



UIT

NORGES  
ARKTISKE  
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

## Utlendingers rett til familieliv

*Hvilket vern har familielivet når det er etablert uten lovlig opphold?*

—  
**Maria Wilhelmsen**

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2016*

**Ord: 16717**





## Innholdsfortegnelse

1. Innledning.....	4
1.1. Tematikk og avgrensning .....	4
1.2. Historisk tilbakeblikk .....	6
1.3. Utlendingsrettens særtrekk og den videre fremstillingen.....	7
2. Rettskilder av betydning for retten til familieliv .....	9
2.1. Innledning.....	9
2.2. Nasjonale rettskilder av betydning for retten til familieliv .....	9
2.2.1. Grunnloven § 104 og § 102.....	9
2.2.2. Utlendingsloven og utlendingsforskriften .....	10
2.2.3. Høyesterettspraksis.....	11
2.2.4. Forvaltningspraksis .....	11
2.3. Internasjonale kilder av særlig interesse for familielivets vern.....	12
2.3.1. Barnekonvensjonen artikkel 3 .....	12
2.3.2. Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 8.....	13
2.3.3. Den europeiske menneskerettsdomstolen .....	14
2.3.4. Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 17 .....	14
2.4. Oppsummering .....	15
3. Når foreligger det en rett til familieinnvandring? .....	16
3.1. Innledning.....	16
3.2. Et rettskrav på oppholdstillatelse .....	18
3.3. En rett til familieinnvandring etter EMK artikkel 8? .....	19
3.4. En rett til familieinnvandring til tross for at vilkårene ikke er oppfylt? .....	21
3.4.1. «Jeunesse mot Nederland» .....	21
3.4.2. Når vil en nektet tillatelse medføre en krenkelse av menneskerettighetene?.....	25
3.5. Oppsummering .....	26
3.6. Hvis et omgåelsesekteskap blir reelt, nyter det da vern? .....	27
4. Kan retten til familieliv verne utlendingen mot utvisning?.....	30
4.1. Innledning.....	30
4.2. Det rettslige grunnlaget for utvisning som følge av ulovlig opphold .....	31
4.2.1. Objektive vilkår.....	31
4.2.2. I hvilke tilfeller innebærer retten til familieliv et hinder for utvisning? .....	32
4.2.2.1. Forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 70 .....	32
4.2.2.2. Vurderingen etter EMK artikkel 8 .....	35
4.2.3. Når utgjør familielivet et hinder for utvisning? .....	36
4.3. Oppsummering .....	38
4.4. Hvorfor resulterte Nunez-saken menneskerettsbrudd? .....	39

5. Betydningen av barnets beste i utlendingssaken .....	44
5.1. Innledning.....	44
5.2. Barnets beste i utlendingsretten.....	44
5.3. Hvorfor stiller saken seg annerledes når barn blir berørt av avgjørelsen? .....	45
5.3.1. Barns særlige vern i utlendingssaken .....	45
5.3.1.1. Familiegjenforening med en utenlandsk forelder.....	46
5.3.1.2. Utvisning av en forelder med barn i Norge.....	46
5.3.2. Barnets beste mot innvandringspolitiske hensyn .....	48
5.4. Oppsummering .....	51
6. Avsluttende bemerkninger .....	52
Litteraturliste mv. ....	53
Kilderegister .....	55

# 1. Innledning

## 1.1. Tematikk og avgrensning

«Utlending» er en betegnelse som vekker engasjement hos mange, et begrep som kan få frem det beste og det verste i oss. De siste årene har media omtalt flere saker som omhandler retten til familieliv. Disse har skapt et stort engasjement, hvor både den menige borger og ordførere har tatt til ordet mot avgjørelser som rører ved rettferdighetsfølelsen.<sup>1</sup> Det dreier seg ofte om utlendinger som anses som integrerte og etablerte i det norske samfunnet. De har etablert et familieliv i Norge, kanskje barn er født mens mor eller far venter på behandling av søknad om oppholdstillatelse, klagebehandlinger og domstolsbehandling. Eller det kan være at familielivet fra starten ikke var tiltenkt noen fremtid, men var inngått for å gi utlendingen oppholdstillatelse. Hva skjer dersom ekteskapet blir reelt med tiden?

Formålet med oppgaven er å se nærmere på hvilke rettigheter disse familiene har til et fortsatt familieliv i Norge. For å finne ut hvilke rettigheter som kan knyttes til familielivet når det er etablert uten lovlig opphold må det redegjøres for reglene om familieinnvandring, da dette utgjør den største andelen innvandring til Norge årlig.<sup>2</sup> Samt reglene om utvisning av utlendinger som har oppholdt seg ulovlig i Norge.

Retten til familieliv er høyst aktuelt, og utlendingssakene øker i omfang.

Utlendingsmyndighetene behandler stadig flere søknader om familieinnvandring og beslutninger om utvisning. Dette er en utvikling som også domstolen har fått merke.<sup>3</sup> I 2014 behandlet Oslo tingrett 225 søksmål mot Utlendingsnemnda mot 123 søksmål i 2010. Tall fra den siste årsmeldingen, fra 2014 til 2015, viser imidlertid en nedgang i søksmål mot Utlendingsnemnda med 35 prosent. Det fremgår ikke hvordan type saker som havner for domstolen, men det må kunne antas at saker som angår retten til familieliv er sterkt representert.

---

<sup>1</sup> <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/asyl-debatten/slik-raser-avtroppende-hoeyre-ordfoerer-mot-ernas-asylreturer/a/23543063/>. (sist besøkt 30.04.16).

<sup>2</sup> <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/arsrapporter/tall-og-fakta-2015/faktaskriv-2015/hvem-fikk-oppholdstillatelse-i-norge/>. (Sist besøkt 02.05.16).

<sup>3</sup> <http://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/Oslo--tingrett/arsmelding-2015/saksavviklingen-2015/utlendingssaker/>. (Sist besøkt 02.05.16).

Oppgaven avgrenses mot de tilfellene hvor utlendingen har flyktningstatus, og dermed rett på beskyttelse etter utlendingsloven<sup>4</sup> § 28. Det gjelder særskilte bestemmelser for EU/EØS-borgere, og disse vil ikke bli behandlet. Denne avgrensningen foretas fordi det i de fleste tilfeller ikke medfører store vanskeligheter for familien å bosette seg en annen plass i Europa, dermed kommer problemstillingen mer på spissen når det er tale om å måtte flytte familielivet til en annen verdensdel. Det vil som regel innebære et annet språk, levesett, en annen kultur, og helt andre velferdsordninger enn det referansepersonen er vant til. Da det er vernet av retten til familieliv som er det interessante, vil ikke regler angående krav til underhold eller oppholdstid behandles. Her vil heller ikke bli behandlet spørsmål om hvorvidt personer kan eller bør tillates opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn etter utl. §§ 38 eller 49. Denne avgrensningen foretas fordi bestemmelsene ikke gir noen rett til opphold, men omfatter en skjønnsmessig regel som er underlagt forvaltningens frie skjønn. Dette innebærer at forvaltningen kan innvilge opphold der hvor vilkårene er oppfylte. Et avslag kan imidlertid innebære en krenkelse av menneskerettighetene til tross for at de alminnelige vilkårene om familieinnvandring ikke er oppfylt, det er i disse tilfellene § 49 skal fungere som en sikkerhetsventil. I så måte innskrenker menneskerettighetene forvaltningens frie skjønn. Ved spørsmål om krenkelse av Den europeiske menneskerettskonvensjonen<sup>5</sup> artikkel 8 må domstolen prøve alle sider av avslaget.

Familielivet er vernet både gjennom nasjonal lovgivning og Norges internasjonale forpliktelser. Av internasjonale konvensjoner er særlig Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 8 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter<sup>6</sup> artikkel 17 verdt å trekke frem, da disse eksplisitt verner familielivet. Begge konvensjonene er gjort til norsk rett gjennom menneskerettsloven<sup>7</sup> § 2, med forrang ved motstrid, jf. § 3. Det følger også av Grunnloven<sup>8</sup> § 92 at staten er forpliktet til å «respektere og sikre» menneskerettighetene, av dette følger både positive og negative forpliktelser.<sup>9</sup>

Det kan vanskelig redegjøres for positive rettigheter uten å se på de inngrep staten kan gjøre, og her er særlig utvisning på grunnlag av brudd på utlendingsloven av interesse. De positive

---

<sup>4</sup> Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

<sup>5</sup> European convention for the protection of human rights and fundamental freedoms (1950).

<sup>6</sup> International Covenant on Civil and Political Rights (1966).

<sup>7</sup> Lov 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

<sup>8</sup> Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814.

<sup>9</sup> Dok.nr.16 (2011-2012) s. 62.

forpliktelsene for staten kan innebære en rett for utlendingen til å få innvilget oppholdstillatelse eller en frihet fra utsendelse, for å bevare familielivet.<sup>10</sup> Den negative siden omhandler statens forpliktelse til å unnlate å foreta inngrep i familielivet. Skillet mellom de positive og negative forpliktelsene er ikke skarpt, og lar seg vanskelig definere presist.<sup>11</sup>

## 1.2. Historisk tilbakeblikk

Historisk sett har Norge gått fra å være et mindre attraktivt land ute i periferien til å bli et øynet mål for innvandring. På starten av 1900-tallet var det negativ befolkningsutvikling i Norge, blant annet fordi mange emigrerte til Amerika.<sup>12</sup> På dette tidspunktet var det ikke behov for streng regulering og kontroll av dem som kom til landet, og grensene var stort sett åpne. Foruten forbudet i Grunnloven mot jesuitter og munkeordener forelå det lite lovgivning på området. Denne liberale holdningen til innvandring utviklet seg gradvis til en mer restriktiv og kontrollert innvandringspolitikk.<sup>13</sup>

Den første fremmedloven kom i 1901, denne skulle verne landet mot uønskede og bekjempe kriminalitet.<sup>14</sup> Dette skulle gjennomføres ved blant annet å innføre en plikt til å føre gjestebok ved overnattingssteder. Videre ble de som ønsket å ta fast opphold i landet pålagt å skaffe seg en oppholdsbok. Brudd på denneplikten kunne medføre utvisning. De neste tiårene medførte innstramminger i loven av 1901. Det ble gjort en lovendring i 1915 som ga større rom for utvisning av kriminelle, hvor sigøynere og tatere spesielt ble nevnt.

I 1917 ble det innført pass- og visumplikt, samt meldeplikt for alle utlendinger som kom til landet, foruten svenske og danske borgere. Den første samlede fremmedlov kom i 1927.<sup>15</sup> Med denne ble det gitt regler om oppholdstillatelse, avvisning ble innført som et supplement til utvisning. Og det ble innført regler om saksbehandling, som inkluderte retten til å uttale seg og adgang til å klage.

---

<sup>10</sup> Terje Einarsen, «Familieinnvandring, tvangsekteskap og politikk», *Festskrift om Menneskerettigheter til Carl Aage Nørgaard*, 2004 s 65-81 (s.68).

<sup>11</sup> Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia, sak 9474/81 avs. 67, Gül mot Sveits, sak 23218/94, avs. 38, Nunez mot Norge, sak 55597/09 avs. 68, Jeunesse mot Nederland, sak 12738/10, avs. 106.

<sup>12</sup> <https://snl.no/utvandring> (sist besøkt 02.05.16).

<sup>13</sup> NOU 2004:20 Ny utlendingslov kapittel 3. Utviklingen av norsk innvandringspolitikk, punkt 3.5.1.

<sup>14</sup> Fremmedloven lov 4. mai 1901 nr. 1.

<sup>15</sup> Fremmedloven lov 22. april 1927 nr. 4.

På midten av 1950 startet en lovrevisjon som resulterte i lov om utlendingers adgang til riket av 1956, også denne ble kalt fremmedloven.<sup>16</sup> Det ble innført innvandringsstopp i 1975, med visse dispensasjonsmuligheter blant annet for ektefeller og barn til norske statsborgere, norskfødte utlendinger, og de med særlig lang og sterk tilknytning til landet. I 1977 startet arbeidet som skulle resultere i utlendingsloven av 1988.<sup>17</sup> Loven inneholdt i stor grad hovedregler, mens unntaksbestemmelser og saksbehandlingsregler ble gitt i forskrift.<sup>18</sup>

Ved revideringen, som resulterte i utlendingsloven av 2008, ble lovgivningen i hovedtrekk videreført. Mange av bestemmelsene som tidligere hadde fremkommet i forskrift kom nå til uttrykk i loven. Bestemmelsene ble dermed lettere tilgjengelig. Utlendingsloven trådte i kraft i 2010, med den fulgte utførlige forarbeider. Loven ble fulgt opp med utlendingsforskriften<sup>19</sup> og en mengde rundskriv. Det foreslås stadig større eller mindre endringer av loven, per dags dato foreligger det et forslag som vil medføre innstramminger i reglene om blant annet familieinnvandring.<sup>20</sup> Materialet på området er med andre ord omfattende. Dette er også nødvendig for å sikre en trygg og forsvarlig behandling av hvert enkelt tilfelle.

### 1.3. Utlendingsrettens særtrekk og den videre fremstillingen

«Utlendingrett» er en samlebetegnelse på alle de reglene som særlig omhandler utlendingers rettigheter og plikter. Det være seg bestemmelser som regulerer utlendingers adgang til riket og deres videre opphold. Faget faller innenfor spesiell forvaltningsrett. På dette området står legalitetsprinsippet sterkt, fordi borgerne har særlig behov for beskyttelse mot statens inngrep og myndighetsutøvelse. Forvaltningens behov for effektivitet mot individets behov for grundighet og rettssikkerhet er en vedvarende utfordring.

Det er et rettsområde med flere spenningsfelt, blant annet mellom jus og politikk, individ og stat, og mellom nasjonal lovgivning og internasjonale forpliktelser.<sup>21</sup> Spenningen mellom jus og politikk gjør at domstolens kontroll blir særlig viktig. På dette rettsområdet må man alltid ha menneskerettighetene i bakhodet, slik at hensynet til individet og internasjonale forpliktelser blir etterlevd.

---

<sup>16</sup> Lov 27. juli 1956.

<sup>17</sup> Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

<sup>18</sup> Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her, nr. 1028 21.12.1990.

<sup>19</sup> Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her 15.10.2009 nr. 1286.

<sup>20</sup> Prop. 90 L (2015-2016) Endringer i utlendingsloven mv.

<sup>21</sup> Øyvind Dybvik Øyen(red.), *Lærebok i utlendingsrett*, 1. utg. Oslo 2012, s. 23-24.

I det følgende skal det, i kapittel 2, redegjøres for rettskildesituasjonen, henholdsvis nasjonalt og internasjonalt. Videre skal det i kapittel 3 ses nærmere på om utlendinger kan ha en rett til familieinnvandring til tross for at familielivet er etablert uten lovlig opphold. Og dermed om det kan være en unntaksvis rett til å bosette seg i et land av eget ønske. Det skal ses på problematikken med proformaekteskap, og om dette familielivet kan anses som vernet dersom det blir reelt underveis i ekteskapet. I kapittel 4 skal det redegjøres for statens adgang til å utvise utlendinger som har brutt utlendingsloven, typisk ved ulovlig opphold. Kan utlendingen oppnå slik tilknytning til landet gjennom familieliv at utvisning må anses som uforholdsmessig? Kan familielivet være vernet mot splittelse? Hvordan stiller saken seg annerledes når barn er involvert? Sakene hvor barn er involvert skal det redegjøres for i kapittel 5, da egne bestemmelser og særlige hensyn gjør seg gjeldende i disse tilfellene. Til slutt vil det knyttes noen avsluttende bemerkninger til hvilket vern familielivet kan sies å ha når det er etablert uten lovlig opphold, dette gjøres i kapittel 6. Først er det naturlig med en presentasjon og avklaring av noen sentrale begreper.

En utlending er etter utlendingsloven § 5 enhver som ikke har norsk statsborgerskap. Når det her tales om utlendinger uten lovlig opphold er det snakk om individer som oppholder seg i Norge uten nødvendig tillatelse. Dette kan være mennesker som tidligere har søkt om asyl, men som har fått avslag. Det kan også være personer som har kommet til landet med falske eller ingen papirer. Videre kan det være utlendinger som er kommet hit med lovlig visum, men som har unnlatt å forlate landet etter at visumperioden utgikk, eller det kan være personer som er kommet over grensen i skjul. Det disse menneskene har til felles i denne oppgaven er at de har etablert et familieliv med en person som har lovlig opphold, det være seg permanent oppholdstillatelse eller norsk statsborgerskap.

