

Mastergradsoppgave

JUS398

# Forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning i utlendingsloven § 70

*Kandidatnr.:*

185408

*Veileder:*

Karl Harald Søvig

*Antall ord:*

37435

*01.06.2012*

<b>1 Innledning .....</b>	<b>5</b>
1.1 Tema og problemstilling.....	5
1.2 Bakgrunn for fremstillingen og aktualitet .....	7
1.3 Avgrensninger.....	8
1.4 Kort om aktuelle rettskilder og metode .....	8
1.5 Videre fremstilling .....	9
<b>2 Kort om objektive vilkår for utvisning.....</b>	<b>9</b>
<b>3 Generelle momenter i forholdsmessighetsvurderingen.....</b>	<b>11</b>
3.1.1 Innledende bemerkninger .....	11
3.1.2 Hvem er «de nærmeste familiemedlemmene»? .....	12
3.2 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 8.....	12
3.2.1 Kobling mellom utlendingsloven og EMK, herunder EMDs rolle og metode.....	13
3.2.2 Bestemmelsens oppbygning – første ledd .....	15
3.2.2.1 Nærmere om «family life» .....	15
3.2.2.2 Nærmere om «private life».....	17
3.2.3 Bestemmelsens oppbygning – annet ledd .....	18
3.2.3.1 Er utvisning «interference» i vernet rettighet?.....	18
3.2.3.2 Utvisning må være i samsvar med lov.....	18
3.2.3.3 Utvisning må være formålmessig .....	19
3.2.3.4 Utvisning må være forholdsmessig .....	20
3.3 Barnekonvensjonen artikkel 3.....	21
3.3.1 Kobling mellom utlendingsloven og BK, herunder Barnekomiteens rolle og metode.....	21
3.3.2 Nærmere om «best interest of the child» i relasjon til utvisning .....	22
3.3.3 Aktuelle uttalelser fra Barnekomiteen om utvisning .....	24
3.3.4 Relasjonen mellom EMK artikkel 8 og BK artikkel 3.....	25
3.4 Terskler og utgangspunkter for forholdsmessighetsvurderingen.....	25

3.4.1 Norsk rettspraksis.....	26
3.4.1.1 Oppsummering.....	29
3.4.2 EMDs tilnærming.....	29
3.4.3 Norsk rettspraksis mot EMDs linje .....	29
3.5 Skjæringstidspunkter for faktiske omstendigheter.....	30
3.5.1 På hvilket tidspunkt vurderer norske domstoler forholdsmessigheten?.....	30
3.5.2 EMDs behandling av skjæringstidspunkter .....	32
3.5.3 Relevante skjæringstidspunkter etter BK artikkel 3 .....	34
3.5.4 Konvensjonenes krav mot rettspraksis fra Norge .....	35
<b>4 Spesielle momenter i forholdsmessighetsvurderingen .....</b>	<b>36</b>
4.1 «Forholdets alvor» .....	37
4.1.1 Overtredelsens art (type) .....	37
4.1.1.1 Overtredelser av straffeloven .....	38
4.1.1.1.1 Voldskriminalitet .....	38
4.1.1.1.2 Narkotikakriminalitet .....	39
4.1.1.1.3 Vinningskriminalitet .....	40
4.1.1.1.4 Seksualkriminalitet .....	40
4.1.1.1.5 Trafikkrelaterte overtredelser.....	41
4.1.1.2 Overtredelser av utlendingsloven .....	41
4.1.2 Strafferamme .....	43
4.1.3 Utmålt straff.....	44
4.1.4 Skjerpene eller formildende omstendigheter i straffedommen .....	44
4.1.5 Lav alder da overtredelsen ble utført.....	45
4.1.6 Gjentakelsesfare.....	46
4.2 «Tilknytning til riket».....	49
4.2.1 Om utlendingen har familie eller barn i Norge .....	50

4.2.1.1 Familie og slektninger i Norge .....	50
4.2.1.2 Barns behov for nærhet med sine foreldre og foresatte .....	51
4.2.2 Utlendingens eller familiemedlemmenes helsetilstand og konsekvenser av denne .....	52
4.2.3 Muligheter for å fortsette «family life» i hjemlandet (reetablering) .....	54
4.2.4 Familie etablert etter at man burde forstått at utvisning var aktuelt.....	56
4.2.4.1 Særlig om den utvistes partner .....	57
4.2.4.2 Nærmere om den utvistes barn .....	57
4.2.5 Botid i Norge.....	58
4.2.6 Alder ved ankomst til Norge.....	60
4.2.7 Grad av integrering i Norge .....	62
4.2.8 Familie og slektninger i hjemlandet .....	63
4.2.9 Språklige og utdanningsmessige bånd til hjemlandet.....	64
4.2.10 Tilstand i hjemlandet.....	65
4.2.11 Lang saksbehandlingstid.....	65
<b>5 Vekten av ulike argumenter i forholdsmessighetsvurderingen .....</b>	<b>68</b>
5.1 Praksis fra Høyesterett .....	68
5.2 Praksis fra EMD.....	69
<b>6 Avslutning .....</b>	<b>71</b>
<b>7 Kilder .....</b>	<b>72</b>
7.1 Litteraturliste .....	72
7.2 Praksis fra Høyesterett .....	74
7.3 Underrettspraksis.....	75
7.4 Praksis fra EMD.....	75
7.5 Forarbeider .....	77

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne fremstillingen er forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning av utlendinger, og de grenser norsk lov og internasjonale konvensjonsforpliktelser setter for statens adgang til å fatte slike vedtak når vilkårene for utvisning ellers foreligger. Mer konkret er fokuset på utlendingsloven<sup>1</sup> § 70 (1), som lyder:

*«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 sentrale i oppgaven er hva som ligger i kravet om *forholdsmessighet*<sup>2</sup>. Problemstillingen og målet for fremstillingen er å kartlegge hvordan vurderingen skal foretas, hvilke argumenter som har rettslig relevans i vurdering av om utvisning vil være et uforholdsmessig tiltak etter § 70, hva som nærmere ligger i disse, og hvilken vekt de har.

Utvisning vil i mange tilfeller gripe inn i rettighet vernet av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon<sup>3</sup> (EMK) artikkel 8, slik at praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen<sup>4</sup> (EMD) er helt sentral når § 70 skal analyseres. Videre vil FNs barnekonvensjon<sup>5</sup> (BK) artikkel 3 og Barnekomiteens praksis være interessant, bl.a. som følge av den eksplisitte henvisningen til barnets beste i § 70 (1) 2 pkt.<sup>6</sup>

En typisk utvisningssituasjon som aktualiserer § 70 er at en utlending<sup>7</sup> dømmes for alvorlig overtredelse av straffeloven<sup>8</sup>, for eksempel voldtekt, og deretter vurderes utvist fra landet. En annen er at utlendingen grovt eller gjentatt har overtrådt utlendingsloven, for eksempel ved med hensikt å

---

<sup>1</sup> Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15. mai 2008 nr. 35.

<sup>2</sup> Det pågår i teorien en debatt om forholdsmessighet kan anses som et ulovfestet prinsipp i norsk forvaltningsrett. Graver (2007) side 128 flg. er kanskje den mest offensive talspersonen for eksistensen av et slikt prinsipp, mens bl.a. Eckhoff & Smith (2010) side 424 flg. er mer tilbakeholdne. Innholdet av et slikt prinsipp kan antakelig etter de nevnte forfatterne brytes ned i tre deler; om middelet er *egnet* til å realisere formålet, om tiltaket er *nødvendig* og om det alt i alt er *for tyngende* i forhold til det mål som skal realiseres. Høyesterett har stilt seg avvisende til eksistensen av et alminnelig forholdsmessighetsprinsipp, jf. Rt. 2008 s. 560 avsnitt 48 og Rt. 2011 s. 304 avsnitt 56. Fordi forholdsmessighetsvurderingen er lovfestet i utlendingsloven § 70 og tydelig i EMK artikkel 8 (2) og EMDs praksis, faller teoriens diskusjonen om prinsippets eventuelle eksistens og innhold utenfor denne oppgaven.

<sup>3</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms av 4. november 1950.

<sup>4</sup> Opprettet i medhold av EMK artikkel 19.

<sup>5</sup> Convention on the Rights of the Child av 20. november 1989.

<sup>6</sup> For spørsmål om gjennomslagskraft m.m., se kapittel 3.2.1 Kobling mellom utlendingsloven og EMK, herunder EMDs rolle og metode og 3.3.1 Kobling mellom utlendingsloven og BK, herunder Barnekomiteens rolle og metode.

<sup>7</sup> «Utlending» er etter utlendingsloven § 5 «enhver som ikke er norsk statsborger». Gjennomgående brukes begrepet «han» om utlendingen, selv om det også fattes utvisningsvedtak mot kvinner.

<sup>8</sup> Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10.

ha oppgitt uriktige opplysninger til utlendingsmyndighetene ved ankomst eller ha oppholdt seg og arbeidet i Norge uten tillatelse.

Sentrale hensyn bak utvisning er etter forarbeidene å beskytte samfunnet mot personer som kan utgjøre fare, og å bidra til respekt for norske lover og regler.<sup>9</sup> Departementet påpeker videre at det er en grunnleggende del av innvandringsreguleringen å kunne holde utenfor landets grenser utlendinger som er uønsket på grunn av kriminalitet eller visse andre forhold. I tillegg legger departementet til grunn at det vil stride mot folks alminnelige rettsfølelse og svekke deres tillit til utlendingspolitikken dersom man ikke kan utvise utlendinger som begår kriminalitet. Utvisning blir også ansett som positivt bidrag til samfunnsinkluderingen av det store flertallet lovlidige innvandrere, ved at det finnes reaksjonsmuligheter overfor de relativt få som bryter forutsetningene for opphold i Norge. Allmennpreventive hensyn ved at utvisning skal virke avskrekkende for utlendinger og dermed motvirke lovovertridelser, blir også trukket fram.<sup>10</sup>

Saksgangen ved utvisning er i normaltillfellene at utlendingen er straffedømt av domstolene for lovbrudd, som gjør at Utlendingsdirektoratet (UDI) fatter vedtak om utvisning.<sup>11</sup> Reservasjonen for «normaltillfellene» er med tanke på at det ikke i alle sammenhenger er krav om idømt straff før utvisning kan skje.<sup>12</sup> Utvisning er en administrativ reaksjon<sup>13</sup> som kan påklages til Utlendingsnemnda (UNE).<sup>14</sup> Dersom UNE opprettholder vedtaket, er det endelig. Utlendingen kan prøve utvisningsvedtaket for domstolene, og EMD som siste mulighet. I 2011 ble 3142 personer vedtatt utvist fra Norge av UDI.<sup>15</sup>

*Rettslige konsekvenser* av utvisning er at utlendingen mister alle gyldige oppholds- og arbeidstillatelser,<sup>16</sup> og får plikt til å forlate riket innen kort tid.<sup>17</sup> Dersom utlendingen ikke forlater landet frivillig, kan politi bistå med uttransporteringen.<sup>18</sup> Utvisningsvedtak blir fulgt opp med innreiseforbud, som kan være permanent eller tidsbestemt – men aldri kortere enn ett år.<sup>19</sup>

---

<sup>9</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 288.

<sup>10</sup> NOU 2004: 20 side 303.

<sup>11</sup> Se utlendingsloven § 72 (1) om UDIs vedtakskompetanse og UDI (2009) for grafisk framstilling av saksgangen.

<sup>12</sup> Se mer om dette i kapittel 2 Kort om objektive vilkår for utvisning.

<sup>13</sup> Utvisning er verken etter intern norsk rett eller EMK formelt eller reelt å anse som straff, se *Maaouia* avsnitt 33 flg., NOU 2004: 20 side 311 første spalte, Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 288 første spalte og Innst. O. nr. 42 (2007-2008) side 47 andre spalte. Det betyr at utvisning ikke aktualiserer forbudet mot dobbeltstraff i protokoll 7 artikkel 4 til EMK, jf. bl.a. *Üner* avsnitt 56, Rt. 2005 s. 229 avsnitt 40 og LB-2009-102660 side 8.

<sup>14</sup> Utlendingsloven § 76 (1).

<sup>15</sup> UDI (2011).

<sup>16</sup> Utlendingsloven § 71 (1).

<sup>17</sup> Utlendingsloven § 90 (6).

<sup>18</sup> Utlendingsloven § 90 (7).

<sup>19</sup> Utlendingsloven § 71 (2) 2. pkt. Utlendingen kan så lenge innreiseforbudet varer ikke lovlig reise inn i landet, jf. utlendingsloven § 71 (2) 1. pkt. Det kan søkes om adgang til kortvarige besøk, jf. utlendingsloven § 71 (2) 4. pkt., og det kan søkes om opphevelse av innreiseforbudet på særskilte vilkår, jf. utlendingsloven § 71 (2) 3. pkt. En annen faktisk virkning er at den utviste i perioden for innreiseforbudet ikke vil kunne få behandlet søknad om opphold (eksempelvis familiegjenforening), se Rt. 2011 s. 948 avsnitt 43-45.

*Faktiske konsekvenser* er at utlendingen varig kan bli skilt fra sin familie, sitt nærmiljø og sin arbeidsplass. I ytterste konsekvens kan utvisning medføre at ekteskap går i oppløsning, og at barn mister kontakten med en av sine foreldre. Det kan altså være snakk om store inngrep i menneskers liv, som kan endre dem totalt og for alltid.

Den nåværende utlendingsloven § 70 er etter forarbeidene en videreføring av 1988-lovens § 29 (2) og § 30 (3) med lik ordlyd,<sup>20</sup> og dette er et sentralt premiss for oppgaven, da norsk rettspraksis i hovedsak er knyttet til de gamle bestemmelsene.

## 1.2 Bakgrunn for fremstillingen og aktualitet

Ved Det juridiske fakultet i Bergen pågår det et forskningsprosjekt kalt «Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten», og det ble i den forbindelse lyst ut et studentstipend med tittelen «Forholdsmessighetsvurderinger i utlendingsretten». Ettersom utlendingsloven § 70 er en lovfestet forholdsmessighetsvurdering, og kanskje den bestemmelsen som er tvistepunktet for de fleste rettsakene på utlendingsrettens område, er normen svært praktisk og aktuell for aktørene på dette feltet. Det er ikke tidligere gjort noe forsøk på mer systematisk å gå igjennom det store antall dommer fra norske og internasjonale domstoler på dette området, og det finnes ingen oppdaterte fremstillinger. Håpet med *denne avhandlingen* er å gi en rettsvitenskapelig analyse av forholdsmessighetsvurderingen i § 70, både for å sette regelen i perspektiv som kan bidra til økt forståelse og å lage et hjelpemiddel for rettsanvendere som kommer i kontakt med denne praktiske bestemmelsen.

Spørsmålet om forholdsmessighet i utvisnings saker er høyaktuelt i media, hvor det er en rekke saker som ofte fokuserer på urimeligheten ved at barn mister kontakten med en av sine foreldre.<sup>21</sup> Dette bidrar til å sette temaet på dagsorden. I tillegg kommer helt fersk utvikling på feltet, bl.a. fra EMD som i *Nunez* felte Norge for brudd på EMK artikkel 8.<sup>22</sup> Førstvoterende i Høyesterett ved behandling av saken uttalte at dersom utvisning var uforholdsmessig her, hadde han vanskelig for å se for seg når utlendinger som har fått barn skal kunne utvises overhodet.<sup>23</sup> EMD var altså ikke enig i dette. En annen sentral utvikling er dommen inntatt i Rt. 2011 s. 948, som falt samme dag som *Nunez*, der mye

---

<sup>20</sup> NOU 2004: 20 side 419 annen spalte og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 435 første spalte. Utlendingsloven § 70 (1) 2. pkt. om hensynet til barnas beste er derimot nytt, men det fastslås i forarbeidene at man ikke tilsiktet en realitetsendring på dette punkt, endringen var kun av pedagogisk art, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 291. For spørsmål om dette uansett har endret rettstilstanden, se siste avsnitt i kapittel 3.3.2 Nærmere om «best interest of the child» i relasjon til utvisning med videre henvisninger. For øvrig er det spor av forholdsmessighetskrav også i tidligere lovverk; i fremmedloven av 1956 § 13 om utvisning innfortolket man en forholdsmessighetsbegrensning i «kan»-formuleringen der forholdets alvor og tilknytning til riket var relevante momenter, jf. Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) side 127.

<sup>21</sup> Se eksempelvis <http://www.tv2.no/nyheter/innenriks/zarife-faar-bli-i-norge-3528156.html> og [http://www.dagbladet.no/2011/06/09/nyheter/utlendingsnemda/zarife\\_kashtanjeva/halvard\\_helle/16849119/](http://www.dagbladet.no/2011/06/09/nyheter/utlendingsnemda/zarife_kashtanjeva/halvard_helle/16849119/) i relasjon til Rt. 2011 s. 948.

<sup>22</sup> Dommen falt 28. juni 2011.

<sup>23</sup> Rt. 2009 s. 534 avsnitt 79.

taler for at man endrer rettstilstanden ved utlendingsloven § 70 med tanke på hva som skal være terskelen for uforholdsmessighet.<sup>24</sup> Samlet sett gjør dette at tematikken er aktuell og interessant.

### 1.3 Avgrensninger

For det første avgrenses fremstillingen til behandling av utlendingsloven § 70, kravet til forholdsmessighet ved utvisning av EØS-borgere etter utlendingsloven § 122 (4) faller dermed utenfor.<sup>25</sup> Det betyr at «utlendinger» i denne oppgavens forstand betyr personer som ikke er norske statsborgere<sup>26</sup> eller borgere av land som omfattes av EØS-avtalen.<sup>27</sup>

Videre vil ikke andre begrensninger i statens mulighet til utvisning enn forholdsmessighet bli behandlet. Det gjør at bl.a. skranker i forhold til nasjonalitet<sup>28</sup> og alvorlig tilstand i hjemlandet med frykt for forfølgelse eller umenneskelig behandling<sup>29</sup> faller utenfor problemstillingen. I tillegg vil ikke den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17 om «privacy» og «family» analyseres av plassmessige årsaker, da EMK artikkel 8 og BK artikkel 3 anses som mer praktisk relevante, i tillegg til at EMK utfylles med EMDs praksis. Videre kommer at BK stadig oftere anføres for domstolene og dermed inngår i deres premisser, samtidig som hensynet til barnas beste nå er direkte lovfestet i utlendingsloven § 70.

### 1.4 Kort om aktuelle rettskilder og metode

Rettskildebildet for denne fremstillingen er sammensatt. Det sentrale rettslige grunnlag som må tolkes er utlendingsloven § 70, sammenholdt med EMK artikkel 8 og BK artikkel 3.<sup>30</sup> For den førstnevnte bestemmelse er ordlyden utgangspunktet, men praksis fra Høyesterett er sentral og blir hovedfokus. I tillegg er forarbeider relevant for å klarlegge lovgivers mening. Juridisk teori vil også anvendes i noen grad. Innenfor oppgavens ramme har det ikke vært plass for en analyse av forvaltningspraksis.

I relasjon til EMK artikkel 8 er ordlyden det naturlige startpunkt, og den må fortolkes i lys av alminnelig språkforståelse med vekt på konvensjonens formål.<sup>31</sup> Forarbeider har lav vekt,<sup>32</sup> og de er ikke trukket inn i analysene her. Praksis fra EMD er sentral og blir hovedfokus.<sup>33</sup> Juridisk teori vil bare

---

<sup>24</sup> Se nærmere om dette i kapittelet 3.4 Terskler og utgangspunkter for forholdsmessighetsvurderingen.

<sup>25</sup> Høyesterett har imidlertid i Rt. 2009 s. 705 avsnitt 54 lagt til grunn at de likelydende bestemmelsene gir uttrykk for samme vurdering, og at rettspraksis vedrørende § 70 er relevant ved vurderingen etter § 122.

<sup>26</sup> Utlendingsloven § 5 (1).

<sup>27</sup> Utlendingsloven § 110 (1).

<sup>28</sup> Norske statsborgere og utlendinger som er født i riket og senere har hatt fast bopel kan ikke utvises, jf. utlendingsloven § 69.

<sup>29</sup> Utlendingsloven § 73 og EMK artikkel 3.

<sup>30</sup> Siste rettskildesøk ble foretatt 15. mai 2012, det vil si at rettspraksis og uttalelser fra Barnekomiteen etter dette tidspunktet ikke er innarbeidet i oppgaven.

<sup>31</sup> Se Wienkonvensjonen om traktatrett (WK) artikkel 31 (Vienna Convention on the Law of Treaties av 23. mai 1969), som ble lagt til grunn bl.a. i *Loizidou* avsnitt 43, og generelt er ansett som folkerettslig sedvanerett.

<sup>32</sup> Se WK artikkel 32 om forarbeiders sekundære vekt, bl.a. som følge av motstridende uttalelser om politiske målsetninger og konvensjonens dynamiske karakter, jf. Aall (2011) side 36 og Harris et al. (2009) side 16.

<sup>33</sup> Når slutninger fra EMD anvendes i oppgaven refereres det til flertallets votum, hvis ikke annet er spesifisert.



i begrenset grad bli brukt. Reelle hensyn i betydningen konsekvens og harmoni i rettsanvendelsen får også betydning.<sup>34</sup>

Også i BK artikkel 3 må utgangspunktet tas i alminnelig språkforståelse av ordlyden og konvensjonens formål.<sup>35</sup> Det finnes ikke noe eget domstolsapparat for konvensjonen som likner EMDs rolle innenfor EMK-systemet, men FNs Barnekomité har oppgave som fortolker av konvensjonen.<sup>36</sup> Det totale rettskildet bildet her gjør at juridisk teori får større vekt. Reelle hensyn er viktige, samtidig som forarbeider faller utenfor.<sup>37</sup> For mer utfyllende om konvensjonenes gjennomslagskraft og metodiske spørsmål vises det til senere kapittel.<sup>38</sup>

## 1.5 Videre fremstilling

Forholdsmessighetskravet i utlendingsloven § 70 kommer først til anvendelse etter at noen objektive kriterier er oppfylt, for eksempel at utlendingen er straffedømt for lovovertrødelse av en viss alvorlighetsgrad. Dette gjør at de objektive vilkår kortfattet presenteres for oversiktens del først. Deretter dreier fokuset seg mot selve forholdsmessighetsvurderingen. Etter dette presenteres EMK artikkel 8, koblingen mot utlendingsloven § 70, EMDs rolle forklares og bestemmelsens oppbygning utdypes. I tillegg presenteres noen materielle spørsmål knyttet til «family life» og «private life». Videre behandles BK artikkel 3, koblingen mot utlendingsloven § 70, Barnekomiteens rolle og aktuelle uttalelser klarlegges, og det presenteres hvordan BK virker i forhold til utvisning.

Videre skal det drøftes noen sentrale og generelle momenter som ikke relaterer seg direkte til relevante hensyn eller deres vekt, men som allikevel er praktiske og kommer forut i tid for selve forholdsmessighetsvurderingen. Dette er terskler for vurderingen og spørsmål om hva som er relevante skjæringsstidspunkter for faktiske omstendigheter.

Til sist, etter å ha vært igjennom dette viktige bakteppet, kommer vi til kjernen av fremstillingen der de ulike momentene i forholdsmessighetsvurderingen presenteres og utdypes. Videre i analysen behandles vektleggingen av de ulike momentene i vurderingen. Oppgaven rundes deretter av med en avslutning.

## 2 Kort om objektive vilkår for utvisning

Gjennomgangen av de objektive vilkår for utvisning gjøres kort og uten siktemål om å være uttømmende, hovedsakelig fordi kriteriene er relativt klare og normalt sett ikke omtvistet i saker for domstolene. Tyngdepunktet ligger i de fleste tvister på det subjektive vilkåret i relasjon til utvisning, altså forholdsmessighetsvurderingen.

---

<sup>34</sup> Se nærmere om dette i relasjon til EMK i Aall (2011) side 39 og Harris et al. (2009) side 15.

<sup>35</sup> Se Høstmælingen et al. (2012) side 24 flg., og ellers note 31 om tilsvarende ved EMK.

<sup>36</sup> Se nærmere om dette i kapittelet 3.3.1 Kobling mellom utlendingsloven og BK, herunder Barnekomiteens rolle og metode.

<sup>37</sup> Se notene 32 og 34 om tilsvarende ved EMK.

<sup>38</sup> Se kapitlene 3.2.1 Kobling mellom utlendingsloven og EMK, herunder EMDs rolle og metode og 3.3.1 Kobling mellom utlendingsloven og BK, herunder Barnekomiteens rolle og metode.

I utlendingsloven deles det inn i tre typetilfeller med hver sin bestemmelse; § 66 regulerer utvisning av utlendinger *uten oppholdstillatelse*, § 67 gjelder ved *midlertidig oppholdstillatelse* og § 68 fastslår situasjonen ved *permanent oppholdstillatelse*. Generelt gjelder at jo svakere tilknytning utlendingen har til Norge, desto lavere krav settes til de objektive vilkår for utvisning. Terskelen for utvisning er altså høyest i § 68, og lavest i § 66.

Det er fire omstendigheter som er gjennomgående i alle bestemmelsene og gir grunnlag for utvisning med varierende terskler; sonet eller ilagt straff eller særreaksjon *i utlandet*, sonet eller ilagt straff eller særreaksjon *i Norge*, overtredelse av terrorbestemmelsene § 147 a og § 147 b i straffeloven og når grunnleggende nasjonale interesser gjør utvisning nødvendig.

Paragraf 67 bokstav c inneholder en særregulering for enkelte straffbare forhold med lavere strafferamme enn bokstav b stiller krav om, som allikevel gir grunnlag for utvisning. Paragraf 66 bokstav a regulerer særskilt situasjonen der utlendingen ikke har overholdt plikten til å forlate riket innen fristen, og gir hjemmel for utvisning som et «ris bak speilet» for å følge lovlige vedtak, for eksempel ved tilbakekall av tillatelser eller avslag på søknad om asyl.<sup>39</sup> Bestemmelsen regulerer også særskilt overtredelse av utlendingsloven, der det ikke er krav om at utlendingen er *straffet* for forholdet av prosessøkonomiske grunner.<sup>40</sup> Utlendingsloven § 108 straffesanksjonerer flere overtredelser av loven,<sup>41</sup> men at utlendingen er *straffet* er altså ikke nødvendig etter § 66 bokstav a. Ved både § 67 og § 68 kan overtredelser av utlendingsloven medføre tilbakekall av bosettingstillatelsen etter § 63, slik at utvisning deretter kan besluttes på bakgrunn av § 66.

For både §§ 67 og 68 er det krav om at tillatelse er *innvilget* på skjæringstidspunktet, det er ikke tilstrekkelig at vilkårene da var *oppfylt*.<sup>42</sup> Annet ledd i disse paragrafene regulerer situasjonen der den straffbare handling er begått før utlendingen fikk sin tillatelse. Bestemmelsene er av praktisk art, da det kan gå lang tid mellom lovbrudd og domfellelse, og medfører at det utvidede vernet som følger med tillatelsen *ikke* kan påberopes av utlendingen.<sup>43</sup> Skjæringstidspunktet er altså da den straffbare handlingen begås. For omfattende behandling av de objektive vilkår generelt vises det til forarbeider<sup>44</sup> og teori<sup>45</sup>.

---

<sup>39</sup> Se Bunæs et al. (2004) side 324 flg.

<sup>40</sup> Se Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 289 første spalte.

<sup>41</sup> Se note 242 på side 37 om at Riksadvokaten har tatt til orde for økt bruk av straffehjemmelen.

<sup>42</sup> Slik var det i den gamle loven, jf. utlendingsloven 1988 § 30 (2) «fyller kravene til å få bosettingstillatelse» contra utlendingsloven 2008 § 67 (1) og § 68 (1) «utlending som har [...] oppholdstillatelse».

<sup>43</sup> Et sentralt hensyn er at utlendingen ikke kan ha berettiget forventning om utvidet vern da han vet at om sin straffbare overtredelse, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 291 første spalte.

<sup>44</sup> Særlig Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 289-291 og side 433 flg.

<sup>45</sup> Vevstad (2010) side 424 flg. og Bunæs et al. (2004) side 322 flg. Sistnevnte behandler 1988-loven som i stor grad er videreført, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 433 flg.

## 3 Generelle momenter i forholdsmessighetsvurderingen

### 3.1.1 Innledende bemerkninger

Forholdsmessighetsvurderingen i utlendingsloven § 70 er kompleks og sammensatt, og en rekke argumenter er relevante i analysen og må avveies mot hverandre. Noe av det som kompliserer vurderingen er at den ligger delvis i grenseland mellom politikk og juss. Det som i størst grad vanskeliggjør analysen er at man må avveie inkommensurable størrelser; samfunnets allmennpreventive behov for å reagere må for eksempel vektes mot at barn må vokse opp uten sin mor eller far. Det er på mange måter en «umulig» vurdering.

Rettsanvenderen må foreta en konkret og samlet vurdering i hver enkelt sak. «Samlet» betyr i denne sammenheng at forholdsmessighetsanalysen ikke bare skal foretas i forhold til utlendingen selv, men også for hver enkelt av dennes nærmeste. Deretter må de totale og kumulerte virkningene av utvisning analyseres i en avsluttende vurdering.<sup>46</sup> Videre kan man si at § 70-vurderingen er to-leddet i den forstand at det først må analyseres om utvisningen i utgangspunktet er en proporsjonal reaksjon, deretter må forvaltningens vedtak om lengden på innreiseforbudet analyseres.<sup>47</sup> Dersom forbudet er for langvarig, kan det gjøre at utvisningen under ett blir uforholdsmessig.<sup>48</sup>

Et annet spørsmål som har vært oppe, er om retten i forholdsmessighetsvurderingen kan ta hensyn til sannsynligheten for adgang til riket etter innreiseforbudets opphør. I Rt. 2009 s. 534 (behandlingen av Nunez-saken) avsnitt 69 fastslo flertallet at dette ikke var relevant. Mindretallet fastslo i avsnitt 90 at det var «uvisst» hva som skjedde etter opphøret, og tok dermed dette med i vurderingen av forholdsmessigheten i favør barna. I Rt. 2011 s. 948 avsnittene 40-44 er man inne på noe av samme tematikken, og der borttolker retten en uttalelse i Rt. 2010 s. 1430 som gjaldt en annen problemstilling uten å klargjøre rettstilstanden for spørsmålet om sannsynlighet for adgang etter opphør er relevant. I *Nunez* avsnitt 81 ville ikke retten spekulere i om atskillelsen etter opphøret av innreiseforbudet ble permanent eller midlertidig, men fastholdt at det ikke var noen garanti for at moren ville kunne returnere til Norge og understreket at barnas situasjon var sårbar. EMD henviser her til mindretallet i Høyesterett, og synes dermed å ta sannsynligheten for adgang til riket etter innreiseforbudets opphør i betraktning ved forholdsmessighetsvurderingen.

---

<sup>46</sup> Se Rt. 2007 s. 667 avsnitt 39 og 47, Rt. 2009 s. 705 avsnitt 65 og 68 og Rt. 2011 s. 948 avsnitt 31.

<sup>47</sup> Når utvisningssakene kommer for domstolene er lengden på innreiseforbudet et faktum som må vurderes slik det er fastsatt av forvaltningen. Varigheten kan ikke justeres av retten, resultatet av for langvarig innreiseforbud er ugyldighet eller krenkelse av EMK artikkel 8. For diskusjonen om realitetsdom, se Rt. 2001 s. 995 og Eckhoff & Smith (2010) side 547 flg. Om analysen av innreiseforbudets varighet, se Rt. 1996 s. 1510 på side 1519, Rt. 2005 s. 229 avsnitt 55, *Üner* avsnitt 65, *Kaya* avsnitt 68, *Maslov* avsnitt 98 og Vevstad (2010) side 423.

<sup>48</sup> Se eksempelvis i *Radovanovic* avsnitt 37 der det ble utslagsgivende at innreiseforbudet var varig, og retten mente at et tidsbegrenset forbud hadde vært tilstrekkelig. Det ble derfor konstatert krenkelse av EMK artikkel 8. Se mer utfyllende om vurderingen av innreiseforbudets lengde i kapittel 4.2.1.2 Barns behov for nærhet med sine foreldre og foresatte.

Forholdsmessighetsvurderingen i utlendingsloven § 70 er underlagt rettsanvendelsesskjønn,<sup>49</sup> det vil si at domstolene kan prøve om utvisning i betraktning forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familie-medlemmene. Retten skal altså kontrollere om det er *rettslig adgang* til å utvise vedkommende. Domstolene kan imidlertid ikke prøve den konkrete vurderingen av om utvisning, der det er rettslig adgang til det, *skal* eller *bør* gjøres. Dette ligger i «kan»-skjønn, som i utgangspunktet er eksklusivt overlatt til forvaltningen.<sup>50</sup>

### 3.1.2 Hvem er «de nærmeste familiemedlemmene»?

Spørsmålet er nå hvilken personkrets som er vernet av utlendingsloven § 70. Ordlyden tilsier etter alminnelig språkforståelse at kun de aller næreste slektningene er omfattet, og da synes ektefelle og mindreårige barn å være utgangspunktet i bestemmelsen. Samtidig synes ikke ordlyden å stenge for at også andre slektninger kan være vernet dersom de etter en reell vurdering av relasjonen fremstår som tett knyttet sammen.<sup>51</sup> Eneste gangen Høyesterett har vurdert denne type tematikk var i Rt. 2007 s. 667. Spørsmålet var der om en voksen, psykisk syk sønn som sammen med sin egen familie bodde med den utviste faren kom innenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Høyesterett fant under henvisning til sykdommens alvor, risikoen for forverring og familiemedlemmets avhengighet av den som utvises, at sønnen skulle tas med i vurderingen.<sup>52</sup> Ellers antas det at den vernede kretsen er den samme som etter EMK artikkel 8 om rettigheten «family life», og det henvises til dette kapittelet for ytterligere nyansering.<sup>53</sup>

## 3.2 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 8

EMK artikkel 8 lyder:

1. *Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.*
2. *There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interest of national security, public safety or 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 rights and freedoms of others.*

---

<sup>49</sup> Tidligere var vurderingen ansett som fritt skjønn, men dette endret seg i Rt. 1998 s. 1795 der det også ble gitt en utfyllende begrunnelse på side 1802 flg. Senere er konklusjonen fra sistnevnte dom konsekvent fulgt opp, ofte uten nærmere drøftelse, jf. bl.a. Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 77.

<sup>50</sup> Her kommer imidlertid andre begrensninger inn, nemlig den domstolsskapte læren om myndighetsmisbruk med forbud mot utenforliggende hensyn, usaklig forskjellsbehandling og grov urimelighet. I tillegg kan domstolene kontrollere lovtolkningen, saksbehandlingen og faktum.

<sup>51</sup> Se Vevstad (2010) side 440 som legger til grunn at også annen nær familie enn ektefelle og mindreårig barn kan være omfattet.

<sup>52</sup> Se dommens avsnitt 45.

<sup>53</sup> Se kapittelet 3.2.2.1 Nærmere om «family life».

### 3.2.1 Kobling mellom utlendingsloven og EMK, herunder EMDs rolle og metode

EMK ble fullt inkorporert i norsk rett ved menneskerettsloven<sup>54</sup> § 2 nr. 1 i 1999.<sup>55</sup> Utlendingsloven § 3 fastsetter at regelsettet skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling.<sup>56</sup> Det følger av forarbeidene at domstoler og forvaltning ved tvil om anvendelsen av en bestemmelse i loven, skal anvende det tolkningsalternativ som gjør at folkerettsbrudd unngås.<sup>57</sup> Det betyr at individet gis en viss tolkningsmargin i sin favør.<sup>58</sup> Videre følger det av menneskerettsloven § 3 at konvensjonens bestemmelser ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning. EMD opptrer som rettslig bindende domstol og fortolker av EMK,<sup>59</sup> og i EMDs metode legges det stor vekt på at EMK er et «levende instrument», som tolkes formålsrettet og dynamisk for å sikre at rettighetene blir praktiske, effektive og i tråd med samfunnsutviklingen.<sup>60</sup> Det gir norske domstoler en problemstilling; hvordan skal de forholde seg til EMDs offensive metode og praksis?

Det kan tenkes tre måter EMKs praktiske betydning kan begrenses for nasjonal domstolsprøving,<sup>61</sup> krav om klarheten til den regelen som bygger på EMDs praksis ved motstrid med norsk norm, nasjonal skjønnsmargin og at norsk metode og verdier begrenser fortolkningen.

Klarhetskravet ble introdusert i Rt. 1994 s. 610 (*Bølgepapp*) der det ble slått fast at dersom man skulle fravike nasjonale regler, måtte den folkerettslige normen fremtre som tilstrekkelig «klar og entydig».<sup>62</sup> I Rt. 1999 s. 961 ble det reist tvil om den nærmere betydning av rettsoppfatningen angående klarhetskravet i bølgepappkjennelsen, som følge av uttalelser i forarbeidene til menneskerettsloven som var kommet i mellomtiden.<sup>63</sup> I Rt. 2000 s. 996 (*Bøhler*) fastslo Høyesterett at spørsmålet om motstrid ikke kunne løses ved hjelp av et generelt prinsipp, «men må bero på en nærmere tolking av de aktuelle rettsregler».<sup>64</sup> Retten fulgte opp ved å uttale at dersom «det tolkningsresultat som følger av EMK fremstår som rimelig klart, må norske domstoler legge konvensjonsbestemmelsen til grunn».<sup>65</sup> Klarhetskravet ble dermed forlatt. Dette ble uttrykkelig

<sup>54</sup> Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (mnskrl.) av 21. mai 1999 nr. 30.

<sup>55</sup> Materien er omfattende, og det er derfor gjort et utvalg av problemstillinger. Selv om mange spørsmål nå er avklart av Høyesterett, er det er uenighet i teorien på noen punkt. Det pågår bl.a. nå en debatt om tematikken i Lov og Rett, se f. eks. Bjørge (2012), Borvik (2011) og Skoghøy (2011a) og (2011).

