

UiO : **Det juridiske fakultet**

De burde ha flyktet før

Familiegjenforening for flyktninger som ikke rekker ettårsfristen, og unntaket i utlendingsforskriftens § 10-8 femte ledd «forhold utenfor søkerens kontroll»

Kandidatnummer: 577

Leveringsfrist: 25.april 2017

Antall ord: 17 972



Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING	1
1.1 Tema for oppgaven	1
1.2. Bakgrunn	2
1.2.1 Uklarheter om gjeldende rett og gjeldende praksis	2
1.2.2 Familieinnvandring i Norge.....	2
1.2.3 Aktualitet: Pågående endringer i regelverket	3
1.3 Avgrensning og forutsetninger	4
1.4 Oppgavens disposisjon	5
1.5 Rettskilder	5
2. GJELDENE RETT	7
2.1 Utlendingslovens grunnvilkår for familiegjenforening	7
2.1.1 Referansepersonen	7
2.1.2 Personkrets.....	7
2.1.2.Underhold.....	8
2.1.3 Realitetsbehandling	9
2.1.4 Utlendingslovens unntak fra underholdskravet når referansepersonen har asyl	9
2.1.6 Ettårsfristen og unntaket i lys av forvaltningsrettslige regler.....	23
2.3 Internasjonale rettskilder	24
2.3.1. Forhold til utlendingsloven.....	24
2.3.2 Flyktningkonvensjonen sin sluttakt	25
2.3.3 EMK artikkel 8 – Rett til familieliv	26
3. PRAKSIS	33
3.1 Offentlig tilgjengelig praksis	33
3.1.2 Utlendingsnemndas praksisrapporter og praksisdatabase	33
3.2 Innhentet praksis fra Jussbuss	35
3.2.1 Metode og utvelgelse	35
3.2.2 Analyse av vedtakene	37
4. RETTSPOLITISK DRØFTELSE	46
5. LITTERATURLISTE	48

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Oppgavens tema er familiegjening mellom en person som har fått innvilget asyl i Norge og denne personens nærmeste familie.

Det er knyttet en rekke vilkår til familieinnvandring. Noen av disse er det referansepersonen¹ må oppfylle. Referansepersoner som er flyktninger² er i dag unntatt krav om underhold³ under visse forutsetninger.

Etter utlendingsforskriften § 10-8 fjerde ledd bokstav a) gjøres det unntak fra kravet til framtidig inntekt der søkeren er ektefelle, samboer eller barn av referanseperson som har oppholdstillatelse etter lovens § 28. Dersom søkeren er referansepersonens ektefelle, er det et vilkår at ekteskapet ble inngått før referansepersonen reiste inn i Norge.

For at unntaket i utlendingsforskriftens §10-8 fjerde ledd bokstav a) skal komme til anvendelse er det i forskriftens femte ledd «et vilkår at søknaden er fremmet innen ett år etter at referansepersonen fikk oppholdstillatelse, med mindre søkeren har vært forhindret fra å fremme søknad på et tidligere tidspunkt på grunn av forhold som ligger utenfor søkerens kontroll.»

Det er i utlendingsloven §10-8 femte ledd gjort unntak fra fristen på ett år dersom «søkeren har vært forhindret fra å fremme søknad på et tidligere tidspunkt på grunn av forhold som ligger utenfor søkerens kontroll». Problemstillingen er hvordan dette unntaket skal forstås og hvordan det praktiseres.

Det vil i oppgaven som svar på hvordan unntaket skal forstås fokuseres på det norske regelverket, inkludert folkerettslige forpliktelser som er en del av norsk rett. Videre vil spørsmålet om hvordan unntaket praktiseres innebære en analyse av utvalgt praksis for å kartlegge hvordan utlendingsmyndighetene vurderer unntaket i konkrete saker.

For å svare på hvordan unntaket praktiseres vil det gjøres en analyse av utvalgt praksis for å kartlegge hvordan utlendingsmyndighetene vurderer unntaket i konkrete saker.

¹ Referanseperson er den personen som har opphold i Norge, og som søkeren ønsker å bli gjenforent med eller å etablere familieliv med, jf. utl. §39

² Med flyktning menes personer med oppholdstillatelse etter utlendingslovens §28

³ jf. utlendingsloven §58, jf. utlendingsforskriften §§10-7 til 10-12

1.2. Bakgrunn

1.2.1 Uklarheter om gjeldende rett og gjeldende praksis

Som medarbeider i utlendingsgruppa på Jussbuss i perioden 2016-2017 behandlet jeg flere saker der den nærmeste familien til en flyktning med oppholdstillatelse i Norge, hadde fått avslag på familiegjenforening. Flere av søkerne nådde ikke frem med at årsak til at ettårsfristen ikke var overholdt, var forhold som lå utenfor deres kontroll. Det finnes ingen rettspraksis på området, og det synes også uklart hva som ligger i gjeldende rett. Flere av vedtakene våre klienter mottok bar også preg av at utlendingsmyndighetene ikke hadde klart for seg hva som lå i unntaket. Denne oppgaven søker derfor å kartlegge gjeldende rett og sammenholde det opp mot noen enkeltvedtak gitt av UNE, som er innhentet fra Jussbuss sin database.

1.2.2 Familieinnvandring i Norge

Regelverket for familiegjenforening for flyktninger er under stadig debatt og endring. For å sette temaet i kontekst er det nyttig å se på hvor mange som kommer til Norge gjennom familieinnvandring, og hvor mange av disse som har en referanseperson som er flyktning.

I følge SSBs rapport «Familieinnvandring og ekteskapsmønster 1990-2015» har det i perioden 1990-2015 innvandret totalt 738 000 ikke-nordiske statsborgere til Norge. Om lag 267 000 av disse (36 prosent) kom som følge av familieinnvandring⁴.

Av den totale innvandringen av ikke-nordiske statsborgere til Norge er 141 300 av disse flyktninger⁵. Antallet familiemedlemmer som kom til Norge og hadde en referanseperson som var flyktning var i perioden 45 100.⁶

Det kan synes som at det offentlige ordskiftet ikke helt har tatt opp i seg tallenes tale når det gjelder hvor stort omfanget faktisk er. I perioden 1990-2015 viser tall fra SSB⁷ at kun 17% av flyktningene i Norge gjenforenes med familie. I snitt blir det gitt 0.32 familiegjenforeningstillatelser per flyktning. SSB poengterer dette i rapporten «Selv om familieinnvandrede til

⁴ Dzamarija og Sandnes (2016) s.37

⁵ I rapportens side 39 fremkommer det at SSB i sin statistikk regner flyktning som begrep mer utvidende enn det gjøres i utlendingsloven: «I SSBs offisielle statistikk over innvandringsgrunner omfatter «Flukt» de personene som har fått beskyttelse i Norge, uten hensyn til om personen har fått flyktningstatus etter flyktningkonvensjonen. Det betyr at personer med opphold på humanitært grunnlag, overføringsflyktninger uten flyktningstatus og personer med kollektiv beskyttelse også er inkludert i denne gruppen.»

⁶ Ibid., s.37

⁷ Ibid., s. 39

flyktninger utgjør kun en femtedel av alle familieinnvandrere, er de den mest omtalte gruppen av familieinnvandrerne i samfunnsdebatten»⁸.

Den største andelen familieinnvandring til Norge handler altså om familieinnvandring til referansepersoner som er arbeidsinnvandrere, EØS-borgere, eller norske borgere.

1.2.3 Aktualitet: Pågående endringer i regelverket

I 2015 inngikk Regjeringen og samarbeidspartiene KrF og Venstre en tilleggsavtale på asyl- og innvandringsfeltet. I tilleggsavtalen ble det avtalt at ettårsfristen skulle senkes til 6 måneder⁹. Fristen ble ikke endret fordi det oppsto uenighet¹⁰ om hva som egentlig var avtalt.

Flere elementer kan tyde på at Regjeringen bruker familiegjenforeningsreglene for å stramme inn på innvandring til Norge. I innstrammingspakken, presentert av statsråd Sylvi Listhaug våren 2016, var beskrivelsen «Høring med forslag til en rekke tiltak for å stramme inn og gjøre det mindre attraktivt å søke asyl i Norge»¹¹. Flere av forslagene omhandlet reglene for familiegjenforening for flyktninger. Det ble blant annet foreslått å fjerne unntaket fra underholdskravet for flyktninger i sin helhet. Dette ble stemt ned av Stortinget.

Arbeiderpartiet og Senterpartiet har uttrykt ønske om å kutte ned på fristen i behandlingen i Kommunal- og forvaltningskomiteen: «Disse medlemmer mener det bør gis en frist på tre måneder for å fremme søknad om familiegjenforening for personer som er gitt opphold etter utlendingsloven § 28»¹².

I behandlingen i Stortinget ble Regjeringen anmodet om å komme tilbake til Stortinget med et nytt forslag på frist: «Stortinget ber regjeringen komme tilbake med endrede tidsfrister for å søke familiegjenforening»¹³. Forslaget fikk støtte fra Høyre, Frp, Arbeiderpartiet og Senterpartiet, og dermed flertall.

Det nye forslaget fra departementet¹⁴ gikk ut på at det skal være en frist på tre måneder for å fremme søknad på nett. Fristen starter å løpe når referansen er «kunngjort» om sitt positive

⁸ Ibid., s.38.

⁹ Justis- og beredskapsdepartementet (2015)

¹⁰ Dagbladet (2015)

¹¹ Justis- og beredskapsdepartementet (2015)

¹² Innst. 391 L (2015–2016), s.71

¹³ Anmodningsvedtak nr. 859 (2015-2016)

¹⁴ Justis- og beredskapsdepartementet (2017)

asylvedtak. Deretter er det foreslått en eventuell utvidet frist på seks måneder for å betale søknadsgebyret. Gebyret har nylig økt fra 5900 kr per voksne søker til 8000 kr pr 1. januar 2017¹⁵. Til slutt er det en frist på ett år for å møte opp på norsk utenriksstasjon for søkerne. Unntaket «utenfor søkers kontroll» er videreført og skal gjelde alle tre fristene. Dersom alle tre fristene blir innført vil dette unntaket måtte vurderes i henhold til hver av fristene. Dette påpeker også UDI i sitt høringssvar¹⁶. Det vil si at vurderingen av «forhold utenfor søkers kontroll» får økt betydning.

Det er uvisst hvordan Stortinget kommer til å behandle det nye framlegget. Som tidligere nevnt er det allerede et flertall på Stortinget for en tremåneders frist.

1.3 Avgrensning og forutsetninger

I denne oppgaven fokuseres det på voksne referansepersoner med flyktningstatus som ønsker familiegjenforening etter utlendingslovens §§ 40-42, altså med ektefelle (utl. §40), samboer (utl. §41) eller barn under 18 år (utl. § 42).

Det avgrenses mot søkere som faller inn under reglene i §10-8 fjerde ledd bokstav b) og c). Videre avgrenses det mot §10-8 fjerde ledd bokstav d) og e) da disse unntakene etter en anti-tetisk tolkning ikke er omfattet av vilkåret om ettårsfrist i §10-8 femte ledd.

Øvrige unntaksbestemmelser fra underholdskravet er heller ikke behandlet i fremstillingen her. Underholdskravet etter utlendingslovens § 58 dreier seg både om inntekt og bolig. Etter utlendingsforskriftens § 10-12 gjelder kravet til sikret bolig bare i saker etter lovens § 46 til § 49, og vil derfor ikke bli tatt med i den videre fremstillingen.

Når det gjelder aktuelle internasjonale rettskilder vil det avgrenses mot FNs konvensjon om barns rettigheter av 10.november 1989, FN konvensjonen av 16. desember 1996, om sivile og politiske rettigheter, og FN konvensjonen av 16.desember 1966, om sosiale, kulturelle og økonomiske rettigheter. Årsaken til denne avgrensningen er at Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4.november 1950 (heretter EMK) og FNs konvensjon om flyktnings rettsstilling av 28.juli 1951, med tilhørende tilleggsprotokoll av 13. januar 1969 (heretter FK) prioriteres. EMK er en sentral rettskilde for problemstillingen, og Den Europeiske menneskerettsdomstolen (heretter EMD) har anledning til å avsi bindende uttalelser overfor Norge. FK retter seg mot flyktninger, og er derfor relevant.

¹⁵ UDI, Nye søknadsgebyrer i familieinnvandringsaker (2016)

¹⁶ UDI (2017) s.8

Det forutsetter i det følgende at søkerne har klarlagt identitet¹⁷, og ønsker familiegjeningforening.

1.4 Oppgavens disposisjon

Først vil jeg se på hvordan ettårsfristen og unntaket er de lege lata, deretter vil jeg sammenholde unntaket opp mot utvalgt praksis.

Del to er rettsdogmatisk. I del tre vil jeg analysere noen utvalgte vedtak fra UNE som er avslag på at unntaket forhold utenfor søkers kontroll kommer til anvendelse. Disse vedtakene er innhentet fra Jussbuss, et studentdrevet rettshjelpiltak som bistår innenfor en rekke rettsområder, også i saker om familiegjeningforening.

1.5 Rettskilder

I denne oppgaven vil det særlig fokuseres på Utlendingsloven av 15 mai 2008, nr. 35 (heretter utl.), med tilhørende forskrift av 15 oktober 2009 nr. 1286 (heretter uf.). Videre vil det også vises til Menneskerettsloven av 21.mai 1999 nr. 30. Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4.november 1950 (heretter EMK) og FNs konvensjon om flyktningers rettsstilling av 28.juli 1951, med tilhørende tilleggsprotokoll av 13. januar 1969 (heretter FK) er relevante rettskilder når det kommer til flyktninger og deres rett til familieliv.

Videre vil Forvaltningsloven av 10 februar 1967 (heretter fvl.) gjennomgå kort i sammenheng med saksbehandlingsregler gjeldende for utlendingsloven.

Utlendingslovens aktuelle forarbeider er Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Forarbeidene til utlendingsforskriften er også relevant. Arbeids og inkluderingsdepartementet sendte i 2008 ut forslag¹⁸ til et skjerpert underholdskravet i ny utlendingsforskrift. Dette er de eneste forarbeidene til ettårsfristen og tilhørende unntak.

Forarbeider til forskrifter kan tillegges vekt, dette fremgår av blant annet Rt. 2004 s.8. Saken gjaldt en toppfotballspillers erstatningskrav for fremtidig inntekt siden han på grunn av en skade måtte gå over til å bli revisor. Vurderingstemaet var om erstatningen skulle beregnes etter forskrift om standardisert erstatning, eller etter alminnelige erstatningsregler. Høyesteretts flertall la vekt på forskriftens forarbeider, og fant at erstatningen skulle beregnes etter forskriften. Det er etter dette klart at også forarbeider til forskrift kan brukes som rettskildefaktor.

¹⁷ Krav i alle saker om oppholdstillatelse jf. uf. §10-2 annet ledd, jf. utl § 100

¹⁸ Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2008)

Det vises også til uttalelser fra Stortingets ombudsmann for forvaltningen (heretter Sivilombudsmannen). Sivilombudsmannens uttalelser kan tillegges vekt, jf. juridisk teori: «I en særlig stilling står uttalelser som gis av Stortingets ombudsmann for forvaltningen (Sivilombudsmannen)»¹⁹. «Ombudsmannsordningen bygger på at uttalelsene har en slik autoritet at forvaltningen og de private normalt vil bøye seg for dem»²⁰.

Temaet for oppgaven er ikke behandlet i Høyesterett.

EMD har en rekke avgjørelser som går på forholdet mellom EMK art.8 og familieinnvandring. Disse vil gjennomgås i den grad de er relevante.

EMD er opprettet etter artikkel 19 for å sikre at medlemsstatene overholder sine forpliktelser. Etter artikkel 34 kan domstolen motta søknader fra enhver som mener seg utsatt for brudd på konvensjonen og det er opp til domstolen å vurdere dette.

Høyesterett uttaler seg i Rt.2000s. 999 om forholdet mellom EMK og norsk rett. I saken var spørsmålet om tilleggs-skatt var et brudd på EMK art. 6. På side 1008 uttaler retten at norske domstoler skal bruke samme tolkningsprinsipper som EMD, selv om det er EMD som har ansvar for å utvikle konvensjonen. Det uttales også på samme side at «Det følger av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 at dersom det tolkningsresultat som følger av EMK, fremstår som rimelig klart, må norske domstoler legge konvensjonsbestemmelsen til grunn selv om dette skulle medføre at innarbeidet norsk lovgivning eller praksis blir tilsidesatt» Videre uttales det at «Norske domstoler må forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser.» Av dette kan det utledes at norske rettsanvendere også må forholde seg til EMDs praksis når innholdet i artikkel 8 skal fastlegges og anvendes på utlendingsloven.

Forvaltningens rundskriv, herunder rundskriv fra Utlendingsdirektoratet (heretter UDI) vil være relevante for å kartlegge forvaltningens praksis. RS-2010-118 og RS-2012-009 bli behandlet. Interne rundskriv kan regnes som et uttrykk for UDIs praksis når det kommer til lovtolkning, skjønnspraksis og vurderingen av faktum. Forvaltningens praksis er tillatt å legge vekt på som rettskilde i vurderingen av juridiske spørsmål. Det er likevel ikke bindende for domstolene, og har derfor begrenset vekt som rettskilde.

