at den gir uttrykk for «en prinsippklæring om rettslig likestilling mellom utlendinger med lovlig opphold i Norge og norske statsborgere».<sup>64</sup> Når en norsk statsborger under 18 år anses som et barn uavhengig av sivilstand jf. vergemålsloven § 8, må det i så fall finnes klare holdepunkter som er legitimt begrunnet om noe annet skulle gjelde for utlendinger. En slik hjemmel kan ikke utledes av hverken utlendingsloven § 50 eller ordlyden *barn* i § 43, og det naturlige er således å legge til grunn at sammenhengen i utlendingsloven og øvrig norsk lovverk taler for at utenlandske barn også defineres ut fra alderen, og ikke sivilstanden.

---

<sup>62</sup> Ot.prp.nr.110. (2008-2009) s.19, punkt 3.2.4.

<sup>63</sup> Ot.prp.nr.110. (2008-2009) s. 20, punkt 3.2.5.

<sup>64</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 401.

#### 4.3.5 Vilkåret om at barnet må ha «opphold i riket etter §§ 28 eller 34»

Barnet som ønsker foreldrene sine til Norge må ha opphold som flyktning jf. §§ 28 eller 34.<sup>65</sup> Ingen av nevnte bestemmelser har som krav at barnet må komme ugift eller uten samboer til Norge for å få opphold. Oppholdstillatelsen til referansepersonen (barnet) taler dermed ikke for at det kan innfortolkes et krav til barnets sivilstand ved familiegjenforening etter utl. § 43.

#### 4.3.6 Vilkåret om at barnet og forelderen må «bo sammen»

Vilkåret om at det skal være meningen at barnet og foreldrene skal *bo sammen* tilsier at partene skal utøve familielivet i samme husstand. Dersom barnet allerede er etablert med en ektefelle eller samboer i Norge kan det tyde på at intensjonen til barnet og forelderen kanskje ikke er å bo sammen. Dette blir imidlertid bare spekulasjoner, men indikerer samtidig at sivilstanden til barnet kan få betydning som et moment i vurderingen av hvorvidt vilkåret om bosted er oppfylt eller ikke. Etter ordlyden er det likevel bosituasjonen som er avgjørende, ikke sivilstanden.

#### 4.3.7 Oppsummering og konklusjon

Ingen rettskilder besvarer avhandlingens problemstilling direkte. De fleste rettskildene er vage, og det kan trekkes slutninger i begge retninger. Det er likevel flere rettskilder som taler **mot** at sivilstanden til barnet er av betydning, enn hva som taler for. Dessuten må legalitetsprinsippet tillegges betydelig vekt, slik at det avgjørende blir hva som fremkommer av lovens ordlyd. Konklusjonen blir dermed at det ikke kan innfortolkes et vilkår om barnets sivilstand etter utlendingsloven § 43.

## 5 Er et vilkår om barnets sivilstand i samsvar med retten til familieliv?

### 5.1 Forutsetninger

Selv om det i punkt 4.3.7 er konkludert med at gjeldende rett etter utl. § 43 er at det *ikke* kan innfortolkes et vilkår om barnets sivilstand, vil konsekvensen av at det praktiseres et slikt vilkår vurderes nærmere i denne delen. Dette fordi utlendingsmyndighetene har uttrykt at de legger til grunn at gjeldende rett er at det eksisterer et vilkår om barnets sivilstand etter utl. §

---

<sup>65</sup> Hva som videre skal til for å anses som en flyktning, og dermed en asylsøker, er utenfor avhandlingens tema.

43. Det er dermed ikke utenkelig at det i fremtiden vil komme flere avslag fra utlendingsforvaltningen på bakgrunn av barnets sivilstand.<sup>66</sup>

## 5.2 Forholdet mellom Grunnloven og EMK

Det følger av Grl. § 102 at enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv.

Bestemmelsen kom i sin nåværende form ved grunnlovsrevisjonen i 2014, og er utformet etter mønster fra blant annet EMK artikkel 8 som Norge allerede i 1999 inkorporerte i nasjonal lovgivning gjennom menneskerettsloven.<sup>67</sup> Likhetstrekkene mellom bestemmelsene innebærer at det naturlige er å tolke Grl. § 102 i lys av EMK artikkel 8. Samme forutsetning er også lagt til grunn i rettspraksis.<sup>68</sup> Bestemmelsene blir dermed i det følgende behandlet samlet.

## 5.3 Har utlendinger rett til vern om familielivet?

I samsvar med folkerettens suverenitetsprinsipp er det naturlige området for statens ansvar, handlinger som er begått av myndigheter på statsterritoriet, jf. EMK artikkel 1. Det følger av EMK artikkel 1 at statene skal sikre menneskerettighetene «to everyone within their jurisdiction». Når utlendingsforvaltningen fatter et vedtak om avslag på familiegjenforening utøver de myndighet innenfor egen jurisdiksjon<sup>69</sup>, inngangsvilkåret for vern av rettighetene som følger av EMK er således oppfylt.

Etter Grl. § 102 og EMK artikkel 8 nr. 1 har *enhver* rett til respekt for sitt familieliv. Ordlyden tilsier at alle enkeltindivider er vernet. Sammenholdt med ikke-diskrimineringsbestemmelsen i EMK artikkel 14 gjelder vernet uavhengig av rase. Dette tilsier at også utlendinger har rett til vern etter bestemmelsene. Samme forutsetning legges også til grunn i forarbeidene til Grunnloven hvor det fremkommer at rettighetene ikke er borgerrettigheter, men menneskerettigheter som følgelig skal gjelde for alle innenfor statens jurisdiksjon.<sup>70</sup> Utlendinger har dermed rett til vern om sitt familieliv etter artikkel 8 og Grl. § 102.

---

<sup>66</sup> SOM-2018-4025, se også punkt 1.4.

<sup>67</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

<sup>68</sup> Rt.2015.93 A avsnitt 57, Rt.2015.155 A avsnitt 40 og HR-2016-2554-P avsnitt 81.

<sup>69</sup> Jf. også Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker § 2 første ledd bokstav b.

<sup>70</sup> Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 44-45.

## 5.4 Kan det utledes en rett til innreise på bakgrunn av retten til familieliv?

Det klare utgangspunktet er at stater har full suverenitet over territoriet sitt og selv kan bestemme hvem som skal få adgang. I forlengelsen av dette er det naturlige, slik lang og fast EMD-praksis også har lagt til grunn, at retten til familieliv ikke garanterer noen rett til opphold i en annen stat.<sup>71</sup> Selv om retten til familieliv ikke garanterer noen rett til opphold har EMD i storkammer lagt til grunn at «there may in addition be positive obligations inherent in effective ‘respect’ for family life».<sup>72</sup> Konsekvensen av enhvers rett til *respekt* for sitt familieliv kan således innebære at staten kan ha en positiv forpliktelse til å tilrettelegge for familiegjenforening, eller sett fra den andre siden: en negativ forpliktelse til å avslå søknad om familiegjenforening. Grensen mellom statens positive og negative forpliktelser lar seg vanskelig defineres, men EMD uttrykte i samme overnevnte dom at «the applicable principles are, nonetheless, similar».<sup>73</sup>

Utgangspunktet er dermed at retten til familieliv ikke garanterer rett til opphold.

Konsekvensen av statens positive og negative forpliktelser til å respektere familielivet kan likevel innebære at den eneste muligheten for å unngå krenkelse av artikkel 8, er å innvilge familiegjenforening. Dette innebærer at det i noen tilfeller kan utledes en rett til innreise og opphold på bakgrunn av rettighetene som følger av retten til familieliv.

Formålet videre blir dermed å se om det kan være situasjoner hvor barn som nektes opphold med grunnlag i sin sivilstand, likevel kunne hatt en rett til familiegjenforening på bakgrunn av retten til familieliv.

## 5.5 Det utlendingsrettslige innholdet i familielivet

Det følger av EMD-praksis at den essensielle ingrediensen i innholdet i familielivet er retten til å leve sammen slik at familieforholdet kan utvikle seg normalt<sup>74</sup>, og at familiemedlemmene kan glede seg over hverandres selskap.<sup>75</sup> I familiegjenforeningssaker mellom barn og foreldre

---

<sup>71</sup> Uttalt i en rekke EMD dommer, se for eksempel: *Gül v. Sveits* (1996) C, avsnitt 38. *Jeunesse mot Nederland* (2014) GC, avsnitt 100. *Abokar mot Sverige* (2019) decision, avsnitt 32.

<sup>72</sup> *Jeunesse mot Nederland* (2014) GC, avsnitt 106.

<sup>73</sup> *Jeunesse mot Nederland* (2014) GC, avsnitt 106.

<sup>74</sup> *Marckx mot Belgia* (1979) P, avsnitt 31.

<sup>75</sup> *Olsson mot Sverige* (nr.1, 1988) P, avsnitt 59.



befinner partene seg som hovedregel i hvert sitt land. Så lenge partene bor adskilt i hvert sitt land kan familielivet som det klare utgangspunkt ikke utøves i samsvar med det som antas å være den essensielle ingrediensen i familielivet. På den måten kan en legge til grunn at et hvert avslag på familiegjenforening er å anse som et inngrep i retten til familielivet, forutsatt at relasjonen mellom partene faller inn under beskyttelsesområdet til artikkel 8 nr. 1.<sup>76</sup>

Det første spørsmålet er dermed om relasjonen mellom barnet og forelderen, til tross for barnets sivilstand, er omfattet av beskyttelsesområdet til artikkel 8. nr. 1.

## **5.6 Er relasjonen mellom barnet og forelderen, til tross for barnets sivilstand, omfattet av beskyttelsesområdet til artikkel 8 nr. 1?**

Begrepet familieliv forutsetter etter sin ordlyd en eksisterende enhet, personer med nære relasjoner bør få leve sammen. Og da gjerne den typiske kjernefamilien. Det er utvilsomt at foreldre og barn som det klare utgangspunkt innehar en relasjon som er omfattet av familieliv, og dermed også beskyttelsesområdet til artikkel 8.<sup>77</sup>

Lovgiver har begrunnet vilkåret om barnets sivilstand i utl. §42 ut fra at barnet har en så sterk tilknytning til hjemlandet og dermed har barnet et mindre behov for å bo med foreldrene sine i Norge.<sup>78</sup> Begrunnelsen er todelt, for det første gjelder det barnets tilknytning til hjemlandet og for det andre gjelder det barnets minskede omsorgsbehov fra foreldrene. Hva som eventuelt hadde vært begrunnelsen for et vilkår om barnets sivilstand etter utl. § 43 er uvisst, men det kan tenkes at argumentet om et minsket omsorgsbehov fra foreldrene ville vært aktuelt.<sup>79</sup> Spørsmålet er dermed om barnets tilknytning til hjemlandet og manglende behov for omsorg fra foreldrene tilsier at relasjonen mellom barnet og forelderen *ikke lengre* er beskyttet av artikkel 8 nr. 1.