<sup>56</sup> Det er dermed etablert sektormonisme på utlendingsrettens område, jf. Vevstad (2010) side 42. Også utlendingsloven av 1988 § 4 inneholdt tilsvarende bestemmelse, slik at EMK hadde direkte anvendelse på dette feltet før menneskerettsloven kom i 1999. Et spørsmål i denne forbindelse er om konvensjoner får ulik gjennomslagskraft avhengig av om det er den generelle bestemmelsen i utlendingsloven § 3 eller den konkrete oppstillingen i menneskerettsloven § 2 som gjør de relevante. Svaret må antakelig være nei.

<sup>57</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 401.

<sup>58</sup> Einarsen & Reiertsen (2012) kommentar til utlendingsloven § 3.

<sup>59</sup> EMK artikkel 19 og 46.

<sup>60</sup> Se WK artikkel 31, anvendt i bl.a. *Loizidou* avsnitt 72 flg. Se også Andenæs & Bjørge (2011) side 259 og Aall (2011) side 37.

<sup>61</sup> Se Andenæs & Bjørge (2011) side 252.

<sup>62</sup> Se dommens side 616.

<sup>63</sup> Se dommens side 973, jf. sidene 970-972.

<sup>64</sup> Se dommens side 1007.

<sup>65</sup> Se note 64.

bekreftet i Rt. 2002 s. 764, der lagmannsretten hadde forstått det siterte slik at tolkningen som fremgikk av EMK måtte være «rimelig klar» for å kunne sette til side den norske normen. Høyesterett uttalte at denne forståelsen berodde på «en misforståelse».<sup>66</sup> Senere er dette fulgt opp i en rekke dommer.<sup>67</sup> Det kreves dermed ikke forskjellige former for «klarhet» for å anvende det folkerettslige tolkningsresultatet.<sup>68</sup>

Spørsmålet er så om skjønnsmarginen EMD opererer med, også skal anvendes på nasjonalt plan. EMD har utviklet en lære om skjønnsmargin på grunn av kulturell og geografisk distanse mellom domstolen og de nasjonale spørsmål som kommer til prøving.<sup>69</sup> Læren gir statene en viss skjønnsmargin eller handlingsrom der prøvingsintensiteten til EMD er noe lavere. Ofte vil skjønnsmarginen bli påvirket av om temaet er velegnet for domstolskontroll for europeisk plan, og om det finnes en europeisk standard.<sup>70</sup> Hensynet bak læren om skjønnsmargin slår ikke til på nasjonalt plan, nettopp fordi domstolene er nasjonale og det ikke foreligger kulturell eller geografisk distanse.<sup>71</sup> Standpunktet ble fastslått av EMD i A.<sup>72</sup>

Spørsmålet er så om norske verdier og metode begrenser prøvingen. I Rt. 2000 s. 996 (*Bøhler*) ble det fastslått at norske domstoler ved anvendelsen av EMK skal anvende samme «tolkningsprinsipper som EMD»,<sup>73</sup> og må forholde seg til «konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser».<sup>74</sup> Det ble allikevel lagt den begrensning at det er «EMD som i første rekke har til oppgave å utvikle konvensjonen», og at «norske domstoler i tilfeller hvor det er tvil om hvordan EMK skal forstås, ikke bør anlegge en for dynamisk tolking av konvensjonen».<sup>75</sup> I forlengelsen av dette uttalte dommeren at «de verdioppfatninger og tradisjoner som vårt samfunn bygger på» gikk inn i rettsanvendelsesprosessen for norske domstoler for å komme fram til innholdet av konvensjonens bestemmelser.

I Rt. 2002 s. 557 (*Dobbeltstraff I*) tolket retten EMK etter EMDs metode, og fulgte ikke begrensningen fra *Bøhler*-dommen om tilbakeholdenhet ved dynamisk tolking av konvensjonen.<sup>76</sup> Retten kom dermed EMD i forkjøpet, og hindret krenkelse av konvensjonen.<sup>77</sup> Rt. 2005 s. 833

---

<sup>66</sup> Se dommens side 773.

<sup>67</sup> Se bl.a. Rt. 2002 s. 557 på side 565, Rt. 2003 s. 359 avsnitt 56, Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45 og Rt. 2008 s. 1409 avsnitt 74, jf. Andenæs & Bjørge (2011) side 266.

<sup>68</sup> Dette er også slutningen i Andenæs & Bjørge (2011) side 265.

<sup>69</sup> Se bl.a. *Handyside* avsnitt 48.

<sup>70</sup> Andenæs & Bjørge (2011) side 255 flg. og Aall (2011) side 144 flg.

<sup>71</sup> Andenæs & Bjørge (2011) side 258.

<sup>72</sup> Se dommens avsnitt 184. Se også Rt. 2000 s. 591 der staten hevdet at man ved vurderingen av forholdsmessighet etter intern, norsk rett også måtte tilstå forvaltningen en skjønnsmargin, på samme måte som EMD gjør til statene ved EMK. Statens syn ble ikke akseptert.

<sup>73</sup> Se dommens side 1007.

<sup>74</sup> Se note 73.

<sup>75</sup> Se dommens side 1008.

<sup>76</sup> Det forelå ingen sammenliknbare avgjørelser fra EMD som kunne gi direkte veiledning, se også Andenæs & Bjørge (2011) side 269.

<sup>77</sup> EMD fikk tilsvarende sak en måned etterpå, og kom til samme resultat, se Andenæs & Bjørge (2011) side 269.

(*Uskyldpresumsjonkjennelsen*) synes å være et nytt eksempel på at Høyesterett anvender EMDs metode<sup>78</sup>, samtidig som norske verdier<sup>79</sup> blir brukt som utviklende, og ikke begrensende, faktor.<sup>80</sup>

Som oppsummering kan det på bakgrunn av rettspraksis fastslås at EMDs avgjørelser har stor vekt, det eksisterer ikke klarhetskrav til den folkerettslige normen ved motstrid med nasjonale regler, skjønnsmarginen skal ikke anvendes ved nasjonale domstoler, og norske verdier og metode brukes av Høyesterett ikke som begrensning ved fortolkningen av EMK – nyere praksis synes heller å vise en tendens i motsatt og utviklende retning.<sup>81</sup> Samlet sett betyr dette at ved motstrid vil EMK tolket i lys av EMDs praksis normalt slå igjennom overfor den nasjonale norm.

### 3.2.2 Bestemmelsens oppbygning – første ledd

Første ledd i EMK artikkel 8 angir hvem som er vernet, og hvilke rettigheter som beskyttes av artikkelen og statenes sikringsplikt. I annet ledd angis vilkår for at inngrep i rettighetene skal være konvensjonsmessig. Det følger av ordlyden «enhver» at det ikke er spørsmål om statsborgerskap, utlendinger er også vernet av bestemmelsen.<sup>82</sup> Ordene «rett til respekt» viser til artikkel 1, som på generelt plan fastslår at statene skal sikre at rettighetene i konvensjonen blir fulgt. Det er altså ikke tilstrekkelig at statene avstår fra å gjøre inngrep, de har også en positiv sikringsplikt. Spørsmålet er så hvordan dette stiller seg ved utvisning av utlendinger. Både i *Gül*<sup>83</sup> og *Nunez*<sup>84</sup> fastholder EMD at grensene mellom inngrep og sikringsplikt kan være hårfine, og ikke lar seg definere presist. Spørsmålet er allikevel uten betydning, da de relevante momentene i vurderingen er de samme.<sup>85</sup>

#### 3.2.2.1 Nærmere om «family life»

På bakgrunn av hva som har vært aktualisert i utvisningspraksis, skal det her sammenfattes hva som ligger i «family life».<sup>86</sup> På bakgrunn av ordlyden synes utgangspunktet å være at ektefelle og mindreårige barn er omfattet av begrepet, samtidig som det ikke stenger for at andre kan være vernet dersom de etter en reell vurdering fremstår som tett knyttet sammen. Først behandles relasjonen mellom voksne, deretter tilknytningen mellom foreldre og mindreårige barn, videre forbindelsen mellom myndige ungdommer og deres foresatte, og avslutningsvis andre tilfeller.

Overordnet vurderingstema for *det voksne paret* er om de i realiteten har nære personlige bånd, og relevante momenter er om de bor sammen, lengden på forholdet,<sup>87</sup> og om de har demonstrert sin

---

<sup>78</sup> Se dommens avsnitt 45.

<sup>79</sup> Uskyldpresumsjonen var et «av de grunnleggende prinsipper [...] i norsk straffeprosess», og argumentet fikk avgjørende vekt.

<sup>80</sup> Se Andenæs & Bjørge (2011) side 271, med henvisninger til flere dommer på side 285.

<sup>81</sup> For motstridende konklusjon, særlig om betydning av norske verdier, se Vevstad (2010) side 47.

<sup>82</sup> Se Aall (2011) side 48 og for så vidt alle dommene fra EMD der forholdsmessigheten ved utvisning av utlendinger er drøftet uten at spørsmålet overhodet er tatt opp.

<sup>83</sup> Se dommens avsnitt 38.

<sup>84</sup> Se dommens avsnitt 68.

<sup>85</sup> Se eksempelvis i *Nunez* avsnitt 68.

<sup>86</sup> Skjæringstidspunktet for når vurderingen av «family life» skal foretas er behandlet i kapittelet 3.5.2 EMDs behandling av skjæringstidspunkter.

<sup>87</sup> Se *Johnston* avsnitt 56 der 15 års samboerskap utvilsomt var nok, jf. Aall (2011) side 208.

forpliktelse overfor hverandre ved å få barn eller ved andre forhold.<sup>88</sup> Det er ikke krav om ekteskap, samboerskap kan være tilstrekkelig.<sup>89</sup> Dersom det foreligger formelt ekteskap uten realitet, vil man se bort i fra dette som proforma.<sup>90</sup> Det foreligger ikke praksis fra EMD om par av samme kjønn nyter vern som «family life», men antakelig må de gjøre det i takt med samfunnsutviklingen.<sup>91</sup> Båndet mellom det voksne paret kan brytes ved samlivsbrudd eller andre mer ekstraordinære omstendigheter, noe som i så fall medfører at retten til «family life» går tapt.<sup>92</sup>

Det har vært en utvikling i EMDs praksis i relasjon til *barn*. Tidligere fulgte det av *Berrehab* at det ikke var krav om at foreldrene var sammen ved fødselen, dersom de var gift eller samboende da barnet ble unnfanget.<sup>93</sup> Barn var da i kraft av fødselen og fra dette tidspunkt en del av et «family life» med foreldrene selv om barnet ikke bodde sammen med begge to. Senere har praksis blir skjerpet, og det relevante tidspunkt blitt flyttet, slik at det sentrale nå er om foreldrene var gift eller samboende ved fødselen.<sup>94</sup> I så tilfelle er det «family life» mellom barnet og begge foreldrene. Dersom dette ikke er tilfelle, og barnet kun bor med en av sine foreldre (som regel moren), vil det i utgangspunktet kun være «family life» mellom disse to.<sup>95</sup> Dersom foreldrene ikke var gift eller samboende ved fødselen, og barnet kun bor med en av foreldrene, kan det allikevel være snakk om en familierelasjon mellom den andre forelder (som regel faren) og barnet. Sentrale momenter for å vurdere om det i realiteten foreligger et «family life» er lengden på foreldrenes forhold, om barnet var planlagt, om faren har anerkjent farskapet og bidrar til barnets oppvekst og omsorg, samt kvaliteten og stabiliteten ved deres kontakt.<sup>96</sup> Båndet mellom barn og foreldre generelt kan senere kun brytes ved ekstraordinære omstendigheter.<sup>97</sup>

For *myndige ungdommer og deres foreldre* skiller praksis mellom de tilfeller der den myndige har etablert sin egen familie og saker der den unge er uetablert.<sup>98</sup> I førstnevnte tilfelle fastholder praksis

---

<sup>88</sup> Se *Al-Nashif* avsnitt 112.

<sup>89</sup> Se *Al-Nashif* avsnitt 112, *Rodrigues da Silva og Hoogkamer* avsnitt 37 og *Alim* avsnitt 69, jf. at det er realiteten av de nære personlige bånd som er avgjørende. Det siste poenget medfører antakelig at det ikke er et vilkår at de bor sammen, jf. også at dette bare er et moment i vurderingen.

<sup>90</sup> Se *Al-Nashif* avsnitt 112 og Aall (2011) side 207 der man fokuserer på realiteten av relasjonen.

<sup>91</sup> Dette er lagt til grunn i Harris et al. (2009) side 374 og van Dijk et al. (2006) side 693. Dette synes også å følge av fokuset på realiteten av relasjonen. Den gamle Kommisjonen fant i en avgjørelse at et stabilt langvarig forhold mellom to kvinner ikke var «family life», men avgjørelsen er gammel og ikke fra EMD, se mer om denne saken i Reid (2008) side 392.

<sup>92</sup> Det skal mye til av slike andre omstendigheter; i *Beldjoudi* avsnitt 76 var sju år i fengsel mens paret var gift ikke tilstrekkelig til å bryte «family life».

<sup>93</sup> *Berrehab* avsnitt 21, dette ble også stadfestet i *Boughanemi* avsnitt 35, *Gül* avsnitt 32, *C* avsnitt 25 og *Keegan* avsnitt 44. Den grunnleggende forutsetning at «family life» også omfatter «uekte» barn, altså barn født utenfor ekteskap, ble tidlig anerkjent i *Marckx* fra 1979 avsnitt 31.

<sup>94</sup> Se *Joseph Grant* avsnitt 30 og *Onur* avsnitt 44.

<sup>95</sup> Dette var situasjonen i *Marckx* avsnitt 31.

<sup>96</sup> Se bl.a. *Joseph Grant* avsnitt 30 og *Onur* avsnitt 44.

<sup>97</sup> Se bl.a. *Al-Nashif* avsnitt 112 og *C* avsnitt 25 om dette vurderingstema. I sistnevnte dom var det ikke tilstrekkelig at faren ble fengslet og sendt ut av landet for at båndet skulle brytes. I *Boughanemi* avsnitt 35 var sen anerkjennelse av foreldreansvar ikke tilstrekkelig til at båndet skulle være brutt.

<sup>98</sup> Se gjennomgangen av tidligere praksis og slutning i A.A. avsnittene 46-49.



at relasjoner mellom myndige ungdommer og foreldrene kun er beskyttet som «family life» dersom det foreligger avhengighetsforhold utover normale følelsesmessige bånd. Slik avhengighet kan typisk være helsemessige forhold, men det må være avhengighet over en viss terskel.<sup>99</sup> I de tilfeller der man ikke har etablert egen familie, anerkjenner EMD «family life» med foreldrene dersom ungdommen ikke er for gammel<sup>100</sup> og har nær kontakt med foreldrene<sup>101</sup>.

I tilfeller *utenfor de ovenstående kategorier*, er det spørsmål hvor langt ut i slekten man anerkjenner «family life». Også her er kriteriet om personene i realiteten har nære personlige bånd.<sup>102</sup> I *Jakupovic* var stefar, brødre og halvsøster implisitt omfattet.<sup>103</sup> I *Marckx* var forholdet mellom barnebarn og besteforeldre omfattet.<sup>104</sup> Da det er realiteten i de personlige bånd som er avgjørende, kan det tenkes at både onkler, tanter og søskenbarn er omfattet.<sup>105</sup> For de tilfellene der disse relasjonene ikke faller innenfor «family life», kan det tenkes at de er omfattet som «private life».<sup>106</sup>

### 3.2.2.2 Nærmere om «private life»

EMD har i en rekke dommer uttalt at fordi artikkel 8 også beskytter retten til å etablere og utvikle relasjoner med andre mennesker og omverdenen, og noen ganger kan omfatte aspekter ved en persons sosiale identitet, må det aksepteres at totaliteten av sosiale bånd mellom bosatte innvandrere og samfunnet de lever i, utgjør en del av begrepet «private life».<sup>107</sup> Dette gjelder uavhengig av om det eksisterer «family life». EMD avstår i nyere praksis ofte fra å konkludere i relasjon til «family life» dersom klageren oppfyller «private life», ettersom forholdsmessighetsvurderingen er lik etter begge rettigheter.<sup>108</sup>

Spørsmålet er så om det kreves noe av innvandrers integrasjon i samfunnet, eller inntreffer vernet automatisk? I de få sakene der EMD konkret går inn i tematikken, trekkes det gjerne fram at utlendingen er født i landet eller kom i ung alder, har lang botid eller har gått på skole og arbeidet i

---

<sup>99</sup> I *Konstatinov* avsnitt 52 hadde den voksne sønnen astma, noe som ikke var tilstrekkelig. I *A.W. Khan* avsnitt 32 ble terskelen satt høyt; det var ikke bevist at helseplagene var så alvorlige at de gjorde moren totalt hjelpeløs og dermed avhengig av sønnen. I tillegg fantes det annen familie som kunne trå til, slik at sønnen ikke var eneste som kunne hjelpe moren.

<sup>100</sup> Fra myndighetsalder til 24 år har blitt akseptert, jf. *A.A.* avsnittene 46-49, uten at dette antakelig er noen maksimal grense.

<sup>101</sup> Typisk ved at den myndige ungdommen bor sammen med foreldrene, jf. *A. A.* avsnittene 48-49.

<sup>102</sup> Se fotnote 88 på side 16.

<sup>103</sup> Se dommens avsnitt 32 sammenholdt med 24 og 9, jf. *Vevstad* (2010) side 440.

<sup>104</sup> Se dommens avsnitt 45. Se også *Vermeire* avsnittene 23-28, der barnebarns utestengelse fra besteforeldres arv var i strid med artikkel 8 sammen med artikkel 14.

<sup>105</sup> Se nærmere i *Aall* (2011) side 209.

<sup>106</sup> For mer heldekkende behandling av «family life» vises det til teori, se bl.a. *van Dijk et al.* (2006) side 690, *Harris et al.* (2009) side 371, *Kjølbros* (2010) side 614 flg. og *Jacobs et al.* (2010) side 335.

<sup>107</sup> For nyeste eksempler, se bl.a. *A.A.* avsnitt 49 og *A.W. Khan* avsnitt 31. Skjæringstidspunktet for når vurderingen av «private life» skal foretas er behandlet i kapittelet 3.5.2 EMDs behandling av skjæringstidspunkter.

<sup>108</sup> For et eksplisitt eksempel i nyere praksis, se *A.A.* avsnitt 49.

vertslandet.<sup>109</sup> Det hører allikevel til sjeldenhetene at EMD foretar noen vurdering av faktum opp mot vurderingskriteriet for «private life», og i nyere praksis legges det kun kort til grunn etter vurderingsnormen at utvisning av innvandrere utgjør en krenkelse av hans «private life».<sup>110</sup> Det må derfor legges til grunn at utvisning av utlendinger vil være inngrep i rettigheten «private life» uten nærmere drøftelse av de faktiske forhold.<sup>111</sup> Dette gjør at utvisning generelt aktualiserer vernet etter EMK artikkel 8, og må stå seg mot bestemmelsens annet ledd for ikke å være konvensjonsstridig.<sup>112</sup>

### 3.2.3 Bestemmelsens oppbygning – annet ledd

Det er uten betydning for vurderingen om man anser utvisning som inngrep eller brudd på statenes sikringsplikt.<sup>113</sup> EMD foretar allikevel normalt sett inngrepstilnærming etter artikkel 8 (2) i praksis, og det skal redegjøres for den i dette kapittelet.

#### 3.2.3.1 Er utvisning «interference» i vernet rettighet?

I noe eldre praksis gikk EMD helt kort inn og fastslo at utvisning ville innebære atskillelse fra «family life» eller «private life», og dermed være et inngrep i disse rettighetene.<sup>114</sup> I nyere praksis går ikke retten inn på dette vurderingstema overhodet, og med en gang EMD har konkludert at klageren er vernet av «family life» eller «private life» slås det bare fast at utvisning er «interference» i de vernede rettighetene.<sup>115</sup> Det må dermed slås fast at utvisning er «interference» i relasjon til EMK artikkel 8.

For at et inngrep skal stå seg mot artikkel 8, må det etter bestemmelsens annet ledd være i samsvar med lov, formålsmessig og forholdsmessig. Disse presenteres kort videre i fremstillingen i relasjon til spørsmål som kan aktualiseres ved utvisning.

#### 3.2.3.2 Utvisning må være i samsvar med lov

Artikkel 8 (2) inneholder krav om at utvisning må ha grunnlag i nasjonal rett. Lovskravet innebærer etter praksis flere momenter for å beskytte borgerne mot vilkårlige inngrep fra myndighetene.<sup>116</sup> *For det første* må normen være tilgjengelig. For atferdsregulerende lover som utlendingsloven betyr dette av hensyn til utlendingers innrettelse og forutberegnelighet at utvisningsreglene må være tilgjengelige på tiden for individets handling som utløser utvisningsreaksjonen. *For det andre* må normen være tilstrekkelig presis, noe som innebærer at borgerne, evt. ved hjelp av rettslig bistand, kan forutberegne sin rettsstilling og innrette seg. Presisjonskravet er allikevel ikke absolutt, det må

---

<sup>109</sup> Se bl.a. *A.W. Khan* avsnitt 31 om lang botid, *Kaya* avsnitt 56 om født i vertslandet og skolegang og *C* avsnitt 25 om ankomst i ung alder og arbeid.

<sup>110</sup> Se bl.a. *A.A.* avsnitt 49 og *Omojudi* avsnitt 37.

<sup>111</sup> Skulle utlendingen ha oppholdt seg svært kort tid i vertslandet kan det naturligvis tenkes unntak.

<sup>112</sup> For mer heldekkende behandling av «private life» vises det til teori, se bl.a. *Kjølbrot* (2010) side 605 flg. og side 701 flg., og *Harris et al.* (2009) side 364 flg.

<sup>113</sup> Se eksempelvis *Nunez* avsnitt 68.

<sup>114</sup> Se bl.a. *Moustaquim* avsnitt 36 og *Yildiz* avsnitt 36.

<sup>115</sup> Se bl.a. *Alim* avsnitt 83 og *A.W. Khan* avsnitt 36.

<sup>116</sup> Se *Onur* avsnitt 48 sammenholdt med *Al-Nashif* avsnitt 119 og *Sunday Times* avsnitt 48-49, jf. *Nordeide* (2012) kommentar til EMK artikkel 10.

innfortolkes et rimelighetskrav i den forstand at for stor presisjon kan gå på bekostning av fleksibilitet og gjøre det vanskelig for reglene å holde takt med samfunnsutviklingen og nye omstendigheter. Dette kan medføre at bestemmelser blir vage, og åpner dermed for tolkning i rettspraksis. Slike skjønnsmessige regler er ikke i strid med lovskravet dersom rammer for skjønn og hvordan skjønnsutøvelsen skal gjennomføres er angitt med tilstrekkelig klarhet.<sup>117</sup>

Spørsmålet er så om de norske normene for utvisning er i samsvar med EMKs krav. I *Darren Omoregie* fant EMD uten nærmere vurdering at utvisningen hadde tilstrekkelig rettslig grunnlag i norsk rett,<sup>118</sup> og viste til aktuelle bestemmelser i 1988-loven som er videreført i det nåværende lovverket.<sup>119</sup> I *Nunez* ble temaet ikke berørt av EMD. Presisjonskravet kan etter mitt skjønn være problematisk. De objektive vilkårene for utvisning er klare. Det subjektive vilkår for utvisning i utlendingsloven § 70 er derimot skjønnsmessig og vagt, og det gjør subsumsjonen komplisert – i tillegg til at det er vanskelig å forutse konklusjonen. Videre fremgår en rekke momenter som påvirker forholdsmessighetsvurderingen ikke av lovteksten, men av forarbeidene og rettspraksis. I lys av de ovennevnte kriterier, der presisjonskravet er akseptert selv om borgerne kan måtte bruke rettslig bistand for å kunne forutberegne sin rettsstilling og innrette seg, og EMDs aksept av skjønnsmessige hjemler, må det allikevel kunne sluttet at de norske utvisningsnormene er i samsvar med lovskravet i EMK. Dette støttes av EMDs praksis i utvisningssaker mot Norge.

### 3.2.3.3 Utvisning må være formålsmessig

EMK artikkel 8 (2) inneholder videre krav om at utvisningen må være i samsvar med konvensjonens krav til legitime formål. Det er oppgitt en rekke av disse i bestemmelsen; «in the interest of national security, public safety or 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 rights and freedoms of others». Det følger av *Sidiropoulos* at formålene må tolkes snevert, og at listen er uttømmende.<sup>120</sup> Etter rettspraksis er det mest aktuelle hensynet ved utvisning «prevention of crime». Normalt finner statene et legitimt formål å hjemle utvisning i, og EMD problematiserer dette temaet i svært liten grad. Et spørsmål som derimot har vært oppe, er om formålet å forebygge kriminalitet innebærer krav om gjentakelsesfare; kan man utvise en utlending med det formål å forebygge kriminalitet dersom det ikke er fare for nye lovbrudd - er allmennpreventive hensyn tilstrekkelig?

Spørsmålet kom på spissen i *A.A.* der klager var dømt for én straffbar overtredelse og senere hadde fått stadfestet av fengselsmyndighetene og utlendingsforvaltningen at risikoen for nye lovbrudd var liten.<sup>121</sup> EMD fant allikevel uten nærmere drøftelse at det ikke var krav om gjentakelsesfare, og at formålet om å forebygge kriminalitet var oppfylt.<sup>122</sup>

---

<sup>117</sup> For ytterlige behandling av lovskravet vises det til teori, se bl.a. van Dijk et al. (2006) side 336 flg., Harris et al. (2009) side 344 flg. og Aall (2011) side 103 flg.

<sup>118</sup> Se avsnitt 56.

<sup>119</sup> Se note 20 på side 6.

<sup>120</sup> Se dommens avsnitt 37-38.

<sup>121</sup> Se dommens avsnitt 52-55.

<sup>122</sup> Se også Rt. 1996 s. 551 på side 558 der utlendingen anførte at formålet om å «forebygge kriminalitet» kun relaterte seg til vedkommende utlending, og at det måtte foreligge konkret og direkte fare for at han ville

I *Darren Omoregie* aksepterte EMD uten nærmere vurdering at utvisningen fra Norge var i samsvar med konvensjonens krav til legitime formål.<sup>123</sup>

#### 3.2.3.4 Utvisning må være forholdsmessig

Siste vilkår for at inngrep skal være konvensjonsmessig, er at det må være «necessary in a democratic society».<sup>124</sup> I *Handyside* fant EMD at begrepet lå et sted mellom «uomgjengelig» og «ønskelig».<sup>125</sup> EMD starter som regel vurderingen av forholdsmessighet i utvisnings saker med en standardformulering, der man først fremhever at statene under internasjonal rett og traktatforpliktelser har adgang til å kontrollere utlendingers adgang og opphold på deres territorier.<sup>126</sup> Videre fastslår man at EMK ikke garanterer en rett for utlendinger til adgang eller opphold i en spesiell stat, og at statene for å opprettholde offentlig orden kan utvise utlendinger som er dømt for straffbare handlinger. Men, avgjørelser på dette felt må i den grad de representerer inngrep i rettighet beskyttet av artikkel 8, være i samsvar med lov og nødvendige i et demokratisk samfunn. Retten fastslår deretter at dette innebærer at det må være et presserende samfunnsmessig behov for inngrepet, og det må være proporsjonalt i forhold til det formålet som søkes oppnådd.

Videre presenterer man de relevante vurderingskriterier, før man kommer til EMDs prøvingskompetanse. Her er standardformuleringen at EMD understreker at de nasjonale myndigheter har en viss skjønnsmargin<sup>127</sup> i vurderingen av om et inngrep i rettighet vernet etter artikkel 8 var nødvendig i et demokratisk samfunn og forholdsmessig i forhold til de legitime formål som ønskes oppnådd. Men EMD har i en rekke saker fastholdt at dens oppgave er å fastslå om det bestridte inngrep var i rimelig balanse mellom de relevante interessene, nemlig individets rettigheter beskyttet under konvensjonen på den ene side, og samfunnets interesse på den andre. Dermed går statenes skjønnsmargin hånd i hånd med det europeiske tilsynet, som omfatter både lovene og avgjørelser der man anvender disse, selv avgjørelser fra uavhengige nasjonale domstoler. Formuleringen avsluttes med at EMD derfor er gitt retten til å foreta den endelige vurderingen av om en utvisning er i samsvar med EMK artikkel 8.

Min klare oppfatning av rettspraksis er at EMD intensivt og konkret prøver den enkelte utvisnings sak. Dette synes å følge av at temaet for vurderingen er velegnet for domstolskontroll på europeisk plan, og det er snakk om store inngrep for de berørte individene. Til og med der EMD ikke finner krenkelse av artikkel 8 henviser vanligvis ikke retten defensivt og passivt til statens skjønnsmargin; retten

---

foreta nye straffbare handlinger. Det ble videre hevdet at opprettholdelse og fremme av alminnelig lovlydighet var ikke omfattet av konvensjonens uttrykk. Retten aksepterte ikke dette syn, men fremholdt heller at allmennpreventive hensyn klart lå innenfor konvensjonens uttrykk.

<sup>123</sup> Se dommens avsnitt 56. For ytterligere behandling av formålmessighet generelt vises det til bl.a. van Dijk et al. (2006) side 339 flg. og Lorenzen et al. (2003) side 412 flg.

<sup>124</sup> Om terskelen for forholdsmessighet vises det til kapittelet 3.4.2 EMDs tilnærming.

<sup>125</sup> Dommens avsnitt 48, jf. også van Dijk et al. (2006) side 340 og Aall (2011) side 142.

<sup>126</sup> Se bl.a. storkammerdommene *Maslov* avsnitt 68 flg. og *Üner* avsnitt 54 flg., min oversettelse i de kommende avsnitt.

<sup>127</sup> Se om begrunnelse og hensyn bak denne læren i kapittelet 3.2.1 Kobling mellom utlendingsloven og EMK, herunder EMDs rolle og metode.

konkluderer selv at utvisningen var proporsjonal i forhold til de legitime formål som ønskes oppnådd, og dermed nødvendig i et demokratisk samfunn.<sup>128</sup>

### 3.3 Barnekonvensjonen artikkel 3

BK artikkel 3 (1) lyder:

*«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.»*

#### 3.3.1 Kobling mellom utlendingsloven og BK, herunder Barnekomiteens rolle og metode

BK ble fullt inkorporert i norsk rett ved menneskerettsloven § 2 nr. 4 i 2003.<sup>129</sup> Utlendingsloven § 3 fastsetter at loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling.<sup>130</sup> Det følger av forarbeidene at domstoler og forvaltning ved tvil om anvendelsen av en bestemmelse i loven, skal anvende det tolkningsalternativ som gjør at folkerettsbrudd unngås.<sup>131</sup> Det betyr at individet gis en viss tolkningsmargin i sin favør.<sup>132</sup> Videre følger det av menneskerettsloven § 3 at konvensjonens bestemmelser ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning.

Barnekomiteen opptrer som overvåker og fortolker av BK.<sup>133</sup> I dette organets metode legges det, i likhet med EMD, stor vekt på formålsrettet og dynamisk fortolkning.<sup>134</sup> Barnekomiteen er ikke en domstol på samme måte som EMD, men kommer med avsluttende merknader til statenes rapporter, gir ut generelle kommentarer og har diskusjonsdager. De to førstnevnte er mest aktuelle, men ingen av de tre er ikke rettslig bindende.<sup>135</sup> Det er i forarbeidene til endring av barnelova likevel sagt at Barnekomiteens generelle kommentarer er «verdifulle retningslinjer» som bør tillegges «relativt stor vekt».<sup>136</sup> I Rt. 2009 s. 1261 tok flertallet ikke endelig stilling til vekten av komiteens praksis, mens mindretallet var tydeligere på at praksisen måtte få «betydelig vekt».<sup>137</sup> Det er videre i forarbeidene til menneskerettsloven forutsatt at praksisen til andre folkerettslige organer som avgir ikke-bindende

<sup>128</sup> Se for eksempel *Üner* avsnitt 67. For øvrig hevder dommer Jebens i sitt særavotum i *Darren Omoregie* at EMD opererer med større skjønnsmargin ved ulovlig enn lovlig opphold, men dette kommer i hvert fall ikke til uttrykk i domspremissene – se for eksempel ferske *Arvelo Aponte* fra 2011 avsnitt 61.

<sup>129</sup> Materien er omfattende, og det er derfor gjort et utvalg av problemstillinger. For ytterligere behandling vises det til bl.a. Sjøvig (2009) side 20 flg. og Høstmælingen et al. (2012) side 22 flg. med henvisninger.

<sup>130</sup> Det er dermed etablert sektormonisme på utlendingsrettens område, jf. Vevstad (2010) side 42. Også utlendingsloven av 1988 § 4 inneholdt tilsvarende bestemmelse, slik at BK hadde direkte anvendelse på dette feltet før inkorporeringen ved menneskerettsloven i 2003.

<sup>131</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 401.

<sup>132</sup> Einarsen & Reiertsen (2012) kommentar til utlendingsloven § 3.

<sup>133</sup> BK artikkel 43-45 og Sjøvig (2009) side 34.

<sup>134</sup> Se Sjøvig (2009) side 21 og Høstmælingen et al. (2012) side 26.

<sup>135</sup> Se Sjøvig (2009) side 35 og Høstmælingen et al. (2012) side 22-23.

<sup>136</sup> Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) side 26.

<sup>137</sup> Se dommens avsnitt 44 om flertallet, og 88-89 der mindretallet etter å ha presentert teoriens syn på praksisens «betydelige vekt» slutter at dette synet «har gode grunner for seg».

uttalelser skal ha stor betydning.<sup>138</sup> Rettspraksis fra andre områder der konvensjonsorganer avgir uttalelser som ikke er rettslig bindende tilsier også at Barnekomiteens avsluttende merknader og generelle kommentarer må ha stor vekt.<sup>139</sup>

Spørsmålet er så om motstridsspørsmålene må tolkes annerledes ved BK enn EMK.<sup>140</sup> Det er særlig to forhold som kan tale for det:<sup>141</sup> *For det første* tar normalt Barnekomiteen kun generelt stilling til spørsmål knyttet opp mot enkeltland i de avsluttende merknadene, og ikke på bakgrunn av konkret tvist mellom borger og stat, som EMD. Dette gjør det vanskelig å overføre resonnementene til konkrete saker. *For det andre* er det helst i de generelle kommentarene at Barnekomiteen utlegger mer rettslig hvordan BK skal forstås, men disse dekker ikke hele konvensjonen. Antakelig gjør dette, sammen med manglende formell gjennomslagskraft, ufullstendig saksbehandling og få jurister i komiteen, at man må differensiere på hvor konsistent praksisen fra Barnekomiteen er, og hvor klare uttalelsene er. Dette betyr at man får en form for klarhetskrav i relasjon til Barnekomiteens uttalelser.<sup>142</sup> Skulle praksis være entydig og/eller uttalelsene være klare, taler mye for at motstridsspørsmålene må løses på samme måte som ved EMK. Det betyr at i slike tilfeller har Barnekomiteens avsluttende merknader og generelle kommentarer stor vekt, og ved motstrid vil BK tolket i lys av komiteens praksis normalt slå igjennom overfor den nasjonale norm.<sup>143</sup>

### 3.3.2 Nærmere om «best interest of the child» i relasjon til utvisning

Utvisning av foreldre og mindreårige er klart handlinger «concerning children», og inngrepet foretas av «administrative authorities» og aksepteres i siste instans av «courts of law». Det betyr at BK artikkel 3 kommer til anvendelse ved utvisning, og er relevant i vurderingen av forholdsmessighet etter utlendingsloven § 70. Prinsippet i artikkel 3 bygger på at barn er mer sårbare enn voksne, og trenger særskilt vern og omsorg.<sup>144</sup> Hensynet til «the best interest of the child» og barnas beste vil

---

<sup>138</sup> Se Ot.prp. nr. 3 (1998-99) side 69-70 og Søvig (2009) side 35 om uttalelser fra FNs menneskerettskomité.

<sup>139</sup> Se bl.a. Rt. 2000 s. 1811 (*Finanger I*) på side 1820 der EFTA-domstolens rådgivende uttalelser ble gitt «vesentlig vekt», Rt. 2008 s. 513 avsnitt 58 der anmodning fra FNs torturkomité ble tillagt «stor vekt», og Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 81 om praksis fra FNs menneskerettighetskomité måtte ha «betydelig vekt». Selv om alle disse organene på noen områder skiller seg fra Barnekomiteen, er det vesentlige likheter, jf. Søvig (2009) side 34 flg.

<sup>140</sup> Forarbeidene ved innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov, Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) side 16 og 26, inneholder uttalelser om klarhet som kan tale for annen kollisjonsnorm ved BK enn den som gjelder ved EMK. Stang (2007) side 40 kritisk til dette, men viser til lovverkets rundskriv der uttalelsene er moderert. Uttalelsene i Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) side 16 og 26 fremstår som vage og er forbigått av nyere forarbeider og rettspraksis (se avsnittet over), slik at de neppe kan tillegges særlig vekt.

<sup>141</sup> Søvig (2009) side 41 flg.

<sup>142</sup> Stang (2007) side 40 er kritisk til dette, men hun går ikke inn på spesielle forhold som skiller Barnekomiteen fra EMD. Søvig (2009) side 42 synes å støtte slutningen om klarhetskrav, samtidig som han i noen grad vektlegger uttalelsene i Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) side 16 og 26 om viss tilbakeholdenhet, med det forbehold at ikke ny praksis fra Barnekomiteen har kommet til og endret rettskildet.

<sup>143</sup> Skjønnsmargin er ikke tema ved BK, og dermed ikke relevant. I den grad nasjonale verdier skulle begrense prøving, må resultatet antakelig bli som ved behandling av EMDs metode – se kapittelet 3.2.1 Kobling mellom utlendingsloven og EMK, herunder EMDs rolle og metode.