I denne oppgaven er det også presentert utdrag av 8 enkeltvedtak fattet av UNE. Dette kan sies å være en pekepinn på forvaltningens praksis innenfor uf. §10-8 femte ledd. Selv om forvaltningen tilstreber seg likebehandling, må det tas forbehold om at utvalget er svært sparsomt, og det presiseres at sakene ikke kan gi uttrykk for en helhetlig praksis fra UNE.

¹⁹ Andenæs (2009) s. 124

²⁰ Ibid., s.125

2. Gjeldende rett

2.1 Utlendingslovens grunnvilkår for familiegjenforening

I det følgende vil utlendingslovens grunnvilkår for familieinnvandring kort gjennomgås. Det avgrenses mot unntak og særregler som ikke er relevant for temaet. Deretter vil reglene for familiegjenforening for flyktninger gjennomgås spesielt, herunder ettårsfristen og særlig unntaket som gjelder dersom man ikke rekker fristen.

2.1.1 Referansepersonen

Referansepersonen definert i utl. § 39 som «den personen som søkeren ønsker å bli gjenforent med eller å etablere familieliv med». Det er et vilkår at referansepersonen har en oppholdstillatelse som danner grunnlag for familieinnvandring. Etter §40 første ledd c) regnes en oppholdstillatelse som kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse blant disse. Asyl jf. utl. §28 er etter utl. § 60 tredje ledd bokstav d, en tillatelse som kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse. Dermed har referansepersoner med asyl en tillatelse som danner grunnlag for familiegjenforening.

2.1.2 Personkrets

Dette vilkåret knytter seg til søkeren og dens relasjon til referansepersonen. I korte trekk er det søkere i den umiddelbare kjernefamilien som har «rett til» familiegjenforening dersom lovens øvrige vilkår er oppfylt. Dette dreier seg om ektefelle, samboer og mindreårige barn.

Søkere som er ektefeller til en referanseperson med oppholdstillatelse etter § 40 første ledd, har etter utl. § 40 første ledd «rett til oppholdstillatelse» etter søknad. For ektefeller er det et vilkår at partene er over 18 år og at de skal bo sammen jf. §§ 40 annet ledd, første punktum og tredje ledd.

Søkere som er samboere til en referanseperson med oppholdstillatelse etter § 40 første ledd, har etter utl. §41 «rett til oppholdstillatelse» For å regnes som samboere er det to alternative vilkår; at partene har levd i et «fast og etablert samboerforhold i minst to år» jf. § 41 første ledd, eller at partene «har barn sammen og akter å fortsette samlivet». Videre «kan» oppholdstillatelse gis til en søker «dersom partene venter barn sammen og akter å fortsette samlivet». I alle tre alternativene er det videre et vilkår at partene er over 18 år og at ingen av dem er gift jf. § 41 fjerde ledd.

Søkere som er mindreårige barn, uten ektefelle eller samboer, har etter § utl §42 «rett til oppholdstillatelse» når begge foreldrene «har eller får» oppholdstillatelse etter § 40 første ledd.

Hvis det bare er en av foreldrene har oppholdstillatelse etter § 40 første ledd får barnet familieforening dersom ikke barnets beste taler mot det. Det er videre et vilkår at referansepersonen enten har foreldreansvaret alene eller felles. Dersom foreldreansvaret er felles må det innhentes samtykke fra den andre forelderens jf. annet ledd.

2.1.2.Underhold

Det følger av utl. § 58 at underhold og bolig skal være sikret for at oppholdstillatelse skal gis i medhold av lov eller forskrift. Dette gjelder også i familieinnvandring og er særlig regulert i UF § 10-8 til § 10-12. Etter uf. § 10-8 første ledd er det vilkår at referansepersonen «kan sannsynliggjøre å være sikret midler tilsvarende lønnstrinn 24 i statens lønnsregulativ for den tid søknaden gjelder.»

Dette kan sikres gjennom «arbeidsinntekt» jf. a), «sykepenger, svangerskapsenger, foreldrepenge, uførepensjon eller alderspensjon etter folketrygdloven» jf. b), «pensjon eller andre faste periodiske ytelser med unntak av ytelser etter sosialtjenesteloven» jf. c), stønad etter introduksjonsloven jf. d), «utdanningslån eller utdanningsstipend» jf. e) eller «en kombinasjon av slike midler» jf. f).

Etter uf. §10-9 første ledd må referansepersonen også dokumentere «i henhold til siste skatteoppgjør eller i henhold til bekreftelse fra skattemyndighetene på innrapportert inntekt foregående år» at vedkommende «hadde en registrert inntekt tilsvarende 88 prosent av lønnstrinn 19 i statens lønnsregulativ».

Etter uf. § 10.10 er det et vilkår at referansepersonen ikke har mottatt sosialstønad «de siste 12 måneder før tillatelse gis». Det gjøres unntak fra vilkåret dersom «stønad er utbetalt i påvente av trygdeytelser som nevnt i § 10-8 eller bostøtte» jf. a), eller «stønad er utbetalt til utlending som har mottatt stønad etter introduksjonsloven» jf. b).

Referansepersonen må etter dette legge ved dokumentasjon som sannsynliggjør en fremtidig inntekt på kroner 306 700²¹ jf. uf. § 10-8 første ledd, ved søknader fremsatt etter 09.05.2016²². I tillegg må referansepersonen dokumentere en tidligere inntekt på kroner 252 472²³, ved søknader fremsatt etter 09.05.2016²⁴.

Departementet innførte en forskriftsendring av beløpet i 2016.²⁵ Etter dette ble underholds kravet for søknader fremsatt etter 09.05.2016 satt til lønnstrinn 24 for fremtidig inntekt etter

²¹ UDI (2016)

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

uf. §10-8 første ledd. Tidligere var kravet 88 prosent av lønnstrinn 19. Tidligere inntekt jf. §10-9 første ledd skal etter denne endringsforskriften også oppjusteres til lønnstrinn 24, når denne endringen trer i kraft 09.05.2017.

Samtidig har hevingen av underholdskravet vekket reaksjoner, og Stortingets flertall ba den 13. juni 2016 regjeringen om å «fremme forslag til endret lov- og regelverk for familiegjengforening hvor gjeldende unntak fra underholdskravet videreføres, og hvor kravet til inntektsnivå i bestemmelsene om underholdskrav tilbakeføres til tidligere nivå»²⁶.

Per dags dato er ikke denne endringen foretatt. I regjeringens høringsforslag²⁷ til endrede tidsfrister av ettårsfristen er senkning av underholdskravet inkludert, så det kan se ut til at dette skal behandles samlet.

2.1.3 Realitetsbehandling

Det følger av utl. § 56 at førstegangs oppholdstillatelse skal være gitt før innreise i riket. Det vil altså si at søknaden som hovedregel må fremmes fra utlandet. Prosedyren er nærmere regulert i forskrift 10-2 tredje ledd som sier at en søker som oppholder seg utenfor riket skal fremme søknad gjennom norsk utenriksstasjon i det landet søkeren er borger av, eller gjennom norsk utenriksstasjon i det landet der søkeren har hatt oppholdstillatelse i de siste seks månedene.

2.1.4 Utlendingslovens unntak fra underholdskravet når referansepersonen har asyl

2.1.4.1 Ettårsfristen

Etter utlendingsforskriften § 10-8 fjerde ledd bokstav a) gjøres det unntak fra kravet til inntekt når «søkeren er ektefelle, samboer eller barn(...) av referanseperson som har oppholdstillatelse etter lovens § 28 (flyktning)». Det er videre et vilkår at ekteskapet ble inngått før referansepersonen reiste inn i Norge.

For at unntaket i utlendingsforskriftens §10-8 fjerde ledd bokstav a skal komme til anvendelse er det i forskriftens femte ledd et vilkår at søknaden er fremmet innen ett år etter at referanse-

²⁵ Forskrift om endring i utlendingsforskriften (underholdskravet - heving til lønnstrinn 24 og endret unntaksbestemmelse)

²⁶ Anmodningsvedtak nr. 851(2015-2016)

²⁷ Justis- og beredskapsdepartementet (2017)

personen fikk oppholdstillatelse, med mindre søkeren har vært forhindret fra å fremme søknad på et tidligere tidspunkt på grunn av forhold som ligger utenfor søkerens kontroll.

Selv om denne fremstillingen i hovedsak konsentrerer seg om unntaket fra fristen jf. siste del av §10-8 femte ledd, er det relevant å klarlegge innholdet i selve fristen.

Ordlyden viser at søkeren har ett år på seg å søke om familiegjening etter at referansepersonen fikk asyl for at det skal gis unntak fra kravet til inntekt. Denne tidsperioden blir ofte omtalt som ettårsfristen.

Ordlyden i forskriften reiser flere spørsmål når det kommer til selve ettårsfristen. Når starter fristen å løpe jf. «fikk oppholdstillatelse»? Videre blir det et spørsmål om hva som regnes som «søknaden er fremmet». Når det kommer til unntaket blir spørsmålet hva som ligger i ordlyden «forhindret fra å fremme søknad på et tidligere tidspunkt på grunn av forhold utenfor søkers kontroll.

2.1.4.3 Når starter ettårsfristen å løpe?

Det første spørsmålet som melder seg er når fristen starter å løpe. Etter § 10-8 femte ledd er ettårsfristens starttidspunkt angitt som «etter at referansepersonen fikk oppholdstillatelse».

Ordlyden «fikk» kan etter en naturlig språklig forståelse gi støtte for at det er fra den datoen referansepersonen ble innvilget oppholdstillatelse, altså UDI eller UNE sin vedtaksdato. Likevel kunne dette vært mer detaljert angitt, og ordlyden er ikke helt klar. Referansepersonen blir ikke klar over vedtaket før det er formidlet til ham eller henne, av UDI/UNE.

Reelle hensyn, som likebehandling, kan derimot tale for en annen tolkning. Ulike referansepersoner kan få kjennskap til vedtaket sitt på ulike tidspunkt, og dermed i realiteten få ulik tid på å rekke ettårsfristen. Dette trekker i retning av at «fikk» også kan tolkes som når referansepersonen fikk kunnskap om vedtaket.

I departementets forslag til ny frist problematiseres det at ulike referansepersoner får kunnskap om vedtaket sitt på ulike måter og til ulik tid. Det nye forslaget med kortere frist legger derfor opp til at datoen skal regnes fra når vedtaket er «kunngjort» referansepersonen. Både UDI²⁸ og UNE²⁹ problematiserer «kunngjort» i sine hørings svar siden det blir svært vanskelig å kontrollere for forvaltningen når fristen egentlig begynner å løpe grunnet de mange forskjellige praksisene i de ulike politidistrikt for å underrette om positive asylvedtak. UDI foreslår at

²⁸ UDI (2017) s. 2

²⁹ UNE(2017) s.1-2

datoen kan settes til når referansepersonen møter opp på politistasjon og får utlevert oppholdskort, og registreres i DUF-systemet³⁰.

På en annen side vil uforholdsmessig lang tid fra vedtak er fattet til referansepersonen får kjennskap til det, trolig være aktuelt å vurdere etter unntaksbestemmelsen «utenfor søkers kontroll», dersom det fører til at søkerne ikke rekker ettårsfristen.

Selv om ordlyden kunne vært nærmere presisert, må det få avgjørende vekt at det mest nærliggende tolkningsalternativet for «fikk oppholdstillatelse» er datoen for UDI eller UNEs vedtak. Dermed er trolig gjeldende rett at ettårsfristen starter å løpe den datoen referansepersonens vedtak om asyl er fattet hos utlendingsmyndighetene.

2.1.5.4 Skjæringstidspunkt

Videre blir det et spørsmål om hvilke handlinger som skal til for at fristen brytes. Ordlyden «søknad fremmes» tilsier at man har fått levert en søknad til norske myndigheter.

I praksis er søknad om familiegjenforening en prosess som består av flere deler. Først registreres en elektronisk søknad via UDIs søknadsportal. Deretter betales søknadsgebyret, og det bestilles time for oppmøte på ambassaden. Til slutt møter søkerne opp på ambassaden og leverer søknadspapirer.

Det videre spørsmålet blir om det er elektronisk søknad eller oppmøte på ambassaden som må regnes som fristavbrytende. Ordlyden kan etter en naturlig språklig forståelse tale for begge løsninger, da utfylling av en elektronisk søknad kan oppfattes som at man har levert. Samtidig er dette en prosess i flere ledd, og en naturlig språklig forståelse kan også inkludere at man har fullført hele søknadsprosessen. Spørsmålet har ikke blitt behandlet av Høyesterett. Forarbeidene gir heller ikke nærmere anvisning på når «søknad fremmes» skal forstås som.

Søknadsprosedyren for at en søknad skal realitetsbehandles³¹ etter uf. § 10-3 tredje ledd kan bidra til å tolke ordlyden. Etter en regelsystematisk tolkning kan dermed søknad «fremmet» tilsa oppmøte på ambassaden.

Videre fremgår det av uf. §10-2 første ledd at UDI kan «gi nærmere retningslinjer om hvordan en søknad om oppholdstillatelse skal fremmes. Utlendingsdirektoratet kan herunder kre-

³⁰ UDI(2017) s.2-3

³¹ Se punkt 2.1.3.

ve at søknaden skal fremmes på fastsatt skjema, eller kan gi adgang til å fremme søknaden elektronisk.»

Dette taler også etter en regelsystematisk tolkning for at UDIs retningslinjer vil ha stor betydning for tolkningsspørsmålet. Rundskriv RS-2010-118³² har eksplisitt regulert at oppmøte på ambassaden er fristavbrytende.

«Ved bruk av elektronisk søknad vil søknaden normalt bli ansett som levert på det tidspunktet søkeren møter opp personlig ved utenriksstasjonen og leverer følgebrevet og de andre vedleggene som skal følge søknaden. Dette medfører at ved vurderingen av om ettårsfristen for unntak fra underholdskravet er overholdt, er det tidspunkt for søkerens oppmøte ved utenriksstasjonen som skal legges til grunn.»³³

Dette trekker langt i retning av at skjæringspunktet er oppmøte på ambassaden.

Rundskrivet har vært endret en rekke ganger.³⁴ I de tidligste versjonene var dette ikke nærmere regulert. I perioden 12.09.2012-12.09.2014 var retningslinjene etter rundskrivet at søknad på nett regnet som fristavbrytende: «Ved søknad på nett regnes tidspunktet for registreringen av søknaden på nett som fristavbrytende.»³⁵

Det vil si at praksisen med at oppmøte på ambassaden er fristavbrytende har vært regulert i rundskriv siden 12.09.2014. En slik langvarig praksis, og det faktum at UDI har hjemmel til å regulere når søknaden regnes som fremmet, må få betydelig vekt i tolkningen av spørsmålet.

Skjæringstidspunktet for ettårsfristen sett i lys av UDIs retningslinjer ble i 2014 vurdert av Sivilombudsmannen³⁶. Saken Sivilombudsmannen uttalte seg om gjaldt en kvinne og sønn som søkte familiegjening med sin ektefelle/far som hadde fått opphold i Norge som flyktning. De søkte på nett innen ettårsfristen. En måned senere møtte de på ambassaden, da var ettårsfristen var utløpt. De fikk avslag under henvisning til at underholdskravet ikke var oppfylt, og at ettårsfristen ikke kom til anvendelse fordi søknad på nett ikke ble regnet som fristavbrytende. Som tidligere nevnt ble rundskriv RS-2011-118 endret 12.09.2012 til at søknad på nett skal regnes som fristavbrytende. Disse søkerne hadde imidlertid søkt på nett 29.08.2011, og UNEs endelige vedtak ble fattet 01.08.2012, altså på et tidspunkt hvor rundskrivet ikke ga noen nærmere angivelse på hva som må regnes som fristavbrytende.

³² UDI(2010) punkt 7.1

³³ UDI (2010) punkt 7.1

³⁴ Se vedlegg 1 og 2

³⁵ Vedlegg 2

³⁶ Sivilombudsmannen (2014)

Sivilombudsmannen vurderte om det på søknadstidspunktet kunne sies å foreligge en tilstrekkelig fast forvaltningspraksis for når en søknad ble ansett «fremmet» i de tilfeller der det ble benyttet elektronisk søknad.

«En naturlig forståelse av forskriftens ordlyd og reelle hensyn tilsier at søknaden må anses levert når søknaden er registrert i søknadsportalen og søknadsgebyret er betalt. Jeg kan ikke se at det foreligger tilstrekkelig klar og entydig forvaltningspraksis som tilsier en annen tolkning, og ber derfor Utlendingsnemnda om å vurdere saken på nytt³⁷».

I den konkrete saken endte det med at Sivilombudsmannen anbefalte søksmål. Klageren la ned påstand om ugyldighet av avslagene. I tilsvaret sa staten ved Utlendingsnemnda seg enig i at det konkrete vedtaket bør omgjøres, og la ned likelydende påstand som saksøker. Oslo Tingrett kjente vedtakene ugyldige³⁸.