I 1996 tok EMD i saken Gül mot Sveits som prinsipielt utgangspunkt at båndet mellom barn og foreldre, til barn som er født i ekteskap, bare i helt *exceptional circumstances* kan anses

---

<sup>76</sup> Samme utgangspunkt legges også til grunn i praksis, se for eksempel Akobar mot Sverie (2019) desicion, avsnitt 34.

<sup>77</sup> Jørgen Aal (2018) s. 235 jf også. Gül mot Sveits (1996) C.

<sup>78</sup> Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 210, punkt 9.6.7.5.

<sup>79</sup> Barnets tilknytning til hjemlandet kunne ikke vært et relevant argument etter utl. § 43 ettersom barnet etter bestemmelsen bor i Norge.

som brutt slik at det ikke lengre gir grunnlag for noe familieliv etter artikkel 8 nr. 1.<sup>80</sup> I nyere praksis er det slått fast at samme vurderingstema gjelder uavhengig av om barnet er født i et ekteskap eller ikke.<sup>81</sup>

Ordlyden *exceptional circumstances* tilsier at det må foreligge noe helt ekstraordinært som skulle tilsi at familielivet ikke lengre er beskyttet. Etter ordlyden synes terskelen å være høy.

EMD har ikke konkret tatt stilling til om barns sivilstand er en *exceptional circumstances* som på generelt grunnlag tilsier at båndet mellom barnet og foreldrene må anses som brutt. Det finnes imidlertid rettspraksis som tilsier at hverken barnets tilknytning til hjemlandet eller barnets manglende behov for omsorg fra foreldrene er relevante momenter som skal vurderes etter artikkel 8 nr. 1.<sup>82</sup> I praksis er dette noe som vurderes i forholdsmessighetsvurderingen etter artikkel 8 nr. 2.<sup>83</sup> Det har ikke latt seg gjøre å finne eksempler i familiegjenforeningssaker der domstolen faktisk kommer til at det foreligger en *exceptional circumstances* som skulle tilsi at familielivet ikke lengre er beskyttet etter artikkel 8 nr. 1. Dette taler i og for seg dithen at terskelen for at familielivet *ikke lengre* kan anses å være beskyttet av artikkel 8 nr. 1 er meget høy. Det naturlige blir følgelig å legge til grunn at relasjonen mellom barnet og forelderen, til tross for barnets sivilstand, er beskyttet av familielivet i artikkel 8 nr. 1.

Barnets sivilstand er i seg selv ikke nok til å konstatere at relasjonen mellom barnet og forelderen ikke lengre er omfattet av beskyttelsesområdet til artikkel 8 nr. 1. Et avslag på familiegjenforening i en slik situasjon må dermed anses å være et inngrep i retten til familielivet. Dette fordi partene ikke får utøvd familielivet slik at familieforholdet kan utvikle seg normalt og at familiemedlemmene kan glede seg over hverandre sitt selskap.<sup>84</sup> Et avslag

---

<sup>80</sup> Gül, mot Sveits (1996) C, avsnitt 32. Vurderingstema for om båndet mellom barn og foreldre kan anses å være brutt i relasjon til art. 8 nr. 1 er det samme i alle typer saker. Vurderingstema ble senest uttalt i en barnevernssak mot Norge i 2020, se Pedersen og andre mot Norge (2020) Second section, avsnitt 61.

<sup>81</sup> Keegan mot Irland (1994) C, avsnitt 44.

<sup>82</sup> Se for eksempel Tuquabo-Tekle mot Nederland (2005) C der barnets tilknytning til hjemlandet og eventuelle manglende omsorgsbehov fra mor ikke er et spørsmål om relasjonen faller inn under beskyttelsesområde etter artikkel 8 nr. 1, men vurderes som et moment i hvorvidt det var forholdsmessig å avslå søknaden om familiegjenforening mellom barn og mor etter nr.2.

<sup>83</sup> Jf. for eksempel Ahmut mot Nederland (1996) C, avsnitt 60. Sen mot Nederland (2001) C, avsnitt 28 og Benamar mot Nederland (2005) C.

<sup>84</sup> Se også punkt 5.5 for redegjørelse av innholdet i familielivet.

på familiegjenforening må derfor oppfylle kravene som følger av artikkel 8 nr. 2, for å ikke medføre en krenkelse av retten til familieliv.

## **5.7 Er et avslag på bakgrunn av barnets sivilstand i samsvar med EMK artikkel 8 nr. 2?**

### **5.7.1 Ikke et hvert inngrep i familielivet er en krenkelse av artikkel 8**

Etter artikkel 8 nr. 2 kan det lovlig gjøres inngrep i familielivet dersom inngrepet er «in accordance with the law», begrunnet «in the interests» av en av de legitime formål som er oppramset i bestemmelsen, til sist må inngrepet dessuten også være «necessary in a democratic society». I motsetning til EMK artikkel 8 inneholder Grunnloven § 102 ingen anvisning på om det overhodet kan gjøres lovlige begrensninger i familielivet. Høyesterett har imidlertid uttalt at Grunnlovsvernet ikke er absolutt.<sup>85</sup> Et inngrep (avslag på familiegjenforening) vil være tillatt dersom inngrepet (avslaget) har «tilstrekkelig hjemmel», forfølger et «legitimt formål» og er» forholdsmessig».<sup>86</sup> Dette er den samme vurderingen som gjøres etter EMK.

Vilkårene for når det lovlig kan gjøres inngrep i familielivet drøftes nærmere i de kommende punkt. Formålet er å se om situasjoner der det gis avslag på bakgrunn av barnets sivilstand etter utl. §§ 42 og 43 potensielt kan innebære en krenkelse av retten til familieliv.

For øvrig nevnes det at domstolen har uttalt at vilkårene for lovlig inngrep er kumulative i den forstand at alle vilkår må være oppfylt for at inngrepet ikke skal være en krenkelse av artikkel 8. Dersom for eksempel lovskravet ikke er oppfylt foreligger det en krenkelse, og domstolen vil ikke ta stilling til de øvrige to vilkårene.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> HR-2015-206-A avsnitt 60 jf. HR-2014-2288-A (Acta) avsnitt 28.

<sup>86</sup> Jf. for eksempel HR-2014-2288-A avsnitt 28 og HR-2015-206-A avsnitt 60 og 63.

<sup>87</sup> M.M mot Nederland (2003) C, avsnitt 46.

### 5.7.2 Kravet til legitimitet

Et avslag på familiegjenforening er som den klare hovedregel ofte begrunnet «in the interests of [...] the economic well-being of the country», landets økonomiske velferd. Etter EMD-praksis er dette et legitimt formål for å nekte, eller stille betingelser for innvandringen.<sup>88</sup> Det legges derfor til grunn at dette vilkåret er oppfylt i de tilfellene det gis et avslag på familiegjenforening på bakgrunn av barnets sivilstand. Vilkaåret om barnets sivilstand er med all sannsynlighet inntatt for å begrense sekundærinnvandringen til Norge, altså begrunnet ut fra innvandreregulerende hensyn, se også punkt 6.2 for ytterligere illustrasjon.

### 5.7.3 Kravet til tilstrekkelig hjemmel

Det legges til grunn at lovskravet er oppfylt dersom det gis et avslag på bakgrunn av barnets sivilstand etter utl. § 42 jf. punkt 3.3. Det tvilsomme er om det er i samsvar med lovskravet når det innfortolkes et vilkår om barnets sivilstand etter utl. § 43.

Kravet til at et inngrep må være «in accordance with the law» innebærer at det må foreligge en nasjonal hjemmel. Kravet må ses på som en konsekvens at den grunnleggende og nødvendige verdien i et demokratisk samfunn, nemlig muligheten til å forutse sin rettsstilling. Et krav om forutberegnelighet gir samtidig en plikt for staten til å sørge for tilstrekkelig lovgivning dersom de ønsker å gripe inn i familielivet.

For å være «in accordance with the law» etter EMK artikkel 8 trenger ikke hjemmelen for inngrepet å ha formell forankring i lov. Konvensjonens «law» begrep er autonomt og ulovfestet rett kan således danne tilstrekkelig grunnlag for inngrep. Dette har sammenheng med at tradisjonene blant konvensjonsstatene varierer på dette området, blant annet er innslaget av ulovfestet rett betydelig i britisk rettstradisjon («common law»)<sup>89</sup> For norsk retts vedkommende er det imidlertid klart at inngrep krever hjemmel i formell lov jf. legalitetsprinsippet i Grl. § 113.<sup>90</sup> Kravet til den substansielle forankringen av hjemmelen i norsk rett er i praksis den samme som det som følger av EMK til tross for at «law» begrepet

---

<sup>88</sup> Se for eksempel Berrehab mot Nederland (1988) C avsnitt 26. Osman mot Danmark (2011) C, avsnitt 58. F.N mot England (2013) decision, avsnitt 37 og Akobar mot Sverige (2019) desicion, avsnitt 35.

<sup>89</sup> Jørgen Aall (2018). s. 116.

<sup>90</sup> Se også punkt 4.3.1.

er autonomt, dette fordi det i EMD-praksis også oppstilles kvalitetskrav til hjemmelen. Etter EMD praksis er altså lovskravet ikke bare et spørsmål om overtredelse av nasjonal lovgivning, men også et spørsmål om «quality of that law».<sup>91</sup>

De kvalitetskrav som oppstilles er fastsatt gjennom langvarig og fast praksis i EMD. For det første settes det krav til lovens «accessability».<sup>92</sup> Dersom loven ikke er tilgjengelig for borgerne kan de ikke forutse sin rettsstilling, og det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet ivaretas ikke. Dette samsvarer med et annet kvalitetskrav, nemlig at loven må være «foreseeable».<sup>93</sup> For at loven skal kunne være forutsigbar må den dessuten være «clear».<sup>94</sup> Det må fremgå klart av loven i hvilke tilfeller et inngrep er tillatt, eller i hvilke tilfeller familiegjenforening ikke vil tillates. Dette har sammenheng med at borgerne skal kunne forutse sin rettsstilling. Høyesterett har lagt til grunn at samme vurderingstema også gjelder for norsk rett.<sup>95</sup>

Det følger videre av EMD-praksis at formålet med å gi borgerne forutsigbarhet gjennom å ha et krav om tilstrekkelig nasjonal lovgivning, er å gi enkeltpersoner mulighet til å vite når myndighetene har rett til, og hva betingelsene for et eventuelt inngrep i så fall er.<sup>96</sup> Et krav om fullstendig forutsigbarhet i lovteksten kan ikke alltid kreves. I noen tilfeller må det imidlertid kunne forventes at en ut fra hva som er «reasonable in the circumstances»(/rimelig etter omstendighetene) forstår, i det minste med råd fra juridiske eksperter, når myndighetene har lovt å gripe inn i rettighetene etter EMK.<sup>97</sup>

Et avslag på etter utl. § 43 på bakgrunn av barnets sivilstand har ikke forankring i lovteksten eller øvrige rettskilder. Det kan imidlertid tenkes ut fra vage indikasjoner i forarbeidene og forholdet til den gamle forskriften at lovgiverviljen har vært å videreføre vilkåret. Når selv ikke Sivilombudsmannen kan klare å utlede en rettstilstand som tilsier at barnets sivilstand er av betydning etter utl. § 43 er det overhodet ikke rimelig å forvente at et barn, som ikke en

---

<sup>91</sup> Radaj mot Polen (2002) C, avsnitt 22.