Familieliv kan omfatte et større antall personer, men i denne sammenheng begrenser familielivet seg til samboerskap, ekteskap eller foreldreskap.

Referanseperson er den som har oppholdstillatelse i Norge på det tidspunkt det søkes om familieinnvandring, jf. utlendingsloven § 39.



## 2. Rettskilder av betydning for retten til familieliv

### 2.1. Innledning

Her skal det ses nærmere på de rettskilder som er av særlig interesse og betydning for å danne seg et bilde av hvilket vern familielivet har etter nasjonal- og internasjonal rett. Dette gjøres for å danne et bilde av hvilke lover og konvensjoner rettsanvenderen må forholde seg til, og hvordan disse kan gi vern til familielivet til tross for at det er etablert uten lovlig opphold.

### 2.2. Nasjonale rettskilder av betydning for retten til familieliv

#### 2.2.1. Grunnloven § 104 og § 102

Grunnloven §§ 104 og 102 ble begge til i anledning grunnlovsjubileet i 2014. Bestemmelsene gjenspeiler Norges internasjonale forpliktelser til å sikre og etterleve de grunnleggende menneskerettighetene, jf. Grl. § 92. Grunnlovsfestningen medfører at de aktuelle menneskerettighetene ikke bare er vernet gjennom forrangsbestemmelse, men at de også har fått stilling som *lex superior* i forhold til annen lovgivning.<sup>22</sup>

Det fremgår av forarbeidene at Grunnloven verner alle mennesker, uavhengig av statsborgerskap.<sup>23</sup> Utvalget presiserer at retten til privatliv og familieliv hører under den kategorien rettigheter som skal bidra til likeverd og menneskeverd. Dette må likevel anses som en hovedregel med visse modifikasjoner hva angår utlendinger. Det er blant annet adgang til å utvise utlendinger i motsetning til norske statsborgere.

Grunnloven § 104 sikrer at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved avgjørelser som berører dem. Utformingen er gjort i lys av Barnekonvensjonens<sup>24</sup> artikkel 3.

Utformingen av § 102 er inspirert av Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 8, og sikrer retten til respekt for familielivet. Selv om det ikke er inntatt noen inngrepshjemmel i grunnlovsbestemmelsen så er det i forarbeidene forutsatt at myndighetene kan foreta inngrep i

---

<sup>22</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, «Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomité og FNs barnekomité som rettskilder?», foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar, Oslo 14.-15.mars 2016.

<sup>23</sup> Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, kap. 31.

<sup>24</sup> Convention on the Rights of the Child, 20. november 1989.

rettighetene, dersom det foreligger hjemmel i lov.<sup>25</sup> Standpunktet er også ytterligere presisert av Høyesterett.<sup>26</sup> Inngrep kan dermed gjennomføres dersom det foreligger hjemmel, inngrepet foretas for å oppnå et legitimt formål og at inngrepet ikke anses som uforholdsmessig. Dette harmonerer med EMK artikkel 8 nr.2.

Når det kommer til tolkningen av bestemmelsen uttaler utvalget at menneskerettighetsbestemmelsene i første omgang må tolkes i lys av de internasjonale menneskerettskonvensjonene, og den praksis som knytter seg til disse. Selv om man skal se hen til internasjonal tolkningspraksis så poengteres det at Høyesterett ikke vil være bundet av denne praksis når det kommer til tolking av Grunnloven. Det er etter norsk forfatning Høyesteretts oppgave å tolke og avklare Grunnloven, ikke de internasjonale håndhevingsorganene.<sup>27</sup> EMK artikkel 8 er likevel betydningsfull ved tolkingen og forståelsen av Grunnloven § 102, da det finnes omfattende praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen. En avvikende tolkning av Grunnloven kan i verste fall medføre et menneskerettsbrudd.

## 2.2.2. Utlendingsloven og utlendingsforskriften

Det fremgår av utlendingsloven § 1 at formålet med loven er å regulere og kontrollere utlendingers adgang til riket. Dette må ses i sammenheng med statens frihet til selv å bestemme hvem som skal ha adgang til territoriet.<sup>28</sup> Loven skal være et middel for å gi opphold til dem som har behov og rett på det, mens de som med urett forsøker å få innvilget oppholdstillatelse ikke skal oppnå dette. Den skal anvendes i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser, jf. § 3, herunder EMK. Dette innebærer at familielivet også er vernet etter utlendingsloven. Familielivet skal etter ordlyden i § 70 tillegges vekt ved vurderingen av om et vedtak om utvisning anses som forholdsmessig.

Utlendingsforskriften inneholder nærmere bestemmelser angående saksbehandlingen av søknader om opphold, familieinnvandring og saksbehandlingsregler for utvisning og bortvisning mv. Familieliv er inntatt i utlendingsforskriftens kapittel 14. Her fremgår det at

---

<sup>25</sup> Innst. 186 S (2013-2014) s. 27.

<sup>26</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60.

<sup>27</sup> Rt.2015 s. 93, avsnitt 57 og 64.

<sup>28</sup> Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4.utg. Oslo 2011, s. 134 og 140.

hensynet til familielivet skal være et moment i forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas i saker som angår utvisning og innreiseforbud i tilfeller hvor barn blir berørt.

### 2.2.3. Høyesterettspraksis

Høyesterett har ved flere anledninger behandlet spørsmål om utvisning må anses som uforholdsmessig og/eller i strid med retten til familielivet. Da må domstolen ta stilling til problematikken mellom innvandringspolitiske hensyn og hensynet til individets ønsker og behov.

I saker som angår utvisning har Høyesterett full prøvelsesrett, da den forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas anses som et rettsanvendelsesskjønn.<sup>29</sup> Høyesterett var lenge varsom med å prøve vedtak fattet av utlendingsforvaltningen angående utvisning, da disse ble ansett å ligge under forvaltningens frie skjønn. Denne noe uventende utviklingen, som kom i 1998, må ses i sammenheng med den tilsvarende vurderingen av forholdsmessighet som foretas etter EMK artikkel 8.<sup>30</sup>

EMK art. 8 påberopes ofte for Høyesterett, men i «Maria-saken» ble også Grunnloven § 102 påberopt.<sup>31</sup> I dommen uttalte Høyesterett, i forbindelse med Grunnloven § 102, at den også pålegger staten positive forpliktelser til å iverksette tiltak for å forhindre inngrep fra andre private. Dette ligner på uttalelser fra EMD, men det kan i noen grad se ut til at EMD går lengere i tolkningen av artikkel 8.<sup>32</sup>

### 2.2.4. Forvaltningspraksis

For å avklare hva som anses som gjeldende rett vil forvaltningspraksis kunne være retningsgivende, dette gjelder særlig innenfor de delene av forvaltningen som avgjør en stor mengde likeartede vedtak (masseforvaltning), slik som blant annet utlendingsforvaltningen.<sup>33</sup> Dette ses i sammenheng med hensynet til likebehandling, forutberegnelighet og forvaltningens behov for effektivitet.

---

<sup>29</sup> Endringen kom i Rt. 1998 s. 1795 side 1802, siste avsnitt flg.

<sup>30</sup> Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, Oslo 2011, side 403, siste avsnitt.

<sup>31</sup> Rt. 2015 s. 93.

<sup>32</sup> Ahmut mot Nederland sak 21702/93 avs. 63. og Rodrigues Da Silva og Hoogkamer mot Nederland sak 50435/99 avs. 38, som i faktum er lik «Maria-saken», her var spørsmålet om det forelå «failure on the part of the respondent State to comply with a positive obligation.». Det drøftes altså om staten har mislyktes i å balansere de motstridende hensynene i saken, og ikke bare en positiv forpliktelse til å forhindre inngrep fra andre private.

<sup>33</sup> Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, Oslo 2011 side 37.

Det er imidlertid ikke bare Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemndas avgjørelser som er av rettslig interesse, også sivilombudsmannen behandler klager som blir forelagt.<sup>34</sup> Disse sakene kan være veiledende da utlendingsforvaltningen ofte tar sivilombudsmannens uttalelser til etterretning.<sup>35</sup>

Forvaltningspraksis vil ikke benyttes i oppgavens drøftelser. Dette skyldes at UDI og UNEs praksis ikke er allment tilgjengelig, og mengden praksis gjør det vanskelig å få et helhetlig inntrykk av gjeldende rett i et så begrenset arbeid som denne oppgaven representerer.

## 2.3. Internasjonale kilder av særlig interesse for familielivets vern

### 2.3.1. Barnekonvensjonen artikkel 3

Barnekonvensjonen (BK) var ferdigstilt i 1989, og ble ratifisert av Norge den 7. februar 1991. Konvensjonen er inntatt i menneskerettsloven, med forrang ved motstrid, jf. § 3. BK sikrer barn de samme rettighetene som barn allerede har gjennom de øvrige konvensjonene, men det ble funnet nødvendig å fremheve barns rettigheter igjennom en egen konvensjon. Den inneholder i tillegg mer spesielle rettigheter som skal sikre barn den omsorg og de vernetiltak barn har behov for.<sup>36</sup>

FNs barnekomité er kontrollorgan for statenes gjennomføring og etterlevelse av konvensjonen.<sup>37</sup> Komiteen utgir generelle kommentarer (General Comments), disse er ikke rettslig bindende, men kan være retningsgivende hva angår forståelsen av konvensjonens artikler. Det foreligger en noe sprikende oppfatning av hvilken vekt disse skal tillegges.<sup>38</sup> Likevel er det ingen tvil om at Høyesterett i stadig økende grad nevner General Comments i sin argumentasjon.

---

<sup>34</sup> Lov 22 juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen, §§ 6 og 10.

<sup>35</sup> Øyvind Dybvik Øyen (red.), *Lærebok i utlendingsrett*, Oslo 2012 side 335.

<sup>36</sup> Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge*, Oslo 2012 s. 17.

<sup>37</sup> BK art. 43 og 44.

<sup>38</sup> Ble tillagt mye vekt i Rt-2015-93, mens i Rt-2015-1388 (plenum) var flertallet tilbakeholden med å vektlegge kommentarene.

Det er opprettet individuell klageadgang over brudd på Barnekonvensjonen. Norge har ikke tiltrådt denne tilleggsprotokollen.

Det fremgår av BK artikkel 3 at hensynet til barnets beste skal være «... a primary consideration». Barnekonvensjonen påberopes ofte i utlendingssaker, og da særlig i forbindelse med utvisningsvedtak. Dette ses i forbindelse med at BK artikkel 3 setter krav til at barnets beste skal være et «grunnleggende hensyn», og at også utlendingsloven § 70 fremhever hensynet til barnets beste ved avgjørelsen av om et utvisningsvedtak må anses som uforholdsmessig.

Høyesterett har flere ganger slått fast at barnets beste skal være et tungtveiende hensyn.<sup>39</sup> Barnekonvensjonen blir i økende grad påberopt for domstolen, og Høyesterett benytter den også mer i sin argumentasjon enn det som var vanlig tidligere. Dette må ses i sammenheng med inkorporeringen i Menneskerettsloven.

### 2.3.2. Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 8

Den europeiske menneskerettskonvensjonen ble vedtatt av Europarådet i 1950, og trådte i kraft for Norges del den 3. september 1953.

EMK inneholder bestemmelser som gir individene rettigheter, og angir på hvilke vilkår staten kan foreta inngrep i disse rettighetene. Konvensjonen står i en særstilling i forhold til andre internasjonale konvensjoner som Norge er bundet av, da særlig fordi individene er gitt direkte klageadgang til Den europeiske menneskerettsdomstolen.

EMK art. 8 slår fast at alle har rett til respekt for sitt familieliv, dette er en allmenn rett, jf. «enhver», eller på ordinalspråket «everyone». Dette innebærer likevel ikke at det er en absolutt rett, denne forståelsen må følge av ordet «respect». Det er altså bare en rett til respekt, og ikke en ubetinget forpliktelse for statene. Praksis viser likevel at bestemmelsen medfører en viss positiv forpliktelse for tilrettelegging og sikring av retten.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Bl.a. i plenumsdommen Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 134.

<sup>40</sup> Alf Petter Høgberg og Njål Høstmælingen, «Grunnlovsfesting av retten til privatliv?», *Jussens Venner*, 2010 s. 100.



Av artikkel 8 kan det som nevnt utledes både en positiv og en negativ forpliktelse for staten hva angår retten til respekt for familielivet. Et eksempel på dette fremgår av saken *Nunez mot Norge*<sup>41</sup>, hvor det uttales at retten til familieliv ikke bare er en beskyttelse mot urettmessige inngrep fra offentlige myndigheter, men kan også «(...) in addition be positive obligations inherent in effective «respect» for family life».<sup>42</sup> Domstolen har uttalt at det ikke er noe klart skille mellom de positive og negative forpliktelsene, men at vurderingsmomentene i stor grad er sammenfallende. I begge tilfellene må det undersøkes om det er foretatt en rettferdig balansering av de motstridende hensyn, individets interesser mot samfunnets interesser.<sup>43</sup>

EMK artikkel 8 er av særlig interesse, da bestemmelsen har fått betydelig gjennomslag nasjonalt og internasjonalt. Artikkel 8 har særlig fått betydning for de problemstillinger som oppgaven reiser. Den vil derfor bli ytterligere behandlet underveis i oppgaven.

### 2.3.3. Den europeiske menneskerettsdomstolen

Domstolen skal sikre konvensjonens effektivitet og hindre at rettighetene blir teoretiske, dette må gjøres gjennom en dynamisk utvikling ut fra forholdene i den enkelte konvensjonsstat og forholdene i de øvrige konvensjonsstatene.<sup>44</sup> Høyesterett benytter samme tolkningsmetode som EMD ved avgjørelser som omhandlet Norges forpliktelser etter konvensjonen.<sup>45</sup> Det er likevel viktig å presisere at selv om Høyesterett ser hen til EMDs praksis ved tolkning av konvensjonen, så er det konvensjonsstatene som selv har det overordnede ansvaret for å sikre og håndheve menneskerettighetene, jf. artikkel 1.<sup>46</sup>

### 2.3.4. Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 17

Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) skal på lik linje med EMK sikre individets rettigheter. Av særlig interesse er SP artikkel 17 nr. 1 som verner familielivet mot

---

<sup>41</sup> *Nunez mot Norge* sak 55597/09, avsnitt 68.

<sup>42</sup> Sak 55597/09, avs. 68, se også *Ahmut mot Nederland*, sak 21702/93 avs. 73, *Boultif mot Sveits*, sak 54273/00, avs. 47, *Rodrigues Da Silva og Hoogkamer mot Nederland*, sak 50435/99 avs. 39, *Butt mot Norge*, sak 47017/09 avs. 78.

<sup>43</sup> Sak 55597/09, avsnitt 68.

<sup>44</sup> Bl.a. *Christine Goodwin mot Storbritannia*, sak 28957/95, avsnitt 74.

<sup>45</sup> Bl.a. Rt. 2000 s. 996 side 1007 siste avsnitt og Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

<sup>46</sup> Mads Andenæs, Andreas Motzfeldt Kravik og Eirik Bjørge, «Høyesterett og EMD: samspill, subsidiaritet og skjønnsmargin», *Lov og Rett*, vol. 54, 5, 2015, s. 262.

vilkårlige eller ulovlige inngrep. Artikkelen har klare likhetstrekk med både EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102.

FNs menneskerettskomité er satt til å føre kontroll med statenes gjennomføring og etterlevelse av konvensjonen.<sup>47</sup> Det er individuell klageadgang til menneskerettskomiteen, jf. SP valgfri protokoll artikkel 5.<sup>48</sup>

Betydningen av SP som selvstendig grunnlag for rettigheter knyttet til familielivet må sies å falle i skyggen av EMK artikkel 8. Dette må ses i sammenheng med at konvensjonen ikke gir et sterkere vern enn EMK artikkel 8, og at Den europeiske menneskerettsdomstolen er satt til å beskytte og utvikle EMK. Dermed er ikke SP like ofte påberopt på selvstendig grunnlag, til tross for individuell klageadgang.

På bakgrunn av det som er sagt overfor, så vil ikke SP benyttes spesifikt i de videre drøftelsene. Den må likevel nevnes i en gjennomgang av internasjonale rettskilder, da den utvilsomt angir et vern av familielivet.