Sivilombudsmannen uttalelse og Oslo Tingretts påfølgende dom taler for at ettårsfristen må regnes som mulig å bryte ved søknad på nett fra den ble innført i 2010 og frem til rundskrivet presiserte at nett var fristavbrytende i perioden 12.09.2012 – 12.09.2014³⁹.

Spørsmålet er hvorvidt Sivilombudsmannens uttalelse får anvendelse på dagens situasjon med et rundskriv som fra 12.09.2014 angir oppmøte på ambassade som eneste fristavbrytende virkemiddel⁴⁰. Sivilombudsmannen regnet ordlyden som en klar støtte til at elektronisk søknad var fristavbrytende. «En naturlig forståelse av ordlyden er at fristen avbrytes når søknaden er levert og saksbehandlingsgebyret betalt»⁴¹. Reelle hensyn talte etter ombudsmannens mening også for samme tolkning.» Hensynet til likebehandling av søkerne tilsier derfor at tidspunktet for registrering av søknaden på nett legges til grunn som fristavbrytende»⁴². Men sentralt i vurderingen var om det var en klar og entydig fra forvaltningen som kunne tilsi at ordlyden kunne fravikes og reelle hensyn fikk mindre vekt. Sivilombudsmannen fant at det ikke var en slik klar og entydig praksis på søknadstidspunktet i 2011.

I 2017 kan det derimot sies å være holdepunkter for en klar og entydig praksis etter at rundskrivet⁴³ fra og med 2014 har angitt ambassadeoppmøte som fristavbrytende. Dette taler i

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Se vedlegg 1 og 2

⁴⁰ UDI (2010) punkt 7.1

⁴¹ Sivilombudsmannen (2014)

⁴² Ibid.

⁴³ UDI (2010), punkt 7.1

retning av at Sivilombudsmannens uttalelser vil få mindre vekt når det gjelder vurderingen av reelle hensyn og ordlyd.

På en annen side vil formålsbetraktninger kunne tale for en annen løsning. Det følger av forarbeidene til utlendingsloven at lovutvalget har

«vurdert hvorvidt det burde lovfestes et hinder mot å kreve sikret underhold eller bolig i tilfeller hvor dette kunne vanskeliggjøre familiegjening for familiemedlemmene til en flyktning med opphold i riket. Etter utvalgets vurdering bør det være en forutsetning i norsk familieinnvandringspolitikk at man ikke innfører tiltak som kan vanskeliggjøre gjening i disse tilfellene.»⁴⁴

Lovutvalgets uttalelser viser at formålet ikke er å gjøre det vanskelig for flyktninger å gjengenes med sin familie. Utvalget vurderer derimot å lovfeste hinder mot underholds krav, men nøyer seg med å oppstille en forutsetning at slike tiltak ikke skal innføres. En NOU har begrenset rettskildemessig verdi siden det er på et tidlig stadium i lovutforming. Men dette trekker likevel noe i retning av at ettårsfristen ikke må praktiseres for rigid og at ettårsfristen dermed kan brytes ved elektronisk søknad.

Videre følger det av proposisjonen til utlendingsloven at

«Når det gjelder familiemedlemmene til flyktninger, innebærer prinsippet om respekt for familiens enhet, som blant annet er nedfelt i flyktningkonvensjonens sluttakt, at det i utgangspunktet ikke er aktuelt med noe krav til sikret underhold.»⁴⁵

Forarbeidene angir at formålet med å ikke stille krav om sikret underhold til flyktninger i familiegjeningssaker er å verne om familiens enhet. Dette taler også for at praktiseringen av ettårsfristen ikke må vanskeliggjøre muligheten til familieliv. Oppmøte på ambassaden kan være vanskelig for søkere som ikke har ambassade i sitt hjemland, og som må krysse grenser illegalt for å komme seg til en norsk ambassade. Elektronisk søknad som fristavbrytende vil gi bedre tid til å overvinne slike typer hindringer. Dette kan derfor i noen grad tale for at fristen avbrytes på nett.

Videre fremkommer det følgende i forarbeidene til innføring av ettårsfristen:

«Departementet mener videre at det bør være en forutsetning for unntak fra underholds kravet for de med asyl eller kollektiv beskyttelse at søknad om familiegjening blir fremmet i lø-

⁴⁴ NOU (2004), s 250

⁴⁵ Ot.Prp nr. 75 (2006-2007), s. 65

pet av relativt kort tid etter at referansepersonen fikk opphold. Dersom familien har valgt å leve atskilt etter at referansepersonen fikk opphold i Norge uten å fremme søknad om familiegjenforening, er det ingen grunn til at det bør gjelde noen lempeligere regler enn ved etablering av nytt familieliv. Departementet mener således at dersom søknaden ikke er fremmet innen ett år etter at referansepersonen fikk opphold, bør det ikke gjøres unntak fra kravet til sikret underhold»⁴⁶.

Av disse forarbeidene fremkommer det at forskriftsgiver mener at beskyttelsen av familiens enhet som flyktning avhenger av at man aktivt viser at man vil leve sammen i løpet av en viss periode. Dersom man derimot velger å ikke fremme søknad, nyter man ikke samme type vern. «Valgt å leve adskilt» tilsier et frivillig valg. Det å starte prosessen med å søke på nett viser at man vil leve sammen og har tatt aktive skritt for å oppnå dette. Hensynene bak ettårsfristen taler derfor for at man gjennom å starte prosessen fortsatt bør ha et visst vern for familiens enhet, og at søknad på nett kan tolkes som fristavbrytende.

Reelle hensyn, herunder hensynet til likebehandling av søkere fra forskjellige land med ulik tilgang på norske ambassader tilsier også at søknad på nett skal forstås som «fremmet».

Alt i alt er det formålsbetraktninger og reelle hensyn som tilsier at søknad kan regnes som fremmet via nett. Det samme gjelder mangel på klarhet i ordlyden «fremmet søknad» dersom det kun er oppmøte som skal gjelde. Etter mitt syn trekker ordlyden i begge retninger. Men avgjørende vekt må legges på UDIs mulighet til å bestemme nærmere krav til søknadsprosedyrene og en entydig praksis over flere år. Etter dette er det trolig etter gjeldende rett at man må møte på norsk utenriksstasjon for at ettårsfristen skal brytes.

I forslaget til ny tidsfrist for familiegjenforening for flyktninger er det for øvrig foreslått en klargjøring som presiserer at søknad på nett er fristavbrytende⁴⁷.

2.1.5.5 Forhold utenfor søkers kontroll

Utlendingsforskriften angir i § 10-8 femte ledd tilfeller hvor fristen på ett år for å fremme søknad kan lempes i tilfeller der: «(..) søkeren har vært forhindret fra å fremme søknad på et tidligere tidspunkt på grunn av forhold som ligger utenfor søkerens kontroll.»

Ordlyden «forhold som ligger utenfor søkers kontroll» tilsier etter en naturlig språklig forståelse at det må dreie seg om tilfeller der søkeren ikke selv er skyld i at fristen er oversittet. I dette ligger det også at søkeren ikke selv kunne ha foretatt seg noe for å overkomme disse

⁴⁶ Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2008) punkt 2.3.2.1

⁴⁷ Justis- og beredskapsdepartementet (2017) s.6-7

hindringene, nærmere bestemt at det ikke var noe innenfor søkers handlingsrom som kunne ha gjort det mulig å rekke fristen. «Forhold» er ikke spesifisert nærmere utover at de må egne seg til å «forhindre» søkeren. Dette trekker i retning av at det etter ordlyden er mange forhold som kan bli aktuelle dersom de faktisk hindrer søkeren og det ikke er mulig å overkomme dem. Av ordlyden kan det utledes at hvert tilfelle må vurderes konkret i den enkeltes situasjon. Det er likevel vanskelig å lese nærmere ut av bestemmelsen hvor terskelen ligger for hva som regnes som utenfor søkers kontroll.

Forarbeidene til forskriften utdyper noe hvordan unntaket skal forstås:

«Unntak bør imidlertid gjelde dersom søkeren har vært forhindret fra å fremme søknad på et tidligere tidspunkt på grunn av forhold som ligger utenfor søkerens kontroll. Situasjonen kan for eksempel være at referansepersonen og søkeren ikke har hatt kontakt fordi de ikke har kjent hverandres oppholdssted og lignende, eller at søkeren har vært faktisk forhindret fra å reise til norsk utenriksstasjon for å fremme søknad»⁴⁸.

Det at forarbeidene viser til eksempler som «kan» falle inn under unntaket, og ordlyden «og lignende» taler for at det ikke er en uttømmende liste. Hovedvilkåret er at det ikke er noe søkeren kan noe for. Videre utdypes det med to eksempler.

Forarbeider til forskrift ikke det samme som ordinære forarbeider⁴⁹ og de har derfor noe mindre vekt. Innenfor vurderingstemaet er de likevel de eneste relevante forarbeidene som finnes, og som kan kaste lys over hva som er tanken bak bestemmelsen. Unntaket er spesifikt nevnt, og noe utdypet. Dette trekker i retning av at disse forarbeidene må få en del vekt i tolkningen.

Videre må formålsbetraktningene som følger av forarbeidene få betydning for tolkningen av unntaket. Disse er behandlet mer inngående under punkt 2.1.5.4. om skjæringstidspunktet. Oppsummert peker utlendingslovens forarbeider på at det er en forutsetning i norsk familieinnvandringspolitikk å ikke innføre tiltak som vanskeliggjør familiegjenforening for flyktninger⁵⁰, og at det av respekt for familiens enhet i utgangspunktet ikke er aktuelt med et underholdskrav for flyktninger⁵¹. Videre angir forarbeidene til ettårsfristen at det i tilfeller der man har «valgt»⁵² å leve adskilt, ikke skal ha lempeligere familiegjenforeningsregler som flyktninger. Denne formålsbetraktningen tilsier unntaket må forstås på en måte som ikke hind-

⁴⁸ Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2008) punkt 2.3.2.1

⁴⁹ Se mer om forarbeider til forskrift i oppgavens punkt 1.6 Rettskilder

⁵⁰ NOU (2004) s250

⁵¹ Ot.Prp nr. 75 (2006-2007), s. 65

⁵² Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2008) punkt 2.3.2.1

rer flyktningfamilier som ønsker å leve sammen, og som aktivt prøver å rekke fristen i få familiegjenforening. Dette kan tilsi en vid og fleksibel tolkning av unntakets ordlyd.

Det eksisterer ikke rettspraksis på hvordan unntaket skal forstås.

UDIs Rundskriv 2010-118⁵³ går også inn på unntaket og angir eksempler:

«I spesielle saker kan det gjøres unntak fra ettårsfristen dersom søkeren har vært forhindret fra å fremme søknaden grunnet forhold utenfor søkerens kontroll. Et eksempel på slike forhold er tilfeller der referansepersonen og søkeren ikke har hatt mulighet til å ta kontakt med hverandre fordi de ikke har kjent hverandres oppholdssted»⁵⁴.

UDI har her lagt inn «I spesielle saker» som et slags inngangskriteria. Hjemmelen har ikke angitt en slik skjerping, og det er trolig tatt med av pedagogiske årsaker. Det kan i hvert fall ikke utledes av dette at saken også må være spesiell dersom det også er forhold utenfor søkers kontroll. Også her er eksempelet angitt som «Et eksempel på slike forhold». Dette underbygger at det refererte i forarbeidene ikke er en uttømmende liste. Videre styrker gjentagelsen at eksempelet forarbeidenes vekt.

Rundskrivet angir også videre et eksempel til:

«Enkelte ganger vil det være slik at søknaden er registrert på nett innen ettårsfristen, men at tidspunktet for søkerens oppmøte på utenriksstasjonen er etter ettårsfristen. I slike tilfeller skal UDI vurdere om det sene oppmøtet skyldes forhold som søkeren ikke har hatt kontroll over. Et eksempel på forhold utenfor søkerens kontroll vil være at det var lang ventetid for å få bestilt oppmøte ved utenriksstasjonen. Det sene oppmøtet skyldes da forhold hos utlendingsforvaltningen.»⁵⁵

Etter dette har forarbeider og rundskriv oppstilt tre eksempler:

1. Søkeren har vært faktisk forhindret fra å reise til norsk utenriksstasjon for å fremme søknad⁵⁶
2. Ikke har hatt kontakt fordi de ikke har kjent hverandres oppholdssted og lignende⁵⁷.
3. Lang ventetid på ambassaden⁵⁸

⁵³ UDI (2010) punkt 7.1

⁵⁴ UDI (2010) punkt 7.1

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2008) punkt 2.3.2.1

⁵⁷ Ibid., og UDI (2010) punkt 7.1

⁵⁸ UDI (2010) punkt 7.1

Eksemplene i forarbeider og rundskriv taler for at unntaket etter ordlyden kan favne vidt. Også formålsbetraktninger støtter denne tolkningen. Også den svært generelle ordlyden «forhold» i forskriften tilsier at det kan dreie seg om en bred variasjon av hindringer, så lenge de egner seg til å forhindre søkeren og ikke er mulig å overkomme for søkeren. Eksemplene er ikke en uttømmende liste og situasjonen må vurderes konkret opp mot forskriftens ordlyd i hvert tilfelle. I tillegg vil eksemplene som er nevnt i forarbeider og rundskriv være forhold som regnes som utenfor søkers kontroll. Spørsmålet er videre hvordan disse eksemplene må forstås. Deretter blir spørsmålet om det kan oppstilles noen krav til når hindringen eventuelt må oppstå, og hvor mye ettårsfristen utvides som følge av forhold utenfor søkers kontroll. Videre blir det et spørsmål om hvor stor grad av dokumentasjon og sannsynlighet utlendingsmyndighetene kan stille til opplysningene om forhold utenfor søkers kontroll.

2.1.5.5.1. Utdypende tolkning: faktiske hindringer

Forskriftens forarbeider angir et eksempel der «søkeren har vært faktisk forhindret fra å reise til norsk utenriksstasjon for å fremme søknad»⁵⁹. Dette eksempelet er ikke gjentatt i rundskrivet. Dette gir eksempelet noe mindre vekt. Likevel faller eksempelet etter en naturlig språklig forståelse inn under ordlyden i uf. §10-8 femte ledd «søkeren har vært forhindret fra å fremme søknad på et tidligere tidspunkt på grunn av forhold som ligger utenfor søkerens kontroll». Det å være faktisk forhindret tilsier at dette ikke er noe søkeren styrer over.

Faktisk forhindret fra å reise til en norsk ambassade tilsier også at søkeren må vise til konkrete forhold. I denne sammenheng reises det spørsmål om en faktisk forhindring fra å reise til norsk utenriksstasjon kan knyttes til at det ikke er ambassade i søkerens hjemland, og at det er illegalt etter hjemlandets rett å forlate landet. Ordlyden i forskriften kan tale for at dette er forhold som søkeren ikke rår over, og som er egnet som hindring. Videre taler også ordlyden for at søkere ikke kan lastes for det faktum at de befinner seg i stater som innskrenker innbyggernes handlefrihet. Formålsbetraktningene fra forarbeidene, herunder vernet av flyktningers familieenhet, kan videre tale for at dette er en rimelig tolkning. Det vil nok bero på en konkret vurdering av søkerens hjemland, herunder hvor strengt utreiseforbud praktiseres og hva som er konsekvensene av brudd. Reelle hensyn, herunder vernet av menneskeliv trekker også sterkt i retning av at det ikke kan kreves at man aktivt må utsette seg for farer for å vise at man ønsker å leve sammen, og kunne få familiegjening etter unntaket dersom ettårsfristen utløper.

Det forhold at det er ulovlig og farefullt å reise ut av hjemlandet må trolig regnes som en faktisk forhindring fra å reise til norsk utenriksstasjon for å fremme søknad. Dette tilsier at det bør gis unntak for søkere fra hjemland hvor det er kjent at det foreligger en slik situasjon. Vi-

⁵⁹ Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2008) punkt 2.3.2.1

dere vil faktiske forhindringer ved reisen til norsk utenriksstasjon måtte vurderes konkret i hvert tilfelle.

2.1.5.5.2 Utdypende tolkning: Ikke kjent hverandres oppholdssted

Eksempelet «ikke har hatt kontakt fordi de ikke har kjent hverandres oppholdssted og lignende» er omtalt i både forarbeidene og i rundskrivet. Dette gir eksempelet ytterligere vekt. Forskriftens ordlyd «kontroll» jf. § 10-8 femte ledd taler for at søkeren og referansepersonen ikke selv kan gjøre noe for å lokalisere hverandre. Formålsbetraktningene etter forarbeidene støtter tolkningen om at søkeren og referansepersonen som ikke har «valgt» å leve adskilt fordi de har kommet bort fra hverandre og ikke kjenner hverandres oppholdssted, skal få muligheten til familiegjengforening. Men reelle hensyn tilsier også at det er rimelig å forvente at særlig referansepersonen ved innvilget asyl søker å oppspore den vedkommende ønsker å gjenføyenes med. Det er likevel usikkert hvor mye det kan kreves at man prøver. En referanseperson som er flyktning har fått asyl fra hjemlandet, så det kan etter reelle hensyn nok ikke kreves at vedkommende må utsette seg selv for fare ved å reise tilbake til hjemlandet for å lete.

