

Høringssvar fra Jussformidlingen – Høringsnotat om endringer i utlendingsloven og utlendingsforskriften – bruk av DNA-testing i utlendingssaker

1. Innledning

Vi viser til høringsnotat datert 21.12.18, der det bes om høringsinstansenes høringssvar.

Jussformidlingen er et rettshjelptiltak drevet av viderekomne jusstudenter ved Universitet i Bergen. Vi tilbyr gratis rettshjelp og gratis juridisk bistand til privatpersoner. Utlendingsrett er ett av våre prioriterte områder, hvilket innebærer at vi yter direkte partsrepresentasjon i saker mot UDI og UNE. Flere av våre klienter har fått avslag på søknad om innvandring til Norge, basert på både familieinnvandring og andre grunnlag. Vi er godt kjent med problemstillingene denne gruppen står overfor i møte med søknads- og klageprosessen for både UDI og UNE.

På bakgrunn av våre erfaringer ønsker Jussformidlingen å benytte anledningen til å knytte noen bemerkninger til departementets forslag.

2. Bemerkninger til høringens punkt 3 og 4

Departementet har identifisert en rekke relevante lovregler som potensielt kan sette begrensninger i adgangen til å pålegge DNA-testing, herunder regler i personopplysningsloven, GDPR, Grunnloven og Norges menneskerettslige forpliktelser. Vi kan derimot ikke se at departementet har foretatt en vurdering av om den foreslalte lovendringen vil være i strid med noen av disse lovreglene. Jussformidlingen etterlyser at departementet tar selvstendig stilling til hvordan lovforslaget står mot de lovreglene som nevnes i høringsnotatet. Ettersom det foreslås å gå bort fra et samtykkebasert behandlingsgrunnlag, der det kreves samtykke for å innhente DNA-test, er det kritikkverdig at departementet ikke presiserer hvilket behandlingsgrunnlag som nå foreslås benyttet og vurderer om dette er i tråd med GDPR.

Et pålegg om DNA-testing er et stort inngrep i et menneskes rettssfære, og vi forventer at staten foretar en grundig undersøkelse av hvorvidt forslaget vil stride mot allerede gjeldende lover. Jussformidlingen ber derfor departementet om å foreta en vurdering av forslagets lovmessighet.

3. Bemerkninger til lovforslagets begrunnelse

Slik Jussformidlingen forstår høringsnotatet, er forslaget hovedsakelig begrunnet i at behovet for kontroll med innvandring ikke er tilstrekkelig ivaretatt gjennom dagens ordning. Jussformidlingen stiller seg imidlertid undrende til om det i realiteten foreligger et legitimt behov for en strengere lovregel for DNA-testing. Vi kan ikke se at departementet har vist til at

det foreligger et slikt reelt behov. Tvert imot synes det som om behovet for DNA-testing har gått betraktelig ned det siste året, hvor statistikk viser at det ble gjennomført 1 500 DNA-tester fra januar til primo november 2018 mot 4 400 tester i 2016, se *høringsnotatet* s. 6. Vi etterlyser derfor en konkret redegjørelse fra departementet på hvorfor det foreligger et behov for å pålegge personer å avlegge DNA-test.

Slik Jussformidlingen ser det, vil et pålegg om DNA-testing oppleves som enda mer inngrifende for søkeren, enn etter dagens ordning hvor DNA-test kan anmodes. Når det her er tale om en ordning som virker mer inngrifende for enkeltindividet, bør det vises til en god begrunnelse for endring av loven. Jussformidlingen kan ikke se at det foreligger en god begrunnelse eller et faktisk behov for den foreslalte endringen. Særlig sett i lys av mangelen på en konsekvensvurdering av hvilke negative konsekvenser et pålegg har for enkeltindividet, se *høringens punkt 4*, er Jussformidlingen redd for at enkeltmenneskets rettssikkerhet blir nedprioritert til fordel for et illusorisk behov for en strengere kontroll.