## 2.4. Oppsummering

Familielivet har fått vern gjennom Grunnloven, uten at dette er ment å medføre noen realitetsendring fra tidligere rettstilstand. Det kan likevel se ut til at det kan få betydning for behandlingen av saker som omhandler spørsmål om retten til familieliv, nå som hjemmelen er å finne i nasjonalt lovverk. Vi ser at § 102 innebærer en positiv forpliktelse for staten i saker som angår respekt for familielivet.

Retten til respekt for familieliv er ikke en absolutt rett. Det skal alltid vurderes hvorvidt andre hensyn skal anses som så tungtveiende at inngrep kan foretas, for eksempel ved at søknad om familieinnvandring kan avslås, eller om det skal fattes vedtak om utvisning av en utlending. Hvilken vekt de motstridende hensynene tillegges vil kunne variere fra sak til sak, alt avhengig av de konkrete omstendighetene.

---

<sup>47</sup> <https://snl.no/menneskerettigheter> (sist besøkt 02.05.16).

<sup>48</sup> Tilleggsprotokoll om individuell klagerett 16. desember 1966.

## 3. Når foreligger det en rett til familieinnvandring?

### 3.1. Innledning

I dette kapitlet skal det ses nærmere på i hvilke tilfeller det foreligger en rett til familieinnvandring. Det skal kort redegjøres for hovedregelen om familieinnvandring. Før det skal ses på om retten til respekt for familielivet kan føre til en rett til å bosette seg, eller å bli i Norge. Til tross for at familielivet er etablert uten lovlig opphold, og dermed ikke oppfyller lovens vilkår for familieinnvandring. Videre skal det ses på adgangen til å nekte familieinnvandring ved proformaekteskap, og om et slikt ekteskap likevel kan nyte vern dersom det utvikler seg til et reelt familieliv underveis i ekteskapets forløp. Først skal det imidlertid gis noen generelle bemerkninger til temaet.

Under fellesbetegnelsen «familieinnvandring» finner vi to ulike typetilfeller. Det ene er familiegjenforening, som forutsetter en allerede eksisterende enhet på tidspunktet referansepersonen får innvilget oppholdstillatelse. Eksempelvis kan tenkes ekteparet A og B, begge fra Irak. A kommer til Norge, og får innvilget søknad om asyl. B søker om familiegjenforening. Det andre tilfellet gjelder etablering av familie. For eksempel den norske statsborgeren A som møter B, en tyrkisk statsborger som oppholder seg ulovlig i Norge etter endt turistvisum. De etablerer familieliv gjennom ekteskap. Det er det sistnevnte tilfellet som er av interesse for oppgaven, da dette familielivet åpenbart er etablert uten lovlig opphold.

Skjæringspunktet mellom etablering og gjenforening handler om hvorvidt familielivet eksisterte når referansepersonen kom til Norge og fikk innvilget oppholdstillatelse. Loven skiller ikke mellom tilfellene, men i realiteten er det forskjell. Den eksisterende enheten nyter et sterkere vern enn den som søker å etablere et familieliv.<sup>49</sup>

Innvandring på grunnlag av etablering og gjenforening av familie utgjør, som nevnt, den største andelen innvandrere til landet årlig. I 2015 behandlet UDI 21 600 søknader om familieinnvandring.<sup>50</sup> Tall fra utlendingsdirektoratet for 2015 viser tillatelser gitt for

---

<sup>49</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s.182.

<sup>50</sup> <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/arsrapporter/tall-og-fakta-2015/faktaskriv-2015/hva-gjorde-udi-i-2015/>. (Sist besøkt 02.05.16).

familiegjenforening og familieetablering, det fremkommer også hvilken relasjon utlendingen hadde til referansepersonen.<sup>51</sup>

	Ektefelle/partner	Barn	Foreldre	Andre	Totalt
Totalt	6617	4729	216	1030	12592

Tabellen nedenfor viser familieinnvandring til et familiemedlem i Norge, på denne tabellen fremgår det hvilken oppholdstillatelse referansepersonen hadde.<sup>52</sup>

	Norsk/nordisk	Permanent Oppholdstillatelse	Flukt	Arbeid	Utdanning	Familie	Andre	Total
Total	4343	1729	2721	2415	352	671	361	12592

Som tabellene viser, så ble det innvilget 6617 søknader om familieinnvandring til ektefelle, og det største antallet referansepersoner er norske eller nordiske statsborgere. UDI har ingen oversikt som viser om det dreide seg om familiegjenforening eller familieetablering. Likevel kan man, ut fra at det er tale om et stort antall norske referansepersoner, trekke den slutning at mange av disse tilfellene dreier seg om familieetablering.

Det fremgår av lovens forarbeider at begrunnelsen for strenge regler knyttet til familieetablering er for å unngå tvangsekteskap og proformaekteskap (også omtalt som omgåelsesekteskap<sup>53</sup>). For mange utlendinger er ekteskap den eneste mulighet for å få opphold i Norge. Liberale regler om familieetablering vil kunne skape en såkalt «pull-effekt», hvor vi vil se en stadig økende mengde søknader fra utlendinger som ønsker å etablere familieliv i landet.<sup>54</sup>

Det må kunne slås fast at dersom det eneste formålet, eller hovedformålet, med ekteskapet er å oppnå oppholdstillatelse så er ikke dette et beskyttelsesverdig formål. Samfunnet har liten eller ingen toleranse for denne typen migrasjon, som bygger på falskt grunnlag.

<sup>51</sup> <http://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/forstegangs-familieinnvandringstillatelseter-sokerens-statsborgerskap-og-relasjon-til-personen-i-norge-2015/>. (Sist besøkt 02.05.16).

<sup>52</sup> <http://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/familieinnvandringstillatelseter-sokerens-statsborgerskap-og-oppholdsgrunnlaget-til-personen-i-norge-2015/>. (Sist besøkt 02.05.16)

<sup>53</sup> Rt. 2013 s. 937 avs. 29.

<sup>54</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) avs. 9.6.1.1 og Departementets tilslutning til utvalgets vurderinger, avs. 9.6.2.5 s. 191.

På den andre siden kan man spørre seg om ikke reglene gjør det unødig vanskelig for familier som allerede har etablert et familieliv, men hvor etableringen ikke oppfyller lovens vilkår. Det kan tenkes at ekteskapet startet som et omgåelsesekteskap, men senere utviklet seg til et reelt familieliv. Generelt kan man si at familie er en enhet som staten anser som beskyttelsesverdig, dette følger blant annet av SP artikkel 23 nr. 1. som i originaltekst lyder: «The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.»

### 3.2. Et rettskrav på oppholdstillatelse

Hovedregelen er at dersom vilkårene i utlendingsloven § 40 er oppfylt så har ektefellen et rettskrav på oppholdstillatelse.

Det må for det første foreligge et gyldig ekteskap, jf. ekteskapsloven<sup>55</sup> kapittel 3. For det andre må de øvrige vilkårene i § 40, og eventuelt § 40a, være oppfylte. Dette innebærer at for å få innvilget oppholdstillatelse for ektefeller kreves det at referansepersonen er norsk- eller nordisk statsborger, som bor eller skal bosette seg i Norge. Eller at vedkommende er en utlending som enten har permanent oppholdstillatelse (litra b). Referansepersonen har, eller får et lovlig opphold som kan gi grunnlag for permanent opphold (litra c), eller er en utlending som har fått oppholdstillatelse etter regelen i § 34 om kollektiv beskyttelse i en massefluktsituasjon, uten at denne har opphørt (litra d). Videre er det et vilkår at begge partene er over 18 år, og at ektefellene skal bo sammen.

Ved lovendring 8. mai 2009 ble § 40a tilføyd. Endringen medfører en innstramming i retten til familieetablering. I tilfeller hvor referansepersonen har opphold på humanitært grunnlag, flyktningsstatus eller opphold gjennom regelverket om familieinnvandring, er det et vilkår at referansepersonen har fire års arbeid eller utdanning i Norge. Det kan bli ytterligere innstramminger i kravet til alder dersom regjeringen får gjennomslag for lovendringene fremlagt i prop. 90 L (2015-2016).<sup>56</sup> Lovendringsforslaget er nå til behandling hos Kommunal- og forvaltningskomiteen i stortinget, hvor det avholdes høring den 28.04.16.<sup>57</sup> Dersom loven blir en realitet vil ny § 41a være av betydning for tilfellene oppgaven

---

<sup>55</sup> Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap.

<sup>56</sup> Endringer i utlendingsloven mv.

<sup>57</sup> <https://stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=64502> (sist besøkt 02.05.16).



omhandler. Den fastslår at aldersgrensen for familieetablering skal økes fra 18 år til 24 år.<sup>58</sup> Forslaget begrunnes med ønsket om å forhindre tvangsekteskap, men vil i realiteten også vanskeliggjøre de tilfellene hvor det ikke foreligger tvang.

Det fremkommer av utlendingsloven § 56 at søknad om oppholdstillatelse skal sendes fra utlendingens hjemland, med mindre utlendingen har rett til innreise uten visum.

Bestemmelsen er absolutt, da det fremgår av siste ledd at søknad som ikke oppfyller vilkårene skal avslås.

Dersom vilkårene i loven ikke er oppfylt vil det ikke foreligge noe rettskrav på familieinnvandring. Hvor utlendingen oppholder seg ulovlig i Norge vil ikke vilkårene være oppfylte, da ulovlig opphold anses som et brudd på utlendingsloven og kan medføre bortvisning, jf. utl. § 17 eller utvisning, jf. utl. § 66.

### 3.3. En rett til familieinnvandring etter EMK artikkel 8?

EMK artikkel 8 beskytter det etablerte familieliv, her står ekteskap særlig sterkt. EMD har likevel slått fast at også samboerforhold av en viss varighet er beskyttet. I saken *Johnston mot Irland* ble det slått fast at 15 års samboerskap utvilsomt måtte anses som familieliv etter artikkelen.<sup>59</sup>

Artikkel 8 beskytter ikke bare den eksisterende enhet, men kan også komme til anvendelse ved etablering av familieliv. Dette følger blant annet av saken *Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia* hvor domstolen uttalte at selv om respekt for familielivet forutsetter en eksisterende enhet, så kan det ikke være noen tvil om at begrepet «familie» også omfatter det forhold som oppstår ved et lovlig og reelt ekteskap.<sup>60</sup> I denne saken var det tale om utenlandske kvinner med oppholdstillatelse i Storbritannia, som hadde etablert familieliv med sine respektive menn etter at de selv fikk oppholdstillatelse. De hevdet at det utgjorde en krenkelse av artikkel 8 at de ikke fikk innvilget søknad om familieinnvandring. Domstolen kom til at artikkel 8 også beskyttet disse familiene, men at bestemmelsen ikke var krenket fordi familielivet kunne fortsette i utlendingenes opprinnelsesland.

---

<sup>58</sup> Prop. 90 L, punkt.7.3.9.1.

<sup>59</sup> *Johnston mot Irland*, sak 9697/82, avsnitt 56.

<sup>60</sup> *Abdulaziz m.fl. mot Storbritannia*, sak 9214/80, avs. 62.

Domstolen uttalte i saken *Rodrigues Da Silva og Hoogkamer mot Nederland* at staten i alle tilfeller må finne en rettferdig balanse mellom individets interesser og statens interesser.<sup>61</sup> Saken ble utelukkende avgjort på bakgrunn av en vurdering av statens positive forpliktelser. Domstolen uttalte at i saker som omhandler familieliv, så vel som innvandring, vil statens forpliktelse til å tillate gjenforening på statens territorium variere. Hvor langt forpliktelsen strekker seg må avgjøres ut fra de konkrete omstendighetene til partene som er involvert og samfunnets generelle interesser. Domstolen oppstilte en rekke faktorer som vil være av betydning for avgjørelsen, herunder hvorvidt familielivet reelt vil bli umuliggjort, hvilken tilknytning utlendingen har til staten og om det foreligger uoverkommelige hindringer for at familien kan fortsette familielivet i et annet land, fortrinnsvis der hvor utlendingen er fra. På den annen side vil det bli sett på om det foreligger innvandringsregulerende hensyn eller hensyn til den offentlige fred og orden (så som overtredelse av lov eller kriminelle handlinger) som taler for utsendelse. Særlig fremheves betydningen av tidspunktet for etablering av familielivet, og da hvorvidt det ble etablert på et tidspunkt hvor det verserte usikkerhet vedrørende det fremtidige oppholdet til utlendingen. Dersom utlendingen ikke har noen berettiget forventning om å få bli i landet må det foreligge «exceptional circumstances» for at en utsendelse vil medføre en krenkelse av artikkel 8.

Hva innebærer det at det foreligger «exceptional circumstances»? Dette kriteriet fremkommer i flere avgjørelser fra EMD. Uttrykket må ses på som flere spesielle omstendigheter i eller ved den konkrete saken, som medfører at saken skiller seg fra andre lignende saker. Eksempler kan være hensynet til barnets beste, svært sterk tilknytning til landet eller tilfeller hvor utlendingen har fått oppholde seg lenge i landet.<sup>62</sup>

Retten til familieliv er som nevnt ingen absolutt rett. Konvensjonen garanterer ikke en utlending innreise eller opphold i en bestemt stat.<sup>63</sup> Domstolen har ved flere tilfeller uttalt at retten til familieliv ikke innebærer en rett til å velge hvor familielivet skal eksistere. Det foreligger som regel ingen krenkelse av artikkel 8 såfremt det med rimelighet kan forventes at familielivet kan opprettholdes i utlendingens opprinnelsesstat.<sup>64</sup> Med andre ord, EMK artikkel 8 gir ikke på generelt grunnlag noen rett til familieinnvandring.

---

<sup>61</sup> Sak 50435/99 avs. 39 flg.

<sup>62</sup> Nunez mot Norge, sak 55597/09, Butt mot Norge, sak 47017/09, Jeunesse mot Nederland, sak 12738/10.

<sup>63</sup>Bl.a. Darren Omoregie m.fl. mot Norge, sak 265/07 avs. 54, Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia, sak 9474/81 avs. 68, sak 43786/04, Gül mot Sveits, sak.23218/94 avs. 38.

<sup>64</sup> Sak 265/07 avsnitt 66.

### 3.4. En rett til familieinnvandring til tross for at vilkårene ikke er oppfylt?

Det kan forekomme tilfeller hvor familieinnvandring eller oppholdstillatelse skulle vært innvilget, selv om vilkårene i loven ikke er oppfylt. En nektelse av en tillatelse vil i så måte kunne medføre et menneskerettsbrudd.<sup>65</sup> Her skal der ses nærmere på i hvilke tilfeller et avslag på søknad om familieinnvandring må anses som ugyldig, selv om utlendingen ikke oppfyller vilkårene for familieinnvandring som følge av at familielivet er etablert uten lovlig opphold.

Det følger av EMDs praksis at staten kan ha en positiv forpliktelse til å innvilge søknad om familiegjening eller familieetablering.<sup>66</sup> Dette fremgår blant annet av *Tuquabo-Tekle m.fl. mot Nederland*.<sup>67</sup> Saken dreide seg om Nederland måtte anses som forpliktet til å innvilge søknad om familiegjening mellom mor og datter. Datteren befant seg hos sin bestemor i Eritrea. I så måte er ikke saken direkte anvendelig på oppgavens problemstilling, men domstolens vurdering må anses som relevant også for denne typen saker, da vurderingen er fulgt opp i senere praksis, jf. *Jeunesse mot Nederland*, som det skal redegjøres for nedenfor.<sup>68</sup>

Domstolen uttalte i *Tuquabo-Tekle m.fl. mot Nederland* at det de måtte vurdere i den aktuelle saken var hvorvidt staten hadde avgjort søknaden, og fattet vedtak basert på en rettfærdig balansert vurdering av individets interesser og statens interesser. Domstolen kom til at Nederland hadde krenket konvensjonen ved ikke å innvilge søknaden om familiegjening. Staten hadde ikke tillagt individets interesser tilstrekkelig vekt i forhold til samfunnets interesser, og dermed mislyktes i å foreta en rettfærdig balansering av de motstående interessene.

#### 3.4.1. «Jeunesse mot Nederland»

Saken bør behandles nærmere av to grunner. For det første er det den siste saken som EMD, i storkammer, har avgjort som omhandler spørsmålet om retten til familieliv. Og for det andre så vurderer EMD utelukkende om det foreligger brudd på statens positive forpliktelser etter

---

<sup>65</sup> Øyvind Dybvik Øyen (red.), *Lærebok i utlendingsrett*, Oslo 2012, side 124.

<sup>66</sup> *Jeunesse mot Nederland*, sak 12738/10.

<sup>67</sup> Sak 60665/00.

<sup>68</sup> Sak 12738/10.