Etter dette må eksempelet «ikke hatt kontakt fordi de ikke har kjent hverandres oppholdssted» forstås som tilfeller der søkeren og referansepersonen ikke vet hvor den andre er, og det ikke er mulig innenfor rimelighetens grenser å oppspore hverandre.

2.1.5.5.3 Utdypende tolkning: Lang ventetid på ambassaden

Eksempelet «at det var lang ventetid for å få bestilt oppmøte ved utenriksstasjonen.» kommer fra rundskrivet. Det er ikke nevnt i forarbeidene til ettårsfristen. Forskriftens ordlyd i § 10-8 femte ledd om «utenfor søkerens kontroll» taler for at dette er tilfeller som faller inn under unntaket, da søkerne ikke kan påvirke saksmengden og ventetiden på ambassadene. Det viser etter rundskrivet til tilfeller hvor det er søkt på nett innen ettårsfristen, men ikke mulig å få time for oppmøte innen ettårsfristen på grunn av lang ventetid. Det er altså etter rundskrivet et vilkår for at situasjonen skal passe inn under dette eksempelet at det er søkt på nett innen fristen. Det andre vilkåret er «lang ventetid». Reelle hensyn, herunder hensynet til likebehandling tilsier at lang ventetid må forstås noenlunde likt ved oppmøte på ulike ambassader. Ordlyden i forskriften «utenfor søkerens kontroll» taler også for at søkeren må påregne noe ventetid på ambassaden, og at det å bestille oppmøte innen en tid som er realistisk å få time før ettårsfristens utløp er innenfor søkerens kontroll.

2.1.5.5.4. Kan det stilles krav til når hindringen må oppstå?

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «med mindre søkeren har vært forhindret fra å fremme søknad på et tidligere tidspunkt» i § 10-8 femte ledd tilsier at «et tidligere tidspunkt» i denne konteksten må forstås som innen ettårsfristens utløp. Etter ordlyden kan det ikke innfortolkes et krav om at hindringen må eksistere fra det tidspunktet ettårsfristen starter å løpe.

Verken forarbeider eller rundskriv angir et bestemt tidspunkt for når «forhold utenfor søkerens kontroll» jf. § 10-8 femte ledd må oppstå for å kunne regnes som å falle inn under unntaket. Dette taler også for at et slikt krav som vil innebære en innskrenkende tolkning, ikke kan utledes av gjeldende rett.

Etter formålsbetraktninger er formålet med ettårsfristen å gi en ettårig reell frist hvor søkere har muligheten til å vise at man vil leve sammen og har tid til å ta aktive skritt for å oppnå familiegjenforening. Det at det eksisterer et unntak som skal sikre nok tid dersom det oppstår hindringer taler for at det er meningen at søkerne skal ha en reell frist på ett år.

Etter dette kan man trolig ikke kreve at hindringen allerede eksisterer fra starten av fristen, eller oppstår tidlig i fristen.

Det videre spørsmålet er om det ligger innenfor søkerens kontroll dersom hindringen oppstår tett opptil utløpet av ettårsfristen. Er det innenfor søkers kontroll å kalkulere inn en risiko for situasjoner som kan falle inn under «forhold utenfor søkerens kontroll»?

Ordlyden i forskriftens § 10-8 femte ledd peker på at det dreier seg om hindringer søkerne ikke har mulighet til å kontrollere. Dette trekker en god del i retning av at det blir kunstig å oppstille et krav om at søkerne må forutse det uforutsette. Reelle hensyn tilsier også at det ikke vil være rimelig å pålegge søkerne å forutse slike eventuelle hindringer som de ikke selv rår over. Videre taler forskriftens ordlyd om en frist på ett år, at det faktisk må dreie seg om en frist på ett år.

De samme formålsbetraktningene etter forarbeidene som gjør seg gjeldende i spørsmålet over vil også ha relevans i dette spørsmålet. Hensynet bak ettårsfristen er å gi en frist på ett år, og at man i denne perioden har muligheten til å vise at man vil leve sammen. Utgangspunktet er at flyktninger som ikke velger å leve adskilt skal få muligheten til å få familiegjenforening.

Reelle hensyn, som hensynet til likebehandling tilsier også at søkere som risikerer fengsling i forbindelse med grensepassering ikke skal måtte beregne en mye lenger tidsperiode for å komme seg til ambassaden enn andre søkere.

Det søkerne derimot rår over er beregningen av omtrentlig hvor lang tid det vil ta å komme seg til ambassaden for å levere dokumenter dersom det ikke oppstår hindringer som i §10-8 femte ledd. Ordlyden tilsier dermed at søkerne må beregne noe tid for å rekke ettårsfristen slik at det er mulig dersom en eventuell hindring ikke oppstår.

Det kan etter dette ikke oppstilles et krav om at søkerne må innkalkulere eventuelle hindringer i søknadsprosessen. Det kan ikke oppstilles en fast grense for når forhold uten søkers kontroll

ikke kan gjøres gjeldende. Det må være en konkret vurdering av om ettårsfristen hadde vært realistisk å nå dersom man tenker bort hindringen.

2.1.5.5.5 *Hvor mye utvides fristen?*

Rundskrivet⁶⁰ angir også hva som blir konsekvensen for ettårsfristen av at det er forhold utenfor søkers kontroll.

«For at det skal gjøres unntak fra ettårsfristen på grunn av forhold utenfor søkerens kontroll, må søknaden være fremmet innen ett år etter at disse forholdene, som har forhindret søkeren i å fremme søknad tidligere, ikke lenger er tilstede»⁶¹.

Av rundskrivet fremgår det at dersom «forhold utenfor søkerens kontroll» jf. § 10-8 femte ledd kommer til anvendelse, så gis det en ny ettårsfrist som starter å løpe etter at hindringen er bortfalt. Dette bekrefter formålet i forarbeidene om at alle skal ha en ettårig frist. Det kan også forankres i reelle hensyn som likebehandling.. Dermed må alle reelt sett få ett år på seg til å faktisk søke, uavbrutt av hindringer.

Rundskrivet eksemplifiserer en situasjon hvor man har vært forhindret fra kontakt ettersom man ikke kjenner til hverandres oppholdssted.

Dette betyr at dersom søkeren har vært forhindret fra å ta kontakt med referansepersonen, må søknaden leveres innen ett år etter at søkeren og referansepersonen igjen etablerte kontakt med hverandre.»⁶²

Dette kan for eksempel være i en kaotisk flyktningsituasjon hvor man kommer bort fra hverandre, og en deretter får asyl i Norge uten at de har kjent til hverandres oppholdssted før ettårsfristen er oversittet. Etter at kontakt er gjenopprettet vil de få en ny ettårsfrist på å søke.

Spørsmålet er så hva som skjer dersom forholdene utenfor søkers kontroll som forhindrer at ettårsfristen, inntreffer for eksempel etter seks måneder etter at fristen har startet å løpe. Kan det for eksempel oppstilles en regel om at søkeren alltid skal ha ett år i tillegg i ettårsfristen etter at hindringen er bortfalt, uavhengig av når den oppstod?

Forskriftens ordlyd angir en frist på «ett år». En naturlig språklig forståelse tilsier at alle søkere har ett år på seg. Dette trekker i retning av at søkerne ikke skal få et helt ekstra år, men en utvidet frist som tilsvarer tidsperioden hindringen varte.

⁶⁰ UDI (2010) punkt 7.1

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

Rundskrivets ordlyd «må søknaden være fremmet innen ett år etter at disse forholdene, som har forhindret søkeren i å fremme søknad tidligere, ikke lenger er tilstede.» taler ganske klart for at det gis ett år ekstra fra det tidspunktet hindringen bortfalt.

Formålsbetraktningen utledet av forarbeidene tilsier derimot at alle skal ha en reell mulighet til å søke innen ett år. Dette kan dermed også tale for at det heller gis en utvidet frist som tilsvarer tidsperioden hindringen har eksistert. Også reelle hensyn som likebehandling kan trekke i samme retning. Som tidligere vist⁶³ er det trolig at søkerne må beregne noe tid for å komme seg til en norsk ambassade, slik at det er realistisk å søke innen ettårsfristen dersom forhold utenfor søkerens kontroll ikke oppstår. Dersom søkerne har drøyd en stund med å foreta seg aktive skritt før hindringen oppstod vil en rimelig tolkning av hensynet til likebehandling og ett års reell mulighet til å søke, tilsi at det gis en utvidet frist tilsvarende tidsperioden hindringen varte.

Dette er likevel såpass uklart at det etter gjeldende rett må regnes som et absolutt minimum at det må gis ekstra tillegg til ettårsfristen som tilsvarer perioden hindringen varte. Det er mulig at det også kan argumenteres for at det alltid skal legges til ett ekstra år etter at hindringen bortfalt.

2.1.5.5.6 Krav til sannsynliggjøring/dokumentasjon av anførslene

Til slutt blir det et spørsmål om sannsynliggjøring av anførslene om forhold utenfor søkerens kontroll jf. § 10-8 femte ledd. Det må antas at søkerne må bidra til oppklaring og sannsynliggjøring av hvorvidt de oppfyller unntaket. Spørsmålet videre blir i hvilken grad søkerne har ansvar for å sannsynliggjøre at anførslene medfører riktighet og hvor mye krav kan det stilles til at forholdet er bevist/dokumentert.

Rundskrivet som er omtalt til nå angir ikke dette nærmere.

I UDIs rundskriv RS 2012-009 som omhandler identitet gis det en generell uttalelse om beviskrav ved vurdering av vilkår etter utlendingsloven:

«Det er det alminnelige sivilrettslige kravet om sannsynlighetsovervekt som gjelder, det vil si mer enn 50 prosent sannsynlig. Det samme beviskravet brukes ved vurdering av vilkår i sin alminnelighet etter utlendingsloven»⁶⁴.

Rundskrivets klare presisering av at dette beviskravet skal brukes «i sin alminnelighet etter utlendingsloven» tilsier at det også må regnes inn det alminnelige sivilrettslige kravet til sannsynlighetsovervekt når det gjelder anførsler om forhold utenfor søkerens kontroll.

⁶³ Se oppgavens punkt 2.1.5.5.4

⁶⁴ UDI (2012) punkt 4.2.1

UDI sier i sitt hørings svar til ettårsfristen og unntaket at søkers forklaring som regel må legges til grunn:

«Direktoratet støtter forslaget om at det åpnes for unntak fra «ett-års-kravet», der søkeren er forhindret fra å fremme søknad. Direktoratet vil imidlertid bemerke at det kan bli komplisert å praktisere en slik bestemmelse, da referansepersonene i de aktuelle sakene ofte vil komme fra land hvor det er vanskelig å få oversikt over hvor familiemedlemmene befinner seg. Det kan bli ressurskrevende eller umulig for direktoratet å etterprøve om noen faktisk har vært forhindret fra å fremme en søknad. I mange tilfeller må vi legge til grunn opplysninger om at familiemedlemmer har kommet bort fra hverandre.»⁶⁵

I mange av tilfellene vil forholdene være umulig å dokumentere i form av offisielle dokumenter og lignende. Søkeren må bidra selv til å forklare årsaken til at unntaket eventuelt skal komme til anvendelse. Opplysningene må fremstå som troverdige og konsistente. Av dette kan vi utlede søkerne i hvert fall må gi opplysninger om hvorfor de ikke rakk fristen, og at disse opplysningene eller andre opplysninger ikke tilsier motstrid. Det kan ikke kreves at alt skal dokumenteres, men det må sannsynliggjøres med en sannsynlighetsovervekt på mer enn 50 prosent.

2.1.5 Ettårsfristen og unntaket i lys av forvaltningsrettslige regler

Forvaltningslovens regler gjelder også for utlendingsloven når ikke annet følger av utlendingsloven jf. utl. §80. Forvaltningsloven har en rekke bestemmelser om klagefrist, oppfriskning av klagefrist, og når klagefristen starter å løpe. I denne sammenhengen påpekes det at ettårsfristen etter uf. § 10-8 femte ledd ikke står helt i samme kategori som en generell klagefrist etter forvaltningsloven. Ettårsfristen er en direkte forskriftsregulert frist på ett år. I utgangspunktet kan ettårsfristen betegnes mer som et materielt vilkår enn et prosessuelt, selv om det dreier seg om tid. Prinsippet om *Lex Specialis* tilsier at det er uf. § 10-8 femte ledd som er det riktige tolkningsgrunnlaget for hvordan ettårsfristen kan forlenges. Det videre spørsmålet i dette punktet blir derfor om det er saksbehandlingsregler i forvaltningsloven som kommer til anvendelse i praktiseringen av unntaket «utenfor søkerens kontroll». Det mest aktuelle er hvor langt forvaltningens veiledning strekker seg.

2.1.5.1 Forvaltningens veiledningsplikt

Som det fremgår av gjeldende rett etter utlendingsloven må søkeren bidra med å sannsynliggjøre at unntaket dekkes av forhold utenfor søkers kontroll. Et viktig hensyn i forvaltningsrettens regler om saksbehandling er at parten skal kunne ivareta sine interesser. Etter fvl. § 11

⁶⁵ UDI (2008) s. 5

første ledd har forvaltningsorganene innenfor sitt saksområde en alminnelig veiledningsplikt. Formålet med veiledningen skal være å gi parter og andre interesserte adgang til å ivareta sine interesser i bestemte saker på best mulig måte.

Etter annet ledd skal forvaltningsorganer som behandler saker med en eller flere private parter, av eget tiltak vurdere partenes behov for veiledning. På forespørsel fra en part «og ellers når sakens art eller partens forhold gir grunn til det» skal det gis veiledning om blant annet gjeldende lov, forskrifter og vanlig praksis på vedkommende saksområde.

Spørsmålet videre må bli hvor langt forvaltningens veiledningsplikt etter fvl §11 rekker når det gjelder å veilede søkeren i hva som kreves for at anførselene skal anses som sannsynliggjort.

Sivilombudsmannen har uttalt at i utlendingssaker må avveiningen av partenes behov for veiledning og forvaltningsorganets kapasitet ta «hensyn til hvilke forutsetninger utlendingen har for selv å sette seg inn i saken. Behovet for veiledning vil derfor ofte kunne være større i utlendingssaker enn i andre forvaltningssaker»⁶⁶. Sivilombudsmannen peker videre på at utlendingsnemnda i den aktuelle saken det uttales seg om burde ha veiledet om hva som kunne gjøres for å sannsynliggjøre at et vilkår var oppfylt.

Sivilombudsmannens uttalelser om forvaltningens saksbehandling må tillegges vekt.

Dette taler for at utlendingsmyndighetene bør veilede søkeren i hva som behøves av opplysninger for å sannsynliggjøre anførselene om forhold utenfor søkerens kontroll j. § 10-8 femte ledd. Dette gjelder særlig dersom opplysningene fremstår som ufullstendige. Videre bør utlendingsforvaltningen også sørge for å opplyse søkere som ikke rekker ettårsfristen om unntaket og vilkårene for at dette kommer til anvendelse.

2.3 Internasjonale rettskilder

2.3.1. Forhold til utlendingsloven

Retten til familieliv for flyktninger er hjemlet i internasjonale regler. Dette fremgår av utl. § 3 at loven «skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling.» Dette tilsier at Flyktningkonvensjonen og EMK art 8 er direkte gjeldende for tolkningen av utlendingsloven, og at tolkningen av loven skal være i samsvar med disse.

⁶⁶ Sivilombudsmannen (2016)

Det fremgår videre av forarbeidene til utlendingsloven at dersom det er motstrid mellom en forpliktelse Norge er bundet av og utlendingsloven så har den internasjonale forpliktelsen forrang.⁶⁷ Dette tilsier at FK og EMK art. 8 må gå gis forrang dersom det er motstrid mellom disse og utlendingsloven.

I menneskerettsloven. § 2 fremgår det at enkelte konvensjoner er inkorporert som norsk lov. Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen er en av disse jf. mrl. § 2. Etter mrl. § 3 skal bestemmelsene i konvensjonene nevnt i § 2 «ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.». Dette gjentar prinsippet om at EMK art. 8 skal gis forrang på bekostning av bestemmelser i utlendingsloven ved motstrid.

Det nærmere spørsmålet blir etter dette hvordan uf §10-8 femte ledd skal anvendes etter internasjonale rettskilder, herunder FK, EMK art 8 og EMDs praksis

2.3.2 Flyktningkonvensjonen sin sluttakt

Flyktningkonvensjonen har ingen egne bindende bestemmelser om rett til familiegjening for flyktninger. Men konvensjonens sluttakt punkt, IV B noterer at:

«The Conference, considering that the unity of the family, the natural and fundamental group unit of society, is an essential right of the refugee, and that such unity is constantly threatened»

Videre anbefaler sluttakten medlemsstatene om å:

«take the necessary measures for the protection of the refugee's family especially with a view to:

(1) Ensuring that the unity of the refugee's family is maintained particularly in cases where the head of the family has fulfilled the necessary conditions for admission to a particular country».