<sup>144</sup> Se Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 53 andre spalte.

normalt tilsi at foreldrene ikke blir utvist, slik at man holder familien samlet og barna vokser opp med sine nærmeste rundt seg. Bestemmelsen kan også brukes der det er den mindreårige selv som utvises, eller ved utvisning av myndige på bakgrunn av handlinger begått som mindreårig,<sup>145</sup> og vil også i slike sammenhenger normalt tale mot utvisning.

BK artikkel 3 ble nevnt første gang av Høyesterett i en utvisningssak i Rt. 1996 s. 1510,<sup>146</sup> men ble ansett som konsumert av EMK. Bestemmelsen ble første gang vurdert inngående i Rt. 2005 s. 229 der førstvoterende eksplisitt analyserte normen som en del av drøftelsen under den internrettslige forholdsmessighetsbestemmelsen.<sup>147</sup> I Rt. 2009 s. 534 var BK artikkel 3 sentral for begge fraksjoner i Høyesterett.<sup>148</sup> Dette skulle tilsi økende bevissthet om bestemmelsen, og dermed økt anvendelse i rettspraksis. Det er derfor interessant at Høyesterett i Rt. 2011 s. 948 ikke eksplisitt behandlet konvensjonen selv om den var anført, i en sak der man fant hensynet til barna avgjørende. Bestemmelsen ble første gang eksplisitt behandlet av EMD i en utvisningssak i 2008 i *Maslov*,<sup>149</sup> som senere er fulgt opp i *Nunez*.<sup>150</sup>

Spørsmålet er så hva det betyr at barnets beste skal være «a primary consideration», gir dette et absolutt vern mot utvisning? Ordlyden tilsier etter alminnelig språkforståelse at hensynet til barna er et grunnleggende og meget viktig argument. På den andre siden fremgår det av «a» at det åpnes for at andre hensyn kan komme inn i vurderingen og bli avgjørende. Bestemmelsen sier ikke at hensynet til barna er «*the primary consideration*». Valget av ordlyd er bevisst, da dette var et stridstema under arbeidet med konvensjonsteksten.<sup>151</sup> BK artikkel 9 nr. 4 synes å forutsette at utvisning kan skje, da det i bestemmelsen heter at ved utvisning skal barnet eller foreldrene informeres om den utvistes oppholdssted.<sup>152</sup> Forarbeidene til utlendingsloven støtter samme tolkning, altså at konvensjonen ikke er et absolutt hinder mot utvisning.<sup>153</sup> Det samme ble fastslått i Rt. 2009 s. 534.<sup>154</sup> Hensynet til barnets beste er altså sentralt og viktig, men gir ikke absolutt vern mot utvisning.

Hensynet til barnets beste var ikke eksplisitt nevnt i 1988-loven, og spørsmålet er da om en realitetsendring var tilsiktet da dette hensynet ble lovfestet i § 70 (1) 2. pkt. i den nye 2008-loven. I forarbeidene fastholdes det at det ikke var tilsiktet å endre rettstilstanden på dette punkt.<sup>155</sup> Også i 1988-loven var BK relevant som følge av den generelle inkorporeringen av folkeretten i § 4, og senere

---

<sup>145</sup> EMD har innfortolket dette i BK artikkel 3 i *Maslov* avsnitt 82, selv om personen strengt tatt ikke er vernet av BK etter fylte 18 år, jf. BK artikkel 1. Dette betyr antakelig paradoksalt nok at BK artikkel 3 i denne situasjon kun kan anføres i relasjon til EMK artikkel 8, og at anførselen ikke kan baseres isolert på BK.

<sup>146</sup> Se dommens side 1516.

<sup>147</sup> Se dommens avsnitt 50, der retten fant at faren var en viktig omsorgsperson for barna, og derfor at utvisning ikke ville være til «barnas beste».

<sup>148</sup> Se avsnitt 60 og 87.

<sup>149</sup> Se dommens avsnitt 82. Se for øvrig kapittel 3.3.4 Relasjonen mellom EMK artikkel 8 og BK artikkel 3.

<sup>150</sup> Se dommens konklusjon i avsnitt 84.

<sup>151</sup> Se Freeman (2007) side 25-27 og NOU 2004: 20 side 92 første spalte.

<sup>152</sup> Se også Meidell (2010) side 178.

<sup>153</sup> Se NOU 2004: 20 side 92 andre spalte og side 310 andre spalte, og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 55 andre spalte og side 283 andre spalte.

<sup>154</sup> Se dommens avsnitt 60.

<sup>155</sup> Se Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 292.

gjennom menneskerettsloven.<sup>156</sup> Konklusjonen er at det ikke var tilsiktet noen realitetsendring ved å ta inn hensynet til barnets beste i lovteksten. For vurdering av om dette uansett har endret vektleggingen, vises det til senere kapittel.<sup>157</sup>

### 3.3.3 Aktuelle uttalelser fra Barnekomiteen om utvisning

Barnekomiteen har ingen generelle uttalelser viet BK artikkel 3. Derimot finnes det flere uttalelser som kan ha relevans ved utvisning, slik som Barnekomiteens Generell kommentar nr. 7 (2005) avsnitt 18 om implementering av rettigheter i tidlig barndom. Her uttrykker komiteen seg spesielt om sårbarheten til barn under åtte år ved atskillelse fra foreldre:

*«Young children are especially vulnerable to adverse consequences of separations because of their physical dependence on and emotional attachment to their parents/primary caregivers. They are also less able to comprehend the circumstances of any separation. Situations which are most likely to impact negatively on young children include [...] situations where children experience disrupted relationships (including enforced separations)...»<sup>158</sup>*

Uttalelsen er klar på at små barn er spesielt utsatt ved utvisning, og at slike inngrep vil kunne ramme svært hardt. I tråd med det som er skrevet over, må slike klare og tydelige uttalelser fra komiteen få stor betydning i utvisningsvurderingen av foreldre med små barn. Den siterte passasjen ble brukt av mindretallet i Rt. 2005 s. 534 avsnitt 88. Det blir interessant å se om uttalelsen vil stå sentralt i kommende rettspraksis.

I Generell kommentar nr. 6 (2005) om enslige og atskilte barn utenfor deres opprinnelige hjemland uttaler komiteen seg om retur i avsnitt 86:

*«Exceptionally, a return to the home country may be arranged, after careful balancing of the child's best interests and other considerations, if the latter are rights-based and override best interests of the child. Such may be the case in situations in which the child constitutes a serious risk to the security of the State or to the society. Non-rights-based arguments such as those relating to general migration control, cannot override best interests considerations.»<sup>159</sup>*

Uttalelsen er ikke direkte anvendbar ved utvisning da den gjelder retur av enslige, mindreårige asylsøkere, men kan på sikt få gjennomslagskraft i andre sammenhenger der barnets beste er den sentrale norm.<sup>160</sup> Den gir en interessant pekepinn på hvordan avveiingen skal foretas, og spesielt fremhevingen av at generelle innvandringsregulerende hensyn ikke kan tilsettes fremfor barnets beste er interessant. Slike allmennpreventive hensyn er i forarbeidene understreket som helt

---

<sup>156</sup> Se også Sjøvig (2011) side 292.

<sup>157</sup> Se kapittel 5.1 Praksis fra Høyesterett.

<sup>158</sup> Dokumentet finnes på

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/GeneralComment7Rev1.pdf> Uoffisielle oversettelser av alle generelle kommentarer finnes på

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/ryddemappe/temainnhold/generelle-kommentarer-fra-fns-barnekomit.html?id=573909>

<sup>159</sup> Dokumentet finnes på [http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC6\\_en.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC6_en.doc)

<sup>160</sup> Se Sjøvig (2011) side 291 flg.



sentrale for utvisningsinstituttets begrunnelse,<sup>161</sup> noe som også er fremhevet av Høyesterett.<sup>162</sup> Barnekomiteens uttalelse havner dermed i et spenningsfelt ved utvisning, spesielt i den nokså vanlige situasjonen der barn blir skadelidende og allmennprevensjon fremheves som sentralt i favør inngrepet. Igjen blir det interessant å se om uttalelsen vil sette spor i fremtidig rettspraksis og påvirke utviklingen.

### 3.3.4 Relasjonen mellom EMK artikkel 8 og BK artikkel 3

Spørsmålet er så hva som er relasjonen mellom de to konvensjonsbestemmelsene. Barnekomiteen viser av og til i sine generelle kommentarer til hvordan ulike rettigheter i EMK er fortolket av EMD.<sup>163</sup> Som nevnt over, viser også EMD i noen nyere utvisningssaker til BK. Kanskje går utviklingen i retning av økt henvisning til BK av EMD generelt, slik enkelte forfattere hevder.<sup>164</sup> Slutningen er imidlertid usikker bl.a. der rettighetene i BK fortolket av Barnekomiteen kommer i konflikt med hvordan rettighetene i EMK skal forstås etter EMDs syn, og fordi BK ikke på samme måte som EMK åpner for individklage som gir grunnlag for mer finmaskede reguleringer.<sup>165</sup>

I Rt. 1996 s. 1510 på side 1516 legger retten til grunn at vurderingen etter EMK vil være dekkende for rettighetene vernet av BK. De to konvensjonene ivaretar midlertid ulike interesser, og BK må antakelig vurderes selvstendig. Dette synet er bl.a. fulgt opp i Rt. 2005 s. 229, der Høyesterett etter vurderingen av EMK analyserer BK separat.<sup>166</sup>

## 3.4 Terskler og utgangspunkter for forholdsmessighetsvurderingen

Ved all praktisk rettsanvendelse er det nyttig å ha et utgangspunkt for den vurderingen som skal foretas, dersom rettskildene gir dekning for dette. Kan man påvise en terskel eller et rettslig utgangspunkt, gir det holdepunkter for rettsanvenderen og er til hjelp i den rettslige prosessen som skal gjennomføres. Dette kan bidra til at prosessen gjennomføres korrekt, og kan gjøre at konklusjonen blir riktig. På den måten sikrer man også likhet, kontinuitet og rettsikkerhet. Sentralt i den videre fremstilling blir hvorvidt rettskildematerialet gir bidrag til om det finnes noen utgangspunkter eller terskler for hva som skal til for å gjøre utvisning til et «uforholdsmessig tiltak» etter utlendingsloven § 70.

Ordlyden synes etter alminnelig språkforståelse å angi en viss terskel; det skal en del til før utvisning er et uforholdsmessig tiltak. Det står ikke at utvisning må være *forholdsmessig*, men terskelen er negativt angitt. Det innebærer at utvisning etter en streng ordlydstolkning må godtas selv om den skulle innebære noen negative konsekvenser for den aktuelle utlendingen selv og hans nærmeste familie. Dette kan også synes å ligge implisitt i bestemmelsen; utvisning vil per definisjon og i praksis være et negativt inngrep for utlendingen og hans nærmeste familie, og ulempene må derfor overstige en viss grense for at utvisning ikke skal være tillatt. I motsatt tilfelle ville utvisning normalt sett være utelukket.

<sup>161</sup> Se NOU 2004: 20 side 303 første spalte.

<sup>162</sup> Se Rt. 2011 s. 948 avsnitt 35, jf. Sjøvig (2011) side 292.

<sup>163</sup> Se Sjøvig (2009) side 44 med videre henvisninger.

<sup>164</sup> Se bl.a. Sjøvig (2009) side 45.

<sup>165</sup> Se Sjøvig (2008) side 7 og Harris et al. (2009) side 14.

<sup>166</sup> Se dommens avsnitt 39, og mer generelt i Høstmælingen et al. (2012) side 283.

Forarbeidene til bestemmelsen inneholder ikke uttalelser om terskler for vurderingen.

### 3.4.1 Norsk rettspraksis

Vurderingen har i Høyesteretts praksis vært knyttet til to forhold; kriminalitetens alvorlighetsgrad og hvor mye som skal til før terskelen er overskredet. Som en operasjonalisering av det siste momentet kommer kravet til belastningenes størrelse. Tradisjonelt har man delt kriminaliteten i to; *meget alvorlig* kriminalitet og «kun» *alvorlig* kriminalitet. I den groveste kategorien har det vært krav om at det skulle «svært mye til» og at utlendingen selv eller de nærmeste ble påført uvanlig store belastninger ved utvisningen, før terskelen for uforholdsmessighet var overskredet.<sup>167</sup> Det var imidlertid usikkert hvor høy terskelen var i den mildere kategorien av kriminalitet.

Behandlingen vil følge omvendt kronologi, det vil si at den starter i siste dom fra Høyesterett - Rt. 2011 s. 948. Lagmannsretten hadde tolket terskelen slik at utvisning i relasjon til barna bare kunne kjennes ugyldig dersom disse ble utsatt for uvanlig store belastninger. Høyesterett var *ikke* enig i dette. Standpunktet begrunnes med at kravet om uvanlig store belastninger har vært knyttet til *meget alvorlig* kriminalitet,<sup>168</sup> og det vises til Rt. 2005 s. 229<sup>169</sup> og Rt. 2009 s. 705<sup>170</sup>. Førstvoterende fastsetter at kriminaliteten i denne saken *ikke er meget alvorlig*,<sup>171</sup> og fastholder dette ved å fremheve lovbruddene som «relativt sett mindre alvorlige overtredelser».<sup>172</sup> Førstvoterende konkluderer med at det i alle tilfeller skal foretas en konkret vurdering av forholdsmessigheten, også når utlendingen har gjort seg skyldig i «alvorlige eller massive overtredelser av utlendingsloven, men at det i disse tilfellene er [...] fastslått at forholdet til barna bare vil kunne være avgjørende når de utsettes for uvanlig store belastninger».<sup>173</sup>

Førstvoterende i 2011-dommen har korrekt funnet at i Rt. 2005 s. 229 var kravet om uvanlig store belastninger koblet til *meget alvorlig* kriminalitet.<sup>174</sup> Høyesterett synes imidlertid å ha oversett uttalelsene om krav om uvanlig store belastninger i dommen,<sup>175</sup> som var koblet mot den «kun» *alvorlige* kriminaliteten i denne saken.<sup>176</sup> Uttalelsene om *meget alvorlig* kriminalitet fremstår derfor som obiter dictum. Førstvoterende i Rt. 2011 s. 948 har antakelig oversett den mulige motstriden eller rettsutviklingen i 2005-dommen, ved at terskelen for uforholdsmessighet ble høynet slik at det også ved *alvorlig* kriminalitet er krav om «svært mye til» og uvanlige store belastninger.<sup>177</sup> Koblingen til Rt. 2009 s. 705 kan også synes noe vag, der man tok utgangspunkt i *alvorlig* kriminalitet og krav

---

<sup>167</sup> Se bl.a. gjennomgangene av rettspraksis i Rt. 2011 s. 948 avsnitt 33-34 og Rt. 2009 s. 534 avsnitt 62-65.

<sup>168</sup> Se avsnitt 33.

<sup>169</sup> Se avsnitt 36.

<sup>170</sup> Se avsnitt 63.

<sup>171</sup> Se avsnitt 34.

<sup>172</sup> Se avsnitt 39.

<sup>173</sup> Se avsnitt 38.

<sup>174</sup> Se avsnitt 36.

<sup>175</sup> Se avsnitt 52.

<sup>176</sup> Dette ble fastslått i avsnitt 45.

<sup>177</sup> Heller ikke problematiseres forholdet til Rt. 2000 s. 591 (referert i Rt. 2005 s. 229 avsnitt 34) som uttrykkelig gjaldt *meget alvorlig* kriminalitet.

om at det skal «mye til».<sup>178</sup> Høyesterett henviser imidlertid i sistnevnte dom<sup>179</sup> til Rt. 2007 s. 667, og der går det klart fram at kravet om uvanlig store belastninger er knyttet til *meget alvorlig* kriminalitet.<sup>180</sup> Høyesterett viser videre i Rt. 2009 s. 705<sup>181</sup> til Rt. 2000 s. 591 der det tydelig var snakk om *meget alvorlig* kriminalitet og krav om «svært mye til».<sup>182</sup> Heller ikke referansen til Rt. 2009 s. 705 er uproblematisk; det er snakk om ulik alvorlighetsgrad for kriminaliteten, dommen introduserte kriteriet «mye til» ved *alvorlig* kriminalitet uten å vise til tidligere praksis, og det avklares heller ikke hvordan «mye til» forholder seg til kravet om belastningenes størrelse. I tillegg fremstår uttalelsene om *alvorlig* kriminalitet som obiter dictum all den tid førstvoterende fastholdt at man i saken stod overfor *meget alvorlig* kriminalitet.<sup>183</sup> Henvisningene til Rt. 2005 s. 229 og Rt. 2009 s. 705, som brukes i Rt. 2011 s. 948 for å hjemle forståelsen av lavere terskel ved «kun» *alvorlig* kriminalitet i tidligere rettspraksis, er altså samlet sett upresise og tvilsomme.

Spørsmålet er så hva man kan slutte fra Rt. 2011 s. 948.<sup>184</sup> Førstvoterende kobler kravet om uvanlig store belastninger kun til barna, men dette er antakelig upresist – i hvert fall var kravet til belastninger i tidligere praksis generelt. Det vil si at det gjaldt hensynet til utlendingen selv og andre familiemedlemmer, herunder barn. Dette er jo også det lovteksten retter seg mot. Det legges derfor til grunn, som også førstvoterende er inne på i drøftelsen,<sup>185</sup> at kravet gjelder generelt.

Retten knytter også drøftelsen opp mot utlendingsloven,<sup>186</sup> og det kan tale for at uttalelsene om rettstilstanden kun er rettet mot overtredelser av dette lovverket. Slik kan imidlertid resonnementet neppe forstås, særlig i lys av at drøftelsen<sup>187</sup> starter i generelle spørsmål knyttet til kriminalitet av ubestemt type og fordi kravet om belastninger i tidligere praksis angår alle former for lovovertrædelser. Det legges derfor samlet til grunn at dommens uttalelser om kravet til belastninger både retter seg mot hensynet til utlendingen selv og hans nærmeste familie, og at de retter seg mot alle former for kriminalitet.

Spørsmålet er så hvilken støtte tidligere rettspraksis gir for å tolke rettstilstanden antitetisk, slik førstvoterende i 2011-dommen hevder, på den måten at når det ikke var snakk om *meget alvorlig* kriminalitet så var det ikke krav om at det skulle «svært mye til» eller uvanlig store belastninger før terskelen for uforholdsmessighet var overskredet. Rettspraksis synes ikke å gi særlig støtte til denne tolkningen. I Rt. 2005 s. 229 slo førstvoterende fast at kravet til uvanlig store belastninger gjaldt også for *alvorlig* kriminalitet.<sup>188</sup> Annenvoterende og mindretallet i Rt. 2009 s. 534 inntar samme

---

<sup>178</sup> Se avsnitt 63.

<sup>179</sup> Se avsnitt 63.

<sup>180</sup> Se avsnitt 34.

<sup>181</sup> Se avsnitt 63.

<sup>182</sup> Se dommens sider 597 og 600.

<sup>183</sup> Se avsnitt 64.

<sup>184</sup> Nyere underrettspraksis gir ikke tolkningsbidrag, da terskelangivelsene er vage og forholdet til Rt. 2011 s. 948 ikke er drøftet på utfyllende måte, jf. eksempelvis LB-2011-28528 side 4-5, LB-2011-34382 side 16, TOSLO-2011-81485 side 5 og TOSLO-2011-23290 side 6 og 7.

<sup>185</sup> Se avsnitt 34.

<sup>186</sup> Se eksempelvis i avsnitt 34-38.

<sup>187</sup> Se avsnitt 33.

<sup>188</sup> Se avsnitt 45 jf. 52.

synspunkt.<sup>189</sup> Likt standpunkt ble tatt i Rt. 2009 s. 546 der det samme fastholdes som utgangspunkt.<sup>190</sup> Det som kan støtte denne antitetiske tolkningen er Rt. 2009 s. 705<sup>191</sup> og Rt. 2009 s. 1432<sup>192</sup>, der det begge steder fastsettes som utgangspunkt at det ved *alvorlig* kriminalitet skal «*mye til*», og ikke «*svært mye til*». Det er imidlertid uklart hva som måtte ligge i den mildere kategorien «*mye til*», operasjonalisert til hvilke krav til belastninger som må tåles. De to sistnevnte dommene kan altså kritiseres. Uklarhetene ved Rt. 2009 s. 705 er presentert over. Svakheterne ved Rt. 2009 s. 1432 er for det første at terskelen fastsettes ved å vise til Rt. 2009 s. 546 og Rt. 2007 s. 667.<sup>193</sup> Problemet er at verken Rt. 2009 s. 546 eller Rt. 2007 s. 667 behandlet samme situasjon som i Rt. 2009 s. 1432; i førstnevnte dom var det snakk om *alvorlig* kriminalitet og krav om «*svært mye til*»,<sup>194</sup> mens det i 2007-dommen var snakk om *meget alvorlig* kriminalitet og krav om «*svært mye til*».<sup>195</sup> I tillegg er det ingen drøftelse eller problematisering av mulig rettsutvikling. Videre er det en svakhet at Rt. 2009 s. 1432 bringer inn kriteriet «*mye til*» uten å henvise til Rt. 2009 s. 705, som er eneste tidligere praksis som har operert med dette kriteriet. De to dommene synes altså å gi svak støtte for at det ikke var noe krav om «*svært mye til*» eller uvanlig store belastninger ved «*kun*» *alvorlig* kriminalitet.

Faktum er uansett at i 2011-dommen er den antitetiske tolkningen lagt til grunn, slik at det i de mindre alvorligere tilfellene ikke er krav om uvanlig store belastninger. Spørsmålet er så hvilken kategorisering som etter dette gjelder.

Førstvoterende i Rt. 2011 s. 948 synes ikke å inndele kriminaliteten i de to tradisjonelle kategoriene *alvorlig* og *meget alvorlig* kriminalitet, hver med sine terskler. Retten synes å anerkjenne at det kreves uvanlig store belastninger ved *meget alvorlig* kriminalitet (den groveste kategorien).<sup>196</sup> Retten enig i at det er et krav om uvanlig store belastninger, men knytter da dette til «*alvorlig* kriminalitet eller massive overtredelser av utlendingsloven».<sup>197</sup> I forlengelsen av dette kan det umiddelbart synes som at retten i denne saken senket terskelen for hvilke belastninger som kreves, men ut i fra premissene virker ikke dette som motivet. Det nylig siterte synes å være den gamle kategorien *meget alvorlig* kriminalitet. Den nye og mildere kategorien kan da være «relativt sett mindre alvorlige overtredelser».<sup>198</sup> Motargumentet er at dommeren var klar over den tidligere kategoriseringen,<sup>199</sup> og antakelig tydeligere hadde markert det dersom det var meningen kun å etablere nye navn på de gamle kategoriene. Det var heller ikke nødvendig med den rettslige forståelse som ble lagt til grunn, nemlig at det i den minst alvorlige kategorien ikke var krav om uvanlig store belastninger for uforholdsmessighet.

---

<sup>189</sup> Se avsnitt 85.

<sup>190</sup> Se avsnitt 30.

<sup>191</sup> Se avsnitt 63.

<sup>192</sup> Se avsnitt 37.

<sup>193</sup> Se avsnitt 37 i Rt. 2009 s. 1432.

<sup>194</sup> Se avsnitt 30.

<sup>195</sup> Se avsnitt 34.

<sup>196</sup> Se avsnitt 33.

<sup>197</sup> Se avsnitt 38.

<sup>198</sup> Se avsnitt 39.

<sup>199</sup> Denne ble behandlet i avsnitt 32-34.

Tilnæringsmåten til førstvoterende synes heller knyttet opp mot at man ønsker en form for glidende skala, der de to kategoriene *alvorlig* og *meget alvorlig* kriminalitet ikke er like relevante. Dette støttes av at retten i avsnitt 39 fastholder at det særlig vil være aktuelt å gi fortrinn for barnas interesser ved «*relativt sett mindre overtredelser*» - man nyanserer og relativiserer altså tilfellene mer finmasket enn ved å putte de i to båser.

#### 3.4.1.1 Oppsummering

Det er mye som taler for at man må dele overtredelsene inn på en glidende skala, der man i den ene enden har mer alvorlige former for kriminalitet, og i den andre har mindre alvorlige overtredelser. Innenfor de mer alvorlige former for kriminalitet er det fastslått at forholdet til utlendingen selv eller hans nærmeste familie bare vil kunne være avgjørende når de utsettes for uvanlig store belastninger. Innenfor de mindre alvorlige former for kriminalitet er det ikke vilkår for uforholdsmessighet at utlendingen selv eller hans nærmeste familie vil bli utsatt for uvanlig store belastninger. Denne formelen sier ikke noe presist om hvor innslagspunkt for ulike nivåer på skalaen er, og heller ikke noe om hvilke overtredelser og kriminalitet som befinner seg i hvilken ende av skalaen.<sup>200</sup> Denne modellen synes allikevel mer i tråd med at det skal foretas en konkret forholdsmessighetsvurdering, der er rekke argumenter er rettslig relevante og har sin spesielle vekt,<sup>201</sup> uten bruk av fastlåste kategorier og terskler.

#### 3.4.2 EMDs tilnærming

EMD opererer ikke på samme måte som Høyesterett tradisjonelt har gjort med generelle terskler for vurderingen, kategorisert på en skala etter hvor alvorlig kriminaliteten her. Domstolen har gjort en annen inndeling, nemlig etter om utlendingen hadde lovlig eller ulovlig opphold.<sup>202</sup> Det er ikke fastsatt noen terskel eller presumpsjon ved lovlig opphold.<sup>203</sup> Derimot er det ved ulovlig opphold fastsatt et utgangspunkt, og her er terskelen høy: Det må være *uoverstigelige hindringer* i veien for at ikke familien kan samles i den utvistes hjemland. Videre, og mest sentralt, er at dersom «family life» ble etablert på et tidspunkt hvor de involverte personer visste at deres immigrasjonsstatus gjorde at oppholdet i vertslandet var usikkert, vil utvisning bare i de *mest ekstraordinære tilfeller* være krenkelse av EMK artikkel 8.<sup>204</sup>

#### 3.4.3 Norsk rettspraksis mot EMDs linje

Spørsmålet er så hvordan det norske utgangspunktet står seg mot EMDs terskelforståelse. I Rt. 2010 s. 1430, som gjaldt ulovlig opphold, fant Høyesterett at kravet om uvanlig stor belastning ved svært alvorlig kriminalitet samsvarte med EMDs terskel ved ulovlig opphold.<sup>205</sup> Det er allikevel usikkert hvordan situasjonen er ved lovlig opphold, og generelt etter Rt. 2011 s. 948 og de omfattende endringene som der ble gjennomført. Slik sistnevnte dom er tolket i kapittelet over, kan man se

<sup>200</sup> For domstolens vurdering av alvorligheten, se kapittel 4.1 «Forholdets alvor».

<sup>201</sup> Se kapittel 5 Vekten av ulike argumenter i forholdsmessighetsvurderingen.

<sup>202</sup> Se eksempelvis dommer Jebens' særvotum i *Darren Omoregie*.

<sup>203</sup> Se for eksempel de nyere storkammerdommene med grundig behandling av vurderingstema i *Maslov* fra 2008 avsnitt 68 flg. og *Üner* fra 2006 avsnitt 54 flg.

<sup>204</sup> Se bl.a. *Arvelo Aponte* avsnitt 55, *Nunez* avsnitt 70 og Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 92.

<sup>205</sup> Se dommens avsnitt 87, 88 og 90 sammenholdt med avsnitt 92.

endringene i retning nyansering og relativisering der man går bort i fra stramme kategorier med tilhørende terskler, som en tilpasning til EMDs tilnæringsmåte der man bruker annen kategorisering og ikke har fastsatte terskler i alle sammenhenger. Dette synes fornuftig ut i fra hensynet om å unngå folkerettsbrudd, da uriktig terskelangivelse kan påvirke rettsanvendelsesprosessen på uheldig måte og medføre konklusjoner i strid med EMDs syn.

### 3.5 Skjæringstidspunkter for faktiske omstendigheter

Temaet for dette delkapittelet er hva som er relevante skjæringstidspunkter for vurderingen av forholdsmessighet, altså hvilke faktiske omstendigheter retten skal ta i betraktning. Problemstillingen er interessant, for eksempel fordi utlendingen blir stadig tettere knyttet til Norge desto lenger han er her, og noen ganger kommer det barn til utover i utvisningsprosessen. Spørsmålet er da om man kan ta hensyn til for eksempel barn født etter endelig utvisningsvedtak, men før iverksettelsen av avgjørelsen. Man kan tenke seg flere alternative tidspunkt; bl.a. ved endelig vedtak fra forvaltningen, effektivering av vedtaket (den faktiske utreisen) og domstidspunktet.

#### 3.5.1 På hvilket tidspunkt vurderer norske domstoler forholdsmessigheten?

Ordlyden i utlendingsloven § 70 synes ikke å peke ut et alternativ. Problemstillingen er nevnt i forarbeidene, uten at noen løsning er skissert.<sup>206</sup>

Utgangspunktet etter rettspraksis er at domstolene skal foreta gyldighetskontroll av endelig vedtak fra forvaltningen, i dette tilfellet vedtaket om avslag på klage fra UNE.<sup>207</sup> Skjæringstidspunktet for hvilke faktiske omstendigheter som skal inngå i forholdsmessighetsvurderingen blir da tidspunktet for endelig vedtak.<sup>208</sup> Omstendigheter som kommer til saken etter endelig vedtak, har forvaltningen i utgangspunktet ikke tatt hensyn til, og domstolene skal kun foreta gyldighetskontroll av vedtaket fra forvaltningen. Unntak fra denne hovedregel kan tenkes der det etter endelig vedtak er sendt inn omgjøringsbegjæring som *er realitetsbehandlet* av UNE. I slike tilfeller kan utlendingen ved å utforme

<sup>206</sup> Se NOU 2004: 20 side 308 første spalte.

<sup>207</sup> Det er i utgangspunktet ikke krav om uttømt klageadgang før søksmål reises, hvis ikke dette er særskilt fastsatt av UDI. Dette betyr at man kan gå til søksmål mot utvisningsvedtaket fra UDI uten å vente på klagevedtaket fra UNE. Resonnementet følger av utlendingsloven § 80 som fastsetter at forvaltningsloven (Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967) gjelder når ikke annet følger av utlendingsloven, og denne situasjonen er ikke regulert særskilt i sistnevnte lovverk. Forvaltningsloven § 27 b fastholder at forvaltningsorganet som har truffet vedtaket (UDI) kan bestemme at søksmål om gyldigheten av vedtaket ikke kan reises uten at parten har nyttet sin adgang til klage og klagen er avgjort. Unntak følger allikevel når det er gått seks måneder fra klagen først ble fremsatt, og det ikke skyldes forsømmelse fra klagerens side at klageinstansens avgjørelse ikke foreligger. I slike tilfeller kan søksmål i alle tilfeller reises. Resonnementet støttes også av utlendingsloven § 79 (1) 2.pkt som forutsetter at det kan reise søksmål om lovmessigheten av UDIs vedtak, jf. også Vevstad (2010) side 481. I de fleste tilfeller vil utlendingen se seg tjent med å gå veien om klage før søksmål, bl.a. fordi klageadgangen som utgangspunkt er gratis, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 344.

<sup>208</sup> Se Rt. 2005 s. 238 avsnitt 35 som har dette utgangspunktet, og videre Rt. 2007 s. 1815 avsnitt 33 om tilsvarende tema i trygdesak som er overførbart da drøftelsen retter seg mot forvaltningsrett generelt, Rt. 2009 s. 851 avsnitt 48 og Rt. 2011 s. 750 avsnitt 9 som på samme måte som Rt. 2007 s. 1815 er relevant ved utvisning. To dommere med Skoghøy i spissen har i HR-2012-920-A et avvikende syn på deler av denne her nevnte praksis, dommen er behandlet avslutningsvis i kapittel 3.5.4 Konvensjonenes krav mot rettspraksis fra Norge.

påstanden slik at omgjøringsbegjæringen er ugyldig, sikre seg at omstendigheter som tilkommer saken mellom endelig vedtak og begjæringen tas i betraktning.<sup>209</sup>

Dette var situasjonen i Rt. 2007 s. 667 avsnitt 29 flg. der UNE hadde foretatt en fullstendig realitetsvurdering av saken slik den forelå etter ny informasjon som kom til ved begjæringen. Førstvoterende viste i avsnitt 29 til en avgjørelse fra trygderettens område, der Høyesterett hadde funnet at avslag på en begjæring om omgjøring av et enkeltvedtak truffet av en offentlig myndighet kan bringes inn for domstolene. Retten så ingen grunn til å behandle avgjørelse fra UNE annerledes enn avgjørelse fra trygdemyndighetene. Dette underbygges ved å vise til at UNE behandler saker av inngripende karakter. Det ble også påpekt at det i praksis ofte kan gå lang tid fra endelig vedtak til iverksettelse av utvisningen, og at den utviste derfor kan bli værende i landet i lang tid. Det medfører at det kan oppstå faktiske omstendigheter som stiller forholdsmessigheten av utvisningen i nytt lys, og det bør domstolene kunne prøve dersom UNE har foretatt en fornyet vurdering av de opprinnelige og nye omstendigheter (se forøvrig utlendingsforskriften<sup>210</sup> § 14-3 (2) om fornyet behandling av forholdsmessigheten dersom utvisning ikke er iverksatt ett år etter at forvaltningen sist vurderte saken).

Videre kan man slutte fra rettspraksis at domstolene kan ta hensyn til faktiske omstendigheter etter endelig vedtak dersom disse kaster lys over situasjonen på vedtakstidspunktet, og som forvaltningen på dette tidspunktet var kjent med eller bygget vedtaket på.<sup>211</sup> Spørsmålet er så hva som ligger i disse vage kriteriene. Det sentrale hensynet er at domstolene skal kontrollere gyldigheten av forvaltningens avgjørelser, og ikke mer. Domstolene skal prinsipielt ikke drive forvaltning, noe man kommer i fare for å gjøre dersom domstolene nærmest som første instans skal avgjøre en sak ut i fra et oppdatert faktum. Da kommer en rekke faktorer inn i bildet, bl.a. fagkunnskap og likhetshensyn, som taler for at forvaltningen er bedre egnet til å foreta avgjørelsen. Kriteriene må derfor innebære at det må være tema, problemstillinger eller opplysninger som forvaltningsorganet var kjent med og tok med i vurdering ved det opprinnelige vedtak, som domstolene kan ta hensyn til.<sup>212</sup> Og dermed må forhold som ikke var til behandling hos forvaltningen anses som nye, og falle utenfor domstolskontrollen.

Spørsmålet er så om det foreligger enda et unntak fra utgangspunktet, i relasjon til barnas beste. I flere dommer fra Høyesterett kan det synes som retten foretar en nåtidsvurdering på domstidspunktet av slike omstendigheter.<sup>213</sup> Nyere praksis fra lagmannsrettene legger disse sporene til grunn som gjeldende rett.<sup>214</sup> Man er her i en gråsoner hvor det er fare for at domstolene i praksis bedriver forvaltning, noe som prinsipielt er uheldig. På den andre siden kommer hensynet til rettssikkerhet i den forstand at man får en oppdatert avgjørelse fra domstolene, men aller viktigst kommer hensynet til Norges konvensjonsforpliktelser. Skulle det vise seg at EMK og BK krever

---

<sup>209</sup> I Rt. 2007 s. 667 ble det tatt ut stevning *etter* realitetsbehandlingen av omgjøringsbegjæringen. Dersom stevning tas ut *før* realitetsbehandlingen av omgjøringsbegjæringen kan det komme prosessuelle regler inn som begrensning. Se eksempelvis tvisteloven (Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr. 90) § 9-16 om utvidelse av søksmål.

<sup>210</sup> Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15. oktober 2009 nr. 1286.

<sup>211</sup> Se bl.a. Rt. 2007 s. 667 avsnitt 50, Rt. 2007 s. 1573 avsnitt 81, Rt. 2007 s. 1815 avsnitt 34, Rt. 2009 s. 851 avsnitt 48 og Rt. 2011 s. 750 avsnitt 9.

<sup>212</sup> Se LB-2011-34382 side 9 som er inne på samme tematikken.

<sup>213</sup> Se bl.a. Rt. 2005 s. 229 avsnitt 49, Rt. 2009 s. 534 avsnitt 70 og 89 og Rt. 2009 s. 705 avsnitt 67.

<sup>214</sup> Se bl.a. LB-2011-34382 side 10, LB-2010-40764 side 7 og LB-2008-84594 side 5.

nåtidsvurdering, nytter det lite at norske domstoler ikke gjør dette. Da risikerer norske domstoler, og dermed norske myndigheter i BK- og EMK-forstand, å begå konvensjonsbrudd i stort omfang, som en systematisk svikt. La oss se nærmere på hva skjæringstidspunktene er etter disse konvensjonene.

### 3.5.2 EMDs behandling av skjæringstidspunkter

Ordlyden i EMK artikkel 8 synes ikke å gi tolkningsbidrag den ene eller andre vei. EMD har fastsatt ulike skjæringstidspunkter ved vurderingen av «family life» og «private life», og ved analysen av forholdsmessigheten. Domstolens praksis er konsistent hva gjelder relevant tidspunkt for vurdering av «family life» og «private life», her er det endelig vedtak fra forvaltningen som gjelder.<sup>215</sup> Omstendigheter som kommer til saken etter dette, regnes ikke med i relasjon til disse rettighetene da utlendingen ikke har hatt berettiget forventning om å forbli i landet etter dette tidspunkt. Statene har ulike systemer for om det er domstolene som i forbindelse med straffesaker beslutter utvisning, eller om dette er noe forvaltningen avgjør i etterkant av overtredelser. Systemet i Norge er av sistnevnte type. EMD har fastholdt at nasjonale regler må anvendes for når et vedtak blir endelig.<sup>216</sup> I Norge er det dermed klagevedtaket fra UNE som opprettholder utvisningsvedtaket fra UDI som blir endelig vedtak. Relevant skjæringstidspunkt for EMD i Norge synes dermed å være tidspunktet når vedtaket fra UNE fattes.