EMK artikkel 8 nr.1. Dette er interessant da det viser hvordan statens positive forpliktelse kan få gjennomslag til tross for at familielivet er etablert uten lovlig opphold. Sett hen til oppgavens tema vil det være av betydning for å vise hvordan også disse familiene kan anses som vernet etter konvensjonen, og at utlendinger i enkelte tilfeller kan ha krav på oppholdstillatelse til tross for det forutgående ulovlige oppholdet.

Den 3. oktober 2014 behandlet EMD saken hvor Nederland var innklagd for brudd på blant annet EMK artikkel 8.

Bakgrunnen for saken var utsendelse av en kvinne som hadde oppholdt seg i Nederland siden 1997. Oppholdets varighet var på i overkant av 16 år, hvorav kun et 45 dagers turistvisum hadde vært lovlig. Kvinnen var født i 1967 i Surinam, hun hadde ved fødsel nederlandsk statsborgerskap, da Surinam på det tidspunkt var en nederlandsk koloni. Statsborgerskapet ble omgjort til surinamsk ved frigjøringen i 1975. Kvinnen søkte om bosettingstillatelse i 1997, men søknaden ble ikke behandlet pga. manglende fremmøte hos utlendingsmyndighetene for å avgi utfyllende opplysninger angående søknaden. Hun giftet seg med Mr. W i 1999, også han opprinnelig fra Surinam, men med nederlandsk statsborgerskap fra 1993. Sammen fikk de tre barn. Etter nederlandsk lovgiving fikk alle barna nederlandsk statsborgerskap ved fødselen. I 2007 søkte kvinnen igjen om bosettingstillatelse for å være sammen med sine barn. Søknaden ble avslått, og det ble fattet vedtak om utvisning.

Klageren hevdet det ville stride med retten til respekt for familielivet etter artikkel 8 å sende henne tilbake til Surinam, all den tid både hennes mann og barn var nederlandske statsborgere.

Domstolen slo fast at det utvilsomt var tale om et «familieliv» som artikkel 8 er satt til å beskytte. Dommeren påpekte at det er opp til konvensjonsstaten å kontrollere adgangen for utlendinger som kommer og bosetter seg på statens territorium. At konvensjonsstaten godtar at utlendinger oppholder seg i landet mens søknader behandles og også ut over dette, muliggjør etablering av familieliv.

Det skilles mellom såkalte «settled migrant», som er utlendinger som har fått innvilget oppholdstillatelse, men hvor den er trukket tilbake pga. brudd på lovgivningen, og utlendinger

som aldri har hatt oppholdstillatelse. Begrunnelsen for dette skillet er at vurderingen av om det foreligger en krenkelse av artikkel 8 blir en annen ved sistnevnte tilfelle enn ved tilfellene som angår «settled migrants». Ved utvisning av «settled migrant» som følge av brudd på lovgivningen må det foretas en proporsjonalitetsvurdering etter artikkel 8 nr. 2, mens i tilfeller som det forelagte måtte vurderingen falle under artikkel 8 nr. 1. Sistnevnte vurdering går på om staten har truffet sin beslutning basert på en rettferdig balanse av individets interesser mot samfunnets interesser i å føre en restriktiv innvandringspolitikk. Spørsmålet som måtte stilles var om Nederland var forpliktet til å gi kvinnen bosettingstillatelse som sikret henne rett til fortsatt familieliv på statens territorium. Altså et spørsmål om staten hadde oppfylt sine positive forpliktelser etter artikkel 8 nr.1.

Både ved vurderingen av om staten har oppfylt de negative og positive forpliktelsene må man vurdere om det er foretatt en rettferdig, balansert vurdering av de konkurrerende interessene. Individets ønske om å få bli i landet, mot samfunnets interesser. Det presiseres at saken angår både familieliv og innvandring, og at dette har betydning for vurderingen av statens forpliktelse. Domstolen fremhever at det ikke gjelder noen generell plikt til å respektere ektefellers valg av bostedsland.

Først redegjør domstolen for de generelle faktorer som kan ha betydning for vurderingen. Av stor betydning er hvorvidt familielivet ble etablert på et tidspunkt hvor de involverte var kjent med usikkerheten rundt utlendingens muligheter for fremtidig opphold. En slik usikkerhet medfører at utlendingen ikke kan sies å ha hatt noen berettiget forventning om å få bli i landet. I de tilfellene hvor de involverte ikke kan anses å ha hatt noen berettiget forventning om å få fortsette familielivet i staten, er det bare i «exceptional circumstances» at en utvisning vil kunne anses som en krenkelse av konvensjonen.<sup>69</sup>

Det ble raskt konkludert med at hverken kvinnen selv, eller hennes ektemann på noe tidspunkt hadde hatt noen berettiget forventning om at hun ville få bli i landet. Dermed måtte det foreligge «exceptional circumstances» for at utvisningen kunne utgjøre en krenkelse av konvensjonens artikkel 8.

---

<sup>69</sup> Avsnitt 108.



For *det første* ble familiens tilknytning til landet vurdert, hvor det særlig ble bemerket at hele familien, foruten klageren, hadde nederlandsk statsborgerskap. Det ble også fremhevet at kvinnen ved fødsel hadde vært innehaver av nederlandsk statsborgerskap. For *det andre* ble det lagt vekt på at kvinnen hadde oppholdt seg i staten i mer enn 16 år, og at hun ikke hadde gjort seg skyldig i kriminelle handlinger. Hennes ulovlige opphold hadde blitt tolerert av landets myndigheter, til tross for at hun hele perioden hadde oppholdt seg på kjent adresse. Dette ga mulighet for å danne en sterk tilknytning til landet, noe hun også hadde fått. Domstolen vurderte for *det tredje* familiens mulighet til å etablere seg i Surinam. Dette ble ikke ansett som noen umulighet sett hen til deres opprinnelse. Domstolen slo likevel fast at det ville medføre en stor belastning for familien dersom de ble tvunget til å flytte. For *det fjerde* trakk domstolen frem hensynet til barna som et tungtveiende argument.

Etter en vurdering av de ovenfor nevnte faktorene kom domstolen frem til at det i denne saken forelå «exceptional circumstances», som førte til at staten ikke hadde oppfylt sine positive forpliktelser. Dermed hadde Nederland krenket artikkel 8 ved å nekte kvinnen oppholdstillatelse.

Det må likevel bemerkes at det var flere momenter i denne saken som gjorde at den klart skilte seg fra normen av utlendingssaker. Domstolen gir uttrykk for at det er av stor betydning at kvinnen fra fødselen innehadde nederlandsk statsborgerskap. Dette gjøres trolig for at det er en av tingene som skiller denne saken klart fra andre lignende saker. Videre fremhever domstolen kvinnens svært lange, tolererte oppholdstid, som utelukkende hadde funnet sted på kjent adresse. Dette måtte anses som et tungtveiende moment i vurderingen. At staten har hatt mulighet, men ikke tidligere grepet inn taler altså imot staten og samfunnets behov for å føre en restriktiv innvandringspolitikk. Det som likevel må ses på som avgjørende i denne saken er vekten domstolen tiller hensynet til barna, og vurderingen av hvordan en utvisning ville virke inn på dem. Her poengteres det at barnas beste må vurderes, og at det er et viktig moment. Det legges særlig vekt på at de ikke hadde noen tilknytning til mors opprinnelsesland, og at de selv var nederlandske statsborgere. I forhold til moren fremheves det at hun hadde hovedvekten av omsorgsansvaret for barna, og dermed var den viktigste personen i barnas liv.

Etter en gjennomgang av dommen så er det klart at terskelen er høy for at det skal foreligge en krenkelse av art. 8. Det skal foreligge svært spesielle omstendigheter. Barna beste må

tillegges stor vekt, men dersom de øvrige omstendigheter ikke hadde vært til stede kan det vanskelig tenkes at resultatet ville blitt det samme. Dette må ses i sammenheng med at det ikke ble ansett som en umulighet at familien flyttet samlet til mors hjemland.

### 3.4.2. Når vil en nektet tillatelse medføre en krenkelse av menneskerettighetene?

For at en nektet tillatelse skal kunne anses som en krenkelse av art. 8 må familielivet omfattes av bestemmelsen. Det har vært diskutert om familieliv i det hele tatt kan anses som beskyttet, dersom det er etablert uten lovlig opphold. Eller mer presist, om staten er forpliktet å respektere et ulovlig etablert familieliv.<sup>70</sup> Dette fremkommer blant annet av dommer Jebens mindretallsvotum i *Darren Omoregie m.fl. mot Norge*.<sup>71</sup> Han mente at det ikke var nødvendig å drøfte saken etter artikkel 8 nr. 2, men at saken kunne avgjøres på bakgrunn av artikkel 8 nr. 1, altså som et spørsmål om statens positive forpliktelser. Dette ville gi staten større skjønnsmargin enn om det alltid skulle anses som et inngrep i familielivet, som dermed måtte gjennomgå proporsjonalitetsvurderingen. Argumentet for å gjøre det på denne måten var at all den tid mannens opphold hadde vært ulovlig så var det ikke tale om et familieliv som staten pliktet å respektere. At mannen giftet seg og fikk barn kunne ikke automatisk føre saken inn under artikkel 8. Det interessante med dommer Jebens votum er at det kan se ut til at han mener at familieliv etablert uten lovlig opphold sjelden eller aldri har noe vern, da staten ikke er forpliktet til å respektere det. EMD har ikke senere fulgt opp dissensvotumet, det kan man klart se av *Nunez mot Norge*.<sup>72</sup> I dommen mot Norge la staten ned påstand om at det ikke forelå noe familieliv som norske myndigheter var forpliktet til å respektere etter artikkel 8, da fordi familielivet var etablert uten lovlig opphold. Det ble argumentert med at det var et spørsmål om hvorvidt staten var forpliktet til å tilrettelegge for fremtidig familieliv. Domstolen slo her klart fast at det forelå familieliv i henhold til konvensjonens artikkel 8, men tok ikke stilling til om det dreide seg om et inngrep i et eksisterende familieliv eller manglende tilrettelegging for fremtidig familieliv.<sup>73</sup> Også i *Jeunesse mot Nederland* ble det konkludert at det forelå familieliv etter artikkel 8.<sup>74</sup> Dersom dommer Jebens syn hadde fått gjennomslag ville nok resultatet blitt et annet.

---

<sup>70</sup> Karl Harald Søvig, «Familieretten og utlendingsretten», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2008 side 223-225.

<sup>71</sup> *Darren Omoregie m.fl. mot Norge*, sak 265/07. Concurring opinion of judge Jebens.

<sup>72</sup> Sak 55597/09

<sup>73</sup> Sak 55597/09, avs. 31 og 65.

<sup>74</sup> *Jeunesse mot Nederland*, sak 12738/10 avs. 100.

Som nevnt overfor så må det foreligge «exceptional circumstances» for at en unnlatt tillatelse skal kunne utgjøre en krenkelse av EMK artikkel 8. Herunder er det flere faktorer som kan være av betydning for om artikkel 8 anses som krenket. Faktorene som taler for å innvilge utlendingen oppholdstillatelse vil alltid måtte veies opp mot statens og samfunnets behov og ønske om å føre en restriktiv innvandringspolitikk. Et av argumentene for å føre en restriktiv innvandringspolitikk er at det ofte kan føre til stor sekundærinnvandring (familiegjenforening).<sup>75</sup> Innvandringspolitiske hensyn taler i så måte aldri til utlendingens fordel, og det må foreligge særdeles spesielle omstendigheter for at utlendingen skal få fortsette familielivet i Norge.<sup>76</sup>

Selv om vilkårene for familieinnvandring ikke er oppfylte så kan det likevel forekomme spesielle tilfeller hvor en nektelse av oppholdstillatelse medfører en krenkelse av EMK. Det må imidlertid foreligge spesielle omstendigheter, hvor hensynet til individet ikke er blitt tillagt tilstrekkelig vekt i forhold til de øvrige hensynene.

### 3.5. Oppsummering

Av det gjennomgåtte må det kunne sies at familielivet i noen tilfeller må anses som vernet mot splittelse, og dermed er utlendingen vernet mot utsendelse, selv når det er etablert uten lovlig opphold. Det er et vern som ikke bare gjelder retten til respekt for familien, hvor da familien vil bli henvist til å fortsette familielivet i et annet land, men kan også innebære en rett til å kunne fortsette familielivet i den staten hvor det er ulovlig etablert. Som sett overfor kan det foreligge omstendigheter som gjør at staten er pliktig til å innvilge oppholdstillatelse for å handle i samsvar med de internasjonale forpliktelsene. Det må likevel anses som en snever plikt, da det må foreligge spesielle omstendigheter som gjør at saken klart skiller seg fra andre. Hva som utgjør de spesielle omstendighetene vil kunne variere, men statens opptreden og utlendingens tilknytning, opptreden og familien som en enhet er momenter som går igjen.

---

<sup>75</sup> <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop.-1-s-tillegg-nr.-1-20152016/id2459718/?q=&ch=2>. (Sist besøkt (02.05.16).

<sup>76</sup> <http://www.une.no/Aktuelt/Debatt/Hva-er-innvandringspolitiske-hensyn/>. (sist besøkt 02.05.16).

### 3.6. Hvis et omgåelsesekteskap blir reelt, nyter det da vern?

Proformaekteskap faller litt utenfor ordlyden i hovedproblemstillingen, da det ikke dreier seg direkte om ulovlig opphold, men heller om opphold som er gitt på bakgrunn av falske premisser. Denne tillatelsen kan tilbakekalles og utlendingen kan utvises dersom det blir funnet klart at ekteskapet er proforma. Det er et mye diskutert tema, og det foreligger store mengder domsavgjørelser. Begrunnelsen for å behandle spørsmålet er for å se om disse ekteskapene kan ha noe vern dersom det utvikler seg til å bli et reelt familieliv underveis i ekteskapet.

Utlendingsloven begrenser familieinnvandringen til reelle ekteskap, dette medfører at ekteskap som er inngått i hensikt å få oppholdstillatelse ikke gir rettskrav på oppholdstillatelse, jf. utl. § 40 fjerde ledd.

Om et ekteskap skal anses som proforma eller inngått i omgåelseshensikt kan være vanskelig å avgjøre, blant annet fordi det er svært vanskelig å bevise hvilke hensikter ektefellene hadde. I noen tilfeller er det bare den ene ektefellen som har gale hensikter, mens den annen er i den tro at det foreligger realitet i forholdet. Det kan også diskuteres hvorvidt ekteskap eller samliv hvor oppholdstillatelse ikke er det eneste formålet også skal omfattes av proformabegrepet.<sup>77</sup> I andre tilfeller kan det tenkes at formålet endrer seg underveis i forholdet. Nyter familielivet da noe vern om det blir reelt etterhvert?

Etter ordlyden i § 40 fjerde ledd kan utlendingsmyndigheten gi avslag på søknad dersom det må anses som mest sannsynlig at hovedformålet ved inngåelsen av ekteskapet er å oppnå oppholdstillatelse. Bestemmelsen er en «kan»-bestemmelse, og medfører dermed ikke noen plikt for utlendingsmyndigheten til å avslå søknaden. Ordlyden gir henvisning til at det er hensikten parten/partene hadde ved inngåelsen som skal være avgjørende. Videre må det være «mest sannsynlig», dette antyder at det må foreligge sannsynlighetsovervekt for at formålet var å oppnå grunnlag for oppholdstillatelse.

Det fremgår av forarbeidene at beviset er utvidet i forhold til tidligere lovgivning.<sup>78</sup> Dette innebærer at det er tilstrekkelig for avslag at hovedformålet med ekteskapet er

---

<sup>77</sup> Terje Einarsen, «Familieinnvandring, tvangsekteskap og politikk», *Festskrift om Menneskerettigheter til Carl Aage Nørgaard*, 2004 s. 65-81 (side 76).

<sup>78</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 190.

oppholdstillatelse. Departementet uttrykker likevel at det ikke nødvendigvis fører til avslag dersom en utlending søker å oppnå en bedre tilværelse for seg og sine barn, så fremst ekteskapet også skal ha en realitet. Dersom oppholdstillatelse fremstår som det hovedsakelige formålet bør søknaden imidlertid bedømmes annerledes. Videre gis det uttrykk for forsiktighet ved tilfeller hvor bare søkeren har som hovedformål å oppnå oppholdstillatelse, og hvor det er klart at ekteskapet skal ha en realitet. I de tilfeller hvor det er klart at ekteskapet ikke er tiltenkt å ha noen realitet, skal det gis avslag.

