



UIT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Forholdsmessighetsvurdering ved utvisning etter utlendingsloven § 70 i saker hvor det foreligger brudd på utlendingsloven.

*En redegjørelse for dagens rettstilstand i lys av Den europeiske
menneskerettighetskonvensjon og Barnekonvensjon.*

Mia Charlotte Samuelsen

Masteroppgave i rettsvitenskap vår 2017



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Presentasjon av temaet	1
1.2	Aktualitet.....	1
1.3	Rettskildebildet.....	2
1.4	Avgrensninger	3
1.5	Videre fremstilling	3
2	Hva menes med utvisning?.....	4
2.1	Begrepet utvisning.....	4
2.2	Hvordan kan utvisning legitimeres?.....	4
2.3	Fakultativ adgang til utvisning.....	5
3	Hvem kan utvises?.....	6
3.1	Utgangspunktet.....	6
3.1.1	Absolutt vern mot utsendelse	7
4	Objektive vilkår for utvisning på grunn av brudd på utlendingsloven.....	9
4.1	Utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a.	10
4.1.1	Grov overtredelse av utlendingsloven.....	10
4.1.2	Gjentatte overtredelser av utlendingsloven	12
4.1.3	Vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger.....	12
4.1.4	Unndratt seg effektivering av vedtak og oversittet utreisefrist	13
5	Forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaker.....	14
5.1	Forholdsmessighetsvurderingens rettslige forankring.....	14
5.1.1	Utl. § 70.....	15
5.1.2	EMK artikkel 8.....	16
5.2	Den konkrete forholdsmessighetsvurderingen	19
5.3	Foreligger det et tvingende samfunnsmessig behov for å utvise utlendingen som følge av forholdets alvor?	20

5.4	Proporsjonalitetsvurdering mellom den samfunnsmessige målsetningen og utvisningen basert på utlendingens tilknytning til riket.	24
5.4.1	Momenter som kan vektlegges i vurderingen av om utvisningen er rettferdig overfor utlendingen	24
5.4.2	Momenter som kan vektlegges i vurderingen om utvisningen er rettferdig overfor utlendingens nærmeste familie.....	29
6	Hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning.....	32
6.1	Rettslig forankring.....	32
6.1.1	Utl. § 70 annet punktum.....	32
6.1.2	Grl. § 104.....	33
6.1.3	EMK artikkel 8.....	33
6.1.4	BK artikkel 3	34
6.1.5	Barnekonvensjonen som rettskilde.....	35
6.2	Vektleggingen av barnets beste i utvisningssaker.....	35
6.3	Eksempler fra rettspraksis	40
7	Avslutning	42
	Referanseliste	44

1 Innledning

1.1 Presentasjon av temaet

Denne masteravhandlingen søker å klargjøre de momentene som kan vektlegges i forholdsmessighetsvurderingen ved utvisnings saker, og skissere skillet for hvilke momenter som taler for og mot en utvisning i forholdsmessighetsvurderingen gjennom eksempler fra rettspraksis. At det skal gjøres en forholdsmessighetsvurdering følger av utlendingsloven § 70.¹ Denne vurderingen skal gjøres før det kan fattes endelig vedtak om utvisning av en utlending, noe som medfører at hver enkelt utvisnings sak vurderes konkret og individuelt.

Oppgaven behandler både forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas for det enkelte individet i lys av nasjonal lovgivning og internasjonale konvensjoner, samt hvordan forholdsmessighetsvurderingen foretas når det er barn involvert.

1.2 Aktualitet

En rapport fra utenriksdepartementet viser at det ble fattet totalt 6412 utvisningsvedtak i 2015, hvorav 3881 av disse var for brudd på utlendingsloven.² Tallet viser at det gjennomsnittlig fattes flere utvisningsvedtak hver dag, hvor forholdsmessighetsvurderingen skal gjennomføres. Det er viktig at ethvert utvisningsvedtak fattes i tråd med rettsreglene da det er et sterkt inngrep i individets rett til privat- og familieliv, og at forholdsmessighetsvurderingen blir nøye gjennomført selv om antallet utvisningsvedtak er høyt. Dett er for å forsikre at den konkrete utlendingen og hans nærmeste familie som vil bli berørt av et utvisningsvedtaket får sin rettsikkerhet ivaretatt på best mulig måte.

Utlendingsretten er et område som er i utvikling, og Norge er ved flere tilfeller dømt ved Den europeiske menneskerettighetsdomstolen for å ha krenket bestemmelser i Den europeiske menneskerettskonvensjonen.³ Dette har medført en del endringer i hvordan momenter vektlegges i vurderingen, og har satt et ekstra lys på de vurderingene som fattes.

¹ Lov om utlendingers adgang til riket og dere opphold her (heretter forkortet utl.), lov 15.mai.2008 nr.3

² <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/utvisningsvedtak-etter-statsborgerskap-og-grunnlag-2015/>

³ Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950 (heretter forkortet EMK).

En klargjøring av dagens rettstilstand vil i lys av utviklingen på området bidra til å sikre individets rettsikkerhet i vurderingen.

1.3 Rettskildebildet

Utvisning av utlendinger følger av utlendingsloven kapittel 8. Kapitlet hjemler både de ulike objektive vilkårene for utvisning, det subjektive vilkåret samt varigheten av et eventuelt innreiseforbud. I tillegg er det enkelte regler om utvisning i utlendingsforskriften, som gir en ytterligere regulering av utvisningssaker.⁴

Da utvisning kan være et sterkt inngrep overfor den som rammes og vedkommendes nærmeste familie, er det viktig at ingen menneskerettigheter krenkes. Utlendingsloven skal anvendes slik at den er i samsvar med de internasjonale reglene Norge er bundet av, som har til formål å styre individets rettigheter, jf. utl. § 3.

I forarbeidene til utlendingsloven fremgår det at de internasjonale rettskildene skal benyttes som er virkemiddel ved tolkning og utfylling av loven. De internasjonale rettskildene kan erstatte lovbestemmelser, eller virke med gjennomslagskraft dersom det skulle være motstrid mellom lovbestemmelser.⁵ Forarbeidene samsvarer med presumsjonsprinsippet i norsk rett. Dette går ut på at norsk rett skal utformes slik at den samsvarer med de internasjonale rettskildene Norge er bundet av.

Enkelte konvensjoner er inkorporert i norsk rett, jf. menneskerettsloven § 2.⁶ For denne avhandlingen er det Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon og Barnekonvensjonen som vil være av betydning, som begge er inkorporert.⁷ Videre skal bestemmelsene i konvensjonene gå foran nasjonal lovgivning ved motstrid, jf. § 3.

Dette betyr at også praksis fra den Europeiske menneskerettighetsdomstolen vil være at relevant betydning for den norske utlendingsretten.

⁴ Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15. oktober 2009 nr. 1286 (heretter forkortet utf.)

⁵ Ot.prp. nr.75 (2006-2007), s. 401

⁶ Lov om styrking av menneskerettighetenes stiling i norsk rett, lov av 21.05.1999 nr. 30 (heretter forkortet mrl.).

⁷ FNs konvensjon for barns rettigheter av 20. november 1989 (Heretter forkortet BK).

1.4 Avgrensninger

De objektive utvisningsgrunnlagene kan være både brudd på utlendingslovens regler, nasjonal eller internasjonal straffelovgivning eller en kombinasjon, jf. utl. §§ 66, 67 og 68.

Avhandlingen begrenser seg imidlertid til å besvare hvilke momenter som tillegges vekt i forholdsmessighetsvurderingen dersom utlendingen har brutt utlendingslovens bestemmelser, nærmere bestemt utl. § 66 første ledd bokstav a. Dette medfører at tilfeller hvor utlendingen har brutt nasjonal eller internasjonal straffelovgivning ikke vil behandles.

Det avgrenses og mot behandling av utlendinger som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen.

1.5 Videre fremstilling

EMK og BKs regler presumeres i utlendingslovens forarbeider å samsvare med forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas etter utl. § 70.⁸ Med bakgrunn i dette finner jeg det hensiktsmessig å redegjøre for de aktuelle rettsreglene hver for seg før jeg samlet ser på forholdsmessighetsvurderingen etter bestemmelsene for å unngå dobbeltbehandling. EMDs vurderinger av forholdsmessighetsvurderingen er imidlertid litt strengere enn vurderingen etter utl. § 70, selv om momentene som vektlegges i stor grad er de samme. Jeg har derfor valgt å fremstille vurderingen etter EMDs metode, både fordi den belyser vurderingen godt og fordi dersom en utvisning ville være uforholdsmessig etter EMDs vurdering vil den i de aller fleste tilfeller og være uforholdsmessig etter utl. § 70.

Det er en rekke elementer om må være på plass før forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaker skal foretas. Jeg vil begynne med å klargjøre hva som ligger i begrepet utvisning samt hvem som kan utvises. Deretter vil jeg redegjøre for det objektive utvisningsgrunnlaget for utvisning på grunn av brudd på utlendingsloven, og hvilke vilkår bestemmelsen oppstiller. Videre presenteres forholdsmessighetsvurderingen, og hvordan momenter som vektlegges illustrert gjennom rettspraksis. Hensynet til barnets beste skal og vektlegges i forholdsmessighetsvurderingen, og vil gjennomgå som neste moment i avhandlingen. De rettslige grunnlagene for hensynet presenteres, før momentene som kan tillegges vekt illustreres gjennom rettspraksis. Avslutningsvis vil jeg forme en konklusjon som svarer på avhandlingens tematikk.

⁸ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 435.

2 Hva menes med utvisning?

2.1 Begrepet utvisning

Det må skilles mellom utvisning og bortvisning etter utl. § 17. Dersom en utlending bortvises fra Norge betyr det at vedkommende må forlate riket eller at personen nektes innreise, men det medfører ikke et fremtidig innreiseforbud. En bortvisning er en midlertidig forvaltningsmessig reaksjon, noe som betyr at utlendingen kan returnere til landet når forholdet som medførte bortvisningsgrunnen er reparert.⁹

Utvisning er motsetningsvis et alvorligere inngrep enn bortvisning, da det medfører at utlendingen får et innreiseforbud til landet samt at han mister sine tillatelser, jf. utl. § 71. Innreiseforbudet kan være tidsavgrenset eller varig, og vil hindre utlendingen muligheten til å lovlig returnere til landet i perioden. I tillegg følger det som en konsekvens av utvisningsvedtaket at vedkommende kan meldes inn i Schengen informasjonssystem, og dermed utvises fra hele Schengenområdet.¹⁰

Utvisning kan oppsummeres slik: *”En administrativ reaksjon, som enten sette alene eller som et tillegg til straff for overtredelser av norsk lovgivning, med den konsekvens at denne ikke får oppholde seg i Norge, med varig eller tidsbegrenset innreiseforbud, med risiko for brutte familieband og relasjoner”*.¹¹

2.2 Hvordan kan utvisning legitimeres?

Legalitetsprinsippet krever at myndighetene må ha hjemmel i lov for å gjøre inngrep mot individet, jf. Grl. § 113.¹² Dette medfører at UDI som forvaltningsorgan må ha hjemmel for å fatte et utvisningsvedtak mot en utlending, noe de har adgang til dersom vilkårene i en av bestemmelsen i utl. §§ 66-68 samt § 70 er oppfylt.

Spørsmålet videre blir dermed hvordan utvisning som sanksjon kan legitimeres og rettfærdiggjøres overfor enkeltindividet. Et av utlendingsloven hovedformål er at den skal gi grunnlag for kontroll av inn- og utreise til riket, i samsvar med den norske

⁹ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 406.

¹⁰ Lov om Schengen informasjonssystem (heretter forkortet SIS-loven), lov av 16.juli.1999 nr. 66.

¹¹ ”Lærebok i utlendingsrett” Øyvind Dybvik Øyen (red). Universitetsforlaget 2013. S. 365, punkt. 1.4.

¹² Kongeriket Norges Gunnlov, lov av 17.mai.1814 (heretter forkortet Grl.)

innvandringspolitikken, jf. utl. § 1 første ledd. Høyesterett har uttalt at: ”overtredelser 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”.¹³

I hovedsak legitimeres utvisning gjennom sin funksjon eller dens antatte preventive effekt for å oppfylle et samfunnsmessig siktemål når det kommer til innvandringsregulering og kontroll.¹⁴ Det samfunnsmessige målet vil her være innvandringskontroll.

Det fremgår av forarbeidene at det ikke vil være mulig for myndighetene å ha en effektiv kontroll over all innreise og de opphold som utlendingene foretar seg i landet. Som en konsekvens av dette bygger systemet i stor grad på tillitt til at utlendingene følger den utlendingslovgivningen vi har i Norge. Videre uttales det at dersom en utlending bryter tillitsforholdet kan det ”undergrave respekten for regelverket og virke urettferdig overfor alle de som er lovlydige, dersom grove eller gjentatte brudd på utlendingsloven ikke kan få konsekvenser”.¹⁵

Sammenholdt viser det seg at utvisning som sanksjon for brudd på utlendingsloven legitimerer seg i de allmennpreventive hensynene og det tillitssystemet som utlendingretten bygger på. Det må imidlertid skilles her mellom grove brudd på utlendingsloven som gir adgang til utvisning, og mildere brudd på loven hvor utvisning ikke vil være en forholdsmessig sanksjon.

2.3 Fakultativ adgang til utvisning

De objektive utvisningsbestemmelsene i utl. § 66-68 åpner med setningen ”En utlending (...) kan utvises”, noe som medfører at utvisningsadgangen er fakultativ. Dette betyr at utlendingsmyndighetene ikke har en plikt til å utvise enhver utlending som oppfyller ett av de objektive utvisningsgrunnlagene, men at de har en adgang til å fatte utvisningsvedtak i slike tilfeller såfremt det ikke vil være et uforholdsmessig inngrep etter utl. § 70.¹⁶

¹³ Rt. 2011 s. 948 avsnitt 35.