4. Manglende konsekvensutredning i høringsnotatet

Jussformidlingen etterlyser en konsekvensutredning hvor det vurderes hva som kan være potensielle negative følger av en adgang til å pålegge DNA-testing. Jussformidlingen er særlig bekymret for presset som kan bli lagt på familiemedlemmer som har kunnskap om at de biologiske familieforholdene ikke er slik som de er kjent som for de involverte partene. Dette innebærer eksempelvis tilfeller hvor en forelder viser seg å ikke være biologisk tilknyttet barnet på grunn av voldtekts eller utroskap. Vi mener pålegget om DNA-testing kan oppleves som svært belastende for personer i en slik situasjon. Jussformidlingen frykter at dette i verste fall kan få fatale konsekvenser for forelderen eller barnet i deres hjemland der en avsløring av den manglende biologiske tilknytningen blir slått hardt ned på.

Videre mener vi at departementet ikke har tatt hensyn til de ulike familiekonstellasjonene som finnes. Mange av de som søker familiegjenforening kommer fra land med høy dødelighet. Dette gjør at mange familier overtar omsorgsansvar for barn som ikke er deres rent biologisk. Regelverket må derfor klargjøre at man kan få innvilget søknad om familiegjenforening, selv om en familierelasjon ikke kan konstateres ved en DNA-test.

Selv om departementet tar høyde for at slike situasjoner kan kvalifisere til unntak for å avlegge DNA-test, mener Jussformidlingen at disse negative konsekvensene ikke er tilstrekkelig belyst fra departementet sin side.

5. Bemerkninger til ordlyden «pålegg»

Da loven ble endret i 2008, ble det uttalt i Ot.prp. nr. 17 (2006-2007) s. 7 at å formulere ordningen som et pålegg vil indikere at søknaden alltid blir avslått dersom partene nekter å la seg teste. I Ot.prp. nr. 17 (2006-2007) s. 7 ble det videre det uttalt at:

«Det er først dersom det ikke blir gitt noka god grunngiving frå partane si side, at det kan tilleggjast vekt som eit sjølvstendig moment at ein har takka nei til DNA-testing, og heller ikkje i slike tilfelle bør det vere nokon automatikk i at søknaden blir avslått».

Her blir det presisert at mangel på samtykke uten en god begrunnelse *kan* tillegges vekt som et «selvstendig moment» og at det *ikke* bør være en automatikk i at søknaden blir avslått. Slik Jussformidlingen ser det står man i fare for at det lovgiver fryktet i 2008, nå blir en realitet.

Det kan virke som at det må sterkere grunner til for å avstå fra et *pålegg* om DNA-test enn en *anmodning*, slik at terskelen blir høyere for å motsette seg DNA-testing. Vi mener dette er uheldig, da det kan ramme søkerne som har gode grunner for å avstå fra en slik DNA-test, men som likevel tenker det er forugeves å avstå fra det på grunn av påleggsformuleringen. Dette kan for eksempel være fordi en DNA-test kan avdekke en situasjon som beskrevet i høringssvaret punkt 4, sykdomsforhold eller lignende. Jussformidlingen er på bakgrunn av dette av den oppfatning at dersom lovteksten skal endres til en påleggsformulering, må det også presiseres i lovteksten at det kan foreligge grunner til å avstå fra pålegget. Dette er viktig for å sikre at søkeren får en reell mulighet til å avstå fra DNA-testing der det faktisk foreligger gode grunner for dette.

6. Bemerkninger til fremtidig praktisering av regelverket

Slik Jussformidlingen forstår høringsnotatet, begrunner departementet endringen i at praksisen hos UDI ikke gjenspeiler lovteksten slik den er i dag. Jussformidlingen stiller seg spørrende til hvorfor departementet velger å endre på lovteksten, heller enn å anmode at praksisen til UDI reguleres, slik at praksisen er i samsvar med lovteksten slik lovgiver har ment at den skal forstås og utøves.

