

Utlendingsnemndas rettsanvendelse i sak om familieinnvandring

12.9.2019 (2018/4025)

Saken gjelder UNEs rettsanvendelse i familieinnvandringssak hvor referansepersonen (herboende) var mindreårig.

UNE har lagt til grunn en uriktig forståelse av utlendingsloven § 43, ved å innfortolke et krav om at referansepersonen må være enslig. UNEs tolkning er i strid med lovens ordlyd og mangler dessuten tilstrekkelig støtte i rettskildene for øvrig. Vedtaket er ugyldig.

UNE må vurdere saken på nytt og legge ombudsmannens syn på gjeldende rett til grunn i den fornyede vurderingen av denne saken og i fremtidige saker.

Sakens bakgrunn

A (heretter referansepersonen) kom til Norge fra Eritrea og fikk midlertidig oppholdstillatelse i september 2015. Ett år senere fikk hun en sønn.

B og hennes datter C (heretter klagerne) søkte i mai 2017 om oppholdstillatelse etter regelverket om familieinnvandring med referansepersonen, som ble opplyst å være henholdsvis deres datter og søster. Referansepersonen var på dette tidspunktet 16 år. UDI avslo søknadene i oktober 2017. Vedtakene ble opprettholdt av UNE 27. september 2018. Utlendingsmyndighetene mente at referansepersonen hadde samboer i Norge, og at vilkårene for familieinnvandring etter utlendingsloven § 43 derfor ikke var oppfylt.

Jusshjelpa i Nord-Norge klaget 22. oktober 2018 til ombudsmannen på vegne av familien. Jusshjelpa anførte blant annet at det i utlendingsloven § 43 ikke gjelder et krav om at referansepersonen må være «enslig», slik UNE la til grunn i vedtaket.

Våre undersøkelser

På bakgrunn av en gjennomgang av klagen og saksdokumentene fant vi grunn til å undersøke saken skriftlig. I brev 20. mars 2019 ba vi om en redegjørelse for hvorfor UNE mener at det i utlendingsloven § 43 må innfortolkes et krav om at referansepersonen må være enslig. Vi spurte også om tolkningen er i tråd med UNEs praksis i sammenlignbare saker og i tråd med det syn på gjeldende rett som Justis- og beredskapsdepartementet har gitt uttrykk for. Til sistnevnte viste vi til at departementet i brev 21. januar 2019 til Jusshjelpa, blant annet skrev at:

«Utlendingsloven § 43 utelukker imidlertid ikke familieinnvandring i tilfeller der referansepersonen er gift eller samboer.»

UNE svarte på spørsmålene 24. april 2019 og fastholdt lovforståelsen som kom til uttrykk i vedtaket. UNE mener at det i utlendingsloven § 43 må innfortolkes et krav om at referansepersonen må være uten ektefelle eller samboer, selv om dette vilkåret ikke fremgår av lovteksten. Dette ble i hovedsak begrunnet med uttalelser i forarbeidene, hva som tidligere var gjeldende rett og sammenhengen i regelverket. UNE opplyste at de ikke hadde behandlet andre saker hvor de hadde tatt stilling til om referansepersonen må være enslig. UNE merket seg departementets syn på saken, men mente at uttalelsen hadde begrenset rettskildemessig vekt og ikke kunne være avgjørende for UNEs lovforståelse.

Begrunnelsen for UNEs syn er nærmere omtalt under ombudsmannens syn på saken.

Ombudsmannens syn på saken

1. Rettslig grunnlag

Foreldre og søsken til barn med oppholdstillatelse i Norge etter utlendingsloven §§ 28 eller 34 har på visse vilkår rett til oppholdstillatelse. Dette følger av utlendingsloven § 43:

«Søkere som er foreldre til barn under 18 år med opphold i riket etter §§ 28 eller 34, har rett til opphold. Det er et vilkår at søkerne skal bo sammen med barnet. Dersom søkeren er enslig mor eller far, har den av foreldrene som hadde foreldreansvaret og som barnet bodde fast sammen med i hjemlandet, fortrinnsrett til opphold i Norge.

Tilsvarende gjelder for søsken under 18 år som ikke har ektefelle eller samboer, og som bor sammen med foreldrene, eller den av dem som får opphold.»

Det er enighet om at referansepersonen var under 18 år på søknadstidspunktet, og at hun hadde opphold i riket etter utlendingsloven §§ 28 eller 34. I tillegg oppstiller loven et krav om at søkeren og referansepersonen skal «bo sammen». For søsken under 18 år – i egenskap av å være søker – er det dessuten et vilkår om at denne ikke har ektefelle eller samboer.