¹⁴ ”Lærebok i utlendingsrett”, Øyvind Dybvik Øyen (red.). S. 366.

¹⁵ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 289.

¹⁶ ”Lærebok i utlendingsrett”, Øyvind Dybvik Øyen (red.). S. 370, pkt. 2.1.

En slik fakultativ adgang medfører både fordeler og ulemper. På den ene siden er det en fordel med en fakultativ adgang fordi det på mange måter vil sikre en individuell og konkret saksbehandling. Videre foreligger det ikke en plikt til å utvise, og det er adgang til å utvise skjønn i det konkrete tilfellet. Regelverket vil også som sådan være under utvikling, og man vil kunne ta i betraktning endringer i samfunnsbildet uten lovendring.¹⁷

På den andre siden kan en slik fakultativ adgang være med på å svekke formålet med legalitetsprinsippet. Det skal være en fordel for befolkningen å vite at myndighetene må ha hjemmel i lov for å gripe inn i deres privatliv, og en slik ”kan-adgang” som de fakultative bestemmelsene medfører kan være med på å skape usikkerhet og svekke befolkningens mulighet til forutberegnelighet. Videre kan reglene medføre forskjellsbehandling som en følge av skjønnet, og kan lettere medføre vilkårlige avgjørelser.¹⁸

3 Hvem kan utvises?

3.1 Utgangspunktet

På samme måte som de som er født i Norge, er det ikke alle utlendingene som kommer til landet som er holder seg unna kriminelle handlinger av ulik karakter. Forskjellen fra nordmenn og utlendinger er at sistnevnte også kan risikere utvisning som sanksjon for deres handlinger. Norske statsborgere, samt for utlendinger som er født i riket og som senere uavbrutt har hatt bopel i landet er vernet mot utvisning, jf. utl. § 69. Det er i forarbeidene presisert at det med ”uavbrutt” fast bopel menes at utlendingen må ha hatt fast bopel i Norge helt siden fødselen.¹⁹ Et slik forbud følger også av EMK tilleggsprotokoll nr. 4 artikkel 3.²⁰

Etter dette viser det seg at utvisning kan benyttes som en sanksjon mot utlendinger. Det neste spørsmålet som må belyses er dermed hvem som faller inn under begrepet utlending. Etter utl. § 5 omfatter begrepet utlending ”enhver som ikke er norsk statsborger”.

¹⁷ ”Lærebok i utlendingsrett”, Øyvind Dybvik Øyen (red.). S. 370, pkt. 2.1.

¹⁸ ”Lærebok i utlendingsrett”, Øyvind Dybvik Øyen (red.). S. 370, pkt. 2.1.

¹⁹ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 435.

²⁰ Protokoll nr. 4 til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter, om beskyttelse av visse rettigheter og friheter som ikke allerede er omfattet av konvensjonen og av første tilleggsprotokoll til Konvensjonen, av 16. September 1963.

Det er i all hovedsak to grupper utlendinger som det kan fattes utvisningsvedtak mot. Den første gruppen er utlendinger som handler i strid med utlendingslovens regler, for eksempel at de oppgir falsk identitet eller unndrar seg fra en utreiseplikt. For denne gruppen vil utvisningen fungere som en direkte sanksjon mot de rettighetene vedkommende ønsker å oppnå.

Den andre gruppen utlendingsmyndighetene kan fatte utvisningsvedtak mot er utlendinger som har begått en straffbar handling i Norge eller i utlandet med en viss strafferamme. Utvisningen vil i disse tilfellene ikke fungere som en direkte konsekvens av lovbruddet utlendingen har gjort, men utvisning kan gis i tillegg til den ordinære straffen for forbrytelsen.²¹ Her er det imidlertid viktig å presisere at utvisning er en forvaltningssanksjon og ikke en straffesanksjon, noe som gjør at det ikke kolliderer med forbudet om dobbelstraff i EMK tilleggsprotokoll nr. 7 artikkel 4 dersom utlendingen ilegges begge sanksjonene for samme forhold når reglene tar sikte på å dekke ulike formål.²² Dette standpunktet gjelder også på menneskerettighetenes område, da EMD har fastslått at utvisning ikke klassifiseres som straff etter EMK artikkel 6 nr. 1.²³

3.1.1 Absolutt vern mot utsendelse

Selv om utvisning er en sanksjon som kan benyttes mot utlendinger, kan det imidlertid ikke brukes mot enhver utlending. Etter EMK artikkel 3 er det forbudt å returnere en person til et land hvor det ikke er trygt, og vedkommende risikerer å bli utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. En utlending kan heller ikke returneres til et land dersom det kan krenke hans rett til liv etter EMK artikkel 2.

Rettighetene er og vernet etter nasjonal lovgivning. Etter utl. § 73 annet ledd er en utlending som faller inn under utl. § 28 første ledd bokstav b absolutt vernet mot utsendelse. Utl. § 28 første ledd bokstav b anerkjenner en utlending som flyktning dersom han kan bli utsatt for ”dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ved tilbakevending til hjemlandet”. Denne rettigheten tilkommer ”alle”, noe som betyr at det ikke

²¹ ”Lærebok i utlendingsrett”, Øyvind Dybvik Øyen (red.). S. 361, pkt. 1.3.

²² ”Lærebok i utlendingsrett”, Øyvind Dybvik Øyen (red.). S. 366 pkt. 1.5.

Protokoll nr. 7 til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter av 22. November 1984.

²³ Maaouia v. France, application no. 39652/98 avsnitt 40.

gjøres unntak for verken krigsforbrytere eller terrorister.²⁴ Videre fremgår det av ordlyden at vernet gjelder retur til ”område”, altså er det ikke spesifisert at det bare gjelder et forbud mot retur til utlendingens hjemland.²⁵

Dersom utlendingen bare er vernet etter utl. § 73 kan han gis en midlertidig oppholdstillatelse, jf. utl. § 74 første ledd. En slik oppholdstillatelse vil imidlertid bortfalle når det som hindret utsendelsen opphører, noe som betyr at utlendingen ikke nyter et permanent vern mot utsendelse. Her er det viktig å bemerke seg at det er en ”kan”-regel, noe som betyr at det kan tenkes unntak hvor utlendingen ikke gis midlertidig oppholdstillatelse. Dersom grunnleggende nasjonale interesser taler mot at tillatelse gis kan et slikt unntak tenkes å være aktuelt, selv om hovedregelen er at tillatelse bør gis.²⁶

Foruten om den gruppen utlendinger som har et absolutt vern som nevnt overfor, er det kun de som er født i Norge som er absolutt vernet mot utvisning. Det har vært diskutert om barn, og de som har hatt hele sin oppvekst i landet, bør vernes mot utvisning. Dette har imidlertid ikke blir vedtatt. Det uttales i forarbeidene at samfunnet har et ansvar overfor utlendinger som ankommer Norge i ung alder, og som begår kriminelle handlinger etter de har vokst opp i samfunnet. Videre uttales det at: ”Dersom utlendingen har vokst opp i Norge og har hatt flere års uavbrutt opphold i riket, skal det derfor som den klare hovedregel anses som uforholdsmessig å utvise, i tråd med dagens rettspraksis. På den annen side mener departementet at det ikke bør gjelde noe absolutt vern som gjør det umulig å utvise i helt spesielle situasjoner. Dersom utlendingen har begått svært alvorlige straffbare forhold, eller dersom forholdene gjelder utvisning på grunn av hensynet til grunnleggende nasjonale interesser, skal det således likevel være mulig å utvise”.²⁷

Departementet holder med dette igjen for å gi et slikt vern da et utvisningsvedtak skal være individuelt og at det foreligger utvisningsgrunnlag av ulik grad og karakter. Å gi et slikt vern til barn og de som kommer til landet i ung alder vil dermed avskjære utlendingsmyndighetene mulighet til å benytte utvisning som en sanksjon på ethvert lovbrudd begått av de som ville

²⁴ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 435 til § 73.

²⁵ ”Utlendingsloven kommentarutgave”, Vigdis Vevstad (red), Universitetsforlaget 2010. S. 453, pkt. 7.

²⁶ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 436, til § 74.

²⁷ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 293, til pkt. 15.6.4

blitt omfattet av vernet. Hovedregelen er imidlertid at det er uforholdsmessig å utvise dersom barn eller utlendinger som kom til riket i ung alder.

Verken EMK eller BK gir vern til en bestemt gruppe mennesker. Dette medfører at det barn og utlendinger som kom til landet i ung alder ikke nyter et absolutt vern mot utvisning etter menneskerettighetene, og at det må vurderes som en utvisning i de enkelte tilfellene er forholdsmessig.

Etter dette viser det seg at utvisning er en sanksjon som kan benyttes overfor en større gruppe mennesker som vil ha ulike utgangspunkt i forholdsmessighetsvurderingen da deres tilknytning og utvisningsgrunnlag vil variere fra person til person. Enkelte utvises som en konsekvens av et lovbrudd som ble gjort da de var ung, mens andre igjen kan bli utvist som en følge av noe andre familiemedlemmer har gjort seg skyldig i. Dette illustrerer det vide spekteret av utlendinger det kan fattes utvisningsvedtak mot.

4 Objektive vilkår for utvisning på grunn av brudd på utlendingsloven.

Som tidligere nevnt skal det i et utvisningsvedtak gjøres en balansering av samfunnets og individets interesser. Utlendingslovens regler om utvisning er systematisert slik at lovbruddets art vurderes opp mot utlendingens rettslige tilknytning til Norge. Dette medfører at dersom utlendingen har svak tilknytning til riket, kan det være nok med en mindre overtredelse som grunnlag for utvisningen. På den andre siden vil det kreves mer alvorlige overtredelser dersom det skal være tale om utvisning av en utlending med sterk tilknytning til landet.²⁸

Etter norsk rett er det adgang til å utvise en utlending på bakgrunn av en eller flere overtredelser av utlendingsloven, uten at det er noen straffbelagte sanksjoner knyttet til overtredelsen.²⁹ I lovens forarbeider er det fremhevet at utvisning er en forvaltningssanksjon og ikke straff, samt at det er ”klare prosessøkonomiske fordeler” at utvisningssaker behandles av forvaltningen og ikke domstolene.³⁰

²⁸ ”Lærebok i utlendingsrett”, Øyvind Dybvik Øyen (red.). S. 371, pkt. 2.2.

²⁹ ”Lærebok i utlendingsrett”, Øyvind Dybvik Øyen (red.). S. 373, pkt. 2.3.

³⁰ Ot.prp. nr.75 s. 294, pkt. 15.6.6, andre spalte.

Det er godtatt av EMD at utlendinger kan utvises fra riket kun basert på brudd på utlendingsloven. Dette viser seg blant annet i saken Nunez v. Norway som omhandlet utvisning som følge av brudd på utlendingsloven, hvor domstolen uttaler at administrative sanksjoner i form av utvisning ikke vil stride med EMK artikkel 8.³¹

4.1 Utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a.

Etter utl. § 66 (1) bokstav a kan en utlending uten oppholdstillatelse utvises:

”når utlendingen grovt eller gjentatte ganger har overtrådt en eller flere bestemmelser i loven her, forsettlig eller grovt uaktsom har gitt vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger i en sak etter loven, eller unndrar seg gjennomføringen av et vedtak som innebærer at vedkommende skal forlate riket”.

Primært oppstiller hjemmelen fire alternative handlinger som kan medføre utvisning for brudd på utlendingsloven. For det første omfattes grov overtredelse av utlendingsloven. For det andre kan det føre til utvisning dersom utlendingen har gjentatte overtredelser av loven. Opplysningssvikt er det tredje utvisningsgrunnlaget etter hjemmelen. Til slutt kan manglende etterlevelse medføre utvisning. En rekke av disse kriteriene er av skjønnsmessig karakter, noe som innebærer at vilkårene må tolkes for så å subsumeres med den faktiske situasjonen.³² Kriteriene redegjøres for i det følgende.

4.1.1 Grov overtredelse av utlendingsloven

En utlending kan utvises dersom han grovt har overtrådt en eller flere av bestemmelsene i utlendingsloven. Da overtredelsen må være grov medfører det at ikke enhver overtredelse av utlendingsloven kan medføre utvisning. Etter et rundskriv utarbeidet av UDI for å klargjøre vilkårene og praksis rundt blant annet utl. § 66 fremgår det at dersom overtredelsen skal regnes som grov, må den være av et viss omfang og kan ikke karakteriseres som en bagatellmessig overtredelse.³³ Det bemerkes at rundskrivet ikke er bindende for domstolen.

Når det kommer til vurderingen av om en overtredelse av et forhold som er regulert etter utlendingsloven kan karakteriseres som grovt, har Høyesterett uttalt at forholdet må sees på i

³¹ Nunez v. Norway, application no. 55597/09. Pkt. 71.

³² ”Lærebok i utlendingsrett”, Øyvind Dybvik Øyen (red.). S. 373, pkt. 2.3.

³³ RS 2010-024, pkt. 5.3.

et forvaltningsmessig perspektiv kontra et strafferettslig.³⁴ Denne fremgangsmåten benyttes som et resultat av at loven bygger på tillitt, og det fremgår av forarbeidene at det av allmennpreventive hensyn er nyttig å benytte utvisning som en sanksjon på grove overtredelser av utlendingsloven.³⁵

Videre har Høyesterett fastslått at det ikke er et krav om subjektiv skyld ved overtredelse av utl. § 66 første ledd bokstav a.³⁶ Det konstateres at man ikke kan trekke et krav om subjektiv skyld ut av ordlyden ”grov”, og at det må sees hen til nødvendigheten av at den gitte bestemmelsen blir overholdt for landets utlendingspolitikk.³⁷ Her kan man trekke paralleller til Høyesteretts tidligere uttalelse om at vurderingen av forholdet er grovt må sees i et forvaltningsmessig perspektiv, da utlendingsloven i stor grad bygger på tillitt. Høyesteretts uttalelse medfører at det er nok at utlendingen har begått en objektiv overtredelse av en hjemmel i utlendingsloven, men overtredelsen må kunne klassifiseres som grov nok til at den kan medføre utvisning.