Lovforslaget er formulert på en måte som gir en for vid lovhemmel for forvaltningen til å pålegge DNA-testing og til å avgjøre hvor stor vekt en eventuell motsettelse av å avlegge DNA-test skal få for utfallet av saken. Vi er redd for at dette kan brukes som en enkel løsning, heller enn den sikkerhetsmekanismen den burde være. Vi etterlyser at departementet foretar en konkret avveining av hensynet til søkerens rettssikkerhet opp mot hensynet til forvaltningens effektivitet.

Da en DNA-test er et stort inngrep i den enkeltes rettssfære, er spørsmålet tett knyttet opp mot legalitetsprinsippets anvendelsesområde. Det er derfor svært viktig at lovteksten oppfyller kravene til klarhet som legalitetsprinsippet oppstiller. Bestemmelsen er, sett i lys av dens inngrifende karakter, alt for vid. Det er altså tale om en så vid lovhemmel at det er stor risiko for maktmis bruk og vilkårlig praktisering av reglene, for det som i realiteten vil kunne oppleves som et tvangsinngrep.

Jussformidlingen er videre av den oppfatning at det vil kunne bli en automatikk i å pålegge DNA-testing. Som nevnt skal det mer til for å avstå fra et pålegg enn en anmodning. Dette kan medføre at det også kan få en større betydning for vurderingen av saken dersom man avstår fra et pålegg enn en anmodning. Departementet ønsker å endre lovteksten, slik at det skal opplyses om at å avstå fra et pålegg om DNA-test må forventes å få betydning for avgjørelsen av saken. Vi er i utgangspunktet positive til en mer korrekt realitetsorientering for søkeren om hva konsekvensene ved å avstå fra en DNA-test vil være. Denne presiseringen gjør det imidlertid enda viktigere å informere om at det ikke nødvendigvis vil medføre et avslag på søknaden dersom man har gode grunner til å avstå fra et pålegg.

Vi stiller oss også spørrende til om en presisering av at det å motsette seg en DNA-test må forventes å få betydning for sakens avgjørelse, kan medføre at forvaltningen i mange tilfeller vil legge avgjørende vekt på at søkeren motsetter seg DNA-testing i avgjørelsen. Vi foreslår derfor at det presiseres at det å motsette seg DNA-testing kun er ett av flere momenter i vurderingen av en søknad der det er nødvendig å fastslå en familierelasjon. Det kan også inntas andre eksempler på sentrale vurderingsmomenter i forskrift eller forarbeider, for å klargjøre hvilke andre momenter lovgiver mener at forvaltningen bør legge vekt på, ved vurderingen av en søknad der det er nødvendig å fastslå eksistensen av en familierelasjon.

7. Bemerkninger til forslaget knyttet til land med dokumenter som innehar lav notoritet

Jussformidlingen mener det foreligger et reelt behov for å sikre at utlendingsmyndighetene blir forelagt riktig informasjon når de fatter vedtak. Informasjon om en persons biologiske tilknytning til en annen person kan være vanskelig å fastslå dersom personen kommer fra et land hvor identifikasjonsdokumentene har lav notoritet. Jussformidlingen anser imidlertid at denne problemstillingen er løst ved nå gjeldende ordning. Den faktiske forskjellen mellom den foreslalte ordningen og dagens ordning synes å være at utlendingsmyndighetene gis en nærmest automatisk adgang til å gjennomføre DNA-test i slike tilfeller, i stedet for å foreta en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle slik som loven legger opp til etter gjeldende rett.

Jussformidlingen mener at departementet sin foreslalte ordning med en hovedregel om pålegging av DNA-testing i familiegjenforeningssaker fra land med dokumenter med lav notoritet bidrar til en unødvendig mistenkliggjøring av visse grupper mennesker.

Jussformidlingen mener at behovet for en slik pålegging ikke er godt nok dokumentert, ettersom formålet med en kontrollert og regulert innvandring blir ivaretatt etter dagens ordning.