Unntak fra dette er akseptert av EMD i *Dalia* der man utformet påstanden slik at det ikke var endelig vedtak klageren angrep, men avvist omgjøringsbegjæring.<sup>217</sup> Dette synes å likne situasjonen i Rt. 2007 s. 667, men forskjellen er at begjæringen i *Dalia* ikke ble realitetsbehandlet. EMD drøftet overhodet ikke den store forskyvningen i tid. Dette kan synes underlig, da det åpner for at klageren ved å utforme påstanden kreativt kan få med omstendigheter etter endelig vedtak som i utgangspunktet ville blitt avskåret. Det betyr at dersom unntaket blir kjent, kan dette utvikle seg til heller å bli hovedregelen enn unntaket fordi det er gunstig for utlendingen. Og dette synes spesielt å gjelde da organet som mottok omgjøringsbegjæringen ikke realitetsbehandlet den, motsatt av tilfellet i Rt. 2007 s. 667. Mye tyder imidlertid på at man ikke bør legge for stor vekt på synsvinkelen i *Dalia*, da dommen er gammel (fra 1998), kommer fra avdeling og senere praksis ikke har kommentert den ytterligere på dette punkt, men heller slått fast hovedregelen.

En annen spesialkategori kan på bakgrunn av *Boujlifa* synes å være at utlendingen har fått forhåndsvarsel om mulig utvisning.<sup>218</sup> Resonnementet (som ikke er begrunnet eller drøftet) kan være at «family life» påbegynt etter dette tidspunktet ikke skjer under berettiget forventning. I nevnte dom var det ikke to instanser innenfor forvaltningen som måtte vedta endelig utvisning, men kun én. Det var da forhåndsvarsel fra denne som ble avgjørende. Det er noe uklart hvordan dette skulle stille seg opp mot norske forhold med to nivå innenfor forvaltningen som må vedta utvisning for at denne skal bli endelig. Skal det være forhåndsvarsel fra UDI eller UNE som er avgjørende? På den ene siden mister utlendingen kanskje sin berettigede forventning ved forhåndsvarsel fra UDI, men samtidig er ikke dette forhåndsvarsel om endelig vedtak. Forhåndsvarsel om *endelig* vedtak kommer fra UNE.

<sup>215</sup> Se bl.a. *Bouchelkia* avsnitt 41, *El Bouiaïdi* avsnitt 33, *Baghli* avsnitt 36, *Amrollahi* avsnitt 27, *Yildiz* avsnitt 34, *Kaya* avsnitt 57, *Maslov* avsnitt 61.

<sup>216</sup> *Kaya* avsnitt 57.

<sup>217</sup> Se avsnitt 45.

<sup>218</sup> Se avsnitt 36.



Samlet sett virker dommen ikke helt overførbart til norske forhold, og den er gammel (fra 1997), fra avdeling og senere praksis har fastholdt utgangspunktet om endelig vedtak. Dette taler for at den rettskildemessige vekten av dommen er lav, og at avgjørelsen ikke må tillegges for stor betydning.

Spørsmålet er så hva som etter EMDs praksis er skjæringstidspunkt for vurderingen av *forholdsmessighet*. Praksisen synes mer uklar og sprikende enn skjæringspunktet ved «family life» og «private life». Kronologisk går man i rettspraksis fra endelig vedtak<sup>219</sup> til effektuerings- og domstidspunktet<sup>220</sup>, til endelig vedtak<sup>221</sup>, før man drøfter dette mer systematisk i storkammeravgjørelsen *Maslov*<sup>222</sup> og i *A.A.*<sup>223</sup>. Det legges til grunn at rettsoppfatningen fra de to sistnevnte dommene gir uttrykk for gjeldende rett, da de er av nyere dato, den ene er fra storkammer og dette er de eneste dommene som virkelig problematiserer og drøfter spørsmålet om skjæringstidspunkt.

I begge dommene understrekes at konvensjonsrettighetene skal være praktiske og reelle, og det legges derfor til grunn at relevant tidspunkt er senere enn endelig vedtak. Dette underbygges videre med at EMD i saker om EMK artikkel 3 har lagt samme tilnærming til grunn, og at det er statenes ansvar å organisere sine systemer slik at de kan ta nye omstendigheter etter endelig vedtak i betraktning. Konklusjonen ble i begge avgjørelsene at skjæringspunktet er ved iverksetting, dersom utlendingen er sendt ut på tidspunktet for behandlingen ved EMD.<sup>224</sup> Dersom utlendingen fortsatt er i riket, er det domstidspunktet som er riktig skjæringslinje.

Etter dette står man igjen med to ulike skjæringstidspunkter ved vurdering av om utvisning er i strid med EMK artikkel 8; en for vurderingen av «family life» og «private life», og en for analysen av forholdsmessighet. Hva betyr dette i praksis?

Rent faktisk betyr dette at omstendigheter som ikke er relevante i vurderingen av «family life» kan være relevante i relasjon til forholdsmessigheten av utvisningen. Et eksempel: Etter endelig utvisningsvedtak får faren et barn med en mor som han ikke bor sammen med eller har annen relasjon til. Faren kan i denne saken ikke anføre barnet i relasjon til artikkel 8, da dette ble unnfanget etter endelig vedtak da han ikke hadde berettiget forventning om å bli i landet. Men barnet er relevant å vurdere i forholdsmessigheten av utvisningsvedtaket. Problemet er at dersom faren ikke har annen familie eller kan anføre «private life», vil man aldri komme inn i artikkel 8 (2), fordi det ikke vil være snakk om inngrep i en rettighet som er vernet av artikkel 8 (1). I praktiske tilfeller vil faren i dette eksempelet som regel kunne anføre at han hadde et «private life» i vertslandet, og at utvisning er inngrep i denne rettigheten. Deretter vil man i vurderingen av inngrepets konvensjonsmessighet kunne ta barnet i betraktning, bl.a. i relasjon til farens sterke bånd til vertslandet og barnet isolert sett. Denne løsningen kan synes inkonsekvent og uheldig. Hensynet bak å sette skjæringstidspunktet ved endelig vedtak er at etter dette har ikke utlendingen berettiget

---

<sup>219</sup> Se *Bouchelkia* avsnitt 50-52 og *Moustaquim* avsnitt 44.

<sup>220</sup> Se *Boultif* avsnitt 51.

<sup>221</sup> Se *Yildiz* avsnitt 44 og *Üner* avsnitt 64.

<sup>222</sup> Se avsnitt 91 flg.

<sup>223</sup> Se avsnitt 61-62 og 67.

<sup>224</sup> Etter dette tidspunkt befinner ikke den utviste deg på statens myndighetsområde, jf. EMK artikkel 1, slik at det er unaturlig å anvende et senere skjæringstidspunkt.

forventning om å kunne bli i vertslandet, og da er det for sent å skaffe seg «family life» eller «private life» for å bli vernet av EMK. Dermed unngår man «spekulasjon» i graviditet og giftermål.

Dette hensynet er imidlertid oversett i relasjon til forholdsmessighet, da er nemlig det sentrale at EMK skal være praktisk og reell for borgerne. Synsvinkelen gjør det nødvendig å ta stilling til også momenter påløpt i saken etter endelig vedtak, for eksempel barnefødsel. Dette kan synes lite konsekvent, og kan medføre at mange saker med potensielle krenkelser ved at omstendigheter har kommet til etter endelig vedtak, ikke blir vurdert av domstolen fordi det ikke er inngrep i vernet rettighet etter artikkel 8 (1). I praksis vil EMD komme seg rundt denne hindringen med vide tolkninger av «family life» og spesielt «private life», men på overordnet plan synes dette som en lite tjenlig løsning som kan hindre saker i å få sin rettslige prøving ved EMD. Ved å sette skjæringspunktet ved «family life» og «private life» til iverksettings- eller domstidspunktet, ville flere saker kommet til EMD og dermed åpne for sterkere internasjonal kontroll av utvisning.

På den andre siden kan man si at EMDs løsning er pragmatisk og ivaretar hensynene godt, ved at man vektlegger berettiget forventning og hindrer spekulasjon ved å legge skjæringstidspunktet i relasjon til «family life» og «private life» til endelig vedtak, samtidig som retten ofte nokså enkelt vil kunne jobbe seg rundt disse vilkårene, og da spesielt «private life». Deretter kan man få en oppdatert vurdering av sakens fakta i forholdsmessighetsvurderingen, der alle relevante faktorer drøftes og veies. På den måten sikres det at rettighetene i konvensjonen blir reelle og praktiske.

Inntil videre synes det i hvert fall klart fra EMDs praksis at skjæringstidspunktene er forskjellige, og man må forholde seg til disse på nasjonalt plan.

### **3.5.3 Relevante skjæringstidspunkter etter BK artikkel 3**

Ordlyden i BK artikkel 3 synes ikke å angi et bestemt skjæringstidspunkt, men den inneholder heller ikke noe som tilsier at det relevante tidspunkt er forut i tid for domstidspunkt eller faktisk utsendelse. Tvert imot vil hensynet til barnets beste normalt tilsi at så sent skjæringstidspunkt som mulig blir lagt til grunn, da barna normalt blir tettere knyttet til foreldre og vertsland jo lengre de blir boende, noe som igjen gjør det vanskeligere å skille barn fra sine foreldre. Barnekomiteen synes ikke å ha uttalt seg direkte om skjæringstidspunkter. Imidlertid viser komiteens fokus på formålsrettet og dynamisk tolkning av BK at rettighetene er ment å være praktiske og reelle. Dette tilsier at skjæringstidspunktet er det som i størst grad verner barna; domstidspunktet hvis utvisningen ikke er effektivt, eller ved faktisk iverksettelse av utsendingen dersom den er gjennomført.<sup>225</sup>

Høyesterett har ikke uttalt seg eksplisitt om det relevante tidspunkt ved BK, men i vurderingen av forholdsmessighet i relasjon til barna under BK i Rt. 2005 s. 229 foretas en nå-vurdering der det like etterpå uttrykkelig konkluderes i relasjon til «barnas beste» og BK.<sup>226</sup> Også i Rt. 2009 s. 534<sup>227</sup> og Rt. 2009 s. 705<sup>228</sup> foretar Høyesterett vurderinger i nåtid av barnas situasjon, og selv om koblingen mot BK her fremgår mer indirekte, er jo hensynet til barna ved vurderingen etter § 70 sentralt nettopp

---

<sup>225</sup> Etter utsendelse er man utenfor statens jurisdiksjon etter BK artikkel 2 (1), slik at det er unaturlig å anvende domstidspunkt som skjæringstidspunkt der effektivisering allerede har skjedd.

<sup>226</sup> Se avsnitt 49-50.

<sup>227</sup> Se avsnittene 70 og 89.

<sup>228</sup> Se avsnitt 57.

som følge av BK artikkel 3.<sup>229</sup> Ved nyere underrettspraksis legges det til grunn at det relevante tidspunkt er ved dommen eller faktisk utsendelse, dersom denne skjer tidligere.<sup>230</sup>

Samlet sett gir rettskildene støtte til at det relevante tidspunkt ved BK artikkel 3 både i relasjon til barnefødsel<sup>231</sup> og vurderingen av forholdsmessighet ved utvisning er domstidspunktet dersom vedtaket ikke er effektivt, alternativt ved faktisk utsendelse.

### 3.5.4 Konvensjonenes krav mot rettspraksis fra Norge

Det sentrale i relasjon til utlendingsloven § 70 er skjæringstidspunktet for vurderingen av *forholdsmessighet*. Utgangspunktet for norsk rett er at domstolene foretar gyldighetskontroll av forvaltningens vedtak, og da slik at kun faktiske omstendigheter som skjedde i tiden før endelig vedtak er relevante. Videre er det åpnet for å ta i betraktning etterfølgende omstendigheter som kaster lys over situasjonen slik den forelå på vedtakstidspunktet, og i relasjon til barnas beste er det mye som taler for at det foretas en nåtidsvurdering. Spørsmålet er om dette er godt nok i lys av kravet fra BK og EMK.

Når det kommer til forholdsmessigheten er BK og EMD-praksis klar på at nasjonale domstoler skal foreta en vurdering av situasjonen i nåtid eller ved iverksettelse, avhengig av om utlendingen henholdsvis ikke er sendt ut ennå, eller om utvisningen er gjennomført. Norsk praksis synes å være innenfor dette i relasjon til barnas beste, og delvis ellers også da domstolene kan ta i betraktning etterfølgende omstendigheter som kaster lys over momenter som ble behandlet ved vedtaket. Dette vil imidlertid i de fleste tilfeller ikke tilfredsstillende BK og EMKs krav, som krever en oppdatert vurdering i relasjon til *alle* relevante momenter i vurderingen av forholdsmessighet. Det betyr at norske domstoler, og dermed norske myndigheter i BK- og EMK-forstand, har en systemsvikt som gir grobunn for krenkelser av EMK artikkel 8 og BK artikkel 3 ved utvisning. Dette er igjen i strid med utlendingsloven § 3 og menneskerettsloven § 3. Norske domstoler må dermed endre sin praksis for hvilket skjæringstidspunkt som er det relevante ved vurdering av forholdsmessigheten, slik at dette i *alle relasjoner* harmonerer med konvensjonenes krav. Det medfører et prinsipielt spørsmål om domstolene ved denne tilpasningen i praksis vil bli satt til oppgaver som ellers hører til forvaltningen,<sup>232</sup> men BK og spesielt EMDs praksis synes klar på dette punkt.

Skjæringstidspunktet til EMD ved endelig vedtak i relasjon til «*family life*» og «*private life*» synes ikke å havne i et problematisk forhold til norske domstoler, da de sistnevnte fokuserer på samme tidspunkt ved § 70-vurderingen. Imidlertid synes BK å kreve en oppdatert vurdering også av barnas eksistens, det vil si at man ikke kan se bort fra barnas beste selv om de er født etter endelig vedtak

---

<sup>229</sup> Se for eksempel Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 54 første spalte.

<sup>230</sup> Se tydeligst i LB-2011-34382 side 10, og mer indirekte i LB-2010-40764 side 7 jf. side 4 og LB-2008-84594 side 5.

<sup>231</sup> Jf. vurderingen av «*family life*» og «*private life*» i EMK artikkel 8 og «de nærmeste familiemedlemmene» i utlendingsloven § 70. Dette betyr at i situasjoner der barn er født etter endelig utvisningsvedtak, må beslutningen allikevel vurderes etter BK og stå seg mot konvensjonens krav.

<sup>232</sup> Se nærmere om dette i siste avsnitt i kapittelet 3.5.1 På hvilket tidspunkt vurderer norske domstoler forholdsmessigheten?

om utvisning. Norske domstoler må dermed også på dette området endre sin praksis for ikke å systematisk krenke BK.

Det kom nylig en dom fra Høyesterett, HR-2012-920-A, der problematikken rundt skjæringstidspunkt kom på spissen i anledning nektelse av opphold på humanitært grunnlag (utlendingsloven § 38). Retten delte seg i tre. To dommere med Bårdsen i spissen vektla EMDs nåtidstilnærming, og faren for systematisk krenkelse av konvensjonen, EMK artikkel 13 om effektivt nasjonalt rettsmiddel og sikringsplikten i artikkel 1. Dette medførte at norske domstoler måtte kunne ta hensyn til endrede forhold etter oppholdsvedtaket (mye talte for at dette også måtte gjelde ved andre vedtak i utlendingssaker). To andre dommere med Skoghøy i spissen begrunnet samme standpunkt med at tidligere rettspraksis var uklar, og at retten derfor kunne bygge en regel som hadde de beste grunner for seg. Og dette var at norske domstoler ved prøving av forvaltningsvedtak måtte treffe avgjørelser på bakgrunn av oppdatert faktum, for å sikre flest mulig materielt riktige avgjørelser. En dommer dissenterte da han fant den tidligere praksisen klar, i tillegg til at EMDs oppdaterte vurdering ikke medførte at norske *domstoler* måtte ta nye omstendigheter etter vedtak i betraktning (men han fant det ikke tvilsomt at norske *myndigheter* hadde plikt til å vurdere nye forhold). Dommens rettskildemessige vekt svekkes ved at det er dissens både i konklusjon og tilnæringsmåte. I tillegg er Bårdsens analyse primært rettet mot opphold på humanitært grunnlag, mens Skoghøys argumentasjon synes tvilsom i lys av klar, tidligere rettspraksis. Dommen er likevel et interessant og spennende bidrag til en tematikk i stadig utvikling.

#### 4 Spesielle momenter i forholdsmessighetsvurderingen

Tema for dette kapitlet er de nærmere momentene i forholdsmessighetsvurderingen. Behandlingen av utlendingsloven § 70 tar utgangspunkt i oversikten i forarbeidene,<sup>233</sup> supplert med norsk rettspraksis. For vurderingen etter EMK artikkel 8 var det lenge ikke fastsatt noen faste momenter i forholdsmessighetsanalysen. Dette førte til frustrasjon for enkelte dommere i EMD, som mente at artikkel 8-analysene fremsto som rene «lotterier» som var meget vanskelige å forholde seg til for medlemsstatene.<sup>234</sup> Uforutsigbarheten gjorde at EMD i *Boultif* etablerte de relevante vurderingsparametere.<sup>235</sup> Disse ble så bekreftet og videreutviklet i storkammer-avgjørelsen *Üner*, og ytterligere stadfestet i den nyere storkammer-dommen *Maslov*.<sup>236</sup> Momentene likner i stor grad poengene fra de norske forarbeidene og rettspraksis.<sup>237</sup> Dette gjør at vurderingskriteriene sambehandles, og vesentlige forskjeller analyseres underveis.

På bakgrunn av dette rettskildebildet er momentene gruppert i underkapitler i den videre fremstilling, samlet etter om de tilhører lovens vurderingstema «forholdets alvor» eller «tilknytning til riket».

---

<sup>233</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 281 og side 291. Utlendingsloven av 2008 er relativt ny, og forarbeidene har derfor stor rettskildemessig vekt, jf. Andenæs (2009) side 48-49.

<sup>234</sup> Se bl.a. dommer Martens særvotum i *Boughanemi* og særvotumet til dommerne Baka og van Dijk i *Boujlifa*.

<sup>235</sup> Se dommens avsnitt 48.

<sup>236</sup> Se avsnittene 69-72 i sistnevnte dom og avsnittene 57-58 i førstnevnte dom.

<sup>237</sup> Dette må ikke forstås slik at momentene først ble utviklet i Norge, uten at man har hentet impulser fra EMDs praksis. Det er rimelig å anta at man hentet inspirasjon fra EMD ettersom domstolens rolle ble mer kjent i Norge, men det fremgår ikke direkte av forarbeidene at momentene ble utviklet under henblikk til EMDs praksis.

Sambehandlingen av momentene både fra norske forarbeider og praksis fra Høyesterett og fra EMD-praksis gir den fordel at teksten blir mer konsentrert, samtidig som behandlingen gir utfordringer med tanke på å se eventuelle nyanseforskjeller i domstolenes praksis. I tillegg gir den konsoliderte tilnæringsmåten utfordringer der det er mange avgjørelser fra EMD og én fra Høyesterett (eller motsatt). I slike tilfeller kan det være lett å konkludere med at tilnærmingen er sammenfallende, samtidig som det er en forskjell på hvor konsistent rettskildematerialet er.

Begrepene «domstolene» og «rettspraksis» betyr i de kommende delkapitler Høyesterett og EMD, dersom ikke annet er spesifisert. Med betegnelsen «forarbeider» menes motiver til norske lover. Med «vertsland» menes den stat utlendingen utvises fra. «Oppholdsland» brukes som alternativ til «vertsland», uten at begrepet sier noe om oppholdet er lovlig eller ikke. Fordi analysen primært er knyttet opp mot utlendingsloven § 70 vil Norge normalt brukes som vertsland i fremstillingen, selv om EMD-praksisen også knytter seg til en rekke andre land. «Hjemland» betyr det landet som utlendingen har statsborgerskap i, og derfor presumptivt skal sendes tilbake til (noen utlendinger har tilknytning også til andre stater som det kan være aktuelt å sende dem, og da vil disse normalt måtte innfortolkes i «hjemland»). «Opprinnelsesland» brukes som alternativ til «hjemland».

#### **4.1 «Forholdets alvor»**

Første vurderingsparameter som fremgår av lovteksten i utlendingsloven § 70 er «forholdets alvor».<sup>238</sup> Kriteriet skal etter bestemmelsen veies mot «tilknytning til riket», og det blir derfor sentralt å kartlegge hvor alvorlig og grovt forholdet som begrunner utvisning kan karakteriseres. Lovteksten skal forstås slik at jo alvorligere og grovere tilfellet er, desto mer skal til av tilknytningen til riket for at utvisning allikevel skal fremstås om uforholdsmessig.<sup>239</sup> Alvorlighetsgraden er videre sentral for å fastlegge terskelen for uforholdsmessighet.<sup>240</sup>

I analysen av «forholdets alvor» inngår en rekke parametere; overtredelsens art (type), straffebudets strafferamme, utmålt straff, uttalelser om skjerpene eller formildende omstendigheter i straffedommen, alder da overtredelsen ble utført og gjentakelsesfare.<sup>241</sup> Disse behandles hver for seg under dette kapittel, og det rettes særlig fokus mot spørsmål som har blitt aktualisert i utvisningspraksis.

##### **4.1.1 Overtredelsens art (type)**

Under dette delkapittelet grupperes tilfellene avhengig av om de gjelder overtredelser av straffelovgivningen eller utlendingsloven.<sup>242</sup> Ofte vil det ligge flere overtredelser til grunn for

---

<sup>238</sup> Se fotnote 13 på side 6 om problematikken rundt dobbeltstraff.

<sup>239</sup> Se Rt. 2007 s. 667 avsnitt 33 og Ot.prp. nr. 51 (2003-2004) side 24 andre spalte.

<sup>240</sup> Se nærmere om dette i kapittelet 3.4 Terskler og utgangspunkter for forholdsmessighetsvurderingen.

<sup>241</sup> Se bl.a. *Maslov* avsnitt 68 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 281 og 292.

<sup>242</sup> En vesensforskjell er at brudd på straffelovgivningen normalt medfører straffereaksjon, mens brudd på utlendingsloven normalt kun fører til utlendingsrettslige reaksjoner (f.eks. utvisning). Praksis er imidlertid i endring, og Riksadvokaten har i RA-05-370 fastsatt at straffbare handlinger begått av utlendinger i tilknytning til egen utlendings sak i mye større grad skal forfølges også av strafferettsapparatet, jf. Vevstad (2010) side 597.

utvisningsvedtaket, og retten foretar da en helhetsvurdering av forholdene der de mest alvorlige blir trukket fram, samtidig som de mindre alvorlige ofte kommer i bakgrunnen.<sup>243</sup>

#### 4.1.1.1 Overtredelser av straffeloven

Under denne overskriften behandles noen praktiske typetilfeller som ofte har vært tema for domstolene, gruppert etter om det gjelder kriminalitet knyttet til vold, narkotika, vinning, seksualitet eller trafikk.

##### 4.1.1.1.1 Voldskriminalitet

I forarbeidene er det understreket at voldskriminalitet er alvorlig, og denne type kriminalitet har fått økt oppmerksomhet de senere år.<sup>244</sup>

Etter rettspraksis kan man dele inn voldskriminaliteten på en glidende alvorlighetskala som går fra legemsfornærmelser, via legemsbeskadigelser til drap. Legemsfornærmelse blir ikke ansett å ligge i den mer alvorlige delen av spekteret for kriminell aktivitet.<sup>245</sup> Legemsbeskadigelse kommer i en mellomposisjon,<sup>246</sup> der særlig grove tilfeller blir vurdert strengt.<sup>247</sup> Drap anses naturligvis som den alvorligste formen for vold, og denne kriminaliteten karakteriseres som meget alvorlig.<sup>248</sup> I tillegg til denne kategoriseringen kommer om volden er utført med farlig redskap.<sup>249</sup>

Når det gjelder *vold i nære relasjoner*, har det i de siste årene vært stadig økende fokus på dette problemet og dets alvorlige virkninger.<sup>250</sup> Dette har medført at selv legemsfornærmelser i nære relasjoner blir ansett som alvorlige forhold.<sup>251</sup>

---

<sup>243</sup> Se Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 86 der retten la mindre vekt på overtredelser av vegtrafikkloven, og fokuserte på langvarig ulovlig arbeid og opphold i tillegg til legemsbeskadigelse med kniv. For andre eksempler, se bl.a. Rt. 2009 s. 546 avsnitt 34 og Rt. 2005 s. 238 avsnitt 43-44.

<sup>244</sup> Se Ot.prp. nr. 51 (2003-2004) side 6 og 9. I sistnevnte ble krav til strafferamme i den gamle utlendingsloven senket for i større grad å ramme voldsforbrytere.

<sup>245</sup> Se *Joseph Grant* avsnitt 38.

<sup>246</sup> I *Maslov* avsnitt 81 var utlendingen dømt for legemsbeskadigelse og det ble av retten ikke ansett som spesielt alvorlig. Det samme kan synes som slutningen i *Keles* avsnitt 59 sammenholdt med avsnittene 6-19, der to tilfeller av legemsbeskadigelse ikke ble kommentert, der det eneste som ble trukket fram var noen trafikkovertrедelser som ble ansett som mindre alvorlige.

<sup>247</sup> Se *Üner* avsnitt 63 der grov legemsbeskadigelse ble ansett som svært alvorlig. Det samme var situasjonen i Rt. 2005 s. 238 avsnitt 48 og 56 der utlendingen var domfelt for legemsbeskadigelse med døden til følge. Retten uttalte seg der om medvirkning og gjengkriminalitet, og trakk fram at det er deltakelsen fra mange som gjør gjengkriminalitet så farlig, slik at medvirkning ikke skal bedømmes mildere i utvisningssammenheng. Se også Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 291 andre spalte som underbygger alvorlighetsgraden.

<sup>248</sup> Se *Üner* avsnitt 63.

<sup>249</sup> Se for eksempel Rt. 2005 s. 238 avsnitt 42 sammenholdt med avsnitt 39 (mindretallet) og avsnitt 56 sammenholdt med avsnitt 53 (flertallet) der det ble vektlagt at det var anvendt kniv og jernstang. For øvrig vil bruk av særlig farlig redskap utløse høyere strafferamme i straffeloven § 232.

<sup>250</sup> Se NOU 2003: 31 side 59-63 om både fysiske, psykiske og sosiale følger, også for barn som ikke selv direkte blir fysisk mishandlet. Uttalelsene ble brukt bl.a. i Rt. 2004 s. 844 som begrunnelse for å skjerpe straffene for familievold. Se også Ot.prp. nr. 51 (2003-2004) side 6 og 9 der det ble gjort lettere å utvise utlendinger som er

#### 4.1.1.1.2 Narkotikakriminalitet

I forarbeidene fremhever departementet at man anser narkotikaforbrytelser for å være særlig alvorlige, og at dette skal gjenspeiles i praktiseringen av utvisningsreglene.<sup>252</sup> Rettspraksis skiller imidlertid tydelig mellom narkotika til eget bruk og spredning.<sup>253</sup>

Ved *spredning* har domstolene inntatt prinsipielle standpunkt. Høyesterett har fastslått at narkotika er et betydelig samfunnsproblem og medfører alvorlig fare for andre menneskers liv og helse.<sup>254</sup> EMD har i en rekke saker fastholdt at domstolen «i lys av den destruktive effekten narkotika har på folks liv [...] forstår hvorfor statene viser stor fasthet med hensyn til de som aktivt bidrar til spredning av denne pesten».<sup>255</sup> Dette medfører at tilvirkning, erverv, innførsel, besittelse, salg og utførsel av narkotika med tanke på spredning er å betrakte som meget alvorlig kriminalitet.<sup>256</sup>

Dersom det derimot dreier seg om narkotika *til eget bruk*, ser domstolene mildere på forholdet. Slike narkotikaovertrædelser blir ikke ansett å ligge i den mer alvorlige delen av spekteret for kriminell aktivitet.<sup>257</sup> Mengden er sentral for å vurdere hvilken kategori narkotikaforholdet skal kategoriseres i,<sup>258</sup> men også type<sup>259</sup> og renhet<sup>260</sup> er sentrale momenter i relasjon til det overordnede skadepotensialet.

---

straffet for vold, og da særlig for å motvirke vold i nære relasjoner. Uttalelsen ble anvendt i Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 36.

<sup>251</sup> Se Rt. 2005 s. 229 som gjaldt legemsfornærmelse mot barn. Retten fant at forholdet måtte karakteriseres som alvorlig, jf. avsnittene 43, 45 og 55. Se videre Rt. 2009 s. 1432 som angikk legemsfornærmelse utøvd mot kjæreste. Domstolen fant forholdet alvorlig, og understreket at økende kunnskap og oppmerksomhet om konsekvens av skadevirkningene av vold i nære relasjoner gjorde at volden måtte vurderes som alvorligere enn tidligere, jf. avsnitt 35.

<sup>252</sup> Se Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 291 andre spalte og Ot.prp. nr. 51 (2003-2004) s. 24.

<sup>253</sup> Se tydelig eksempel i *Maslov* avsnitt 80.

<sup>254</sup> Rt. 1996 s. 1510 på side 1517.

<sup>255</sup> Se bl.a. *Arvelo Aponte* avsnitt 57-58, *A.W. Khan* avsnitt 40, *Maslov* avsnitt 80 og *Dalia* avsnitt 54.

<sup>256</sup> Se bl.a. Rt. 1996 s. 561 på side 566, Rt. 1996 s. 1510 på side 1517, Rt. 2007 s. 667 avsnitt 35, Rt. 2009 s. 705 og *Balogun* fra 2012 avsnitt 49. I *Arvelo Aponte* fra 2011 avsnitt 58 fant EMD at innførsel av ca. 600 gram kokain «bare» var nokså alvorlig, noe som kunne vært bud om ny utvikling på feltet. Men i lys av at man like før i dommen hadde fastholdt domstolens faste utgangspunkt ved spredning av narkotika, eventuell praksisendring ikke er drøftet og den nyere *Balogun*-dommen der den tidligere linjen er videreført, kan *Arvelo Aponte* ikke tas til inntekt for rettsutvikling på dette feltet.

<sup>257</sup> Se *Joseph Grant* avsnitt 38.

<sup>258</sup> Normalt vil det ikke være tvilsomt om kvantumet er til eget bruk eller ikke. Spørsmålet kan allikevel komme på spissen. I *Baghli* var en del av 10 gram heroin ment for eget bruk, og en del var tenkt for salg. Flertallsvotumet vektla delen tenkt til salg, mens dissenterende dommere Costa og Tulkens' særvotum vektlegger delen tenkt til eget bruk. Se videre Rt. 1996 s. 561 på side 566 der en kilo heroin ble ansett som «meget betydelig kvantum» og *Sezen* avsnitt 43 der 52 kilo heroin ble vurdert som stor mengde tenkt til spredning.

<sup>259</sup> For eksempel vurderes heroin strengere enn kokain, jf. bl.a. Rt. 1996 s. 561 på side 566 der en kilo heroin ble ansett som «meget betydelig kvantum» kontra *Arvelo Aponte* avsnitt 58 der ca. 600 gram kokain ble ansett som ikke ubetydelig mengde.

#### 4.1.1.1.3 Vinningskriminalitet

For denne type overtredelser går det et tydelig skille i rettspraksis avhengig av om det er anvendt vold mot person eller ikke.<sup>261</sup> Der *vold er involvert* er det som regel ran som har vært tema i utvisningspraksis.<sup>262</sup> Domstolene har fastholdt at ran er særlig samfunnsskadelig fordi de reduserer alminnelige borgeres trygghet i hverdagen og belastningene for ofrene er store.<sup>263</sup> Dette betyr at slik vinningskriminalitet må anses som alvorlig i utvisningsammenheng.<sup>264</sup> Er ranet i tillegg av grov karakter, for eksempel dersom det er brukt våpen,<sup>265</sup> må forholdet anses som særlig alvorlig.<sup>266</sup>

I de tilfeller der det *ikke er brukt vold*, og da er det normalt innbrudd som har vært oppe i rettspraksis, må forholdet vurderes på mildere måte. I slike tilfeller må kriminaliteten kun anses å være av begrenset alvorlighetsgrad.<sup>267</sup>

#### 4.1.1.1.4 Seksualkriminalitet

Under denne kategorien er det særlige tre typetilfeller som går igjen i rettspraksis; beføling, voldtekt og hallikvirksomhet. Den sistnevnte type kriminalitet anses som svært alvorlig, da den fremstår som systematisk og profesjonell.<sup>268</sup> Voldtekt anses noe mildere av EMD, som alvorlig straffbart forhold.<sup>269</sup> Høyesterett synes å se strengere på slike overtredelser, og vurderer dem som meget alvorlig kriminalitet.<sup>270</sup> Beføling vurderes å være på den minst grove enden av alvorlighetskalaen, og det gjelder selv om den krenkende atferden er skjedd ved brudd på tillitsforhold.<sup>271</sup>

Rettspraksis ser strengt på seksualkriminalitet *mot egen familie*, fordi særlige avhengighets- og nærhetshensyn kommer inn i bildet. Slike lovbrudd er ansett som meget alvorlige forbrytelser.<sup>272</sup>

---

<sup>260</sup> I utgangspunktet slik at jo renere stoff, desto flere brukerdoser og dermed større skadepotensiale. Se imidlertid *Baghli* avsnitt 48 der retten vektla at domfelte hadde utvannet stoffet for videresalg på en måte som gjorde det særlig farlig for kjøperne.

<sup>261</sup> Dette kommer særlig tydelig fram i *Maslov* avsnitt 81 og *Jakupovic* avsnitt 30.

<sup>262</sup> Se bl.a. Rt. 2009 s. 546 avsnittene 31-33 og *Onur* avsnitt 55.

<sup>263</sup> Se Rt. 2009 s. 546 avsnitt 32-33 og *Boujlifa* avsnitt 44.

<sup>264</sup> Se f.eks. *Boultif* avsnitt 51.

<sup>265</sup> Dette var tilfellet i Rt. 2009 s. 546, *Boujlifa* og *Onur*.

<sup>266</sup> Se *Onur* avsnitt 55, *Boujlifa* avsnitt 44 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 291 andre spalte.

<sup>267</sup> Se *Maslov* avsnitt 81 og *Jakupovic* avsnitt 30. Her må det antakelig gjøres en reservasjon for omfattende innbruddskriminalitet («tyveriraid»).

<sup>268</sup> Se *Kaya* avsnitt 62 jf. 12, der utlendingen ved vold hadde presset mennesker til prostitusjon og styrt et slikt nettverk. Se også *Boughanemi* avsnitt 44 jf. 8 og 39, der utlendingen var dømt for å ha presset mennesker til prostitusjon ved vold og for å leve på inntekter fra denne virksomheten. Se videre Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 291 andre spalte som underbygger alvorlighetsgraden.

<sup>269</sup> Se *Nasri* avsnitt 42, *Bouchelkia* avsnitt 51 jf. 8 og A.A. avsnitt 60 jf. 7.

<sup>270</sup> Se Rt. 2000 s. 591 på side 601 for den delen som gjaldt utuktig omgang med samboerens datter og sønn.

<sup>271</sup> Se *Omojudi* avsnitt 44 som gjaldt beføling av bryster av offentlig ansatt med ansvar for utleie av boliger.

<sup>272</sup> Se Rt. 2000 s. 591 på side 601 for den delen som gjaldt utuktig omgang og incest av datteren, Rt. 1995 s. 72 på side 82 som gjaldt voldtekt og incest av barn og *Husseini* avsnitt 103 som gjaldt voldtekt mot kone. I de to sistnevnte dommene påpeker retten at det er spesielt at hensynet til familiens enhet påberopes av den som



#### 4.1.1.1.5 Trafikkrelaterte overtredelser

Overtredelser som har vært prøvd for EMD i denne kategorien omfatter fartsoverskridelser, kjøring på rødt lys, kjøring uten førerkort og promillekjøring.<sup>273</sup> Domstolen har vært konsekvent på at selv om slike overtredelser utgjør fare for offentlig veitrafikk, må disse anses å være av mindre alvorlighetsgrad i relasjon til utvisning.<sup>274</sup>

#### 4.1.1.2 Overtredelser av utlendingsloven

Denne kategorien gjelder særlig innreise i strid med forbud,<sup>275</sup> oppgivelse av uriktig og villedende opplysninger om identitet, tidligere opphold og straff,<sup>276</sup> og ulovlig opphold og arbeid.<sup>277</sup>

En første problemstilling er hvordan man skal vurdere overtredelser av utlendingsloven; skal dette skje i et strafferettslig eller et forvaltningsrettslig perspektiv? Spørsmålet er sentralt, da man ved å legge førstnevnte vurderingsnorm til grunn vil måtte anse forholdene som mindre alvorlige da strafferammen er relativ lav,<sup>278</sup> og idømte straffer nokså milde.<sup>279</sup> Høyesterett tok første gang stilling til tematikken i Rt. 2009 s. 534.<sup>280</sup> Her fant Høyesterett at overtredelsene måtte ses i et forvaltningsrettslig perspektiv, og trakk fram kontrollhensynet i utlendingsloven (1988) § 2.<sup>281</sup> Videre bemerket retten at det store antall søknader gjør at myndighetene i stor grad må basere kontrollen på at utlendinger gir riktige opplysninger, og ellers lojalt forholder seg til regelsettet.