Et av eksemplene som kan medføre grov overtredelse av utlendingsloven er dersom utledningen har oppholdt seg ulovlig i riket. Etter UDIs rundskriv fremgår det at utlendinger typisk omfattes av denne kategorien dersom vedkommende aldri har hatt oppholdstillatelse, dersom oppholdstillatelsen ikke er fornyet eller den er tilbakekalt. Det omfatter og typisk tilfellene hvor vedkommende har fått avslag på sin søknad og velger å ikke forlate riket eller dersom vedkommende ikke har fått godkjenning til utsatt iverksettelse av et gitt vedtak.³⁸ Etter UDIs praksis vurderes sanksjonen utvisning dersom utlendingen har oppholdt seg inntil ett år ulovlig i Norge.³⁹ Videre fremgår det av UDIs rundskriv at ulovlig innreise alltid regnes som en grov overtredelse av utlendingsloven. Her er terskelen for utvisning lav, da det vurderes utvisning med to års innreiseforbud for ulovlig innreise og opphold på mer enn en uke.⁴⁰

³⁴ Rt. 2009 s. 534, avsnitt 49.

³⁵ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 289.

³⁶ Rt. 2012 s. 1943 avsnitt 49.

³⁷ Rt. 2012 s. 1943 avsnitt 42.

³⁸ RS 2010-024, pkt. 5.3.1.

³⁹ RS 2010-024, pkt. 5.3.1.2.

⁴⁰ RS 2010-024, pkt. 5.3.1.1.

Et annet eksempel som kan medføre grov overtredelse av utlendingsloven er dersom utlendingen har arbeidet ulovlig, og da særlig dersom det er kombinert med et ulovlig opphold. I de sistnevnte tilfellene vurderes det etter UDIs praksis utvisning med to års innreiseforbud når forholdene har hatt varighet mellom en uke og tre måneder.⁴¹ Dersom utlendingen har lovlig opphold i landet men jobber ulovlig i inntil ett år, kan det medføre en utvisning med to års innreiseforbud.⁴²

4.1.2 Gjentatte overtredelser av utlendingsloven

Et annet alternativt vilkår for utvisning er dersom utlendingen gjentatt har overtrådt en eller flere bestemmelser i utlendingsloven. Det stilles ikke krav om at de konkrete handlingene kan karakteriseres som grove, men at de kumulert sett vil bli ansett som grove. Videre er det ikke et vilkår at det er samme forhold som gjentas, og alternativet omfatter overtredelser som er tidsmessig avskilt samt flere ulike forhold på samme tid.⁴³

Overtredelsene må imidlertid ha skjedd innenfor et visst tidsrom for at det kan være tale om gjentakelse. Her er utgangspunktet etter UDIs praksis at den siste overtredelsen må være gjennomført innen to år fra den forrige overtredelsen. Det kan likevel gjøres unntak fra to-års fristen dersom det er klar sammenheng mellom overtredelsene.⁴⁴

Etter praksis fra UDI vil to forhold som kategoriseres som mindre alvorlig ikke medføre utvisning, men bortvisning fra riket. Dersom det foreligger flere forhold som medfører bortvisning, vil det vurderes utvisning med to års innreiseforbud.⁴⁵ Dette viser at det foretas en vurdering av forholdets grovhet, og at mindre forhold samlet sett kan medføre utvisning på bakgrunn av gjentakelse.

4.1.3 Vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger.

Det tredje alternative utvisningsgrunnlaget for brudd på utlendingsloven er dersom utlendingen ”forsettlig eller grovt uaktsomt har gitt vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger i en sak etter loven”, jf. utl. § 66 (1) bokstav a. De opplysningene

⁴¹ RS 2010-024, pkt. 5.3.2.1.

⁴² RS 2010-024, pkt. 5.3.2.2.

⁴³ ”Lærebok i utlendingsrett”, Øyvind Dybvik Øyen (red.). S. 374, pkt. 2.3.

⁴⁴ RS 2010-024, pkt. 5.6.

⁴⁵ RS 2010-024, pkt. 5.6.

som omfattes her er typisk uriktig informasjon om identitet, familierelasjoner, arbeid, straffbare forhold i hjemlandet og lignende.⁴⁶

Sett i lys av utlendingsmyndighetenes behov for korrekte opplysninger i et system som er basert på tillitt, vil tilbakeholdelse av vesentlige opplysninger som er av vesentlig betydning også omfattes av bestemmelsen etter UDIs praksis.⁴⁷

Opplysningene som gis må være gitt forsettlig eller grovt uaktsomt, og de må være av vesentlig betydning. I vurderingen av om de ukorrekte opplysningene karakteriseres som grove overtredelser må det etter UDIs praksis sees hen til ”utlendingens aktivitet og handlinger for å understøtte de uriktige opplysningene”.⁴⁸ Hvor grov overtredelsen er vil dermed avgjøres etter utlendingens subjektive handlinger. Videre er det et naturlig krav at det er årsakssammenheng mellom de opplysningene utlendingen oppgir, og det det godet som ønskes oppnådd med de ukorrekte opplysningene.⁴⁹ Samarbeider utlendingen med myndighetene for å korrigere de ukorrekte opplysningene, er hovedregelen etter UDIs retningslinjer at det vurderes en begrensning i innreiseforbudet.⁵⁰

4.1.4 Unndratt seg effektivering av vedtak og oversittet utreisefrist

Det fjerde utvisningsalternativet i utl. § 66 første ledd bokstav a er dersom utlendingen ”unndrar seg gjennomføringen av et vedtak som innebærer at vedkommende skal forlate riket”. I dette ligger det at utlendingen har unndratt seg effektivering av et bortvisnings- eller utvisningsvedtak som inneholder et påbud om å forlate riket, og dermed oversittet den oppgitte utreisefristen ved å ikke opprettholde påbudet. Det kan ikke kreves at utlendingen aktivt har skjult seg fra myndighetene for å unngå å følge påbudet i vedtaket.⁵¹

Det fremgår av UDIs rundskriv at det er utlendingen selv som har bevisbyrden og må sannsynliggjøre at vedkommende har forlatt Norge. Dersom utlendingen ikke kan

⁴⁶ ”Lærebok i utlendingsrett”, Øyvind Dybvik Øyen (red.). S. 375, pkt. 2.3.

⁴⁷ RS 2010-024, pkt. 5.4.1.

⁴⁸ RS 2010-024, pkt. 5.4.1.

⁴⁹ RS 2010-024, pkt. 5.4.1.

⁵⁰ RS 2010-024, pkt. 5.4.3.4.

⁵¹ RS 2010-024, pkt. 5.5.

sannsynliggjøre utreise, vil myndighetene legge til grunn av personen hele tiden har oppholdt seg i riket og dermed unndratt seg effektivering.⁵²

Det må skilles mellom tilfellene av oversittet utreisefrist som omfattes av utl. § 66 første ledd bokstav a, og tilfellene som faller inn under utl. § 66 annet ledd bokstav a. I utgangspunktet er det utl. § 66 annet ledd bokstav a som skal anvendes som utvisningshjemmel dersom utlendingen oversitter utreisefristen, men enkelte tilfeller omfattes av utl. § 66 første ledd bokstav a.⁵³

Et eksempel som vil omfattes av utl. § 66 første ledd bokstav a er dersom utlendingen mottok et vedtak med plikt til å forlate riket før 24.12.2010, da bestemmelsen annet ledd ikke trådte i kraft før den nevnte dato.⁵⁴ Et annet eksempel er dersom det ikke er gitt en utreisefrist til utlendingen med bakgrunn i utl. § 90 sjette ledd bokstav d-f, og vedkommende unndrar seg effektivering av et vedtak med plikt til å forlate riket.⁵⁵

Når det kommer til tidsaspektet, vurderes det etter UDIs retningslinjer utvisning med ett års innreiseforbud dersom utledningen har oversittet utreisefristen med inntil en måned.⁵⁶ Som hovedregel regner man den perioden utlendingen har overskredet oppholdet fra den fastsatte utreisefristen, og ikke fra det tidspunktet vedtaket ble fattet.⁵⁷

5 Forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaker

5.1 Forholdsmessighetsvurderingens rettslige forankring.

Forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaker er hjemlet i utl. § 70. At en slik vurdering skal forekomme etter EMK ligger i vilkåret at inngrepet må være ”necessary in a democratic society”, jf. artikkel 8 nr. 2. Som tidligere nevnt skal norsk rett presumeres å samsvare med de internasjonale forpliktelser Norge er bundet av. Metodisk sett finner jeg det derfor naturlig å

⁵² RS 2010-024, pkt. 5.5.

⁵³ RS 2010-024, pkt. 5.5.

⁵⁴ Lov om endringer i utlendingsloven (gjennomføring av returdirektivet), av 17.desember.2010 nr. 88. Ikrafttredelse 24.10.2010 iflg. res. 17.desember.2010 nr. 1612.

⁵⁵ RS 2010-024, pkt. 5.5.2.

⁵⁶ RS 2010-024, pkt. 5.5.3.

⁵⁷ RS 2010-024, pkt. 5.5.3.

redegjøre for den rettslige forankringen til forholdsmessighetsvurderingen først, for så å behandle momentene samlet etter EMDs systematiske fremgangsmåte.

5.1.1 Utl. § 70.

Forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas etter utlendingsloven er hjemlet i § 70, som fastslår at: ”En utlending kan ikke utvises dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn”.

Det er nytt av utlendingsloven av 2008 at forholdsmessighetsvurderingen er samlet i en hjemmel. Det er imidlertid ikke nytt av loven at det skal gjøres en forholdsmessighetsvurdering da kravet tidligere var tatt inn i utl. 1988 §§ 29 annet ledd og 30 siste ledd.⁵⁸

Etter denne bestemmelsen skal det vurderes om et utvisningsvedtak vil være uforholdsmessig overfor utlendingen selv eller hans nærmeste familie, hvor vurderingen baserer seg på forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket opp mot samfunnets interesse for å utvise i den konkrete saken. Etter dette er det ikke adgang til å fatte et utvisningsvedtak bare på grunnlag av brudd på utlendingslovens bestemmelser, det må og vurderes om det er forholdsmessig å benytte utvisning som sanksjon i det konkrete tilfellet.

Forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70 medfører en interessekonflikt mellom staten og individet. På den ene siden av vektskålen er samfunnets behov for beskyttelse og regulering av innvandringspolitikken, og på den andre siden står individet med behov for beskyttelse av sine rettigheter.⁵⁹

Som tidligere nevnt er et utvisningsvedtak svært inngripende for alle de berørte parter, og det er nettopp dette inngrepet som vurderes opp mot statens behov for beskyttelse.

Forholdsmessighetsvurderingen fungerer derfor som en sikkerhetsventil for at man har vektlagt individets interesser tilstrekkelig opp mot statens interesser.

⁵⁸ Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 24. Juni 1988 nr. 64 – opphevet.

⁵⁹ ”Lærebok i utlendingsrett”, Øyvind Dybvik Øyen (red.). S. 360, pkt. 1.2.

Det har tidligere vært usikkerhet rundt spørsmålet om domstolen kan overprøve utlendingsnemndas vedtak fullt ut, eller om avgjørelsen lå under forvaltningens frie skjønn. I Rt. 2000 s. 591 er det imidlertid slått fast at domstolen har full overprøvningskompetanse når det kommer til forvaltningens utvisningsvedtak.

Det har og vært usikkerhet rundt spørsmålet om utvisningssaken avgjøres etter faktum som foreligger når saken tas opp til doms, eller om domstolen prøver faktum på vedtakstidspunktet. Dette har Høyesterett avgjort i en plenumsdom, hvor de under dissens kom frem til at det ikke er adgang til å legge vekt på etterfølgende rettfakta i gyldighetssøksmål og at domstolkontrollen dermed knytter seg til faktum som forelå på vedtakstidspunktet med mindre en naturlig tolkning av loven tilsier det motsatte.⁶⁰

5.1.2 EMK artikkel 8.

EMK artikkel 8 nr. 1 oppstiller følgende vern: ”Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence”. Dette vernet gjelder for enhver borger, og medfører at staten skal respektere privatlivet, familielivet, hjemmet og korrespondanse.

Begrepet ”respektere” innebærer dels at staten plikter å unnlate å krenke de beskyttede rettighetene, dels at staten plikter å oppfylle saksbehandlingskravene og dels at staten plikter å iverksette konkrete beskyttelsesvedtak av rettighetene etter artikkel 8 nr. 1.⁶¹ Staten har etter dette både positive og negative forpliktelser overfor individene når det kommer til å respektere rettighetene som er vernet i artikkel 8 nr. 1.

Et utvisningsvedtak vil i utgangspunktet gripe inn i individets rett til privatliv eller familieliv på grunn av inngrepets styrke, og vil være et ulovlig inngrep etter EMK artikkel 8 nr. 1. Når det kommer til utvisningssaker er har EMD vært mer restriktive med hvem som omfattes av familielivet etter EMK artikkel 8 nr. 1, og har som utgangspunkt begrenset vernet til å gjelde

⁶⁰ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 79.