Høyesterett har tatt stilling til hvilket vurderingstidspunkt som skal legges til grunn i dom inntatt i Rt. 2006 s. 1657. Her uttalte førstvoterende at det etter ordlyden i dagjeldende (utlendingsloven 1988) § 9 er tidspunktet for inngåelsen av ekteskapet som må vurderes. Dersom ekteskapet var motivert av utsiktene for oppholdstillatelse, men senere utviklet seg til et reelt ekteskap, så kan ikke de senere inntrådte omstendigheter tillegges noen betydning.<sup>79</sup> I Rt. 2013 s. 937 fremgår det at dette også må legges til grunn ved forståelsen av den nye utlendingsloven § 40 fjerde ledd, og førstvoterende ga sin tilslutning til førstvoterende i Rt. 2006 s. 1657. Førstvoterende i dommen avsagt i 2013 poengterer at det er vigselstidspunktet som må være avgjørende i så måte, og at det kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det er staten som har bevisbyrden, og eventuell tvil skal komme utlendingen til gode.

Det fremgår av *Abdulaziz m.fl mot Storbritannia* at EMK artikkel 8 er satt til å beskytte det lovlige og genuine ekteskapet.<sup>80</sup> Dette må bety at ekteskap som er inngått i omgåelseshensikt ikke kan anses å nyte samme vern som øvrige familieliv etter konvensjonen.

På den ene siden taler innvandringspolitiske hensyn for at proforma, eller omgåelsesekteskap skal unngås. Det vil lett kunne få en såkalt «pull-effekt» dersom det fremstår som en lettvinnt måte å oppnå oppholdstillatelse. Dersom ekteskapet opphører så snart utlendingen oppnår oppholdstillatelse vil det kunne antas at ekteskapet var en omgåelse av regelverket.

På den annen side vil det alltid være vanskelig å bevise at ekteskapet er inngått med gale hensikter, det taler i retning av forsiktighet med å gi avslag. Avslagene skal og bør forbeholdes de klare tilfellene, og ikke de som i realiteten ønsker et familieliv. Da det i

---

<sup>79</sup> Førstvoterende var i mindretall, dissensen dreide seg om bevisvurderingen. Det var ikke flertall i noen retning for vurderingstidspunktet.

<sup>80</sup> Sak 9474/81, avs. 62.



sistnevnte tilfelle dreier seg om hensyn knyttet til individer med sterk interesse i å oppnå oppholdstillatelse for enten å etablere eller å fortsette et eksisterende familieliv.

Som det fremgår av rettskildene ovenfor, så er det en vurdering av hensikten på vigselstidspunktet som skal være avgjørende. Dette innebærer at et familieliv som blir reelt underveis ikke nyter nevneverdig vern, og disse familiene kan risikere å måtte reetablere seg i et annet land for å kunne fortsette familielivet. Hvilket tidspunkt EMD ville lagt til grunn for vurderingen kan det bare spekuleres i. Basert på uttalelsen i *Abdulaziz m.fl. mot Storbritannia* så må det nok sterke hensyn til for at et omgåelsesekteskap skal anses som vernet etter konvensjonen.<sup>81</sup> Det må dermed konkluderes med at familieliv som er etablert på falske premisser, ved at oppholdstillatelse er basert på uriktige opplysninger, ikke er vernet.<sup>82</sup> Det som kan verne familielivet når det er antatt å være et omgåelsesekteskap er at det er vanskelig å bevise.

---

<sup>81</sup> Sak 9474/81, avs. 62.

<sup>82</sup> Terje Einarsen, «Familieinnvandring, tvangsekteskap og politikk», *Festskrift om Menneskerettigheter til Carl Aage Nørgaard*, 2004, s. 65-81 (s. 77 og 78).

## 4. Kan retten til familieliv verne utlendingen mot utvisning?

### 4.1. Innledning

«Overtredelse av utlendingsloven er i seg selv et betydelig samfunnsproblem, som medfører store kostnader for samfunnet og har en rekke andre negative konsekvenser. Det er av allmennpreventive grunner nødvendig med reaksjoner som i det enkelte tilfellet kan fremstå som urimelig strenge.».<sup>83</sup> Dette uttaler Høyesterett i en sak hvor spørsmålet var om det måtte anses som uforholdsmessig å utvise en kvinne som følge av brudd på utlendingsloven.

Tall fra Utlendingsdirektoratet viser at det i 2014 ble utvist totalt 2828 personer på bakgrunn av brudd på utlendingsloven.<sup>84</sup> Dette utgjør over halvparten av det totale antallet utvisninger.<sup>85</sup> Det er de som har brutt utlendingslovens regler som er interessante i dette perspektivet, da ulovlig opphold faller inn under denne kategorien.

Retten til respekt for familielivet kan innebære et vern mot utvisning. I dette kapitlet skal det ses nærmere på i hvilke tilfeller retten til familieliv kan verne utlendingen mot utvisning. Her vil det fokuseres på tilfellene hvor utvisningen skyldes brudd på utlendingsloven, men saker hvor grunnlaget er et annet vil også benyttes for å vise hvordan forholdsmessigheten vurderes. Det skal redegjøres for det rettslige grunnlaget for utvisning etter utlendingsloven, og det skal ses nærmere på forholdsmessighetsvurderingen. Videre skal Høyesteretts avgjørelse av Nunez-dommen sammenlignes med EMDs avgjørelse i samme sak, hvorfor ble resultatet forskjellig? Først skal det imidlertid gis noen generelle bemerkninger til temaet.

Utvisning er et inngrep overfor utlendingen, men inngrepet vil også få konsekvenser for hans eller hennes familie. Det er et vedtak som i mange tilfeller påvirker familielivet, og det fører ofte til at familien blir splittet for en kortere eller lengere periode. Dette skyldes at innreiseforbud også gis i de tilfeller hvor utlendingen utvises, jf. utl. § 71 annet ledd. Det kan tenkes at ektefellen hverken ønsker eller har mulighet til å flytte sammen med utlendingen.

---

<sup>83</sup> Rt. 2011 s. 948 avs. 35.

<sup>84</sup> <http://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/utvisningsvedtak-etter-statsborgerskap-og-grunnlag-2014/>. (Sist besøkt 02.05.16).

<sup>85</sup> Totalt 5295 utvisninger.

Selv om utvisning foretas som en reaksjon på brudd på utlendingsloven og har klare preventive hensikter, er det ikke å anse som straff, da det ikke har pønalt hensikt.<sup>86</sup> Det er en forvaltningssanksjon som har til formål å kontrollere og regulere innvandreres adgang til riket. Det blir i så måte også her tale om en interessekonflikt mellom samfunnets behov for å kontrollere og regulere innvandringen, og utlendingen og vedkomnes families ønske om å få bli i landet.

## 4.2. Det rettslige grunnlaget for utvisning som følge av ulovlig opphold

For å treffe vedtak om utvisning må utlendingsmyndigheten foreta en todelt vurdering. For det første må de objektive vilkårene for utvisning være oppfylte, ved utvisning som følge av overtredelse av utlendingsloven er dette sjelden vanskelig å konstatere.<sup>87</sup> For det andre skal det foretas en forholdsmessighetsvurdering av det konkrete tilfellet. Det må altså ses på alvorligheten av overtredelsen, og hvilken betydning en utvisning vil ha for utlendingen selv og hans familie.<sup>88</sup>

### 4.2.1. Objektive vilkår

Utlendingsloven § 66 første ledd litra a og annet ledd litra a angir det rettslige grunnlaget for å utvise utlendinger som følge av brudd på utlendingsloven. Det er bare utlendinger uten oppholdstillatelse som kan utvises etter bestemmelsen.

Ordlyd i bestemmelsens første ledd litra a klargjør at det ikke dreier seg om en plikt til å utvise, men at utlendingsmyndigheten *kan* utvise utlendingen på angitte vilkår. Bestemmelsen oppstiller tre alternativer for når bestemmelsen kan komme til anvendelse. For det første kan utlendinger som grovt eller gjentatte ganger har brutt bestemmelser i utlendingsloven utvises. For det andre kan det vedtas utvisning dersom utlendingen har oppgitt uriktige opplysninger. Og for det tredje kan vedkomne utvises dersom han eller hun har unndratt seg gjennomføring av et vedtak som innebærer at vedkommende skal forlate landet. Utlendingsloven § 66 annet ledd litra a er derimot en *skal*-bestemmelse, som innebærer at dersom utlendingen har unnlatt

---

<sup>86</sup> Maaouia mot Frankrike, sak 39652/98, side 289 slo EMD fast at utvisning ikke er å anse som straff etter EMK artikkel 6 nr. 1.

<sup>87</sup> Øyvind Dybvik Øyen (red.), *Lærebok i utlendingsrett*, Oslo 2012, s. 372.

<sup>88</sup> Bl.a. Rt. 2009 s. 534 avs. 46 og Rt. 2007 s. 667 avs. 33.

å forlate landet på fastsatt utreisefrist så skal vedkommende utvises, med mindre det må anses som et uforholdsmessig tiltak.

Det følger av forarbeidene at bestemmelsen ikke medfører noen realitetsendring fra utlendingsloven av 1988, og dermed vil tidligere rettspraksis fremdeles være av interesse.<sup>89</sup> Om de objektive vilkårene fremgår det i forarbeidene at ulovlig opphold på inntil én måned kan føre til utvisning med ett års innreiseforbud. Det presiseres her at det skal vurderes strengere dersom det foreligger ulovlig innreise. Den strenge praksisen begrunnes med hensynet til at systemet i stor grad baserer seg på tillit, og at ulovlig opphold og ulovlig innreise er klare brudd på denne tilliten. Dermed anses det å ha en allmennpreventiv effekt dersom det slås hardt ned på denne typen overtredelser av utlendingsloven.

Domstolen legger ofte utlendingsmyndighetenes forståelse av vilkårene til grunn, og foretar ikke en selvstendig fortolkning av bestemmelsens objektive vilkår. I Rt. 2011 s. 948 ble ti måneders opphold på tross av pålegg om å forlate landet, sju ukers opphold uten å sende søknad om asyl og ett års arbeid uten tillatelse utvilsomt ansett som en grov overtredelse av utlendingsloven.<sup>90</sup>

Det må med dette slås fast at de objektive vilkårene for å utvise en utlending som har oppholdt seg ulovlig i landet ikke er å anse som særlig strenge. Det er også derfor det i den enkelte sak må foretas en helhetsvurdering av vedtakets forholdsmessighet. Dette gjøres for å unngå urimelig strenge avgjørelser, som får særlig negative konsekvenser for utlendingen selv eller hans familie.

#### **4.2.2. I hvilke tilfeller innebærer retten til familieliv et hinder for utvisning?**

##### **4.2.2.1. Forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 70**

Utlendingsloven § 70 angir at utlendingsmyndigheten ikke skal fatte vedtak om utvisning dersom det vil være uforholdsmessig overfor utlendingen selv eller dennes nærmeste familie.

---

<sup>89</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) kapittel 15 s. 289 og 293.

<sup>90</sup> Avsnitt 29 og 30.

Hva som anses som uforholdsmessig må etter ordlyden avgjøres ut fra «forholdets alvor» og den tilknytning utlendingen har til landet. Forholdets alvor må forstås som hvilke overtredelse utlendingen har foretatt av norsk lovgivning. Mens tilknytningen angår mer subjektive forhold, både for utlendingen selv og vedkomnes familie.

Det følger av forarbeidene at det skal vurderes hvilke lovbrudd utlendingen har foretatt, og at lovbruddene må ses opp mot den belastningen en utvisning vil medføre for utlendingen selv og dennes familie.<sup>91</sup> Om utlendingens tilknytning fremgår det at man må vurdere hvorvidt utlendingen har sterkere tilknytning til Norge enn til opprinnelseslandet. Videre om utlendingen har familie og barn i Norge, og her er det av betydning om familielivet ble etablert etter at utlendingen forsto at oppholdstillatelse trolig ikke ville bli gitt. Muligheten til å fortsette familielivet i utlendingens hjemland må også vurderes. Av betydning i denne sammenheng er også utlendingens eller familiemedlemmers helsetilstand. Det kan også ses på graden av integrering, herunder språk og arbeid eller utdanning.

Høyesterett har slått fast følgende: «Det normale er at en utvisning vil gripe inn i et etablert familieliv på en belastende måte så vel økonomisk, som følelsesmessig og sosialt, og lett medføre psykiske problemer. Det gjelder ikke minst når en familie skilles som følge av utvisningen. Slike belastninger vil ikke i seg selv være tilstrekkelig til å si at en utvisning er et uforholdsmessig tiltak.»<sup>92</sup> I samme sak uttaler førstvoterende at dersom det i denne saken skulle finnes at tiltaket var uforholdsmessig, så er det «vanskelig å se for seg når utlendinger som har fått barn med personer med oppholdstillatelse, skulle kunne utvises. Konsekvensene ville bli at utlendinger i slike situasjoner normalt ville være vernet mot utvisning.». Sitatene er hentet fra Nunez-saken, hvor Norge senere ble dømt for å ha krenket EMK artikkel 8. Denne saken behandles nedenfor.

Det fremgår av rettspraksis at forholdsmessighetsvurderingen må bestå av en avveining av på den ene siden alvorret av lovovertrædelsen utlendingen har begått, og på den annen side hensynet til utlendingen selv og dennes familie.<sup>93</sup> I Rt. 2000 s. 591 side 595 slo førstvoterende fast at forholdsmessighetsvurderingen som måtte gjøres etter dagjeldende § 30 tredje ledd (nå § 70) tilsvarer den vurderingen som må gjøres etter EMK artikkel 8. Førstvoterende, som var i

---

<sup>91</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) punkt 15.6.3.

<sup>92</sup> Rt. 2009 s. 534 avs. 64, Rt. 2005 s. 229 avs. 52.

<sup>93</sup> Rt. 2009 s. 534 avs. 84.

mindretall, uttalte at dersom det straffbare forhold var alvorlig så krevdes det svært sterk tilknytning for at utvisning skulle kunne anses som uforholdsmessig. Flertallet kom til at utvisningen i denne sak ikke var uforholdsmessig selv om det ville medføre en betydelig belastning for ektefellen og barna. Det ble uttrykt at dette ikke kunne tillegges betydning, da det var tale om alvorlige straffbare handlinger som utlendingen var dømt for.<sup>94</sup> Ektefellen ønsket ikke å følge med utlendingen til hans hjemland, men det ble lagt til grunn at hun kunne besøke ham.

Saken inntatt i Rt. 2005 s. 229 dreide seg om et ektepar med barn født i Norge. Konen var født og oppvokst i Norge, men av pakistansk opprinnelse, mens ektemannen var født og oppvokst i Pakistan. UNE fattet vedtak om utvisning av ektemannen som følge av brudd på straffeloven. Høyesterett vurderte om vedtaket om å utvise ektemannen måtte anses som et uforholdsmessig tiltak. Det ble konkludert med at utvisning ikke kunne anses som et uforholdsmessig tiltak for hans kone isolert sett. Dette ble begrunnet med at selv om hun var født og oppvokst i Norge, så var hun av pakistansk opprinnelse. Det ble langt vekt på at ektefellene opprinnelig hadde tenkt å bosette seg i Pakistan. UNE hadde lagt til grunn at ektefellen og barna kunne følge med den utviste til Pakistan. Førstvoterende var enig i UNEs vurdering av denne muligheten, men mente det ikke var særlig realistisk at dette kom til å bli utfallet. Dette ble begrunnet med muligheten for tilfredsstillende bosted, barnas skolegang og språkproblemer. Barna var født i Norge, og oppvokst i landet. Dette var omstendigheter domstolen måtte ta hensyn til i sin vurdering av saken. Det ble utelukket at familien kom til å følge familiefaren ut av landet. Det var hensynet til barna som ble avgjørende i denne saken, og det faktum at ektefellen i Norge lite trolig kunne ta seg av barna på egen hånd. Barna var sårbare da de tidligere hadde opplevd å bli fraskilt fra foreldrene mens de sonet hver sin fengselsstraff. Det ble funnet at av hensyn til barnas beste ville en utvisning utgjøre et uforholdsmessig tiltak.

Det fremgår av UDIs rundskriv at det skal forholdsvis mye til for at en utvisning anses for uforholdsmessig, og at det i den enkelte sak må foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering.<sup>95</sup> Den strenge vurderingen som fremkommer av rundskrivet harmonerer med dommene Høyesterett har avsagt.

---

<sup>94</sup> Dommens side 603.