Jussformidlingen er videre av den oppfatning at dersom det skal oppstilles en hovedregel om å avlegge DNA-test for personer som kommer fra land med dokumenter med lav notoritet, bør forskriften i det minste regulere hvilke vurderinger som skal foretas i et slikt tilfelle. Vi mener at forskriftens ordlyd «et land hvor det er generell usikkerhet knyttet til dokumenter som kan bidra til å sannsynliggjøre vedkommendes identitet og den angitte familielasjonen» gir en altfor vid skjønnsmargin for å kategorisere et land for å ha dokumenter med lav notoritet. Spesielt mener vi at formuleringen «generell usikkerhet» er en for vag formulering som vil favne svært vidt, og vi mener dette vil bidra til en unødvendig mistenkliggjøring som nevnt ovenfor. Vi ønsker derfor at departementet utarbeider klarere og mer presise vilkår eller vurderingsmomenter for hva som skal regnes som land med dokumenter som har lav notoritet. Dette har også sammenheng med klarhetskravet som både legalitetsprinsippet og Den europeiske menneskerettighetkonvensjonen oppstiller.

8. Fravikelse av samtykkebasert behandlingsgrunnlag

Jussformidlingen er enig med departementet i at et samtykkebasert behandlingsgrunnlag er problematisk i de tilfeller hvor det er et skjevt maktforhold og det utløses særlige negative konsekvenser ved å ikke samtykke. At samtykke ikke oppleves som reelt, synes å være en stor del av departementet sin begrunnelse for å endre lovteksten.

Likevel mener Jussformidlingen at man i vurderingen av å gå bort fra et samtykkebasert behandlingsgrunnlag ikke bare kan se på styrkeforholdet mellom partene og konsekvensene av manglende samtykke, men også handlingens natur. Det er her tale om innhenting, analysering og oppbevaring av genetisk materiale. Dette må anses som noe av det mest personlige vi mennesker kan gi fra oss og dele med andre. Jussformidlingen mener derfor at behandlingsgrunnlaget for en slik type handling bør være samtykke.

9. Oppsummert

Oppsummert er Jussformidlingen av den oppfatning at departementet må foreta en grundigere vurdering av hvorvidt forslaget står i motstrid til personopplysningsloven, GDPR, Grunnloven og menneskerettighetene. Akkurat nå konstateres dette uten en inngående drøftelse. Vi savner videre en konsekvensvurdering for de enkeltpersonene som blir pålagt DNA-testing.

Vi stiller også spørsmål ved det reelle behovet for denne lovendringen når antall DNA-tester har gått ned fra 4 400 til 1 500 de siste årene. Vi mener dette lovforslaget er så inngripende overfor de personene det rammer at det bør være sterke behov for denne endringen.

Videre fremstår forslaget som en presisering av allerede gjeldende praksis. Jussformidlingen mener dette er å endre lovregelen til å reflektere en feil praksis, i stedet for å endre praksis slik at den reflekterer ordlyden slik den skal tolkes. Mens vi er positive til at søker realitetsorienteres om den reelle betydningen av å avstå fra DNA-testing, mener vi det bør gjøres tydeligere at det kan finnes legitime grunner til å avstå fra DNA-testing.

Vi er videre av den oppfatning at forslaget gir forvaltningen for stor frihet til å vurdere når det skal pålegges DNA-test, og hvor stor betydning det skal ha for vurderingen dersom man avstår fra denne. Vi ønsker tydeligere retningslinjer for bruken av DNA-testing slik at dette ikke skal bli en enkel løsning, men kun benyttes som en siste sikkerhetsventil. Det bør også gis klarere retningslinjer for hva som regnes som land med dokumenter med lav notoritet i forskriften.

Til slutt mener vi at en så inngripende handling som å hente ut noen sitt DNA bør være basert på et samtykke, for å sikre at delingen av det mest personlige vi mennesker har ikke er fremtvunget av den norske stat.

Thale C. G. Gjerdsbakk

Thale Cecilia Gautier Gjerdsbakk
Saksbehandler

Maria Sterri Fjell

Maria Sterri Fjell
Saksbehandler

Kim Lihaug Gabrielsen

Kim Lihaug Gabrielsen
Leder for Jussformidlingen

Oda Lien

Oda Lien
Leder for Rettspolitisk Utvalg