⁶¹ ”EMK, kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter”, Tor Ehlers Bertelsen. Gyldendal – 1. Utg. 1 opplag 2011. s. 238, under pkt. 1.

kjernefamilien. Det finnes imidlertid enkelte unntak, for eksempel kan et familieliv mellom foreldre og en ung voksen godtas så lenge den unge voksne ikke har barn selv.⁶²

Dersom utlendingen ikke har familiemedlemmer i landet, og heller ikke har stiftet egen familie, anføres det i all hovedsak at en utvisning vil være et inngrep i privatlivet. Fordi familieliv tolkes restriktivt, er det nødvendig at tilknytning til samfunnet tolkes inn i privatlivet.⁶³

Spørsmålet blir dermed om utvisningen omfattes av statens unntaksadgang til å gripe inn i rettighetene etter EMK artikkel 8 nr. 2. For at staten skal ha mulighet til å benytte denne adgangen må inngrepet være ”in accordance with the law” og tiltaket må fremme ett av formålene angitt i artikkelen. Videre må inngrepet anses som ”necessary in a democratic society”.

Etter artikkelens ordlyd må tiltaket som gjennomføres fremme et av de følgende formålene; ”in the interests of national security, public safety og the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”, jf. EMK artikkel 8 nr. 2.

Staten må med andre ord ha et formål med gjennomføringen av tiltaket som kan begrunnes i enten statens eller borgernes behov for beskyttelse. Det formålet som hevdes som grunnlaget for tiltaket, kan være med på fungere som en saklig ramme for de argumentene staten kan føre til støtte for gjennomføringen av det konkrete tiltaket.⁶⁴

Dette kan illustreres gjennom dommen C.G and others v. Bulgaria.⁶⁵ Klageren ble utvist som følge av narkotikaomsetning, og staten anførte at formålet med utvisningen var å beskytte nasjonale sikkerhetsinteresser. Fordi staten her hevdet formålet med utvisningen var å

⁶² ”Harris, O’Boyle & Warbrick – Law of the European Convention on Human Rights”, Harris m.fl. Oxford university press, tredje utgave, 2014. S. 575, pkt. XII.

⁶³ ⁶³ ”Harris, O’Boyle & Warbrick – Law of the European Convention on Human Rights”, Harris m.fl. S. 575, pkt. XII.

⁶⁴ ”EMK, kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter”, Tor Ehlers Bertelsen. S. 267, under pkt. 8.1.

⁶⁵ C.G and others v. Bulgaria, Application no. 1365/07

beskytte nasjonale sikkerhetsinteresser, kunne de ikke argumentere for at utvisningen skulle operere som et virkemiddel i alminnelig kriminalitetsbekjempelse.⁶⁶

5.1.2.1 "In accordance with the law"

Videre må inngrepet være "in accordance with the law", som betyr at staten må ha hjemmel i lov for sitt inngrep. Lovkravet etter EMK er mildere enn lovkravet etter norsk rett. I norsk rett er det kun formell lov som aksepteres etter lovkravet, mens det etter EMK aksepteres både formell og uformell lov. Dette medfører at EMD aksepterer praksis fra sedvane og hjemmel etablert gjennom rettspraksis.⁶⁷

Selv om EMD ikke stiller strenge krav til hjemmelens opprinnelse, stilles det imidlertid krav til at hjemmelen er tilgjengelig og forutsigbar.⁶⁸ Kravet om tilgjengelighet medfører at borgeren skal ha mulighet til å oppsøke hjemmelen, og dermed kan sette seg inn i rettstilstanden på det konkrete rettsområdet. At hjemmelen skal være forutsigbar innebærer at borgerne skal ha mulighet til å forutse de konsekvenser brudd på hjemmelen kan medføre.⁶⁹

5.1.2.2 "Necessary in a democratic society"

Det neste vilkåret er at tiltaket må være "necessary in a democratic society". Det stilles med andre ord et nødvendighetskrav til tiltaket. I vurderingen av om inngrepet er nødvendig, er det grunnleggende om det foreligger "tungtveiende samfunnsinteresser" som taler for at inngrepet kan gjennomføres i den konkrete sak.⁷⁰ Hensynene bak inngrepet må avveies opp mot ulempene inngrepet medfører for borgeren, og det vil være avgjørende for at inngrepet kan anses som nødvendig at det er et "rimelig forhold" mellom argumentene.⁷¹ Forholdene skal med andre ord være proporsjonale.

⁶⁶ C.G and others v. Bulgaria, Application no. 1365/07, avsnitt 44.

⁶⁷ Sunday Times v. United Kingdom, application no. 6538/74, pkt. 47.

⁶⁸ "EMK, kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter", Tor Ehlers Bertelsen. S. 267, under pkt. 8.2.1.

⁶⁹ "EMK, kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter" – Tor Ehlers Bertelsen. S. 268, under pkt. 8.2.1

⁷⁰ "EMK – kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter", Tor Ehlers Bertelsen. S. 275, pkt. 8.3.1.

⁷¹ Buck v. Germany, application no. 41604/98. Pkt. 44.

I proporsjonalitetsvurderingen er det staten som har begrunnelsesbyrden for at det foreligger tungtveiende samfunnsinteresser som taler for inngrepet, og dersom det er nødvendig kan EMD se på de konkrete belastningene inngrepet vil ha for borgeren. Dette medfører at et inngrep som er svært belastende for borgeren vil være ulovlig dersom staten ikke kan fremlegge tungtveiende hensyn bak inngrepet.⁷²

Proporsjonalitetsvurderingen som skal foretas i vurderingen om staten hadde adgang til å vedta utvisningsvedtaket, er konvensjonens svar på utl. § 70.

5.2 Den konkrete forholdsmessighetsvurderingen

Dersom EMD skal vurdere om et utvisningsvedtak er forholdsmessig, vil det først se på om utvisningen har hjemmel i lov. Deretter vil Domstolen se på om utvisningen følger en legitim samfunnsmessig målsetning, før den avslutningsvis ser på om utvisningen er nødvendig. På denne måten avgjør Domstolen om utvisningen er proporsjonal overfor individet etter EMK artikkel 8. Denne systematikken er god for å vurdere om statens inngrep overfor individet.⁷³

EMK artikkel 8 nr. 2 oppstiller ingen kriterier for hvordan balanseringen mellom staten og individet skal foregå i utvisningssaker. EMD har imidlertid utviklet en rekke kriterier som kan vektlegges i vurderingen i saken *Boultif v. Switzerland*.⁷⁴ Kriteriene som kan vektlegges er alvorligheten av det straffbare forholdet, hvor lenge utlendingen har bodd i landet han utvises fra, hvor lang tid det er gått siden det kriminelle forholdet ble begått og utlendingens oppførsel i ettertid, nasjonaliteten til de involverte, utlendingens familiesituasjon som lengden på ekteskapet og andre faktorer som gir uttrykk for realiteten i familielivet, om ektefellen hadde kjennskap til utvisningen når ekteskapet ble inngått, om det er barn involvert og eventuelt deres alder og til slutt om det vil foreligge noen vanskeligheter for ektefellen å følge med den utviste til hans opprinnelsesland.⁷⁵ I saken *Üner v. the Netherlands* tilføyde EMD to

⁷² "EMK – kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter", Tor Ehlers Bertelsen. S. 276, pkt. 8.3.1.

⁷³ "Lærebok i utlendingsrett" Øystein Dybvik Øyen (red). S. 368, under pkt. 1.6.

⁷⁴ *Boultif v. Switzerland*, application no. 54273/00, avsagt 2. August 2001.

⁷⁵ *Boultif v. Switzerland*, application no. 54273/00, avsagt 2. August 2001. Avsnitt 48.

momenter som også kan vurderes, og det er hensynet til barnets beste og tilknytning til landet utlendingen utvises og tilknytning til landet han utvises til.⁷⁶

EMD presiserte i Boultif-dommen at dersom utvisning skulle gjøres etter EMK artikkel 8 nr. 2., må utvisningen være: "(...) justified by a pressing social need and, in particular, proportionate to the legitimate aim pursued".⁷⁷

Etter dette viser EMD at det i vurderingen skal vektlegges momenter tilknyttet det forhold som ligger bak utvisningsvedtaket, forhold tilknyttet til utlendingen selv og momenter på personer som er nært tilknyttet utlendingen. Videre spesifiserer domstolen at hensynet til barnets beste må vektlegges, samt utlendingens tilknytning til landet han utvises fra og sitt hjemland. Fordi et utvisningsvedtak skal være individuelt, er det ikke alle kriteriene som vil være relevante i enhver sak. Hvordan de ulike momentene vektlegges kan og variere etter faktum i den enkelte sak.⁷⁸

Etter dette kreves det et tvingende samfunnsmessig behov for å utvise utlendingen, som kan sammenlignes med at forholdets alvor skal vektlegges i forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70. Det neste kravet er at den konkrete utvisningen må være proporsjonal sett opp mot den samfunnsmessige målsetningen som søkes oppnådd. Dette kravet svarer til vurderingen av utlendingens tilknytning etter utl. § 70. Vurderingene som foretas etter utl. § 70 er imidlertid snevrere enn de vurderingene EMD krever.⁷⁹

5.3 Foreligger det et tvingende samfunnsmessig behov for å utvise utlendingen som følge av forholdets alvor?

Et av vilkårene i forholdsmessighetsvurderingen som skal vurderes er "forholdets alvor", jf. utl. §70. Det følger Boultif-kriteriene at dette er et moment EMD vektlegger i vurderingen. Dette er en faktor i vurderingen om det foreligger et tvingende samfunnsmessig behov for å utvise utlendingen i den konkrete saken, da grovheten av det lovbruddet som er begått vil

⁷⁶ Üner v. the Netherlands application no. 46410/99 18.10.06 avsnitt 58

⁷⁷ Boultif v. Switzerland, application no. 54273/00, avsagt 2. August 2001. Avsnitt 46.

⁷⁸ ⁷⁸ "Harris, O'Boyle & Warbrick – Law of the European Convention on Human Rights". S. 577, pkt. XII.

⁷⁹ "Lærebok i utlendingsrett", Øyvind Dybvik Øyen (red.). s. 378.

være en indikator på skaden som er påført samfunnet.⁸⁰ Med forhold menes det her det eller de bruddene på utlendingsloven utlendingen har begått etter utl. § 66 første ledd bokstav a. Vurderingen av forholdets alvor vil da knytte seg til forholdets art og omfang.

I forarbeidene er det fremhevet enkelte forhold som anses å være spesielt alvorlig og grove i tilknytning til forholdets alvor dersom det objektive utvisningsgrunnlaget er brudd på straffelovens bestemmelser. Forholdene som oppgis er: ”gjentatt kriminalitet, alvorlig narkotikakriminalitet, grov ranskriminalitet, organisert kriminalitet, menneskehandel, overgrep mot mindreårige og terrorvirksomhet”.⁸¹ Vurderingen gjøres da ut fra straffebudets strafferamme, samt den konkret idømte straff eller særreaksjon.⁸²

Når det kommer til forholdets alvor ved brudd på utlendingsloven knyttes det i forarbeidene opp mot det tillitsforholdet utlendingsloven baserer seg på. Dette tillitsforholdet mellom utlendingen og staten er en konsekvens av at myndighetene ikke har mulighet til å føre en effektiv innreise- og oppholdskontroll for alle utlendingene i Norge. Systemet avhenger dermed av at utlendinger oppgir korrekt informasjon og søker om de tillatelsene de måtte trenge, og på denne måten medvirker til at utlendingsmyndigheten lettere kan gjøre vurderingen om innreise og opphold er lovlig.⁸³

Videre fremgår det av forarbeidene at enkelte forhold kan bryte med dette tillitsforholdet. Det fremheves at ”ulovlig innreise, opphold/arbeid uten nødvendig tillatelse eller det å gi uriktige opplysninger bryter med dette tillitsforholdet og vanskeliggjør myndighetenes håndhevelse av norsk innvandringspolitikk. Det kan undergrave respekten for regelverket og virke urettferdig overfor alle de som er lovlidige, dersom grove eller gjentatte brudd på utlendingsloven ikke kan få konsekvenser”.⁸⁴

Etter lovens formålsbestemmelse hjemler loven reguleringen og kontroll med utlendingenes opphold i riket, samt inn- og utreise, jf. utl. § 1 første ledd. Forholdene nevnt overfor sett i lys av utlendingslovens formål og det tillitsbaserte systemet taler for at forholdene er alvorlige brudd på utlendingsloven.

⁸⁰ ”Lærebok i utlendingsrett”, Øyvind Dybvik Øyen (red). S. 380, pkt. 4.1.

⁸¹ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 291 annen spalte.

⁸² Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 291.

⁸³ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 291.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 291.

Spørsmålet om forholdets alvor ved brudd på utlendingsloven er behandlet i flere tilfeller for Høyesterett, hvor det fremgår en rekke momenter som kan være med i vurderingen av forholdets alvor. I Rt. 2009 s. 534 vurderer Høyesterett forholdsmessigheten av et utvisningsvedtak fattet mot en kvinne som gjentatt og grovt har brutt utlendingsloven. Kvinnen brøt innreiseforbudet til Norge, oppga uriktig og villedende opplysninger om egen identitet, tidligere opphold samt spørsmålet om hun tidligere var straffet. Videre har hun oppholdt seg ulovlig i landet og arbeidet ulovlig.