<sup>92</sup> Silver og andre v. England C (1983), avsnitt 87.

<sup>93</sup> Silver og andre v. England C (1983), avsnitt 87 og Fernandez Martinez mot Spania (2014) GC, avsnitt 117.

<sup>94</sup> Silver og andre v. England C (1983), avsnitt 87.

<sup>95</sup> Jf. for eksempel HR-2014-2288-A (Acta) avsnitt 30 og HR-2018-699-A (Mirmothari 2)

<sup>96</sup> Fernandez Martinez mot Spania (2014) GC, avsnitt 116.

<sup>97</sup> Slivenko mot Latvia (2003) GC, avsnitt 107. Dubska og Krejzova mot Tsjekia (2014) GC, avsnitt 171. (11-5 i dissens, men dissensen knytter seg til subsumsjonen i forholdsmessighetsvurderingen).

gang kan norsk, skal kunne forutse at det gjelder et slikt krav. Hverken barnet eller forelderen kan forutse sin rettsstilling dersom det legges til grunn at det gjelder et krav til sivilstanden etter utl. § 43. Et avslag på bakgrunn av barnets sivilstand vil i et slikt tilfelle komme som «lyn fra klar himmel», slik det nok gjorde for klageren i saken hos Sivilombudsmannen.<sup>98</sup> På bakgrunn av dette må det derfor legges til grunn at et avslag utelukkende på bakgrunn av barnets sivilstand, ikke er «in accordance with the law». Konsekvensen dersom det gis avslag er at det foreligger en krenkelse av retten til familieliv.

Ettersom vilkårene etter artikkel 8 nr. 2 er kumulative vil det ikke være nødvendig å vurdere de øvrige vilkårene for lovlig inngrep all den tid det foreligger en krenkelse ved at lovskravet ikke er overholdt. Følgelig er det kun utl. § 42 som vil bli drøftet videre.

#### 5.7.4 Kravet til forholdsmessighet

Til sist må avslaget på familiegjenforening etter utl. § 42 være «necessary in a democratic society».

Ordlyden «necessary in a democratic society» legger opp til en forholdsmessighetsvurdering. Av EMD-praksis følger det at forholdsmessighetsvurderingen må gjøres med øye for en «fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation.»<sup>99</sup> Samme vurderingstema er også uttrykt i norsk Høyesterettspraksis.<sup>100</sup> Hva som anses som en rettferdig balanse vil variere fra sak til sak, men i familiegjenforeningssaker er en gjentagende rettssetning at det vil bero på:

«particular circumstances of the persons involved and the general interest».<sup>101</sup>

Spørsmålet videre er dermed om det, med de generelle hensyn og personlige omstendighetene tatt i betraktning, oppnås en rettferdig balanse mellom utlendingenes rett til familieliv og

---

<sup>98</sup> SOM-2018-4025 og punkt 1.4.

<sup>99</sup> Tuquabo-Tekle mot Nederland (2005) C, avsnitt 42 og Jeunesse mot Nederland (2014) GC, avsnitt 106.

<sup>100</sup> HR-2015-206-A, avsnitt 60.

<sup>101</sup> Gul mot Sveits (1996) C, avsnitt 38. Rodrigues da Silva og Hoogkamer mot Nederland (2006) C, avsnitt 39 og Akobar mot Sverige (2019) desicion, avsnitt 33.

statens formål om å sikre den økonomiske velferden (regulere innvandringen) ved å ha et vilkår om barnets sivilstand etter utl. §42.

#### **5.7.4.1 Er det et krav om en konkret vurdering av barnets situasjon?**

Lovgiver presumerer at alle barn som er gift eller har samboer har en så sterk tilknytning til hjemlandet og et manglende omsorgsbehov fra sine foreldre at de ikke har behov for å få innvilget familiegjennforening etter utl. § 42.<sup>102</sup> Dette innebærer at tilknytningen og omsorgsbehovet i den konkrete saken ikke vurderes konkret. Spørsmålet er om det er forholdsmessig å ikke vurdere barnets tilknytning til hjemlandet og omsorgsbehov fra foreldrene konkret.

I saken *El Ghatet mot Sveits*<sup>103</sup> ble det konstatert brudd på retten til familieliv fordi sveitsisk rettsvesens bare helt summarisk hadde vist til hensynet til barnets beste, men ikke vurdert barnets situasjon konkret. Samme problemstilling gjør seg også gjeldende når lovgiver bruker presumsjoner som utlendingsforvaltningen og domstolen må forholde seg til, det er samme kjernesporsmål som drøftes; er det forholdsmessig å ikke vurdere barnets situasjon konkret? Overnevnte sak omhandlet familiegjennforening mellom en far som bodde i Sveits, og hans 15 år gamle sønn som bodde i Egypt. Domstolen uttalte at ved behandlingen om familiegjennforening med mindreårige skal hensynet til barnets beste vurderes, herunder inngår også en vurdering av barnas alder, deres situasjon i hjemlandet og i hvilken grad de er avhengige av foreldrene sine.<sup>104</sup> I tråd med subsidiaritetsprinsippet er det de nasjonale domstolene som er nærmest til å fastslå hva som er barnets beste. EMD sin oppgave er å vurdere om beslutningene som de nasjonale domstolene har tatt, er i samsvar med rettighetene som følger av konvensjonen. Nasjonale domstoler må derfor fremsette spesifikke grunner, i lys av omstendighetene i den konkrete saken, for de beslutninger som fattes. Dersom nasjonale domstoler ikke gjør det, har EMD heller ingen reell mulighet til å overprøve om det er foretatt en forholdsmessig balansering mellom utlendingenes rett til familieliv og statens rett til å kontrollere innvandringen.<sup>105</sup> Dersom sveitsisk høyesterett hadde gjort en grundig avveining av interessene i saken, herunder hensynet til barnets beste og deretter lagt frem tilstrekkelige

---

<sup>102</sup> Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 210, punkt 9.6.7.5.

<sup>103</sup> *El Ghatet mot Sveits* (2016) C.

<sup>104</sup> *El Ghatet mot Sveits* (2016) C, avsnitt 46.

<sup>105</sup> Samme sted, avsnitt 47.

grunner for sin beslutning, ville ikke EMD konkludert slik de gjorde i den foreliggende saken.<sup>106</sup> Bakgrunnen for at EMD konkluderte med at avslaget ikke var forholdsmessig, og dermed utgjorde en krenkelse av artikkel 8, var utelukkende fordi de nasjonale domstoler ikke la frem tilstrekkelige grunner for sin beslutning, og da særlig hvordan de hadde avveid de forskjellige interessene.

Det stilles altså krav til at de nasjonale domstolene skal vurdere barnets beste konkret, og i denne vurderingen inngår barnets alder, situasjonen i hjemlandet og omsorgsbehovet fra foreldrene.<sup>107</sup> De nasjonale domstolene må videre etter å ha vurdert dette spesifikt, begrunne hvordan de har avveid de forskjellige interessene og da særlig også hensynet til barnets beste.

Etter norsk rett skal barnets beste være et grunnleggende hensyn også etter utl. § 42, jf. Grl. § 104 annet ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 jf. mrl. § 2 og 3. EMD har lagt til grunn at i vurderingen av barnets beste i familiegjenforeningssaker så er det tre hovedelementer som skal vurderes; barnets alder, situasjon i hjemlandet og omsorgsbehovet fra foreldrene. To av disse vurderingsmomentene blir ikke vurdert konkret når det opereres med en presumsjon i utl. § 42. Presumeringen til lovgiver samsvarer dermed ikke særlig godt med premissene fra El Ghatet, der EMD uttrykkelig legger til grunn hva som inngår i vurderingen av barnets beste.

Premissene fra El Ghatet knytter seg imidlertid utelukkende til hva EMD krever av nasjonale domstoler, og ikke hva som følger av direkte av lovteksten. Det er uvisst hvordan norske domstoler ville forholdt seg til hensynet til barnets beste dersom det kom en sak for norske domstoler der det utelukkende var gitt et avslag etter utl. § 42 på bakgrunn av barnets sivilstand. Ville norske domstoler i et slikt tilfelle vurdert barnets situasjon i hjemlandet og barnets eventuelle manglende omsorgsbehov fra foreldrene som momenter i vurderingen av barnets beste, eller ville de lagt til grunn lovgivers synspunkt og presumering? Dersom lovgivers presumering legges til grunn uten å vurdere barnets situasjon konkret ville nok dette, ut fra premissene i El Ghatet, medført at EMD ville konkludert med en krenkelse av artikkel 8. Dette fordi EMD ville hatt manglende mulighet til å overprøve hvordan norske

---

<sup>106</sup> El Ghatet mot Sveits (2016) C, avsnitt 52.

<sup>107</sup> Samme vurderingstema er også uttrykt i for eksempel Tuquabo-Tekle mot Nederland (2005) C, avsnitt 44.



domstoler har avveid hensynet til barnets beste og retten til familieliv opp mot retten til å kontrollere innvandringen. Bruk av presumsjoner passer dårlig inn i tilfeller der det stilles krav til en konkret vurdering av barnets beste, slik det gjør både etter både EMK og norsk rett i situasjoner som utl. § 42 regulerer.