Utlendingssystemet er altså basert på tillit. Domstolen sluttet derfor at overtredelser av utlendingsloven av allmennpreventive årsaker bør få konsekvenser. I tillegg henviste Høyesterett til forarbeidene og uttalelse der om at manglende reaksjoner vil undergrave respekten for regelverket og virke urettferdig på de som er lovlidige.<sup>282</sup> Disse synpunktene er fulgt opp i senere rettspraksis.<sup>283</sup>

---

synes å ha brutt forutsetningene for denne. Se også Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 291 andre spalte som underbygger alvorlighetsgraden.

<sup>273</sup> Se om det sistnevnte momentet i *Keles* avsnitt 59 og de andre i *Yildiz* avsnitt 45.

<sup>274</sup> Se *Yildiz* avsnitt 45 og *Keles* avsnitt 59. Antakelig vil Høyesterett innta samme slutning, se eksempelvis Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 86 der retten la liten vekt på overtredelse av vegtrafikkloven i oversikten over utlendingens overtredelser, og ikke kommenterte disse forhold senere.

<sup>275</sup> Utlendingsloven §§ 9 og 71 (2). Se for øvrig note 242 på side 37 om at Riksadvokaten har tatt til orde for at straffbare handlinger begått av utlendinger i tilknytning til egen utlendingssak i mye større grad skal forfølges også av strafferettsapparatet.

<sup>276</sup> Utlendingsloven § 83.

<sup>277</sup> Utlendingsloven § 55.

<sup>278</sup> Se utlendingsloven § 108 (1) bokstav a om seks måneders fengsel som maksimalstraff for overtredelser av bestemmelser nevnt i note 275 til 277.

<sup>279</sup> Se for eksempel LA-2011-162852 der utlending for å ha arbeidet et år uten tillatelse fikk 15 dager betinget fengsel.

<sup>280</sup> Se avsnitt 49-50. Synspunktet ble fulgt opp av mindretallet i avsnitt 86.

<sup>281</sup> I utlendingsloven (2008) § 1 er formålet i det vesentlige angitt på samme måte.

<sup>282</sup> Se Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 289 første spalte.

<sup>283</sup> Se Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 79, Rt. 2011 s. 948 avsnitt 47 og implisitt i *Nunez* avsnitt 72. Merk for øvrig at det er en utvikling der straffbare handlinger begått av utlendinger i tilknytning til egen utlendingssak i mye større grad skal forfølges også av strafferettsapparatet, se nærmere i fotnote 242 på side 37.

Neste spørsmål blir da hvilke overtredelser som i et forvaltningsrettslig perspektiv rammer de kontrollhensyn utlendingsloven skal ivareta. I Rt. 2009 s. 534 fant flertallet at innreise i strid med forbud, oppgivelse av uriktige opplysninger og ulovlig opphold og arbeid i høy grad rammet de kontrollhensyn loven skal ivareta, og dermed måtte karakteriseres som svært alvorlige forhold.<sup>284</sup> I Rt. 2010 s. 1430 fant retten at opphold og arbeid uten tillatelse i høy grad rammet de kontrollhensynene utlendingsloven skal ivareta, og fastslo derfor at forholdet måtte vurderes å være av meget alvorlig karakter.<sup>285</sup> Slutningen fra denne dommen ble nyansert og fraveket i Rt. 2011 s. 948.<sup>286</sup> Retten fremhevet at det måtte være rom for en konkret vurdering av i hvilken grad myndighetenes arbeid har blitt vanskeliggjort av utlendingens overtredelser. Lagmannsretten hadde fremhevet at ulovlig opphold, arbeid og innreise var i kjernen av de kontrollhensyn loven skal ivareta. Førstvoterende kommenterte at disse forhold er de sentrale som reguleres av loven, men ikke disse som i størst grad utfordrer kontrollmulighetene. Dette er tvert imot forhold som å unnlate å oppgi identitet, å gi uriktige opplysninger og å benytte falske dokumenter. Retten argumenterte også med utlendingsforskriften § 14-1 som fastslår at ulovlig arbeid eller opphold i inntil to år normalt sett ikke skal føre til utvisning dersom man har barn i riket, og sluttet fra dette at slike overtredelser dermed ikke kan anses å være særlig alvorlige.<sup>287</sup>

Oppsummert slutning fra Høyesteretts praksis blir dermed at det er unnlattelse av å oppgi riktig identitet, å oppgi uriktige opplysninger og å benytte falske dokumenter som i størst grad rammer utlendingslovens kontrollformål, og dermed normalt må anses å være av meget alvorlig karakter. Andre overtredelser av utlendingsloven, som ulovlig opphold, arbeid og innreise, utfordrer ikke kontrollhensynet på samme måte, og må vurderes som mindre alvorlige såfremt utlendingen relativt sett har forholdt seg lojal til lovverket.<sup>288</sup> EMD har ikke inntatt samme tilnæringsmåte som Høyesterett, men hele tiden fokusert sterkt på om oppholdet har vært lovlig, og om utlendingen slik sett har hatt berettiget forventning om fortsatt opphold i vertslandet.<sup>289</sup> For denne domstolen fremstår derfor alle overtredelser av utlendingsreglene som i realiteten medfører ulovlig arbeid og opphold som meget alvorlig kriminalitet.<sup>290</sup>

---

<sup>284</sup> Se avsnitt 51. Mindretallet fant i avsnitt 86 at det var alvorlige brudd i lys av regelverkets kontrollformål.

<sup>285</sup> Se dommens avsnitt 80.

<sup>286</sup> Se avsnitt 47 flg.

<sup>287</sup> Bestemmelsen er nærmere omtalt i Vevstad (2010) side 442 og Søvig (2011) side 297 flg.

<sup>288</sup> I Rt. 2011 s. 948 avsnitt 49 ble ikke kontrollhensynet ansett som utfordret fordi utlendingen meldte seg for myndighetene kort tid etter ulovlig innreise og fordi hun selv opplyste til myndighetene at hun hadde arbeid. I Rt. 2005 s. 229 avsnitt 45 ble ulovlig arbeid i seks år ikke tillagt særlig vekt fordi utlendingen hadde betalt skatt og ikke gjort noe forsøk på å skjule seg for politiet.

<sup>289</sup> Se nærmere om dette med videre henvisninger i bl.a. kapittel 3.4.2 EMDs tilnærming, kapittel 4.2.5 Botid i Norge og kapittel 4.2.4 Familie etablert etter at man burde forstått at utvisning var aktuelt.

<sup>290</sup> Se særlig i *Nunez* avsnitt 72 der EMD var enig i at både det å oppgi uriktige og villedende opplysninger og ulovlig innreise, opphold og arbeid måtte anses som meget alvorlig kriminalitet i tråd med Høyesteretts (daværende) syn. Se videre i *Antwi* avsnitt 90 der det å oppgi uriktige og villedende opplysninger og å benytte falske dokumenter som medførte oppholdstillatelse på feilaktig grunnlag, ble ansett å veie tungt mot utlendingen. Se imidlertid i samme dom avsnitt 104 der EMD mener kriminaliteten var mer alvorlig enn i *Darren Omoregie* der det var snakk om noen måneders ulovlig opphold og arbeid. Altså ser vi kanskje her at

Videre er *grad av skyld* en parameter for å vurdere alvorligheten av overtredelser av utlendingsloven. I Rt. 2011 s. 948 ble det vist til forarbeidene der det fastslås at et sentralt moment er i hvilken grad utlendingen kan bebreides eller var i god tro med tanke på lovbruddene.<sup>291</sup> Skulle utlendingen ha vært i god tro, om enn opptrådt uaktsomt, svekker det alvorlighetsgraden.<sup>292</sup>

#### 4.1.2 Strafferamme

Det følger av rettspraksis og forarbeider at overtredelsens øvre strafferamme er et isolert moment for å fastlegge hvor alvorlig forholdet kan karakteriseres.<sup>293</sup> Dersom maksimalstraffen er høy, gir det signal om lovgivers syn på alvorligheten og dermed hvordan overtredelsen bør karakteriseres i utvisningssammenheng.

Hvis det kommer spesielle regler til anvendelse som øker strafferammen,<sup>294</sup> er det samlet maksimalstraff etter at disse er iaktatt som skal vurderes.<sup>295</sup> Spørsmålet er så hvordan man skal forholde seg til straffeskjerpelser etter at overtredelsen er begått. Høyesterett har fastslått at man må se hen den nye strafferammen i vurderingen av forholdets alvor, da dette markerer lovgivers oppdaterte syn på lovbruddet.<sup>296</sup>

Spørsmålet er så hvordan rettspraksis har delt inn tilfellene. Domstolene<sup>297</sup> synes å ha anlagt en glidende skala med et nedre skille rundt fem år, der forhold med denne strafferamme og høyere karakteriseres som alvorlige.<sup>298</sup> I de tilfellene der maksimalstraffen ligger rundt 15 år og høyere, anser man forholdene å være meget alvorlige.<sup>299</sup>

---

EMD nærmer seg tilnærmingen til Høyesterett, med sistnevntes fokus det er unnlattelse av å oppgi riktig identitet, å oppgi uriktige opplysninger og å benytte falske dokumenter som i størst grad rammer utlendingsreglens kontrollformål og dermed normalt må anses å være mest alvorlig. Slutningen er imidlertid usikker, da vurderingen i *Antwi* avsnitt 104 er kort og ikke gjort direkte i analysen av kriminalitetens alvorlighetsgrad (men derimot i relasjon til lengden på innreiseforbudet).

<sup>291</sup> Se dommens avsnitt 46 med henvisning til Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 281 andre spalte.

<sup>292</sup> I Rt. 2011 s. 948 avsnitt 50 ble det lagt vekt på at utlendingen hadde fått opplyst av sin advokat og delvis fra politiet at hun kunne fortsette å arbeide etter at en midlertidig arbeidstillatelse hadde falt bort.

<sup>293</sup> Se bl.a. Rt. 2000 s. 591 på side 601, *Omojudi* avsnitt 44, Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 281 andre spalte og NOU 2004: 20 side 306 andre spalte. Momentet er mer nedtonet i EMDs praksis enn i tilnærmingen til Høyesterett. Drøftelsen retter seg ikke mot overtredelser av utlendingsloven, da slike ses i et forvaltningsrettslig perspektiv. Se nærmere i kapitlet 4.1.1.2 Overtredelser av utlendingsloven.

<sup>294</sup> Mest aktuelle er straffeloven §§ 62 og 232.

<sup>295</sup> Straffeloven § 62 ble bl.a. anvendt i Rt. 2005 s. 238 avsnitt 42, Rt. 2005 s. 229 avsnitt 45 og Rt. 2000 s. 591 på side 598. Paragraf 232 ble bl.a. brukt i Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 81.

<sup>296</sup> Se Rt. 2000 s. 591 på sidene 598 og 601.

<sup>297</sup> Som nevnt over er momentet mer nedtonet i EMDs praksis, slik at slutningene i hovedsak baserer seg på avgjørelser fra Høyesterett.

<sup>298</sup> Se Rt. 2005 s. 229 avsnitt 45 og Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 81 der strafferammene lå rundt fem år og overtredelsene ble ansett som alvorlige. Se videre *Omojudi* avsnitt 44 der strafferamme på ti år understreket alvorret, men ikke ble ansett å ligge i den mest alvorlige delen av spekteret.

<sup>299</sup> Se Rt. 2005 s. 238 avsnitt 42, Rt. 2000 s. 591 på side 601 og Rt. 1996 s. 1510 på side 1517 der strafferammene lå rundt 15 år og forholdene ble karakterisert som meget alvorlige.

### 4.1.3 Utmålt straff

Det fremgår av rettspraksis og forarbeider at den utmålte straff for de overtredelser som ligger til grunn for utvisningen er et sentralt moment i vurderingen av «forholdets alvor».<sup>300</sup> Årsaken er at idømt straff er en indikasjon på domstolenes syn på lovbruddet. Dersom det er flere straffer kan retten både se på reaksjonene kumulert,<sup>301</sup> og enkeltposter hver for seg.<sup>302</sup>

Domstolene synes å dele tilfellene inn på en skala som går fra bøter og betingede dommer til lange ubetingede fengselsstraffer. Rettspraksis gir støtte for en tredeling, der straff bestående av bøter eller betingede reaksjoner anses som milde, og det gir grunnlag for å slutte at overtredelsene er av mindre alvorlig art.<sup>303</sup> I en mellomposisjon kommer lovbrudd som har utløst ubetinget fengsel opp til rundt tre år. I slike tilfeller må straffen anses som streng, og det gir næring til den tolkning at forholdet må karakteriseres som alvorlig kriminalitet.<sup>304</sup> På den mest alvorlige delen av skalaen kommer reaksjoner der domsslutningen er på mer enn rundt tre år ubetinget fengsel. Slike reaksjoner blir bedømt som meget strenge, og gir signal om at overtredelsene må vurderes å være av svært alvorlig karakter.<sup>305</sup>

### 4.1.4 Skjerpene eller formildende omstendigheter i straffedommen

Det følger av rettspraksis at et sentralt moment for å vurdere alvorret av de straffbare forhold som ligger til grunn for utvisningsvedtaket er den beskrivelse og de opplysninger som er gitt i straffedommen.<sup>306</sup> Disse kan være i skjerpene eller formildende retning, og på den måten påvirke hvor alvorlig lovovertrædelsen kan anses å være. På den ene side kan det bli vektlagt at utlendingen i straffedommen ble utpekt som hovedmann bak den kriminelle aktiviteten,<sup>307</sup> eller at brutaliteten og gjennomføringsmåten gjør at den straffbare handling må karakteriseres som særlig alvorlig.<sup>308</sup> På den

---

<sup>300</sup> Se bl.a. Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 81, Rt. 2005 s. 229 avsnitt 45, Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 281 andre spalte og NOU 2004: 20 side 306 andre spalte.

<sup>300</sup> Drøftelsen retter seg ikke mot overtredelser av utlendingsloven, da slike ses i et forvaltningsrettslig perspektiv. Se nærmere i kapittelet 4.1.1.2 Overtredelser av utlendingsloven.

<sup>301</sup> Se f.eks. *Maslov* avsnitt 80 der man ser på den totale lengde av de idømte ubetingede fengselsstraffer.

<sup>302</sup> Se f.eks. *Joseph Grant* avsnitt 38 der man ser på (den korte) lengden av hver enkelt straffereaksjon for å nansere alvorlighetsgraden. For øvrig vil domstolene i tilfeller med mange overtredelser noen ganger se bort i fra de minst alvorlige i vurderingen av utmålt straff, se eksempelvis *Keles* avsnitt 59.

<sup>303</sup> Se bl.a. *Yildiz* avsnitt 45 og *Jakupovic* avsnitt 30 som begge gjaldt bøter og betingede dommer.

<sup>304</sup> Se bl.a. Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 81, Rt. 2005 s. 229 avsnitt 43, *Maslov* avsnitt 80 og *Baghli* avsnitt 48 der det var idømt ubetinget fengsel mellom en måned og to år og ni måneder.

<sup>305</sup> Se bl.a. *Boujlifa* avsnitt 44 og Rt. 1996 s. 1510 på side 1517 som gjaldt fra sju år og seks måneder til 10 år ubetinget fengsel.

<sup>306</sup> Se bl.a. Rt. 2007 s. 667 avsnitt 36 og *A.A.* avsnitt 60. Drøftelsen retter seg ikke mot overtredelser av utlendingsloven, da slike ses i et forvaltningsrettslig perspektiv. Se nærmere i kapittelet 4.1.1.2 Overtredelser av utlendingsloven.

<sup>307</sup> Se *Kaya* avsnitt 62 og *Onur* avsnitt 55.

<sup>308</sup> Se Rt. 2009 s. 546 avsnitt 32-33 og *Onur* avsnitt 55 som gjaldt bruken av våpen ved ran som gjorde overtredelsen til en forferdelig og skremmende opplevelse for ofrene. Se videre *Kaya* avsnitt 62 der brutaliteten ved hallikvirksomhet fremsto som særlig grov, og *A.A.* avsnitt 60 der voldtekt av jente på 13 år hadde gitt betydelig belastning på hennes dagligliv.

andre siden kan det for eksempel bli vektlagt at utlendingen ikke var initiativtaker til den kriminelle handling, noe som taler for at forholdet er av mindre alvorlig karakter.<sup>309</sup>

Et spørsmål har vært om utlendingen i utvisningsvurderingen kan bli hørt med anførsler om formildende omstendigheter som ikke førte fram i straffedommen. Domstolene har vært klare på at de ikke vil ta stilling til slike påstander. Forholdet er rettskraftig avgjort, og retten vil i utvisningssaken legge til grunn det som fremkommer av straffedommen.<sup>310</sup>

#### 4.1.5 Lav alder da overtredelsen ble utført

I rettspraksis og forarbeider er det anerkjent at et sentralt moment i vurderingen av hvor alvorlig forholdet kan anses å være, er utlendingens alder ved overtredelsen.<sup>311</sup> Mer spesifikt knyttes dette opp mot ungdomskriminalitet, og utlendingens lave alder. Dersom overtredelsen er utført mens utlendingen var ung, må den normalt anses å være av mindre alvorlig art. Årsaken til dette er at de unge ikke har samme vurderingsevne som voksne, og deres spesielle sårbarhet.<sup>312</sup> Man vurderte i forarbeidene til den nye utlendingsloven om utlendinger som begår straffbare handlinger i Norge før de fyller 18 år skulle ha et absolutt vern mot utvisning. Konklusjonen ble negativ, og det ble særlig pekt på at slik beskyttelse kan være støtende ved alvorlige straffbare handlinger, og at ungdomskriminalitet er et problem. Videre ble det argumentert med at straffereaksjoner viser seg i praksis å ha liten preventiv effekt på noen, og da kan trussel om utvisning virke preventivt.<sup>313</sup>

Spørsmålet er så hvilken alder som er relevant. Etter rettspraksis kan man slutte at tidsrommet er fra utlendingen passerer den kriminelle lavalder og til han blir myndig.<sup>314</sup> I Norge betyr dette at relevant tidsrom er fra utlendingen fyller 15 år til han blir 18 år.<sup>315</sup> Dersom utlendingen fortsetter sin

---

<sup>309</sup> Se *Nasri* avsnitt 42 som gjaldt voldtekt.

<sup>310</sup> Se *Kaya* avsnitt 62 der man ikke ville prøve utlendingens anførsel om at han ikke var hovedmann, slik straffedommen fastslo. Se videre Rt. 2007 s. 667 avsnitt 36 der utlendingen hevdet at han kun hadde spilt en underordnet rolle i smugling av narkotika, noe retten ikke ville vurdere. Et litt mer spesielt tilfelle er *Üner*, der utlendingen i avsnitt 63 hevdet at han hadde handlet i nødverge ved voldsutøvelsen, noe de nasjonale domstolene hadde avvist. EMD avfeiet anførselen, men fant det allikevel riktig å legge til at man anså påstanden som lite troverdig da utlendingen hadde gått rundt med to ladde pistoler på seg.

<sup>311</sup> Se bl.a. *Moustaquim* avsnitt 44, *Radovanovic* avsnitt 35, *Maslov* avsnitt 72 og 81 flg., A.A. avsnitt 60, Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 40 og NOU 2004: 20 side 316 andre spalte.

<sup>312</sup> Et annet moment, som fremheves i Ot.prp. nr. 51 (2003-2004) side 24 andre spalte, er at vertslandet må ta et større ansvar for den kriminelle løpebane når utlendingen har hatt deler av sin barndom i landet, noe som ofte vil være aktuelt ved ungdomskriminalitet. Men dette er mest aktuelt der utlendingen allerede har vært en (lengre) periode i landet når kriminaliteten utføres – noe som ikke alltid er tilfelle.

<sup>313</sup> Se NOU 2004: 20 side 316 andre spalte flg. og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 293 andre spalte.

<sup>314</sup> Under den kriminelle lavalder kan overtredelse ikke straffes og dermed heller ikke danne grunnlag for utvisning. Om den øvre grense, se *Moustaquim* avsnitt 44 der alle utlendingens overtredelser var skjedd før fylte 18 år, *Bouchelkia* avsnitt 71 der utlendingen var 17 år og *Maslov* avsnitt 77 der utlendingen var mellom 14 og 15 år. I alle disse tilfellene ble utlendingen ansett som mindreårig. På den andre siden var utlendingen i Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 40 mellom 22 og 24 år, og i *Onur* avsnitt 55 var utlendingen 19 år ved siste overtredelse. I disse to sakene var man over grensen, og forholdet ble ikke ansett som ungdomskriminalitet.

<sup>315</sup> Den kriminelle lavalder er 15 år etter straffeloven § 46, og myndighetsalder er 18 år etter vergemålsloven (Lov om vergemål for umyndige av 22. april 1927 nr. 3) § 1 (2).

kriminelle karriere etter myndighetsalder, vil han ikke høres av domstolene med at overtredelsene må anses som ungdomskriminalitet.<sup>316</sup> Etter dette skjæringstidspunkt må det forventes at han i større grad er ansvarlig for og kan bebreides for egne straffbare handlinger.<sup>317</sup>

I nyere praksis fra EMD har retten ved overtredelser av mindreårige trukket fram at BK artikkel 3 og hensynet til barnets beste også kommer til anvendelse der det er utlendingen selv som rammes ved utvisning, og ikke bare i de tilfeller der utlendingen rammes i egenskap av å være barn av den som skal utvises.<sup>318</sup> Dette betyr etter domstolens syn at i saker med mindreårige lovbrøyttere man må legge til rette for reintegrering i samfunnet, og det henvises til BK artikkel 40 som gjør dette til et mål for rettssystemet rettet mot ungdommer. Etter EMDs mening vil dette formål ikke oppnås ved å kutte familiære eller sosiale bånd gjennom utvisning, som må være siste mulige tiltak i saker om kriminelle ungdommer.<sup>319</sup> Utvisning utelukkes altså ikke, men det må da være snakk om svært alvorlig kriminalitet der vold normalt inngår.<sup>320</sup>

#### 4.1.6 Gjentakelsesfare

Det følger av rettspraksis og forarbeider at gjentakelsesfare er et sentralt moment i vurderingen av forholdets alvorlighet.<sup>321</sup> Det spesielle med dette momentet er at rettsanvenderen ser fremover i tid og foretar en prognose, mens man ved vurdering av de fleste andre momentene ser seg tilbake i tid. Dersom utlendingen har et langt rulleblad, kan det vise at han ikke greier å legge kriminaliteten bak seg og innrette seg etter norske regler, og det kan dokumentere mangel på motforestillinger i forhold til å sette seg utover samfunnets normer.<sup>322</sup> Dette kan føre til at overtredelsene må anses som mer alvorlige, og at utlendingen utgjør en større trussel mot vertslandet.<sup>323</sup> På den andre siden kan manglende gjentakelse illustrere at utlendingen er rehabilitert og følger spillereglene, og dermed gjøre at overtredelsen anses som mindre alvorlig.<sup>324</sup> I en mellomkategori kommer tilfeller der det

---

<sup>316</sup> Se Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 40 der utlendingen var mellom 22 og 24 år da de straffbare handlinger ble begått, og de kunne derfor ikke karakteriseres som ungdomskriminalitet. Det samme var situasjonen i *Onur* avsnitt 55 der utlendingen var 19 og 22 år ved de siste domfellelser, og i *Balogun* avsnitt 49 der den utviste var over 18 år.

<sup>317</sup> Se Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 40.

<sup>318</sup> Se *Maslov* fra 2008 avsnitt 82-83, som er stadfestet i *A.A.* fra 2011 avsnitt 60.

<sup>319</sup> Se *Maslov* avsnitt 83, som er stadfestet i *A.A.* avsnitt 60.

<sup>320</sup> Se *Maslov* avsnitt 85, der det henvises videre til *Bouchelkia* avsnitt 51 som gjaldt grov voldtekt utført da utlendingen var 17 år. Her uttalte domstolen at lav alder ikke endret alvorligheten av overtredelsen. Se også Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 293 andre spalte som understreker høy terskel for utvisning ved ungdomskriminalitet.

<sup>321</sup> Se bl.a. *Üner* avsnitt 57 tredje strekpunkt, Rt. 2005 s. 238 avsnitt 53-55 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 292 første spalte. Se også diskusjon om krav om gjentakelsesfare ved vurderingen av formålmessighet etter EMK artikkel 8 (2) i kapittel 3.2.3.3 Utvisning må være formålmessig.

<sup>322</sup> Se bl.a. Rt. 2009 s. 705 avsnitt 59 og Rt. 2005 s. 238 avsnitt 53 om begrunnelsen.

<sup>323</sup> I denne kategorien faller bl.a. *Üner* avsnitt 63, Rt. 2005 s. 238 avsnitt 53-55 og *Joseph Grant* avsnitt 39. Sistnevnte var narkotikamisbruker som hadde stort antall lovbrudd over svært mange år på samvittigheten for å finansiere misbruket. Siden han ikke hadde tatt tak i det underliggende narkotikaproblemet, var faren for gjentakelse stor.

<sup>324</sup> I denne kategorien faller bl.a. *A.A.* avsnitt 61 flg. der utlendingen hadde utført én overtredelse og senere tatt utdanning og fått jobb i det offentlige. Se videre i Rt. 2005 s. 229 avsnitt 55 der ett tilfelle av vold kun var

ikke foreligger gjentakelsesfare, men der én overtredelse isolert sett er så grov, og utlendingen så markert har brutt samfunnets regler, at forholdet likevel må anses som alvorlig.<sup>325</sup>

Den sistnevnte synsvinkel er anvendt i noen alvorlige narkotikasaker,<sup>326</sup> men dommene er gamle og forbigått av rettsutviklingen.<sup>327</sup> Det betyr at det synes nesten å være et vilkår for utvisning at det foreligger gjentakelsesfare, da det relevante tema er om utlendingen på domstidspunktet rimeligvis kan forventes å forårsake uorden eller å engasjere seg i kriminelle aktiviteter i vertslandet.<sup>328</sup> Dette må forstås med et meget snevert unntak for svært alvorlig kriminalitet, der samfunnets behov for reaksjon og allmennpreventive hensyn gjør at det ikke er krav om gjentakelsesfare.<sup>329</sup>

Etter at denne mellomkategorien er behandlet, gjenstår det som ofte er normalsituasjonen; utlendingen har flere overtredelser på rullebladet. Domstolene har utviklet et nokså komplekst analyseverktøy for å vurdere slike situasjoner. Dette gjør at noen utlendinger, på tross av flere lovbrudd, allikevel vil havne i den kategorien der manglende gjentakelse blir brukt til hans gunst.<sup>330</sup> Andre igjen vil havne i den kategorien der flere overtredelser blir vurdert som gjentakelsesfare i utlendingens ugunst.<sup>331</sup> Hva er det som skiller tilfellene?<sup>332</sup>

Et moment som påvirker vurderingen er om utlendingen har fått de nødvendige tillatelser til opphold og arbeid etter at myndighetene visste om domfellelsene for tidligere forhold. I slike tilfeller ser domstolene det slik at myndighetene har «godkjent» overtredelsene ved å gi tillatelsene etterpå, noe

---

rettet mot en konkret person som nå var forlatt landet, og overtredelsen fremstod derfor som et situasjonsbetinget engangstilfelle som ikke bar bud om gjentakelsesfare.

<sup>325</sup> Her kommer også hensynet til den allmennpreventive virkning inn.

<sup>326</sup> Se *Dalia* der utlendingen i avsnitt 49 anførte at det ikke var fare for gjentakelse fordi det var snakk om én overtredelse og hun nå var ute av narkotikaverdenen. Dette ble ikke kommentert av retten i flertallsvotumet (derimot vektlagt i positiv favør av dissenterende dommere De Meyer, Bernhardt og Levits). Se videre i *Sezen* avsnitt 43 der retten fastslo at det faktum at utlendingen ikke tidligere var domfelt ikke kom han til gode ved meget alvorlig narkotikakriminalitet. Det samme var situasjonen i *Amrollahi* avsnitt 37. Siste eksempel er Rt. 2007 s. 667 avsnitt 36 der utlendingen hevdet at det ikke var fare for gjentakelse. Retten bemerket kort at det ikke var krav om gjentakelsesfare for utvisning. Alle sakene gjaldt ulovligheter knyttet til heroin.

<sup>327</sup> *Dalia* er fra 1998 og *Amrollahi* er fra 2002. *Sezen* fra 2006 er uklar ved at retten i avsnitt 44 la vekt på etterfølgende oppførsel til utlendingens gunst. Avgjørende er at EMD i ferske og liknende *A.W. Khan* fra 2010 avsnitt 41 og tydeligst i *A.A.* fra 2011 avsnitt 61 flg. fant at én overtredelse og ikke fare for gjentakelse normalt sett utelukker utvisning.

<sup>328</sup> Se *A.A.* avsnitt 68. Se imidlertid i nyere *Antwi* der gjentakelsesfaren vel var beskjedent og ikke ble særlig fremhevet, likevel ble utvisning akseptert.

<sup>329</sup> Men i de fleste tilfeller ved slik svært alvorlig kriminalitet vil overtredelsen isolert sett bære bud om en person som ikke innretter seg etter samfunnets mest grunnleggende normer, slik at det av den grunn ofte må antas å foreligge gjentakelsesfare.

<sup>330</sup> Se f.eks. *Omojudi* avsnitt 42 flg. der utlendingen hadde utført en rekke overtredelser, men allikevel ble manglende gjentakelse brukt i utlendingens favør.

<sup>331</sup> Se f.eks. *Joseph Grant* avsnitt 39 der en rekke overtredelser ga gjentakelsesfare til utlendingens ugunst.

<sup>332</sup> Tilnæringsmåten til EMD er noe mer nyansert enn den til Høyesterett, slik at slutningene i hovedsak baserer seg på avgjørelser fra EMD.

som medfører at disse lovbruddene ikke skal tas med i vurderingen av «forholdets alvor».<sup>333</sup> På den måten kan det i et tilfelle der utlending som har flere forhold før de nødvendige tillatelser, og bare en etterpå, bli vurdert slik at det til hans fordel ikke foreligger gjentakelsesfare.

En annen variabel i vurderingen er om myndighetene har gitt utlendingen advarsel etter noen overtredelser der det trues med utvisning om den kriminelle atferd ikke opphører. Fortsetter aktiviteten, vil oppførselen lettere kvalifisere som gjentakelsesfare i hans disfavør, uavhengig av andre momenter, da utlendingen klart har fått forespeilet konsekvensen og allikevel ikke makter å innrette seg.<sup>334</sup>

Videre er det sentralt hvor alvorlig forholdet som i hovedsak begrunner utvisning er. Gjelder den svært alvorlig forhold, skal det mindre til av andre overtredelser for å konstatere at utlendingen har kriminelle tilbøyeligheter som gjør han til en trussel for vertslandet.<sup>335</sup> Dette virker også motsatt, på den måten at dersom overtredelsen som i hovedsak begrunner utvisningen er av mindre grovhet, skal det mer til av de andre lovbruddene for å konstatere gjentakelsesfare av betydning.<sup>336</sup>

Et annet viktig moment i forlengelse av det forrige, er hvor alvorlige de andre overtredelsene enn den som i hovedsak begrunner utvisningen isolert sett er. Er disse av alvorligere karakter, understreker det at utlendingen har grovere kriminelle tendenser.<sup>337</sup> Er de andre overtredelsene av mindre grov karakter, vil domstolene i større grad se helt bort fra dem,<sup>338</sup> eller i hvert fall tillegge

---

<sup>333</sup> Dette var situasjonen i *Omojudi* avsnitt 42 flg. Se imidlertid A.A. avsnitt 61 der utlendingen automatisk hadde fått oppholdstillatelse (som følge av at moren hadde fått dette) under soning, og relevant myndighet ikke visste om domfellelsen. Hadde derimot utlendingen søkt selv, måtte han at opplyst om dommen, og den ville dermed at blitt tatt i betraktning. Domstolen anså på denne bakgrunn at staten ikke hadde «godkjent» overtredelsen, og ville derfor ikke legge vekt på oppholdstillatelsen.

<sup>334</sup> I *Joseph Grant* avsnitt 39 ble det vektlagt til utlendingens ugunst at han hadde fått advarsel. Utlendingen i *Omojudi* avsnitt 42 var ikke advart, og dette var et moment som talte til hans fordel.

<sup>335</sup> Dette var situasjonen i Rt. 2005 s. 238 avsnitt 53 der hovedårsaken til utvisningen var meget alvorlig gjentatt voldskriminalitet. Selv om de etterfølgende forhold kun gjaldt forelegg for ulovlig narkotikakriminalitet og ulovlig kjøring, bar dette bud om at utlendingen ikke hadde lagt kriminaliteten bak seg og innrettet seg etter norske regler.

<sup>336</sup> Dette var tilfellet i *Joseph Grant* avsnitt 39, der utvisningen var begrunnet på overtredelser av mindre karakter. I den saken var imidlertid det totale antall overtredelser, inkludert etter utvisningsvedtaket, så stort at det ikke kunne hjelpe at også de sistnevnte var av mindre alvorlig karakter.

<sup>337</sup> Se eksempelvis *El Boujaïdi* avsnitt 40 der utlendingen var dømt for to narkoovertredelser som i hovedsak begrunnet utvisningen. Han fortsatte sitt liv i kriminalitet ved senere å bli dømt for forsøk på ran. Dette var alvorlig forhold, og etterfølgende oppførsel etter domfellelse talte derfor tungt imot han. Se videre *Üner* avsnitt 63 der domfellelse for drap og overfall i hovedsak begrunnet utvisningen. Retten vektla også at utlendingen også før dette var domfelt for voldskriminalitet, og dermed hadde vist gjentatt kriminell aktivitet som talte han imot.

<sup>338</sup> Dette var situasjonen i *A.W. Khan* avsnitt 41 der retten vektla i utlendingens favør at han ikke hadde utført andre *alvorlige* lovovertrædelser, og man så da bort i fra noen mindre forhold som tyveri av forsikringsdokument og bruk av forfalsket bankanvisning. Slutningen må imidlertid forstås med reservasjon for meget stort antall overtredelser, slik situasjonen var i *Joseph Grant* avsnitt 39.



dem liten vekt.<sup>339</sup> På den måten kan flere forhold allikevel gi slutning om manglende gjentakelsesfare til utlendingens gunst, på grunn av liten alvorlighetsgrad.

Videre deler domstolene normalt hendelsesforløpet inn i to deler; oppførsel før og etter sist alvorlige dom. Deretter ser de på utlendingens atferd både før dommen, og handlemåte etterpå.<sup>340</sup> Skulle det vise seg at han etter sist alvorlig domfellelse har rehabilitert seg og ikke utført nye overtredelser, kan dette komme utlendingen til gunst selv om det før dette tidspunkt er flere lovbrudd.<sup>341</sup> Dette gjelder spesielt dersom han har tatt utdanning eller skaffet seg arbeid.<sup>342</sup> Et annet moment her er avstanden i tid mellom overtredelsene innenfor hver epoke, og da særlig i perioden før dommen som hovedsakelig begrunner utvisningen.<sup>343</sup> Ligger en overtredelse mange år tilbake i tid i forhold til den som er hovedårsaken til utvisningen, svekker det inntrykket av vanekriminalitet.<sup>344</sup>

Utlendingens alder er et siste moment i vurderingen av gjentakelsesfare. Lav alder da kriminaliteten ble utført påvirker alle aspekter ved vurderingen av forholdsmessighet, også analysen av gjentakelsesfare.<sup>345</sup> I slike tilfeller er reintegrering i samfunnet det sentrale mål.<sup>346</sup> Med hensyn til at de unge ikke har samme vurderingsevne som voksne og deres spesielle sårbarhet, må mindreårige lovbrøyttere med flere overtredelser vurderes mildere enn voksne i samme situasjon.<sup>347</sup>

## 4.2 «Tilknytning til riket»

Det andre vurderingskriteriet som fremgår av lovteksten i utlendingsloven § 70 er «tilknytning til riket». Momentet skal etter bestemmelsen avveies mot «forholdets alvor», og det er derfor sentralt å kartlegge hvor nært og sterkt utlendingen og hans nærmeste er tilknyttet Norge. Lovteksten skal forstås slik at jo tettere relasjonen til riket er, desto grovere må forholdet som begrunner utvisning være for at tiltaket skal fremstå som forholdsmessig.<sup>348</sup> Tilknytningen er videre sentral for å fastlegge

---

<sup>339</sup> Dette var situasjonen i *Omojudi* avsnitt 42 der retten vektla at utlendingen i den senere tid hadde holdt seg unna trøbbel med unntak av noen mindre alvorlige trafikkovertrедelser. Dette talte til hans fordel. Det samme var situasjonen i *Nasri* avsnitt 42. Slutningen må imidlertid forstås med reservasjon for meget stort antall overtredelser, slik situasjonen var i *Joseph Grant* avsnitt 39.

<sup>340</sup> Se bl.a. *Omojudi* avsnitt 42 og i Rt. 2005 s. 238 avsnittene 53 og 55 jf. 44.

<sup>341</sup> Dette var situasjonen i *Yildiz* avsnitt 45 og *Omojudi* avsnitt 42. En forutsetning må være at det er snakk om lengre tidsperiode etter løslatelse, slik at man får «bevist» at rehabiliteringen er reell, jf. bl.a. *A.W. Khan* avsnitt 41 der ca. tre og et halvt år var nok og *Yildiz* avsnitt 45 der ca. to og et halvt år var tilstrekkelig.

<sup>342</sup> Se *Boultif* avsnitt 51 der dette var sentralt, og dempet frykten for gjentakelse. Videre var etterfølgende utdanning og arbeid viktig i favør utlendingen i *Sezen* avsnitt 44 og *A.A.* avsnitt 62 der man i begge sakene kun hadde én overtredelse som årsak til utvisningen.

<sup>343</sup> Dette fordi det nye lovbruddet normalt sett vil være det sentrale fokus ved utvisningen.

<sup>344</sup> Dette var situasjonen i *Omojudi* avsnitt 42 der utlendingen 16 år før det seksuelle overgrep som i hovedsak begrunnet utvisningen, var dømt for vinningskriminalitet. Det måtte tas hensyn til at vinningskriminaliteten lå så langt tilbake i tid ved vurderingen av gjentakelsesfare.