Av dommen fremgår det at vurderingen av forholdets alvor i forholdsmessighetsvurderingen ved brudd på utlendingsloven ikke kan gjøres ut fra en strafferettslig vurdering, men snarere et forvaltningsmessig perspektiv.⁸⁵ I dommen viser Høyesterett til forarbeidene som støtte for standpunktet før det avslutningsvis konkluderes med at de kvinnens brudd på utlendingsloven bryter med de kontrollhensynene loven skal ivareta og dermed kan karakteriseres som alvorlige.⁸⁶

Et annet eksempel fra rettspraksis er Rt. 2011 s. 948. Saken omhandlet spørsmålet om et utvisningsvedtak for brudd på utlendingsloven var forholdsmessig. En kvinne hadde fått pålegg om å forlate riket, men oppholdt seg likevel ti måneder i landet. Kvinnen avventet syv uker med å søke asyl etter hun kom til landet uten visum, og hun arbeidet ulovlig i ett år etter hun hadde fått avslag på asyl. I dommen vurderer Høyesterett om det kan legges vekt på utlendingens subjektive forhold, altså om utlendingen kan bebreides for sine handlinger eller om de er unnskyldelige begrunnet i god tro.⁸⁷

Høyesterett fremhever i denne forbindelse at en utlending har et selvstendig ansvar for å erverve kunnskap om det gjeldende regelverket dersom vedkommende søker oppholdstillatelse. Med en henvisning til lovens forarbeider slår Høyesterett fast at det vil være adgang til å vektlegge utlendingens subjektive forhold i forholdsmessighetsvurderingen.⁸⁸ Det bemerkes imidlertid at henvisningen til forarbeidene er til gjeldende rett etter utlendingsloven av 1988 §§ 29 annet ledd og 30 tredje ledd, men da utl.

⁸⁵ Rt. 2009 s. 534 avsnitt 49.

⁸⁶ Rt. 2009 s. 534 avsnitt 51.

⁸⁷ Rt. 2011 s. 948 avsnitt 44.

⁸⁸ Rt. 2011 s. 948 avsnitt 46.

2008 § 70 er en videreføring av bestemmelsene kan det legges til grunn at momentet og er relevant etter den nye utlendingsloven.⁸⁹

Et annet moment som fremheves i dommen er at det må være adgang til å vurdere om de konkrete regelbruddene kan påvirke utlendingsmyndighetenes mulighet til å utfylle sin funksjon på en effektiv måte. Videre må det også legges vekt på om det konkrete forholdet har medført at utlendingsmyndighetens arbeid er blitt vanskeliggjort.⁹⁰

Dette medfører at de ulike bruddene på utlendingsloven kan graderes ulikt, noe som igjen kan slå ut på forholdsmessighetsvurderingen. Forhold som påvirker utlendingsmyndighetens arbeid og som er i kjernen av kontrollhensynene vil veie tyngre enn et forhold som er unnskyldelig og som ikke forhindrer utlendingsmyndighetene. Høyesterett uttaler videre at de forholdene som utfordrer lovens kontrollhensyn er uriktig identitet, uriktige opplysninger og dersom utlendingen benytter falske dokumenter.⁹¹

Et annet moment som vektlegges er om det er fare for at utlendingen vil gjenta det kriminelle forholdet. Dette ble blant annet vektlagt av EMD i dommen *Boultif v. Switzerland*.⁹² Selv om utlendingen hadde begått et alvorlig kriminelt forhold, ble det lagt vekt på hans upåklagelige oppførsel både under og etter soning. EMD anså ikke lengre utlendingen for å være en fare for samfunnet, noe som medførte at det samfunnsmessige behovet for å utvise utlendingen ble mindre.⁹³

Etter dette er det en rekke momenter som kan vektlegges i vurderingen av forholdets alvor i forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70, og som kan vektlegges i vurderingen av om det foreligger et tvingende samfunnsmessig behov for å foreta den konkrete utvisningen.

⁸⁹ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 281.

⁹⁰ Rt. 2011 s. 948 avsnitt 47.

⁹¹ Rt. 2011 s. 948 avsnitt 48.

⁹² *Boultif v. Switzerland*, application no. 54273/00, avsagt 2. August 2001.

⁹³ *Boultif v. Switzerland*, application no. 54273/00, avsagt 2. August 2001. Avsnitt 51.

5.4 Proporsjonalitetsvurdering mellom den samfunnsmessige målsetningen og utvisningen basert på utlendingens tilknytning til riket.

Før EMD går inn å vurderer den konkrete forholdsmessighetsvurderingen ser de på om det er behov for å benytte middelet i den konkrete saken, altså om det finnes mindre inngripende midler som kan oppfylle den samfunnsmessige målsetningen. Videre vurderer EMD om midlet er egent til å oppfylle den samfunnsmessige målsetningen.⁹⁴ Jeg går ikke nærmere inn på disse vurderingene, annet enn å nevne at det må konstateres at de foreligger før vurderingen av om utvisningen er rettferdig overfor utlendingen eller hans nærmeste familie.

Etter utl. § 70 skal ”utlendingens tilknytning til riket” være et moment i vurderingen om et utvisningsvedtak kan være uforholdsmessig for utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmer. I denne vurderingen vil samfunnets behov for utvisning stå seg på den ene siden og skal vurderes opp mot individets tilknytning til Norge. Det vil imidlertid være mer korrekt å betegne vurderingstemaet på individsiden til inngrepets styrke, da tilknytningsmomentet er ett av flere momenter som kan vektlegges i forhold til individet.

Spørsmålet som må stilles i denne vurderingen er hvor mye er det rettferdig at utlendingen og eventuelt hans nærmeste familie må ofre til gode for samfunnets målsetning. For at en utvisning skal være proporsjonal og forholdsmessig må det være interesseovervekt på samfunnets side, om ikke vil en utvisning være uforholdsmessig overfor individet.

Det vurderes først hvor mye det er rettferdig at utlendingen må tåle før en utvisning kan anses uforholdsmessig, før det gjøres samme vurdering for utlendingens nære familie.

5.4.1 Momenter som kan vektlegges i vurderingen av om utvisningen er rettferdig overfor utlendingen

Når utlendingsmyndighetene vurderer om utlendingen har brutt en av de objektive utvisningsgrunnlagene i utl. §§ 66, 67 eller 68 legger de vekt på utlendingens juridiske tilknytning til riket. I forholdsmessighetsvurderingen er det imidlertid den faktiske tilknytningen utlendingen har til riket som et vurderingstemaet. Dette medfører at man kan se hen til den sosiale og kulturelle tilknytningen, herunder tilknytning gjennom språk,

⁹⁴ ”Lærebok i utlendingsrett” Øyvind Dybvik Øye (red). S. 382.

familietilknytning, arbeid og lignende.⁹⁵ Et annet moment som kan vektlegges i tilknytningsvurderingen er utlendingens opphold i Norge. Fordi det i forholdsmessighetsvurderingen er den reelle tilknytningen som vektlegges, kan hele oppholdet til utlendingen vektlegges selv om det er tale om et ulovlig opphold.⁹⁶

I forarbeidene er det presentert en ikke uttømmende liste med momenter som blant annet skal vektlegges i vurderingen om utlendingens tilknytning til riket. Departementet lister opp følgende momenter:

- "Utlendingens tilknytning til Norge vurdert i forhold til tilknytningen til hjemlandet, der momenter som botid og slektninger i hhv. Norge og hjemlandet, alder ved ankomst til Norge, grunnlaget for oppholdet i Norge, reiser til hjemlandet og lengden av eventuelle oppholde der, språkferdigheter mv. er relevant,
- Om utlendingen har familie og eventuelt mindreårige barn i Norge, og hensynet til dem, herunder om utlendingen bor sammen med sin familie, har omsorgsansvar for barn mv. I denne forbindelse vil også utlendingens betydning for eventuelle særkullsbarn av ektefelle/samboer måtte vektlegges,
- Hvorvidt familielivet ble etablert før eller etter at utlendingen burde forstått av utvisning kunne være aktuelt,
- Muligheten for fortsettelse av familieliv i hjemlandet,
- Utlendingens eller familiemedlemmenes helsetilstand og konsekvenser ved utvisning av denne grunn,
- Grad av integrering gjennom blant annet utdanning og arbeid."⁹⁷

Denne listen viser at departementet ikke bare vektlegger utlendingens personlige tilknytning til Norge, men også til hjemlandet samt familiemedlemmer. Listen viser hvor vidt spekter av momenter som kan vektlegges i vurderingen, og gjenspeiler at et utvisningsvedtak skal være individuelt. Momentene er alternative slik at ikke alle momentene må vektlegges i enhver sak,

⁹⁵ "Lærebok i utlendingsrett", Øyvind Dybvik Øyen (red.). S. 385.

⁹⁶ "Lærebok i utlendingsrett", Øyvind Dybvik Øyen (red.). S. 372.

⁹⁷ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 292 første spalte.

men slik at momentene som er relevante i den konkrete vurderingen vektlegges. I det følgende redegjøres det for noen av momentene som kan tillegges vekt.

5.4.1.1 Utlendingens tilknytning til Norge og hjemlandet

Det første og mest nærliggende tilknytningsmomentet å drøfte er utlendingens tilknytning til Norge. Et av de sterkeste tilknytningsmomentene er dersom utlendingen har familie i landet. Dette vil imidlertid bli behandlet under et eget punkt. Tilfellene hvor utlendingen har barn i landet blir behandlet særskilt senere i avhandlingen. Under dette punktet er det tilknytningen utlendingen har til landet som knytter seg direkte opp mot utlendingen selv.

Som vist i forarbeidene vektlegges den faktiske tilknytningen utlendingen har til riket, for eksempel botid, alder ved ankomst til Norge, språkferdigheter og integrering. Et av momentene som særlig fremheves i forarbeidene er utlendingens alder ved ankomst til Norge. Departementet uttaler at dersom en person kommer til Norge i ung alder og har hatt sin oppvekst i landet, må det norske samfunnet ta ansvar for disse personene.⁹⁸ Den klare hovedregel i tilfeller hvor vedkommende har vokst opp i Norge og har hatt flere års uavbrutt opphold i landet skal være at et utvisningsvedtak er uforholdsmessig.⁹⁹ Her bemerkes det, som tidligere nevnt, at det tidligere har vært vurdert om det skal oppstilles et vern mot utvisning for barn og utlendinger som kommer til landet i ung alder, men at et slikt forslag er forkastet.

Et annet moment som må vurderes i sammenheng med utlendingens unge alder ved ankomst til Norge, er om vedkommende har opprettholdt en sterk tilknytning til sitt hjemland.¹⁰⁰ En slik tilknytning vil i så tilfelle redusere betydningen av utlendingens unge alder ved ankomsten til Norge. I dette tilfelle vil det for eksempel være snakk om tilknytning i form av at utlendingen har hatt lengre opphold i hjemlandet, skolegang, familie og at han har opprettholdt morsmålet.

Dette argumentet virker dermed som en motvekt til at utlendingen kom til landet i ung alder. På den ene siden kan utlendingen opprettholde kontakten med hjemlandet som en følge av at personen ønsker å beholde sin identitet. På den andre siden kan dette tale i mot at

⁹⁸ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 293, første spalte under pkt. 15.6.4

⁹⁹ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 293, andre spalte.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 293, andre spalte.

vedkommende ønsker å integreres i det norsk samfunnet og slå seg ned i landet. Det avgjørende for vektleggingen vil her være hvor gammel utlendingen var ved ankomst, når det kriminelle forholdet ble begått samt tilknytningen til hjemlandet.

Avslutningsvis bemerker departementet at det vil: ”stride mot den alminnelige rettsfølelse og svekke tilliten til innvandringspolitikken” dersom man ikke kan vurdere utvisning i saker hvor utlendingen fremdeles har en sterk tilknytning til sitt hjemland.¹⁰¹ Hensynene bak utvisningsinstituttet vil dermed spille inn, og avskjære et absolutt vern mot utvisning av utlendinger som kommer til Norge i ung alder og som har en sterk tilknytning til sitt hjemland.

Vurderingen av utlendingens unge alder ved ankomst til Norge har i flere tilfeller vært opp i norsk rettspraksis, og sontringen mellom hvordan momentene vektlegges illustreres i det følgende.

Høyesterett drøftet momentet at utlendingen kom til Norge i ung alder i Rt. 2009 s. 546. Utlendingen kom til Norge da han var ni år gammel, og oppholdt seg lovlig i landet i de påfølgende tolv årene. Ved drøftelsen av om en utvisning ville være uforholdsmessig overfor utlendingen på denne bakgrunn, ble det avgjørende for Høyesterett det faktum at han hadde en særdeles begrenset tilknytning til sitt hjemland.¹⁰² Utvisningsvedtaket mot utlendingen ble dermed funnet uforholdsmessig, begrunnet i hans unge alder ved ankomst til landet og hans manglende tilknytning til hjemlandet.¹⁰³

I Rt. 2005 s. 238 avsnitt 34 uttaler Høyesterett at ung alder når utlendingen kom til Norge, ikke i seg selv er til hinder for utvisning. Det skal imidlertid inngå som et av momentene i forholdsmessighetsvurderingen. I avgjørelsen kom Høyesterett til at utvisningsvedtaket var forholdsmessig, selv om utlendingen kom til Norge som 12-åring og hadde en sterk tilknytning til landet. Det ble i dommen lagt vekt på alvorlighetsgraden av forbrytelsen, samt at utlendingen hadde tilknytning til sitt opprinnelseslandet.

¹⁰¹ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 293, andre spalte.

¹⁰² Rt. 2009 s. 546 avsnitt 46.

¹⁰³ Rt. 2009 s. 546 avsnitt 47.

Dommen fra Høyesterett viser at det kan tenkes unntak fra hovedregelen, og viser at det i enkelte tilfeller vil være behov for adgangen til å utvise også hvor utlendingen kom til landet i ung alder. Dommen er et eksempel på hvorfor departementet ikke vil innføre et vern.