#### **5.7.4.2 Særlig om barn som har en sterk tilknytning til hjemlandet**

Et av argumentene til lovgiver for å ha et vilkår om barnets sivilstand er fordi de legger til grunn at barnet har en sterk tilknytning til hjemlandet i slike situasjoner. Som konkludert med i forrige punkt, er utgangspunktet at det ikke er forholdsmessig å gi et avslag på familiegjenforening dersom barnets situasjon i hjemlandet ikke vurderes konkret. Spørsmålet videre er om det likevel kan tenkes å være situasjoner, der det er forholdsmessig å ikke vurdere barnets situasjon i hjemlandet konkret.

Det følger av EMD-praksis at dersom barnet har en sterk tilknytning til hjemlandet så vil dette være «a general interest»/(et generelt hensyn) som ofte vektlegges i den retning av at staten *ikke* har en positiv forpliktelse til å innvilge familiegjenforening.<sup>108</sup> Hensynet til for eksempel å sikre landets økonomiske velferd vil i et slikt tilfelle kunne veie tyngre enn hensynet til familielivet mellom foreldre og barn. Dette kan tale for at bruken av lovgivers presumsjon om tilknytning til hjemlandet ikke trenger å vurderes ytterligere enn at det legges til grunn at alle barn som har samboer eller er gift, har en sterk tilknytning til hjemlandet. På den måten vurderes jo situasjonen for barnet i hjemlandet, men da ut fra en antakelse.

Til tross for at det generelle hensynet om tilknytningen til hjemlandet taler for at det er forholdsmessig å avslå søknad om familiegjenforening, synes det som om domstolen også vektlegger «particular circumstances» (/særskilte omstendigheter) i den konkrete saken. Disse særskilte omstendighetene kan medføre at det «general interest» om tilknytningen til hjemlandet, likevel ikke får avgjørende vekt. Saken Taquabo-Tekle mot Nederland<sup>109</sup> er illustrerende.

Hovedspørsmålet i saken var om avslag på familiegjenforening mellom mor og datter var i strid med EMK artikkel 8, eller sett fra den andre siden, om staten hadde en positiv

---

<sup>108</sup> Se for eksempel *El Ghatet mot Sveits* (2016) C, avsnitt 51.

<sup>109</sup> *Taquabo-Tekle mot Nederland* (2005) C.

forpliktelse til å innvilge søknaden om familiegjenforening. Moren flyktet fra borgerkrig i Eritrea og søke asyl i Norge, hun fikk ikke innvilget asyl, men fikk oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn. Moren fikk senere innvilget familiegjenforening med sønnen og datteren sin, men det var bare sønnen som kom til Norge fordi de ikke klarte å skaffe reisedokumenter til datteren. Etter en stund giftet moren seg med en eritreisk statsborger bosatt i Nederland, hun og sønnen flyttet derfor til Nederland. Samme år som datteren fylte 15 år kom det moren for øret at bestemoren i hjemlandet ønsket å gifte bort datteren. Moren var bekymret og søkte derfor på nytt, denne gangen fra Nederland, om familiegjenforening med sin 15 år gamle datter. Det ble av Nederlandske myndigheter gitt avslag på søknaden blant annet med den begrunnelse at datteren hadde så sterk tilknytning til hjemlandet og at hun derfor burde fortsette å bo der. Til dette utalte domstolen at det ikke var tvilsomt, slik staten også anførte, at datteren hadde sterke kulturelle og språklige bånd til hjemlandet. Tilknytningen til hjemlandet tilsa i utgangspunktet at det var der datteren burde være. Det var likevel «particular circumstances» som tilsa at datteren burde få opphold for å bo med moren sin. Datteren var mindreårig, hun sto potensielt ovenfor et tvangsekteskap og moren kunne dessuten ikke reise til hjemlandet for å utøve familielivet med datteren ettersom moren tidligere hadde måtte flykte der fra.<sup>110</sup> Et avslag på familiegjenforening var dermed anse som en krenkelse av retten til familielivet.

Det er følgelig ikke gitt at barnets tilknytning til hjemlandet i alle tilfeller automatisk medfører at barnet ikke har behov for å bo med foreldrene sine. Det kan dermed tenkes å være situasjoner der barnet er gift og i utgangspunktet har en sterk tilknytning til hjemlandet, men likevel har personlige omstendigheter som tilsier at oppholdstillatelse bør gis. Slike personlige omstendigheter fanges ikke opp ved bruk av presumsjonen etter utl. § 42, se likevel punkt 5.7.4.4.

#### **5.7.4.3 Særlig om barn som har et mindre omsorgsbehov fra foreldrene**

Det andre argumentet til lovgiver for å ha et vilkår om barnets sivilstand er fordi de antar at barnet har et mindre omsorgsbehov fra foreldrene i slike situasjoner. Utgangspunktet er som nevnt i punkt 5.7.4.1 at barnets behov for omsorg fra foreldrene skal vurderes konkret i den enkelte sak. Selv om omsorgsbehovet skal vurderes konkret er dette samtidig, som også

---

<sup>110</sup> Tuquabo-Tekle mot Nederland (2005) C, avsnitt 50.

barnets tilknytning til hjemlandet, «a general interest» som ofte vektlegges i den retning av at staten *ikke* har en positiv forpliktelse til å innvilge familiegjenforening. Faktisk er det ofte et generelt hensyn som resulterer i at EMD avviser saken som åpenbar grunnløs, jf EMK artikkel 35.<sup>111</sup>

I Benamar mot Nederland<sup>112</sup> ble det lagt avgjørende vekt på at barna var blitt over 18 år når saken ble behandlet av EMD, barna hadde i tillegg bolig og flere omsorgspersoner i hjemlandet. Behovet for omsorg fra moren var dermed ikke sterk nok til å begrunne en rett til familiegjenforening og EMD avslo klagen som åpenbar grunnløs jf. EMK artikkel 35. Selv om konklusjonen ble at barnas manglende behov for omsorg fra mor talte dithen at det var forholdsmessig å avslå søknaden om familiegjenforening, så måtte dette vurderes konkret.

Som eksempel på et annet tilfelle der barnets omsorgsbehov måtte vurderes konkret kan saken Taquabo-Tekle mot Nederland<sup>113</sup> også her trekkes frem. Den 15 år gamle datteren hadde en sterk tilknytning til hjemlandet og omsorgspersoner der som kunne ta vare på barnet, MED la likevel til grunn at datteren hadde et omsorgsbehov fra mor. Dette viser at omsorgsbehovet som barnet har fra forelderen kan endre seg over tid, og det er dermed viktig at det foretas en konkret vurdering av dette når søknaden om familiegjenforening vurderes. Det som særlig er verdt å merke seg fra dommen er at datteren potensielt sto ovenfor å bli utsatt for et tvangsekteskap. Blant annet på bakgrunn av dette la EMD til grunn hun hadde dermed ekstra behov for omsorg fra sin mor, og at familiegjenforening derfor måtte tillates.<sup>114</sup> Slike situasjoner kan helt klart tenke seg å forekomme etter utl. § 42 all den tid vilkåret om giftemål knytter seg til et barn under 18 år. Nettopp i slike situasjoner er vel kanskje barn særlig utsatt for tvangsekteskap.<sup>115</sup>

Det er dermed ikke tvilsomt at barnets behov for omsorg fra foreldrene må vurderes konkret, ettersom det kan foreligge «particular circumstances» som tilsier at opphold likevel må gis.<sup>116</sup>

---

<sup>111</sup> IM mot Nederland (2003), desicion. Chandra m.fl. mot Nederland (2003), desicion. Benamar mot Nederland (2005), desicion og Tuquabo-Tekle mot Nederland (2005) C, avsnitt 49.

<sup>112</sup> Benamar mot Nederland (2005) desicion.

<sup>113</sup> Tuquabo-Tekle mot Nederland (2005) C.

<sup>114</sup> Domstolen påpekte imidlertid at fare for å bli utsatt for tvangsekteskap i seg selv alene ikke automatisk gir en rett til opphold i en annen stat, se avsnitt 50.

<sup>115</sup> Se punkt 6.6 for redegjørelse av statens plikt til å forebygge barne- og tvangsekteskap.

<sup>116</sup> Se også punkt 5.7.4.1 og 5.7.4.2.

#### **5.7.4.4 Fanger utl. § 49 opp «particular circumstances» når dette ikke vurderes etter utl. § 42?**

‘Sikkerhetsventilen’ i utl. § 49 kan avhjelpe noen av betenkelighetene ved at utl. § 42 ikke fanger opp de personlige omstendighetene som kunne tilsagt, at et barn likevel burde få opphold. Utl. § 49 er jo utformet nettopp for å fange opp «particular circumstances» som skulle tilsi at opphold likevel må gis, selv om søkeren ikke oppfyller vilkårene i den opprinnelige søknadsbestemmelsen. Det må likevel bemerkes at det etter utl. § 49 uttrykkelig, i motsetning til hva som er tilfelle etter § 42, fremkommer av lovteksten at innvandreregulerende hensyn kan tillegges vekt.

En plenumsdom fra Høyesterett i 2012<sup>117</sup> illustrerer hvordan innvandreregulerende hensyn kan få avgjørende vekt, selv fremfor hensynet til barnets beste. Saken gjaldt gyldigheten av vedtak om å nekte asyl og opphold på humanitært grunnlag jf. utlendingsloven § 38. Dommen inneholder flere prinsipielle spørsmål, men et av hovedtemaene var blant annet hvordan barnets beste skal prioriteres i forhold til innvandreregulerende hensyn.

Flertallsstandpunktet bygger på en lang, grundig og kompleks gjennomgang av uttalelser i ulike forarbeider. Flertallet går langt for å prøve å finne ut hva som har vært lovgiverviljen i dette spenningsforholdet mellom barnets beste og innvandreregulerende hensyn. Flertallet konkluderer med at lovgivers intensjon har vært at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, men at innvandreregulerende hensyn kan være så tungtveiende at de må gå foran hensynet til barnets beste i gitte situasjoner.<sup>118</sup> Mindretallet er ikke enig i denne forståelsen av lovgivers intensjon.<sup>119</sup>

Flertallet legger altså til grunn at det er akseptabelt at innvandreregulerende hensyn går foran hensynet til barnets beste i gitte situasjoner etter utl. § 38. Samme må antas å gjelde etter § 49.<sup>120</sup> Dette må ses i sammenheng med at utl. §§ 38 og 49 er såkalte ‘kan’ bestemmelser, som i stor grad er undergitt forvaltningens frie skjønn. Selv om vilkårene i utl. §§ 38 og 49 er oppfylt, trenger ikke utlendingsforvaltningen å innvilge opphold. Dette er altså i motsetning

---

<sup>117</sup> Rt.2012 s.1985 P. (Dommen hadde 14-5 i dissens og har vært kritisert i ettertid. Dommen illustrerer likevel poenget om avveining av hensyn godt).

