

**UTVISNING AV STRAFFEDØMTE UTLENDINGER
MED FAMILIE I NORGE
- Retten til familieliv etter EMK artikkel 8**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 213
Leveringsfrist: 01.06.2012

Til sammen 39 682 ord

31.05.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og bakgrunn for oppgaven	1
1.2	Problemstilling og aktualitet	2
1.3	Avgrensning	4
1.4	Begrepsbruk	4
1.5	Den videre fremstillingen	5
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER OG METODE</u>	<u>6</u>
2.1	Innledning	6
2.2	Rettskildene i utlendingsretten	6
2.2.1	Lov, forskrift og forarbeider	6
2.2.2	Rettspraksis	7
2.2.3	Forvaltningspraksis	7
2.2.4	Internasjonale rettskilder	7
2.2.5	Juridisk teori	8
2.3	EMDs rettkildebruk	9
2.3.1	Rettskilder	9
2.3.2	Metode	9
2.4	Særlig om Høyesteretts og EMDs praksis som grunnlag for besvarelse av oppgavens problemstilling	11
<u>3</u>	<u>VILKÅRENE FOR UTVISNING</u>	<u>13</u>
3.1	Innledning	13
3.2	Utlendingen må ha begått en straffbar handling, jf. utl. §§ 67 og 68	14

3.3	Forholdsmessighet, jf. utl. § 70	15
3.3.1	Samfunnets interesse mot utlendingens interesse	15
3.3.2	Forholdets alvor	16
3.3.3	Utlendingens tilknytning til Norge	16
3.3.4	Hensynet til familien	17
3.4	Følgene av utvisning	18
4	<u>INTERNASJONALE FORPLIKTELSER</u>	19
4.1	Innledning	19
4.2	Retten til respekt for familielivet	19
4.3	Vilkårene for å gjøre inngrep i retten til familieliv	21
4.4	Boutif-kriteriene og videreføring av familieliv i opprinnelseslandet	22
4.5	Barnets beste	24
5	<u>EMDS PRØVINGSINTENSITET OVER NASJONALE DOMSTOLERS AVGJØRELSER OM UTVISNING</u>	26
5.1	Statenes skjønnsmargin	26
5.2	Skjønnsmarginen i utvisningssaker	27
5.2.1	Statenes suverenitet og en felles europeisk rettsoppfatning	27
5.2.2	Kjernen av rettigheten	28
5.2.3	Faktum i den enkelte sak – Forholdsmessighetsvurderingen	29
5.2.3.1	Inngrepets størrelse	29
5.2.3.2	Inngrepets formål	31
5.2.4	Forskjellen mellom en vid og snever skjønnsmargin	32
5.2.5	Krav til behandlingen - Ytre grenser for skjønnsmarginen	32
5.3	Norske domstolars bruk av skjønnsmarginen	34
5.3.1	Bruker nasjonale domstoler skjønnsmarginen?	34
5.3.2	Bør norske domstoler bruke skjønnsmarginen?	35
5.4	Konklusjon	37

<u>6</u>	<u>DOMSTOLENES PRØVING AV UTVISNINGSVEDTAK – ETTERFØLGENDE FORHOLD</u>	<u>38</u>
6.1	Domstolskontroll med forvaltningens vedtak	38
6.2	Problemstillingens praktiske betydning	39
6.3	Adgang til å ta i betraktning nye bevis	40
6.4	Adgang til å ta i betraktning nye faktiske forhold	42
6.4.1	Rettspraksis frem til mai 2012	42
6.4.2	Utvisningssaker som berører barn	45
6.4.3	EMDs overprøving av utvisningssaker	47
6.4.4	Betydningen av EMDs praksis for norske domstoler	49
6.4.5	Høyesterett om etterfølgende forhold i utlendingsrettssaker	51
6.5	Konklusjon	55
<u>7</u>	<u>FREMGANGSMÅTEN FOR Å AVGJØRE OM UTVISNING VIL SPLITTE FAMILIEN</u>	<u>56</u>
7.1	Innledning	56
7.2	Høyesterett	57
7.3	EMD	60
7.3.1	Det rettslige utgangspunkt for når det legges til grunn at utvisning vil splitte familien	60
7.3.2	EMDs fremgangsmåte	61
7.3.3	Momenter i vurderingen av om ektefellen kan bli med til utlendingens opprinnelsesland	62
7.3.3.1	Tilknytning til vertslandet	62
7.3.3.2	Tilknytning til opprinnelseslandet	64
7.3.4	Momenter i vurderingen av om barn kan bli med utlendingen til opprinnelseslandet	65
7.3.4.1	Tilknytning til vertslandet	65
7.3.4.2	Tilknytning til opprinnelseslandet	65
7.3.5	Muligheter for å fortsette familielivet i et annet land	66
7.4	Skjerpede krav til vanskelighetene – familier uten berettiget forventning om familieliv	67
7.5	Hussain og C mot Norge	68

7.6	Konklusjon	69
8	<u>VEKTEN AV EN FAMILIESPLITTELSE I HELHETSVURDERINGEN</u>	72
8.1	Innledning	72
8.2	Utgangspunkter for vektingen	72
8.2.1	Høyesterett	72
8.2.2	EMD	75
8.2.3	Forskjellen mellom Høyesteretts og EMDs metode – Özturk mot Norge	77
8.2.4	Når utlendingen ikke bor sammen med barnet	78
8.3	Nærmere om Høyesteretts vurderingstema	80
8.3.1	Belastningenes betydning	80
8.3.2	Skjerpede krav ved meget alvorlig kriminalitet	82
8.3.3	EMDs vurdering av belastningene	83
8.3.4	Forskjellen mellom Høyesterett og EMD	84
8.3.5	Konsekvenser av forskjellene – Nunez mot Norge	85
8.3.6	Går Høyesterett i noen tilfeller lenger enn EMK artikkel 8 krever?	86
8.4	Begrensning av innreiseforbudet	87
8.4.1	Betydningen av at innreiseforbudet er begrenset	87
8.4.2	Begrensningen av innreiseforbudet må være reell	88
8.4.3	Begrenset innreiseforbud i saker som berører små barn	90
8.5	Familier som ikke hadde noen forventning om familieliv	91
8.5.1	Høyesterett	91
8.5.2	EMDs skjerpede krav i forholdsmessighetsvurderingen	92
8.5.3	Forskjellig hjemmel	95
8.5.4	Går Høyesterett lenger enn EMK krever?	95
8.6	Konklusjon	95
9	<u>UTLENDINGSFORVALTNINGENS PRAKSIS</u>	97
9.1	Innledning	97
9.2	Grunnlaget for analysen	97
9.3	Forvaltningens metode	98

9.3.1	Oversikt	98
9.3.2	Kommentarer	101
9.4	Illustrasjon av konsekvensene	103
9.4.1	Oversikt	103
9.4.2	Sak 4 – Uten barn, norsk ektefelle	104
9.4.3	Sak 6 – Barnefamilie der foreldrene er separert	106
9.4.4	Sak 9 – Barnefamilie der foreldrene er sammen	110
9.4.5	Eksempler på forvaltningens tolkning av rettspraksis	113
9.4.5.1	Gjenforening i opprinnelseslandet	113
9.4.5.2	Boultif-kriteriene	114
9.4.5.3	Ektefellen er opprinnelig av samme nasjonalitet	115
9.4.5.4	Kontakten kan opprettholdes via telefon	116
9.5	Utøvelse av fritt forvaltningsskjønn	117
9.5.1	Adgangen til å begrense innreiseforbudet eller la være å utvise	117
9.5.2	Begrensning av det frie skjønnet	118
9.5.3	Fritt skjønn i vedtakene fra UDI og UNE	119
9.5.4	Standardisering av fritt skjønn	121
9.5.5	Skjerpet begrunnelsesplikt ved inngripende vedtak	122
9.6	Konklusjon	124
10	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	126
10.1	EMD, Høyesterett og forvaltningen – hovedforskjeller	126
10.2	Om konsekvensene og forslag til endring av praksis	127
11	<u>LITTERATURLISTE</u>	129
11.1	Litteratur	129
11.1.1	Bøker, kapitler i bøker og hefter	129
11.1.2	Artikler	130
11.1.3	Internett	131
11.2	Lovgivning og forarbeider	131
11.2.1	Norske lover	131
11.2.2	Forarbeider	132
11.2.3	Traktater	133

11.3	Praksis	133
11.3.1	Høyesterett	133
11.3.2	Lagmannsrettene og tingrettene	134
11.3.3	EMD	135
11.3.4	Anbefalinger og kommentarer	136

1 Innledning

1.1 Tema og bakgrunn for oppgaven

Temaet for oppgaven er utvisning av straffedømte utlendinger med familie i Norge. Utvisning innebærer at en utlending må forlate Norge og at en eventuell oppholdstillatelse opphører. I tillegg får utlendingen et innreiseforbud, som kan være tidsbegrenset eller varig. Oppgaven vil omhandle utvisning av utlendinger som har oppholdstillatelse i Norge og som utvises på grunn av ilagt straff eller særreaksjon for et straffbart forhold, jf. utlendingsloven (utl.) §§ 67 og 68.