<sup>345</sup> Se *Maslov* avsnitt 72.

<sup>346</sup> Se *Maslov* avsnitt 83 med henvisning til BK artikkel 40.

<sup>347</sup> Se spesielt *A.A.* avsnitt 63 som fremhever dette i relasjon til gjentakelsesfare.

<sup>348</sup> Se Rt. 2007 s. 667 avsnitt 33 og Ot.prp. nr. 51 (2003-2004) side 24 andre spalte.

om man er over terskelen for uforholdsmessighet, som er basert på hvor alvorlig kriminalitet som begrunner utvisningen.<sup>349</sup>

I analysen av «tilknytning til riket» inngår en rekke parametere; om utlendingen har familie eller barn i Norge, utlendingens eller familiemedlemmenes helsetilstand og konsekvenser av denne, mulighet for å fortsette familielivet i hjemlandet (reetablering), familie etablert etter at utlendingen burde forstått at utvisning var aktuelt, botid i Norge, alder ved ankomst i Norge, grad av integrering i Norge, familie og slektninger i hjemlandet, språklige og utdanningsmessige bånd til hjemlandet, tilstand i hjemlandet og lang saksbehandlingstid.<sup>350</sup> Disse behandles hver for seg under dette kapittel, og det rettes særlig fokus mot spørsmål som har blitt aktualisert i utvisningspraksis.

## **4.2.1 Om utlendingen har familie eller barn i Norge**

### **4.2.1.1 Familie og slektninger i Norge**

Et sentralt parameter er om den utviste har familie<sup>351</sup> eller slektninger i Norge.<sup>352</sup> Dette vil i så fall normalt gi sterk tilhørighet hit,<sup>353</sup> noe som særlig slår inn dersom familien ikke kan forventes å følge etter den utviste til hans hjemland.<sup>354</sup> Jo nærrere familie det er snakk om, desto tettere vil domstolene anta at tilknytningen er.<sup>355</sup> Ektefelle og partner kommer her i særstilling på grunn av spesielt sterk emosjonell, sosial og økonomisk tilknytning til den utviste.<sup>356</sup> Domstolene foretar normalt ikke en vurdering av kvaliteten på den familiære relasjonen i vertslandet, for eksempel om slektningene har hatt tett kontakt.<sup>357</sup> Generelt må man vel tolke inn en reservasjon der relasjonen mellom slektningene er meget svak; i slike tilfeller vil neppe antakelsen om tett tilhørighet til oppholdslandet gjennom den familiære tilknytning slå til.

---

<sup>349</sup> Se nærmere om dette i kapittelet 3.4 Terskler og utgangspunkter for forholdsmessighetsvurderingen.

<sup>350</sup> Se bl.a. *Maslov* avsnitt 68 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 281 og 292.

<sup>351</sup> Barn behandles særskilt, se delkapittel 4.2.1.2 Barns behov for nærhet med sine foreldre og foresatte. Om hvem som regnes som familie og slektninger, se kapittel 3.2.2.1 Nærmere om «family life».

<sup>352</sup> Se eksempelvis Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 46, A.A. avsnitt 64 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 292. Nære familiemedlemmer kan ha selvstendig vern etter EMK artikkel 8, slik at perspektivet dreies fra den utviste selv, og over til konsekvensene for familiemedlemmene som rammes. Ofte vil eksempelvis begge ektefellene være vernet, slik at konsekvensene ved utvisning må vurderes i minst to relasjoner; både for den utviste selv som ikke kan fortsette samlivet med kona, og virkningene for kona som får brutt samlivet med sin mann.

<sup>353</sup> Se bl.a. *Onur* avsnitt 57 og Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 46 for illustrasjon.

<sup>354</sup> Dette var slutningen i bl.a. *Amrollahi* avsnitt 39 og *Yildiz* avsnitt 43. Se nærmere om hva som kan forventes i kapittel 4.2.3 Muligheter for å fortsette «family life» i hjemlandet (reetablering).

<sup>355</sup> De fleste dommene som behandler dette tema gjelder ektefelle/partner, barn, foreldre og søsken. Se bl.a. *Onur* avsnitt 57 (partner, barn, mor og søsken), A.A. avsnitt 64 (mor og søsken) og Rt. 2009 s. 546 avsnitt 46 (foreldre og søster).

<sup>356</sup> Se bl.a. *Onur* avsnitt 57 der partner (og barn) trekkes særlig fram, og foreldre og søsken kommer mer i bakgrunnen.

<sup>357</sup> Kontakt ble riktignok fremhevet i *Joseph Grant* avsnitt 40, men dette fremstår som et unntak i rettspraksis.

#### 4.2.1.2 Barns behov for nærhet med sine foreldre og foresatte

Det følger av lovteksten i utlendingsloven § 70, forarbeider og rettspraksis at hensynet til barn i vertslandet er meget sentralt i vurderingen av den utvistes tilknytning dit.<sup>358</sup> Årsaken er at barn er mer sårbare enn voksne, og trenger særskilt vern og omsorg.<sup>359</sup> Spesielt er de fysisk avhengig av og følelsesmessig tilknyttet sine foreldre og foresatte.<sup>360</sup> Barn av foreldre som står i fare for utvisning er i en helt spesiell situasjon; ofte vil de ha opplevd atskillelse i forbindelse med varetektsfengsling eller soning av straffbart forhold, noe som naturligvis er en stor påkjenning.<sup>361</sup> I tillegg vil de ofte ha følt usikkerhet knyttet til mulig utvisning og ny, varig atskillelse.<sup>362</sup> Begge deler (eventuelt i kombinasjon) er en stor belastning som kan gi stress, et moment rettspraksis har vektlagt i tilknytningsanalysen.<sup>363</sup> Videre kommer i noen tilfeller foreldrenes tidligere samlivsbrudd, med eventuell flytting fra den ene forelderen til den andre, noe som forsterker ulempene.<sup>364</sup> Et annet særtrekk er at barn i liten grad kan bestemme om de skal følge etter den utviste til hans hjemland, og dermed må flytte fra sitt nettverk, hjemsted og skole.<sup>365</sup>

Sentralt i vurderingen av hvor hardt utvisning vil ramme barna, er om den utviste har bodd sammen med barna eller vært en viktig omsorgsperson for dem.<sup>366</sup> Det siste kan han for eksempel være om han er aktiv i forhold til skole og barnas fritidssysler.<sup>367</sup> Barnas alder er et annet parameter, da disse normalt vil være spesielt avhengige av foreldrene de første årene og ha problemer med å forstå hvorfor de må skilles fra sine nærmeste.<sup>368</sup> Men også for ungdom vil utvisning kunne ramme hardt.

---

<sup>358</sup> Se bl.a. utlendingsloven § 70 (1) i.f., Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 292 første spalte, Innst. O. nr. 42 (2007-2008) side 48 første spalte, Rt. 2005 s. 229 avsnitt 48 flg. og *Üner* avsnitt 58 første strekpunkt. Dette delkapittelet er en illustrasjon på at barn kan ha et selvstendig vern etter EMK artikkel 8 og BK artikkel 3; perspektivet er altså ikke bare konsekvensene for den utviste selv, men for andre i hans familie som også rammes ved en utvisning. Prinsipielt kan man tenke seg at den utviste faren ikke har noe imot utvisning, men hans barn som rammes kan være vernet på selvstendig grunnlag og hindre utvisning fordi tiltaket vil medføre at barnet må vokse opp uten sin far rundt seg.

<sup>359</sup> Se Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 53 andre spalte.

<sup>360</sup> Se Barnekomiteens Generell kommentar nr. 7 (2005) avsnitt 18.

<sup>361</sup> Dette var situasjonen bl.a. i Rt. 2000 s. 591 på side 599 og Rt. 2005 s. 229 avsnitt 49 jf. 53.

<sup>362</sup> Dette var situasjonen bl.a. i Rt. 2009 s. 534 avsnitt 90 og *Nunez* avsnitt 81. Et annet særtrekk er at barna har en annen etnisk bakgrunn enn flertallet, se om dette i Meidell (2010) side 176.

<sup>363</sup> Dette ble understreket i Rt. 2000 s. 591 på side 599, Rt. 2005 s. 229 avsnitt 49 jf. 53, Rt. 2009 s. 534 avsnitt 90 og *Nunez* avsnitt 81.

<sup>364</sup> Dette var situasjonen og ble vektlagt i Rt. 2009 s. 534 avsnitt 90 og *Nunez* avsnitt 81. Mangelen på tidligere samlivsbrudd ble brukt som moment i favør av forholdsmessighet i *Antwi* avsnitt 101.

<sup>365</sup> Se Meidell (2010) side 176.

<sup>366</sup> I Rt. 2009 s. 534 avsnitt 89 påpekte annenvoterende at den utviste var hovedomsorgspersonen, og dette fulgte man opp med i *Nunez* avsnitt 79 der man også bemerket at barna hadde bodd permanent med den utviste fra fødsel og i 4-5 år. I Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 292 første spalte blir den utvistes mulige betydning for eventuelle særkullsbarn av ektefelle eller samboer også trukket fram.

<sup>367</sup> Dette var situasjonen i Rt. 2005 s. 229 avsnitt 49-50.

<sup>368</sup> Dette var slutningen i *Nunez* avsnitt 81 der barna var sju og ni år, og i Barnekomiteens Generell kommentar nr. 7 (2005) avsnitt 18.

Et annet moment i vurderingen er lengden på innreiseforbudet. Dette vil normalt virke slik at jo lenger forbud, desto lenger vil atskillelsen vare, og desto hardere vil barna rammes. Selv relativt kortvarige innreiseforbud er i rettspraksis ansett som store inngrep, spesielt dersom barna er små.

I Rt. 2009 s. 534 avsnitt 90 (mindretallet) og i *Nunez* avsnitt 81 og 83 ble innreiseforbud på to år ansett som en meget lang periode og et svært inngripende tiltak for barna som var ca. sju og ni år ved tidspunktet for EMDs dom. Det samme var indirekte slutningene i Rt. 2005 s. 229 avsnitt 55 og Rt. 2011 s. 948 avsnitt 57 flg. Se på den andre siden Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 88-90 der innreiseforbud på fem år ikke ble ansett som særlig inngripende for en far med en syk datter. Se videre *Darren Omoregie* avsnitt 67 der det var gitt innreiseforbud på fem år, men EMD vektla at det var mulig å søke om innreise etter to år, og dette ble brukt i favør av forholdsmessighet. I *Antwi* avsnitt 104 var også innreiseforbudet på fem år, og domstolen sammenliknet saken med *Darren Omoregie* og fant at kriminaliteten i *Antwi* var alvorligere slik at innreiseforbudets lengde klart måtte aksepteres. Det er imidlertid interessant at flertallsvotumet i *Antwi* ikke sammenliknet med det kortere innreiseforbudet i nyere *Nunez* (slik som både mindretallet i lagmannsretten og de dissenterende dommerne i EMD gjorde), der to år ble ansett som for lenge. Departementet har gitt særregler om innreiseforbudets varighet i tilfeller der utlendingen har barn i Norge, se utlendingsforskriften § 14-2.

I de tilfellene der det *ikke er nær familie involvert*, eller der *innreiseforbudets varighet vurderes mer isolert fra familien*, er EMD-praksis relativt streng; domstolen har i en rekke saker fastholdt at innreiseforbud på ti år må aksepteres, jf. *Üner* avsnitt 65, *Joseph Grant* avsnitt 42, *Onur* avsnitt 61 og *A.W. Khan* avsnitt 48. Ved ankomst i lav alder har EMD i noen tilfeller sett mildere på forholdet: I *Maslov* avsnitt 99 forhindret innreiseforbud på ti år utlendingen i å bo i vertslandet nesten like lenge som han allerede hadde bodd der, og det var en viktig periode i hans liv. Se videre i *Radovanovic* avsnitt 37 der varig innreiseforbud var for drastisk, og det ble konstatert krenkelse fordi det ville holdt med et tidsavgrenset forbud.

Kontaktmuligheter mellom barn og den utviste er et annet punkt som må analyseres. Små barn kan ha praktiske problemer med å holde relasjonen ved like, noe som gjør at de i stor grad er avhengig av den andre forelderens økonomiske evne og velvilje.<sup>369</sup> Men også i saker der den andre foreldereren har sagt seg velvillig til å bistå i kontakten, har rettspraksis vurdert det slik at det for alle praktiske formål må anses å foreligge atskillelse i perioden for innreiseforbudet.<sup>370</sup>

#### **4.2.2 Utlendingens eller familiemedlemmenes helsetilstand og konsekvenser av denne**

Det følger av forarbeider og rettspraksis at helsetilstanden til den utviste og hans familie er sentral når tilknytningen til riket skal vurderes.<sup>371</sup> Årsaken er at sykdom kan gjøre de nevnte personene særlig avhengig av vertslandets behandlingstilbud eller familie som oppholder seg der. Man må skille tilfellene avhengig av om de gjelder helseproblemer til den utviste selv eller hans familie.

Der helseplagene gjelder *den utviste selv*, skal det etter rettspraksis relativt alvorlig og omfattende sykdom til før domstolene vil ta hensyn til tilstanden.<sup>372</sup> Dersom dette er tilfellet, må det vurderes

---

<sup>369</sup> Se Meidell (2010) side 176. Se for øvrig note i særvotum til *Nunez* der man vektlegger de muligheter moderne teknologi som internett og Skype gir til å holde kontakten.

<sup>370</sup> Se *Nunez* avsnitt 81.

<sup>371</sup> Se bl.a. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 292, Rt. 2005 s. 229 avsnitt 48 flg. og *Nasri* avsnitt 43.

<sup>372</sup> I Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 87 ble psykiske problemer som følge av utvisning helt kort avfeiet som mindre interessant ved vurderingen av tilknytningen til riket. Samme slutning ble lagt til grunn i *Onur* avsnitt 60, der

om det finnes et støtteapparat i hjemlandet som kan tas seg av den utviste, enten i form offentlig behandlingstilbud<sup>373</sup> eller familie<sup>374</sup>. Skulle ikke dette være tilfellet, må forbindelsen til oppholdslandet anses som særlig sterk.<sup>375</sup>

I tilfeller der helseplagene gjelder *noen i familien til den utviste*, ligger også terskelen høyt for at momentet skal komme i betraktning.<sup>376</sup> Dersom tilstanden er alvorlig må man undersøke om det finnes behandlingstilbud i vertslandet,<sup>377</sup> og familie samme sted.<sup>378</sup> I relasjon til det siste momentet har Høyesterett satt strengt et beviskrav for å akseptere at avhengighetsforholdet mellom den utviste og den syke er reelt og påkrevet.<sup>379</sup> I tilfeller der støtteapparatet i vertslandet ikke vil kunne

---

utlendingen var diagnostisert med lidelser som mild til moderat depresjon, panikkelidelse, mild psykisk utviklingshemming, dysleksi og under gjennomsnittet kognitive evner. På den andre siden var sykdomsplagene særlig omfattende i *Nasri* avsnitt 43, der utlendingen var døvstum og analfabet, og dette måtte tas med i tilknytningsvurderingen.

<sup>373</sup> Dette var situasjonen i *Onur* avsnitt 60, der det ikke fantes bevis for at utlendingen ikke kunne få behandling eller rådgivning i vertslandet om behovet skulle oppstå.

<sup>374</sup> Dette kan enten være slektninger som allerede er etablert i hjemlandet, eller familie som har mulighet til å følge med den utviste til opprinnelseslandet. Om det kan forventes at familien følger etter, se kapittel 4.2.3 Muligheter for å fortsette «family life» i hjemlandet (reetablering). I *Onur* avsnitt 60 hadde ektefellen mulighet til å følge den utviste til hans opprinnelsesland, noe som svekket alvorret av hans sykdomstilstand.

<sup>375</sup> Dette var situasjonen i *Nasri* avsnitt 43 der døvstumhet og analfabetisme gjorde at familien var særlig viktig for den utviste, og familien kunne ikke forventes å følge med til hjemlandet.

<sup>376</sup> Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 89 flg. gjaldt datter med kronisk og alvorlig grad av barneautisme/gjennomgripende utviklingsforstyrrelse. Det at faren ble utvist, ble etter kort behandling ikke ansett å være uvanlig stor belastning. Se videre i Rt. 2005 s. 229 avsnitt 51 der ektefellen til den utviste hadde fått diagnosen reaktiv depressiv tilstand med stress, mareritt, søvnproblemer og angst som følge av vedtaket. Fastlegen betegnet situasjonen som «helsemessig og yrkesmessig kollaps». Heller ikke dette kunne karakteriseres som uvanlige belastninger og medføre at tilknytningen måtte anses som spesielt sterk. Terskelen var imidlertid overskredet i Rt. 2007 s. 667 avsnitt 42 der sønnen hadde schizofreni og en periode trengte hjelp til alle gjøremål.

<sup>377</sup> I Rt. 2007 s. 667 avsnitt 46 ble det vektlagt at sønnen ikke stod ribbet tilbake uten den utviste faren, og eventuelt også om moren fulgte faren til hjemlandet, da sønnen fortsatt ville få nødvendig medisinsk oppfølging i Norge.

<sup>378</sup> Forutsetningen er da at familiemedlemmet med helseproblemer ikke kan forventes å følge med den utviste til hjemlandet, noe som ofte vil være urealistisk ved alvorlige sykdomstilstander. Se for øvrig om hva som kan forventes i kapittel 4.2.3 Muligheter for å fortsette «family life» i hjemlandet (reetablering). I Rt. 2007 s. 667 avsnitt 46 ble det vektlagt at den voksne, syke sønnen både ville ha ektefellen og andre nære familiemedlemmer rundt seg, selv uten den utviste faren og eventuelt også om moren skulle følge faren til hjemlandet. Samme argumentasjon ble brukt i Rt. 2010 s. 1430 der det ble understreket at selv om den utviste faren ikke kunne pleie den syke datteren, så var moren i stand til å gjøre dette. Hjelpen som eventuell familie kan yte, må ses opp i mot den aktuelle sykdom: I Rt. 2005 s. 229 avsnitt 53 vektla retten at i en situasjon med store plager for barna, kombinert med morens kollaps, kunne det vanskelig i særlig grad redusere belastningene for barna at moren kunne få noe hjelp fra sin familie.

<sup>379</sup> I Rt. 2007 s. 667 avsnitt 46 ble kravet formulert slik at sykdomstilstanden til sønnen sett over *lengre tidsrom* i *vesentlig grad* ville kunne bli forverret ved farens utvisning, og det måtte kreves at endringer i farens situasjon på *avgjørende måte* hadde bidratt til forverring av *noen lengre varighet* for sønnen. I Rt. 2005 s. 229 avsnitt 53 måtte det være *betydelig* risiko for at moren (som hadde kollapset) ikke ville klare å håndtere de problemer utvisning av faren ville medføre for barna, for at retten skulle ta dette i betraktning.

veie opp for mangelen på det utviste familiemedlemmet, må hans tilknytning til oppholdslandet anses som spesielt sterk.<sup>380</sup>

#### 4.2.3 Muligheter for å fortsette «family life» i hjemlandet (reetablering)

Det er en sentral komponent i tilknytningsvurderingen om familien kan reetablere seg i den utvistes hjemland og fortsette samlivet der.<sup>381</sup> Årsaken er at utvisning vil virke langt mindre tyngende dersom familien ikke splittes.

Høyesterett synes ikke å operere med en spesiell terskel, men foretar en friere vurdering av om det er realistisk at familien kan flytte etter den utviste.<sup>382</sup> EMD deler analysen i to; først vurderes om den utvistes partner kan flytte etter, og deretter analyseres det samme for eventuelle barn.<sup>383</sup> EMD har i større grad enn Høyesterett fastlagt en terskel for hva som kan kreves: I starten fastholdt EMD ved lovlig opphold at visse vanskeligheter med å følge den utviste til hans hjemland ikke var nok.<sup>384</sup> Ved ulovlig opphold har EMD fastsatt en høyere terskel; det må uoverstigelige hindre til for at ikke familien kan forventes å følge etter den utviste til hans opprinnelsesland.<sup>385</sup> Senere har EMD også ved lovlig opphold anvendt samme høye terskel,<sup>386</sup> samtidig som EMD i noen tilfeller ikke har forholdt seg til terskler overhodet.<sup>387</sup> Det er derfor uklart hvor terskelen nå ligger ved lovlig opphold.

Momenter i vurderingen av om partner og barn<sup>388</sup> kan forventes å flytte sammen med den utviste er om de kan språket i hans hjemland,<sup>389</sup> hvor gamle de var ved ankomst i vertslandet og hvor lenge de har bodd der,<sup>390</sup> om det er stor forskjell på de økonomiske vilkår i landene,<sup>391</sup> om utdanning og

---

<sup>380</sup> Dette var situasjonen i Rt. 2005 s. 229 i relasjon til den utvistes barn. Faren var en viktig omsorgsperson for barna, som i tillegg hadde opplevd store psykiske vansker med tidligere atskillelse som følge av varetektsfengsling og soning. Dette, kombinert med at moren hadde fått en helsemessig og yrkesmessig kollaps og dermed hadde vanskeligere for å yte barna den nødvendige omsorg, medførte at farens tilknytning til riket ble særlig sterk.

<sup>381</sup> Se eksempelvis *Boultif* avsnitt 48, *Üner* avsnitt 58, Rt. 2005 s. 229 avsnitt 47 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 292 første spalte.

<sup>382</sup> Se Rt. 2005 s. 229 avsnitt 47. I Rt. 2000 s. 591 på side 601 fastholdt flertallet helt kort at flytting var «mulig», mens mindretallet på side 599 fokuserte på realismen i dette.

<sup>383</sup> Se eksempelvis *Arvelo Aponte* avsnitt 60. Dersom den utviste og hans familie også har tilknytning til andre land enn hans hjemland, for eksempel tidligere oppholdsland, vil man også vurdere om de kan gjenforenes der. Se *Amrollahi* avsnitt 42 for illustrasjon.

<sup>384</sup> Se *Boultif* fra 2001 avsnitt 48, som ble fulgt opp i *Amrollahi* fra 2002 avsnitt 35.

<sup>385</sup> Se *Darren Omoregie* fra 2008 avsnitt 57 og *Arvelo Aponte* fra 2011 avsnitt 55.

<sup>386</sup> Se *Onur* fra 2009 avsnitt 60.

<sup>387</sup> Se *Omojudi* fra 2009 (som falt etter *Onur*) avsnitt 46 der utlendingen egentlig ikke hadde lovlig opphold, men retten fokuserte ikke på dette aspektet. Se for øvrig *Mehemi* fra 1997 avsnitt 36 og *Sezen* fra 2006 avsnitt 47 som gjaldt lovlig opphold, og retten fastsatte ingen eksplisitt terskel. I *Keles* fra 2005 avsnitt 63 fastsettes heller ingen terskel, men retten anvender en mer åpen norm om hva som rimeligvis kan forventes.

<sup>388</sup> Vurderingen av barn skjer under forutsetning av at den andre forelderen kan følge etter til den utvistes hjemland, hvis ikke vil det uansett foreligge familiesplittelse.

<sup>389</sup> Se bl.a. Rt. 2005 s. 229 avsnitt 47 og *Boultif* avsnitt 48.

<sup>390</sup> Se bl.a. *Omojudi* avsnitt 46, *Arvelo Aponte* avsnitt 60 og Rt. 2000 s. 591 på side 599. For barnas del står dette i et spenningsforhold til tilpasningsdyktig alder, se *Keles* avsnitt 64 der lav alder ble avgjørende.

arbeidserfaring kan nyttiggjøres i hjemlandet,<sup>392</sup> (kontakt med) familie i den utvistes opprinnelsesland,<sup>393</sup> om det er vanskelig å praktisere sin religion der,<sup>394</sup> om barn har fått sin skolegang i oppholdslandet,<sup>395</sup> statsborgerskap,<sup>396</sup> helsetilstand,<sup>397</sup> og om det er juridiske hindringer i veien for reetablering.<sup>398</sup> De sentrale hensyn er tilknytning til den utvistes hjemland og hvor krevende flytting vil være.<sup>399</sup>

I vurderingen av om det kan forlanges at barna følger etter den utviste, opererer EMD med et sentralt vurderingskriterium som i praksis er det vesentligste; om barna er i tilpasningsdyktig alder.<sup>400</sup> Årsaken er at dersom barna er unge, vil de ikke på samme måte ha slått rot i vertslandet, og det er dermed lettere for dem å følge etter til den utvistes forelderens hjemland. Spørsmålet er så hvor grensen går for hvilken gruppe som er ansett å være i tilpasningsdyktig alder. Praksis fra EMD indikerer at det går en grense rundt 7-9 år.

I *Üner* avsnitt 64 var 6 og 1,5 år i tilpasningsdyktig alder, det samme var 1 år i *Darren Omoregie* avsnitt 66. I både *Onur* avsnitt 60 der var barna under 2 år, og i *Arvelo Aponte* avsnitt 60 der barnet var 7 år, var man innenfor gruppen. Motsatt var man over grensen i *Omojudi* avsnitt 46 der barna var ca. 23, 18 og 17 år. I *Mehemi* avsnitt 36 var barna mellom 13 og 15 år, og i *Sezen* avsnitt 47 mellom 10 og 16 år. I begge tilfellene ville flytting medføre radikal omveltning for barna, som dermed ikke var i tilpasningsdyktig alder. I *Antwi* avsnitt 95-96 var barnet 10 år, og det ville være vanskelig for henne å tilpasse seg livet i hjemlandet. Vurderingen er som nevnt friere ved Høyesteretts fremgangsmåte, og her har man i den relativt gamle avgjørelsen Rt. 1996 s. 561 på side 566 ansett barn på 14, 9 og 1 år å være i tilpasningsdyktig alder.<sup>401</sup>

---

<sup>391</sup> Se Rt. 2000 s. 591 på side 599 som gjaldt forskjellen mellom Norge og Polen.

<sup>392</sup> Se Rt. 2000 s. 591 på side 599 der partneren var utdannet som førskolelærer, men hadde jobbet de siste ti årene som reisekonsulent. Det var derfor lite sannsynlig at hun kunne skaffe seg arbeid i mannens hjemland.

<sup>393</sup> Se *Boultif* avsnitt 48 og *Arvelo Aponte* avsnitt 60.

<sup>394</sup> Se *Amrollahi* avsnitt 41 der retten vektla at partneren til en iransk mann ikke var muslim.

<sup>395</sup> Se *Keles* avsnitt 64 der dette ble vektlagt. Dette står i et spenningsforhold til tilpasningsdyktig alder.

<sup>396</sup> Se bl.a. *Omojudi* avsnitt 46, *Keles* avsnitt 63 og *Amrollahi* avsnitt 41. I de to første dommene var partneren statsborger av samme land som den utviste, noe som lettet reetablering. Situasjonen var motsatt i sistnevnte dom.

<sup>397</sup> Ved alvorlige helseproblemer vil domstolene neppe forvente at den syke flytter etter til den utvistes hjemland, selv om familien vil kunne hjelpe til. Dette synes å være den underliggende forutsetningen i Rt. 2007 s. 667 avsnitt 46 og Rt. 2010 s. 1430. Se om dette i 4.2.2 Utlendingens eller familiemedlemmenes helsetilstand og konsekvenser av denne.

<sup>398</sup> Dette vil typisk være relevant ved mulig reetablering i tidligere oppholdsland som ikke er den utvistes hjemland, se til illustrasjon *Mehemi* avsnitt 36. Et annet alternativ er der partneren ikke er statsborger av den utvistes opprinnelsesland, se *Beldjoudi* avsnitt 78.

<sup>399</sup> De fleste momentene er mer inngående behandlet i andre delkapitler.

<sup>400</sup> Se bl.a. *Üner* avsnitt 64, *Darren Omoregie* avsnitt 66, *Onur* avsnitt 60 og *Arvelo Aponte* avsnitt 60.

<sup>401</sup> Antakelig er det rimelig å anslå at Høyesterett vil legge seg mer på linje med EMD i kommende saker.

#### 4.2.4 Familie etablert etter at man burde forstått at utvisning var aktuelt

Det er etter rettspraksis og forarbeider sentralt om familierelasjonen er skapt før eller etter at utvisning ble aktuelt.<sup>402</sup> I tilfeller der forbindelsene har kommet i stand etter at utvisning ble et tema, er domstolene skeptiske til å tillegge familietilknytningen særlig vekt fordi utlendingen har manglet berettiget forventning om å kunne fortsette samlivet i vertslandet.<sup>403</sup> Årsaken er at dersom man etablerer familie etter at utvisning ble aktuelt, gjør man det for egen risiko uten å ha særlig legitim og beskyttelsesverdig interesse. Flere hensyn slår inn: Det er ikke ønskelig å belønne utlendinger som ikke retter seg etter norske lover og regler,<sup>404</sup> eller vedtak fra offentlige myndigheter.<sup>405</sup> I tillegg kommer rettferdighet i forhold til dem som er lovlidige.<sup>406</sup> Disse momentene vil normalt slå til for den utviste selv, men for andre som partner og barn vil de etter forholdene kunne ha begrenset gjennomslagskraft.

Det oppstår i denne forbindelse en rekke spørsmål: Hvilke omstendigheter avbryter legitim forventning om å kunne fortsette familielivet i oppholdslandet, og når må forventningen være i behold? Vurderes partnerens forventning i tillegg til den utviste, og hvordan behandles barns perspektiv? Spørsmålene besvares i denne rekkefølgen under.

I forbindelse med hva som etter rettspraksis anses som forhold som avbryter berettiget forventning, er domstolene konsekvente på at dersom utlendingen ikke har hatt lovlig opphold overhodet, så har han aldri hatt noen beskyttelsesverdig forventning om å kunne fortsette samlivet i vertslandet.<sup>407</sup> Ut over dette gir domspraksis ikke noe entydig svar på hva som er relevante omstendigheter som avbryter utlendingens berettigede forventning, det foretas en konkret vurdering i den enkelte sak.

I Rt. 2009 s. 546 avsnitt 35 fokuserte retten på at det var gitt varsel om utvisningsvedtak. I Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 28 ble utvisningsvedtak fra UDI anvendt som avgjørende omstendighet, samtidig som retten viste til Rt. 2009 s. 546 avsnitt 35. I *Jakupovic* avsnitt 31 var første utvisningsvedtak det relevante forhold. I *Darren Omoregie* avsnitt 59 var utlendingen midt i en asylsøkningsprosess, og hadde ennå ikke fått avslag. Allikevel ble immigrasjonssituasjonen ansett som usikker på dette tidspunktet. Forhåndsvarsel var avgjørende omstendighet i *Onur* avsnitt 59. I *A.W. Khan* avsnitt 46 var det ikke gitt noe utvisningsvedtak, men utlendingen satt i fengsel da han møtte sin partner. Allerede denne situasjonen var tilstrekkelig til at partneren burde forstå at utvisning som følge av straffbart forhold kunne skje.

Spørsmålet er så på hvilket stadium den utvistes berettigede forventning i forhold til partneren må være i behold. Heller ikke på dette punktet gir rettspraksis et klart bilde, men veksler mellom å rette

---

<sup>402</sup> Se eksempelvis Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 28, *Üner* avsnitt 57 sjettede strekpunkt og NOU 2004: 20 side 308 første spalte.

<sup>403</sup> Se bl.a. Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 28 og *A.W. Khan* avsnitt 46-47.

<sup>404</sup> Dette hensynet vil slå sterkest inn der utlendingen aldri har hatt lovlig opphold.

<sup>405</sup> Dette hensynet har størst vekt der utlendingen har hatt lovlig opphold, men senere blir utvist.

<sup>406</sup> Se Høstmælingen et al. (2012) side 295.

<sup>407</sup> Se eksempelvis Rt. 2009 s. 534 avsnitt 53, Rt. 2011 s. 948 avsnitt 56, *Dalia* avsnitt 54, *Nunez* avsnitt 74 jf. 76 og *Arvelo Aponte* avsnitt 59.



fokus mot tidspunktet ved forholdets etablering,<sup>408</sup> ved samboerskapets start,<sup>409</sup> og ved ekteskapsinngåelsen.<sup>410</sup>

#### 4.2.4.1 Særlig om den utvistes partner

I tidligere rettspraksis la man utelukkende vekt på om den utviste selv burde forstå om utvisning var aktuelt, og lot hans eventuelle manglende legitime forventning om å fortsette familielivet i vertsland gå ut over partneren.<sup>411</sup> Det kan problematiseres om dette var en rimelig betraktning, og man kan hevde at også partnerens eventuelle gode tro må analyseres på selvstendig grunnlag. Det er også dette som har skjedd i nyere rettspraksis.<sup>412</sup> Slutningen ved manglende berettiget forventning har her vært som hos den utviste; den familiære relasjonen kan ikke tillegges særlig vekt.<sup>413</sup>

#### 4.2.4.2 Nærmere om den utvistes barn

Som for den utvistes partner lot rettspraksis lenge være å drøfte barnas perspektiv særskilt i vurderingen av legitim forventning, eller domstolene fant at vurderingen ikke kunne falle annerledes ut for barna enn for de voksne.<sup>414</sup> I teorien var enkelte skeptiske til dette, og påpekte at foreldrenes manglende berettigede forventning som moment var uten bærekraft for barnas del.<sup>415</sup> Videre ble det påpekt at fra barnas perspektiv spilte det ingen rolle om de ble unnfanget eller født før eller etter at utvisningsmuligheten var kjent, deres omsorgsbehov var likevel det samme.<sup>416</sup> Barna kan naturligvis ikke velge hvem som blir deres foreldre, og deres immigrasjonsstatus. I forarbeidene til den nye utlendingsloven var man kort inne på problemstillingen. Man fastholdt der at selv om foreldrene ikke hadde legitim forventning om å kunne fortsette familielivet i vertslandet, kunne forholdsmessighetsvurderingen falle annerledes ut dersom det var barn involvert.<sup>417</sup> Uttalelsen ble anvendt av Høyesterett,<sup>418</sup> og generelt er den samme betraktning lagt til grunn i nyere rettsavgjørelser.

I Rt. 2011 s. 948 avsnitt 57 fastslo retten at det for barna hadde begrenset betydning at foreldrene ikke hadde grunnlag for å forvente et samlet familieliv i Norge. I *Nunez* fra 2011 avsnitt 76 flg. skiller retten tydelig mellom vurderingen for den utviste moren og for hennes barn. Kun i morens tilfelle hadde manglende berettiget forventning vekt, og domstolen gikk grundig igjennom barnas situasjon. Bl.a. påpekte retten at barna ville ha vanskelig for å skjønne årsaken til at de skulle skilles fra moren. Utviklingen ble tilsynelatende reversert i *Arvelo*

---

<sup>408</sup> Dette var situasjonen i Rt. 2011 s. 948 avsnitt 56, *Baghli* avsnitt 48, *Jakupovic* avsnitt 31 og *A.W. Khan* avsnitt 46.

<sup>409</sup> Se eksempelvis *Darren Omoregie* avsnitt 59.

<sup>410</sup> Se Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 28 og *Onur* avsnitt 59 som illustrasjon.

<sup>411</sup> Se eksempelvis *Baghli* fra 1999 avsnitt 48 og *Jakupovic* fra 2003 avsnitt 31.

<sup>412</sup> Se Rt. 2009 s. 546 avsnitt 35, Rt. 2011 s. 948 avsnitt 56, *Darren Omoregie* fra 2008 avsnitt 61, *Onur* fra 2009 avsnitt 59, *A.W. Khan* fra 2010 avsnitt 46, *Arvelo Aponte* fra 2011 avsnitt 59 og ikke minst *Antwi* fra 2012 avsnitt 91 flg. I sistnevnte dom deler retten eksplisitt vurderingen opp for den utviste selv, partneren og barnet.

<sup>413</sup> Se bl.a. *A.W. Khan* avsnitt 47 og Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 28.

<sup>414</sup> Se bl.a. *Dalia* fra 1998 avsnitt 54, *Darren Omoregie* fra 2008 avsnitt 65, *Onur* fra 2009 avsnitt 59 og *A.W. Khan* fra 2010 avsnitt 46-47.

<sup>415</sup> Se *Søvig* (2011) side 300 flg.

<sup>416</sup> Se *Meidell* (2010) side 172-173.

<sup>417</sup> Se NOU 2004: 20 side 308 første spalte.

<sup>418</sup> Se Rt. 2009 s. 534 avsnitt 57.

*Aponte* fra 2011 (etter *Nunez*) avsnitt 59 der barnets perspektiv er utelatt til fordel for foreldrenes manglende berettigede forventning. Imidlertid ble kursen igjen justert i *Antwi* fra 2012 avsnitt 91 flg. der EMD klart og tydelig i vurderingen av legitim forventning skilte mellom den utviste selv, partner og barnet. Den utviste selv hadde ikke berettiget forventning, men det hadde partneren. Barnets situasjon ble inngående behandlet uten at forventningsmomentet nevnes, noe som tyder på at momentet i likhet med i *Nunez* ikke hadde relevans for barnet.

#### 4.2.5 Botid i Norge

Det følger av rettspraksis og forarbeider at botiden i vertslandet er en sentral komponent når tilknytningen skal vurderes.<sup>419</sup> Årsaken er en antakelse om at lang botid innebærer sterk tilknytning til oppholdslandet, som ofte vil være tettere enn den til hjemlandet.<sup>420</sup> I prosessen forut for 2008-loven ble det derfor vurdert om utlendinger med særlig lang botid skulle ha et absolutt vern mot utvisning.<sup>421</sup> Konklusjonen ble negativ av hensyn til fleksibilitet, den alminnelige rettsoppfatning og den preventive effekt.<sup>422</sup> Stortingskomiteen fastslo imidlertid at terskelen skulle være høy for å utvise personer med særlig lang botid.<sup>423</sup> EMD har ikke på samme måte fastsatt egen terskel ved dette momentet.