<sup>118</sup> Rt.2012 s.1985 avsnitt 134 P.

<sup>119</sup> Rt.2012 s.1985 avsnitt 187-190 P.

<sup>120</sup> Utl. § 49 har mange paralleller til § 38, men § 49 knytter seg direkte til familiegjenforening og muligheten til å lempe på vilkårene som gjelder for referansepersonen i Norge. Se også Dybvik Øyen (2018) s. 143.

til hva som er tilfelle etter utl. § 42 som er en rettighetsbestemmelse som gir rettskrav på opphold, dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. For et barn kan det dermed ha betydning om barnets beste vurderes etter utl. § 42 eller om det gjøres etter §49. For å illustrere dette kan følgende situasjon tenkes: et barn får avslag på familiegjening etter utl. § 42 fordi barnet er gift, lovgiver presumerer at barnet har en sterk tilknytning til hjemlandet og et omsorgsbehov som ikke begrunner en rett til familiegjening. Barnets beste skal selvsagt vurderes etter § 42, men det er som påpekt i punkt 5.7.4.1. uvisst om situasjonen i hjemlandet ville blitt vurdert konkret som et moment i vurderingen. Lovgivers bruk av presumsjoner taler i alle fall ikke for at det gjøres en konkret vurdering av barnets situasjon i hjemlandet og omsorgsbehovet. Dersom utlendingsmyndighetene skulle komme over personlige omstendigheter som tilsier at opphold likevel burde gis «kan» det gis opphold etter utl. § 49. Selv om barnet oppfylder vilkårene etter utl. § 49 og hensynet til barnets beste taler for å gi opphold, kan utlendingsforvaltningen likevel la være å gi opphold ut fra innvandringsregulerende hensyn. Konsekvensen kan således bli at selv om barnets beste er å få opphold i Norge, så trenger ikke dette få avgjørende vekt siden vurderingen gjøres etter ‘kan’ bestemmelsen i § 49. Et barn er derfor best tjent med at situasjonen til hjemlandet vurderes som et moment i hensynet til barnets beste etter utl. § 42.

En annen forskjell som illustrerer at sikkerhetsventilen i utl. § 49 ikke alltid kan avhjelpe betenkelighetene ved at det ikke gjøres en fullverdig vurdering etter utl. § 42, er forholdet til domstolens overprøvmulighet. I Rt. 2008 s. 681 ble det lagt til grunn at domstolen *ikke* kan overprøve utl. § 38 fullt ut fordi den tilhører forvaltningens frie skjønn. Dommen ble sterkt kritisert i juridisk teori<sup>121</sup>, men synspunktet er likevel fulgt opp senere av Høyesterett i to plenumssaker.<sup>122</sup> Prejudikatverdien av dommen må dermed antas å være stor. Selv om dommene omhandler overprøvmulighet av hvordan utlendingsforvaltningen har avveid hensynet til barnets beste etter utl. § 38, må det antas at det samme også gjør seg gjeldende i vurderingen etter § 49. Dette fordi vurderingene etter bestemmelsene er sammenfallende, særlig drøftingen av hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn.<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup> Boe, «Sterke menneskelige hensyn - for sterke for Høyesterett», (2009).

<sup>122</sup> Rt.2012 s. 2039 P og Rt.2012 s.1985 P.

<sup>123</sup> Einarsen (2015) note 141 og Dybvik Øyen 2018 s. 142-143.

Bruk av presumsjoner etter utl. § 42 tilfredsstillende ikke kravene til hvordan hensynet til barnets beste skal vurderes. Lovgiver 'redder' seg inn ved å ha de såkalte 'sikkerhetsventilene' i utl. §§ 38 og 49 som kan avhjelpe mye av problemene med presumeringen. Det er likevel mye som trekker i retningen av at lovgiver vil få en større mulighet for å tillegge innvanderregulerende hensyn vekt, til fortrenghet for barnets beste når vurderingen gjøres på denne måten. I forlengelsen av dette er det også begrenset hva domstolen kan overprøve. Når det i El Ghat mot Nederland legges til grunn at barnets beste skal vurderes konkret, og at den konkrete vurderingen og avveiningen skal fremkomme av dommen slik at EMD kan overprøve dette, ville det vært spennende å se hvordan en norsk dom der Høyesterett ikke fullt ut prøver hensynet og avveiningen av barnets beste ville blitt tatt imot av EMD. Premissene fra El Ghat tyder ialle fall på at det ville vært en krenkelse av artikkel 8. Skulle situasjonen imidlertid være at norske domstoler ser bort fra lovgivers presumsjon og vurderes barnets situasjon i hjemlandet og omsorgsbehov som momenter i barnets beste etter utl. § 42 vil ikke samme problemstilling oppstått. Problemet som da oppstår er i så fall at domstolen ikke er lojal mot lovgiver dersom de ser bort fra lovgivers presumsjon.

## **6 Bør barns sivilstand være avgjørende for retten til familiegjenforening med sine foreldre?**

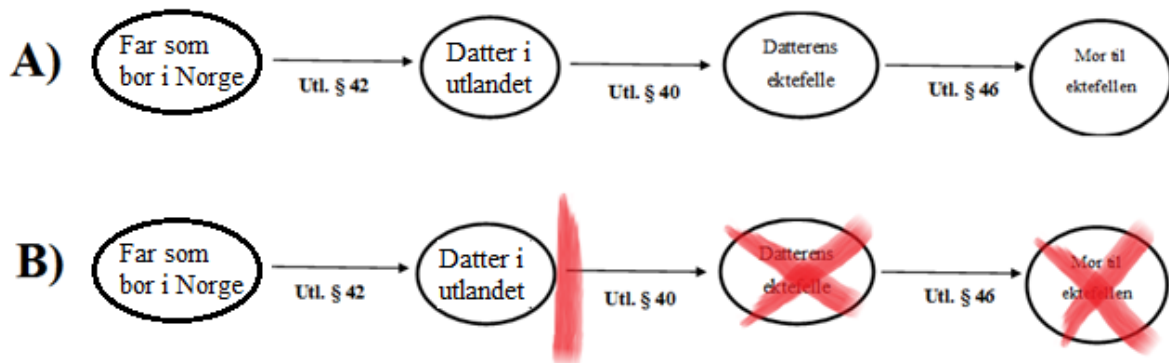
### **6.1 Innledning**

Dette kapittelet vil ta for seg virkningene av å ha et vilkår om barnets sivilstand sett opp mot øvrig norsk og internasjonalt lovverk. Det vil i tillegg bli gitt noen bemerkninger til hvordan retten burde være, de lege ferenda.

### **6.2 Innvanderregulerende hensyn**

Et av hovedformålene med utlendingsloven er å regulere utlendingers innreise og opphold i riket i samsvar med norsk innvandringspolitikk jf. utl. § 1 første ledd. Sett fra et innvandringsregulerende perspektiv kan tillatelsessystemet for oppholdstillatelser i utlendingsloven, illustrere hvordan vilkåret om barnets sivilstand har gode grunner for seg. Resonnementet blir det samme både for utl. §§ 42 og 43, bare i forskjellige rekkefølger og med andre familiemedlemmer. Utl. § 42 brukes for å illustrere poenget.

Dersom et barn får opphold etter utl. § 42, til tross for at barnet for eksempel er gift, vil barnet etter fylte 18 år kunne ha et rettskrav på familiegjennforening med ektefellen sin dersom øvrige vilkår er oppfylt jf. utl. § 40. Moren til ektefellen kan for eksempel også etter nærmere vilkår ha rett til opphold i Norge jf. utl. § 46. Som vi ser er konsekvensen av å *ikke* ha et vilkår om barnets sivilstand etter utl. § 42 at kjeden for hvem som kan få opphold fra familien bare blir lengre og lengre. Se illustrasjon A nedenfor.



Kjeden etter bokstav B) illustrerer med den røde streken hvordan sekundærinnvandringen stopper opp ved å ha et vilkår om barnets sivilstand etter utl. § 42. Dersom barnet ikke er gift, kan barnet heller ikke danne grunnlag for videre innvandring til Norge.

Følgelig er det ikke utenkelig at vilkåret om barnets sivilstand både bidrar til å regulere og begrense fremtidig innvandring til Norge, og fra et innvanderregulerende perspektiv bør dermed barnets sivilstand være avgjørende for om familiegjennforening skal gis.

### 6.3 Likhet for loven

Det følger av forutsetningene i både BK. Artikkel 2 og Grl. § 98 at alle er like for loven, og at usaklig forskjellsbehandling ikke skal forekomme. Når rettigheter for barn som er norske statsborgere ikke defineres ut fra ekteskapslignende status, tilsier hensynet til likhet for loven at det samme burde gjelde for barn som ikke er norske statsborgere. Dette taler for at barns rett til å bo med sine foreldre ikke bør avgjøres ut fra barnets sivilstand. Her er det imidlertid viktig å påpeke at det kan tenkes at det er en saklig forskjellsbehandling, av plassmangler kan ikke dette vurderes konkret. Noen eksempler kan likevel illustrere at det ikke alltid er usaklig å forskjellsbehandle norsk- og utalandske statsborgere. Det er lovt å utvise en utlending, dette

i motsetning til hva som er tilfelle for egne statsborgere, se for eksempel utl. § 66 og GrL. § 106 annet ledd. Norske statsborgere har stemmerett, dette har ikke utlendinger – se GrL. § 50.

## **6.4 Manglende retningslinjer for det konkrete vurderingstema**

Det finner særdeles lite informasjon om vilkåret om barnets sivilstand. Manglende rettskilder, rundskriv og retningslinjer kan tyde på at vurderingstema for når vilkåret om barnets sivilstand anses som oppfylt ikke vurderes likt i alle saker. Vurderingstema er uklart og det er flere spørsmål som det ikke finnes svar på i rettskildene, som eksempel kan det nevnes:

- Når anses man å være samboere?
- Hvor lenge må man ha bodd i et ekteskapslignende forhold for å anses som samboere?
- Er man samboere om man bor i et kollektiv for eksempel?
- Er det sivilstanden på søknadstidspunktet eller på vedtakstidspunktet som legges til grunn?
- Hvilke anerkjennelsesregler for ekteskap legges til grunn?
- Må ekteskapet være godkjent etter norsk ekteskapslov?

Når det er så mange spørsmål som ikke kan besvares ut fra gjeldende regelverk kan dette tyde på at det fattes vilkårlige avgjørelser fra forvaltningen. Dette er ikke ønskelig i en demokratisk rettsstat. Dette taler for at barns sivilstand ikke bør være avgjørende for retten til familiegjening, med mindre det kommer tydeligere retningslinjer for hva som gjelder i de gitte situasjonene slik at det er mulig å forutse sin rettsstilling.