<sup>95</sup> RS-2010-024, Utvisning etter utlendingsloven §§ 66, 67 og 68 - brudd på utlendingsloven og/eller straffbare forhold, punkt 9.1.

Når man ser på de nasjonale rettskildene så fremgår det at det skal foretas en helhetsvurdering av den situasjon familien befinner seg i. Desto større lovbrudd utlendingen har foretatt, jo mer skal det til for at utvisningen anses som et uforholdsmessig tiltak. Dette skyldes at samfunnets interesse og behov for å utvise utlendingen øker tilsvarende når lovbruddet er av alvorligere karakter.

#### 4.2.2.2. Vurderingen etter EMK artikkel 8

Etter artikkel 8 nr. 2 kan staten foreta inngrep i familielivet, for eksempel utvisning. Det stilles krav om at inngrepet (i) er i samsvar med nasjonal lovgivning, inngrepet må (ii) være legitimt begrunnet, og etter en proporsjonalitetsvurdering (iii) må det anses som nødvendig i et demokratisk samfunn. Ved proporsjonalitetsvurderingen har EMD tilkjent statene en viss skjønnsmargin – «margin of appreciation».<sup>96</sup> Det er lagt til grunn at denne skjønnsmarginen vil variere, men at det i forbindelse med artikkel 8 tilligger statene en vid skjønnsmargin. Dette begrunnes med at det i det enkelte tilfellet er staten og de interne domstolene som må antas å være best rustet til å vurdere de særlige forholdene innad i landet, og at statene selv må få avgjøre hvilken innvandringspolitikk som skal føres internt i landet.<sup>97</sup>

Det er ikke alltid EMD tar stilling til om vurderingen som skal foretas må gjøres etter art. 8 nr. 1 eller nr. 2. Dette begrunner de med at vurderingen er sammenfallende, og dermed ikke nødvendig å ta stilling til.<sup>98</sup> Det domstolen i mange saker vurderer, er hvorvidt staten har «...failed to strike a proper balance between the applicants' right to respect for family life, on the one hand, and the public interest in ensuring efficient immigration control, on the other hand.»<sup>99</sup>

I saken *Kaplan mot Norge* fant domstolen at tungtveiende samfunnsmessige hensyn talte for at utvisningen ikke kunne anses som en krenkelse av artikkel 8.<sup>100</sup> Domstolen vurderte hvorvidt det var forhold ved familien som likevel talte i retning av at en utvisning ville innebære en krenkelse av retten til respekt for familielivet. Her ble det funnet at hensynet til det yngste barnet måtte medføre at en utvisning av faren var et for drastisk tiltak. EMD trakk

<sup>96</sup> Bl.a. Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia, sak 9214/80, avsnitt 67.

<sup>97</sup> Skoghøy, Jens Edvin A., «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK», *Lov og Rett*, nr. 4 s. 190.

<sup>98</sup> F.eks. Nunez mot Norge, sak 55597/09.

<sup>99</sup> Kaplan mot Norge, sak 32504/11, avs. 82.

<sup>100</sup> Sak 32504/11, avs. 83.

frem hensynene som talte for og imot utvisning, og kom til at hensynene til individet, i dette tilfellet datteren, ikke var tillagt tilstrekkelig vekt i forhold til de innvandringsregulerende hensynene. Dermed hadde staten ikke handlet innenfor skjønnsmarginen når de hadde vurdert de konkurrerende hensynene.

Den europeiske menneskerettsdomstolen har gitt uttrykk for at det ikke er tilstrekkelig at det er en teoretisk mulighet for at familielivet kan fortsette i utlendingens hjemland, det må anses som en reell mulighet. Dette fremgår blant annet av saken *Boultif mot Sveits*, hvor domstolen vurderte muligheten for at familielivet kunne fortsette i klagerens hjemland. Denne muligheten ble imidlertid avvist på bakgrunn av at klagers kone ikke kunne arabisk og ikke var kjent med kulturen. Konklusjonen ble at det ikke forelå noen reell sannsynlighet for fortsatt familieliv i utlendingens hjemland.<sup>101</sup> Motsatt ble utfallet i saken *Üner mot Nederland*. Her ble lovbruddene utlendingen hadde gjort seg skyld i funnet å medføre at hensynene som talte for utvisning ble så tungtveiende at det ikke ville medføre en krenkelse av konvensjonen, selv om det førte til at familien ble splittet.<sup>102</sup>

Domstolen legger til grunn en avveining av hvordan en utvisning vil virke inn på utlendingen selv og dennes familie, og veier disse hensynene opp mot de hensyn som taler for at utlendingen skal utvises. Der hvor det er sterke samfunnsinteresser i en utvisning, må utlendingens tilknytning til riket være sterk for at det foreligger en krenkelse av konvensjonen.

#### 4.2.3. Når utgjør familielivet et hinder for utvisning?

Etter EMK skal det vurderes hvorvidt de motstridende hensynene i saken er tillagt vekt på en balansert måte. Denne vurderingen er lik den som må foretas etter utlendingsloven § 70. EMDs vurderinger etter artikkel 8 vil virke styrende på vår egen vurdering av forholdsmessigheten etter utlendingsloven.<sup>103</sup> Som sett overfor så er det i stor grad samme vurdering som foretas, det er alltid tale om å veie individets interesser mot samfunnets interesser. Spørsmålet er da i hvilke tilfeller retten til familieliv medfører at en utvisning må anses som uforholdsmessig. Utgangspunktet er at dersom familielivet er etablert uten lovlig opphold foreligger det ingen berettiget forventning om å få fortsette familielivet i Norge.

---

<sup>101</sup> Sak 54273/00, avs. 53 og 54.

<sup>102</sup> Sak 46410/99, avs. 64.

<sup>103</sup> Rt. 2015 s. 93, avs. 68.



Sett hen til foreliggende rettspraksis og de saker hvor Norge er blitt dømt i EMD, kan det se ut til at Høyesterett setter terskelen for uforholdsmessighet noe høyere enn EMD.<sup>104</sup> Dette kan ha sin forklaring i at Høyesterett føler seg mer bundet av innvandringspolitiske hensyn enn det EMD gjør. Denne tilbakeholdenheten må ses i sammenheng med at de innvandringspolitiske hensynene fremgår av lovens forarbeider, og at de dermed er en del av lovgiverviljen som domstolen oftest opptrer lojalt overfor.<sup>105</sup> Høyesterett føler seg i noen grad bundet av de innvandringsregulerende hensyn som forvaltningen har lagt til grunn, dette må begrunnes med at domstolen ikke skal ha som rolle å være en siste forvaltningsinstans. I saker som omhandler utvisning etter utlendingsloven § 70 har domstolen full prøvelsesrett, men den vil aldri helt tilside sette innvandringspolitiske hensyn, som etter forarbeidene også skal, eller kan tillegges vekt. Motsetningsvis vil EMD utelukkende prøve om det foreligger en krenkelse av menneskerettighetene, sett hen til konvensjonen og statens skjønnsmargin på det aktuelle området, men sjelden vurdere og vektlegge lovgivers intensjon.

Det er klart at innvandringspolitiske hensyn taler i retning av å slå hard ned på overtredelser av utlendingsloven. Som nevnt er det et system som i stor grad baserer seg på tillit til at utlendingen opptrer i samsvar med loven, og det koster samfunnet mye når denne tilliten brytes. Videre er det klart at samfunnet har interesse i å begrense innvandringen, da særlig av utlendinger som ikke følger lovverket. Det føles i mange sammenhenger mer rettferdig å tillate at lovlydige utlendinger får opphold enn de som ikke er det. Kontrollhensynene er flere, men hensynet til velferdsstaten er et som ofte trekkes frem i argumentasjonen. Utlendinger som bryter utlendingsloven ved å arbeide uten arbeidstillatelse betaler ikke skatt, dette er med på å svekke velferdsstaten.

På den annen side må man se individets behov. Dersom utlendingen har skapt et familieliv i Norge, men mangler opphold- og arbeidstillatelse så kan det utgjøre et problem i seg selv. Utlendingen vil da i stor grad stå utenfor samfunnet, både sosialt og økonomisk. Det vil være en situasjon som kan hindre den integrering man ønsker og forventer av utlendingen.

---

<sup>104</sup> Nunez mot Norge, sak 55597/09, Butt mot Norge, sak 47017/09 og Kaplan m.fl. mot Norge, sak 32504/11.

<sup>105</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007), bl.a. kapittel 15.6.1.

I sakene hvor Norge er blitt dømt, foreligger det spesielle omstendigheter, herunder familiære forhold. Det som også trekkes frem er hvordan utlendingsmyndighetene har mislyktes med å behandle sakene tilstrekkelig hurtig.<sup>106</sup> Dette vil alltid være et argument mot at de innvandringsregulerende hensynene gjør seg sterkt gjeldende, da behandlingen burde vært mer effektiv dersom det ble ansett som påtrengende nødvendig å sende ut denne utlendingen.

I forhold til forholdsmessighetsvurderingen er det de innvandringspolitiske hensynene, samfunnets ønske og behov som skal ligge i den ene vektskålen, mens i den andre er det individets behov og ønsker. Spørsmålet blir om det er rettferdig at denne utlendingen utvises for å tilfredsstille samfunnets ønske?

Det er klart at retten til familieliv kan verne en utlending mot utvisning. Dette gjelder derimot i et svært begrenset antall saker, hvor omstendighetene må anses som spesielle. Vedtaket om utvisning må anses som uforholdsmessig, og individets behov og ønske i den konkrete saken må veie tyngre enn samfunnets. Det må anses som rettferdig at den konkrete utlendingen utvises for å oppfylle samfunnets interesser.

### 4.3. Oppsummering

Som vi har sett så skal det mye til for at et vedtak om utvisning anses som uforholdsmessig, i de fleste tilfeller blir konklusjonen at ektefelle kan følge med utlendingen til dennes hjemland. Dette viser at retten til familieliv er en rett til akkurat det, familieliv. Rett til opphold i Norge som følge av familieliv er et helt annet spørsmål, men i noen tilfeller går spørsmålene over i hverandre. Det vil alltid være en skjønnsmessig helhetsvurdering som avgjør om familien får fortsette familielivet i Norge, men det må være spesielle omstendigheter som gjør at utvisning anses som uforholdsmessig. Vurderingsmomentene vil i stor grad sammenfalle med dem vi har sett overfor om familieinnvandring, altså tilknytning, handling og familiære forhold. Men også statens passivitet og manglende effektivitet vil kunne spille inn.

Familielivet kan utgjøre et hinder for utvisning ved at det er et moment i vurderingen av om det er uforholdsmessig. Dette kan i enkelte, spesielle tilfeller gjøre at familielivet verner en utlending mot utvisning.

---

<sup>106</sup>Nunez mot Norge sak 55597/09, Butt mot Norge sak 47017/09 og Kaplan mot Norge sak 32504/11.

#### 4.4. Hvorfor resulterte Nunez-saken menneskerettsbrudd?

Saken representerer en naturlig overgang til neste kapittel, som nettopp tar opp betydningen av at barn blir berørt. Det er interessant å se nærmere på saken særlig fordi Høyesteretts avgjørelse er kritisert og enkelte går så langt som å kalle det et arbeidsuhell.<sup>107</sup> Hva var det som gjorde at Høyesteretts vurdering etter utlendingsloven medførte at Norge senere ble dømt for menneskerettsbrudd?

Spørsmålet i saken var gyldigheten av vedtak om utvisning, særlig om utvisningsvedtaket måtte anses som uforholdsmessig overfor utlendingens barn, jf. dagjeldende § 29 annet ledd (nå § 70 første ledd siste punktum).

Nunez kom til Norge som turist, opprinnelig var hun fra Den dominikanske republikk. Hun ble pågrepet for butikktveri, hvorpå det ble fattet vedtak om utvisning med to års innreiseforbud. Hun returnerte til Norge kort tid etter utsendelse, da med falske papirer og falskt pass. Hun giftet seg med en norsk statsborger, og fikk bosettingstillatelse. Da ekteskapet tok slutt flyttet hun sammen med C. De fikk to barn sammen.

Etter tips om hennes falske identitet fattet Utlendingsdirektoratet vedtak om utvisning med to års innreiseforbud. Samlivet mellom Nunez og C opphørte, og det oppsto uenighet om omsorgen for barna. Tingretten avsa, i påvente av utvisningssaken som startet samme år, at C skulle tilkjennes den daglige omsorgen for barna.

En enstemmig Lagmannsrett kom til at utvisningen av Nunez måtte anses som et uforholdsmessig tiltak overfor barna.<sup>108</sup> Da saken kom opp for høyesterett delte dommerne seg i et flertall (3) og et mindretall (2), hvor flertallet kom til at utvisningsvedtaket ikke kunne anses som uforholdsmessig.

Høyesterett ga sin tilslutning til utlendingsmyndighetenes vurdering av at Nunez hadde overtrådt utlendingsloven «... grovt og gjentatte ganger (...)», før de vurderte hvor alvorlig forholdet måtte karakteriseres som. Førstvoterende mente overtredelsene måtte anses som «meget alvorlige». Dette ble begrunnet med formålene med utlendingsloven, og det behov

---

<sup>107</sup> Mads Anvenæs, Andreas Motzfeldt Kravik og Eirik Bjørge, «Høyesterett og EMD: samspill, subsidiaritet og skjønnsmargin», *Lov og Rett*, nr. 5, 2015, s. 276.

<sup>108</sup> LB-2007-183772.

utlendingsmyndighetene har til de opplysninger som utlendingen oppgir er riktige. De overtredelsene som her forelå måtte anses som et klart tillitsbrudd.

Når det var slått fast at det dreide seg om meget alvorlige overtredelser av utlendingsloven, ble det vurdert om Nunez selv hadde en tilknytning til riket som medførte at en utvisning ville utgjøre et uforholdsmessig tiltak. Dette konkluderte Høyesterett kort med at hun ikke hadde, all den tid hennes opphold hadde vært ulovlig.

Høyesterett delte seg i to fraksjoner når det kom til vurderingen av om utvisningen ville medføre et uforholdsmessig tiltak overfor barna. Her gir flertallet uttrykk for en terskel som er høyere enn den EMD senere la til grunn. Førstvoterende mente det måtte kreves at belastningen på barna ble uvanlig stor. At mor og barn ville få vesentlig redusert kontakt i minimum to år var ikke tilstrekkelig. Deretter uttaler førstvoterende at dersom det i dette tilfellet ville medføre at vedtaket var uforholdsmessig, så ville alle vedtak om utvisning av utlendinger med barn i Norge måtte anses som uforholdsmessige, som sitert under punkt 4.2.2.1. Dette tar mindretallet klart avstand fra, og annenvoterende uttaler at det alltid vil bero på en helhetsvurdering. De dissenterende dommerne mente vedtaket måtte anses som ugyldig av hensyn til barna.

Det som er påfallende er at mindretallet tillegger hensynet til barna mye større vekt enn det flertallet gjør. At det ikke var ført bevis for de skadene en utvisning ville medføre for barna ble brukt ulikt i flertallets og mindretallets argumentasjon. Det kan se ut til at flertallet brukte den manglende bevisføringen som et argument for at utvisningen ikke ville medføre alvorlige konsekvenser for barna, mens mindretallet legger til grunn en mer generell forståelse av at barn tar skade av å bli adskilt fra en forelder. Det kan nærmest se ut til at flertallet er mer opptatt av at de ikke skal senke terskelen for forholdsmessighetsvurderingen, enn de er i å foreta en konkret og helhetlig vurdering. De normaliserer de faktiske belastninger barna vil bli utsatt for, selv uten noen klare holdepunkter for hvordan belastningene faktisk vil påvirke barna i denne konkrete saken. Dette i motsetning til mindretallet som, til tross for manglende bevisføring, går inn i vurderingen av barns alder og tilknytning, både til foreldrene og til Norge.

Saken ble behandlet av Den europeiske menneskerettsdomstolen den 28. juni 2011. Også her ble det dissens (5-2).

Domstolen slo fast at saken favnet under artikkel 8, og at det dreide seg om et familieliv etter artikkelen. Videre ble det konstatert at Nunez ikke hadde hatt lovlig opphold, men at det etter artikkelen kan utledes positive forpliktelser som kan medføre at menneskerettighetene må anses krenket. Domstolen tok ikke stilling til om det dreide seg om positive eller negative forpliktelser, all den tid vurderingene var sammenfallende.