Jeg vil ta for meg ivaretagelsen av menneskerettigheter ved utvisning, nærmere bestemt retten til familieliv etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 8. Har utlendingen familie, vil utvisning enten medføre at familien splittes eller må flytte med vedkommende. Uansett volder utvisningen store omveltninger for familiemedlemmene, og rammer dermed også andre enn den straffedømte selv. Samtidig som utvisning vil kunne innebære et brudd på menneskerettighetene, er adgangen til å regulere inn- og utvandring og kriminalitetskontroll grunnleggende for utøvelsen av en suveren statsmakt.

Oppgaven er en del av prosjektet *Kriminalitetskontroll ved Europas grenser* ledet av professor Katja Franko Aas ved Institutt for kriminologi og retts sosiologi ved Universitetet i Oslo. Prosjektet går ut på å kartlegge hvilke virkninger migrasjon har for samtidens kriminalitetskontroll og strafferettsinstitusjoner. Ett av delprosjektene er utvisning. Utvisning regnes etter norsk og internasjonal rett ikke som en straffereaksjon.¹ Det er likevel en sanksjon for lovbrudd og en av utlendingslovens strengeste reaksjoner, og vil derfor kunne føles som straff for den enkelte. Begrunnelsen

¹ Maaouia mot Frankrike, NOU 2004:20 s. 311

og formålet er også på mange områder det samme som for straff: utvisning er ment å ivareta allmennpreventive hensyn og den alminnelige rettsfølelse.²

1.2 Problemstilling og aktualitet

En utlending som begår kriminelle handlinger kan bli idømt en straff etter straffelovens regler. I så fall kan forvaltningen utvise vedkommende i tillegg. Ett vilkår er at utvisning må være forholdsmessig, jf. utl. § 70. I forholdsmessighetsvurderingen skal hensynet til utlendingen og dennes familie veies opp mot samfunnets interesse i å utvise. Forholdsmessighetsvurderingen følger også av annet ledd i EMK artikkel 8 om retten til familieliv.

Hvis utvisning ikke er forholdsmessig etter EMK artikkel 8, vil den altså komme i konflikt med internasjonale forpliktelser.³ Norge har i flere utvisningssaker blitt overprøvd av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). I juni 2011 ble Norge i dommen Nunez mot Norge dømt for brudd på EMK artikkel 8. Saken gjaldt brudd på utlendingsloven, men siden Høyesterett bruker samme fremgangsmåte for å vurdere hensynet til familien i alle utvisningssaker, gjør den det også relevant å vurdere Høyesteretts metode i saker om utvisning på grunn av straffbare forhold. Det finnes også dommer der Norges vedtak om utvisning har vært i samsvar med EMK artikkel 8.⁴ I oppgaven vil jeg forsøke å belyse mulige årsaker til at Norge i noen dommer er blitt dømt og i andre ikke. Hovedproblemstillingene blir dermed:

- Hvordan vurderer EMD om utvisning er i samsvar med EMK artikkel 8 om retten til familieliv?
- Hvordan vurderer Høyesterett om utvisning er forholdsmessig etter utl. § 70?

En klar forskjell er domstolenes syn på spørsmålet om utvisning vil medføre en *familiesplittelse*. I EMDs avgjørelser er det tydelig at EMD vurderer familiens

² Oppgavens avsnitt 3.1 og Eskeland (2006) s. 47 og 48.

³ Üner mot Nederland avsnitt 57

⁴ F. eks. Hussain og C mot Norge, Darren Omoregie og andre mot Norge og Antwi og andre mot Norge

muligheter for å gjenforenes i utlendingens opprinnelsesland.⁵ Temaet nevnes også i norske avgjørelser, men det er tilsynelatende ikke like sentralt for Høyesterett som for EMD. Mer presist vil jeg derfor undersøke hvordan domstolene vurderer mulighetene for reetablering av familielivet i opprinnelseslandet. Problemstillingen kan deles inn i to:

- Hvordan vurderer domstolene om utvisning vil medføre en familiesplittelse?
 - o Kan det oppstilles en rettslig term for når EMD anser vanskelighetene ved reetablering av familielivet som så store at de som hovedregel alene kan gjøre utvisning til et uforholdsmessig tiltak? Bruker Høyesterett en tilsvarende terskel?
 - o Hvilke forhold er relevante for å avgjøre hvor vanskelig reetablering av familielivet i opprinnelseslandet er i EMD og Høyesterett?
- Hvor stor betydning har det i EMD og Høyesterett at utvisning vil splitte familien?

Målet er å identifisere eventuelle forskjeller mellom vurderingene til EMD og Høyesterett. Som nevnt finnes det mange eksempler på at norske myndigheters vurdering har vært *innenfor* rammene av EMK artikkel 8. På grunn av de skjønnspregede vurderingene er det også mulig at domstolene bruker forskjellig metode uten at det nødvendigvis er årsaken til at de kommer til forskjellig resultat. En tredje problemstilling blir dermed:

- Hvilke konsekvenser har eventuelle forskjeller mellom Høyesteretts og EMDs metode?

For å si noe om dette vil jeg, i tillegg til rettspraksis, bruke vedtak fra forvaltningen. Forvaltningen bruker rettssetninger som er oppstilt av Høyesterett, slik at dens metode avhenger av hvordan Høyesterett har tolket de aktuelle spørsmålene. Den er derfor egnet til å undersøke konsekvensene av forskjeller mellom Høyesteretts og EMDs metode.

⁵ Mulighetene for reetablering av familielivet vurderes også i andre utvisningssaker og i saker om familiegjenforening. (Kälin (2010) s. 398, Gül mot Sveits)

1.3 Avgrensning

Det avgrenses mot utvisning av utlendinger som ikke har oppholdstillatelse og utlendinger som utvises på grunn av brudd på utlendingsloven, jf. utl. § 66.

Problemstillingen omfatter heller ikke utvisning når grunnleggende nasjonale interesser gjør det nødvendig, jf. utl. §§ 67 (1) e og 68 (1) d eller utvisning av utlendinger som er omfattet av EØS-avtalen og EFTA-konvensjonen, jf. utl. §§ 122 og 123.

Av de internasjonale forpliktelsene som begrenser Norges adgang til å utvise er det kun retten til familieliv etter EMK artikkel 8 som vil behandles utførlig. I og med at barn er en del av familien, vil jeg også si noe om barnets beste. Ellers avgrenses det mot andre menneskerettigheter som kan få betydning ved utvisning.

Vurderingen av om utvisning kan skje består av en rekke momenter. Som det fremgår av problemstillingen, legges det i oppgaven hovedvekt på ett av disse momentene, nemlig mulighetene for å videreføre familielivet i den utvistes opprinnelsesland. De andre momentene, som for eksempel forholdets alvor og utlendingens grad av integrering, vil ikke behandles like grundig.

1.4 Begrepsbruk

Utlending: Enhver person som ikke har norsk statsborgerskap, jf. utl. § 5.

Midlertidig oppholdstillatelse: En utlending som får oppholdstillatelse i Norge får først midlertidig oppholdstillatelse. Denne varer som regel i ett år og kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse, jf. utl. § 60.

Permanent oppholdstillatelse: Oppholdstillatelse som gir rett til opphold i Norge uten tidsbegrensning. For å få permanent oppholdstillatelse, må utlendingen ha oppholdt seg i riket med en tillatelse som danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse i tre år, og også ellers oppfylle vilkårene i utl. § 62.

Vertsland: Det landet utlendingen har opphold i, og som vedkommende vurderes utvist fra.

Opprinnelsesland: Det landet utlendingen kommer fra og er statsborger av.

1.5 Den videre fremstillingen

I kapittel 2 går jeg gjennom de relevante rettskildene. I kapittel 3 og 4 gis en fremstilling av regelverket for utvisning og retten til familieliv etter EMK artikkel 8. For å angi betydningen EMK artikkel 8 har for forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70, er det relevant hvilket spillerom nasjonale myndigheter har i gjennomføringen av EMK artikkel 8. Dette behandles i kapittel 5. For å avgjøre i hvilken grad utlendingens rettigheter etter EMK artikkel 8 ivaretas av norske domstoler, redegjør jeg i kapittel 6 for hvilket tidspunkt domstolene skal legge til grunn når de overprøver forvaltningens vedtak. I kapittel 7 sammenliknes Høyesteretts og EMDs praksis for å avdekke hvilke fakta som brukes for å vurdere vanskelighetene ved reetablering av familielivet i opprinnelseslandet. I kapittel 8 er problemstillingen hvilken betydning en familiesplittelse har i en utvisningssak. I kapittel 9 undersøker jeg forvaltningens lovanvendelse og skjønnsutøvelse, før jeg avslutter i kapittel 10.