## **6.5 ‘Sikkerhetsventilene’ i utl. §§ 38 og 49**

Som redegjort for særlig i punkt 5.7.4 kan ‘sikkerhetsventilene’ i utl. §§ 38 og 49 fange opp urimelige situasjoner der det burde vært gitt opphold, selv om barnet var gift eller hadde samboer og dermed ikke oppfylte vilkårene i søknadsbestemmelsen. Dette tatt i betraktning taler dermed for at det ikke er særlig problematisk å ha et vilkår om barnets sivilstand etter utl. § 42. Urimelige tilfeller er tiltenkt å fanges opp. Likevel påpekes det også her om de betenkelighetene rundt at vurderingen av barnets situasjon gjøres etter skjønnsbestemmelser og ikke rettighetsbestemmelser.

## **6.6 Forholdet til ekteskapsloven**

I all rettstenking og -anvendelse vil det være overordnet å tilstrebe konsekvens og harmoni innen rettssystemet; språklig og innholdsmessig, mellom de enkelte regler innbyrdes og i



forholdet mellom disse og helheten.<sup>124</sup> En situasjon der et ekteskap anerkjennes etter en type lovverk, men ikke en annen er derfor ikke et ønskelig scenario. Spørsmålet er om slike situasjoner kan oppstå når det er et krav til barnets sivilstand etter utlendingsloven.

### 6.6.1 Barn som bor i utlandet jf. utlendingsloven § 42

Barnet som søker opphold etter utlendingsloven § 42 befinner seg som den klare hovedregel i utlandet uten øvrig tilknytning til Norge enn at et familiemedlem bor her. En anerkjennelse av et slikt utenlandsk ekteskap reguleres av ekteskapsloven<sup>125</sup> (el.) § 18 a første ledd første punktum, hvor det fremkommer at ekteskapet anerkjennes dersom det er gyldig inngått i vigselandet. Ekteskapet anerkjennes imidlertid ikke dersom ekteskapet «åpenbart ville virke støtende på norsk rettsorden (ordre public)». Av forarbeidene fremkommer det at bestemmelsen ble tilføyd i 2007 som ett ledd i tiltakene for å forhindre tvangsekteskap.<sup>126</sup>

Som eksempler på ordre public-tilfeller der ekteskapet ikke vil blitt anerkjent nevnes det i forarbeidene at ekteskap som er inngått ved tvang eller for øvrig mangler samtykke vil virke støtende på den norske rettsorden. Videre nevnes det også at det samme gjelder der ektefellene er svært unge. Ved vurderingen av om noen kan anses som *svært unge* må man ta utgangspunkt i en alder som ligger godt under norsk minstealder for ekteskap. Når forarbeidene ble utarbeidet var minstealderen for ekteskap i Norge 16 år, etter tillatelse fra Fylkesmannen. Departementet var likevel av den oppfatningen av at ekteskap inngått av noen under 15 år klart var ordre public-stridig.<sup>127</sup> I 2018 kom en lovendring som endret aldersgrensen for å inngå ekteskap i Norge. Aldersgrensen ble satt til 18 år og gjelder uten unntak, jf. el. § 1 a.<sup>128</sup> Forholdet til anerkjennelse av utenlandske ekteskap er ikke kommentert noe nærmere etter denne lovendringen i el. § 1a, men det må være rimelig å anta at grensen for hva som anses som svært ung har endret seg i takt med minstealderen for ekteskap i Norge.

---

<sup>124</sup> Jørgen Aall (2018) s. 40.

<sup>125</sup> Lov 4. juli 1999 nr. 47 om ekteskap (ekteskapsloven).

<sup>126</sup> Ot.prp.nr.100 (2005-2006) s. 6.

<sup>127</sup> Ot.prp.nr.100 (2005-2006) s. 12.

<sup>128</sup> Se også Prop.49 L (2017-2018) s.14.

Ut fra dette kan det dermed synes som om terskelen for at et barn under 18 år får anerkjent sitt ekteskap i Norge, selv om det er inngått lovlig i utlandet, er høy. Det er flere faktorer som må vurderes og barnets alder vil være et sentralt vurderingsmoment.

I Norge finnes det ikke noen egen «anerkjennelsesinstans» for ekteskap inngått i henhold til utenlandsk rett. Hver enkelt norsk myndighet må derfor selv ta stilling til om et ekteskap er gyldig inngått i vigselslandet der dette har betydning for saken. Dette gjelder bl.a. utlendingsmyndighetene, folkeregistermyndigheten og Bufdir<sup>129</sup>. En slik vurdering av ekteskapets gyldighet er prejudisiell og ikke uten videre bindende for andre offentlige myndigheter. Ulike myndigheter kan ha ulike krav til den dokumentasjon som må fremlegges. Dette kan f.eks. føre til at folkeregistermyndigheten legger til grunn at det er inngått et gyldig ekteskap, mens utlendingsmyndighetene mener ekteskapet ikke er gyldig.<sup>130</sup> Dette er i seg selv uheldig og ivaretar ikke hensynet til harmoni i norsk lovverk. Det kan dessuten virke lite forutberegnelig når et ekteskap godkjennes etter forskjellige krav, alt etter hvilket lovverk og myndigheter en i kontakt med.

Det finnes ingen sporbare kilder på at UDI faktisk prejudisielt prøver om ekteskapet til et barn etter utl. § 42 er gyldig etter ekteskapsloven, før de eventuelt avslår en søknad om familiegjenforening på dette grunnlag. Til sammenligning nevnes det for eksempel spesifikt i forarbeidene til utlendingsloven § 40, oppholdstillatelser for ektefeller, at ekteskapets gyldighet må prøves ved behandlingen av søknaden, også opp mot el. § 18a.<sup>131</sup> Det kan følgelig se ut som UDI prejudisielt prøver ekteskapet dersom ekteskap er et vilkår *for å få opphold*, men at de ikke foretar en prøving i de tilfellene der det er et vilkår at partene *ikke kan være gift for å få opphold*. Det største problemet med en slik praksis er at UDI uten nærmere prøving risikerer å tillegge for eksempel barne- og tvangsekteskap rettsvirkning med den konsekvens at barnet ikke får bo med foreldrene sine.<sup>132</sup> Begrunnelsen til lovgiver om å

---

<sup>129</sup> Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (Bufdir) ligg under Barne-, likestilling- og inkluderingsdepartementet (BLD), og er eit fagorgan på områda barnevern, barn, ungdom og oppvekst, adopsjon, familievern, likestilling og ikkje-diskriminering og vald og overgrep i nære relasjonar [https://bufdir.no/Kontakt/Om\\_Bufdir\\_og\\_Bufetat/Om\\_Bufdir/](https://bufdir.no/Kontakt/Om_Bufdir_og_Bufetat/Om_Bufdir/) (sist lest 04.06.2020).

<sup>130</sup> Q-2016-20 s. 26.

<sup>131</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 189 og følgende.

<sup>132</sup> For betenkeligheter tilknyttet barne- og tvangsekteskap, se punkt 6.7.

ha et vilkår om barnets sivilstand på bakgrunn av mindre omsorgsbehov fra foreldrene gjør seg for eksempel ikke gjeldende dersom barnet er utsatt for tvangsekteskap.<sup>133</sup>

### 6.6.2 Barn som bor i Norge jf. utlendingsloven § 43

Den absolutte aldersgrensen for å inngå ekteskap i Norge er 18 år jf. el. § 1 a og gjelder uten unntak.<sup>134</sup> Et barn etter utl. § 43 er bosatt i Norge og har dermed, uten unntak, ingen mulighet til å inngå ekteskap i her.

Barnet etter utl. § 43 har imidlertid en snever mulighet til å få anerkjent et ekteskap som er inngått før fylte 18 år, dersom ekteskapet er inngått i utlandet, *etter* barnet flyttet til Norge. Reglene om anerkjennelse av slike utenlandske ekteskap reguleres av el. § 1 a annet ledd bokstav b. Dersom en av partene er norsk statsborger eller fast bosatt i riket på vigselstidspunktet vil ikke ekteskapet bli anerkjent med mindre det foreligger *sterke grunner*, og begge parter har begjært at ekteskapet må anerkjennes som gyldig. Det er likevel til enhver tid avgjørende at ekteskapet åpenbart ikke vil virke støtende på norsk rettsorden (ordre public) jf. første ledd siste setning.

At ekteskapet bare anerkjennes dersom det foreligger *sterke grunner* tilsier etter sin ordlyd at terskelen er høy. Det må være noe helt spesielt som skulle tilsi at hovedregelen skal kunne fravikes. At terskelen er høy presiseres også i forarbeidene hvor det fremkommer at unntaksbestemmelsen er ment å ta høyde for de helt åpenbart urimelige tilfellene. Det skal gjøres en konkret og svært grundig vurdering i den enkelte sak, men en må likevel ha i bakhodet at hovedhensikten med å forby ekteskap før 18 års alderen er at den unge i alminnelighet ikke har nådd den modenhet eller evne som kreves for selvstendig å ta stilling til konsekvensene av å inngå ekteskap.<sup>135</sup>

For ordre public vurderingen og betenkelighetene til at ekteskapet ikke prøves prejudisielt vises det til punkt 6.6.1. Samme problematikk gjør seg også gjeldende for anerkjennelse av et ekteskap til et barn som har giftet seg i utlandet, men bor i Norge. Slik situasjonen til et barn etter utl. § 43 i så tilfelle ville vært.

---

<sup>133</sup> Jf. også Tuquabo-Tekle mot Nederland (2005) C.

<sup>134</sup> Prop.49 L (2017-2018) s.14.

<sup>135</sup> Ot.prp.nr.100 (2005-2006) s. 70.

## 6.7 Statens plikt til å forebygge barne- og tvangsekteskap

Det følger av SP. artikkel 23 nr. 3 jf. menneskerettsloven § 2 nr. 3 at det norske samfunn har både rett og plikt til å beskytte unge mennesker mot tvangsekteskap jf. også GrL. § 92. Flere artikler i barnekonvensjonen er også relevant. Det følger blant annet også av Barnekonvensjonens artikkel 24 nr. 3 at norske myndigheter skal treffe alle effektive og egnede tiltak for å avskaffe tradisjonsbunden praksis som er skadelig for barns helse. FNs barnekomité har uttalt at tvangsekteskap også er omfattet av statenes plikt til å treffe effektive og egne tiltak for barns helse etter BK artikkel 24 nr.3. Samtidig som staten har en plikt til å forebygge barne- og tvangsekteskap, har de også en plikt til å tilrettelegge for at alle kan få inngå ekteskap i tråd med norsk rett, se EMK artikkel 12.