I Rt. 2009 s. 1432 drøfter Høyesterett hvor grensen går før en utlending kan sies å ha vokst opp i Norge. Utlendingen kom til Norge som 14-åring, og førstvoterende uttaler at han da ikke kan regnes som ung nok til at han kan sies å ha hatt sin barndom i Norge.¹⁰⁴ I den konkrete forholdsmessighetsvurderingen fremgår det at han har tilknytning både til Norge og til hjemlandet, og at han som 14-åring er helt i yttergrensen av den gruppen barn og unge som det som hovedregel vil være uforholdsmessig å utvise.¹⁰⁵ Utvisningsvedtaket mot utlendingen ble for øvrig funnet forholdsmessig i denne saken.

Et annet kriterium som kan tillegges vekt i forholdsmessighetsvurderingen er utlendingens botid i Norge. Dette fremgår både av forarbeidene, og som en naturlig konsekvens av at man vurderer betydningen av at utlendingen kom til Norge i ung alder. Desto lengre botid utlendingen har i Norge, jo sterkere tilknytning taler det for. Dette er imidlertid ikke uten unntak, da det er andre momenter som kan gi dette vurderingstemaet mindre vekt.

5.4.1.2 Utlendingens tilknytning gjennom familieliv

Et annet moment som kan vektlegges under tilknytningsvilkåret er om utlendingens familieliv ble etablert før eller etter vedkommende fikk kunnskap om utvisningsvedtaket.¹⁰⁶ Dersom utlendingens ekteskap ble etablert etter vedkommende fikk kunnskap om utvisningsvedtaket, kan tidspunktet for inngåelsen medføre at selve ekteskapet ikke ilegges noe særlig vekt i vurderingen av tilknytning.

Det er i forarbeidene fremhevet at tilknytning som er opparbeidet etter at et utvisningsvedtak er kjent for utlendingen, ikke kan tillegges særlig vekt i tråd med retts- og forvaltningspraksis. Dette standpunktet bygger på det faktum at dersom det er kjent for utlendingen og eventuelt ektefellen, vil det ikke være sannsynlig at partene har hatt en berettiget forventning om at ekteskapet kunne utfoldet seg og at de kunne fortsette familielivet sammen i Norge.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 40.

¹⁰⁵ Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 46.

¹⁰⁶ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 292 første spalte.

¹⁰⁷ NOU 2004:20 pkt. 12.3.1.4 s. 308.

Alle momentene som er nevnt overfor kan vektlegges i vurderingen av styrken av inngrepet overfor utlendingen, og vil spille inn i vurderingen om en utvisning vil være rettferdig og forholdsmessig etter utl. § 70 og EMK artikkel 8 nr. 2.

5.4.2 Momenter som kan vektlegges i vurderingen om utvisningen er rettferdig overfor utlendingens nærmeste familie.

Liksom et utvisningsvedtak ikke skal være uforholdsmessig overfor utlendingen det direkte rammer, skal det heller ikke være uforholdsmessig overfor utlendingens nærmeste familiemedlemmer, jf. utl. § 70. Balanseringen som skal foretas er dermed statens behov for utvisning av utlendingen opp mot hvor tungt inngrepet er for utlendingens nærmeste familiemedlemmer.

Ordlyden ”nærmeste familiemedlemmer” indikerer at personene som inngår i oppregningen av familiemedlemmer som kan berøres av utvisningsvedtaket er vid. Dette vil ikke bare gjelde for utlendingens ektefelle og barn, men også andre familiemedlemmer som særlig vil berøres dersom utlendingen utvises. Likevel er det utlendingens ektefelle og barn som vil være hovedfokuset etter bestemmelsen.¹⁰⁸

Et av kriteriene som kan vektlegges etter Boultif-dommen er når ekteskapet og familielivet begynte. Den konkrete vurderingen er da om ekteskapet og familielivet ble inngått før eller etter utlendingen utførte det forhold som utvisningsvedtaket bygger på.¹⁰⁹

Bakgrunnen for at myndighetene vektlegger dette momentet, er av hensynet til tillitt som systemet bygger på. Dersom utlendingen inngår et ekteskap eller får et barn, etter at vedkommende har fått avslag på søknad, er det sannsynlig at utlendingen gjøre dette med vel viten om at han ikke oppholder seg lovlig i landet. Det vil være en måte å prøve å omgå systemet. Fordi systemet i stor grad bygger på tillit, må myndighetene slå sterkt ned på slike tilfeller slik at de får allmennpreventiv virkning. Dersom det er tilfellet vil det tale i favør av samfunnets behov for å utvise utlendingen.

Et annet moment som vektlegges i vurderingen av utvisningsvedtakets inngrep på de nærmeste familiemedlemmene, er om det foreligger en forutsetning for at ekteskapet kan

¹⁰⁸ ”Utlendingslovens kommentarutgave”, Vigdis Vevstad (red.). Universitetsforlaget 2010. S. 440.

¹⁰⁹ Boultif v. Switzerland, application no. 54273/00, avsagt 2. August 2001. Avsnitt 48.

bestå etter utvisningsvedtaket. Myndighetene vurderer da om det er mulig at den uskyldige ektefelle flytter med den utviste utlendingen til hjemlandet, eller om de kan fortsette familielivet i et annet land.

Vurderingsmomentet har vært til vurdering i saker ført for EMD, hvor Domstolen har uttalt generelt: ”Factors to be taken into account in this context are the extent to which family life is effectually ruptured, the extent of the ties in the Contracting State, whether there are insurmountable obstacles in the way of the family living in the country of origin of one or more of them and whether there are factors of immigration control (for example, a history of breaches of immigration law) or considerations of public order weighing in favour of exclusion”.¹¹⁰

Det fremgår her at man ser på i hvor stor grad familielivet blir ødelagt, tilknytningen til landet familien utvises fra, om det foreligger store hindringer i veien for at familien kan bo i hjemlandet til en av ektefellene.

I *Antwi and others v. Norway* ble spørsmålet behandlet, hvor utlendingen hadde brutt flere av utlendingslovens bestemmelser. Den utviste ektefellen kom til Norge i voksen alder, og hadde ikke noe tilknytning til Norge før han etablerte seg og giftet seg med sin kone. Konen kom til Norge da hun var 17 år gammel, var norsk statsborger og hadde både jobb og familietilknytning til landet. EMD kom imidlertid her frem til at det ikke ville være veldig byrdefylt for utlendingens kone å følge med til hans opprinnelsesland, da de var fra samme land.¹¹¹ Det forelå ikke krenkelse av EMK artikkel 8, og utvisningen var ikke uforholdsmessig.

I Rt. 2007 s. 667 ble momentet behandlet i Høyesterett, hvor det ble vurdert om et utvisningsvedtak var forholdsmessig i forhold til den utvistes ektefelle og barn. Ektefellene kom sammen med sine tre barn til Norge fra Kosovo, og fikk til slutt opphold på humanitært grunnlag. Forholdet som begrunnet utvisningen var en sonet dom på fem år for narkotikakriminalitet, som ble utført i Norge etter at utlendingen hadde fått oppholdstillatelse. Høyesterett uttaler at utvisningsvedtaket ikke vil være uforholdsmessig overfor utlendingen selv, jf. avsnitt 38.

¹¹⁰ *Boultif v. Switzerland*, application no. 54273/00, avsagt 2. August 2001.

¹¹¹ *Antwi and Others v. Norway*, Application no. 26949/10. 14.02.2012.

Høyesterett går så videre til å vurdere om utvisningsvedtaket vil være uforholdsmessig overfor utlendingens ektefelle. Det redegjøres for ektefellens tilknytning til Norge og helsetilstand, og Høyesterett uttaler: ”Utvisning vil regelmessig stille ektefellen overfor valget mellom å reise ut av landet eller fortsatt å bli boende uten den utviste ektefellen. Valget kan i dette tilfellet kanskje være vanskelig for henne, men det er etter min oppfatning klart at forholdet til ektefellen i dette tilfellet på langt nær gjør en utvisning av A til et uforholdsmessig tiltak”, jf. avsnitt 40.

I tillegg til å vurdere muligheten av at ektefellen følger med til ektefellens opprinnelsesland, vurderte Høyesterett og hvor realistisk en slik utreise er i Rt. 2005 s. 229 avsnitt 47. Her uttaler Høyesterett at det foreligger en mulighet for at ektefellen og barna reiser med den utviste ektefellen tilbake til hjemlandet, men at det sees bort fra denne muligheten ved vurderingen av vedtakets virkninger da førstvoterende finner det urealistisk.

Dette viser at selv om det er en mulighet for at den gjenværende ektefellen kan reise ut av landet, er det ikke nødvendigvis en realistisk løsning. Dette vil særlig gjelde i de tilfellene hvor ektefellene har barn i barnehage- eller skolealder og hvor den gjenværende ektefellen har sterk tilknytning til Norge, eller dersom det foreligger andre hindringer som språk, kultur, religion eller politikk.

Videre i avgjørelsen Rt. 2005 s. 229 vektlegger Høyesterett momentet av at den gjenværende ektefellen vil sitte alene med omsorgen av ektefellenes tre barn, og da særlig i den to-års perioden den utviste ektefellen har innreiseforbud til landet, jf. avsnitt 48.

Etter en vurdering kom Høyesterett frem til at det var en betydelig risiko for at den gjenværende ektefellen ikke ville klare å ha den daglige omsorgen for barna alene i perioden, dette basert på hennes helsetilstand. Høyesterett konkluderte med at utvisningsvedtaket ville være uforholdsmessig, mest begrunnet i hensynet til barna.

Dommen viser at hver sak må vurderes konkret da de individuelle forutsetningene vil være ulike. Det vil også være ulike momenter som vektlegges i de ulike tilfellene, alt etter hvilke som er relevante. Momentene som er redegjort for overfor kan vektlegges i vurderingen av inngrepets styrke overfor utlendingens familiemedlemmer, og hvor mye det er rettferdig at de må tåle som følge av at samfunnets interesser vinner frem. Dersom inngrepet er svært belastende for utlendingens familiemedlemmer vil en utvisning ikke kunne rettferdiggjøres.

6 Hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning

6.1 Rettslig forankring

Hensynet til barnets beste er forankret både i norsk rett og i internasjonale konvensjoner som Norge er pliktig å følge. Det rettslige grunnlaget for utvisning av foreldre med barn i landet er hjemlet i utl. § 70 annet punktum, samt gjennom EMK artikkel 8 og BK artikkel 3. Videre er hensynet til barnets beste er hjemlet i Grl. § 104.

De ulike rettsgrunnlagene redegjøres for i det følgende, før jeg avslutningsvis vil se på hvordan hensynet vektlegges i ulike situasjoner gjennom nasjonal og internasjonal rettspraksis.

6.1.1 Utl. § 70 annet punktum.

Barn er en sårbar gruppe i samfunnet, og et utvisningsvedtak som berører barn kan påvirke både deres omsorgsbehov og tilknytning til foreldrene.¹¹² Særlig små barn vil være utsatt, og en adskillelse mellom barnet og foreldrene kan medføre store skader. Dette synet fremgår og av FNs barnekomité generelle kommentar nr. 7 (2005), hvor det det knyttes opp mot at barn i en mindre grad er rustet til å forstå omstendighetene rundt en separasjon fra foreldre. Videre fremgår det at adskillelse kan få negative konsekvenser da barn både er fysisk avhengige og følelsesmessig tilknyttet til foreldrene.¹¹³ Begrepet små barn omfatter her barn under 8 år.¹¹⁴

I utl. § 70 siste punktum er det slått fast at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker som berører barn. At det eksplisitt står i loven er nytt i utlendingsloven av 2008, men det er ikke en realitetsendring fra rettstilstanden etter 1988-loven. Selv om det ikke uttrykkelig var nevnt i utlendingsloven av 1988, var det fremdeles et moment som skulle tas i betraktning etter de menneskerettslige forpliktelsene som fulgte av utl. 1988 § 4 og Barnekonvensjonen artikkel 3.¹¹⁵

¹¹² "Lærebok i utlendingsrett", Øyvind Dybvik Øyen (red). S. 390.

¹¹³ FNs barnekomité generelle kommentar no. 7 (2005), GC-2005-7-CRC avsnitt 18.

¹¹⁴ FNs barnekomité generelle kommentar no. 7 (2005), GC-2005-7-CRC avsnitt 4.

¹¹⁵ "Utlendingsloven kommentarutgave", Vigdis Vevstad. S. 438, pkt. 4..

Det fremgår av lovforarbeidene at hensynet til barnets beste ble tatt inn for å ”sikre særlig bevissthet omkring vurderingen”.¹¹⁶ En eksplisitt innføring av hensynet i utl. § 70 er dermed med på å gjøre lovanvenderen bevisst på at vurderingen skal foretas og vektlegges, samt at det styrker barnas posisjon i utvisningssaker.

6.1.2 Grl. § 104

Hensynet til barnets beste er videre forankret i Grl. § 104 (2) som fastslår at: ”Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn”.

Bestemmelsens ordlyd er baserer seg på BK artikkel 3 nr. 1, noe som medfører at både internasjonal og nasjonal praksis kan bidra til tolkning.¹¹⁷

Bestemmelsen hjemler en barnets beste-vurdering i alle saker som ”berører barn”. Dette medfører at bestemmelsen hjemler at det skal foretas en barnets beste-vurdering også i de sakne som ikke direkte involverer barnet, men hvor deres interesser vil bli berørt.¹¹⁸

At hensynet til barnets beste er forankret i Grunnloven, samt at barnekonvensjonen er inkorporert og en del av norsk lov, resulterer i at det kan innfortolkes et krav om vekting av hensynet til barnets beste i all lovgivning som berører barn.¹¹⁹ Denne forankringen kan være med på å vise nettopp hvor tungt hensynet til barnets beste er på ulike rettsområder, ikke bare innenfor utlendingsretten.