2 Rettskilder og metode

2.1 Innledning

For å besvare oppgavens problemstillinger er de alminnelige rettskildeprinsippene brukt. Fremstillingen av forvaltningspraksis bygger på innholdsanalyser av vedtak, som også er basert på juridisk metode. Jeg går i avsnitt 2.2 gjennom de relevante rettskildene ved utvisning. Ved tolkningen av EMK artikkel 8 brukes folkerettslige kilder og EMDs metode. Jeg redegjør derfor i avsnitt 2.3 for de viktigste kildene og hovedtrekkene i EMDs metode. I avsnitt 2.4 gis en oversikt over de dommene som er brukt for å undersøke domstolenes vurdering og vektning av en familiesplittelse.

2.2 Rettskildene i utlendingsretten

2.2.1 Lov, forskrift og forarbeider

Den primære rettskilden i utlendingsretten er utlendingsloven (utl.). Loven er fra 2008, men viderefører på mange områder reglene fra utlendingsloven av 1988 (utl. 1988).⁶ Utlendingsretten er en del av forvaltningsretten, og forvaltningsloven (fvl.) kommer derfor også til anvendelse.⁷ Utvisningens grunnlag er brudd på straffeloven (strl.). Utlendingsforskriften (utlf.) inneholder detaljregulering av utlendingslovens regler og vil dermed være en viktig rettskilde for å utfylle loven. Videre vil forarbeidene til utlendingsloven være relevante for å tolke lovteksten.

⁶ Frem til det ble gitt en forskrift om midlertidig innvandringsstopp i 1975, var hovedregelen at alle som kom til Norge og skaffet seg arbeid, ble innvilget tillatelse. Fremmedloven, som den het frem til 1988, var en fullmaktslov, med stort rom for skjønn og fleksibilitet. Innvandringsstoppen ble gjort varig i 1981, og varte frem til utlendingsloven fra 1988 trådte i kraft 1. januar 1991. Det var altså først da vi fikk det systemet vi har i dag. (St.meld. nr. 18 (2007-2008) avsnitt 5.5.1)

⁷ Utl. § 80 og fvl. § 1

2.2.2 Rettspraksis

Domstolenes adgang til å prøve forholdsmessighetsvurderingen fullt ut er slått fast i Rt. 2000 s. 591. Det foreligger et begrenset antall dommer fra Høyesterett som omhandler utvisning av straffedømte utlendinger med familie i riket.⁸ Siden rettstilstanden på området ikke har endret seg etter at den nye loven trådte i kraft, er også rettspraksis fra før 2008 relevant. Dessuten er dommer som omhandler utvisning av EØS-borgere og utvisning på grunn av brudd på utlendingsloven relevante, siden forholdsmessighetsvurderingen er den samme.⁹ Vektingen av de ulike hensyn kan likevel bli forskjellig, fordi det objektive grunnlaget for utvisning er et annet.¹⁰

2.2.3 Forvaltningspraksis

Jeg har ikke brukt forvaltningspraksis for å fremstille gjeldende rett. Den har i utgangspunktet liten rettskildeværdi og tillegges først og fremst vekt der den over tid har festnet seg.¹¹ Antallet vedtak jeg har brukt i undersøkelsen gir ikke grunnlag for å si om den har det. Siden domstolene fullt ut kan prøve forholdsmessighetsvurderingen, gir dessuten domstolenes praksis uttrykk for gjeldende rett. Hvordan forvaltningen utøver sitt frie skjønn, som domstolene *ikke* kan prøve, har jeg derimot kartlagt med utgangspunkt i forvaltningspraksis.¹²

2.2.4 Internasjonale rettskilder

Menneskerettighetene vil kunne være en skranke for utvisning. Har utlendingen familie i riket, er retten til familieliv etter EMK artikkel 8 relevant. EMK og tilleggsprotokollene gjelder som norsk rett, jf. menneskerettsloven (mrl.) § 2. Ved motstrid skal EMK gå foran norsk lov, jf. mrl. § 3. Også Barnekonvensjonen (BK) skal gjelde som norsk rett med forrang ved motstrid, jf. mrl. §§ 2 og 3. På utlendingsrettens

⁸ For å lette fremstillingen av rettspraksis har jeg gitt en del høyesterettsdommer navn.

⁹ Rt. 2009 s. 705 avsnitt 54 og 55

¹⁰ EØS-borgere kan bare utvises av hensyn til offentlig orden eller sikkerhet, jf. utl. § 122. Ikke bare er kravet strengere, men utvisningen må begrunnes i utlendingens personlige adferd. Allmennpreventive hensyn kan altså ikke begrunne utvisning av EØS-borgere. (Ot. prp. nr. 72 (2007-2008)). Brudd på utlendingsloven, jf. utl. § 66, er heller ikke nødvendigvis sammenliknbare med andre straffbare handlinger.

¹¹ Frihagen I (1991) s. 59 og 61, Stub (2011) s. 9, Rt. 1981 s. 809 (s. 814)

¹² Oppgavens avsnitt 9.4

område er menneskerettighetenes stilling presisert ytterligere ved at internasjonal rett skal gå foran «når disse har til formål å styrke individets stilling», jf. utl. § 3. Det er også inntatt i loven at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved utvisning, jf. utl. § 70 (2).

EMDs avgjørelser har betydning i tolkningen av EMK. Det fremgår blant annet av dommen inntatt i Rt. 2005 s. 833, der førstvoterende uttaler:

«ved anvendelse av reglene i EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser.»¹³

Retten til familieliv etter EMK artikkel 8 har betydning ved alle inngrep i familielivet. Dommer fra EMD som omhandler andre spørsmål enn utvisning på grunn av ilagt straff kan derfor være relevante. Dette kan både være familiegjenforeningssaker og saker som gjelder utvisning på grunn av brudd på utlendingslovgivning.

2.2.5 Juridisk teori

Det finnes ikke mye teori om vurderingen av familiesplittelse i utvisningssaker. Flere forfattere omtaler temaet, men som regel i begrenset omfang.¹⁴ Generell litteratur om utvisning, EMK og forvaltningsrett har vært en nyttig kilde til relevante problemstillinger og til å finne frem til rettskilder.¹⁵

¹³ Avsnitt 45

¹⁴ Se f. eks. *Utlendingsloven* (2010) s. 442, Kjølbro (2005) s. 497, Jacobs (2010) s. 344, Reid (2008) s. 412

¹⁵ Det foreligger to studentavhandlinger om forvaltningens praksis i utvisningssaker (One strike and you're out – om utvisning av straffedømte utlendinger (Nybø og Liljegren 1996) og Utvisning 2001: En undersøkelse av utlendingsforvaltningens praksis i utvisningssaker (Hansen og Bolstad 2003)).

2.3 EMDs rettkildebruk

2.3.1 Rettskilder

EMK er EMDs viktigste rettskilde. Siden EMK er en del av folkeretten, må folkerettens kilder legges til grunn ved tolkningen av EMK.¹⁶ Statuttene til FNs internasjonale domstol i Haag, International Court of Justice (ICJ) (statuttene), angir i artikkel 38 hva som skal legges til grunn som rettskilder. Selv om statuttene ikke er direkte bindende for andre enn ICJ, legger også andre internasjonale organer til grunn de opplistede rettskildene.¹⁷ De tre rettskildene er traktater partene har sluttet seg til, internasjonal sedvanerett og generelle rettsprinsipper, jf. statuttene artikkel 38 (1) a-c. Etter omstendighetene kan også avgjørelser og rettsvitenskapelig litteratur få betydning, jf. statuttene artikkel 38 (1) d.¹⁸

2.3.2 Metode

Wienkonvensjonens¹⁹ artikkel 31 til 33 angir alminnelige regler for tolkning av traktater. Reglene anses for å gi uttrykk for internasjonal sedvanerett, og gjelder derfor også for EMD.²⁰ Wienkonvensjonen artikkel 31 (1) lyder:

«A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.»

Hva som er en naturlig eller vanlig forståelse av ordlyden, avgjøres med utgangspunkt i det internasjonale forholdet, og ikke ut fra hva som er vanlig i den enkelte stat.²¹

Bestemmelsens sammenheng er definert i artikkel 31 (2). En bestemmelse skal tolkes i

¹⁶ Høstmælingen (2007) s. 84

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Wienkonvensjonen gir regler om bl. a. traktaters tilblivelse, gyldighet, forbehold og tolkning. (Høstmælingen (2007) s. 86).

²⁰ Golder mot Storbritannia avsnitt 29. Gjentatt i Bankovic mot Belgia og 16 andre stater, avsnitt 35.