Sluttakten er ikke bindende for Norge, men må ses på som en anbefaling.

Etter bestemmelsen i utl. §3 bør prinsippet om familiens enhet som en essensiell rettighet for flyktninger, og anbefalingen til medlemsstatene om å beskytte denne rettigheten, få betydning i tolkningen av utlendingsloven. I anvendelsen av uf. §10-8 femte ledd bør derfor disse prinsippene danne et bakteppe.

⁶⁷ Ot.prp nr 75 (2006-2007) s. 401

2.3.3 EMK artikkel 8 – Rett til familieliv

EMK artikkel 8. første ledd skal sikre enhver rett til respekt for sitt familieliv.

Retten til familieliv kan likevel begrenset etter andre ledd. Inngrep kan gjøres med hjemmel i lov, så lenge det er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensynet til samfunnets interesser. Med andre ord kan ledd to sies å angi en forholdsmessighetsvurdering mellom individets interesser og medlemsstatenes samfunnsinteresser.

Unntak fra underholds krav i familiegjeforening for flyktninger kan sies å være en operasjonalisering av retten til familieliv. Spørsmålet er om ettårsfristens unntak i uf. §10-8 femte ledd for familiegjeforening, ivaretar retten til familieliv etter artikkel 8.

2.3.3.1 EMD-Praksis

Som vist i rettskildetekapittelet⁶⁸ må norske domstoler bruke samme tolkningsprinsipper som EMD. Spørsmålet blir etter dette hvordan EMD har vurdert familiegjeforening etter artikkel 8 og hvordan dette kan anvendes på uf. § 10-8 femte ledd.

2.3.3.1. Prinsipper for tolkningen av artikkel 8 i relasjon til familieinnvandring.

EMD-domstolen har behandlet en rekke saker om retten til respekt for familieliv i relasjon til familieinnvandring. En del av de følgende dommene omhandler ikke referansepersoner som er flyktning. Men de er relevante for de fastslår en rekke prinsipper for forståelsen av EMK. art. 8. og sammenhengen mellom denne og familieinnvandring.

2.3.3.1.1 Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom - Artikkel 8 kan utløse positive forpliktelser til å innvilge familieinnvandring.

I Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom (1985)⁶⁹ uttaler domstolen at EMK art. 8 utløser ikke noen generell plikt for statene til å innvilge familieinnvandring. Søkerne kan ikke velge fritt hvilket land de vil utøve familielivet i. Dette gjaldt tre kvinner med opphold i Storbritannia som etter innreise til riket inngikk ekteskap. Deres ektefeller ble nektet å komme til, eller bli igjen i Storbritannia. Men domstolen slår også fast at art. 8 kan utløse positive forpliktelser: «The Court recalls that, although the essential object of Article 8 (art. 8) is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, there may in addition be positive obligations inherent in an effective «respect» for family life»⁷⁰.

⁶⁸ se oppgavens punkt 1.6

⁶⁹ Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom

⁷⁰ Ibid., avsnitt 67

De positive forpliktelsene vil variere ut fra hvilken situasjon de involverte befinner seg i, og statene innrømmes vid skjønnsmargin på dette feltet. Det slås også fast at statene har rett til å kontrollere innvandringen på sitt eget territorier⁷¹.

Av denne dommen kan vi utlede at medlemsstatene kan bli forpliktet etter artikkel 8 til å innvilge familieinnvandring. Det kommer an på en konkret vurdering av situasjonen de involverte befinner seg i. Videre er valg et sentralt element, altså om man har flyttet på seg frivillig.

2.3.3.1.2 Gül v. Switzerland - Urimelig å henvise til å fortsette familielivet i hjemlandet?

I *Gül v. Switzerland*⁷²(1996) gjentas prinsippene om at man ikke fritt kan velge hvor man skal bosette seg for å kunne utøve retten til familieliv. I denne saken ønsket en tyrkisk statsborger å gjenforenes med sin sønn som opphold seg i Tyrkia. Mannen hadde søkt asyl i Sveits, men fikk innvilget opphold av humanitære årsaker. Han klarte ikke å oppfylle underholdskravet og spørsmålet om nektelse av familiegjening var et inngrep i hans rett til familieliv ble forelagt EMD. Vurderingstemaet ble hvorvidt det var urimelig å henvise familien til å fortsette familielivet på andre måter. Flertallet mente at familiegjening i Sveits ikke var eneste måten de kunne utøve familielivet, og viste til at faren kunne returnere til Tyrkia. Det var ikke bestridt at faren ikke lenger hadde et beskyttelsesbehov, og dommen viste til at han hadde vært flere ganger i Tyrkia på besøk. Dommen ble avsagt med dissens 7:2 på at det ikke forelå et brudd på retten til familieliv.

2.3.3.1.3 Ahmut v. Netherlands - vurderingstemaet urimelig å henvise til familiegjening i hjemlandet gjentas.

EMD viste til samme vurderinger i *Ahmut v. Netherlands*⁷³ som omhandlet en mann med både dobbelt marokkansk og nederlandsk statsborgerskap som ønsket å få sønnen sin til Nederland via familiegjening. EMD viste til at han frivillig hadde valgt å bosette seg i Nederland, og at det ikke var urimelig å henvise til familiegjening i hjemlandet.

Som vi ser av denne dommen utvikler EMD videre på vurderingstemaet om hvorvidt det er urimelig å henvise til familiegjening i hjemlandet.

I alle tre til nå omtalte saken er det en viktig del av EMDs vurdering om EMK art 8 utløser en positiv rett til familiegjening om det er vesentlige hindringer for å fortsette familielivet i

⁷¹ Ibid., avsnitt 67

⁷² *Gül v. Switzerland*

⁷³ *Ahmut v. Netherlands*

hjemlandet. I alle tre sakene ble det også gjort et poeng av at de som ønsket å få familien til seg ikke hadde noen hindringer å vise til for hvorfor de ikke selv kunne dra tilbake til hjemlandet.

2.3.3.1.4 Şen v. Netherlands - ble regnet som brudd på EMK på grunn av hindringer for familieliv i hjemlandet.

I *Şen v. Netherlands*⁷⁴ understrekes igjen de samme prinsippene fra tidligere saker. Saken dreide seg om et tyrkisk foreldrepar i Nederland, som fikk avslag på familiegjennforening med datteren som var igjen i hjemlandet. Foreldrene hadde ikke oppholdsgrunnlag som flyktninger, og de kunne i utgangspunktet fortsette familielivet i hjemlandet. Domstolen kom likevel frem til at det forelå reelle hindringer for å henvise til familiegjennforening i hjemlandet på grunn av foreldrenes andre barn, som var født og oppvokst i Nederland. Selv om dommen er enstemmig på at dette innebærer et brudd på EMK art. 8 har en av dommerne en tilleggsdissens. Her uttaler at dommer Türmen at selv om han er enig i at det er et brudd på artikkel 8 mener han likevel at det også ville være et brudd selv om det ikke eksisterte andre barn født og oppvokst i Nederland. Han viser til dissensen i *Gül-saken*⁷⁵ og uttaler seg enig i synspunktet om at det i tilfeller der en mor og en far får permanent status i ett land og ønsker å være sammen med et barn de midlertidig har etterlatt i hjemlandet, vil det være urimelig, om ikke umenneskelig, å måtte velge mellom å gi opp det oppholdsgrunnlaget de har opparbeidet seg, og det å være sammen med sine barn, som er et grunnleggende element i familielivet. Dette har likevel begrenset vekt siden det er en tilleggsdissens.

2.3.3.1.5 Tuquabo-Tekle v. Nederland - Tidsmoment og vesentlige hindringer:

I *Tuquabo-Tekle*⁷⁶ flyktet moren i familien fra Eritrea til Norge i. Hun fikk opphold på humanitære grunnlag. Hun fikk familiegjennforening med sin eldste sønn. Deretter giftet hun seg med en eritreer med asyl i Nederland, og flyttet til Nederland via familiegjennforening. De fikk så to barn. I 1997 søkte de om opphold for datteren som var blitt igjen i Eritrea. Nederlandske myndigheter avviste under henvisning til at familiebåndene hadde sluttet å eksistere, og moren ikke handlet raskt nok etter at hun fikk lovlig opphold i Nederland. EMD fant det klart at moren alltid hadde tenkt at hun og datteren skulle gjenforenes, og uttalte at det skal svært mye til for at familiebånd slutter å eksistere. Videre la retten vekt på at familien hadde to barn født i Nederland som ikke hadde noen bånd til foreldrenes hjemland. Derfor var den beste måten å fortsette familielivet å la den gjenværende datteren komme til Nederland.

⁷⁴ *Şen v. Netherlands*

⁷⁵ *Gül v. Switzerland*

⁷⁶ *Tuquabo-Tekle and others v. Netherlands*

Domstolen slår videre fast de samme prinsippene fra Gül og Ahmut-sakene.⁷⁷ Det synes klart at EMD mener at det er den personlige situasjonen utlendingen er i, veid opp mot statens interesser, som avgjør om artikkel 8 utløser en positiv forpliktelse, herunder å tillate familie-gjenforening.

Tuquabo-Tekle v. Nederland omhandler ikke flyktninger direkte, men er den mest nærliggende til oppgavens tema siden domstolen også tar opp det faktum at kvinnen flyktet fra Eritrea. Selv om hovedvekten av domstolens vurdering til støtte for brudd av EMK. art 8 er hensynet til barna født i Nederland, så retter domstolen kritikk mot staten Nederland fordi de hevdet at moren forlot sine andre barn i Eritrea av fri vilje. De peker på situasjonen i Eritrea:

«At this juncture the Court would remark that it is questionable to what extent it can be maintained in the present case, as the Government did, that Mrs Tuquabo-Tekle left Mehret behind of «her own free will», bearing in mind that she fled Eritrea in the course of a civil war to seek asylum abroad following the death of her husband»⁷⁸.

Av dette kan det utledes at også situasjonen i hjemlandet og flukt, uavhengig av om det resulterer i asyl, blir en del av vurderingen i om referansepersonen har bosatt seg i et nytt land etter «eget valg». Det er heller ikke særlig relevant hvor raskt de søkte så lenge det fortsatt er et ønske om å leve sammen som familie. Videre støtter også det generelle prinsippet som EMD har slått fast om at familiebandene mellom barn og foreldre fortsatt eksisterer til tross for mange års adskillelse, at retten til familiegjenforening ikke kan «gå ut på dato.»

2.3.3.2 Oppsummering prinsipper

Det er etter disse fem sakene slått fast noen grunnleggende prinsipper for forholdet mellom EMK art. 8 og familieinnvandring. Praksis fra EMD viser at selv om medlemsstatenes skjønsmarginer er vide, så kan likevel retten til familieliv etter art 8 første ledd utløse rett til opphold for familiemedlemmer. Etter annet ledd kan statene begrense retten til familieliv, men medlemsstatene må balansere sine egne interesser i å kontrollere innvandringen opp mot individenes interesser. Det kan etter praksis slås fast at skranken for inngrep etter annet ledd er hvorvidt det er vesentlige hindringer for familien å fortsette familielivet i hjemlandet.

Disse grunnprinsippene er gjentatt så mange ganger at de må kunne sies å utgjøre et prejudikat.

⁷⁷ Ibid., avsnitt 43

⁷⁸ Ibid., avsnitt 47

I sakene Tuquabo-Tekle v. Nederland og Şen v. Nederland var det ikke nødvendigvis helt umulig å fortsette familielivet i hjemlandet, men det ble sett på som vesentlige hindringer at andre barn i familien var født og oppvokst i Nederland, uten tilknytning til hjemlandet. Vesentlige hindringer må dermed ikke forstås som absolutt umulig. I saken Gül v. Sveits var det også et barn som var født og oppvokst i det nye landet. Denne datteren var riktignok plassert i et barnehjem, på grunn av morens helse og manglende mulighet til å ta vare på barnet. Det ble ikke problematisert eller funnet avgjørende av EMD på samme måte som i sakene Tuquabo-Tekle v. Nederland og Şen v. Nederland. I domstolens vurdering det kun en henvisning til datterens eksistens⁷⁹. I dommen er det ingen problematisering av hvorvidt henvisning til familiegjenforening i hjemlandet innebære at datteren enten måtte skilles fra sitt fødeland Sveits, og det opplegget som var lagt opp rundt henne med barnehjem der, eller at hun måtte forlates igjen i Sveits med den splittelsen for familielivet det måtte medføre.

Den etterfølgende utviklingen i sakene Tuquabo-Tekle v. Nederland og Şen v. Nederland med vurdering og avgjørende vekt på barn født og oppvokst i riket som en vesentlig hindring for å utøve familielivet i hjemlandet kan derfor sies å ha vært en rettsutvikling på området som i større grad tar hensyn til barn, og utvider begrepet for hva som må regnes som vesentlige hindringer. Selv om ingen av disse sakene involverer referansepersoner som har fått asyl, må også et slikt grunnlag også kunne sies være aktuell som en vesentlig hindring for å fortsette familielivet i hjemlandet.

Disse prinsippene er likevel for generelle til at de er egnet til å vurdere anvendelsen av uf. § 10-8 femte ledd i særlig grad. Den mest nærliggende parallellen er i Tuquabo-Tekle v. Nederland hvor det var ikke særlig relevant hvor raskt de søkte så lenge det fortsatt var et ønske om å leve sammen som familie. Videre støtter også det generelle prinsippet som EMD har slått fast om at familiebandene mellom barn og foreldre fortsatt eksisterer til tross for mange års adskillelse, at retten til familiegjenforening ikke kan «gå ut på dato.» Dette kan tale for at i familier med vesentlige hindringer for å fortsette familielivet i hjemlandet, for eksempel der en referanseperson har fått asyl, fortsatt har rett til familieliv og muligens oppholdstillatelse selv om det har gått lang tid. Dette taler for en praktisering av unntaket i §10-8 som tar hensyn til flyktningers rett til familieliv selv om ettårsfristen er overskredet.

⁷⁹ Gül v. Sveits avsnitt 40

2.3.3.3 *Mugenzi c. France og Tanda-Muziga c. France - Nyere rettspraksis om søknadsprosedyren*

Det er to nyere dommer⁸⁰ fra EMD som omhandler flyktningers rett til familiegjenforening, hvor domstolen kom frem til at Frankrike hadde brutt forpliktelsene etter art. 8. I disse er hovedfokuset myndighetenes saksbehandling det sentrale, fremfor det materielle innholdet. Uttalelsene om saksbehandlingen har relevans for hvordan de norske regelverket skal praktiseres. I tillegg kommer domstolen med noen uttalelser som kan bidra kaste lys over hvor langt artikkel 8 gjelder når det kommer til familiegjenforening for flyktninger.

I både Mugenzi-saken og Tanda-Muzinga-saken ble det for enkelte av barna problemer med identitet enten når det gjaldt aldersundersøkelser som viste en annen alder enn det som fremgikk av fødselsattesten, eller ektheten av fødselsattesten. Dette førte til at Frankrike ikke ville utstede innreisetillatelse, selv om søkerne i utgangspunktet hadde rett på familiegjenforening.

Domstolen slo i begge sakene fast de samme prinsippene som er omtalt i den foregående oppsummeringen.

Videre legger domstolen følgende prinsipper til grunn:

1. En forsvarlig saksbehandling

Beslutningsprosessen som eventuelt skal innskrenke rettighetene etter artikkel 8 må i tilstrekkelig grad sikre kvaliteten på saksbehandlingen slik at den også ivaretar søkerens interesser.⁸¹

2. Tvil må komme søker til gode

Domstolen peker⁸² også på nyere rettspraksis⁸³ hvor det er slått fast at når det gjelder asylsøkere som søker oppholdstillatelse må det tas hensyn til den spesielle situasjonen søkeren er i, og at tvilen skal komme søkeren til gode når det gjelder troverdigheten av uttalelser og eventuelle dokumenter som kan støtte opplysningene. Hvis informasjonen spriker, må det gis en tilfredsstillende forklaring på uoverensstemmelsene. Domstolen trekker med dette disse prinsippene inn som anvendelige også i spørsmål som omhandler art. 8 og familieinnvandring.

I både Mugenzi-saken og Tanda-Muzinga-saken konsentrerte domstolen seg mest om prosedyrer for saksbehandlingen. Det ble oppstilt noen standarder for hva som regnes som god saksbehandling av medlemsstatene:

⁸⁰ Mugenzi c. France og Tanda-Muziga c. France

⁸¹ Ibid., avsnitt 46

⁸² Ibid., avsnitt 47

⁸³ F.N and others v. Sweden

Hurtighet, sensitivitet og flid i saksbehandlingen

Domstolen peker særlig på at siden Frankrike hadde gitt referansepersonen flyktningstatus og anerkjent prinsippet om familiegjenforening, så var det et krav at anmodninger om visum ble undersøkt «rapidement, attentivement et avec une diligence particulière»⁸⁴, altså med hurtighet, sensitivitet og særlig flid.