6.1.3 EMK artikkel 8

EMK artikkel 8 vil og spille inn som grunnlag i saker hvor barn berøres av en utvisning, da et utvisningsvedtak klart vil være et inngrep på barnets rett til familieliv. Barns vern etter EMK artikkel 8 er et selvstendig vern, da artikkelen omfatter ”everyone”.¹²⁰ Dette medfører at domstolen i en utvisningssak av en utlending med barn, og må se på barnet som rettighetshaver da inngrepet vil berøre barnet. Det viser seg av praksis fra EMD at barnets

¹¹⁶ Ot.prp.nr.75 (2006-2007), s. 435.

¹¹⁷ Dok. 16 (2011-2012) s. 192

¹¹⁸ Dok. 16 (2011-2012) s. 192

¹¹⁹ ”Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge”, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red). Universitetsforlaget, 2016, 3. Utgave. S. 64 under pkt. 3.6.2.

¹²⁰ ”Lærebok i utlendingsrett”, Øyind Dybvik Øyen (red). S. 390.

status som rettighetshaver ikke er problematisk i forhold til EMK. Det fremgår blant annet av *Antwi and others v. Norway*, hvor barnet regnes som en av klagerne.¹²¹

Selv om det ikke direkte fremgår av EMK at hensynet til barnets beste skal vektlegges, fremgår det av praksis fra EMD. Utgangspunktet etter EMDs praksis for vurderingen av barnas behov er: "(...) according to which, in order to assess the proportionality of an expulsion measure concerning a child who has settled in the host country, it is necessary to take into account the child's best interest and well-being(...)".¹²² I lys av dette viser det seg at EMD legger opp til at barnets beste må inngå som et moment i proporsjonalitetsvurderingen.

6.1.4 BK artikkel 3

Barnekonvensjonen er en av konvensjonen som er inkorporert til norsk rett, jf. mrl. § 2 første ledd nr. 4.¹²³ Dette medfører at konvensjonen med tilleggsprotokoller skal gjelde som norsk lov i den grad de er bindende for Norge. Ved motstrid mellom konvensjonen og nasjonal lovgivning er det barnekonvensjonens bestemmelser som er gjeldende, jf. mrl. § 3.

Barnekonvensjonen tar sikte på å beskytte barns grunnleggende menneskerettigheter, og hjemler blant annet hensynet til barnets beste.

Det følger av BK artikkel 3 nr. 1:

"In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interest of the child shall be a primary consideration".

Bestemmelsen medfører at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker som berører barn både innenfor en rekke organer. Det må imidlertid bemerkes at det etter ordlyden skal være "a primary consideration", og ikke "the primary consideration" noe som ville utgjort en stor forskjell. Etter dagens ordlyd trumfer ikke hensynet til barnets beste

¹²¹ *Antwi and others v. Norway* application no. 26940/10.

¹²² *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, application no. 41615/07. GC, 6.juli.2010. Avsnitt 146.

¹²³ De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20.11.1989 om barns rettigheter (Heretter forkortet BK.).

alle andre hensyn, og det er rom for at andre menneskerettslige hensyn veie tyngre enn hensynet til barnets beste.¹²⁴

6.1.5 Barnekonvensjonen som rettskilde

Det er ikke knyttet en individklagerett til brudd på Barnekonvensjonens bestemmelser, slik det for eksempel er etter EMK. Som en konsekvens av dette er det kun de generelle anbefalingene som kan gi pekepinner på hvordan konvensjonens bestemmelser skal tolkes og avveies i de konkrete tilfellene da det finnes ikke et internasjonal domstolorgan som kan klargjøre innholdet i hensynet til barnets beste.¹²⁵

Spørsmålet blir dermed hvilken vekt Barnekomiteens generelle anbefalinger kan tillegges i tolkningen av BK artikkel 3 og som rettskildefaktor. Spørsmålet er oppe i Rt. 2009 s. 1261, hvor Høyesterett tok stilling til hvilken vekt barnekomiteens generelle anbefalinger kunne ilegges ved tolkningen av hensynet til barnets beste i en sak om gyldigheten av et avslag på opphold på humanitært grunnlag for en mindreårig gutt. I avsnitt 43 viser Høyesterett til barnelovens forarbeider hvor det fremgår at det bør legges relativt stor vekt på de generelle kommentarene fra FNs barnekomité ved tolkning og anvendelse BK bestemmelser. Førstvoterende argumenterer likevel for at det avgjørende vil være i hvilken grad den generelle kommentaren gir uttrykk for ”overvåkingsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonen”, om det er en tolkningsuttalelse og om uttalelsen er kompatibel for det aktuelle spørsmål og rettsområde.¹²⁶

Som en følge av at Barnekonvensjonen er inkorporert til norsk rett skal de norske domstolene forholde seg til de Barnekomiteens generelle kommentarer og uttalelser, da komiteen er konvensjonens håndhevingsorgan. Som fremhevet i dommen må det imidlertid vurderes om den generelle uttalelsen passer det konkrete faktum.

6.2 Vektleggingen av barnets beste i utvisningssaker

Sett hen til hensynets sterke rettslige forankring i både nasjonallovgivning og internasjonale konvensjoner, er det klart at det skal foretas en vurderingen av barnets beste i utvisningssaker

¹²⁴ ”Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge”, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red). S. 311 under pkt. 14.2.9

¹²⁵ ”Lærebok i utlendingsrett” Øyvind Dybvik Øyen (red). S. 390.

¹²⁶ Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44.

som berører dem. Spørsmålet som må stilles er dermed hvordan en utvisning av foreldre med barn i landet kan legitimeres opp mot samfunnets behov for utvisningen.

Når det kommer til forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaker hvor barn er involvert er det utviklet en norm gjennom rettspraksis. Det fastslås at:

”Det normale er at en utvisning vil gripe inn i et etablert familieliv på en belastende måte så vel økonomisk, som følelsmessig 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”.¹²⁷

I lys av denne uttalelsen synliggjøres Høyesteretts norm, som anerkjenner at en utvisning vil gripe inn i familielivet på en belastende måte, men innvandringsregulerende forhold må gå foran i en slik vurdering da en må forvente at utvisningen kan påvirke familielivet.

I tilknytning til sitatet overfor har Høyesterett uttalt at det i utvisningssaker hvor utlendingen har begått meget alvorlig kriminalitet kreves ”uvanlige store belastninger” for at utvisningsvedtaket skal være uforholdsmessig.¹²⁸ Spørsmålet blir dermed om denne normen kan overføres til utvisningssaker hvor grunnlaget bygger på brudd på utlendingsloven.

I Rt. 2009 s. 534 ble spørsmålet behandlet. Dommen omhandlet en kvinne som hadde brutt utlendingsloven på flere punkter, blant annet hadde hun brutt et pålagt innreiseforbud, oppgitt feil identitet og unnlatt å opplyse om tidligere straffbare forhold. Dette ble oppdaget i 2001. Kvinnen hadde to barn som hun hadde den daglige omsorgen for helt til spørsmålet ble behandlet i tingretten i 2007 og faren ble tilkjent foreldreansvaret og den daglige omsorgen for barna etter et samlivsbrudd. Da tingretten behandlet spørsmålet la de vesentlig vekt på utlendingsmyndighetenes utvisningsvedtak som ble fattet i 2005. I 2009 var utvisningssaken oppe til Høyesteretts behandling, som opprettholdt avgjørelsen om utvisning med to års innreiseforbud.

I spørsmålet om betydningen av at barn påføres en belastning dersom en av foreldrene utvises kommer Høyesterett frem til at tilsvarende synspunkter må legges til grunn i saker hvor utvisningsgrunnlaget er basert på meget alvorlig kriminalitet, og de brudd på utlendingsloven

¹²⁷ Rt. 2005 s. 229, avsnitt 52.

¹²⁸ Rt. 2000 s. 591, s. 600.

det her er snakk om.¹²⁹ Dette begrunner førstvoterende i sitt syn på alvoret i overtredelsene av utlendingsloven, hvor det tidligere er slått fast at forholdene i den konkrete saken karakteriseres som meget alvorlige.¹³⁰ Etter dette viser det seg at Høyesterett har lagt på en streng linje som krever noe ekstra ved utvisningen for at det skal være tale om at vedtaket kan være uforholdsmessig også ved alvorlige overtredelser av utlendingsloven.

Saken ble imidlertid klaget inn til EMD, som vurderte om utvisningen av kvinnen ville medføre krenkelse av EMK artikkel 8.¹³¹ I vurderingen vektlegger EMD den lange saksbehandlingstiden, samt hensynet til barnets beste. Domstolen legger vekt på at kvinnen hadde vært barnas omsorgsperson frem til barnefaren overtok foreldreansvaret, og at barna som en følge av foreldrenes splittelse og usikkerheten rundt utvisningsvedtaket hadde vært gjennom mye stress de siste årene. I tillegg så bla barnas unge alder vektlagt, og at det var usikkert om de ville ha mulighet til å holde kontakt med moren mens innreiseforbudet varte. Her var det tale om et innreiseforbud på to år, som ble ansett å være lenge for små barn å være adskilt fra sin mor. Etter dette konkluderer EMD med at det vil være en krenkelse av EMK artikkel 8 dersom moren utvises, primært med bakgrunn i hensynet til barnets beste.

EMD velger og å ta inn en henvisning til BK artikkel 3, selv om de ikke er forpliktet til å vektlegge BK.

Mindretallet i avgjørelsen deler Høyesteretts flertalls syn på saken, og deler bekymringene om at utlendinger inngår ekteskap eller får barn i den hensikt å få oppholdstillatelse. Høyesteretts flertall mente at dersom en utvisning i dette tilfellet skulle være uforholdsmessig, ville konsekvensen bli at utlendingene som har barn med en person med oppholdstillatelse normalt ville være vernet mot utvisning.¹³²

Både i Høyesterett og EMD ble saken avgjort ved dissens, noe som taler for at vurderingen var vanskelig og befant seg i grenseland. EMD kom imidlertid frem til at det ville medføre en krenkelse av artikkel 8 å utvise kvinnen, da primært fordi hensynet til barnets beste ikke ville bli godt nok ivaretatt.

¹²⁹ Rt. 2009 s. 534 avsnitt 65.

¹³⁰ Rt. 2009 s. 534 avsnitt 51.

¹³¹ Nunez. V. Norway application no. 55597/09

¹³² Rt. 2009 s. 534 avsnitt 79.

Vurderingsnormen etter EMD knytter seg imidlertid til om familielivet kan opprettholdes etter en utvisning, eventuelt om det er mulig at barnas alder og modenhet kan kompensere for det eventuelt manglende forholdet og tilknytning en utvisning kan medføre.¹³³ Dette legger opp til at det må foretas en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak, hvor utfallet vil gjenspeile seg i de ulike faktum som ligger til grunn.

Det vurderes da om barnet kan følge med til den utvistes opprinnelsesland og om en eventuell ektefelle eller partner ønsker å følge med den utviste. Dersom forholdene tilsier at det ikke vil være hensiktsmessig for barnet å flytte til den utvistes opprinnelsesland, ser EMD på om det er mulig for partene å opprettholde kontakten, hvor barnets alder vil vektlegges. Domstolen har vektlagt om barnets statsborgerskap kan skape vanskeligheter med å besøke den utviste.¹³⁴

Etter EMD kom frem til at utvisningen i den overnevnte saken medførte en krenkelse av EMK artikkel 8, utarbeidet Justis- og Politidepartementet et rundskriv i tråd med sin myndighet, jf. utl. § 76 (2).¹³⁵ Rundskrivet er en instruks om utøvelsen av skjønn i forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70 i saker som rammer barn. Departementet uttaler at instruksens skal bidra til å holde utøvelsen av praksisen i tråd med rettskildebildet, og fremlegger sin oppfatning av gjeldende rett på rettsområdet.

Det presiseres at instruksens virkeområde er i saker hvor det vurderes utvisning som følge av brudd på utlendingsloven, hvor vedkommende har barn i Norge som det ikke kan påregnes vil følge med vedkommende dersom personen utvises.

Av instruksens fremgår det enkelte momenter som kan vektlegges i konkrete saker hvor de er relevante. Det uttales at barnets samlede belastninger bør tillegges vekt i helhetsvurderingen, inkludert den belastningen som oppstår før utvisningen gjennomføres. Videre fremhever departementet at urimelig lang saksbehandlingstid kan være belastende for barna og familielivet, og derfor et moment som kan vektlegges i forholdsmessighetsvurderingen. Til slutt fremhever departementet at barnas tilknytning til forelderen som blir utvist er et moment som bør vektlegges i vurderingen, da særlig dersom barnet har en særskilt sterk tilknytning til forelderen som taler mot utvisning.

¹³³ "Lærebok i utlendingsrett" Øyvind Dybvik Øyen (red). S. 392.

¹³⁴ "Lærebok i utlendingsrett" Øyvind Dybvik Øyen (red). S. 393.

¹³⁵ Rundskriv GI-2011-14, avgitt 4.november.2011 av Justis- og Politidepartementet.

Høyesterett har imidlertid de siste årene hensyntatt barnas behov og sett på saken fra barnas perspektiv, noe som medfører en glidning fra den tidligere normen.¹³⁶ Dette viser seg blant annet av Høyesterettsdommen Rt. 2011 s. 948 som ble avsagt samme dag som EMD vurderte den overnevnte saken. Dommen omhandler en kvinne med to barn som var utvist for brudd på utlendingsloven. Kvinnen hadde oppholdt seg ulovlig i landet i tillegg til at hun hadde arbeidet ulovlig i ett år. Det uttales i dommen: ” (...) at det ikke nødvendigvis er et vilkår at barna vil bli utsatt for ”uvanlig store belastninger”, og at det særlig vil være aktuelt å gi fortrinn til barnas interesser ved relativt mindre alvorlige overtredelser av utlendingsloven som i mindre grad rammer de kontrollhensyn som loven skal ivareta”.¹³⁷ I denne saken kom Høyesterett til at det ville være uforholdsmessig overfor barna dersom moren ble utvist for brudd på utlendingsloven.