²¹ Høstmælingen (2007) s. 88

lys av, og i sammenheng med, de øvrige konvensjonsbestemmelsene.²² Konvensjonens gjenstand og formål fremgår for en stor del av konvensjonens fortale.

EMK oppstiller også tolkningsprinsipper for EMD.²³ I tillegg utvikler domstolen selv prinsipper gjennom tolkningen. Viktigst er prinsippet om dynamisk tolkningsstil og konvensjonen som levende instrument.²⁴ Formålet med konvensjonen kan ikke fastlegges ut fra tidspunktet for konvensjonens ikrafttreden, men vil kunne forandre seg i tråd med sosiale og politiske holdninger. En formålsrettet fortolkning av konvensjonen vil derfor kunne bli annerledes hvis samfunnsutviklingen i medlemsstatene tilsier det, selv om ordlyden trekker i en annen retning.²⁵ Man vil derimot ikke kunne innfortolke rettigheter som ikke står i konvensjonen. Dessuten vil ikke den dynamiske tolkningen kunne føre til en utvidelse av rekkevidden av konvensjonens jurisdiksjon.²⁶

Det finnes et omfattende domsmateriale fra EMD som presiserer innholdet i og omfanget av rettighetene. Formelt er ikke domstolen bundet av tidligere avgjørelser. Domstolen følger likevel i praksis tidligere avgjørelser på grunn av hensynet til rettssikkerhet og en ryddig utvikling av konvensjonspraksis.²⁷ I overensstemmelse med EMDs dynamiske tolkningsstil vil det likevel ikke være utelukket å fravike tidligere praksis for å sikre at konvensjonens innhold gjenspeiler utviklingen i samfunnet.

Skjønnsmarginen er også et karakteristisk trekk ved domstolens praksis. Ved at statene gis et visst spillerom i gjennomføringen av konvensjonsforpliktelsene, vil statenes praksis være med på å utvikle konvensjonens innhold.²⁸ EMDs praksis tilpasses dermed de aktuelle samfunnsforhold, som statene er nærmere enn EMD til å vurdere.

²² F. eks. Maaouia mot Frankrike, der domstolen tolker artikkel 6 i lys av artikkel 1 i første tilleggsprotokoll ved vurderingen av om artikkel 6 får anvendelse i saker om utvisning av utlendinger. Kjølbro (2005) s. 19

²³ F. eks. EMK artikkel 17

²⁴ Høstmælingen (2007) s. 91

²⁵ Rees mot Storbritannia avsnitt 47, Tyrer mot Storbritannia avsnitt 31, Kjølbro (2005) s. 21

²⁶ Jacobs (2010) s. 72

²⁷ Leach (2011) s. 163. Kjølbro (2005) s. 15

²⁸ Se oppgavens kapittel 5

2.4 Særlig om Høyesteretts og EMDs praksis som grunnlag for besvarelse av oppgavens problemstilling

I kapittel 7 og 8 brukes det hovedsakelig rettspraksis fra Høyesterett og EMD. Høyesterettsdommene som er behandlet gjelder utlendinger som er utvist og har ektefelle og/eller barn i Norge.²⁹ De omfatter også utvisning for brudd på utlendingsloven og av EØS-borgere. Grunnen til dette er først og fremst det lave antallet høyesterettsdommer som foreligger. Selv om vektingen kan være forskjellig, er dessuten Høyesteretts fremgangsmåte den samme.³⁰ I de dommene som er avsagt før det ble avklart at forholdsmessighetsvurderingen kan prøves fullt ut av domstolene, er forholdsmessigheten vurdert etter EMK artikkel 8.³¹

Dommene fra EMD gjelder ikke bare utvisning, men også nektelse av fornyet oppholdstillatelse på grunn av ilagt straff.³² Siden alle dommene gjelder beslutninger som innebærer at et individ plikter å forlate statens territorium for en lengre eller kortere periode på grunn av ilagt straff, og sakene behandles på samme måte av EMD,³³ har jeg ikke skilt mellom dem. De omfatter både saker som domstolen har avvist fordi klagen var åpenbart grunnløs, jf. EMK artikkel 35, og saker som er realitetsbehandlet.

Selv om dommer som gjelder brudd på utlendingsloven eller nektelse av oppholdstillatelse av *andre* grunner enn straff, kan være relevante for å belyse EMDs praksis, har jeg hovedsakelig brukt dommer som angår straffedømte utlendinger.

Begrunnelsen er for det første at antallet dommer som gjelder utvisning på grunn av

²⁹ Høyesterett: Rt 1995 s. 72, Rt 1996 s. 551, Rt. 1996 s. 556, Rt. 1996 s. 561, Rt. 1996 s. 1510, Rt. 2000 s. 591, Rt. 2005 s. 229, Rt. 2007 s. 667, Rt. 2009 s. 534, Rt. 2009 s. 705, Rt. 2010 s. 1430, Rt. 2011 s. 948. EMD: Beldjoudi mot Frankrike, Hussain og C mot Norge, Özturk mot Norge, Aftab mot Norge, C. mot Belgia, Mehemi mot Frankrike, Dalia mot Frankrike, Boultif mot Sveits, Mbengeh mot Finland, Amrollahi mot Danmark, Mokrani mot Frankrike, Yildiz mot Østerrike, Yilmaz mot Tyskland, Keles mot Tyskland, Onur mot Storbritannia, Joseph Grant mot Storbritannia, Üner mot Nederland, Ndangoya mot Sverige, Najafi mot Sverige, Omojudi mot Storbritannia, Yesufa mot Storbritannia, Tajdirti mot Nederland, Arvelo Aponte mot Nederland. Jeg har brukt relevante dommer fra 1992 til idag, men tar forbehold om at jeg ikke har funnet alle.

³⁰ Rt. 2009 s. 705 avsnitt 54 og 55

³¹ Rt 1995 s. 71, Rt 1996 s. 551, Rt. 1996 s. 556, Rt. 1996 s. 561, Rt. 1996 s. 1510. Dommene brukes likevel for å besvare problemstillingen, siden Høyesterett også i senere dommer har trukket inn EMK i tolkningen av utl. § 70.

³² Sezen mot Nederland

³³ F. eks. Sezen mot Nederland avsnitt 42

straffbare handlinger er stort nok til å danne et solid grunnlag for å kartlegge EMDs praksis. I motsetning til Høyesterett, som foretar den samme forholdsmessighetsvurderingen, bruker dessuten EMD en litt annen fremgangsmåte i saker som ikke omhandler straffedømte utlendinger.³⁴ Videre vil vektingen av de forskjellige momentene kunne bli annerledes, siden dommene er begrunnet i andre lovbrudd, eller i at man ikke oppfyller vilkårene for oppholdstillatelse. Når jeg likevel noen steder har brukt dommen Nunez mot Norge, er det ikke bare fordi den er ny, men fordi EMD kom til et annet resultat enn Høyesterett, og den derfor vil kunne være nyttig i analysen av likheter og forskjeller mellom Høyesteretts og EMDs praksis.

³⁴ Oppgavens avsnitt 4.4 og 8.5.2

3 Vilkårene for utvisning

3.1 Innledning

Reglene om utvisning finnes i utlendingslovens kapittel 8, §§ 66 til 72. Utvisning er først og fremst begrunnet i hensynet til allmennprevensjon og ønsket om å beskytte samfunnet mot kriminalitet.³⁵ To andre begrunnelser for utvisning er den alminnelige rettsfølelse og folks tillit til utlendingspolitikken.³⁶

Sak om utvisning forberedes av politiet og vedtak treffes av Utlendingsdirektoratet (UDI), jf. utl. § 75. Utlendingsnemnda (UNE) er klageinstans for vedtak truffet av UDI. UNE er et uavhengig organ, jf. utl § 77. Domstolene kan overprøve om forvaltningen har tolket loven riktig og om den er brukt riktig på det konkrete saksforholdet.³⁷ Det er slått fast at forholdsmessighetsvurderingen er et rettsanvendelsesskjønn som kan prøves fullt ut av domstolene.³⁸

For at man skal kunne utvise, må to hovedvilkår være oppfylt. Utlendingen må for det første ha begått en straffbar handling som omfattes av nærmere angitte vilkår. Der dette er tilfellet, skal det i tillegg foretas en vurdering av om utvisning i det aktuelle tilfellet vil være et forholdsmessig tiltak.³⁹ Jeg behandler disse to vilkårene i avsnitt 3.2 og 3.3, og følgene av at vilkårene er oppfylt i avsnitt 3.4.

³⁵ Prop. 138 L (2010–2011) avsnitt 7.1

³⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) avsnitt 15.6.1

³⁷ Eckhoff (2010) s. 544

³⁸ Rt. 2000 s. 591 s. 596 og Rt. 1998 s. 1795 s. 1803

³⁹ Det finnes flere unntak fra adgangen til å utvise. To følger av utl. § 69. Man kan heller ikke utvises når man er vernet mot retur (utl. § 73 jf. utl. § 28, NOU 2004:20)

3.2 Utlendingen må ha begått en straffbar handling, jf. utl. §§ 67 og 68

Det objektive vilkåret for utvisning er etter lovens ordlyd at utlendingen må ha blitt ilagt straff eller særreaksjon for en straffbar handling. Bestemmelsene i utl. §§ 67 og 68 oppstiller faste terskler for når utvisning kan vurderes ved strafferettslige overtredelser.