Det følger ikke av ordlyden i § 43 første ledd at det gjelder et krav om at referansepersonen må være enslig. Hovedspørsmålet i saken er om det er riktig som UNE har gitt uttrykk for, at det likevel må «innfortolkes som et vilkår i dagens bestemmelse» at referansepersonen er uten ektefelle eller samboer.

2. Gjelder det et krav om at referansepersonen skal være enslig?

Det naturlige utgangspunktet for å fastslå innholdet i en lovfestet regel er ordlyden i den aktuelle lovbestemmelsen. Utlendingsloven § 43 angir referansepersonen som

«barn under 18 år med opphold i riket etter §§ 28 eller 34».

Etter naturlig språklig forståelse av lovens ordlyd gjelder det ikke et krav om at referansepersonen må være enslig. UNEs syn om at det likevel må innfortolkes et slikt krav, er derfor i strid lovens ordlyd.

Paragraf 43 er en rettighetsbestemmelse. Søkere som oppfyller vilkårene, har krav på tillatelse. Retten til familieinnvandring etter § 43 har sammenheng med retten til familieliv etter EMK artikkel 8, som gjelder som norsk lov. Et inngrep i retten til familieliv må anses å befinne seg sentralt i det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet. Dette tilsier at det skal klare holdepunkter til for å fravike en klar ordlyd til skade for den private part.

UNE har vist til at «barn» – i utlendingsrettslig forstand – var definert i utlendingsforskriften 1990 § 23 annet ledd. Bestemmelsen lød slik:

«Barn vil si person under 18 år uten ektefelle eller samboer. 18-årsgrensen anses overholdt når søknaden med alle opplysninger og vedlegg som er nødvendig for å avgjøre den, er innkommet til vedtaksmyndigheten innen 18-årsdagen. Dersom søknaden avgjøres etter dette tidspunktet, vurderes underholdskravet i forhold til 18-årsdagen.»

Bestemmelsen synes å være inntatt med noen endringer i någjeldende utlendingsloven § 50, som lyder slik:

«Når det er avgjørende for om det skal gis tillatelse etter dette kapittelet om søkeren er eller har barn under 18 år, anses barnet å være under 18 år når søknaden med alle opplysninger og vedlegg som er nødvendig for å avgjøre den, er innkommet til utlendingsmyndighetene innen 18-årsdagen.»

Som det fremgår, har lovgiver i denne bestemmelsen ikke videreført kravet om at barnet må være enslig.

Ombudsmannen nevner for ordens skyld at Justisdepartementet på side 7 i vedlegg 9 til A-63/09 «Rundskriv om ikrafttredelse av ny utlendingslov og ny utlendingsforskrift fra 1. januar 2010» skriver at

«hvem som skal anses som barn i tilknytning til bestemmelsene om familieinnvandring er regulert i utlendingsloven 2008 § 50».

Det er ingenting i dette vedlegget til ikrafttredelsesrundskrivet som trekker i retning av at det i tillegg gjelder et krav om enslighet.

Barn er dessuten definert i FNs Barnekonvensjon artikkel 1:

«I denne konvensjonen menes med barn ethvert menneske under 18 år, hvis ikke barnet blir myndig tidligere etter den lovgivning som gjelder for barnet.»

Etter barnekonvensjonen er det ikke et vilkår for å regnes som barn at man er uten samboer eller ektefelle. Etter norsk intern rett blir man myndig ved fylte 18 år. Det kan ikke i norsk rett oppstilles et vilkår om at man skal være enslig for å anses som et barn.

Spørsmålet er etter dette om det likevel er grunn til å innfortolke et tilleggsvilkår i § 43 første ledd om at barnet må være uten samboer eller ektefelle.

Etter det ombudsmannen kjenner til, foreligger det ikke rettspraksis som tar stilling til det aktuelle tolkningsspørsmålet. Etter UNEs egne opplysninger har de ikke behandlet andre saker hvor det har blitt tatt stilling til om referansepersonen må være uten ektefelle eller samboer.

Som begrunnelse for sitt syn om at det må innfortolkes et tilleggsvilkår om at referansepersonen må være enslig, har UNE i hovedsak vist til 1) tidligere gjeldende rett, 2) uttalelser i forarbeidene og 3) sammenhengen i regelverket.

UNE skriver blant annet at:

«Utlendingsloven § 43 er en videreføring av den tidligere bestemmelsen i utlendingsforskriften 1990 § 23 første ledd bokstav g og h.»