Familiens enhet er en essensiell rettighet for flyktninger, og må vernes særskilt

Domstolen presiserte at familiens enhet var en essensiell rettighet for flyktninger og at familiegjenforening var et fundamentalt element for å igjen kunne leve et normalt liv for de som hadde flyktet fra forfølgelse. Den slo videre fast at innvilgelse av asyl er en erkjennelse av sårbarheten til de berørte personene.

Videre uttalte retten at det eksisterer en bred konsensus på det internasjonale og europeiske nivået når det gjelder flyktnings behov for å kunne motta en mer lempelig familiegjenforeningsprosedyre enn andre utlendinger:

«Elle note à cet égard que la nécessité pour les réfugiés de bénéficier d'une procédure de regroupement familial plus favorable que celle réservée aux autres étrangers fait l'objet d'un consensus à l'échelle internationale et européenne comme cela ressort du mandat et des activités du HCR ainsi que des normes figurant dans la directive 2003/86/CE de l'Union européenne»⁸⁵

Brudd på forpliktelse til å sørge for en god søkeprosess

EMD kom frem til at Frankrike hadde en forpliktelse til å sørge for en prosedyre som tok hensyn til de omstendighetene som hadde splittet og forstyrret familielivet og som hadde ført til referansepersonen hadde fått flyktningstatus i utgangspunktet. Frankrike tok ikke tilbørlig hensyn til søkerens særlige situasjon, og retten konkluderte med at prosedyren for familiegjenforening ikke hadde sørget for den fleksibilitet, punktlighet og effektivitet som var nødvendig for å håndheve søkers rett til respekt for familielivet etter artikkel 8 i konvensjonen.

2.3.3.4 Oppsummering prinsipper for saksbehandling

Både i *Tanda-Muzinga v. Frankrike* og *Mugenzi v. Frankrike* ble dommene avsagt uten dissens. Dette må tale for at dommene har gjennomslag som rettskildevordmessig gjennomslag. At begge dommene også slår fast de samme prinsippene for saksbehandlingen tilsier ytterligere vekt.

⁸⁴ Mugenzi c. France avsnitt 52

⁸⁵ Ibid., 54

Prinsippene vi kan utlede av disse dommene om saksbehandlingen er relevante for tolkningen av «utenfor søkerens kontroll» jf. § 10-8 femte ledd. Dette gjelder særlig kravet til en forsvarlig saksbehandling og prinsippet om at tvil må komme søker til gode. Videre vil også domstolens uttalelser om å ta hensyn til flyktningers særlige posisjon og det ansvaret det medfører for medlemsstatene når de anerkjenner en persons beskyttelsesbehov og rett til familiegjening. Videre bør sensitivitet, hurtighet, fleksibilitet og flid i saksbehandlingen være gjennomgående når «utenfor søkerens kontroll» skal tolkes og praktiseres. Brudd på disse saksbehandlingsprinsippene kan innebære et brudd på EMK art. 8.

3. Praksis

3.1 Offentlig tilgjengelig praksis

Det finnes ingen rettspraksis som vurderer underholdskravet i familiegjening med en voksen flyktning som referanseperson. Derfor er heller ikke forvaltningens subsumsjon av ««utenfor søkerens kontroll» jf. § 10-8 femte ledd blitt vurdert av domstolene.

3.1.2 Utlendingsnemndas praksisrapporter og praksisdatabase

UNE er UDIs klageorgan, jf. utl. § 76. I UNEs praksisrapport⁸⁶ er det kun tilgjengelige tall fra 2015. Det er ikke sortert på om det gjelder saker hvor referansepersonen er flyktning. Av rapporten fremgår det at ca 555 av familieinnvandrings sakene i 2015 var saker hvor problemstillingen er knyttet til spørsmål om kravet til underhold var oppfylt.⁸⁷

Ifølge rapporten ble i underkant av 6 prosent av klagen og omgjøringsanmodningene omgjort av UNE. De fleste av omgjøringene skyldtes at UNE i forbindelse med behandlingen av klagesaken mottok ny dokumentasjon på underholdsevnen⁸⁸. Dette er trolig ikke saker som dreier seg om ettårsfristen, siden referansepersonene har oppnådd kravet. Det kan tyde på at omgjøringer til gode for klager som gjelder ettårsfristen og forhold utenfor søkers kontroll der de ikke rakk denne, er en eventuell forsvinnende liten del av de 6 prosentene med omgjøringer i 2015.

UNE har i sin praksisdatabase⁸⁹ lagt ut noen utvalgte saker.

⁸⁶ UNE, *Praksisrapport Familieinnvandring* (2015)

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ UNE (2010-2017)

Disse er sparsomt referert, og det er ikke en systematikk i at alle avgjørelser refereres. Det er et skille mellom basen for avgjørelser frem til 2010 og avgjørelser fra og med 2010. I den eldste basen er det ingen saker om familiegjennforening med flyktning i Norge verken etter gammel utlendingslov eller ny lov.

I den nye databasen ligger det etter sakstype «familie» og stikkord «underholds krav» 120 saker. 47 av disse er tatt til følge, mens 73 er avslått. Siden vi ikke vet noe om hvordan UNE velger ut hvilke saker som skal legges ut i Prakisdatabasen kan vi vanskelig slutte noe av dette. Samtlige saker er gjennomgått for å forsøke å finne et vedtak der årsaken til at man ikke rakk ettårsfristen er ansett som «utenfor søkers kontroll». I hele databasen med medhold er det kun en sak som omhandler forhold utenfor søkers kontroll.⁹⁰

Men også her vurderer UNE at unntaket «utenfor søkers kontroll» ikke skal anvendes:

Saken gjaldt en kvinne og tre barn som søkte familiegjennforening med ektefelle med oppholdstillatelse etter ut. §28. Alle var fra Eritrea. Kvinnen oppsøkte ambassaden minst tre ganger innenfor ettårsfristen, fordi hun hadde problemer med å få utstedt pass. Den tredje gangen fikk hun feilaktig informasjon om at referansepersonen måtte dokumentere at han hadde bolig. Videre fikk søkerne ingen informasjon om ettårsfristen. Klagerens ektefelle bodde på mottak, og de ventet derfor med å fremme søknad til bosetting i kommune. Da referansepersonen tilfeldigvis fikk høre om ettårsfristen oppsøkte kvinnen ambassaden på nytt. Dette var da rundt to måneder etter ettårsfristens utløp.

«Nemnda var noe i tvil om vektingen av ovennevnte opplysninger ved vurderingen av § 10-8 femte ledd, men kom til at hensynene som gjorde seg gjeldende ikke kunne få avgjørende betydning etter denne bestemmelsen. Det ble tatt utgangspunkt i at ordlyden legger opp til en restriktiv tolkning, som også er fulgt opp i UNEs praksis. Nemnda viste blant annet til forarbeidene til bestemmelsen som angir eksempler på hva ordlyden er ment å dekke, og som ikke var sammenlignbar med denne saken.»

⁹⁰ UNE (2013)

UNE kom likevel frem til at det kunne gjøres unntak fra underholdskravet på annet grunnlag. Som denne saken belyser har UNE en svært strikt forståelse av hva som regnes som «utenfor søkerens kontroll». De bruker eksemplene i forarbeidene som en skranke. Det at UNE valgte å gi medhold basert på en annen unntaksbestemmelse når det gjelder vanskeligheter med å få søkt tyder på at UNE praktiserer eksemplene i forarbeidene svært strengt, og ønsker å finne andre løsninger når situasjonen ikke passer inn i eksempelet. Det fremgår ikke en detaljert vurdering av om situasjonen passer inn i ordlyden.

Ut fra dette finnes det ingen offentlig tilgjengelig praksis fra utlendingsforvaltningen hvor ordlyden «utenfor søkers kontroll» er ansett å gjøre unntak fra underholdskravet gjeldende selv om ettårsfristen er oversittet.

3.2 Innhentet praksis fra Jussbuss

3.2.1 Metode og utvelgelse

3.2.1.1. Om databasen:

Jeg har hentet ut vedtak om saker som berører oppgavens problemstilling fra Jussbuss sin database. Jussbuss er et studentdrevet rettshjelptiltak som holder til i Oslo. Utlendingsrettsgruppa, som undertegnede har vært en del av, behandlet 1041 henvendelser i 2016⁹¹. 423 av disse henvendelsene omhandlet familieinnvandring⁹². Det er ikke ført nærmere statistikk av hvor mange av disse som gjelder familieetablering, og hvor mange som gjelder familiegjenforening. Det må tas med i betraktning at de som kommer til Jussbuss for hjelp, ofte er de som allerede har fått et avslag, eller har spørsmål om søknadsprosessen. Det er ytterst sjeldent at klienter som har fått innvilget familiegjenforening tar kontakt.

3.2.1.2 Personvern

Personvernombudet ved Norsk senter for forskningsdata ble kontaktet per telefon i januar. De bekreftet at det ikke er nødvendig med noen form for tillatelse dersom opplysningene som hentes ut fra Jussbuss sin database er i anonymisert form. Da er det kun Jussbuss, som eier av dataene, som må samtykke. Så lenge det sørges for at informasjonen også indirekte ikke gir

⁹¹ Skårberg (2017) s. 22

⁹² Ibid., s. 30

identifiserende personopplysninger er ytterligere samtykke ikke nødvendig. Opplysninger om hvilket land man er fra er ikke identifiserende så lenge det dreier seg om land som har en del søknader om familiegjeningforening. Alder og kjønn skal heller ikke være identifiserende, men personvernombudet foreslo at man for sikkerhets skyld kan dele inn i alderskohorter.

Etter søknad om innsyn og bruk av anonymiserte data den 04.02.2017 innvilget Jussbuss sitt styre i vedtak av 17.02.2017 en slik uthenting av data. De satte som vilkår at alder ble delt inn i alderskohorter.

3.2.1.3 Utvelgelse:

Sakene er plukket ut tilfeldig blant de nyeste sakene i databasen som omhandler ettårsfristen og «forhold utenfor søkers kontroll». Utvalget må betegnes som en stikkprøve i avslag. Det er ikke ment som en fullstendig redegjørelse av alle avslag som omhandler vurderingstemaet. Det er verken Jussbuss sin database eller dette utvelgelsessettet i stand til å gape over.

Vilkåret har vært at det er blitt fattet et endelig vedtak i UNE, og at det eksisterer i databasen enten elektronisk eller blant saksdokumentene.

3.2.1.4 Datagrunnlaget

Utvalget består av 8 saker. Flere av sakene dreier seg om flere søkere, for eksempel mor og barn som søker familiegjeningforening med ektefelle som har fått asyl i Norge. Flere av sakene har hatt en advokat eller rettshjelpsorganisasjon som har bidratt i klageomgangen.

I 7 av disse sakene er det utelukkende fattet beslutning av nemdsleder etter forberedelse av sekretariatet. I en av sakene er det sekretariatet selv som har fattet beslutning, etter delegert myndighet. Vilkåret for å behandle sakene på denne måten er at det ikke byr på «vesentlige tvilsspørsmål» jf. ut. §78 tredje ledd.

7 av disse sakene dreier seg om søkere og referanseperson som kommer fra Eritrea det landet som etter Syria har høyest antall innvilgede familiegjeningforeningssaker⁹³. Samtidig har ikke Eritrea norsk utenriksstasjon.

Landinformasjons rapport⁹⁴ viser at det er svært begrensede muligheter for å få utreisetillatelse. Eritreere i aldersgruppen fra 18 til 50 år er tjenestepliktige i nasjonaltjenesten og får derfor

⁹³ UDI, (2016)

⁹⁴ Landinfo (2016)

ikke utreisetillatelse⁹⁵. Det er høyst usikkert hvem som kan søke om tillatelse og nyere kilder hevder at barn ned til femårsalderen blir nektet utreisetillatelse⁹⁶. Forhold som at familiemedlemmer tidligere har reist ut ulovlig kan også utelukke tillatelse⁹⁷. Ulovlig utreise er en straffbar handling som kan medføre inntil fem års fengselsstraff og/eller bot på opptil 10 000 birr som tilsvarer ca. 3700 norske kroner, eller både fengsling og bot⁹⁸

Det fremgår av Landinfos Temanotat Etiopia/Eritrea at det er illegalt å krysse grensen⁹⁹, og at «flukten er vanskelig å gjennomføre uten bruk av smugler og god planlegging, både for å komme seg til grenseområdet og for å krysse grensen»¹⁰⁰ «For å hindre flukt skal eritreiske myndigheter ha innført en «shoot-to-kill-policy» i grenseområdet, det vil si beordret grensevakter til å skyte mot flyktninger med den hensikt å drepe dem.»¹⁰¹

Erfaring fra saksbehandling i Jussbuss viser at det er mange saker om unntaket for ettårsfristen skal komme til anvendelse hvor søkerne er fra Eritrea og fengsling i forbindelse med grensepassering er en del av problemstillingen.

I samtlige av sakene har det blitt søkt på nett innen ettårsfristen.

3.2.2 Analyse av vedtakene

Målet med å gjennomgå praksis er å forsøke å definere hva utlendingsmyndighetene ikke regner som «forhold utenfor søkers kontroll». Dette kan gi en pekepinn på hvor grensen ligger. Deretter vil jeg drøfte om praksisen i lys av gjeldene rett, som er presentert i del 2.

Et enkeltvedtak fra UNE er kun et av mange enkeltvedtak. Likevel tilstreber UNE seg å behandle klagerne likt. Det kan ikke trekkes bastante konklusjoner på bakgrunn av disse vedtakene, men analysen av de kan bidra til å kaste lys over hvordan UNE praktiserer regelen.

I denne delen av oppgaven vil jeg først og fremst konsentrere meg om subsumpsjonen. Hvordan vurderer UNE anført faktum opp mot hjemmelen? Videre kan det være nyttig å se på om subsumpsjonen sier noe om utlendingsmyndighetenes lovtolkning.

I en del av sakene dreier spørsmålet seg om hva som er faktum i saken, og om anførselene er sannsynliggjort. Det er ikke hensiktsmessig å gå inn på om disse stemmer eller ikke, da det er

⁹⁵ Ibid., s.4

⁹⁶ Ibid., s.5

⁹⁷ Ibid., s.6

⁹⁸ Ibid., s.7

⁹⁹ Landinfo (2016) s. 6

¹⁰⁰ Ibid., s.7

¹⁰¹ Ibid.,s.8

umulig å faktisk kunne etterprøve faktum. Derimot er det interessant å se på hva UNE legger vekt på når de avgjør om anførslene er sannsynliggjort eller ikke.

Hele UNEs vurderingen av forhold utenfor søkers kontroll i alle vedtakene er rubrisert inn i følgende kategorier:

- Avvisning av selve forholdet som er anført
- Generelle uttalelser om forhold som anses innenfor og utenfor søkers kontroll
- Saker hvor selve forholdet som er anført ikke er problematisert
- Saker hvor det blir vurdert dithen at det er innenfor søkers kontroll at de ikke reiste før eller søkte før
- Troverdigheten til anførslene

3.2.2.1 Avvisning av selve forholdet som er anført

Det er kun 2 av 8 saker hvor UNE direkte avviser forholdet som et forhold i seg selv som ikke passer inn under ordlyden.

3.2.2.1.1 Rettsvillfarelse

Sak 1 er en kvinne fra Eritrea, født 1990-1995. Den omfatter også to sønner født 2005-2010. Referansepersonen er ektefelle og far, også fra Eritrea. Referansepersonen fikk førstegangs oppholdstillatelse 12.02.2014. Ettårsfristen utløp dermed 12.02.2015. Mor og barn søkte på ambassaden i Addis Abeba, Etiopia den 25.03.2015. I denne saken har advokaten som har hjulpet til med klagen anført at gjeldende rett på søknadstidspunktet var at skjæringsfristen for ettårsfristen var ved søknad på nett og at det var utenfor søkerens kontroll at de forholdt seg til gjeldende rett. UNE avviser dette:

«Ut fra vedlagt dokumentasjon fremkommer det at registrering av søknadene til klageren og barna på nett ble gjort 27.01.2015, altså 4 måneder etter endringen av UDIs rundskriv. Det er således ikke riktig at registrering på nett var gjeldende rett på dette tidspunktet hva gjaldt frist-avbrytelse av ettårsfristen. På bakgrunn av dette er det dermed ikke riktig at klageren og barna forholdt seg til UDIs gjeldende praksis da de søkte, idet det klart fremgikk av både UDIs nettsider og rundskriv at det var fremmøte på ambassade som var fristavbrytende for ettårsfristen.»

«Videre er det sett hen til subsidiære anførsler om at det foreligger særlige rimelighetsgrunner fordi klageren og barna forholdt seg til gjeldende rett og registrerte søknadene og betalte gebyr rettidig, og at det derfor var utenfor klagerens kontroll at oppmøte på ambassaden var etter ettårsfristen. UNE viser her til det som er sagt ovenfor, og mener at det ikke lå utenfor klagerens kontroll å gjøre seg kjent med gjeldende rett. UNE gjør derfor ikke unntak fra underholdskravet i denne saken.»