Utvisning av utlendinger med midlertidig oppholdstillatelse på grunn av straff i *utlandet*, jf. § 67 (1) a, er aktuelt hvis utlendingen har sonet eller er idømt straff i utlandet for et forhold som etter norsk lov kan føre til fengselsstraff i mer enn ett år. Det er ikke tilstrekkelig at man er dømt for flere mindre forbrytelser.⁴⁰ Ved utvisning av utlendinger med permanent oppholdstillatelse er minstekravet til strafferammen to år, jf. utl. § 68 (1) a.⁴¹ Det må etter bestemmelsene være mindre enn fem år siden utlendingen er dømt eller har sonet, og det holder at utlendingen har sonet *deler* av straffen innen fem år.

Når utlendingen utvises på grunnlag av straffbare forhold begått i *Norge*, må det være under ett år siden soningen, jf. utl. §§ 67 (1) b og 68 (1) b. Fristen er altså kortere enn ved straff ilagt i utlandet. Kravene til strafferammen er de samme både for utlendinger med midlertidig arbeidstillatelse og for utlendinger med permanent oppholdstillatelse. Ved noen straffbare handlinger kan utvisning skje selv om strafferammen er lavere enn ett år, jf. utl. §§ 67 (1) c og d og 68 (1) c.

Også en utlending som er ilagt særreaksjon kan utvises. En særreaksjon er tvungent psykisk helsevern eller tvungen omsorg, jf. strl. §§ 39 og 39 a. At disse tilfellene omfattes, begrunnes med at formålet med utvisning også vil kunne slå inn i slike tilfeller, særlig sett hen til at samfunnet må kunne beskytte seg mot personer som antas å være en samfunnsfare.⁴²

⁴⁰ Se motsetningsvis § 66 (1) c, der det kan være nok hvis utlendingen har begått flere forbrytelser.

⁴¹ Det sterkere vernet for utlendinger som har permanent oppholdstillatelse vil også bli varetatt gjennom forholdsmessighetsvurderingen, ved at utlendingens tilknytning til riket automatisk vil være sterkere. Man har likevel valgt å signalisere det i utformingen av lovbestemmelsen også. (NOU 2004:20, avsnitt 12.3.3.6).

⁴² Ot prp. 75 (2006-2007) s. 289, *Utlendingsloven* (2010) s. 428.

Både utlendinger med midlertidig og permanent oppholdstillatelse er sterkere stilt i en utvisningssak enn utlendinger uten oppholdstillatelse. Utlendinger uten oppholdstillatelse kan utvises for mindre alvorlige forhold, jf. utl. § 66. Det følger av ordlyden «fikk» i utl. §§ 67 (2) og 68 (2) at utlendingen må ha fått *innvilget* midlertidig eller permanent oppholdstillatelse på det tidspunktet den straffbare handlingen begås, for å få dette utvidede vernet. Om man kun *oppfyller vilkårene* på tidspunktet for den straffbare handlingen er altså ikke avgjørende.⁴³

Hovedårsaken til at utvisningsadgangen avhenger av strafferammen for den aktuelle handlingen, og ikke faktisk utmålt straff, er at ikke alle forhold som er relevante ved straffutmålingen har tilsvarende betydning ved vurderingen av om utvisning skal skje.⁴⁴ Ved straffutmålingen kan for eksempel lang behandlingstid eller en vanskelig oppvekst medføre lavere straff, mens disse omstendighetene ikke vil ha betydning i utvisningssaken.⁴⁵ Dessuten er strafferammen bare det første vilkåret for utvisning. Det skal også avgjøres om utvisning vil være et uforholdsmessig tiltak. Da vil de momenter ved straffutmålingen som er relevante i utvisningsspørsmålet, bli vurdert sammen med andre relevante kriterier, som for eksempel tilknytning til Norge og tilknytning til opprinnelseslandet.⁴⁶

3.3 Forholdsmessighet, jf. utl. § 70

3.3.1 Samfunnets interesse mot utlendingens interesse

Selv om vilkåret om ilagt straff er oppfylt, kan utlendingen ikke utvises hvis det vil være uforholdsmessig overfor utlendingen selv eller dennes familie. Samfunnets interesse i å utvise i det aktuelle tilfellet må med alminnelig overvekt være større enn utlendingens ønske om å få bli i riket. Det er altså forholdets alvor som skal vurderes opp mot de negative konsekvensene utvisning har for utlendingen og dennes familie.⁴⁷

⁴³ NOU 2004:20, avsnitt 12.3.3.6, Ot. prp. 75 (2006-2007) s. 290

⁴⁴ NOU 2004:20, avsnitt 12.3.3.3

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Når forvaltningen tar stilling til om et vedtak om utvisning er forholdsmessig, er det vedtakstidspunktet som skal legges til grunn, både når UDI fatter vedtak om utvisning, og når dette eventuelt overprøves av UNE, jf. fvl. § 34.

Forholdsmessighetsvurderingen følger både av utl. § 70 og Norges internasjonale forpliktelser.⁴⁸

3.3.2 Forholdets alvor

Med forholdets alvor menes en konkret vurdering av hvor straffverdig samfunnet anser lovovertrædelsen. Det sees blant annet hen til faktisk utmålt straff, tidligere og nyere straffbare forhold, gjentakelsesfaren og skjerpene eller formildende omstendigheter.⁴⁹ Høyesterett har dessuten tatt hensyn til den øvre strafferammen for den aktuelle forbrytelsen, da denne sier noe om det generelle synet på straffverdigheten.⁵⁰

3.3.3 Utlendingens tilknytning til Norge

Utlendingens tilknytning til Norge avhenger blant annet av hvor lenge vedkommende har vært i Norge og alder ved ankomst. Hvis vedkommende kom til Norge som barn vil dette tilsi at tilknytningen er sterkere.⁵¹ Kun tilknytning opparbeidet under lovlig opphold tillegges vekt.⁵² I tillegg vurderes graden av integrering gjennom blant annet språkkunnskaper, utdanning og arbeid. Tilsvarende vurderes utlendingens tilknytning til opprinnelseslandet gjennom botid, slektninger, reiser og språkkunnskaper.⁵³

Utlendingens tilknytning avhenger også av om vedkommende har nær familie som bor i riket. Det vil være relevant om familielivet består, eventuelt om utlendingen har samvær med barna. Utgangspunktet er uansett at vedtaket må medføre noe utover det inngrepet et utvisningsvedtak alltid vil medføre, for at det skal være uforholdsmessig.⁵⁴ Det er også sentralt hvorvidt familielivet ble etablert før eller etter at utlendingen burde forstått at utvisning kunne være aktuelt. Hvis familielivet oppstod etter at den straffbare

⁴⁸ Oppgavens avsnitt 4.3

⁴⁹ Ot. prp. 75 (2006-2007) avsnitt 15.6.3, *Utlendingsloven* (2010) s. 444.

⁵⁰ Rt. 2000 s. 591 (s. 601). Høyesterett tok også hensyn til at den øvre strafferammen var skjerpet i tiden mellom vedtak om utvisning og domstidspunktet.

⁵¹ Rt. 1996 s. 551 (s. 559)

⁵² Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 85, NOU 2004:20 avsnitt 12.3.1.4

⁵³ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) avsnitt 15.1.3

⁵⁴ Rt. 2005 s. 229 avsnitt 52

handlingen fant sted, hadde ikke utlendingen noen berettiget forventning om familieliv i Norge, og det kan redusere familiens betydning for forholdsmessighetsvurderingen.⁵⁵

3.3.4 Hensynet til familien

Om utlendingen har nære familiemedlemmer vil hensynet til deres muligheter for å være sammen med utlendingen også tale for at utvisning ikke skal skje.⁵⁶ Akkurat som for utlendingen selv, vil familielivet ha størst vekt om det ble etablert før den straffbare handlingen. Hensynet til barn vil etter en konkret vurdering kunne tillegges vekt selv om det ikke forelå noen berettiget forventning om familieliv.⁵⁷

Det følger uttrykkelig av utl. § 70 (2) at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker som berører barn. I og med at hensynet til barnets beste allerede følger av Norges internasjonale forpliktelser,⁵⁸ er hensikten med denne formuleringen i utlendingsloven først og fremst å sikre bevissthet om hensynet i vurderingen, og den innebærer ingen endring fra tidligere rettstilstand.⁵⁹ Det nærmere innholdet av hensynet vil behandles i fremstillingen av de internasjonale forpliktelsene ved utvisning.⁶⁰

Et annet moment er muligheten for fortsettelse av familielivet i hjemlandet.⁶¹ Når det gjelder betydningen av at familien blir splittet, fremgår det av NOU 2004:20:

«Både gjeldende lovbestemmelser og de bestemmelsene utvalget foreslår forutsetter imidlertid at det fortsatt, innenfor rammen av våre folkerettslige forpliktelser, skal kunne fattes vedtak om utvisning i alvorlige tilfeller selv om dette kan innebære at familier blir splittet.»⁶²

⁵⁵ NOU 2004:20 avsnitt 12.3.1.4

⁵⁶ Ot. prp. Nr. 75 (2006-2007) avsnitt 15.1.3

⁵⁷ NOU 2004:20 avsnitt 12.3.1.4

⁵⁸ Oppgavens avsnitt 4.5

⁵⁹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007), avsnitt 15.6.3

⁶⁰ Oppgavens avsnitt 4.5

⁶¹ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007), avsnitt 15.1.3

⁶² Avsnitt 12.3.3.8

En familiesplittelse er altså ikke nok til automatisk å begrunne uforholdsmessighet. Som det også fremgår av sitatet, vil betydningen blant annet avhenge av rammen av våre folkerettslige forpliktelser.