Når et samliv er blitt påtvunget mot noens vilje, er det i utgangspunktet et spørsmål om samlivets legale status og eventuelt straffansvar for de som har medvirket til tvangsekteskap. Men det er også en sammenheng mellom tvangsekteskap og innvandringspolitikk ved at utlendingslovgivningen tas i bruk for å motvirke tvangsekteskap.<sup>136</sup> Likeledes kan det tenkes at regler i utlendingslovgivningen kan få motsatt effekt, nemlig en situasjon der utlendingslovgivningen potensielt kan legge til rette for anerkjennelse av tvangsekteskap.

I Norge er det straffbart å gifte seg med noen under 16 år. Dette gjelder også selv om ekteskapet inngås i utlandet.<sup>137</sup> Hvert annet sekund får verden en ny barnebrud<sup>138</sup>, og hvert år giftes 15 millioner jenter bort før de fyller 18 år.<sup>139</sup> Bangladesh, Sudan, Nepal og Etiopia er noen av landene i verden der barneekteskap er mest utbredt.<sup>140</sup> I 2019 søkte for eksempel 265 personer med etiopisk statsborgerskap om opphold i Norge gjennom reglene om familiegjenforening.<sup>141</sup> 71% av disse søkerne fikk innvilget familiegjenforening.<sup>142</sup>

---

<sup>136</sup> Einarsen (2004) s. 66.

<sup>137</sup> Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff § 262 annet ledd jf. § 5 første ledd nr. 4.

<sup>138</sup> Som barnebrud, og barneekteskap menes inngåtte ekteskap med mennesker under 18 år..

<sup>139</sup> International Center for research on women 2017. <https://www.icrw.org/child-marriage-facts-and-figures/> (sist besøkt:05.05.20).

<sup>140</sup> Rapport fra UNICEF, ending child marriage – progress and prospects. s. 2.

<sup>141</sup> Tallet er hentet fra en matematisk utregning med utgangspunkt i tallene fra UDI der de oppgir at 188 personer utgjør en innvilgelsesprosent på 71%. <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/forstegangs-familieinnvandringstillatelseter-etter-sokerens-statsborgerskap-og-relasjon-til-personen-i-norge-2019/> (sist besøkt 02.06.2020).

<sup>142</sup> <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/forstegangs-familieinnvandringstillatelseter-etter-sokerens-statsborgerskap-og-relasjon-til-personen-i-norge-2019/> (sist besøkt 02.06.2020).

Tvangsekteskap er også straffbart i Norge og innebærer at et ekteskap blir gjennomført til tross for at minst en av partene er motvillig.<sup>143</sup> Pakistan, Afghanistan, Irak, Iran og Tyrkia er land som har høy utbredelse av tvangsekteskap.<sup>144</sup> Dette er også land som har høyt antall søknader om familiegjenforening til Norge. I 2019 søkte for eksempel 501 personer med afghansk statsborgerskap om å få komme til Norge for å bo med et familiemedlem.<sup>145</sup> Bare 66% av disse fikk innvilget søknaden sin.<sup>146</sup>

Hva er grunnen til at 29% av etiopierne og 34% av afghanerne *ikke* fikk innvilget familiegjenforening i 2019? Kan det tenkes at noen av disse som fikk avslag på søknaden var barn som søkte familiegjenforening, men fikk avslag fordi barnet var gift? Hvis ja, har utlendingsforvaltningen gjort noe for å forebygge at de ikke tillegger barne- eller tvangsekteskap rettsvirkninger? Dette blir kanskje bare spekulasjoner, men gir samtidig rom for refleksjoner.

Det finnes flere eksempler der utlendingsforvaltningen ikke har reagert på at barn er gift. Som eksempel kan det nevnes at det ved Storskog i 2015 kom en 14 år gammel gravid jente med sin 9 år eldre ektemann fra Syria uten at noen reagerte på dette. Det var først når andre beboere på asylmottaket sendte bekymringsmelding til barnevernet at politiet ble informert om saken. Utlendingsforvaltningen fikk mye kritikk etter hendelsen og ble kritisert for å gjøre for lite i kampen mot å bekjempe tvangsekteskap.<sup>147</sup>

Forvaltningen (UDI og UNE) har egne retningslinjer for å motvirke at tvangsekteskap og proformaekteskap<sup>148</sup> gir *grunnlag*, eller brukes som et instrument for oppholdstillatelse. Typisk ved familiegjenforening mellom ektefeller.<sup>149</sup> Allerede ved førstegangsmøte med norske myndigheter må søkeren fylle ut en samlivserklæring som har som hovedformål å ha

---

<sup>143</sup> Straffeloven § 253.

<sup>144</sup> [https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/tvangsekteskap/ikke\\_bare\\_tvangsekteskap\\_web.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/tvangsekteskap/ikke_bare_tvangsekteskap_web.pdf) s. 26 (sist besøkt 03.06.2020).

<sup>145</sup> Tallet er hentet fra en matematisk utregning med utgangspunkt i tallene fra UDI der de oppgir at 331 personer utgjør en innvilgelsesprosent på 66%. Se link i fotnote 109.

<sup>146</sup> Se link i fotnote 110.

<sup>147</sup> <https://www.nrk.no/tromsogfinnmark/gravid-mor-14-sokte-asyl-sammen-med-sin-mann-23--ingen-ble-varslet-1.12682747> (sist besøkt: 02.06.2020).

<sup>148</sup> Begrepet brukes for ekteskap der hovedgrunnen til giftemål er ønske om oppholdstillatelse.

<sup>149</sup> Se for eksempel RUDI-2013-10.

en preventiv effekt med hensyn til proformaekteskap.<sup>150</sup> For de tilfeller det søkes om familiegjenforening mellom ektefeller har dessuten forvaltningen etter utl. § 51 annet ledd mulighet til å nekte innvilgelse dersom det er sannsynlighetsovervekt for at det foreligger et tvangsekteskap.<sup>151</sup> Forvaltningen synes således å ha gode rutiner for å påse at et ekteskap faktisk er gyldig der det er et vilkår at partene *må være gift* for å få opphold. Dette må ses i sammenheng med at UDI prejudisielt prøver ekteskapet i slike situasjoner.<sup>152</sup>

Når forvaltningen ikke prejudisielt prøver ekteskapet etter utl. §§ 42 eller 43 er sjansen for å fange opp barne- og tvangsekteskap dermed minimal. Den manglende prøvningen tyder på at noen, enten lovgiver eller utlendingsforvaltningen, faktisk ikke har tenkt på at de indirekte kan risikere å tillegge et barne- eller tvangsekteskap rettsvirkning, når de nekter et barn å bo med foreldrene sine i Norge på bakgrunn av barnets sivilstand. Det kan også tolkes som om det er barnets ansvar å aktivt opplyse norske myndigheter om at det er utsatt for et barne- eller tvangsekteskap dersom barnet ønsker at utlendingsforvaltningen ikke skal tillegge ekteskapet rettsvirkninger etter utlendingsloven. Sistnevnte vil nok ut fra rimelighetshensyn tale for at det mest nærliggende er at utlendingsforvaltningen har en selvstendig plikt til å undersøke om et barn potensielt kan være utsatt for et tvangsekteskap før de presumerer etter utl. § 42. Mange barn som er utsatt for barne- og tvangsekteskap vet ikke at de er utsatt for noe som er straffbart en gang, disse har behov for ekstra beskyttelse av det norske samfunn.

De manglende sporbare rutinene for prejudisiell prøving av ekteskapet etter utl. §§ 42 og 43 taler *ikke* dithen at norske myndigheter oppfyller sin plikt etter SP og barnekonvensjonen til å beskytte unge mennesker mot tvangsekteskap. Når lovgiver bevisst har valgt å ha et vilkår som potensielt kan medføre at barne- og tvangsekteskap tillegges rettsvirkninger er det bemerkelsesverdig at det ikke finnes noen rundskriv, retningslinjer, saksbehandlingsregler eller lignende som skulle tilsi at den reelle ekteskapssituasjonen til barnet blir vurdert konkret i hver enkelt sak.

---

<sup>150</sup> Se for eksempel UDIRS-2010-120 punkt 3.2, se også vedlegg 1 for samlivserklæringen.

<sup>151</sup> Formålet med bestemmelsen er å motvirke opphold med grunnlag i et ekteskap som er inngått mot en av partenes vilje, se ot.prr.nr.75 (2006-2007) s. 427.

<sup>152</sup> Se også punkt 6.5.1.

## 7 Avsluttende bemerkninger

Gjeldende rett er at barnets sivilstand er avgjørende for retten til familiegjengenforening mellom forelder/e som bor i Norge, og barnet som befinner seg i utlandet, jf. utl. § 42. Når det gjelder utl. § 43 er det særdeles uklart hva som har vært lovgiverviljen og hvorfor vilkåret ikke ble videreført. Mye tyder på at 'problemet' etter utl. § 43 har oppstått i det den generelle bestemmelsen som definerte barn (nåværende § 50) ble vedtatt uten et vilkår om barnets sivilstand.

Sett fra et innvanderregulerende perspektiv er det mye som taler for at det burde være et vilkår om barnets sivilstand etter bestemmelsene. Likevel kunne man kanskje realisert samme formål, å begrense sekundærinnvandringen, ved å for eksempel heller ha et vilkår om det er et krav at barnet må ha et «omsorgsbehov» fra foreldrene. Dette ville forhindret presumsjoner etter § 42, og kanskje dermed også vært bedre forenlig med EMK artikkel 8. Etter utl. § 43 fanger vilkåret om at foreldrene og barnet skal «bo sammen» opp muligheten til å sile ut de barna som faktisk ikke har et reelt omsorgsbehov fra sine foreldre. Det er som påpekt ikke gitt at barnet *ikke* har et omsorgsbehov selv om barnet er gift, barnet kan være utsatt for tvangsekteskap og har kanskje et større omsorgsbehov enn noen gang. Mange av betenkelighetene, både når det gjelder forholdet til ekteskapsloven og statens plikt til å forebygge barne- og tvangsekteskap kunne også vært redusert dersom det fantes bedre rutiner for anerkjennelse av utenlandske ekteskap. Hadde det for eksempel fantes et felles anerkjennelsesinstitutt hadde sjansen for at barne- og tvangsekteskap ble oppdaget etter min mening vært mye større enn når forvaltningsorgan, utenfor sitt eget kompetanseområde, må vurdere hvorvidt et ekteskap er gyldig eller ikke for å kunne fatte en avgjørelse. Barn er sårbare og har et ekstra behov for beskyttelse. Som en konsekvens av dette mener jeg at dersom et barn oppgir til norske myndigheter at barnet har inngått ekteskap, burde følgene av dette *ikke* være at barnet automatisk mister retten til å bo med sine foreldre. Staten bør vurdere dette ekteskapet nærmere slik de gjør i de tilfellene ekteskap er en forutsetning for å få opphold.