Det må her tas stilling til flere spørsmål. For det første hvordan botiden skal beregnes; hva regnes som start, avbrudd og stopp? For det andre må det på bakgrunn av rettspraksis analyseres hvilken botid som regnes som lang, og hvordan kort tid brukes som moment. Disse problemstillingene behandles i det følgende.

For spørsmålet om starttidspunkt må det skilles mellom lovlig og ulovlig ankomst. Dersom utlendingen hadde lovlig opphold ved ankomst, regner domstolene botiden fra dette tidspunkt.<sup>424</sup> Har utlending ikke hatt lovlig opphold fra starten av, kan ikke den etterfølgende botiden tillegges særlig vekt.<sup>425</sup> Årsaken er at utlendingen ikke har hatt berettiget forventning om å få bli i landet.<sup>426</sup> Dersom utlendingen har lovlig opphold fra ankomst, vil domstolene i beregningen av botiden gjøre

---

<sup>419</sup> Se eksempelvis *Üner* avsnitt 57, Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 83 og NOU 2004: 20 side 368 andre spalte.

<sup>420</sup> Se eksempelvis *Üner* avsnitt 58 og NOU 2004: 20 side 316 andre spalte. Se også samme sted om hensynet til at vertslandet er nærmere enn hjemlandet til å ta ansvar for utlendingen, men dette slår sterkest til dersom utlendingen har ankommet oppholdslandet i ung alder.

<sup>421</sup> Se NOU 2004: 20 side 316 første spalte.

<sup>422</sup> Se NOU 2004: 20 side 316 andre spalte og Innst. O. nr. 42 (2007-2008) side 48 nederst første spalte.

<sup>423</sup> Se Innst. O. nr. 42 (2007-2008) side 48 øverst andre spalte.

<sup>424</sup> Se eksempelvis Rt. 1996 s. 1510 på side 1518, Rt. 2005 s. 238 avsnitt 45, Rt. 2009 s. 546 avsnitt 45, Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 44, Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 83, *Baghli* avsnitt 47 og *Keles* avsnitt 61.

<sup>425</sup> Se Rt. 2009 s. 534 avsnitt 53 og EMDs behandling av samme sak i *Nunez* fra 2011 avsnitt 76. Unntak finnes i Rt. 1998 s. 1795 på side 1807 der utlendingen tilsynelatende hadde lovlig opphold ved ankomst, men dette viste seg å være feil på grunn av juks fra hans side. Retten fant imidlertid at dette lå så langt tilbake i tid at det ikke kunne tillegges vekt. Slutningen fra dommen må antakelig anses forbigått av rettsutviklingen. Et annet spesielt tilfelle er *Onur* fra 2009 avsnitt 45 der retten ser igjennom fingrene på noen perioder av ulovlig opphold etter gyldig tillatelse ved ankomst. Også denne slutningen må nok anses forbigått av nyere rettspraksis.

<sup>426</sup> Se eksempelvis *Nunez* avsnitt 76 og NOU 2004: 20 side 308 første spalte.

fradrag for avbrudd dersom utlendingen ikke har hatt praktisk mulighet til tilknytning i vertslandet eller har vært i utlandet over en lengre periode.<sup>427</sup>

Når det gjelder skjæringstidspunktet for stopp av botiden, synes det avgjørende hensynet å være tid utlendingen mistet berettiget forventning om å få bli i landet. Rettspraksis har imidlertid hatt ulik holdning til når dette hensynet slår inn. I domspraksis har man satt skjæringstidspunktet ved straffedommen som ligger til grunn for utvisningsvedtaket,<sup>428</sup> ved varsel om utvisningsvedtak,<sup>429</sup> ved første vedtak om utvisning,<sup>430</sup> ved endelig klagevedtak,<sup>431</sup> og ved effektivering av utvisningsvedtaket.<sup>432</sup>

Utlendingen får ved straffedommen i liten grad varsel om at noe kan være i gjære i relasjon til utvisning, i hvert fall om den ikke gjelder relativt alvorlig forhold. Rettssikkerhet og innrettelse taler derfor mot å la straffedommen være relevant skjæringstidspunkt. Samme hensyn gjør seg også gjeldende ved varsel om utvisningsvedtak og første vedtak fra UDI, selv om man naturligvis er kommet nærmere en endelig avgjørelse i disse stadiene. Etter endelig utvisningsvedtak fra UNE har spørsmålet vært belyst gjennom omfattende saksbehandling, slik at rettssikkerheten skal være ivaretatt samtidig som utlendingen gjennom en lang prosess har fått innrettet seg på mulig utvisning. Hensynene til han er derfor godt ivaretatt om endelig vedtak settes som stopptidspunkt for botiden. Effektiveringstidspunktet som skjæringslinje synes derimot svakere begrunnet, da tilknytning etter endelig vedtak (og kanskje også domstolsbehandling) er skapt på ulovlige premisser dersom det ikke er gitt utsatt iverksettelse. I andre relasjoner har EMD fastholdt at det er et rettssikkerhetskrav at det foretas en oppdatert vurdering av faktum, noe som taler for sistnevnte tidspunkt som skjæringslinje. Se nærmere om dette bl.a. i kapittel 3.5.2 EMDs behandling av skjæringstidspunkter. Uheldig lang tid mellom endelig vedtak og iverksettelse kan også ses under en annen synsvinkel, se kapittel 4.2.11 Lang saksbehandlingstid.

Det er ingen tydelig systematikk i rettspraksis, verken i forskjell mellom Høyesterett og EMD, eller i kronologisk utvikling. Det som imidlertid er klart er at begge domstolene i sine nyeste avgjørelser som eksplisitt behandler problemstillingen, legger til grunn at det i hvert fall må foreligge et utvisningsvedtak for at beregningen av botiden skal stoppes.<sup>433</sup> Utover dette er det vanskelig å gi et entydig svar på spørsmålet.

Neste tema er hva domstolene har ansett som lang botid. Varighet fra og med 8-10 år synes å gjøre at utlendingen faller inn under denne kategorien.

---

<sup>427</sup> I *Baghli* avsnitt 47 regnet man avbrudd i botiden da utlendingen var i hjemlandet for å utføre sin verneplikt i to år. I Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 44 gjorde man fradrag på to år for soning i fengsel i vertslandet. Det samme var situasjonen i Rt. 1996 s. 1510 på side 1518 ved varetektsfengsel i nesten ett år. Antakelig vil man også gjøre fradrag for perioder av ulovlig opphold, etter de bastante slutningene i *Nunez* fra 2011 avsnitt 76 og Rt. 2009 s. 534 avsnitt 53. Se imidlertid *Onur* fra 2009 avsnitt 45 der retten ser igjennom fingrene på perioder av ulovlig opphold etter gyldig tillatelse ved opphold.

<sup>428</sup> Se Rt. 1998 s. 1795 på side 1806.

<sup>429</sup> Se Rt. 2005 s. 238 avsnitt 45.

<sup>430</sup> Se Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 44 og *Keles* avsnitt 61.

<sup>431</sup> Se Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 83.

<sup>432</sup> Se *Mehemi* avsnitt 36 og *Baghli* avsnitt 47.

<sup>433</sup> Se Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 83 som anvender endelig vedtak og *Keles* fra 2005 avsnitt 61 som vektlegger første vedtak som stopptidspunkt.

Det gis i dette avsnittet en kronologisk gjennomgang av behandlingen i rettspraksis for oversiktens skyld, først Høyesterett og deretter EMD. I Rt. 1996 s. 561 på side 566 ble rundt 8 og 14 års opphold ansett som lang botid. I Rt. 1996 s. 568 på side 571 var rundt 16 år fra ankomst til første vedtak lang botid. I Rt. 1998. s. 1795 på side 1806 ble 17 år ansett som lang tid. I Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 44-46 var 10 år lang botid. I *Moustaquim* avsnitt 46 var botiden rundt 20 år, og dette gjorde at utvisning var alvorlig inngrep mot utlendingen. I *Beldjoudi* avsnitt 77 medførte over 40 års botid at det eneste båndet til hjemlandet var statsborgerskapet. I *Dalia* avsnitt 53 vektla retten en oppholdstid på rundt 10 år og sluttet at de vesentligste bånd var til vertslandet. Det samme var slutningen i *Baghli* avsnitt 47 ved botid på 25 år. I *Keles* avsnitt 61 jf. 66 ble botid på 27 år vektlagt til utlendingens gunst. I *Üner* avsnitt 62 var oppholdet ca. 17 år, og retten fant at botiden var av vesentlig lengde og ga sterke bånd til oppholdslandet. Det samme var situasjonen i *Kaya* avsnitt 64 der varigheten var rundt 21 år, og i *Joseph Grant* avsnitt 40 som gjaldt botid på rundt 32 år. I *Onur* avsnitt 57 var 17 år fra ankomst til første vedtak betydelig tid.

Det finnes ikke rettspraksis på botid som er under 8-10 år, men over 4 års varighet. Her er man antakelig i en mellomfase. Til og med 4 års botid anses som kort varighet.<sup>434</sup> Hensynene vil her snu; tilknytningen til hjemlandet vil da normalt være sterk, og sterkere enn den til vertslandet.<sup>435</sup>

#### 4.2.6 Alder ved ankomst til Norge

Det følger av rettspraksis og forarbeider at alder ved ankomst til oppholdslandet er et sentralt moment i tilknytningsvurderingen.<sup>436</sup> Det går en glidende skala etter hvor gammel utlendingen er ved ankomst. Lav alder står i en særstilling. Det er særlig to årsaker til dette. For det første en antakelse om at personer som ankommer vertslandet i ung alder vil opparbeide sterk tilknytning til dette, og ofte vil ha tettere tilhørighet til dette enn til sitt opprinnelsesland.<sup>437</sup> For det andre en betraktning om at oppholdslandet er nærmere enn hjemlandet til å ta ansvar for utlendingen etter at han har hatt sin oppvekst der.<sup>438</sup> Under arbeidet med 2008-loven ble det derfor vurdert om det burde være et absolutt vern mot utvisning for denne gruppen. Konklusjonen ble negativ under hensyn til fleksibilitet, den alminnelige rettsoppfatning, den preventive effekt og tilliten til innvandringspolitikken.<sup>439</sup> Man fastslo imidlertid at terskelen skulle være høy for å utvise personer med ankomst i lav alder.<sup>440</sup> Terskelen er også satt høyt i EMDs praksis.<sup>441</sup>

---

<sup>434</sup> Se eksempelvis *Jakupovic* avsnitt 28 der 4 år ikke var lang botid.

<sup>435</sup> Dersom man ser situasjonen opp i mot hensynet til hvem som er nærmest å ta ansvar for utlendingen, vil hjemlandet her være nærmere enn oppholdslandet. Dette slår sterkest til dersom utlendingen ikke ankom vertslandet i ung alder.

<sup>436</sup> Se eksempelvis Rt. 2009 s. 546 avsnitt 36 flg., *Maslov* avsnitt 73-74 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 292 første spalte.

<sup>437</sup> Se NOU 2004: 20 side 316 andre spalte, *Üner* avsnitt 58 og *Maslov* avsnitt 73-74.

<sup>438</sup> Se Ot.prp. nr. 51 (2003-2004) side 24 andre spalte, NOU 2004: 20 side 316 andre spalte og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 293 første spalte.

<sup>439</sup> Se NOU 2004: 20 side 316 andre spalte, Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 293 andre spalte og Innst. O. nr. 42 (2007-2008) side 48 nederst første spalte.

<sup>440</sup> Se Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 293 nederst første spalte, Ot.prp. nr. 51 (2003-2004) side 24 andre spalte og Innst. O. nr. 42 (2007-2008) side 48 øverst andre spalte.

<sup>441</sup> Se *Maslov* avsnitt 75 første setning.

Spørsmålet er så hvilken alder denne gruppen omfatter. Etter rettspraksis synes det å gå et skille slik at utlendinger som ankommer i alderen 9-10 år må anses å ha ankommet vertslandet i lav alder og dermed normalt har sterk tilknytning dit.

Det gis i de to følgende avsnittene en kronologisk presentasjon av domstolenes behandling av tematikken, først Høyesterett og deretter EMD. I Rt. 1996 s. 568 på side 571 var utlendingen 12 år ved ankomst, og ble ansett som ganske ung. I Rt. 1996 s. 1510 på side 1518 måtte det telle med at utlendingen ankom da han var 16 år. I Rt. 1998 s. 1795 på side 1806 ble ankomst som 13-åring ikke kommentert særskilt. I Rt. 2005 s. 238 avsnitt 45 jf. 52 var 12 år og 10 måneder ved ankomst ung alder, men her var utlendingen 9 år da han forlot hjemlandet. I Rt. 2009 s. 546 avsnitt 45 var 9 år ved ankomst lav alder og helt i ytterkanten av den gruppen utvisning på grunn av kriminalitet var ment å ramme. I Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 40 var utlendingen nesten 14 år ved ankomst, og han var da ikke så ung at han hadde hatt sin barndom i Norge. I avsnitt 50 ble det påpekt at det er stor forskjell på tilknytningen om man kommer til Norge som 9-åring (slik som i Rt. 2009 s. 546) eller som 14-åring.

I *Boughanemi* avsnitt 43 var utlendingen 8 år da han ankom vertslandet, og dette ble vektlagt til hans fordel. I *C* avsnitt 33-34 var ankomst som 11-åring ikke i kategorien lav alder. I *Boujlifa* avsnitt 44 ble det observert at utlendingen ankom som 5-åring, og i *El Boujaidi* avsnitt 40 ble ankomst som 7-åring notert til hans gunst. Man var ikke i kategorien lav alder i *Dalia* avsnitt 53 ved ankomst som 17-åring, og heller ikke i *Yildiz* avsnitt 43 ved ankomst som 14-åring. I *Jakupovic* avsnitt 28 ga ankomst i alder av 11 år ikke særlig tilknytning til oppholdslandet, og han kunne ikke anses som annen-generasjons innvandrere. I *Sezen* avsnitt 47 var utlendingen ankommet i alder av 7 år, og måtte derfor anses å være annen-generasjons innvandrere og falle inn i den beskyttede kategori. I *Üner* avsnitt 62 var utlendingen 12 år ved ankomst, og tilfellet falt utenfor ankomst i lav alder. I *Maslov* avsnitt 96 ankom utlendingen 6 år gammel, og det medførte at han hadde tilbrakt sine formative år i vertslandet. I *Joseph Grant* avsnitt 40 kunne man ikke ved ankomst som 14-åring si at utlendingen hadde tilbrakt vesentlig del av barndommen og ungdomstiden i oppholdslandet. Samme slutningen trakk man i *Onur* avsnitt 57 der det var snakk om ankomst i alder av 11 år.

Er man først utenfor gruppen med ankomst i lav alder, vil domstolene allikevel i noen grad vektlegge ankomstalderen til utlendingens fordel, dersom han ankommer før fylte 18 år.<sup>442</sup> Etter dette tidspunktet anses utlendingen som voksen,<sup>443</sup> og da snur hensynene: I slike tilfeller har utlendingen normalt sett hatt langvarig tilknytning til hjemlandet, og opprinnelseslandet er nærmere enn vertslandet til å ta ansvar for han etter oppveksten der.<sup>444</sup>

---

<sup>442</sup> I Rt. 1996 s. 568 på side 571 var utlendingen 12 år ved ankomst, og han ble ansett som ganske ung. I Rt. 1996 s. 1510 på side 1518 måtte det telle med at utlendingen ankom som 16-åring. I Rt. 2005 s. 238 avsnitt 45 jf. 52 var utlendingen 12 år og 10 måneder ved ankomst, noe som var lav alder. I Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 40 jf. 44 var utlendingen nesten 14 år ved ankomst, og det måtte tillegges noe vekt at han hadde hatt hele sin ungdomstid og voksne liv i Norge. Eksempler fra EMDs praksis er bl.a. *Dalia* avsnitt 53 der ankomst som 17-åring måtte tillegges noe vekt, og *Yildiz* avsnitt 43 der man vektla at utlendingen fortsatt var ungdom da han ankom vertslandet som 14-åring.

<sup>443</sup> Se bl.a. Rt. 2005 s. 229 avsnitt 46 der utlendingen var 25 år ved ankomst, og han måtte da anses som voksen. *Sezen* avsnitt 45 gjaldt ankomst som 23-åring, og han kunne ikke anses som annen-generasjons innvandrere.

<sup>444</sup> Se eksempelvis Rt. 1996 s. 551 på side 560 som gjaldt ankomst som 25-åring, og utlendingen hadde dermed langvarig tilknytning til hjemlandet. Dette var også slutningen i *Rodrigues da Silva og Hoogkamer* avsnitt 40, som gjaldt ankomst som 22-åring.

Et annet poeng er når utlendingen forlot hjemlandet, da det noen ganger kan gå flere år mellom avreise og ankomst til det oppholdslandet der han nå vurderes utvist.<sup>445</sup> Jo yngre utlendingen var da han forlot opprinnelseslandet, desto mindre tilknytning til opprinnelseslandet må anses å foreligge, noe som gir dårligere forutsetninger for å etablere seg der ved utvisning.<sup>446</sup>

#### 4.2.7 Grad av integrering i Norge

Et sentralt moment i vurderingen av tilknytningen til Norge er i hvilken grad utlendingen og hans eventuelle familie er integrert i det norske samfunnet.<sup>447</sup> Her er det særlige tre parametere som er sentrale og virker sammen; *utdanning, arbeid og språkkunnskaper*. Årsaken er at dersom utlendingen har tatt utdanning eller arbeidet i Norge eller kan snakke norsk, gir dette indikasjon på at han er tett knyttet til Norge og landets verdier, normer og tankesett.<sup>448</sup>

*Utdanning* er et moment domstolene legger stor vekt på når integreringen skal analyseres. Det er ikke nødvendigvis krav om høyere utdanning i vertslandet, også grunnskole og videregående opplæring er omfattet.<sup>449</sup> *Arbeid* er et annet sentralt punkt i vurderingen, og heller ikke her stilles det spesielle krav – det sentrale er om utlendingen har jobbet og dermed kommet seg inn på arbeidsmarkedet og blitt integrert.<sup>450</sup> Avslutningsvis er *språkkunnskaper* vesentlig; kan man ikke norsk, er det vanskelig å integrere seg i Norge.<sup>451</sup> Det må imidlertid understrekes at de ovennevnte

---

<sup>445</sup> Se eksempelvis Rt. 2005 s. 238 avsnitt 45 der det hadde gått nesten fire år, og *Amrollahi* avsnitt 38 der perioden var to år.

<sup>446</sup> Se Rt. 2005 s. 238 avsnitt 45-46, Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 47 og Vevstad (2010) side 440.

<sup>447</sup> Se bl.a. *Maslov* avsnittene 68 og 96 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 292 første spalte.

<sup>448</sup> Og tilsvarende vil gjerne dette korrespondere med manglende språkkunnskaper og utdanning i relasjon til hjemlandet. I tillegg kan den kulturelle forskjellen være stor. Mer om dette i kapittelet 4.2.9 Språklige og utdanningsmessige bånd til hjemlandet.

<sup>449</sup> Utlendingen i *A.A.* avsnitt 64 hadde tatt både videregående skole og mastergrad i vertslandet, noe som ga sterk tilknytning. I Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 46 hadde utlendingen tatt norsk ungdomsskole og videre skolegang innen musikk og dans, noe som ble vektlagt i analysen av tilknytningen. I *C* avsnitt 33 hadde utlendingen reell tilknytning til oppholdslandet da han hadde tatt deler av skolegangen der, i tillegg til yrkesopplæring som mekaniker. I *Mehemi* avsnitt 36 hadde utlendingen tatt hele skolegangen sin i vertslandet, og det ble vektlagt i hans favør. Det samme var situasjonen i *Boujlifa* avsnitt 44. I *Radovanovic* avsnitt 36 gjorde videregående skole og deretter yrkesrettet opplæring i oppholdslandet at båndene var sterke. I *Maslov* avsnitt 96 ble det vektlagt at utlendingen hadde tatt hele grunnskolen i vertslandet, noe som hadde medført sosiale og kulturelle bånd.

<sup>450</sup> I *C* avsnitt 33 ble arbeid som taxisjåfør vektlagt i tilknytningsvurderingen. Det samme gjaldt i *Boultif* avsnitt 51 der utlendingen hadde arbeidet som maler, gartner og elektriker, og i Rt. 2009 s. 1432 avsnitt 46 der han hadde arbeidet innen musikk og dans. I Rt. 2005 s. 229 avsnitt 55 hadde utlendingen fast jobb som driftsoperatør, og det ledet til den slutning at han fungerte svært godt i det norske samfunn. Situasjonen var litt spesiell i *A.A.* avsnitt 64 der utlendingen var ansatt i fast jobb i det offentlige, samtidig som staten ville utvise han. Retten fastslo at han hadde sterk tilknytning. I alle dommene var det snakk om arbeid over en lengre periode.

<sup>451</sup> Et tydelig eksempel er Rt. 1995 s. 72 på side 81-82 der utlendingen var så isolert og hadde så begrensede norskkunnskaper at han ikke var i stand til å gå på postkontoret for å heve barnetrygden. Videre hadde familien praktisert sin kultur og sin religion, og barna tenkte i overensstemmelse med utenlandske normer. Dette gjorde de svakt integrert i det norske samfunnet. I *Maslov* avsnitt 96 påpeker retten eksplisitt i vurderingen av integreringen at utlendingen snakker språket i vertslandet. I en rekke dommer som er nevnt i notene 449 og

momenter kun er parametere som normalt tilsier integrering; man kan snakke språket uten at dette nødvendigvis skaper bånd til vertslandet, og man kan ta utdanning uten å nyttiggjøre seg denne. Dette vil i så fall svekke betydning av de nevnte punkter.<sup>452</sup> Et annet moment er om utlendingen har søkt om statsborgerskap dersom vilkårene for dette synes oppfylt, noe som gir signal om at han føler seg integrert og har sterk tilknytning til landet.<sup>453</sup>

#### 4.2.8 Familie og slektninger i hjemlandet

En sentral faktor i tilknytningsvurderingen er om den utviste eller hans eventuelle familie i vertslandet har slektninger i hans opprinnelsesland.<sup>454</sup> Dette vil i så fall normalt gi tett tilknytning til hjemlandet og gjøre det lettere å etablere seg samme sted ved utvisning. Jo nærrere familie det er snakk om, desto sterkere vil domstolene anta at tilhørigheten er.<sup>455</sup> Videre er et sentralt moment om man har holdt kontakten med slektningene.<sup>456</sup> Mest vanlig og sentralt i rettspraksis er om kontakten er vedlikeholdt ved *reiser til den utvistes hjemland*.<sup>457</sup> I slike tilfeller vil normalt forholdet mellom slektningene forsterkes og utlendingen vil få opprettholdt sin sosiale og kulturelle tilhørighet til opprinnelseslandet. Dette medfører normalt at det vil være lettere å vende tilbake ved utvisning. Jo lengre varighet besøkene har,<sup>458</sup> og jo hyppigere frekvensen er,<sup>459</sup> desto tettere vil tilknytningen til opprinnelseslandet antas å være i rettspraksis.

Også i tilfeller der den utviste eller hans eventuelle familie i vertslandet ikke har slektninger i hans opphavsland, vil *reiser til den utvistes hjemland* ha en funksjon. I slike situasjoner kommer kulturell tilhørighet og lettere etablering i forgrunnen som hensyn.<sup>460</sup> På den andre siden vil mangel på besøk i

---

450 ligger språkkunnskaper implisitt gjennom vektleggingen av utdanning og arbeid, noe som i de fleste tilfeller forutsetter at man kan språket.

<sup>452</sup> Dette var resonnementet i *Kaya* avsnitt 64 der utlendingen hadde yrkesopplæring som bilmekaniker, men ikke integrerte seg i arbeidsmarkedet, men heller levde på inntektene fra kriminalitet.

<sup>453</sup> Dette ble vektlagt i *Kaya* avsnitt 64. I den saken var imidlertid retten og utlendingen uenige om vilkårene for statsborgerskap var oppfylt, da han ikke kunne livnære seg selv. EMD kommenterte også statsborgerskap i *Baghli* avsnitt 48 og *Beldjoudi* avsnitt 77.

<sup>454</sup> Se eksempelvis Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 292, Rt. 2007 s. 667 avsnitt 38 og *Darren Omoregie* avsnitt 66. Venner kan også fylle samme funksjon som slektninger, noe som ble vektlagt i *Joseph Grant* avsnitt 41.

<sup>455</sup> De fleste dommene som behandler temaet gjelder den utvistes ektefelle, barn, foreldre og søsken. Se bl.a. *Darren Omoregie* avsnitt 66 (brødre), Rt. 2005 s. 229 avsnitt 46 (foreldre og søsken) og Rt. 1998 s. 1795 på side 1807 (ektefelle og barn). I nyere praksis er man tydeligere på at det sentrale er den *nære* familien, se bl.a. *A.W. Khan* fra 2010 avsnitt 42 og Rt. 2007 s. 667 avsnitt 38.

<sup>456</sup> Se Rt. 1995 s. 72 på side 82 og *Darren Omoregie* avsnitt 66.

<sup>457</sup> Se Rt. 1996 s. 551 på side 560 og Rt. 1998 s. 1795 på side 1807.

<sup>458</sup> I Rt. 1998 s. 1795 på side 1807 ble det vektlagt at den utviste i løpet av 1990-årene oppholdt seg til sammen ett år i hjemlandet.

<sup>459</sup> I *Baghli* avsnitt 48 hadde utlendingen vært på ferier i hjemlandet flere ganger, og i Rt. 1995 s. 72 på side 82 vektla man hyppige besøk.

<sup>460</sup> Se bl.a. *Baghli* avsnitt 48.

hjemlandet normalt styrke tilknytningen til oppholdslandet, særlig om utlendingen har vært lenge borte.<sup>461</sup>

#### 4.2.9 Språklige og utdanningsmessige bånd til hjemlandet

Sentralt i vurderingen av tilknytningen til Norge, er hvor tette bånd den utviste og hans eventuelle familie i vertslandet har til hans opprinnelsesland. Viktig i denne analysen er om de har utdanning fra hjemlandet eller behersker språket der.<sup>462</sup> Momentene virker sammen på den måten at man normalt lærer språket ved skolegang, samtidig som språkferdigheter er en forutsetning for læring. Årsaken til at rettspraksis vektlegger utdanning og språkkunnskaper i relasjon til hjemlandet, er at det gir indikasjon på tett sosial og kulturell tilhørighet til opprinnelseslandet. Dette medfører normalt at det vil være lettere å vende tilbake ved utvisning.<sup>463</sup>

Ved skolegang stilles det ikke krav om spesiell varighet,<sup>464</sup> eller hvilket trinn det er snakk om.<sup>465</sup> Det å kunne språket i hjemlandet er sentralt for å skape og opprettholde kontakten dit.<sup>466</sup> På den andre siden vil mangel på skolegang eller språkkunnskaper normalt svekke tilknytningen til opprinnelseslandet.<sup>467</sup> Det er viktig å presisere at skolegang og språk kun gir indikasjon på tilknytning til hjemlandet. Man kan tenke seg at skolegang i enkelte tilfeller ikke gir uttrykk for relasjon til

---

<sup>461</sup> I *Joseph Grant* avsnitt 41 var det 34 år siden den utviste hadde vært i hjemlandet, i *Onur* avsnitt 57 hadde utlendingen ikke vært i opprinnelseslandet på 19 år, og i *A.W. Khan* avsnitt 42 hadde han ikke vært i hjemlandet på 32 år. Retten understreket i den siste saken at utlendingen ikke engang hadde vært på korte besøk i opprinnelseslandet.

<sup>462</sup> Se bl.a. *Maslov* avsnitt 97, Rt. 1998 s. 1795 på side 1807 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 292 første spalte. Arbeid kan for øvrig være et relevant moment, men i rettspraksis knyttes dette gjerne til ankomst i høy alder. Se nærmere om sistnevnte i kapittelet 4.2.6 Alder ved ankomst til Norge.

<sup>463</sup> Se bl.a. Rt. 1998 s. 1795 på side 1807 der retten på bakgrunn av utdanning og språkferdigheter i hjemlandet fant at den utviste var kjent med samfunnsforholdene i opprinnelseslandet.

<sup>464</sup> Naturligvis må det være skolegang over en viss periode for at tilknytning skal skapes. Som et utgangspunkt kan man si at jo lenger skolegang, desto større tilknytning til hjemlandet. Samtidig kan man hevde at de første skoleårene er særlige viktig for å lære språk og samfunnets normer og verdier. I Rt. 1998 s. 1795 på side 1807 var det snakk om fem år på grunnskole, og i *C* avsnitt 34 var det grunnskole fram til den utviste fylte elleve år.

<sup>465</sup> Som nevnt i forrige note er det grunn til å fremheve grunnskolenes særlige funksjon som språklærer og internaliserer av normer og verdier. I rettspraksis er ofte ankomst i lav alder tema, og da er det grunnskolen som er det interessante. Dette var situasjonen i Rt. 1998 s. 1795 på side 1807 og *C* avsnitt 34. Også ankomst i høy alder har vært tema for domstolene, og da vil også videregående skole og høyere utdanning være relevant. Dette var situasjonen i *Darren Omoregie* avsnitt 66, der den utviste blant annet hadde studert fire år ved et universitet i hjemlandet.

<sup>466</sup> Se bl.a. i Rt. 1998 s. 1795 på side 1807 der retten vektla at utlendingen både kunne lokalspråket i det området han kom fra (punjabi) og nasjonalspråket (urdu). Språkkunnskaper er også fremhevet i *C* avsnitt 34 som en viktig årsak til slutningen om at den utviste hadde bevart viktig tilknytning til hjemlandet.

<sup>467</sup> Se *Beldjoudi* avsnitt 77 og *Maslov* avsnitt 97.



opprinnelseslandet og at språkkunnskaper ikke har medført bånd av betydning. Dette vil i så fall svekke relevansen av de nevnte punkter.<sup>468</sup>

#### 4.2.10 Tilstand i hjemlandet

Etter utlendingsloven § 73 og EMK artikkel 3 kan konflikter, fare for forfølgelse og andre alvorlige tilstander i den utvistes opprinnelsesland utgjøre absolutte skranker mot utvisning.<sup>469</sup> Spørsmålet er i tilfeller der tilstanden ikke er funnet alvorlig nok at reglene kommer til anvendelse, kan alvorlige forhold i hjemlandet likevel benyttes i forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning?

På den ene siden kan man hevde at dersom tilstanden i hjemlandet ikke når opp til terskelen for de absolutte skrankene, vil det gi inkonsekvens i regelverkene og undergrave den vurderingen som domstolen allerede har foretatt dersom man likevel tar forholdene i betraktning i analysen av forholdsmessigheten. På den andre siden kan det hevdes at forholdsmessighetsvurderingen gir uttrykk for en bred analyse som åpner for at en rekke momenter kommer i betraktning, uavhengig av andre skranker mot utvisning. EMD har inntatt sistnevnte standpunkt og funnet at retten i tilknytningsvurderingen kan ta alvorlig tilstand i den utvistes hjemland i betraktning, uavhengig av om EMK artikkel 3 er funnet brutt. Mest aktuelt i rettspraksis er dette om det nylig har vært væpnet konflikt i den utvistes opprinnelsesland.<sup>470</sup> Årsaken er de negative effektene på levekårene og uklare samfunnsforhold som slike kamper normalt sett gir. Slik tilstand vil som regel gjøre det vanskelig å etablere seg hjemlandet, og dermed svekke tilknytningen dit.

#### 4.2.11 Lang saksbehandlingstid

Hittil har fokus vært på ulike momenter som direkte knytter seg til utlendingens situasjon. Nå skal blikket rettes mot betydningen av behandlingen av selve utvisningssaken, og da særlig lang saksbehandlingstid. Det følger av rettspraksis at lang saksbehandlingstid er et moment i vurderingen av tilknytningen til riket.<sup>471</sup> Dersom saken trekker ut uten at utlendingen kan klandres for dette,<sup>472</sup> taler belastningen det er å vente på avgjørelse i seg selv mot utvisning. Hensynet til innrettelse for utlendingen kommer inn i bildet, og generelt vil de argumenter som taler for utvisning ofte få mindre vekt jo lengre tid som går. Synsvinkelen er velkjent fra strafferetten, der lang saksbehandlingstid er et sentralt straffutmålingsmoment.<sup>473</sup> Argumentet virker imidlertid i tillegg noe annerledes i relasjon til utvisning, der momentet etter rettspraksis hovedsakelig inngår i analysen av relasjonen til

---

<sup>468</sup> Se Rt. 2009 s. 546 avsnitt 46 der den utviste kunne språket i hjemlandet, men ikke hadde noen tilknytning til kulturen eller væremåten der fordi det var 13 år siden han hadde vært i opprinnelseslandet og heller ikke hadde familie der.

<sup>469</sup> Nærmere behandling av disse bestemmelsene faller som tidligere nevnt utenfor oppgaven.

<sup>470</sup> Dette var situasjonen i *Jakupovic* avsnitt 29 der EMD fant at det skulle svært sterke grunner til for å utvise utlendingen til Bosnia-Hercegovina fordi han var ung, alene og uten familie i et hjemland som nylig hadde vært utsatt for væpnet konflikt. Man kan vel heller ikke utelukke at andre tilstander vil bli lagt vekt på selv om de ikke rammes av utlendingsloven § 73 eller EMK artikkel 3, for eksempel frykt for forfølgelse på grunn av rase.

<sup>471</sup> Se bl.a. Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 84 og *Onur* avsnitt 59.

<sup>472</sup> Man kan ikke klandre utlendingen for å benytte sin rett til klage og domstolsprøving, men tilsvarende kan normal tidsbruk til slik behandling neppe medføre at saksbehandlingstiden blir lang.

<sup>473</sup> Se eksempelvis Matningsdal & Rieber-Mohn (2004) side 472-473.

vertslandet.<sup>474</sup> En sentral problemstilling er om tilknytning til oppholdslandet opparbeidet i løpet av lang utvisningsbehandling hos myndighetene kan vektlegges i forholdsmessighetsvurderingen.

Det må her tas stilling til en rekke spørsmål; hva er relevante skjæringstidspunkter i vurderingen av lengden på saksbehandlingstiden, og hvilken varighet skal til før prosessen kan betegnes som lang? Tar domstolene hensyn til tilknytning opparbeidet gjennom prosessen, og hva skiller i så fall tilfellene? Er det forskjell på voksne og barn? Disse problemstillingene behandles i samme rekkefølge under.

Vi kan kronologisk tenke oss flere trinn i en lang utvisningsprosess; overtredelse, oppdagelse/pågrep, straffedom, soning, varsel om utvisningsvedtak, (endelig) utvisningsvedtak, nasjonal domstolsbehandling, iverksettelse av vedtak og til slutt EMDs prøving av avgjørelsen. Rettspraksis tegner et bilde der man ikke har en fast formel for hvilke skjæringstidspunkter som er relevante når lengden på saksbehandlingstiden skal vurderes. Domstolene vil derimot i den enkelte sak se på helheten av prosessen og analysere de tidsperioder som er aktuelle.

Her finnes alle varianter; fra overtredelse til Høyesteretts behandling, fra domfellelse til prøving ved øverste nasjonale domstol, og fra rettskraftig dom til soning i Rt. 2000 s. 591 (mindretallet) på side 599; fra pågrep til utvisningsvedtak i Rt. 2009 s. 534 avsnitt 54; fra domfellelse til utvisningsvedtak i Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 81; fra overtredelse til Høyesteretts behandling av utvisningsvedtaket i Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 84; fra varsel om utvisningsvedtak til vedtak i *Onur* avsnitt 59; fra domfellelse til vedtak, og fra løslatelse fra soning til vedtak i *Sezen* avsnitt 44; fra oppdagelse og pågrep til utvisningsvedtak i *Nunez* avsnitt 82; fra løslatelse fra soning til EMDs domstidspunkt, og fra endelig vedtak etter nasjonal domsprøving til iverksettelsen av avgjørelsen i *A.A.* avsnitt 61.

Spørsmålet er så hvilken varighet som skal til før prosessen kan betegnes som lang, noe som naturligvis henger sammen med hvilke skjæringstidspunkter som anvendes.

Tre og et halvt år fra pågrep til utvisningsvedtak er betegnet som lang saksbehandlingstid,<sup>475</sup> og kritisert for at man ikke i stor nok grad har oppfylt hensynet til hurtig og effektiv immigrasjonskontroll.<sup>476</sup> Fem år fra varsel om utvisningsvedtak til vedtak er ansett som lang periode.<sup>477</sup> Fire år fra domfellelse til vedtak, og to år fra løslatelse fra soning til vedtak har blitt bemerket i favør utlendingen.<sup>478</sup> Ni år fra overtredelse til Høyesteretts behandling, seks år fra domfellelse til avgjørelse i øverste nasjonale instans og to år fra rettskraftig dom til soning er vurdert som for sen behandling.<sup>479</sup> Seks år fra straffedom til utvisningsvedtak er betegnet som uheldig.<sup>480</sup> Videre er ti år fra overtredelse til prøving ved Høyesterett ansett som lang tid.<sup>481</sup> Til slutt er sju år fra

---

<sup>474</sup> Se eksempelvis Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 84 og *Sezen* avsnitt 44 om hovedregelen, men også Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 81 der momentet går inn i vurderingen av «forholdets alvor».

<sup>475</sup> Se Rt. 2009 s. 534 avsnitt 54.

<sup>476</sup> Se *Nunez* avsnitt 82.

<sup>477</sup> Se *Onur* avsnitt 59.

<sup>478</sup> Se *Sezen* avsnitt 44.

<sup>479</sup> Se Rt. 2000 s. 591 (mindretallet) på side 599.

<sup>480</sup> Se Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 81.