3.4 Følgene av utvisning

Hvis vilkårene for utvisning er oppfylt og utlendingen utvises, vil utlendingens oppholdstillatelse opphøre, jf. utl. § 71 (1). Utlendingen må dermed forlate riket. Den utviste vil også få et innreiseforbud, jf. utl. § 71 (2). Innreiseforbudet kan være på to eller fem år, eller varig, jf. utlf. § 14-2 (1). Fastsettelsen av innreiseforbudet skal baseres på forholdsmessighetsvurderingen, jf. utlf. § 14-2 (1). Som følge av Norges deltakelse i Schengen-samarbeidet, kan utlendingen meldes inn i Schengen Informasjonssystem (SIS), jf. lov om Schengen Informasjonssystem (SIS-loven) § 7. Det betyr at utlendingen må forlate hele Schengenområdet og at innreiseforbudet gjelder hele området.

4 Internasjonale forpliktelser

4.1 Innledning

For å beskytte menneskerettighetene og de grunnleggende frihetene har Europarådet vedtatt EMK.⁶³ EMD skal føre tilsyn med den nasjonale etterlevelsen av Konvensjonen.⁶⁴ Norge har sluttet seg til EMK, og dermed påtatt seg å sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i del 1 av konvensjonen, jf. EMK artikkel 1. Det følger av mrl. § 2 (1) nr. 1 at EMK skal gjelde som norsk rett, og av mrl. § 3 at EMK ved motstrid skal gå foran norsk lov. Utl. § 3 slår uttrykkelig fast at loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling.

4.2 Retten til respekt for familielivet

Blant de grunnleggende menneskerettighetene som EMK skal sikre, er retten til familieliv. 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 is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests 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 the rights and freedoms of others.

For at et forhold skal være beskyttet etter EMK artikkel 8, må det foreligge et «familieliv» i konvensjonens forstand. Det europeiske familiebegrepet omfatter først og

⁶³ EMKs fortale

⁶⁴ EMK artikkel 19 flg.

fremst foreldre og barn under 18 år.⁶⁵ Barn født utenfor ekteskap og adoptivbarn er også beskyttet.⁶⁶ Det er heller ikke noe vilkår at et par er gift eller har barn for at forholdet skal være beskyttet.⁶⁷ Et grensetilfelle er der et barn blir født etter at det er slutt mellom foreldrene, og barnet kun har levd sammen med den ene av foreldrene. Her vil andre faktorer være relevante for å avgjøre om det foreligger et familieliv, som arten og lengden av forholdet mellom foreldrene, om de hadde planlagt å få barn, bidrag til barnets omsorg og oppdragelse, og kvaliteten og hyppigheten av kontakten med barnet.⁶⁸

Både forholdet mellom besteforeldre og barnebarn, foreldre og voksne barn, og søsken kan være vernet hvis omstendighetene tilsier det. For eksempel vil det kunne være familieliv i konvensjonens forstand mellom voksne barn og foreldre, hvis det foreligger andre elementer av avhengighet enn det som er normalt.⁶⁹ En viktig presisering er likevel at artikkelen kun er ment å beskytte eksisterende familieliv. Om familielivet består ved utvisning er dermed avgjørende for om forholdet er beskyttet eller ikke.

Som det følger av ordlyden i EMK artikkel 8, beskytter bestemmelsen også «privatliv». Grensen mellom familieliv og privatliv kan være uklar. Dette kan særlig være tilfellet der vedkommende har familiemedlemmer som ikke omfattes av «familiekjernen», for eksempel foreldre og søsken når man er voksen.⁷⁰ I noen tilfeller skilles det ikke mellom privat- og familieliv, slik at hele forholdet behandles under ett.⁷¹ For integrerte utlendinger vil utvisning alltid være et inngrep i privatlivet, uansett om de har stiftet familie eller ikke.⁷²

⁶⁵ Gül mot Sveits avsnitt 32

⁶⁶ Høstmælingen (2007) s. 223

⁶⁷ *European Migration Law* (2009) s. 146

⁶⁸ Onur mot Storbritannia avsnitt 44

⁶⁹ Konstatinov mot Nederland avsnitt 52 og Ezzouhdi mot Frankrike avsnitt 34. I Rt. 2007 s. 667 avsnitt 45 la Høyesterett til grunn at det forelå familieliv mellom utlendingen og hans voksne sønn, fordi sønnen på grunn av sin psykiske sykdom var spesielt avhengig av faren.

⁷⁰ Konstatinov mot Nederland avsnitt 52

⁷¹ Joseph Grant mot Storbritannia avsnitt 33

⁷² Van Dijk (2001) s. 29-30. Üner mot Nederland avsnitt 59

At familielivet beskyttes som en menneskerettighet, innebærer ikke en automatisk rett for familien til å bestemme sitt bosted, ⁷³ og det er sikker rett at statene, for å hindre kriminalitet, kan utvise utlendinger som begår straffbare handlinger. ⁷⁴ Utvisning i seg selv utgjør altså ikke et brudd på EMK artikkel 8. ⁷⁵ Når det foreligger familieliv etter EMK artikkel 8 (1), vil utvisning innebære et inngrep i dette, som må rettferdiggjøres etter EMK artikkel 8 (2). Også familien har rett til familieliv med den utviste, jf formuleringen «enhver». Det er altså hele familiens rett, og ikke bare den utvistes, som vurderes ved avgjørelsen av om et slikt inngrep er tillatt.

4.3 Vilkårene for å gjøre inngrep i retten til familieliv

For at utvisning skal være tillatt etter EMK artikkel 8 (2), må flere vilkår brukt av EMD være oppfylt. Vedtaket må være i samsvar med den nasjonale loven, søke å oppnå et legitimt formål, og være «nødvendig i et demokratisk samfunn». ⁷⁶

Det første vilkåret er at inngrepet må ha hjemmel i nasjonal lovgivning. Utvisning fra Norge er regulert i utlendingsloven. EMD har stilt krav om at hjemmelen skal være tilgjengelig for borgerne og tilstrekkelig klart formulert til at borgeren kan forutse sin rettsstilling. ⁷⁷ EMD har flere ganger slått fast at norske regler om utvisning og utvisning etter disse oppfyller vilkåret om å være i «samsvar med loven». ⁷⁸

Utvisning må for det andre søke å oppnå et legitimt formål. Med legitimt formål menes ett av de formål som uttømmende oppstilles i artikkel 8 (2). ⁷⁹ I de tilfellene en utlending har gjort seg skyldig i kriminalitet og utvises på grunn av det, vil hensynet til å forhindre «uorden eller kriminalitet» være et legitimt formål. ⁸⁰

⁷³ Gül mot Sveits avsnitt 38

⁷⁴ F. eks. Boulouf mot Sveits avsnitt 46 og Amrollahi mot Danmark avsnitt 33

⁷⁵ Dette følger også uttrykkelig av EMK artikkel 5 (1) f.