Siden Nunez ikke hadde hatt noen berettiget forventning om å få bli i Norge, måtte det foreligge «exceptional circumstances» for at konvensjonen skulle anses som krenket. Norge ble kritisert for den lange saksbehandlingstiden som hadde gått fra det ble oppdaget at Nunez oppholdt seg ulovlig i landet til det ble fattet vedtak om utvisning. Domstolen påpekte at dette ikke var tilstrekkelig hurtig og effektivt. EMD valgte å søke støtte for sine vurderinger hos Høyesteretts mindretall, og holdt fokuset på barna i vurderingen av om staten hadde balansert de motstridende hensyn i saken.

Som kjent kom domstolen til at Norge hadde krenket menneskerettighetene ved å utvise Nunez. EMD trakk frem de samme vurderinger rundt barna som mindretallet i Høyesterett, og kom til at en utvisning ville ha sterke negative konsekvenser for barna. Dermed var ikke barnas interesser vektlagt nok i forhold til samfunnets interesser.

Flertallet i EMD kom til at utvisningen ville utgjøre et for vidtgående middel overfor barna, for å oppfylle samfunnets interesser. Domstolen var dermed ikke overbevist om at staten på en tilfredsstillende måte hadde klart å balansere de motstridende interessene i saken, sett hen til sakens særlige omstendigheter og hensynet til barnets beste.

I EMDs avgjørelse får hensynet til barna stor plass, og blir nøye vurdert. Mens flertallet i Høyesterett kun bruker begrenset plass på å vurdere hvorvidt en utvisning vil medføre en uvanlig stor belastning for barna. EMD vurderer konkret hensynet til barna opp mot den samfunnsmessige nødvendigheten av å utvise Nunez.

Domstolen henviser til stadighet til mindretallet i Høyesterett, dette kan nok skyldes at EMD finner det lettere å konstatere krenkelse hvor de finner støtte for det i nasjonale rettskilder.<sup>109</sup>

Etter at EMD hadde truffet sin avgjørelse var norske myndigheter raskt ute og avviste at dommen ville få vidtgående betydning for fremtidige avgjørelse, begrunnet med at den var så spesiell med tanke på den lange saksbehandlingstiden.<sup>110</sup> Daværende statssekretær Pål K. Lønseth uttalte til NTB at dommen ikke ville endre norsk rettspraksis fordi han mente EMD hadde lagt vekt på saksbehandlingstiden. Det han her overså var at det ikke utelukkende var saksbehandlingstiden som medførte en krenkelse av EMK.

Som nevnt er Høyesteretts avgjørelse kritisert, og da særlig på grunnlag av manglende, for ikke å si fraværende vurderinger av hvordan utvisningen hadde innvirkning på barna i den konkrete saken.<sup>111</sup> Flertallet trakk frem at det ikke var ført bevis for hvordan det ville ha innvirkning på barna, men kom til at det ikke vil være verre for disse barna enn for andre barn i samme situasjon. Barnas selvstendige rett på familieliv havnet dermed i bakgrunnen. Mindretallet og EMD trakk den slutning at det ville være skadelig for barna, uavhengig av den manglende bevisføringen. Og som det fremgår av både mindretallets votum og EMDs avgjørelse, så begrunnes dette med den belastningen barna allerede hadde gjennomgått. Herunder foreldrenes samlivsbrudd, fars omsorgsovertakelse og den pågående utvisningssaken mot moren.

Konklusjonen på hvorfor resultatet ble et annet må dermed kunne sies å være det store spriket mellom hvordan Høyesterett vurderte og vektet barnets beste og hvordan EMD vurderte det. Dette førte til at proporsjonalitetsvurderingen eller forholdsmessighetsvurderingen ble i strid med barnas rett til respekt for familielivet.

---

<sup>109</sup> Søvig, Karl Harald, «Hensynet til barna ved utvisning av foreldrene», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 4 2011, s. 289.

<sup>110</sup> <http://www.adressa.no/nyheter/innenriks/article1654639.ece> (Sist besøkt 02.05.16).  
<http://www.aftenbladet.no/nyheter/innenriks/Strasbourg-Barna-kommer-foran-utlendingsloven-2830168.html>. (Sist besøkt 02.05.16).

<sup>111</sup> Merete Havre Meidell, «Brutte bånd ved utvisning av foreldre – rettferdig for hvem?» i *rettferdighet*, Oslo 2010 s. 169-185.

Høyesterett gjorde endringer i vurderingskriteriet på egenhånd allerede i Rt. 2011 s. 948, avsagt samme dag som EMD avgjorde Nunez-saken.<sup>112</sup> I denne saken, som hadde mange likhetstrekk med Nunez-saken, ble kriteriet om at det måtte foreligge «uvanlig store belastninger» for barnet presisert til bare å gjelde dersom forelderen var utvist som følge av alvorlig kriminelle handlinger. Denne endringen må ses i sammenheng med forskriftsendringen som kom hvor det ble bestemt at foreldre med barn i Norge som hovedregel ikke skal utvises for ulovlig opphold eller arbeid i mindre enn to år, jf. utlf. § 14-1.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> Sjøvik, Karl Harald, «Hensynet til barna ved utvisning av foreldrene», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 4. 2011 s. 289.

<sup>113</sup> Endret ved forskrift 23. august 2010 nr. 1204.

## 5. Betydningen av barnets beste i utlendingssaken

### 5.1. Innledning

Et avslag på en søknad om familiegjennforening, eller et vedtak om utvisning av en av foreldrene vil ofte føre til at familien blir splittet, og dette er noe som rammer barn hardt. Resultatet kan bli at barna må flytte for å opprettholde kontakten med forelderen, dette kan medføre store omveltninger i et barns liv.

Som det fremgår av tidligere nevnt praksis fra Høyesterett og EMD så slås det raskere fast at det foreligger krenkelse av retten til familieliv i tilfeller hvor barn er involvert. I dette kapitlet skal det ses nærmere på hvorfor saken stiller seg annerledes når barn berøres, og i hvilke tilfeller barnets beste får gjennomslag. Først skal det imidlertid redegjøres for hva som ligger i uttrykket «barnets beste» i utlendingsretten.

### 5.2. Barnets beste i utlendingsretten

Det fremgår av Grunnloven § 104 annet ledd at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker som angår dem. Dette innebærer at barnets beste har fått stilling som *lex superior*. Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 uttrykker at «...the best interests of the child shall be a primary consideration.». Hva barnets beste faktisk innebærer fremgår hverken av Grunnloven eller av Barnekonvensjonen, og må i beste fall karakteriseres som et vagt begrep. FNs barnekomité har uttalt i generell kommentar nr. 14 at barnets beste er komplekst, og må avgjøres i det enkelte tilfellet. Det er ment som et fleksibelt begrep som må tilpasses den konkrete situasjonen barnet befinner seg i, sett hen til sakens omstendigheter.<sup>114</sup> I den enkelte sak må det tas hensyn til barnets personlige forutsetninger og barnets behov. Vurderingen som foretas må starte med barnet og hva som er i barnets interesser.<sup>115</sup> Dette innebærer at i utlendingsretten så må man se hen til hva som i den enkelte sak vil anses som det beste for de involverte barn. At barnet vil få det materielt bedre av en oppvekst i Norge er ikke det samme som at det nødvendigvis anses som barnets beste.<sup>116</sup> Vurderingen vil måtte foretas både på bakgrunn av hva som anses som bra for barn generelt, f.eks. å vokse opp med foreldrekontakt,

---

<sup>114</sup> GC-2013-14-CRC, avs. 32.

<sup>115</sup> Rt. 2015 s. 93, avs. 72.

<sup>116</sup> Rt. 2013 s. 1388, her ble barna henvist til intern flukt, barnets beste kunne ikke vurderes ut fra om det var best for barna med en oppvekst i Norge contra Kabul. Barnets beste ble vurdert mot innvandringspolitiske hensyn.



og hva som er det beste for det aktuelle barnet i den konkrete situasjonen, f.eks. begrenset foreldrekontakt som følge av barnets psykiske tilstand.

### 5.3. Hvorfor stiller saken seg annerledes når barn blir berørt av avgjørelsen?

#### 5.3.1. Barns særlige vern i utlendingssaken

Som sett overfor så skal barnets beste være et grunnleggende hensyn i saker som berører dem. I utlendingssaken vil ofte myndighetenes beslutninger påvirke barna som er involvert. Det er derfor lovgiver har funnet det nødvendig å gi barn et sterkere vern både i saker som angår familieinnvandring og utvisning.

Foruten de overordnede bestemmelsene i Grunnloven § 104 og Barnekonvensjonen art 3 har vi særbestemmelser i utlendingsloven og utlendingsforskriften som skal sikre at barnets beste blir tilstrekkelig ivaretatt og vektlagt.

Høyesterett har uttalt at barnets beste ikke bare er en tolkningsprinsipp, men også en prosedyrebestemmelse.<sup>117</sup> Dette innebærer at det i et vedtak som berører barn skal fremgå hva utlendingsmyndigheten har ansett som barnets beste, og hvordan dette hensynet er blitt veiet opp mot andre hensyn.

EMD har på tilsvarende måte benyttet betegnelsen «paramount importance» om betydningen av barnets beste.<sup>118</sup> Hensynet kan likevel ikke alltid være avgjørende, både praksis fra Høyesterett og EMD viser at innvandringspolitiske hensyn kan være så tungtveiende at de får gjennomslag fremfor barnets beste i enkeltsaker.<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> Rt. 2015 s. 93, avs. 65.

<sup>118</sup> Jeunesse mot Nederland, sak 12738/10, avsnitt 118.

<sup>119</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 62 og Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 134, også sak 265/07, Darren Omoregie m.fl. mot Norge, hvor det ble funnet at staten hadde balansert de motstridende hensynene på en tilfredsstillende måte, til tross for at klageren hadde barn i Norge.

### 5.3.1.1. Familiegjenforening med en utenlandsk forelder

Hva angår familieinnvandring så fremgår det at en utlending med barn i Norge som enten er norsk statsborger eller har oppholdstillatelse, som utlendingen har foreldreansvar for eller skal ha samvær med, har rett til familiegjenforening med barnet, jf. utl. §§ 44 og 45.

Det er først når utlendingen har fått endelig avslag på søknad om oppholdstillatelse før barnet blir født at tilfellet kan bli problematisk. Da må saken vurderes etter utlendingsloven § 49.

Som nevnt innledningsvis er bestemmelsen er en *kan*-regel som gir utlendingsmyndigheten adgang til å innvilge oppholdstillatelse hvis sterke menneskelige hensyn taler for det.

Bestemmelsen fastsetter at dersom barn er involvert så skal barnets beste være et grunnleggende hensyn, men den åpner også for at det kan legges vekt på innvandringsregulerende hensyn.

Forarbeidende drøfter inngående hvordan hensynet til barnet skal ivaretas i saker hvor resultatet berører dem. Blant annet ved at det fremheves at et barn som har norsk statsborgerskap bør ha en rett til å utøve familieliv i Norge, til tross for at forelderen er utlending. Det fremheves at innvandringsregulerende hensyn ikke gjør seg like sterkt gjeldende i disse tilfellene, og at det derfor bør innvilges familiegjenforening.<sup>120</sup> Av forarbeidene til § 49 følger det at innvandringsregulerende hensyn skal vurderes ved avgjørelser etter bestemmelsen, men at det likevel ikke medfører at de alltid får gjennomslag overfor andre tungtveiende hensyn.<sup>121</sup>

### 5.3.1.2. Utvisning av en forelder med barn i Norge

Ved forholdsmessighetsvurderingen som foretas ved utvisning av en forelder har likeledes hensynet til barnet kommet til uttrykk ved at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn etter § 70 annet punktum. Det skal altså vurderes om utvisningen av forelderen anses som uforholdsmessig overfor barnet.

Utlendingsforskriften § 14-1 styrker ytterligere barnets rett til familieliv. Her fremgår det at en utlending med barn i Norge, som har arbeidet eller oppholdt seg ulovlig i landet mindre enn to år, som hovedregel ikke skal utvises. Bestemmelsen er forbeholdt foreldre som bor

---

<sup>120</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 214.

<sup>121</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 426.

sammen med barnet eller som har samvær av et visst omfang. Unntak fra hovedregelen kan gjøres dersom det ikke anses som uforholdsmessig å regne med at familielivet kan opprettholdes i et annet land, jf. bestemmelsens annet ledd litra b.

Også når det er spørsmål om å utvise en forelder fremgår det at forarbeidene at det skal tas hensyn til barnet, og det skal ses på den belastning en utvisning påfører barnet ved vurderingen av om vedtaket er uforholdsmessig.<sup>122</sup> Når det gjelder utvisning vil likevel innvandringspolitiske hensyn gjøre seg sterkere gjeldende, som nevnt tidligere så kreves det sterkere tilknytning der hvor utlendingen har gjort seg skyldig i lovbrudd. Derfor fremheves i forarbeidene at barnets beste ikke alltid kan gis gjennomslag overfor disse.

Høyesterett har slått fast at den tilknytningen som barn etablerer under ulovlig opphold i landet skal vektlegges, i motsetning til hva som angår voksne utlendinger.<sup>123</sup> Dette er også noen som er med på å gi barnet sterkere vern i utlendingssaken. Som det uttales i Rt. 2011 s. 948: «Det er primært konsekvensene for barna som har vekt ved forholdsmessighetsvurderingen. I forhold til dem har det begrenset betydning at foreldrene ikke hadde grunnlag for å forvente et samlet familieliv her.»<sup>124</sup> Dette må ses i sammenheng med at den tilknytning en voksen opparbeider seg under ulovlig opphold ikke kan tillegges vekt, da vedkomne aldri har hatt noen berettiget forventning om å få bli i landet. I forhold til barn er dette imidlertid ikke et argument som har bærekraft.<sup>125</sup> Barn er en uskyldig part i saken, som selv ikke har valgt situasjonen.

Barnets beste skal vurderes, både når det gjelder spørsmål om familieinnvandring og utvisning av en forelder. Det er legitimt å vektlegge innvandringspolitiske hensyn, og også gi dem gjennomslag. Barnets beste stiller også krav til myndighetenes begrunnelse av vedtak, da det skal være etterprøvbart at det er tillagt vekt, selv om det ikke har fått avgjørende betydning.

---

<sup>122</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 292.

<sup>123</sup> Rt. 2012 s. 1985, avs. 134. Se også G-06/2014 «Varig ordning for lengeværende barn og begrunnelse i vedtak som berører barn».

<sup>124</sup> Avs. 57.

<sup>125</sup> Karl Harald Søvig, «Familierechten og utlendingsretten», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2008 s. 223-225.

### 5.3.2. Barnets beste mot innvandringspolitiske hensyn

Innvandringspolitiske hensyn er motvekten til barnets beste. Her skal det ses nærmere på den avveiningen som må foretas for å avgjøre om barnets beste kan stå seg i konkurransen med de innvandringspolitiske hensynene. Hvilke momenter blir avgjørende i tilfellene hvor barnets beste får gjennomslag?

Selv om det beste for barnet vil være å vokse opp i Norge er ikke dette et argument for å innvilge oppholdstillatelse. Det gis normalt ikke oppholdstillatelse begrunnet med at barnet vil få bedre og flere muligheter i Norge enn i opprinnelseslandet.<sup>126</sup> Dette kan imidlertid være et holdbart argument dersom barnet allerede innehar norsk statsborgerskap, slik som i Høyesteretts avgjørelse av «Maria-saken».<sup>127</sup> Her argumenterte Høyesterett med at det statsborgerskap som datteren i saken allerede innehadde ikke kunne trumfe alle innvandringsregulerende hensyn, med tanke på å innvilge moren opphold. Det var likevel slik at et norsk statsborgerskap innebar visse særlige goder som i denne saken måtte tas med i vurderingen. I denne saken ble en oppvekst i Norge vurdert opp mot en alternativ oppvekst i Kenya. Det ble funnet at barnets beste ville være å vokse opp i Norge, og at datterens rett til familieliv innebar at vedtaket om utvisning og avslaget på søknaden om familiegjenforening derfor måtte anses som ugyldige.

Som nevnt ser det ut til at EMD raskere konstaterer brudd med Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 8 i saker hvor barn er involvert. Dette må kunne begrunnes med at hensynet til barnets beste alltid vil være et betydningsfullt moment i vurderingen av om det foreligger «exceptional circumstances», selv i de tilfeller hvor foreldrene ikke hadde noen berettiget forventning om å få fortsette familielivet i landet. At EMD vurderer barnets beste som et tungtveiende hensyn, som i noen tilfeller kan gå fremfor statens ønske om en restriktiv innvandringspolitikk, kan innebære et sterkere vern, også for familier som er etablert uten lovlig opphold.