<sup>481</sup> Se Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 84.

løslatelse fra soning til EMDs domstidspunkt og to og et halvt år fra endelig utvisningsvedtak etter nasjonal domsprøving til iverksettelse vurdert i favør utlendingen.<sup>482</sup>

I rettspraksis vektlegger domstolene noen ganger utlendingens tilknytning til vertslandet bygget opp under lang saksbehandlingstid, mens de i andre saker ikke tillegger dette vekt. Hva er det som skiller tilfellene? Det sentrale synspunkt synes å være om utlendingen hadde berettiget forventning om å få bli i landet. Dersom dette ikke er tilfellet, vil hans videre tilknytning til landet være basert på sviktende grunnlag, som det ofte ikke vil være grunn til å beskytte.

Dersom utlendingens opphold hele tiden har vært basert på ulovlig opphold, og han vet om det, vil domstolene ikke vektlegge tilknytningen overfor han selv.<sup>483</sup> Et annet moment er om utlendingen rent faktisk har fått anledning til å knytte seg sterkere til riket i løpet av saksbehandlingstiden, noe som for eksempel normalt ikke vil være tilfellet om han sitter fengslet.<sup>484</sup> Hvis utlendingen har lovlig opphold og deretter domfelles uten at det på lengre tid skjer noe i utvisningssammenheng, vil domstolene legge vekt på tilknytningen til riket som er skapt i perioden i frihet mellom domfellelse og (varsel om) vedtak.<sup>485</sup> Grunnen er i hovedsak at utlendingen i slike tilfeller hadde berettiget forventning om å få bli i landet.<sup>486</sup>

Spørsmålet er så om tilknytning er relevant der utlendingen hadde lovlig opphold fra starten av, men senere er straffedømt, deretter får (varsel om) utvisningsvedtak og etter dette fortsetter integrasjonen i landet uten at det skjer noe mer fra myndighetene i en lengre periode. Her har det skjedd en utvikling i rettspraksis. Tidligere så man mer formalistisk på tilfellene, og fant at utlendingen her ikke hadde berettiget forventning om å få bli i riket, og man ville dermed ikke ta hensyn til tilknytning etter varsel eller vedtak om utvisning.<sup>487</sup> I nyere praksis fra EMD ser man mer reelt på forholdet, og er i større grad åpen for å ta i betraktning utvikling skjedd etter (varsel om) vedtak.<sup>488</sup>

---

<sup>482</sup> Se A.A. avsnitt 61.

<sup>483</sup> Dette var slutningen i *Nunez* avsnitt 77 (i relasjon til moren) og i Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 84. I sistnevnte dom ble det også vektlagt at selv om det langvarige opphold naturlig nok hadde ført til sterkere tilknytning til landet, så hadde det samtidig gjort bruddet på utlendingsloven grovere.

<sup>484</sup> Dette var årsaken til at retten i *Üner* avsnitt 66 ikke trengte å ta stilling til saksbehandlingstiden fra domfellelse til vedtak. Utlendingen hadde i perioden vært under soning, og satt fortsatt i fengsel da utvisningsvedtaket ble fattet.

<sup>485</sup> Dette var slutningen i *Sezen* avsnitt 44, der det hadde gått to år fra løslatelse fra soning til vedtak, og tilknytningen til vertslandet skapt i denne perioden var relevant i vurderingen av relasjonen til riket. Man så i denne saken bort fra at utlendingen noe tidligere var blitt varslet om mulig utvisning. Andre ganger, som i bl.a. *Onur* avsnitt 59 og Rt. 2009 s. 546 avsnitt 35, tillegges varselet avgjørende betydning.

<sup>486</sup> I tillegg kommer i noen grad at myndighetene kan bebreides for langsom saksbehandling, noe som igjen kan oppleves som ekstra belastning for utlendingen som antar at han er ferdig med forholdet etter straffedommen.

<sup>487</sup> Dette var situasjonen i Rt. 2009 s. 546 avsnitt 35 og *Onur* fra 2009 avsnitt 59. I sistnevnte dom kom også at myndighetene hadde gått ut i media og varslet at de skulle ta tak i forsømte saker av samme kategori som utlendingen var i.

<sup>488</sup> Dette var tilfellet i A.A. fra 2011 avsnitt 61 flg., der det hadde gått sju år fra løslatelse fra soning til domsbehandlingen ved EMD, og to og et halvt år fra endelig vedtak i nasjonale domstoler til skritt ble tatt for å

Et siste spørsmål er om domstolene særskilt vurderer barnas situasjon, og om vurderingen av lang saksbehandlingstid kan slå ut annerledes for dem enn for foreldrene. I tidligere rettspraksis ble det ikke tatt en egen vurdering i forhold til ungene.<sup>489</sup> I nyere praksis er det imidlertid tendenser til at behandlingstiden må analyseres isolert for barna, og at den kan få selvstendig betydning for disse selv om den ikke er tillagt vekt i relasjon til foreldrene.<sup>490</sup>

## 5 Vekten av ulike argumenter i forholdsmessighetsvurderingen

I dette kapittelet skal vektleggingen av de ulike momentene behandles. Sentrale spørsmål er om noen argumenter gis større vekt enn andre, om det er forskjell i avveiningene til Høyesterett og EMD, og om man kan se en utvikling i rettspraksis.

### 5.1 Praksis fra Høyesterett

Vektleggingen til Høyesterett fremstår som relativt streng sett fra utlendingens ståsted, og første dom der «forholdets alvor» ikke ble gitt avgjørende vekt kom i 2005.<sup>491</sup> Også etter dette har «forholdets alvor» i de fleste sakene blitt tillagt avgjørende vekt på bekostning av enten utlendingens egen eller familiens «tilknytning til riket».<sup>492</sup> En sentral årsak er antakelig den høye terskelen for uforholdsmessighet som Høyesterett har anlagt.<sup>493</sup> Høyesterett har likevel tatt hensyn til lovgivers vurdering der det ved noen momenter skal mye til før utvisning kan skje,<sup>494</sup> men også i disse sakene lagt seg på en relativt restriktiv linje i avveilingen.<sup>495</sup>

En vesentlig endring kom antakelig med den siste avgjørelsen fra Høyesterett (Rt. 2011 s. 948), der terskelen ble forandret slik at det ikke er krav om uvanlig store belastninger for barna ved mindre alvorlig kriminalitet.<sup>496</sup> Den lavere terskelen medførte at hensynet til barna fikk avgjørende vekt. I

---

effektivere vedtaket. I mellomtiden hadde utlendingen integrert seg ved utdanning og arbeid, noe som ble vektlagt til hans gunst.

<sup>489</sup> Se bl.a. Rt. 2009 s. 546 avsnitt 35, Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 81 jf. 84, *Üner* fra 2006 avsnitt 66, *Sezen* fra 2006 avsnitt 44 og *Onur* fra 2009 avsnitt 59.

<sup>490</sup> Se *Nunez* fra 2011 avsnittene 77 og 82, der EMD i førstnevnte avsnitt vurderte momentet opp i mot moren og i sistnevnte relasjon fant man at prosessens tidsforløp kunne tillegges vekt. Slutningen må antakelig begrunnes med at barnet ikke hadde manglende berettiget forventning om opphold, slik som moren. Problemstillingen er for øvrig behandlet i Søvig (2011) side 286 flg.

<sup>491</sup> Rt. 2005 s. 229. Det var imidlertid før denne dommen mindretallsdissenser der hensynet til familien veiet tyngst, se Rt. 1996 s. 1510 og Rt. 2000 s. 591. Enstemmige dommer der kriminaliteten ble avgjørende før 2005 er Rt. 1995 s. 72, Rt. 1996 s. 551, Rt. 1995 s. 561, Rt. 1995 s. 568 og Rt. 1998 s. 1795.

<sup>492</sup> Rt. 2005 s. 238 (dissens 3-2), Rt. 2007 s. 667, Rt. 2009 s. 534 (dissens 3-2), Rt. 2009 s. 1432 og Rt. 2010 s. 1430.

<sup>493</sup> Se nærmere om dette i kapittelet 3.4.1 Norsk rettspraksis. Terskelen ble første gang anlagt i Rt. 2000 s. 591, før dette vurderte man utvisning formelt etter EMK artikkel 8.

<sup>494</sup> Se Rt. 2009 s. 546 der ankomst i lav alder ble gitt avgjørende vekt. Utfyllende behandling om at det ved ankomst i lav alder skal mye til før utvisning kan skje finnes i kapittel 4.2.6 Alder ved ankomst til Norge.

<sup>495</sup> Se Rt. 2005 s. 238 der flertallet (i motsetning til mindretallet) ikke ville gi avgjørende vekt til ankomst i lav alder og relativt lang botid, og Rt. 2009 s. 1432 der relativt lav alder ved ankomst og lang botid ikke ble gitt avgjørende vekt.

<sup>496</sup> Se nærmere om dommen i kapittel 3.4.1 Norsk rettspraksis.

tråd med antakelsen om terskelens vesentlige rolle i avveiningen, kan dette bære bud om en noe mindre streng vektning av kriminaliteten i tiden fremover, særlig i saker der kriminaliteten ikke kan anses å være i den grovere enden av skalaen. Dommen kan også være et signal om at hensynet til familien, og da særlig barn, har blitt mer sentralt i den avsluttende avveiningen etter utlendingsloven § 70. Dette underbygges av mindretallets begrunnelse i Rt. 2009 s. 534, der man fant at det var gitt signaler om økt vekt på barnets beste ved vedtakelsen av den nåværende utlendingsloven.<sup>497</sup> Det er flere forhold som gir støtte til denne hypotesen; det er en utvikling i rettspraksis der Høyesterett anvender et mer «barnevennlig» perspektiv på noen momenter i forholdsmessighetsanalysen,<sup>498</sup> og man ser hyppigere anvendelse av BK artikkel 3 i domspraksis.<sup>499</sup> Videre synes det å være økt fokus på uttalelser fra Barnekomiteen,<sup>500</sup> og det er tendenser til grundigere vurdering av barnas situasjon.

Om det sistnevnte punktet: Se de relativt grundige vurderingene i Rt. 2011 s. 948 avsnitt 57 flg. og Rt. 2009 s. 534 avsnitt 87 flg. Det synes logisk å slutte at jo grundigere barnas situasjon vurderes, desto mer sannsynlig er det at man finner hensynet til dem avgjørende. Dette støttes av de to dommene nevnt ovenfor, i tillegg til Rt. 2000 s. 591 (mindretallet) på side 599 og Rt. 2005 s. 229 avsnitt 49 flg. Motsetningsvis kan bl.a. Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 88 flg. trekkes fram som eksempel på at mer summarisk vurdering av barnas situasjon gjerne leder til at hensynet til dem ikke gis avgjørende vekt. Dersom man ikke grundig vurderer barnas situasjon, kan det oppstå tvil om hvordan utvisning vil berøre dem. I rettspraksis er dette behandlet på ulik måte, og spørsmålet er om tvil om hvordan barna vil bli rammet skal komme dem til gode. I Rt. 2009 s. 534 avsnitt 74 fant flertallet at tvilen ikke kom dem til gode, mens mindretallet i avsnitt 88-90 lar tvilen komme barna til gode og fastslår at det måtte legges til grunn at de var sårbare. Meidell (2010) er inne på tematikken på side 182 flg. Søvig (2011) side 294 flg. mener at domstolene har et selvstendig ansvar for å klarlegge hva som er til barnets beste fordi saker om gyldighet av utvisningsvedtak der barn er involvert er uten fri rådighet (indispositive) for partene, jf. tvisteloven § 11-4.

En særlig viktig kilde til Høyesteretts vektlegging er naturligvis EMD, og hvilken retning sistnevnte domstol beveger seg i. La oss se på hvordan EMD foretar vektleggingen, og utviklingen i rettspraksis.

## 5.2 Praksis fra EMD

Vektleggingen til EMD fremstår som friere enn den til Høyesterett, noe som har resultert i at EMD i flere tilfeller enn Høyesterett ikke har akseptert utvisning.<sup>501</sup> En sentral årsak er antakelig mangel på høy terskel for uforholdsmessighet ved lovlig opphold.<sup>502</sup> Ved ulovlig opphold har EMD anlagt høy

---

<sup>497</sup> Se avsnitt 91, som også er behandlet i Søvig (2011) side 288 og 292 flg.

<sup>498</sup> Her kan det særlig være grunn til å trekke fram at barna ikke på samme måte som før blir offer for foreldrenes manglende berettigede forventning om videre opphold (se kapittel 4.2.4.2 Nærmere om den utvisteste barn), og den nye og tydelige vektleggingen i forarbeidene av at lav alder ved lovovertrødelse er et formildende moment (se kapittel 4.1.5 Lav alder da overtrødelsen ble utført).

<sup>499</sup> Se kapittel 3.3.2 Nærmere om «best interest of the child» i relasjon til utvisning.

<sup>500</sup> Se kapittel 3.3.3 Aktuelle uttalelser fra Barnekomiteen om utvisning.

<sup>501</sup> I mitt domsutvalg har Høyesterett konkludert med uforholdsmessighet i rundt 20 % av sakene, mens tilsvarende tall for EMD ved lovlig opphold er rundt 50 %. Hver sak må naturligvis avgjøres individuelt, og det er ikke gitt at sakene for EMD og Høyesterett har vært sammenliknbare. Tallene synes likevel egnet som illustrasjon.

<sup>502</sup> Se nærmere om terskel i kapittel 3.4.2 EMDs tilnærming. En annen årsak kan være senere skjæringstidspunkt, se kapittel 3.5.2 EMDs behandling av skjæringstidspunkter.

terskel, men også i disse sakene er utvisning funnet uforholdsmessig på omtrent samme nivå som ved lovlig opphold.<sup>503</sup>

Det synes vanskelig å finne noen klar systematikk i vektingen i praksisen til EMD, selv om hver sak naturligvis må avgjøres individuelt. Fra 1991 til 1995 var det en periode der EMD fra utlendingens ståsted så mer velvillig på sakene.<sup>504</sup> Fra 1996 til 1999 var EMD inne i en periode der man fulgte statenes syn på forholdsmessigheten.<sup>505</sup> Etter dette og fram til storkammer-dommen *Üner* kom i 2006 var EMD tilsynelatende inne i en «utlendingsvennlig» periode.<sup>506</sup> I *Üner* falt det prinsipielle uttalelser om at barnets beste var særlig viktig i vurdering av forholdsmessigheten, og at EMD ville se spesielt nøye på situasjoner der den utviste kom til vertslandet i lav alder og dermed fikk oppveksten sin der.<sup>507</sup> Etter dette falt det noen dommer der føringene fra *Üner* ble fulgt,<sup>508</sup> samtidig som EMD i noen tilfeller avvek fra retningslinjene.<sup>509</sup>

I storkammer-dommen *Maslov* fra 2008 videreutviklet EMD føringene gitt i *Üner*, og fastholdt at det skulle meget sterke grunner til for å utvise bosatte innvandrere som lovlig hadde fått store deler av oppveksten sin i vertslandet.<sup>510</sup> Videre fastholdt EMD at der kriminaliteten var begått av mindreårige måtte målet være å reintegrere dem i samfunnet, og at utvisning bare kunne brukes som en siste utvei.<sup>511</sup> Det måtte derfor være lite rom for å utvise utlendinger på bakgrunn av ungdomskriminalitet, og det måtte meget alvorlig kriminalitet til.<sup>512</sup>

Etter dette fulgte tre dommer der de nye retningslinjene fra *Maslov* ikke kom på spissen,<sup>513</sup> men der EMD ikke tok særlig hensyn til føringene fra *Üner*.<sup>514</sup> Deretter ble retningslinjene fra storkammerdommene indirekte fulgt i vektleggingen,<sup>515</sup> før *Nunez* falt i 2011. Sistnevnte dom gjaldt ulovlig opphold, slik at den høye terskelen kom til anvendelse. Terskelen var innfridd fordi barna også før utvisningsprosessen hadde opplevd stress ved foreldrenes samlivsbrudd og flytting fra den ene forelder til den andre.<sup>516</sup> Det ble videre lagt vekt på at de var sårbare og at atskillelse fra moren i to år var en meget lang periode da barna var rundt sju og ni år. I tillegg ble lang saksbehandlingstid

---

<sup>503</sup> I mitt domsutvalg har EMD konkludert med uforholdsmessighet i rundt 40 % av disse sakene.

<sup>504</sup> I *Moustaquim*, *Beldjoudi* og *Nasri* falt avveiingen ut til fordel for utlendingen.

<sup>505</sup> I *Boughanemi*, *C*, *Bouchelkia*, *El Boujaïdi*, *Boujlifa*, *Dalia* og *Baghli* falt avveiingen ut til fordel for staten. Unntaket i denne perioden er *Mehemi* der det ble lagt avgjørende vekt på familien, ankomst i lav alder og lang botid.

<sup>506</sup> Se *Boultif*, *Amrollahi*, *Yildiz*, *Jakupovic*, *Radovanovic* og *Keles* der avveiingen falt ut i favør utlendingen.

<sup>507</sup> Se dommens avsnitt 58.

<sup>508</sup> Se *Rodrigues da Silva* og *Hoogkamer* og *Sezen* der barnas situasjon fikk avgjørende vekt.

<sup>509</sup> Se *Kaya* der barnet ikke ble tillagt vekt.

<sup>510</sup> Se avsnitt 73-75.

<sup>511</sup> Se avsnitt 82-83.

<sup>512</sup> Se avsnitt 84-85.

<sup>513</sup> Verken *Darren Omoregie*, *Joseph Grant* eller *Onur* gjaldt ankomst i lav alder eller ungdomskriminalitet.

<sup>514</sup> Det var barn involvert i alle sakene, uten at barnets beste ble gitt avgjørende vekt – i kontrast til føringene i *Üner*.

<sup>515</sup> I *Omojudi* ble hensynet til barn (og partner) utslagsgivende i tråd med *Üner*, og *A.W. Khan* gjaldt ankomst i lav alder slik at retningslinjen fra *Maslov* kom til anvendelse på avveiingen.

<sup>516</sup> Se dommens avsnitt 78 flg.

brukt i barnas favør.<sup>517</sup> *Nunez* fikk enkelte i teorien til å spørre om EMD hadde beveget seg i mer barnevennlig retning, på den måten at barnets beste hadde fått større gjennomslagskraft de senere år.<sup>518</sup>

EMD synes imidlertid å nyansere tilnærmingen i 2012-dommen *Antwi*,<sup>519</sup> en sak som tilsynelatende var lik *Nunez*. EMD sammenliknet sakene, og la avgjørende vekt på at barna i *Antwi* ikke hadde opplevd stress i forbindelse med foreldrenes samlivsbrudd og flytting fra mor til far, og at saksbehandlingstiden var vesentlig kortere.<sup>520</sup> Mindretallet i *Antwi* var kritiske til tilnæringsmåten.<sup>521</sup>

Tilsier *Antwi* at hensynet til barna ikke har fått større gjennomslagskraft i EMD-praksis de senere år? Antakelig er svaret nei. Foruten de barnevennlige føringene som ble lagt av storkammeret i *Üner* og *Maslov* i relasjon til barnas beste, ankomst i lav alder og ungdomskriminalitet, er det grunn til å trekke fram tendenser i nyere rettspraksis til at lang saksbehandlingstid kan få selvstendig vekt for barna,<sup>522</sup> og at det foretas egen vurdering av barnas situasjon i relasjon til berettiget forventning.<sup>523</sup> Videre anvendes BK stadig oftere i EMDs praksis,<sup>524</sup> og det foretas grundigere vurderinger av barnas behov for nærhet med sine foresatte.<sup>525</sup> Alt dette taler for at barnas situasjon og deres beste vil stå sentralt videre i den dynamiske praksisen til EMD.

## 6 Avslutning

Forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning av utlendinger er dynamisk og i stadig utvikling og endring. Praksis fra Høyesterett og EMD og uttalelser fra Barnekomiteen gir kontinuerlig nye bidrag til forståelsen og tolkningen av utlendingsloven § 70, EMK artikkel 8 og BK artikkel 3. Dette gjelder

---

<sup>517</sup> Se også dommer *Jebens'* særvotum der han argumenterer for at barnas beskyttelse har blitt tydeligere de siste år, og også kan ha økt som følge av EMDs bruk av BK artikkel 3.

<sup>518</sup> Se *Søvig* (2011) side 300.

<sup>519</sup> *Antwi* er ikke rettskraftig, og i medhold av EMDs regel 39 er det bedt om at utvisning ikke skjer før dommen er endelig. I tiden mellom *Nunez* og *Antwi* falt *Arvelo Aponte* der barnets situasjon er summarisk behandlet og narkotikakriminaliteten ble avgjørende. I dommen vises det ikke til annen relevant praksis, og dommen er klaget inn for storkammer. Det kan derfor antakelig legges lite vekt på slutningene i dommen. I samme tidsrom falt også *A.A.* der man anvendte føringene fra *Maslov*, og fant at også ved voldtekt begått som mindreårig måtte målet være reintegrering i samfunnet fremfor utvisning. Siste dom fra EMD er *Balogun* (ikke rettskraftig) der meget alvorlig narkotikakriminalitet oppfylte kravet i *Maslov* til sterke grunner for å utvise utlendingen som var ankommet vertslandet i lav alder (den utviste hadde ikke barn).

<sup>520</sup> Se avsnitt 100 flg.

<sup>521</sup> I *Nunez* var innreiseforbudet to år, mens det i *Antwi* var fem år. Mindretallet i *Antwi* fremhevet dette som argument for krenkelse. I tillegg kom at barna i *Antwi* hadde tettere relasjon til den utviste fordi han i motsetning til *Nunez* ikke ved dom hadde vært avskåret fra daglig omsorg i mer enn fire år. Mindretallet fant derfor at barnets beste ikke var tillagt tilstrekkelig vekt, og at man i enda større grad enn i *Nunez* burde konkludert med krenkelse i *Antwi*.

<sup>522</sup> Se kapittel 4.2.11 Lang saksbehandlingstid.

<sup>523</sup> Se kapittel 4.2.4.2 Nærmere om den utvistes barn.

<sup>524</sup> Se kapittel 3.3.4 Relasjonen mellom EMK artikkel 8 og BK artikkel 3.

<sup>525</sup> Se eksempelvis *Antwi* fra 2012, *Nunez* fra 2011 og *Omojudi* fra 2009.

både for fastlegging av terskler, hva som er korrekte skjæringstidspunkter for faktiske omstendigheter, hvilke momenter som er relevante i analysen og hvordan vektleggingen skal gjennomføres. Det vil si at på nesten alle punkter som er behandlet i denne fremstillingen har det nylig skjedd endringer, en tendens som antakelig vil fortsette i tiden fremover.

Selv om momentene som anvendes i forholdsmessighetsvurderingen tilsynelatende er like for EMD og Høyesterett, er det forskjell i tilnærmingen til domstolene. Denne oppgaven har vist at de anvender forskjellige terskler og skjæringstidspunkter i analysen, og vektleggingen synes å være ulik. EMD retter særlig fokus på om oppholdet har vært lovlig og utlendingens berettigede forventning. For Høyesterett er de to momentene som følger av utlendingsloven § 70 sentrale, og spesielt forholdets alvorlighet er vesentlig i vurderingen.

Et sentralt utviklingstrekk som tydelig peker seg ut, er økt oppmerksomhet rundt barnas situasjon. I deres favør har det den senere tid skjedd utvikling både i relasjon til lavere terskler og til krav om oppdatert faktumvurdering. I tillegg gis barna særlig fokus i selve forholdsmessighetsanalysen, og den avsluttende vektleggingen slår stadig oftere ut til deres fordel. Det blir interessant å se om dette utviklingstrekket vil fortsette å påvirke forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning av utlendinger i fremtiden.

## 7 Kilder

### 7.1 Litteraturliste

- Andenæs, M. & Bjørge, E., 2011. Norske domstoler og utviklingen av menneskerettene. *Jussens Venner*, vol. 46, pp. 251-286.
- Andenæs, M. & Bjørge, E., 2012. *Menneskerettene og oss*. 1. utg. Oslo: Universitetsforlaget.
- Andenæs, M. H., 2009. *Rettskildelære*. 2. utg. Oslo: Mads Henry Andenæs forlag.
- Bjørge, E., 2012. Dynamisk tolking i den generelle folkeretten. *Lov og Rett*, nr. 02, pp. 104-122.
- Borvik, B., 2011. Nasjonal skjønnsmargin etter EMK - replikk til Jens Edvin A. Skoghøy. *Lov og Rett*, nr. 10, pp. 575-595.
- Bunæs, R., Kvigne Ottesen, K. & Vandvik, B., 2004. *Utlendingsrett*. 1. utg. Oslo: Universitetsforlaget.
- Eckhoff, T. & Smith, E., 2010. *Forvaltningsrett*. 9. utg. Oslo: Universitetsforlaget.
- Einarsen, T., 2008. *Utlendingsloven med kommentarer*. 1. utg. Bergen: Fagbokforlaget.
- Einarsen, T. & Reiertsen, M., 2012. *Rettsdatas kommentar til utlendingsloven*. [Internett] Tilgjengelig på: [www.rettsdata.no](http://www.rettsdata.no) [krever innlogging] [Funnet 8. desember 2011].
- Fisknes, E., 1994. *Utlendingsloven med kommentarer*. 1. utg. Oslo: Universitetsforlaget.
- Freeman, M., 2007. *Article 3 - Best Interest of the Child*. 1. utg. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.



- Gomien, D., 2005. *Short Guide to the European Convention on Human Rights*. 3. utg. Strasbourg: Council of Europe Publishing.
- Gomien, D., Harris, D. & Zwaak, L., 1996. *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*. 1. utg. Strasbourg: Council of Europe Publishing.
- Graver, H. P., 2007. *Alminnelig forvaltningsrett*. 3. utg. Oslo: Universitetsforlaget.
- Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E. & Buckley, C., 2009. *Law of the European Convention on Human Rights*. 2. utg. New York: Oxford University Press.
- Høstmælingen, N., Saga Kjørholt, E. & Sandberg, K., 2012. *Barnekonvensjonen - barns rettigheter i Norge*. 2. utg. Oslo: Universitetsforlaget.
- Jacobs, F., White, R. & Ovey, C., 2010. *The European Convention on Human Rights*. 5. utg. Oxford: Oxford University Press.
- Janis, M., Kay, R., Bradley & Anthony, 2000. *European Human Rights Law*. 2. utg. Oxford: Oxford University Press.
- Kjølbrot, J. F., 2010. *Den europæiske menneskerettighedskonvention - for praktikere*. 3. utg. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Lorenzen, P. et al., 2011. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 1-9*. 3. utg. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Lorenzen, P., Rehof, L. A., Trier, T. H.-C. N. & Vedsted-Hansen, J., 2003. *Den Europæiske Menneskerettskonvention art. 1-10*. 2. utg. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Matningsdal, M. & Rieber-Mohn, G. F., 2004. *Johs. Andenæs' Alminnelig strafferett*. 5. utg. Oslo: Universitetsforlaget.
- Meidell, M., 2010. Brutto bånd ved utvisning av foreldre - rettferdig for hvem. I: B. Halsaa & A. Hellum (red.). *Rettferdighet*. Oslo: Universitetsforlaget, pp. 169-186.
- Møse, E., 2002. *Menneskerettigheter*. 1. utg. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag.
- Nordeide, R., 2012. *Kommentar til menneskerettsloven*. [Internett]  
Tilgjengelig på: [www.rettsdata.no](http://www.rettsdata.no) [krever innlogging]  
[Funnet 13. desember 2011].
- Reid, K., 2008. *A Practitioner's Guide to the European Convention on human Rights*. 3. utg. London: Sweet & Maxwell.
- Skoghøy, J. E. A., 2011. Nasjonal skjønnsmargin etter EMK. *Lov og Rett*, nr. 04, pp. 189-190.
- Skoghøy, J. E. A., 2011a. Dynamisk tolking i internasjonale domstoler som fenomen, problem og effektivitetsgaranti. *Lov og Rett*, nr. 09, pp. 511-530.

Søvig, K. H., 2008. Overordnede rettslige normer - hvilke skranker setter menneskerettighetene?. *NOU 2008:9*, Vedlegg 2.

Søvig, K. H., 2008a. Familieretten og utlendingsretten. *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, pp. 223-225.

Søvig, K. H., 2009. *Barnets rettigheter på barnets premisser - utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett*, Bergen: Det juridiske fakultets skriftserie nr. 115.

Søvig, K. H., 2011. Hensynet til barna ved utvisning av foreldrene. *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål (FAB)*, nr. 4 2011, pp. 281-301.

Stang, E. G., 2007. *Det er barnets sak - en analyse av barnevernets hjelpetiltak og barnets rettstilling i saker etter barnevernloven § 4-4*. 1. utg. Oslo: Universitetet i Oslo.

UDI, 2009. *Saksgang utvisning*. [Internett]

Tilgjengelig på: <http://www.udi.no/Sentrale-tema/Utvisning-og-bortvisning/Utvisning/Saksgang---utvisning/>

[Funnet 3. desember 2011].

UDI, 2011. *Årsrapport*. [Internett]

Tilgjengelig på: <http://www.udi.no/arsrapport2011/Statistikk/Tabell-13-Utvisningsvedtak-etter-statsborgerskap-og-grunnlag-2011/>

[Funnet 12. april 2012].

van Dijk, P., van Hoof, F., van Rijn, A. & Zwaak, L., 2006. *Theory and Practice of The European Convention on Human Rights*. 4. utg. Antwerpen: Intersentia.

Vevstad, V., 2010. *Utlendingsloven, kommentarutgave*. 1. utg. Oslo: Universitetsforlaget.

Aall, J., 1998. Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettssaker. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, p. 1.

Aall, J., 2011. *Rettsstat og menneskerettigheter*. 3. utg. Bergen: Fagbokforlaget.

## **7.2 Praksis fra Høyesterett**

Rt. 1994 s. 610 (*Bølgepapp*)

Rt. 1995 s. 72

Rt. 1996 s. 551 (*Utvisningsdom I*)

Rt. 1996 s. 561 (*Utvisningsdom II*)

Rt. 1996 s. 568 (*Utvisningsdom III*)

Rt. 1996 s. 1510

Rt. 1998 s. 1795

Rt. 1999 s. 961

Rt. 2000 s. 591

Rt. 2000 s. 996 (*Bøhler*)

Rt. 2000 s. 1811 (*Finanger I*)

Rt. 2001 s. 995  
Rt. 2002 s. 557 (*Dobbelstraff I*)  
Rt. 2002 s. 764  
Rt. 2003 s. 359  
Rt. 2004 s. 844  
Rt. 2005 s. 229  
Rt. 2005 s. 238  
Rt. 2005 s. 534  
Rt. 2005 s. 833 (*Uskyldpresumsjonkjennelsen*)  
Rt. 2007 s. 667  
Rt. 2007 s. 1573  
Rt. 2007 s. 1815  
Rt. 2008 s. 513  
Rt. 2008 s. 1409  
Rt. 2008 s. 1764  
Rt. 2009 s. 534 (*Nunez*)  
Rt. 2009 s. 546  
Rt. 2009 s. 705  
Rt. 2009 s. 851  
Rt. 2009 s. 1261  
Rt. 2009 s. 1432  
Rt. 2010 s. 1430  
Rt. 2011 s. 750  
Rt. 2011 s. 948

HR-2012-920-A, dom av 2. mai 2012

### **7.3 Underrettspraksis**

LB-2008-84594 (*Antwi*), dom av 19. januar 2010  
LB-2009-102660, dom av 1. mars 2010  
LB-2010-40764, dom av 26. november 2010  
LB-2011-28528, dom av 16. april 2012  
LB-2011-34382, dom av 24. november 2011  
LA-2011-162852, dom av 5. desember 2011

TOSLO-2011-23290, dom av 21. oktober 2011  
TOSLO-2011-81485, dom av 12. desember 2011

### **7.4 Praksis fra EMD**

Dommene finnes på EMDs hjemmeside.<sup>526</sup>

---

<sup>526</sup> <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>

A mot Storbritannia, 19.02.2009, klagenr. 3455/05  
A.A. mot Storbritannia, 20.09.2011, klagenr. 8000/08  
A.W. Khan mot Storbritannia, 12.01.2010, klagenr. 47486/06  
Alim mot Russland, 27.09.2011, klagenr. 39417/07  
Al-Nashif mot Bulgaria, 20.06.2002, klagenr. 50963/99  
Amrollahi mot Danmark, 11.07.2002, klagenr. 56811/00  
Antwi mot Norge, 14.02.2012, klagenr. 26940/10 (ikke rettskraftig)  
Arvelo Aponte, 03.11.2011, klagenr. 28770/05 (ikke rettskraftig)  
Baghli mot Frankrike, 30.11.1999, klagenr. 34374/97  
Balogun mot Storbritannia, 10.04.2012, klagenr. 60286/09 (ikke rettskraftig)  
Beldjoudi mot Frankrike, 26.03.1992, klagenr. 12083/86  
Berrehab mot Nederland, 21.06.1988, klagenr. 10730/84  
Bouchelkia mot Frankrike, 29.01.1997, klagenr. 23078/93  
Boughanemi mot Frankrike, 24.04.1996, klagenr. 22070/93  
Boujlifa mot Frankrike, 21.10.1997, klagenr. 25404/94  
Boultif mot Sveits, 02.08.2001, klagenr. 54273/00  
C mot Belgia, 07.08.1996, klagenr. 21794/93  
Dalia mot Frankrike, 19.02.1998, klagenr. 26102/95  
Darren Omoregie mot Norge, 31.07.2008, klagenr. 265/07  
El Boujaïdi mot Frankrike, 26.09.1997, klagenr. 25613/94  
Gül mot Sveits, 19.02.1996, klagenr. 23218/94  
Handyside mot Storbritannia, 07.12.1976, klagenr. 5493/72  
Husseini mot Sverige, 13.10.2011, klagenr. 10611/09  
Jakupovic mot Østerrike, 06.02.2003, klagenr. 36757/97  
Johnston mot Irland, 18.12.1986, klagenr. 9697/82  
Joseph Grant mot Storbritannia, 08.01.2009, klagenr. 10606/07  
Kaya mot Tyskland, 28.06.2007, klagenr. 31753/08  
Keegan mot Irland, 26.05.1994, klagenr. 16969/90  
Keles mot Tyskland, 27.10.2005, klagenr. 32231/02  
Konstatinov mot Nederland, 26.04.2007, klagenr. 16351/03  
Loizidou mot Tyrkia, 18.12.1996, klagenr. 15318/89  
Maaouia mot Frankrike, 05.10.2000, klagenr. 39652/98  
Marckx mot Belgia, 13.06.1979, klagenr. 6833/74  
Maslov mot Østerrike, 23.06.2008, klagenr. 1638/03 (GC)  
Mehemi mot Frankrike, 26.09.1997, klagenr. 25017/94  
Moustaquim mot Belgia, 18.02.1991, klagenr. 12313/86  
Nasri mot Frankrike, 13.07.1995, klagenr. 19465/92  
Nunez mot Norge, 28.06.2011, klagenr. 26940/10  
Omojudi mot Storbritannia, 24.11.2009, klagenr. 1820/08  
Onur mot Storbritannia, 17.02.2009, klagenr. 27319/07  
Radovanovic mot Østerrike, 22.04.2004, klagenr. 42703/98  
Rodrigues da Silva og Hoogkamer mot Nederland, 31.01.2006, klagenr. 50435/99  
Sezen mot Nederland, 31.01.2006, klagenr. 50252/99

Sidiropoulos mot Hellas, 10.07.1998, klagenr. 26695/95  
Sunday Times mot Storbritannia, 26.04.1979, klagenr. 6538/74  
Üner mot Nederland, 18.10.2006, klagenr. 46410/99 (GC)  
Vermeire mot Belgia, 29.11.1991, klagenr. 12849/87  
Yildiz mot Østerrike, 31.10.2002, klagenr. 37295/97

## 7.5 Forarbeider

Innst. O. nr. 42 (2007-2008). *Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)*. [Internett]

Tilgjengelig på: <http://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Innstillinger/Odelstinget/2007-2008/inno-200708-042/>  
[Funnet 8. mai 2012].

NOU 2003: 31. *Retten til et liv uten vold - menns vold mot kvinner i nære relasjoner*. [Internett]

Tilgjengelig på: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/nouer/2003/nou-2003-31.html?id=148994>  
[Funnet 13. januar 2012].

NOU 2004: 20. *Ny utlendingslov*. [Internett]

Tilgjengelig på: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/krd/dok/nouer/2004/nou-2004-20.html?id=387326>  
[Funnet 1. desember 2011].

NOU 2010:12. *Ny klageordning for utlendingssaker*. [Internett]

Tilgjengelig på: [http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/nouer/2010/nou-2010-12/17/2.html?\\_=626293](http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/nouer/2010/nou-2010-12/17/2.html?_=626293)  
[Funnet 30. november 2011].

Ot.prp. nr. 46 (1986-1987). *Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)*. [Internett]

Tilgjengelig på: <http://www.lovdatab.no> [krever innlogging]  
[Funnet 8. mai 2012]

Ot.prp. nr. 3 (1998-99). *Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett*. [Internett]

Tilgjengelig på: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/19981999/otprp-nr-3-1998-99-.html?id=159284>  
[Funnet 15. desember 2011].

Ot.prp. nr. 45 (2002-2003). *Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)*. [Internett]

Tilgjengelig på: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/20022003/otprp-nr-45-2002-2003-.html?id=172802>  
[Funnet 8. mai 2012].

Ot.prp. nr. 51 (2003-2004). *Om endringer i utlendingsloven m.m.* [Internett]

Tilgjengelig på: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/krd/dok/regpubl/otprp/20032004/otprp-nr-51-2003-2004-.html?id=177697>

[Funnet 12. januar 2012].

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

Tilgjengelig på: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/dok/regpubl/otprp/20062007/otprp-nr-75-2006-2007-.html?id=474152>

[Funnet 3. desember 2011].

Ot.prp. nr. 104 (2008-2009). *Om lov om endringer i barnalova mv.* [Internett]

Tilgjengelig på: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/regpubl/otprp/2008-2009/otprp-nr-104-2008-2009-.html?id=567744>

[Funnet 16. desember 2011].