Et annet moment som Høyesterett la vekt på i den konkrete saken var det faktum at dagens utlendingslov ikke ville medført utvisning for de brudd som forelå. Dette fordi det var kommet en ny utlendingsforskrift hvor det faktum i den konkrete saken ikke ville vært grunnlag for utvisning.

Det følger en begrensning i utvisningsadgangen etter utf. § 14-1, som omfatter tilfeller hvor utlendingen har barn i riket og utvisningsgrunnen er ulovlig opphold eller ulovlig arbeid.¹³⁸ Utlendingen utvises som hovedregel ikke dersom de kumulative vilkårene i første ledd bokstav a-c er oppfylt, og det er tale om tilfelle av ulovlig opphold eller ulovlig arbeid som har foregått i mindre enn to år.

Oppsummert stiller vilkårene i bokstav a-c følgende krav til utlendingen; vedkommende må ha barn i riket som han tidligere har og skal bo fast sammen med, og at vilkårene i utl. § 44 er oppfylt, eller utl. § 40 (1), jf. §§ 40 og 41.

Dersom utlendingen oppfyller alle vilkårene i utf. § 14-1 fastslår bestemmelsen at vedkommende som hovedregel ikke skal utvises. Dette betyr at bestemmelsen ikke er absolutt, og at det er opp til myndighetene om de likevel ønsker å utvise utlendingen for et

¹³⁶ ”Lærebok i utlendingsrett” Øyvind Dybvik Øyen (red.). S. 393.

¹³⁷ Rt. 2011 s. 948 avsnitt 39.

¹³⁸ Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften), FOR-2009-10-15-1286.

tilfelle som faller inn under utf. § 14-1.¹³⁹ Vilkåret ”i mindre enn to år” er absolutt og det er dermed kun i tilfeller av denne varigheten det vil være adgang til å anvende bestemmelsen. Dersom utlendingen har arbeidet ulovlig, samt oppholdt seg ulovlig i riket, vil et slikt kombinasjonstilfelle falle inn under bestemmelsen anvendelsesområde så lenge varigheten samlet sett ikke overstiger 2 år.

Formålet med forskriftsbestemmelsen er ikke å gi et sterkere vern til foreldrene som utvises, men de barna som da eventuelt berøres. Hensynet til barnets beste skal i disse tilfellene veie tyngre enn samfunnets behov for å utvise utlendingen og de allmennpreventive hensynene loven bygger på.

Utviklingen i rettspraksis og på rettsområdet viser at det ikke lengre kreves at barnet blir utsatt for uvanlig store belastninger, slik at andre momenter kan spille inn i vurderingen. Dette samsvarer med at handlingene som begås som brudd på utlendingsloven kan være av ulik alvorlighetsgrad og dermed er det ikke alle handlingene som kan forsvare en utvisning av en foreldre med barn i landet.

Det vil likevel være tilfeller hvor innvandringsregulerende hensyn kan medføre at en utvisning vil være forholdsmessig selv om barn blir berørt av utvisningen. Jeg vil i det følgende gi eksempler fra rettspraksis hvor hensynet til barnets beste er i favør og tilfeller hvor en utvisning ikke ansås å være uforholdsmessig for å belyse de momenter som vektlegges.

6.3 Eksempler fra rettspraksis

Som eksempel på en uvanlig stor belastning hvor Høyesterett konkluderte med at utvisningsvedtaket var uforholdsmessig i forhold til barnet, er et tilfelle hvor barnet er sykt og dermed har et større omsorgsbehov.¹⁴⁰ Dette var tilfellet i Rt. 2005 s. 229, hvor barna hadde et større omsorgsbehov som det var risiko for at deres mor ikke ville klare å dekke.¹⁴¹

¹³⁹ Vedlegg 14 til rundskriv A-63/09 om ikrafttredelse av ny utlendingslov og ny utlendingsforskrift fra 1.januar.2010 – utvisning. Dokument-ID: 2009-063-A-V14. Til § 14-1 Om utvisning på grunn av ulovlig opphold når utlendingen har barn i riket.

¹⁴⁰ ”Lærebok i utlendingsrett” Øyvind Dybvik Øyen (red.). S. 392.

¹⁴¹ Rt. 2005 s. 229 avsnitt 53 og 55.

Et godt eksempel som belyser Høyesteretts vektlegging av hensynet til barnets beste i utvisningssaker er den såkalte ”Maria-dommen”, jf. Rt. 2015 s. 93. Dommen omhandler en rettslig prøving av et utvisningsvedtak som var fattet mot en Kenyansk kvinne, som en følge av at hun hadde gitt uriktige opplysninger i sin asylsøknad samt at hun hadde oppholdt seg ulovlig i landet da hun hadde oversittet utreisefristen som var gitt. I tillegg behandler dommen avslag på familiejenforening. Kvinnen hadde en datter som snart ble fem år, som hun hadde aleneomsorgen for da hennes far var ute av bildet. Jenta var norsk statsborger, da hennes far var norsk.

Førstvoterende drøfter om en utvisning av barnets mor i realiteten vil medføre en utvisning av datteren som vil stride mot hennes statsborgerrettigheter.¹⁴² I tilknytning til denne problemstillingen tar førstvoterende opp utl. § 69, Grl. § 106 (2) (2) og EMK TP4-3, som alle hjemler et forbud mot å utvise en statsborger. Førstvoterende kommer imidlertid frem til at barnet i denne saken vil ha alle sine statsborgerrettigheter i behold, og at den tvangssituasjonen som utvisningsvedtaket mot moren setter barnet i ikke kan sammenliknes med et lovstridig utvisning barnet.¹⁴³

Det neste spørsmålet som vurderes er om det foreligger ugyldighet ved utvisningsvedtaket som en følge av at det medfører en krenkelse for barnets menneskerettigheter. Rettskildene som her vurderes er Grl. § 102 sammenholdt med EMK artikkel 8, og Grl. § 104 sammenholdt med BK artikkel 3 nr. 1 og utl. § 70.

Grl. § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, og det må være adgang til å gripe inn i rettighetene etter første ledd første punktum dersom tiltaket har tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig, jf. Rt-2014-1105 avsnitt 28.¹⁴⁴

Grl. § 104 fastslår at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker som berører barn, og er parallell med BK artikkel 3 nr. 1. Høyesterett kommer frem til at hensynet til barnets beste ikke alltid er det avgjørende, men at det skal ha stor vekt dersom det veies opp mot andre momenter i en helhetsvurdering.¹⁴⁵

¹⁴² Rt. 2015 s. 93 avsnitt 49.

¹⁴³ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 53.

¹⁴⁴ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60.

¹⁴⁵ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65.

Det følger av grl. § 104, sammenholdt med BK artikkel 3 nr. 1 at HR må se hen til barnet og hva som er i hennes interesse. For førstvoterendes syn er det helt avgjørende at barnet er norsk statsborger. Selv om statsborgerskapet ikke trumfer alt, anerkjenner BK artikkel 7 aller barns rett til å ha et statsborgerskap og artikkel 8 gir barna rett til å ivareta sin identitet, jf. avsnitt 75. Det vektlegges og at barnet mest sannsynlig vil havne i slumområder dersom hun må reise til Kenya med moren, jf. avsnitt. 78.

Etter dette taler barnets interesser klart og med stor tyngde for at barnet skal få bli værende i Norge og at moren, som eneste omsorgsperson, ikke kan utvises. Høyesterett konkluderte med at utvisningsvedtaket var ugyldig med bakgrunn i hensynet til barnets beste og at Maria var norsk statsborger, jf. avsnitt 82.

7 Avslutning

Forholdsmessighetsvurderingen ved utvisningssaker er en prinsipiell del av utlendingsretten da den kan avgjøre om utlendingen faktisk skal utvises eller ikke. Det viser seg gjennom rettspraksis at det er en intrikat vurdering hvor flere ulike momenter kan vektlegges ved de ulike forholdene.

For det første er det avgjørende i forholdsmessighetsvurderingen hvor grovt brudd på utlendingsloven utlendingen har begått. Resultatet av denne vurderingen vil vise hvor stort eller lite det samfunnsmessige behovet for utvisningen er. Dersom det er tale om et eller flere grove brudd på utlendingsloven, vil det samfunnsmessige behovet for utvisningen stille sterkt. Dersom det på den andre siden ikke er tale om alvorlige forhold, vil det være uforholdsmessig å benytte utvisning som sanksjon mot utlendingen. Etter redegjørelsen av rettspraksis viser det seg at brudd på forholdene som knytter seg til lovens kontrollhensyn anses å være alvorlige.

Når det kommer til selve proporsjonalitetsvurderingen er det ulike faktorer som spiller inn. og I vurderingen vil resultatet etter vurderingen av forholdets alvorlighet og dermed hvor sterkt behovet for utvisningen er, stilles opp mot hvor sterkt inngrepet er for den utviste eller hans nære familie. Når det kommer til utlendingen selv vektlegges det hvor stor tilknytning han har til landet han utvises fra og til sitt opprinnelsesland. I vurderingen av om en utvisning av utlendingen er rettferdig overfor hans nærmeste familie er det familieforholdet som i stor grad vil være avgjørende for utfallet.

Når det kommer til barnets beste viser det seg at det ikke kan kreves at utvisningen medfører en uvanlig belastning, særlig i tilfellene hvor det er tale om mindre brudd på utlendingsloven. Dette er styrket gjennom utlendingsforskriften § 14-1 som sier at det ikke er adgang til å utvise for ulovlig opphold og ulovlig arbeid over en periode dersom utlendingen har barn i riket. Hensynet til barnets beste skal imidlertid vektlegges i ethvert utvisningsvedtak hvor barn er berørt.

Utlendingsretten er et område som er i konstant utvikling, og momentene som tillegges vekt ved de ulike forholdene kan derfor modifieres og endre seg etter den konkrete saken. Fordi Norge har inkorporert både EMK og BK må de nasjonale reglene leses i lys av konvensjonene.

Referanseliste

Lover:

Kongeriket Norges Grunnlov, lov av 17. Mai 1814.

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 24. Juni 1988 nr. 64 – opphevet.

Lov om styrking av menneskerettighetenes stiling i norsk rett, lov av 21. Mai 1999 nr. 30.

Lov om Schengen informasjonssystem (SIS), lov av 16. Juli 1999 nr. 66

Lov om utlendingers adgang til riket og dere opphold her (heretter forkortet utl.), lov 15.mai.2008 nr.3

Lov om endringer i utlendingsloven (gjennomføring av returdirektivet), lov av 17.12.2010 nr. 88. Ikrafttredelse 24.10.2010 iflg. res. 17.desember.2010 nr. 1612.

Forskrifter:

Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15. oktober 2009 nr. 1286. (Forkortet FOR-2009-10-15-1286)

Rundskriv:

RS 2010-024 (UDI)

GI-2011-14 – Rundskriv fra Justis- og politidepartementet 11.04.2011

Internasjonale konvensjoner:

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950 (EMK).

Protokoll nr. 4 til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter, om beskyttelse av visse rettigheter og friheter som ikke allerede er omfattet av konvensjonen og av første tilleggsprotokoll til Konvensjonen, av 16. September 1963.

Protokoll nr. 7 til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter av 22. November 1984.

FNs konvensjon for barns rettigheter av 20. november 1989 (BK).

FNs barnekomité:

General Comment No. 7 (2005), Implementing child rights in early childhood. (UN doc. CRC/C/GC/7/Rev.1).

Offentlige dokumenter:

NOU 2004: 20 Ny utlendingslov

Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra

Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i grunnloven, 19. desember 2011.

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

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)

Boultif v. Switzerland, application no. 54273/00, avsagt 2. August 2001.

Buck v. Germany, application no. 41604/98.

C.G and others v. Bulgaria, Application no. 1365/07

Maaouia v. France, application no. 39652/98

Neulinger and Shuruk v. Switzerland, application no. 41615/07. GC, 6.juli.2010

Nunez v. Norway, 28. juni 2011, Application no. 55597/09

Sunday Times v. United Kingdom, application no. 6538/74

Üner v. the Netherlands application no. 46410/99 18.10.06

Retstidende:

Rt. 1995 s. 72
Rt. 1998 s. 1785
Rt. 2000 s. 591
Rt. 2005 s. 229
Rt. 2005 s. 238
Rt. 2009 s. 534
Rt. 2009 s. 546
Rt. 2009 s. 1261
Rt. 2009 s. 1432
Rt. 2011 s. 948
Rt. 2012 s. 1943
Rt. 2012 s. 1985
Rt. 2015 s. 93

Litteratur:

Høstmælingen, Njål, Eling Saga Kjørhølt og Kirsten Sandberg (red.), *"Barnekonvensjonen: barns rettigheter i Norge"*, Universitetsforlaget, 3.utgave, 2016.

Bertelsen, Tor Ehlers, *"EMK: kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter"*, Gyldendal, 1.utgave, 1. Opplag 2011.

Øyen (red.), Øyvind Dybvik, *"Lærebok i utlendingsrett"*, Universitetsforlaget 2013.

Vevstad (red.), Vigdis, *"Utlendingsloven kommentarutgave"*, Universitetsforlaget 2010.

Harris m.fl. *"Harris, O'Boyle & Warbrick – Law of the European Convention on Human Rights"*. Oxford university press, tredje utgave, 2014.

Nettbaserte kilder:

Fra UDIs hjemmeside: <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/utvisningsvedtak-etter-statsborgerskap-og-grunnlag-2015/>.

Sist lest 01.05.17.