Det er etter dette rimelig klart at UNE subsumerer det dit hen at rettsvillfarelse om gjeldende rett ikke regnes som et forhold utenfor søkers kontroll. Det synes i tråd med gjeldende rett at søkerne selv har ansvar for å sette seg inn i gjeldende regelverk.

3.2.2.1.2 Prosess med å få utstedt nødvendige dokumenter samt bistand i søkeprosess

Sak 4 gjelder kvinne født mellom 1990-1995 fra Sudan. Hennes ektefelle er referanseperson, også fra Sudan. Han fikk innvilget asyl 08.10.2013. Søknad ble registrert på nett 06.10.2014, altså to dager før fristen gikk ut 08.10.2014. Hun leverte søknadspapirene ved den norske ambassaden i Khartoum 13.05.2015.

«UNE har merket anførselene om at klageren måtte få tillatelse av sin far til å få utstedt pass og til å fremme søknaden på ambassaden, samt at klageren var avhengig av hjelp til å utfylle søknadspapirene på engelsk. UNE viser imidlertid til at dette er forhold som klageren måtte være klar over. Forholdene er derfor innenfor klagerens kontroll, og hun burde ha beregnet god tid på søknadsprosessen. Det er dette ettårsfristen tar hensyn til og skal ivareta, nettopp det at det kan ta noe tid å få fremsatt en søknad.»

Det kan se ut som at UNE subsumerer at det tok tid å få tillatelse fra far for å få utstedt pass samt hjelp til å fylle ut søknaden på engelsk, og at det ikke faller inn under forhold utenfor søkers kontroll. Det kan virke som at det ses på som en hindring, men ikke en uoverkommelig hindring. Av dette kan vi utlede at prosesser med å skaffe nødvendige dokumenter blir sett på som innenfor søkers kontroll.

I denne saken blir det også trukket frem at hun startet prosessen sent og søkte på nett to dager før ettårsfristen gikk ut. Disse vurderingene henger tett sammen. Man kan derfor ikke direkte utlede at tillatelse fra en mannlig slektning for å utstede pass ikke regnes som hindring. I dette tilfellet trengte faren betenkningstid. Det er mulig dette ville stilt seg annerledes om faren tidligere i prosessen klart stadfestet at han nektet å bidra til utstedelsen av pass.

Det er trolig i tråd med gjeldende rett slik UNE vurderer anførselene dersom det er slik at søkeren startet prosessen bare to dager før ettårsfristen utløp. Det må påregnes noe tid for å kunne ordne nødvendige dokumenter, og dersom det var behov for språklig bistand burde nok søkeren ha søkt å ordne dette. Det må regnes som innenfor søkerens kontroll at hun ikke startet prosessen tidligere.

3.2.2.2 Generelle uttalelser om forhold innenfor og utenfor søkers kontroll

UNE har videre noen generelle uttalelser om hva de regner som forhold innenfor og utenfor søkers kontroll selv om det ikke er avgjørende for vedtaket.

Faktiske hindringer – ulovlig grensepassering i seg selv ikke nok

Videre kommer UNE med uttalelser i tre saker om det forholdet at det generelt sett er vanskelig å komme seg ut av et land som et forhold som ikke alene kan utgjøre et forhold utenfor søkers kontroll:

Sak 2. «At det på generelt grunnlag kan være vanskelig å reise ut av Eritrea tilsier ikke alene at skal gjøres unntak.»

Sak 3 «Det vises til at det er allmenn kjent i Eritrea at det er vanskelig å komme seg over grensen til nabolandene.»

Sak 6 «At det på generelt grunnlag kan være vanskelig å reise ut av Eritrea tilsier ikke alene at det skal gjøres unntak.»

I en av sakene prøvde de å søke utreisetilattelse, men det gikk ikke. I en annen sak ble det anført at den ulovlige grensepasseringen må anses å være en hindring utenfor klagerens kontroll. Dette ble ikke vurdert i vedtaket. I sak 2 anførte også advokaten at det ikke var mulig å lovlig reise ut av Eritrea.

Gjeldende rett tilsier at det forhold at det generelt sett er vanskelig, ulovlig og farefullt å reise ut av hjemlandet må trolig regnes som en faktisk forhindring fra å reise til norsk utenriksstasjon for å fremme søknad. Praksisen i disse vedtakene er et brudd med dette.

Generelle uttalelser om hvordan fengsling vurderes

SAK 3. «Fengselsopphold er i utgangspunkt forhold som regnes å være utenfor en klagers kontroll. Dette kan imidlertid ikke få avgjørende betydning i denne saken.»

SAK 7. «Det følger videre av klagen at klagerne ble fengslet da de forsøkte å krysse grensen i mai 2015. UNE mener at dette forholdet ikke kan tillegges særlig vekt i vurderingen. UNE er enig med UDI om at fengsling er forhold utenfor klagers kontroll.»

Her er det klart at UNE mener at fengsling i forbindelse med grensepassering regnes som forhold utenfor søkers kontroll. Dette er i tråd med forståelsen av gjeldende rett og hensyntagen til flyktningers særlige sårbare stilling (EMD)

Årsaken til at disse sakene likevel ikke fikk gjennomslag var enten at UNE mente at de burde ha reist før, eller at de ikke anså anførselene om fengsel som sannsynliggjort.

Det at fengsling anses som et forhold utenfor søkers kontroll er i tråd med unntakets ordlyd, og gjeldende rett.

3.2.2.3 Saker hvor selve forholdet som er anført ikke er problematisert

I de øvrige sakene vises det til anførsler om fengsling i forbindelse med grensepassering, vanskeligheter med å få tillatelse til å reise ut av flyktningleir, sykdom, mislykkede forsøk på grensepassering og lang ventetid på ambassaden. Disse avvises ikke direkte som forhold utenfor søkers kontroll, men blir i stedet gjenstand for en videre vurdering.

Av dette kan vi utlede at det i utgangspunktet er forhold som ville regnes som forhold utenfor søkers kontroll. Dette kan synes som i tråd med gjeldende rett. I disse sakene avviser UNE klagen med bakgrunn i at søkerne uansett burde ha startet reisen eller søknadsprosessen tidligere, eller at de ikke finner opplysningene om hindringen som troverdige.

3.2.2.4 Saker hvor det blir vurdert dithen at det er innenfor søkers kontroll at de ikke reiste før eller søkte før

I 7 av 8 saker ble dette et tema. I alle disse sakene har det både blitt søkt på nett innen ettårsfristen, og søkerne har startet prosessen med å komme seg til en norsk utenriksstasjon før ettårsfristen utløper. Disse sakene kan deles inn i to kategorier. Den ene der hovedårsaken til avslaget er at søkerne ikke prøvde tidligere uavhengig av troverdigheten til anførselene, og den andre der tidsmomentet er en del av vurderingen.

Sak 3 gjelder kvinne født 1970-1975 og to barn født mellom 2000 og 2005 fra Eritrea. Referanseperson er også fra Eritrea, og han fikk asyl 13.12.2013 sammen med en sønn og en datter. Ettårsfristen utløp den 13.12.2014. Søkerne leverte dokumenter ved Khartoum ambassade 06.10.2015

«Det vises til at det er allmenn kjent i Eritrea at det er vanskelig å komme seg over grensen til nabolandene Det må derfor forventes at personer som ønsker å søke innen ettårsfristen begynner forsøkene på å komme seg over grensen relativt kort tid etter at referansepersonen får tillatelse, og i god tid før ettårsfristen utløper. Uten å ta stilling til troverdigheten av de fremsatte anførselene, viser UNE til at det ikke er redegjort for hvorfor det tok mer enn **ni måneder** fra referansepersonen fikk tillatelse før søknadene ble fremmet på nett. UNE anser det derfor ikke for sannsynliggjort at det forelå forhold utenfor klagernes kontroll som forhindret dem å fremme søknadene på et tidligere tidspunkt.» (min utheving)

Sak 5 omhandler kvinne fra Eritrea, født 1990-1995 og sønn født 2010-2015. Far og ektefelle er referanseperson og også fra Eritrea. Referansepersonen fikk asyl 29.08.2014. Fristen var dermed 29.08.2015. Mor og sønn var på ambassaden i Addis Abeba, Etiopia 01.12.2015

«Uten å ta endelig stilling til troverdigheten av opplysningene, mener UNE at det ikke er sannsynliggjort at det var forhold utenfor klagernes kontroll som medførte at søknaden ble fremmet for sent. Det vises til at det tok omtrent **ni til ti måneder** før klagerne forsøkte å krysse grensen til Etiopia for første gang. Det må sies å være innenfor en klagers kontroll å vite at vedkommende er nødt til å krysse grensen til et annet land for å kunne fremsette søknad og at det beregnes god tid.» (min utheving)

Sak 7 dreier seg om kvinne fra Eritrea født mellom 1985-1990 og datter født mellom 2010-2015. Referansepersonen er far og ektefelle og også fra Eritrea. Han fikk asyl 22.08.2014. Ettårsfristen utløper da 22.08.2015. Mor og datter søkte på ambassaden i Addis Abeba, Etiopia, den 27.10.2015. De var altså 2 måneder og 2 dager for sene. I denne saken var også troverdighet en sentral del av begrunnelsen, men den generelle uttalelsen referert under viser at det uansett ville ført til avslag:

«Uten å ta stilling til troverdigheten i denne opplysningen, mener UNE at det ikke er sannsynliggjort at det forelå forhold utenfor klagernes kontroll som gjorde at de måtte vente **i syv måneder** før de forsøkte å krysse grensen første gang.» (min utheving).

Videre kommenterer UNE at det ikke er opplyst om noen fluktforsøk i en periode på en måned mellom første mislykkede fluktforsøk og det andre som førte til fengsling.

«Det er ikke fremlagt opplysninger om det forelå forhold som forhindret klageren å krysse grensen mellom mars og mai 2015.»

UNE kommenterer også tidsbruken i en rekke vedtak selv om det ikke er hovedårsaken til avslaget. I saken nevnt i punkt 3.2.2.1. ble det påpekt at søkeren startet prosessen over 11 måneder etter at ettårsfristen begynte å løpe, og at elektronisk søknad ble registrert to dager før ettårsfristen utløp. Videre ble det i tre saker også kommentert tidsbruk før prosessen startet, selv om sakene ble hovedsakelig avslått på grunn av anførslenes troverdighet, se punkt under. I to av disse sakene dreide det seg om søkere som hvor UNE la til grunn at søkerne ikke hadde startet prosessen før det var gått rundt ti måneder av fristen. I den siste saken hvor tidsbruk ble kommentert, dreide det seg om hindring som oppstod allerede en måned etter at ettårsfristen startet å løpe:

I sak 6 fikk referansepersonen opphold 15.02.2014, og søkerne har opplyst at de ble fengslet i mars 2014 i forbindelse med forsøk på grensepassering, altså kun en måned ut i fristen.

«UNE mener at det ikke er sannsynliggjort at klageren og barnet ikke hadde mulighet til å forlate Eritrea på et tidligere tidspunkt.»

Det kan synes som at UNE oppstiller et krav om at søkerne må vise til og i størst mulig grad sannsynliggjøre forhold utenfor søkers kontroll dersom søkerne ikke startet søknadsprosessen og reisen straks. UNE har dermed lagt seg på en linje hvor det forventes at søkeren starter med en gang, og hvis søkeren ikke gjør dette er det innenfor søkers kontroll dersom det senere oppstår hindringer. Søkerne forventes å oppstille en helhetlig tidslinje for hva de har foretatt seg gjennom hele ettårsfristen.

Dette strider mot både gjeldende norsk rett og EMDs prinsipper etter art. 8 om en fleksibel saksbehandling. Det er ikke hjemmel for å kreve at man må starte reisen med en gang, og at dette er eneste mulighet for at det kan være forhold utenfor søkers kontroll. Dette er et uttrykk for innskrenkende lovtolkning av forvaltningen. Det bryter også med forståelsen av gjeldende rett. I sak 4 ble det søkt på nett to dager før fristen utløp, og det er rimelig å kreve at søkeren foretar seg noe aktivt før dette tidspunkt. Men det bør holde at det er realistisk med god margin å få fullført siste del av søknadsprosessen innen fristens utløp. I sak 6 hadde søkerne startet forsøkene på å krysse grensen allerede en måned etter at referansepersonen fikk opphold. Likevel kommenterer UNE at søkerne ikke har sannsynliggjort at de ikke hadde mulighet til å forlate Eritrea tidligere. Det er uklart om UNE ser på dette som et bevisbyrdespørsmål, eller om UNE mener at de skulle startet forsøket allerede samme måned som referansepersonen fikk opphold.

Det kan synes som det tidligste tidspunktet UNE klart retter kritikk mot søkerne for at de ikke har foretatt seg noe er ved sju måneder inn i ettårsfristen. En slik forventning om at man må flykte innen en viss tid er ikke i tråd med gjeldende rett.

3.2.2.5 Sannsynliggjort eller troverdighet

Seks av vedtakene tar opp sannsynligheten til anførselene eller søkers troverdighet, og vurderer det dithen at anførselene anses som ikke sannsynliggjort. I tre av sakene er det kommentert troverdighetene til anførselene selv om saken allerede er avvist med vekt på annet grunnlag. Videre er tre saker hovedsakelig avslått på grunn av troverdighet. I det følgende vil de tre sakene hvor det fremgår at troverdigheten virker som det utslagsgivende for avslaget presenteres:

Sak 2 omhandler kvinne fra Eritrea født 1990-1995 og sønn født 2010-2015. Far/ ektefelle er referanseperson i Norge, også fra Eritrea. Han fikk innvilget asyl ved UDIs vedtak av 13.01.2014. Fristen utgikk 13.01.2015. Mor og sønn søkte 17.03.2015 ved ambassaden i Addis Abeba. De var altså 2 måneder og to dager for sene. Klagerne forsøkte flere ganger å forlate Eritrea, men ble tatt av eritreiske grensevakter. De ble arrestert i november 2014 og satt i fengsel i ca. en måned.

«Anførselene som forklarer flukten fra Eritrea er av svært generell karakter, og det gis ikke noen konkrete og detaljerte forklaringer på hva som skjedde i perioden fra referansepersonen fikk tillatelse og frem til klagerne fikk reist ut av Eritrea. Det er ikke gitt noen redegjørelse for prosessen med å flykte utover at klagerne skal ha forsøkt flere ganger, og blitt fengslet ved ett av forsøkene.»

Sak 6 gjelder en kvinne fra Eritrea født 1990-1995 og hennes datter født 2010-2015. Referansepersonen er ektefelle og far, også fra Eritrea. Han fikk asyl 15.02.2014, og fristen er dermed 15.02.2015. Mor og datter var på ambassaden i Addis Abeba, Etiopia den 25.02.2015, altså 11 dager for sent.

«Det er sett hen til anførselene om at klageren og barnet har vært forhindret fra å søke tidligere. Slik UNE forstår klagen anføres det at klageren og barnet har gjort flere forsøk på å krysse grensen fra Eritrea til Etiopia, og at de ble fengslet flere ganger. Første gangen fra mars til mai 2014, andre gangen fra juli til august 2014 og tredje gangen fra september til november 2014.»
«Det er imidlertid ikke gitt noen utfyllende opplysninger som underbygger disse anførselene. Det er blant annet ikke gitt noen konkrete og detaljerte forklaringer på hva som har skjedd i perioden fra referansepersonen fikk tillatelse og frem til klageren og barnet fikk reist ut av Eritrea. Det er ikke gitt noen redegjørelse for prosessen med å flykte utover at klageren og barnet skal ha forsøkt flere ganger og blitt fengslet tre ganger.»

I denne saken var søkerne på ambassaden i januar 2015. De fikk trolig ikke levert søknaden da, men de har ikke oppgitt noen videre opplysninger om dette. UNE vurderer det dit hen at det ikke er gitt god nok forklaring på dette:

«Ut fra den informasjonen UNE besitter var det svært kort ventetid for å få time ved ambassaden i denne perioden. Det er ingen opplysninger som tilsier at det har vært noe unntak i denne saken, og det er heller ikke gitt noen forklaring på hvorfor de først søkte 25.02.2015 når de allerede i januar var i kontakt med ambassaden.»

Sak 8 gjelder en kvinne fra Eritrea, født mellom 1985-1990. Saken omhandler også tre barn, hvorav ett er født mellom 2005-2009, og to født mellom 2010-2014. Referansepersonen er far og ektefelle fra Eritrea, som fikk asyl 16.05.2014. Ettårsfristen gikk dermed ut 16.05.2015. Søknaden ble fremmet ved ambassaden i Khartoum 29.03.2016 I klagen (referert av UNE) ble forhold utenfor søkers kontroll anført:

«Det ble vist til at klageren søkte familieinnvandring på internett og betalte for søknaden 25.02.2016 som var flere måneder før fristen på ett år gikk ut. Klagerne måtte reise ut av Eritrea på ulovlig måte og ble stoppet og arrestert på grensen til Sudan. Først på tredje forsøk lykket hun med å komme seg over grensen med barna. Referansepersonen har skrevet brev til UDI og orientert om vanskelighetene med å krysse grensen og hvorfor det tok så lang tid å komme til ambassaden i Khartoum.»