EMD kom, som nevnt tidligere, til at en nektelse av en tillatelse medførte en krenkelse av retten til familieliv, i *Jeunesse mot Nederland*. Dette til tross for at det ikke ble ansett som noen umulighet for familien å flytte samlet ut av landet. Her ble hensynet til barna vektlagt og

---

<sup>126</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 159. Se også uttalelsen i Rt. 2015 s. 1388, avs. 81.

<sup>127</sup> Rt. 2015 s. 93.

fikk betydning for utfallet. Domstolen trakk frem at barna hadde nederlandsk statsborgerskap, sterk tilknytning til landet og at det ville bli belastende for dem dersom moren ble utsendt, da hun var deres viktigste omsorgsperson.

Der hvor utlendingen har hatt en betydelig del av omsorgsansvaret for barnet vil dette kunne få betydning for saken, da belastningen på barnet vil bli regnet som større enn om utlendingen spilte en mindre rolle i omsorgen. Argumentet trekkes frem i en rekke dommen, både i *Nunez mot Norge*, *Kaplan m.fl. mot Norge*, *Jeunesse mot Nederland* og i «Maria-saken».<sup>128</sup> I sistnevnte var det av særlig betydning da mor også var eneste omsorgsperson. I *Nunez-saken* var situasjonen den at barna ikke kunne følge med moren ut av landet fordi far hadde overtatt den daglige omsorgen.

Barnets helsesituasjon og helsesituasjonen til gjenværende forelder kan også være momenter som får avgjørende betydning for om barnets beste skal få gjennomslag overfor innvandringsregulerende hensyn. I *Kaplan mot Norge* var det datterens helsetilstand som i så måte ble trukket frem. Mens i Rt. 2005 s. 229 ble gjenværende forelders helsesituasjon trukket frem som et argument mot å utvise utlendingen. Gjenværende forelders helsesituasjon var da av betydning fordi det forelå usikkerheter rundt hvorvidt hun ville kunne ta seg av barna, så også her var det barnets beste som ble avgjørende.

Der hvor barnet anses å være i en tilpasningsdyktig alder, og det ikke foreligger omstendigheter som gjør en flytting umulig, vil det som regel ikke anses som et uforholdsmessig tiltak eller en krenkelse av konvensjonen. Dette fremgår av *Darren Omoregie mot Norge*.<sup>129</sup> Her var det tale om en utlending som ble utvist etter mange år med ulovlig opphold i Norge. Hans ektefelle og datter var norske statsborgere, men dette var ikke i seg selv tilstrekkelig for at han skulle kunne oppnå oppholdstillatelse. Det ble lagt til grunn at datteren var født flere år etter at utlendingen hadde fått endelig avslag på søknaden, og at hun var i en alder som tilsa at hun uten større problemer kunne tilpasse seg et liv i et annet land.

Som sett, så er det flere momenter som tillegges vekt ved vurderingen av hva som anses som barnets beste, disse må identifiseres og veies opp mot samfunnets ønske og behov for en restriktiv innvandringspolitikk.

---

<sup>128</sup> Sak 55597/09, sak 32504/11, sak 12738/10 og Rt. 2015 s. 93

<sup>129</sup> Sak 265/07 avs. 66.

Det er blitt argumentert med at Norges imøtekommenhet overfor utlendingen fører til at Norge blir dømt i EMD.<sup>130</sup> Utlendingsmyndighetene tar hensyn til at barn er involvert i saken, og foretar dermed grundig behandling av saken. Grundighet tar tid, og utlendingen får dermed oppholde seg i landet over lengere tid. På denne tiden kan særlig barn knytte sterke bånd til landet. Dette mener Emberland EMD tillegger for mye vekt i statens disfavør. Da i form av at staten ikke har funnet det trengende nødvendig å sende ut denne utlendingen, og begrunner dette med den lange tiden som er gått.

Et av argumentene for å være forsiktig med å tillegge hensynet til barnets beste for mye vekt er at barnet er i en sårbar situasjon, som lett kan misbrukes. Med dette forstås at det kan foreligge en fare for at utlendingen «skaffer» seg barn nettopp for det formål å oppnå oppholdstillatelse.<sup>131</sup> Dette argumentet kan imidlertid ikke tillegges for mye vekt, barnet er uskyldig i den situasjonen det selv og familien er i, og bør ikke lide selv om det er sannsynlig at foreldrene fikk barn for å oppnå grunnlag for å få bli i Norge.

Videre kan det diskuteres hvorvidt det å ha barn i Norge skal kunne verne en utlending mot utvisning. Det kan hevdes at noen utledninger aktivt motarbeider utlendingsmyndighetene, og trenerer søknads- og klagemulighetene slik at barna skal anses som lengeværende. Og at den lange oppholdstiden fører til at barna har fått den tilknytningen som kreves for at det skal anses som en krenkelse mot barnets menneskerettigheter å forvente at familien flytter ut av Norge.<sup>132</sup>

Som sett av nevnt praksis er belastningen på barna gjennomgående, enten det dreier seg om belastning ved flytting, adskillelse, tap av omsorgsperson eller andre store omveltninger. I saker hvor barn er involvert bør avgjørelsen alltid bero på en helhetsvurdering, hvor barnets beste inngår som et tungtveiende hensyn, som i neste omgang må vektas mot andre motstridende innvandringspolitiske hensyn.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> Magnus Emberland, «Bordet fanger i EMD», *Lov og rett*, nr. 8 2014 s. 443-444.

<sup>131</sup> Bl.a. Kaplan mot Norge sak 32504711, avs. 86.

<sup>132</sup> Utlendingsforskriften § 8-5 og rundskriv G-06/2014.

<sup>133</sup> Mona Martnes, «Bør Høyesterett være prinsipiell eller pragmatisk?», [https://morgenbladet.no/debatt/2015/bor\\_hoyesterett\\_vaere\\_prinsipiell\\_eller\\_pragmatisk](https://morgenbladet.no/debatt/2015/bor_hoyesterett_vaere_prinsipiell_eller_pragmatisk). (sist besøkt 02.05.16).

## 5.4. Oppsummering

Barn har en selvstendig rett til respekt for familielivet, jf. EMK art. 8. Når det i en sak nektes familiejenforening eller en forelder utvises påvirkes denne retten, og medfører et inngrep overfor barnet. Utgangspunktet er at staten selv har myndighet til å avgjøre hvem som får bosette seg i landet, og en ulovlig utlending kan utvises. Det skal imidlertid mindre til for at vedtaket anses som uforholdsmessig når barn også berøres, dette må ses i sammenheng med at barn er sårbare og alltid en uskyldig part. Det skal dermed mer til for at man kommer til at det er rettferdig å utvise denne utlendingen for å oppnå samfunnets ønske. Vurderingen som foretas, og vektingen mellom de motstridende hensyn, går i stor grad på hvilken tilknytning barnet har til landet, hvilken belastning barnet har gjennomgått tidligere og hvilken belastning vedtaket vil påføre barnet. Dette må veies mot samfunnets behov for å nekte utlendingen å opprettholde familielivet i Norge.

## 6. Avsluttende bemerkninger

Som oppgaven viser så er utlendingsretten et komplekst fag med sterke, motstridende hensyn som må veies opp mot hverandre. Retten til respekt for familielivet er likeledes en rett med modifikasjoner, ingen absolutt rett, men likevel en rett som kan få gjennomslag. Et familieliv som er etablert uten lovlig opphold vil i mange tilfeller måtte tåle påkjenningen med en ufrivillig flytting, eller en midlertidig adskillelse. Likevel viser oppgaven at hensynet til utlendingens øvrige familiemedlemmer kan medvirke til at en nektet tillatelse eller en utsendelse anses som uforholdsmessig, og da særlig hvis barn er involvert. Hensynet til samfunnets- og statens interesser vil alltid tale mot å tillate at et ulovlig etablert familieliv skal få fortsette i Norge.

Det er pr. dags dato politisk uenighet om hvor streng innvandringspolitikk som skal føre. Mye tyder på at det vil bli strengere med årene som kommer, da økt pågang fører til strengere regler, nettopp for å hindre den store pågangen.

UDI og UNE kritiseres ofte for å føre en streng linje, som ofte karakteriseres som for lite menneskelig.<sup>134</sup> På kritikken svarer de at de bare utfører det de er pålagt. Dette stemmer nok, men i noen grad vil de som har tid, økonomi og overskudd til å gå til søksmål vinne igjennom med det.<sup>135</sup> Det er likevel klart at de aller fleste sakene ikke havner for domstolen, dermed er det viktig at domstolen er klar i sine uttalelser og fører en praksis som utlendingsmyndigheten kan forholde seg til.

Den positive retten til fortsatt familieliv i Norge er snever. Og det er bare der hvor det foreligger spesielle omstendigheter, og at de innvandringspolitiske hensynene ikke er tilsvarende sterke, at familielivet kan få fortsette i Norge.

---

<sup>134</sup> <http://www.aftenposten.no/meninger/debatt/Som-en-logrende-skjodehund-6401278.html>. (Sist besøkt 02.05.16)

<sup>135</sup> <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/asyl-debatten/jusseksperter-derfor-taper-utlendingsnemnda-i-retten/a/23565134/>. (Sist besøkt 02.05.16), <http://www.une.no/Aktuelt/Kronikker/Uholdbar-UNE-kritikk/>. (Sist besøkt 02.05.16).



## Litteraturliste mv.

### Bøker:

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave (Bergen 2011).

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave (Oslo 2014).

Eckhoff, Torstein, ved Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001).

Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen - Barns rettigheter i Norge*, 2. utgave (Oslo 2012).

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Oslo 2004).

Øyen, Øyvind Dybvik, *Lærebok i utlendingsrett* (Oslo 2013).

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utgave (Oslo 2011).

### Artikler:

Andenæs, Mads, Andreas Motzfeldt og Eirik Bjørge, «Høyesterett og EMD: samspill, subsidiaritet og skjønnsmargin», *Lov og Rett nr. 5*, 2015 s. 262.

Aall, Jørgen, «Statens plikt til å sikre menneskerettighetene», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1990 s. 828-862.

Backer, Inge Lorange, «Den europeiske menneskerettsdomstol - Utviklingen i praksis og forholdet til nasjonal suverenitet», *Nytt norsk tidsskrift*, 2009 s. 278-285.

Einarsen, Terje, «Familieinnvandring, tvangsekteskap og politikk», *Festskrift om Menneskerettigheter til Carl Aage Nørgaard*, 2004 s. 65-81.

Einarsen, Terje, «Internasjonale konvensjoner forplikter - hvilke rettigheter har fremmede barn?», *Jussens Venner*, 1992 s. 9-28.

Higgins, Rosalyn, «Innvandring, familieliv og diskriminering», *Mennesker og Rettigheter, utg.1*, 1986 s. 30-36.

Høgberg, Alf Petter og Høstmælingen, Njål, «Grunnlovsfesting av retten til privatliv?», *Jussens Venner*, 2010 s. 98-146.

Merete Havre Meidell, «Brutte bånd ved utvisning av foreldre - rettferdig for hvem?», *rettferdighet*, Beatrice Halsaa og Anne Hellum (red.), Oslo 2010 s. 169-185.

Rognlien, Knut, «Prinsipper for tolking av EMK», *Advokatredet.no 2005*.  
<https://lovdata.no/pro/#document/JUS/rognlien-k-2005-01?searchResultContext=2982>.

Søvig, Karl Harald, «Hensynet til barna ved utvisning av foreldrene», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål nr.4*, 2011 s. 281-301.

Søvig, Karl Harald, «Familieretten og utlendingsretten», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2008 s. 223-225.

Sørensen, Christian Børge, «Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2004 s. 134-196.

Skoghøy, Jens Edvin A., «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK», *Lov og Rett nr.4*, 2011 s. 189-190.

Skoghøy, Jens Edvin A., «Nasjonal EMK-prøving - svar til Bjørnar Borvik», *Lov og Rett nr.3*, 2012 s. 170-181.

## Kilderegister

### Lov

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven).

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

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

Lov 4. juli 1991 om ekteskap (ekteskapsloven).

### Forskrift

Forskrift nr.1286 15.10.2009 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften).

### Forarbeider

NOU 2004:20 Ny utlendingslov.

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

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

Innst. 186 S (2013-2014)

### Lovforslag

Prop. 90 L (2015-2016) Endringer i utlendingsloven mv. (innstramninger II).

### Konvensjoner

European convention for the protection of human rights and fundamental freedoms (1950), (EMK).

International Covenant on Civil and Political Rights (1966), (SP).

Convention on the Rights of the Child (1990), (BK).

### **Norsk Retstidende (Rt.)**

Rt. 1998 s. 1795

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2005 s. 229

Rt. 2006 s. 1657

Rt. 2009 s. 534

Rt. 2009 s. 1261

Rt. 2011 s. 948

Rt. 2012 s. 1985

Rt. 2013 s. 937

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2015 s. 1388

### **Den europeiske menneskerettsdomstolen**

Antwi med flere mot Norge (2012)

Abdulaziz med flere mot Storbritannia (1985)

Ahmut mot Nederland (1996)

Boultif mot Sveits (2001)

Butt mot Norge (2012)

Christine Goodwin mot Storbritannia (2002)

Darren Omoregie med flere mot Norge (2008)

Gül mot Sveits (1996)

Johnston med flere mot Irland (1986)

Jeunesse mot Nederland (2014)

Kaplan m.fl. mot Norge (2014)

Nunez mot Norge (2011)

Rodrigues Da Silva og Hoogkamer mot Nederland (2006)

Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland (2005)

Üner mot Nederland (2006)

### **Barnekomiteens generelle kommentar**

General Comment No. 14 (2013)

## **Rundskriv**

G-06/2014

GI-2011-14

RS-2010-024

## **Nettadresser**

<https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/arsrapporter/tall-og-fakta-2015/faktaskriv-2015/hvem-fikk-oppholdstillatelse-i-norge/>. (Sist besøkt 02.05.16).

<https://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/Oslo--tingrett/Arsmeldingen-2014/Saksavviklingen-2014/Utlendingssaker/>. (Sist besøkt 02.05.16).

<https://snl.no/utvandring> (sist besøkt 02.05.16).

<https://snl.no/menneskerettigheter> (sist besøkt 02.05.16).

<https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/arsrapporter/tall-og-fakta-2015/faktaskriv-2015/hva-gjorde-udi-i-2015/>. (Sist besøkt 02.05.16).

<http://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/forstegangs-familieinnvandringstillatelser-etter-sokerens-statsborgerskap-og-relasjon-til-personen-i-norge-2015/>. (Sist besøkt 02.05.16).

<http://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/familieinnvandringstillatelser-etter-sokerens-statsborgerskap-og-oppholdsgrunnlaget-til-personen-i-norge-2015/>. (Sist besøkt 02.05.16).

<https://stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=64502> (sist besøkt 02.05.16).

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop.-1-s-tillegg-nr.-1-20152016/id2459718/?q=&ch=2>. (Sist besøkt 02.05.16).

<http://www.une.no/Aktuelt/Debatt/Hva-er-innvandringspolitiske-hensyn/>. (sist besøkt 02.05.16).

<http://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/utvisningsvedtak-etter-statsborgerskap-og-grunnlag-2014/>. (Sist besøkt 02.05.16).

<http://www.fvn.no/nyheter/innenriks/Lang-behandlingstid-i-UDI-felte-Norge-1776850.html>.

(Sist besøkt 02.05.16).

<http://une.no/no/Aktuelt/artikler/Barns-rettigheter-forplikter/> (sist besøkt 02.05.16).

[https://morgenbladet.no/debatt/2015/bor\\_hoyesterett\\_vaere\\_prinsipiell\\_eller\\_pragmatisk](https://morgenbladet.no/debatt/2015/bor_hoyesterett_vaere_prinsipiell_eller_pragmatisk).

(Sist besøkt 02.05.16.)

<http://www.aftenposten.no/meninger/debatt/Som-en-logrende-skjodehund-6401278.html>.

(Sist besøkt 02.05.16)

<http://www.vg.no/nyheter/innenriks/asyl-debatten/jusseksperter-derfor-taper-utlendingsnemnda-i-retten/a/23565134/>.

(Sist besøkt 02.05.16),

<http://www.une.no/Aktuelt/Kronikker/Uholdbar-UNE-kritikk-/>. (Sist besøkt 02.05.16).