⁷⁶ Kjølbro (2005) s. 421, Üner mot Nederland avsnitt 56, Maslov mot Østerrike avsnitt 65

⁷⁷ Onur mot Storbritannia avsnitt 48, Ahmet Arslan mot Tyrkia avsnitt 38

⁷⁸ Hussain og C mot Norge

⁷⁹ *Theory and Practice of the ECHR* (2006) s. 335

⁸⁰ Jacobs (2010) s. 346, Boulouf mot Sveits avsnitt 45 og 45

Vedtaket må også være «nødvendig i et demokratisk samfunn».⁸¹ EMD har formulert kravet slik at det må foreligge «a pressing social need» – et presserende samfunnsbehov, og at inngrepet må være forholdsmessig overfor den enkelte som rammes av vedtaket. Disse kravene glir i praksis over i hverandre, idet EMD som regel bare nevner kravet om et presserende samfunnsbehov som et utgangspunkt før den går over på forholdsmessighetsvurderingen.⁸² Det er dermed naturlig å tolke «pressing social need» som en definisjon på hvor stort behov staten må ha for å utvise. Ordlyden gir en indikasjon på at det skal svært mye til for at EMK artikkel 8 (2) i det hele tatt kommer til anvendelse. Dette stemmer også med EMDs uttalelser om at annet ledd skal tolkes innskrenkende fordi det er en unntaksbestemmelse, slik at rettigheten sikres.⁸³ Nødvendigheten av et inngrep må påvises på en overbevisende måte.⁸⁴

I forholdsmessighetsvurderingen skal hensynet til utlendingens rett til respekt for familielivet veies opp mot samfunnets interesse i å hindre uorden eller kriminalitet. Samfunnets interesse bestemmes ut fra forbrytelsens alvorlighet. For å karakterisere forbrytelsens alvorlighet vil ikke bare utmålt straff, men også gjentakelsesfare, formildende og skjerpene omstendigheter, og typen forbrytelse ha betydning.⁸⁵

Vurderingstemaet etter EMK artikkel 8 (2) og utl. § 70 er det samme.⁸⁶ EMK artikkel 8 kan derfor etter omstendighetene begrense myndighetenes adgang til å utvise. Statene gis en viss skjønnsmargin ved vurderingen av hvilke inngrep som er nødvendige, men det er til sist opp til EMD å avgjøre om et inngrep er i samsvar med konvensjonen.⁸⁷

4.4 Boultif-kriteriene og videreføring av familieliv i opprinnelseslandet

EMD har i Boultif mot Sveits og Ünner mot Nederland utviklet en rekke momenter som brukes av domstolen når den skal avgjøre om utvisning av en utlending med familie i

⁸¹ Avsnitt 97. Arai-Takashi (2002) s. 63, Jacobs (2006) s. 232

⁸² Ünner mot Nederland avsnitt 54, Dalia mot Frankrike avsnitt 52, Boultif mot Sveits avsnitt 46

⁸³ Arai-Takahashi (2002) s. 63

⁸⁴ Funke mot Frankrike avsnitt 55

⁸⁵ Som alvorlige forbrytelser regnes både narkotika, tyveri og voldtekt. Bouchelkia mot Frankrike avsnitt 51, Nasri mot Frankrike avsnitt 42 og Boughanemi mot Frankrike avsnitt 44, Yilmaz mot Tyskland avsnitt 46, Kjølbro (2005) s. 496.

⁸⁶ NOU 2004:20 avsnitt 12.3.1.5

⁸⁷ Oppgavens kapittel 5, Funke mot Frankrike avsnitt 55

riket er forholdsmessig. Boultif var fra Algerie og bodde i Sveits med sin sveitsiske kone. Han ble utvist fordi han var dømt til to års ubetinget fengsel for tyveri og hærverk. Domstolen uttalte at de relevante momentene i vurderingen er handlingens grovhet, utlendingens botid, tiden som har gått siden forbrytelsen fant sted og utlendingens oppførsel i denne perioden, nasjonaliteten til dem som er involvert, utlendingens familiesituasjon, herunder lengden på ekteskapet og andre faktorer som viser om paret hadde et genuint familieliv, for eksempel om ektefellen var klar over forbrytelsen da ekteskapet ble inngått, om det er barn i ekteskapet og i så fall deres alder, og alvorligheten av problemene ektefellen antakeligvis vil møte i utlendingens opprinnelsesland.⁸⁸

Domstolen beskrev først Boultifs straffbare handling som «particularly ruthless and brutal». På grunn av hans eksemplariske oppførsel i tiden etter handlingen og under fengselsoppholdet, mente domstolen likevel at han ikke utgjorde noen stor trussel for samfunnet. Deretter vurderte domstolen mulighetene for å videreføre familielivet i opprinnelseslandet. Kona hadde aldri bodd i Algerie, og alternativet ble utelukket siden hun ikke kunne arabisk. Det ble også vurdert om de kunne dra til Italia, hvor Boultif hadde oppholdt seg i perioder. Da hans kriminelle fortid rettslig sett ville gjøre det vanskelig å få opphold i et nytt land, var det ikke praktisk mulig for den utviste å fortsette familielivet ved utvisning. Følgelig ble utvisning ansett å være uforholdsmessig, og Sveits ble dømt for brudd på EMK artikkel 8. Kriteriene som ramses opp er brukt i en rekke senere avgjørelser.⁸⁹

Storkammerdommen Üner mot Nederland gjaldt en borger av Tyrkia som ankom Nederland da han var tolv år gammel, og som hadde kjæreste og barn i Nederland. Samme år som deres første barn ble født, flyttet han fra samboeren, men de opprettholdt forholdet. Noen år senere fikk de et barn til. Utlendingen ble dømt til sju års fengsel for overfall og drap. Da han ble utvist var det ene barnet ett år gammelt, og det andre seks. Han hevdet at utvisning med tiårig innreiseforbud var i strid med EMK artikkel 8. For å vurdere om vedtaket var uforholdsmessig brukte domstolen kriteriene fra Boultif mot

⁸⁸ Avsnitt 48

⁸⁹ F. eks. Sezen mot Nederland, Joseph Grant mot Storbritannia, Onur mot Storbritannia, Üner mot Nederland og Yildiz mot Østerrike.

Sveits. I tillegg oppstilte domstolen to nye kriterier. Det første er hensynet til barnets beste, spesielt vanskelighetene barnet vil kunne møte i utlendingens opprinnelsesland. Det andre momentet er styrken av sosiale og kulturelle bånd og familietilknytning til riket og til opprinnelseslandet. Det ble også slått fast at momentene skal gjelde i alle saker som gjelder utlendinger med sterk tilknytning⁹⁰ til riket, og ikke bare der utlendingen har familie. Listen er ikke nødvendigvis uttømmende. Selv om domstolen uttrykkelig oppstilte barnets beste som et moment, kunne ikke splittelsen mellom barna og forelderen veie opp for det svært alvorlige lovbruddet. En årsak til dette var at familien ikke bodde sammen, og at samværet mellom barna og Üner var begrenset. Utvisningen ble derfor ikke ansett å innebære et like stort inngrep for barnet som dersom familien hadde bodd sammen.

Vurderingen av om familien kan følge med er altså ett av mange momenter EMD har oppstilt.⁹¹ Vurderingen avhenger av at utlendingens egen tilknytning til opprinnelseslandet er sterk nok til at vedkommende selv kan reise tilbake.⁹² Selv om momentet er ett av mange, er det sentralt. Dersom det ikke er noe problem for familien å bli med til utlandet, vil utvisning ofte være forholdsmessig, selv om det fremdeles vil være inngripende for de involverte.⁹³

4.5 Barnets beste

Barns rett til familieliv etter EMK artikkel 8 må sees i sammenheng med BK artikkel 3 nr. 1, som forankrer hensynet til barnets beste. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Ifølge EMD skal det legges vekt på hensynet til barnets beste i utvisningssaker, spesielt vanskelighetene barnet vil kunne møte i

⁹⁰ «settled migrants», avsnitt 59

⁹¹ Momentet ble brukt også før det ble uttrykkelig sagt i *Boultif mot Sveits*, f. eks. i *Maikoe og Baboleal mot Nederland* og *Beldjoudi mot Frankrike*.

⁹² *Mehemi mot Frankrike* avsnitt 36. Familiens tilknytning til opprinnelseslandet ble ikke vurdert fordi utlendingen selv ikke hadde tilknytning til opprinnelseslandet. Dette må også gjelde i norsk rett.

⁹³ Tidligere ble vurderingen av om familien kunne forventes å bli med til opprinnelseslandet foretatt under EMK artikkel 8 *første ledd*. Hvis familielivet kunne videreføres i opprinnelseslandet, var det ikke beskyttet etter EMK artikkel 8 *første ledd*, og inngrep måtte da heller ikke rettfærdiggjøres etter annet ledd (*Kälin* (2009) s. 398 og *van Dijk* (2001) s. 25).

utlendingens opprinnelsesland.⁹⁴ Hensynet til barnets beste er også relevant for vektleggingen av en eventuell familiesplittelse.