Forskriften § 23 første ledd bokstav g lød:

«foreldre til barn, jfr. annet ledd, med opphold i riket etter lovens §§ 17 eller 22, når foreldrene er gift eller samboere, og søsken under 18 år uten ektefelle eller samboer, når disse bor sammen med foreldrene. Det er et vilkår at søkerne skal bo sammen med herboende»

Det fremgikk som nevnt over av tidligere § 23 andre ledd at «barn» var definert som «person under 18 år uten ektefelle eller samboer».

Ombudsmannen er enig i at det etter utlendingslov av 1988 og utlendingsforskriften av 1990 gjaldt et krav om at referansepersonen i saker som dette måtte være enslig. Dette kan imidlertid vanskelig være avgjørende for hva som i dag er gjeldende rett.

Ettersom UNE mener å finne støtte for sitt syn i forarbeidene er det grunn til å knytte enkelte kommentarer til disse. UNE har trukket fram at det i kapitteloverskriften i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) kapittel 9.6.10, er vist til «enslig barn med opphold». Dessuten er følgende fra det aktuelle kapittelet trukket fram:

«Bakgrunnen for at det foreligger en rett til familiegjenforening i Norge i disse tilfellene, er at det nesten alltid vil være umulig for familien å gjenforenes i hjemlandet, jf. at situasjonen i hjemlandet har blitt vurdert som så alvorlig at referansepersonen – som i dette tilfellet er en enslig mindreårig – har fått asyl og/eller har blitt tatt ut på kvote»

Ombudsmannen er enig i at ovennevnte uttalelser i forarbeidene, kan trekke i retning av at departementet har ment å videreføre et krav om at referansepersonen skal være enslig. Forarbeidene er imidlertid ikke entydige. Departementet har i proposisjonen ikke drøftet hvorfor det eventuelt skal gjelde et krav om at referansepersonen må være enslig, og hvorfor det eventuelt likevel ikke er behov for at dette skal fremgå av bestemmelsen. Dette i motsetning til vilkåret i samme bestemmelse om at referansepersonen og søkeren skal bo sammen. Heller ikke dette vilkåret var nevnt i utvalgets utkast, men ble inntatt av departementet.

Det fremstår dessuten som uklart om departementet har ment å vise til barnets sivile status på tidspunktet det kom til Norge og fikk tillatelsen eller statusen på tidspunktet for søknaden om familieinnvandring. Det vises i denne sammenheng blant annet til side 218, andre hele avsnitt siste punktum.

Etter ombudsmannens syn gir de nevnte uttalelsene i forarbeidene ikke tilstrekkelige holdepunkter til at det kan innfortolkes et krav i § 43 første ledd om at referansepersonen skal være enslig, i strid med lovens ordlyd.

UNE har videre argumentert for at sammenhengen i regelverket taler for at det må innfortolkes et krav om at referansepersonen er enslig:

«I andre bestemmelser som omhandler familieinnvandring for barn er det også vilkår om at barnet må være uten ektefelle eller samboer. UNE mener derfor at det er ingen gode grunner til å behandle 'barn' i utlendingsloven § 43 på en annen måte enn 'barn' i andre bestemmelser med tanke på om de har ektefelle eller samboer.»

I denne sammenheng har UNE vist til forarbeidene til utlendingsloven § 42. Denne bestemmelsen gjelder for de tilfellene hvor det er et barn som søker om familiegjenforening med sin forelder i Norge, ikke der hvor en forelder søker om familiegjenforening med sitt barn i Norge. Utlendingsloven § 42 og § 43 gjelder altså to forskjellige situasjoner. Etter § 42 opptrer barnet som søker, og oppholder seg utenfor Norge. I § 43 opptrer barnet som referanseperson, og oppholder seg i Norge.

I Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) punkt 9.6.7.5 skriver departementet følgende om § 42:

«Utvalget har ikke inntatt noen bestemmelse om at barn under 18 år må være uten ektefelle eller samboer for å ha rett til familiegjenforening. Dette er et vilkår etter gjeldende rett, og departementet antar at vilkåret ved en inkurie ikke er videreført av utvalget. Departementet mener uansett at barn som har ektefelle eller samboer i hjemlandet, har en så sterk tilknytning til hjemlandet at barnets behov ikke kan begrunne en rett til familiegjenforening med foreldrene i Norge. Departementet har derfor innarbeidet dette som et vilkår i lovutkastet.»