Une vurderer anførselene på følgende vis:

«Det er sett hen til anførsler om at klageren forsøkte å komme seg over grensen til Sudan tre ganger, men at hun ble forhindret fordi hun ikke hadde tillatelse til å krysse grensen.»

«UNE bemerker at det ikke er angitt noe nærmere om akkurat når klageren skal ha forsøkt å krysse grensen, eller i hvilken periode hun skal ha vært fengslet. Videre har ikke klageren selv sagt noe om at hun har vært arrestert og fengslet av eritreiske styresmakter. Dette svekker troverdigheten av denne anførselen.»

Vurdering:

I sak 2 fremkommer det at det ikke er nok å si at man har forsøkt flere ganger og blitt fengslet ved ett av forsøkene. Det er gitt en viss tidsangivelse på når de ble fengslet og ca. hvor lenge, men ikke nærmere om de tidligere forsøkene. UNE etterlyser konkrete og detaljerte forklaringer og en redegjørelse for prosessen med å flykte. Det samme etterlyser UNE i sak 6, hvor søkerne har angitt at tre tidsperioder for fengsling og varighet på disse. Videre vil UNE ha en forklaring på hvorfor de ikke leverte søknaden innen fristen da de var på ambassaden før den utløp. I sak 8 hevder UNE at det ikke er troverdig at søkeren selv har sagt noe om fengslingen. Det antas at dette må referere til intervju på ambassaden.

Etter gjeldende rett må det fremlegges opplysninger som vurderes til å være mer enn 50 prosent sannsynlig. Søkeren må bidra selv til å forklare årsaken til at unntaket eventuelt skal komme til anvendelse. Utlendingsmyndighetene kan trolig ikke kreve at forholdene skal dokumenteres dersom det ikke lar seg gjøre. Det må nok holde at det er over 50 prosent sannsynlig at opplysningene stemmer, og at dersom ikke andre forhold taler for motstrid, så må søkers forklaring legges til grunn.

Det fremgår i sakene at UNE ikke legger søkers forklaring til grunn. Det er her ikke tale om motstridene opplysninger. Det synes som at det viktigste ankepunktet er at søkerne i større grad må komme med mer detaljerte opplysninger. Det må i utgangspunktet kunne kreves en detaljgrad som tilsier at det er mer enn 50 prosent sannsynlig at anførselene stemmer. Det er ikke ukjent at grensepassering er forbundet med fare for fengsling. Men det kan trolig også kreves at søkerne bidrar med detaljer om hvilket fengsel de ble satt i, så konkrete datoer som mulig, og situasjonen som førte til fengslingen. Det at søkeren i intervju ikke har sagt noe om fengslingen kan vanskelig tale mot sannsynligheten dersom dette er anført i klageomgangen. Det er ikke direkte motstrid. Noe annet hadde vært om søkeren i intervju fortalte at hun ikke hadde blitt fengslet.

I disse sakene burde UNE ha veiledet søkerne i hva slags informasjon de ønsket seg. Det bør i hvert fall komme klart fram av avslaget til UDI hva som kreves av ytterligere opplysninger

for at unntaket skal komme til anvendelse. Myndighetene må veilede i hva slags informasjon som trengs og hvor detaljert den skal være. Veiledningsplikten etter fvl § 11 skal gjøre partene i stand til å ivareta sitt tarv. Selv om søkerne selv må ta ansvar for å sette seg inn i gjeldende rett er det rimelig å forvente at utlendingsforvaltningen informerer om unntaket dersom ettårsfristen er oversittet. Som tidligere drøftet under del 2 har myndighetene en særlig forpliktelse til å ivareta veiledningsplikt for utlendinger som har vanskelig for å finne frem i regelverket.

Det er heller ikke i tråd med prinsippene fra EMD-praksis at søkeren ikke settes i stand til å ivareta sine rettigheter etter artikkel 8 når utlendingsforvaltningen ikke gir søker anledning til å komme med utfyllende detaljer dersom det er det som kreves.

4. Rettspolitisk drøftelse

For å best mulig ivareta flyktningers rett til familieliv bør unntaket i uf. § 10-8 femte ledd praktiseres på en fleksibel måte som ivaretar flyktningers særlige posisjon. Forståelsen av utlendingsforskriftens unntak tilsier en vid tolkning av hjemmelen, hvor forhold utenfor søkerens kontroll må vurderes skjønnsmessig og konkret i den enkelte sak. Forarbeidenes formål om å sikre flyktninger som ønsker å leve sammen lempeligere familiegjennforeningsregler tilsier at reelle forsøk på å gjenforenes må tillegges vekt i vurderingen av om unntaket skal komme til anvendelse

Av analysen fremkommer det motstrid mellom gjeldene rett og utvalget av vedtak særlig når det gjelder følgende punkter:

Farlig ulovlig grensepassering og risiko for fengsling regnes etter UNEs praksis ikke som faktiske forhindringer ved reisen til norsk utenriksstasjon. For å ivareta gjeldende rett og prinsippet om flyktningers særlige sårbare stilling bør det gis unntak fra ettårsfristen der det er kjent at utreise avhenger av ulovlig grensepassering. Dette gjelder særlig Eritrea.

UNE oppstiller etter praksis en tidsfrist for når søkerne må påbegynne prosessen for at unntaket skal komme til anvendelse. Det er uklart hvor UNE hjemler en slik forståelse av gjeldende rett at det kan oppstilles en frist inne i ettårsfristen. UNE ser ut til å mene at søkerne kan pålegges å flykte tidligere. Dette tar heller ikke hensyn til flyktningers særlig sårbare situasjon. jf. EMDs uttalte prinsipper. Videre er det verken en spesielt fleksibel og nøyaktig saksbehandling i tråd med EMDs krav til en forsvarlig saksbehandling.

Praksisen bør legges om slik at den samsvarer med gjeldende rett. Dermed bør søkere som har startet på prosessen på et slikt tidspunkt at det innebærer en realistisk mulighet for å nå ambassaden innen ettårsfristen, gis unntak dersom hindringer som er utenfor søkerens kontroll oppstår.

Av vedtakene fremkommer det også at det legges andre prinsipper til grunn for å vurdere troverdigheten enn de etter gjeldende rett. Søkers forklaring legges ikke alltid til grunn slik som de burde jf. prinsippene fra EMDs praksis. Videre synes det ikke som at tvilen kommer søkeren til gode. Det bør i større grad tas hensyn til søkerens forklaring. I de tilfellene der det trengs ytterligere detaljer bør søkeren veiledes om hva denne kan gjøre for å sannsynliggjøre anførselene. Til slutt må veiledningsplikten etter forvaltningsloven få betydning i de tilfellene der det dreier seg om mangelfull informasjon.

Etter denne sammenligning av gjeldende rett og utvalgt praksis er det mye som taler for at forhold utenfor søkerens kontroll jf. uf §10-8 femte ledd forstås og praktiseres av UNE på en måte som i strid med gjeldende rett. Mangelen på rettskilder som kan utdype unntaketets innhold kan trolig være noe av årsaken til dette. Utlendingsmyndighetene bør sørge for en praksis som ivaretar gjeldende rett og retten til familieliv etter EMK artikkel 8. Den mest praktiske måten dette kan gjøres er gjennom et eget rundskriv som tar for seg unntaket. Dette vil også være hensiktsmessig med tanke på at dette unntaket for fremtiden i forbindelse med regelendringer må vurderes på to, alternativt tre tidsfrister for søknad om familiegjennforening for flyktninger.

5. Litteraturliste

Norsk lov og forskrift

- | | |
|------|---|
| 1814 | Grunnloven av 17.mai 1814 |
| 1967 | Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10 februar 1967 |
| 1990 | Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) av 21 desember 1990 nr. 1028 (opphevet) |
| 1999 | Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30 |
| 2008 | Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15.mai 2008 nr. 35 |
| 2009 | Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) av 15. oktober 2009 nr. 1286 |
| 2016 | Forskrift om endring i utlendingsforskriften (underholdskravet - heving til lønnstrinn 24 og endret unntaksbestemmelse) 22. april nr. 417 |

Traktater

EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, Roma, 4. november 1950
FK	FN-konvensjonen om flyktningers rettsstilling, Genève 28. juli 1951 Tilleggsprotokoll til FN-konvensjonen om flyktningers rettsstilling, 31 januar 1967

Forarbeider

NOU (2004)	Norges offentlige utredninger 2004: 20 Ny utlendingslov Utredning fra utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon av 14. desember 2001. Avgitt til Kommunal- og regionaldepartementet 19. oktober 2004.
Innst. 391 L (2015–2016)	Om endringer i utlendingsloven mv. (innstramninger II)
Ot.prp nr. 75 (2006-2007)	Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Høringer

Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2008)	Høringsbrev om regler i ny utlendingsforskrift og endringer i gjeldende utlendingsforskrift - Krav til sikret underhold og innføring av ny in-
--	--

tervjuordning for å motvirke tvangsekteskap

NOU (2004)

Norges offentlige utredninger 2004: 20
Ny utlendingslov
Utredning fra utvalg oppnevnt ved kongelig
resolusjon av 14. desember 2001.
Avgitt til Kommunal- og regionaldepartementet
19. oktober 2004.

Justis- og beredskapsdepar-
tementet (2017)

Høring: Endringer i utlendingsforskriften – un-
derholdskravet i familieinnvandringsaker –
senking av underholdskravet og endring av
ettårsfrist for unntak for flyktninger. 18.01.2017

Rettsavgjørelser

Norsk høyesterett

Rt. 2004 s.8

Rt. 2000 s. 996

Den Europeiske menneskerettighetsdomstolen

Abdulaziz, Cabales and Bal-
kandali v. United Kingdom

The European Court of Human Rights, Stras-
bourg, 28 mai 1985

Ahmut v. Netherlands

The European Court of Human Rights, Stras-
bourg, 28 november 1996

Gül v. Switzerland

The European Court of Human Rights, Stras-
bourg, 19 februar 1996

Şen v. Netherlands	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 21.mars 2002
Toquabo-Tekle and others v. Netherlands	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 1 desember 2005
F.N and others v. Sweden	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 18 desember 2012
Mugenzi c. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10 juli 2014
Tanda-Muziga c. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10 juli 2014

Praksis fra Stortingets ombudsmann for forvaltningen

Stortingets ombudsmann for forvaltningen (2014), *Sak 2013/1635: Skjæringstidspunktet for ettårsfristen etter utlendingsforskriften § 10-8 femte ledd.* 31.03.2014

Stortingets ombudsmann for forvaltningen (2016) *Sak 2014/2831: Utlendingsmyndighetenes veiledningsplikt og plikt til å høre barnet ved søknad om familieinnvandring til en forelder i Norge.* 21. april 2016

Rundskriv

UDI (2010) RS-2010-118, Krav om underhold som vilkår for familieinnvandringstillatelse- utlendingsforskriften §§ 10-8, 10-9, 10-10 og 10-11, jf. utlendingsloven kapittel 6.

UDI (2012) RS-2012-009, Registrering, vurdering og endring av ID-opplysninger i saker etter utlendingsloven

UDI (2016) RS 2010-118V1, Satser for underholdskravet i sak om familieinnvandring, sist endret 06.07.2016

Stortingsdokumenter

Anmodningsvedtak nr. 859 (2015-2016) tilhørende sak Endringer i utlendingsloven mv. (innstramninger II)13.06.2016

<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Vedtak/Vedtak/Sak/?p=64502>

[Sisert 01.03.2017]

Anmodningsvedtak nr. 851 (2015-2016) tilhørende sak Endringer i utlendingsloven mv. (innstramninger II)13.06.2016

<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Vedtak/Vedtak/Sak/?p=64502>

[Sisert 01.03.2017]

Høringsuttalelser

Utlendingsdirektoratet (2017) høringsuttalelse til Endringer i utlendingsforskriften – underholdskravet i familieinnvandringsaker – senking av underholdskravet og endring av ettårsfrist for unntak for flyktninger, 08.02.2017

Utlendingsdirektoratet (2008) høringsuttalelse til Høringsbrev om regler i ny utlendingsforskrift og endringer i gjeldende utlendingsforskrift - Krav til sikret underhold og innføring av ny intervjuordning for å motvirke tvangsekteskap, 01.12.2008

Utlendingsnemnda (2017) høringsuttalelse til Endringer i utlendingsforskriften – underholdskravet i familieinnvandringsaker – senking av underholdskravet og endring av ettårsfrist for unntak for flyktninger, 02.02.2017

Litteratur

Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære* 2. utg., 2009

Nettsider

Dagbladet, *Full forvirring om hva Venstre og KrF har gått med på i asylbarnavtalen* (2015) 15.04.2015 <http://www.dagbladet.no/nyheter/full-forvirring-om-hva-venstre-og-krf-har-gatt-med-pa-i-asylbarnavtalen/60764287>

[Sisert 01.03.2017]

Justis- og beredskapsdepartementet, *Ny avtale om asylpolitikken. Pressemelding. Dato: 08.04.2015. Nr: 26 – 2015* (2015)

<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/ny-avtale-om-asylpolitikken/id2404833/>

[Sisert 01.03.2017]

Justis- og beredskapsdepartementet, *Høring – endringer i utlendingslovgivningen (innstramninger II) Dato: 29.12.2015* (2015)

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--endringer-i-utlendingslovgivningen-innstramninger-ii/id2469054/>

[Sisert 11.02.2017]

Utlendingsdirektoratet, *Familieinnvandringstillatelser etter søkerens statsborgerskap og oppholdsgrunnlaget til personen i Norge* (2016)

<https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/familieinnvandringstillatelser-etter-sokerens-statsborgerskap-og-oppholdsgrunnlaget-til-personen-i-norge-2016/>

[Sisert 01.03.2017]

Utlendingsdirektoratet, *Nye søknadsgebyrer i familieinnvandringssaker* publisert: 21.12.2016 (2016)

<https://www.udi.no/viktige-meldinger/nye-soknadsgebyrer-i-familieinnvandringssaker/>

[Sisert 20.04.2017]

Utlendingsnemnda, (2013) Praksisdatabase, Referanse: N1311451011 sak om «forhold utenfor søkerens kontroll» jf. uf. §10-8 femte ledd.

[http://praksis.une.no/CES5/default.aspx?&sk=NyLov&ccr=ctl04&k=cchd&docid=10006&mir=1&q=ambassade+\(%40Resultat%3d%3d%22Tatt+til+f%C3%B8lge%22\)+%40Sakstype%3d%3d%22Familie%22+%40Stikkord%3d%22underholdskrav%22+%40sysfiletype%3C%3Espuserprofile+\(NOT+%40syspiscontainer\)&wld=True](http://praksis.une.no/CES5/default.aspx?&sk=NyLov&ccr=ctl04&k=cchd&docid=10006&mir=1&q=ambassade+(%40Resultat%3d%3d%22Tatt+til+f%C3%B8lge%22)+%40Sakstype%3d%3d%22Familie%22+%40Stikkord%3d%22underholdskrav%22+%40sysfiletype%3C%3Espuserprofile+(NOT+%40syspiscontainer)&wld=True)

[Sisert 11.03.2017]

Utlendingsnemnda, (2010-2017) Praksisdatabase <http://une.no/no/Praksis2/Praksisbase/>

[Sisert 11.03.2017]

Utlendingsnemnda, Praksisrapport Familieinnvandring (2015)

<http://une.no/no/Praksis2/Praksisrapporter/Familieinnvandring/>

[Sisert 01.03.2017]

Vedtak og rapporter

Dzamarija, Minja Tea og Toril Sandnes. *Familieinnvandring og ekteskapsmønster 1990–2015*, Statistisk sentralbyrå nr. 39, (2016).

<https://www.ssb.no/befolkning/artikler-og-publikasjoner/attachment/288305?ts=158f7f39e80>

[Sisert 01.03.2017]

Skårberg, Hanne Hareide. *Årsrapport for Jussbuss 2016, Institutt for kriminologi og rettsso-*
siologi

Universitetet i Oslo. Stensilserie nr. 136, (2016)

<http://foreninger.uio.no/jussbuss/Ressurser/publikasjoner/arsrapporter/%C3%85rsrapport%202016>

[Sisert 05.03.2017]

Utlendingsdirektoratet. Årsrapport 2016 for Utlendingsdirektoratet, (2016),

https://www.udi.no/globalassets/global/aarsrapporter_i/arsrapport-2016-for-utlendingsdirektoratet.pdf

[Sisert 01.03.2017]

Landinformasjon, (2016) Respons Eritrea: Utstedelse av utreisetillatelse og ulovlig utreise

http://www.landinfo.no/asset/3423/1/3423_1.pdf

[Sisert 20.03.2017]

Landinformasjon, (2016) Temanotat Etiopia/Eritrea: Grensepassering, registrering og forhold for eritreiske flyktninger i Etiopia http://www.landinfo.no/asset/3310/1/3310_1.pdf

[Sisert 20.03.2017]