# Referanseliste

## Lovgivning

Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen (sivilombudsmannsloven)

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven). [opphevet]

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

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

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

Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven)

## Utenlandsk lovgivning:

Svensk utlendingslov: Utlänningslag 29. september 2005.

[https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/utlanningslag-2005716\\_sfs-2005-716](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/utlanningslag-2005716_sfs-2005-716) [sitert 02.06.2020]

## Internasjonale konvensjoner

EMK: Den europeiske menneskerettskonvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter.

Wien-Konvensjonen 22. mai 1969 om traktatretten.

Barnekonvensjonen: FNs konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter.

SP: De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1996 om sivile og politiske rettigheter.

## Forskrifter

FOR-1990-12-21-1028: Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) [opphevet].

FOR-2009-10-15-1286: Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften).



## **Lovforarbeider**

Ot.prp.nr.100 (2005–2006) Om lov om endringer i ekteskapsloven og straffeprosessloven mv. (tiltak for å forhindre tvangsekteskap mv).

Ot.prp.nr.75 (2006–2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

Ot.prp.nr.28 (2007-2008) Om lov om endringer i lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester m.v.

Ot.prp.nr.110 (2008–2009) Om lov om vergemål (vergemålsloven).

Dok.nr.16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Prop.49 L (2017–2018) Endringer i ekteskapsloven (absolutt 18-årsgrense for å inngå ekteskap i Norge).

## **Norsk rettspraksis**

Rt. 1995 s. 530 (A)

Rt. 2000 s. 996 (B)

Rt. 2008 s. 681 (A)

Rt. 2009 s. 1261 (A)

Rt. 2012 s. 1985 (P)

Rt.2012 s. 2039 (P)

Rt. 2014 s. 1281 (A)

Rt. 2014 s. 1105 (A)

Rt. 2015 s. 155 (A)

Rt. 2015 s. 155 (A)

Rt. 2015. s. 206 (A)

HR-2016-2554 (P)

HR-2019-699 (A)

## **Avgjørelser fra den europeiske menneskerettsdomstol**

Ahmut mot Nederland: C, nr. 21702/93 (1996)

Akobbar mot Sverige: desicion, nr. 23270/16 (2019)

Berrehab mot Nederland: C, nr. 10730/84 (1988)

Benamar mot Nederland: C, nr. 43786/04 (2005)

Chandra m.fl. mot Nederland, desicion, nr. 53102/99 (2003)

Dubska og Krejzova mot Tsjekkia: GC, nr. 28859/11 og 28473/12 (2016)

El Ghatet mot Sveits: C, nr. 5671/10 (2016)

Fernandez Martinez mot Spania: GC, nr. 56030/07 (2014)

F.N mot England: C, nr. 3202/09 (2013)

Gül mot Sveits: C: nr. 23218/94 (1996)

IM v. Nederland: desicion, nr. 41266/98 (2003)

Jeunesse mot Nederland: GC, nr. 12738/10 (2014)

Keegan mot Irland: C, nr. 16969/90 (1994)

Malone mot Storbritannia: P, nr. 8691/79 (1984)

Marckx mot Beliga: P, nr. 6833/74 (1979)

M.M mot Nederland: C, nr. 39339/98 (2003)

Mubilanzila Mayeka og Kaniki Mintug mot Beliga: C, nr. 131178/03 (2006).

Olsson mot Sverige: No. 1 P, nr. 10465/83 (1988)

Osman mot Danmark: C, nr. 38058/09 (2011)

Perdersen og andre mot Norge: Second section, nr. 39710/15 (2020)

Radaj mot Polen: C: nr. 35453/97 (2002)

Rodrigues da silva og Hoogkamer mot Nederland: C, nr. 50435/99 (2006)

Sen mot Nederland: C, nr. 31465/96 (2001)

Silvenko mot Latvia: GC, nr. 48321/99 (2003)

Silvers og andre mot Storbritannia: C, nr. 7136/75 (1983)

Tuquabo-Tekle og andre mot Nederland: C, nr. 60665/00 (2005)

## Forvaltningspraksis

A-63/09 Rundskriv fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet om ikrafttredelse av ny utlendingslov og ny utlendingsforskrift fra 1. januar 2010.

UDIRS-2010-120: Rundskriv fra Utlendingsdirektoratet, retningslinjer for forberedelse av søknader om familieinnvandring.

RUDI-2013-10: Retningslinje fra Utlendingsdirektoratet, Tvangsekteskap i familieinnvandringssaker.

Q-2016-20: Rundskriv fra Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet. Om ekteskapsloven 4. juli 1991 nr. 47.

SOM-2018-4025: Sivilombudsmannens uttalelse, forfatter Aage Thor Falkanger. Sist oppdatert: 22. januar 2020.

## Litteratur

Aall, Jørgen: «Rettsstat og menneskerettigheter», 5. utgave, Fagbokforlaget, 2018.

Bakke, Hege Helene (red.), Lien Lars, Dybdahl Ragnhild, Siem Harald og Julardzija Irma: «Asylsøkere og flyktninger, psykisk helde og livsmestring», Universitetsforlaget, 2019.

Boe, Erik: Juridisk artikkel, «Sterke menneskelige hensyn – for sterke for Høyesterett», i kritisk juss 2009 s. 9-31, Fagbokforlaget. Lovdata referanse: KRJU-2009-9.

Dybvik, Øyen (red): «Lærebok i utlendingsrett», 2. utgave, Universitetsforlaget, 2018.

Einarsen, Terje: Juridisk artikkel, «Familieinnvandring, tvangsekteskap og politikk», i Festschrift om Menneskerettigheter til Carl Aage Nørggard. S. 65-81, Jurist og økonomiforbundets forlag, 2004.

Einarsen, Terje: Norsk lovkommentar, utlendingsloven, Rettsdata.no. (2015) [sist oppdatert 04.06.2020].

Eckhoff, Torstein: «Rettskildelære», 5. utgave ved Jan. E Helgesen, Universitetsforlaget, 2001.

Kierulf, Anine: Norsk lovkommentar, Grunnloven, Rettsdata.no. [sist oppdatert 03.06.2020].

Nygaard, Nils: «Rettsgrunnlag og standpunkt», 2 utgave. 4 opplag 2014, Universitetsforlaget, 2004.

Skoghøy, Jens Edvin A: «Rett og rettsanvendelse», Universitetsforlaget, 2018.

## Nettsted

Utlendingsdirektoratet, Innvilgede familietillatelser for tredjelandsborgere etter måned og statsborgerskap (2020) [Sisert: 06.05.2020] <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/innvilgede-familietillatelser-for-tredjelandsborgere-etter-maned-og-statsborgerskap-2020/>

Utlendingsdirektoratet, Førstegangs familieinnvandringstillatelser etter søkerens statsborgerskap og relasjon til personen i Norge (2019) [Sisert: 23.04.2020] <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/forstegangs-familieinnvandringstillatelser-etter-sokerens-statsborgerskap-og-relasjon-til-personen-i-norge-2019/>

Årsmelding fra Sivilombudsmannen 2019: Dokument 4 (2019-2020) [Sisert: 06.05.2020] [https://www.sivilombudsmannen.no/wp-content/uploads/2020/03/SIVOM\\_A%CC%8ARSMELDING\\_2019\\_NO\\_WEB-1-1.pdf](https://www.sivilombudsmannen.no/wp-content/uploads/2020/03/SIVOM_A%CC%8ARSMELDING_2019_NO_WEB-1-1.pdf)

Årsmelding fra Sivilombudsmannen 2018: Dokument 4 (2018-2019) [Sisert: 03.02.2020] [https://www.sivilombudsmannen.no/wp-content/uploads/2019/03/SIVOM\\_%C3%85RSMELDING\\_2018\\_NO\\_generell.pdf](https://www.sivilombudsmannen.no/wp-content/uploads/2019/03/SIVOM_%C3%85RSMELDING_2018_NO_generell.pdf)

Virksomhetsrapport fra Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe i utlendingsrett: Arild Humlen og Jonas W. Myhre, 2007-2014, Den norske advokatforening. [Sisert 06.05.2020] [https://www.advokatforeningen.no/globalassets/6731/a\\_and\\_p\\_rapport.pdf](https://www.advokatforeningen.no/globalassets/6731/a_and_p_rapport.pdf)

Forskningsartikkel: «Ressurssvake når ikke frem i retten», Jorunn Kanestrøm, september 2011, Universitetet i Oslo. <https://forskning.no/juridiske-fag-universitetet-i-oslo-partner/ressurssvake-nar-ikke-frem-i-retten/753962> [Sist besøkt 02.06.2020].

International Center for research on women (2017). <https://www.icrw.org/child-marriage-facts-and-figures/> [Sist besøkt 05.05.20]

Rapport fra UNICEF, ending child marriage – progress and prospects: [https://www.unicef.org/media/files/Child\\_Marriage\\_Report\\_7\\_17\\_LR..pdf](https://www.unicef.org/media/files/Child_Marriage_Report_7_17_LR..pdf)

Utlendingsdirektoratet, Førstegangs familieinnvandringstillatelser etter søkerens statsborgerskap og relasjon til personen i Norge (2019). <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/forstegangs-familieinnvandringstillatelser-etter-sokerens-statsborgerskap-og-relasjon-til-personen-i-norge-2019/> [Sisert 02.06.2020].

Nyhetsartikkel fra NRK: <https://www.nrk.no/tromsogfinnmark/gravid-mor-14-sokte-asyl-sammen-med-sin-mann-23--ingen-ble-varslet-1.12682747> [sist besøkt: 02.06.2020].

Regjeringen: «Ikke bare tvangsekteskap, en artikkelsamling». Sluttrapport fra Imdi's arbeid med handlingsplan mot tvangsekteskap 2008-2011. [https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/tvangsekteskap/ikke\\_bare\\_tvangsekteskap\\_web.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/tvangsekteskap/ikke_bare_tvangsekteskap_web.pdf) [Sist besøkt 03.06.2020].

Bufdir: «Organisasjon» [https://bufdir.no/Kontakt/Om\\_Bufdir\\_og\\_Bufetat/Om\\_Bufdir/](https://bufdir.no/Kontakt/Om_Bufdir_og_Bufetat/Om_Bufdir/) [sist besøkt 04.06.2020].