UNE har fremholdt at:

«De samme hensynene gjør seg gjeldende i anvendelsen av utlendingsloven § 43. Hvis barnet (referansepersonen) har ektefelle eller samboer, har han eller hun etablert sin egen familieenhet, og barnets behov kan derfor ikke begrunne en rett til familiegjenforening med foreldrene i Norge.»

Paragraf 42 og § 43 gjelder som vist over to ulike faktiske situasjoner. Begrunnelsen for at departementet mente det var nødvendig å videreføre kravet om enslighet i § 42 synes å ha vært at barn med ektefelle eller samboer i hjemlandet har en så sterk tilknytning til landet at barnets behov ikke kan begrunne en rett til familieinnvandring til foreldre bosatt i Norge. Ombudsmannen er ikke enig i at de samme hensynene nødvendigvis gjør seg gjeldende i

§ 43 som regulerer tilfeller hvor barnet ikke lenger befinner seg i hjemlandet, men har fått opphold i et fremmed land – i dette tilfellet Norge – uten foreldre og/eller søsken.

At departementet oppdaget «inkurien» i utvalgets forslag til ny § 42, kan etter ombudsmannens syn klart ikke tas til inntekt for at den samme inkurien ble gjort ved utarbeidelsen av § 43, uten at den ble oppdaget av departementet. Det har snarere formodningen mot seg at departementet – etter en grundig gjennomgang – oppdaget den i den ene bestemmelsen, men overså den i den andre.

Det kan også med god grunn hevdes at ordlyden i § 43 andre ledd taler for at det har vært lovgivers intensjon å ikke videreføre kravet om at barn som er referanseperson etter første ledd må være uten ektefelle eller samboer. Lovgiver har i denne bestemmelsen uttrykkelig angitt at mindreårige søsken, i egenskap av å være søker, må være enslig. Det har formodningen mot seg at det samme vilkåret skulle gjelde for referansepersonen, når dette ikke er angitt i bestemmelsens første ledd.

Ombudsmannen kan etter dette heller ikke se at sammenhengen i regelverket gir tilstrekkelig støtte til å innfortolke et krav om enslighet, i strid med lovens ordlyd.

Ombudsmannen finner også grunn til å nevne at Jusshjelpa i anledning saken har henvendt seg til Justis- og beredskapsdepartementet. Jusshjelpa stilte spørsmål om departementets forståelse av utlendingsloven § 43.

Av departementets brev 21. januar 2019 til Jusshjelpa fremgår det blant annet at det

«forhold at den mindreårige har etablert en ny familie med en ny samlivspartner, kan tilsa at vilkåret ikke er oppfylt. Utlendingsloven § 43 utelukker imidlertid ikke familieinnvandring i tilfeller der referansepersonen er gift eller samboer».

Fagdepartementet mener med andre ord at det ikke skal innfortolkes et krav om at referansepersonen er enslig. Også dette trekker i retning av at det ikke var en inkurie at kravet om enslighet ikke ble videreført. Henvendelsen fra Jusshjelpa ga departementet en klar oppfordring og anledning til å rette opp en eventuell feil i bestemmelsen.

Samlet sett savner UNEs lovforståelse tilstrekkelig støtte i rettskildene og alminnelige tolkningsprinsipper. Forståelsen er direkte i motstrid med en naturlig forståelse av lovens ordlyd og gir et tolkningsresultat som er til individets ugunst. Dersom UNE mener at loven ikke gir uttrykk for lovgiverviljen, må dette tas opp med departementet. Inntil loven eventuelt er endret, må UNE rette seg etter gjeldende rett, slik det har kommet til uttrykk i denne uttalelsen.

Ombudsmannen mener at UNEs vedtak 27. september 2018 er ugyldig. Den uriktige lovforståelsen har medført at UNE har innfortolket et vilkår som ikke følger av gjeldende rett og avslått søknaden på denne bakgrunn. Feilen kan klart ha hatt avgjørende betydning for resultatet i saken. Ombudsmannen ber UNE vurdere saken på nytt og legge ombudsmannens syn på gjeldende rett til grunn for denne vurderingen og i fremtidige saker.

Konklusjon

UNE har lagt til grunn en uriktig forståelse av regelverket, ved å innfortolke et krav om at referansepersonen må være enslig. UNEs tolkning er i strid med lovens ordlyd og mangler dessuten tilstrekkelig støtte i rettskildene for øvrig. Vedtaket er ugyldig.

UNE må vurdere saken på nytt og legge ombudsmannens syn på gjeldende rett til grunn i den fornyede vurderingen av denne saken og i fremtidige saker.

12.9.2019 (2018/4025)