For å avgjøre hva som er til barnets beste, skal det tas utgangspunkt i barnets behov og forutsetninger.⁹⁵ Blant barnets grunnleggende behov er behovet for omsorg og beskyttelse, et stabilt og varig forhold til familien, og behovet for å få og gi kjærlighet.⁹⁶ Etter både EMDs og Høyesteretts praksis regnes det som barnets beste at familien ikke splittes, selv når den utviste er straffedømt for alvorlige forbrytelser. I EMD vurderes familiens muligheter for å bli med den utviste uansett hvor alvorlig det straffbare forholdet er.⁹⁷ Til og med i en høyesterettsdom som omhandler sedelighetsforbrytelser overfor barn var det snakk om «det tap det innebærer for [barna] ikke å ha far til stede i sine liv og den risiko som foreligger for at han gradvis blir fjernere og fjernere».⁹⁸

Vekten av barnets beste i en utvisningssak må defineres med utgangspunkt i ordlyden «et grunnleggende hensyn», jf. BK artikkel 3 nr. 1. At det står «et» og ikke «det», innebærer at det ikke er det eneste hensynet der det er barn i bildet.⁹⁹ Hensynet skal likevel være «grunnleggende», og utlendingsrettssaker skiller seg her fra andre saker som gjelder inngrep i barns rett til familieliv. I for eksempel adopsjonssaker er målet å finne den løsningen som er til barnets beste, mens målet med utvisning er å ivareta statens behov for å føre kontroll med innvandring og kriminalitet.¹⁰⁰ Skal dette målet nås, er det ofte vanskelig å gi hensynet til barnets beste den «grunnleggende» betydningen det er ment å ha.¹⁰¹

⁹⁴ Oppgavens avsnitt 4.4. Også ifølge utl. § 70 (2) skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

⁹⁵ Haugli (2008) s. 47

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ I *Najafi mot Sverige*, der utlendingen var dømt til 10 års fengsel for forsøk på smugling av 2 kilo heroin, påpekte EMD om forholdet til barna at utvisning ville ha alvorlige følger for familielivet. Se også *Ndangoya mot Sverige*, *Amrollahi mot Danmark*.

⁹⁸ Rt. 2000 s. 591 (s. 599)

⁹⁹ Sml BK art 21. Høstmælingen (2011) note 3

¹⁰⁰ Kilkelly (1999) s. 219

¹⁰¹ Også forholdet mellom barnet og forelderene har betydning for vekten av momentet (oppgavens avsnitt 8.2.4).

5 EMDs prøvingsintensitet over nasjonale domstolars avgjørelser om utvisning

5.1 Statenes skjønnsmargin

Siden EMK artikkel 8 har et annet ledd som gir adgang til å gjøre unntak, er ikke rettighetene den angir, absolutte.¹⁰² For slike bestemmelser har EMD utviklet rettssetningen om at statene har en skjønnsmargin i vurderingen av om et inngrep er nødvendig i et demokratisk samfunn.¹⁰³ Dette innebærer at statene har et visst spillerom for hvordan konvensjonsforpliktelsene skal gjennomføres, og at EMD avstår fra å overprøve de nasjonale myndighetenes skjønn innenfor marginen.¹⁰⁴ Rekkevidden av skjønnsmarginen angir da den ytre grensen for hva som er tillatt etter konvensjonen.¹⁰⁵

Domstolens begrunnelse for skjønnsmarginen er at de nasjonale myndigheter har det primære ansvar for gjennomføringen av rettighetene i EMK, og at de ofte har bedre kjennskap til de nasjonale forholdene enn EMD.¹⁰⁶ Skjønnsmarginen er også definert som et virkemiddel for å kombinere statenes suverenitet og behovet for internasjonal kontroll.¹⁰⁷ Siden konvensjonen regulerer forhold innad i staten, utgjør den et alvorlig inngrep i statenes nasjonale jurisdiksjon, noe som kan tilsi forsiktighet med overprøvingen.¹⁰⁸

Skjønnsmarginen er relevant for å fastslå når utvisning vil være i strid med EMK artikkel 8. Derfor drøfter jeg i avsnitt 5.2 skjønnsmarginens størrelse i utvisningssaker,

¹⁰² Det samme gjelder EMK artikkel 9, 10 og 11.

¹⁰³ Grunnlaget er praksis fra EMD, men det kan også utledes fra konvensjonsteksten. EMD har også tilkjent statene en skjønnsmargin ved andre rettigheter, f. eks. artikkel 5 og 6. Derimot vil statene ikke ha noen skjønnsmargin ved gjennomføringen av de absolutte rettighetene, f. eks. artikkel 2 og 3. Sørensen (2004) s. 143-144

¹⁰⁴ Broch (2005) s. 259

¹⁰⁵ Jacobs (2010) s. 80

¹⁰⁶ Rt. 1996 s. 1510 (s. 1516), Sørensen (2004) s. 135, Leach (2011) s. 161-162

¹⁰⁷ Sørensen (2004) viser på s. 144 til Gross og Aoldin, HRQ 2001 s. 626.

¹⁰⁸ Arai-Takahashi (2002) s. 68

før jeg i avsnitt 5.3 tar stilling til om norske domstoler også skal legge til grunn skjønnsmarginen ved overprøvingen av forvaltningens vedtak.

5.2 Skjønnsmarginen i utvisningssaker

5.2.1 Statenes suverenitet og en felles europeisk rettsoppfatning

Praksis har uttrykkelig slått fast at statene tilkjennes en skjønnsmargin i vurderingen av om utvisning er nødvendig etter EMK artikkel 8 (2).¹⁰⁹ Domstolen uttaler følgende i alle saker om utvisning av straffedømte utlendinger:

«The Court reaffirms at the outset that a State is entitled, as a matter of international law and subject to its treaty obligations, to control the entry of aliens into its territory and their residence there».¹¹⁰

Domstolen anerkjenner altså statenes rett til å utøve jurisdiksjon i sitt eget territorium, en rett som er utslag av statenes suverenitet. Innvandring har stor innflytelse på en stats sosiale og økonomiske politikk.¹¹¹ Statens kontroll med hvem som befinner seg innen dens jurisdiksjon, utgjør dermed en viktig del av statens suverenitet, noe som kan tilsi tilbakeholdenhet ved prøvingen av utvisningsvedtak.¹¹² Hensynet gjør seg likevel først og fremst gjeldende i saker som gjelder *innvandring*. Ved utvisning av straffedømte utlendinger har utlendingen som regel oppholdstillatelse, og da vil hensynet til statens suverenitet veie mindre.¹¹³

Hensynet til en felles europeisk rettsoppfatning spiller også inn ved fastsettelsen av skjønnsmarginen.¹¹⁴ Dersom det foreligger en felles europeisk praksis, vil den enkelte stat gis mindre spillerom.¹¹⁵ Dette er også i samsvar med prinsippet om EMDs dynamiske tolkningsstil. Hvis det er store forskjeller mellom statenes praksis, herunder

¹⁰⁹ Maslov mot Østerrike avsnitt 76, Slivenko mot Latvia avsnitt 113, Berrehab mot Nederland avsnitt 28

¹¹⁰ F. eks. Üner mot Nederland avsnitt 54

¹¹¹ Arai-Takahashi (2002) s. 68

¹¹² Reid (2008) s. 412

¹¹³ Arai-Takahashi s. 68

¹¹⁴ Fortalen til EMK fjerde ledd, Arai-Takahashi (2002) s. 84, Leach (2011) s. 313

¹¹⁵ Handyside mot Storbritannia avsnitt 48.

hvis det er tale om et rettsområde under utvikling, vil statenes skjønnsmargin være videre, slik at rettstilstanden bedre kan tilpasses samfunnsutviklingen.¹¹⁶

Praksis rundt omkring i Europa er nokså ulik. For eksempel har ikke alle stater innført noen absolutt regel om at lengeværende migranter ikke skal kunne utvises.¹¹⁷ At den parlamentariske forsamlingen i Europarådet har uttalt seg om spørsmålet, viser at det er et politisk ønske om en mer lik praksis på utvisningsfeltet.¹¹⁸ Uttalelser fra Europarådet er imidlertid først og fremst rådgivende, og det er derfor tvilsomt om uttalelsen gir grunnlag for å slå fast at skjønnsmarginen er snever.¹¹⁹

5.2.2 Kjernen av rettigheten

Kjernen i en rettighet kan ikke fortrenkes av skjønnsmarginen.¹²⁰ Annet ledd er en unntaksbestemmelse og skal tolkes innskrenkende, og skjønnsmarginen vil være snevrere når inngrepet angår kjernen av det EMK artikkel 8 skal beskytte.¹²¹ Som EMD understreker i alle utvisningssaker, beskytter EMK artikkel 8 kun familielivet og innebærer ikke en rett for familien til å bestemme bosettingssted.¹²² Utvisning vil dermed ikke nødvendigvis berøre retten til familieliv, men først og fremst retten til familieliv i et bestemt land.

Det forutsetter imidlertid at familien har en reell *mulighet* til å etablere seg et annet sted. Er det ikke mulig for familien å gjenforenes i opprinnelseslandet, vil derimot utvisningen splitte familien, og utgjøre et inngrep i kjernen av retten til familieliv. I slike tilfeller vil skjønnsmarginen være snever.

¹¹⁶ Oppgavens avsnitt 2.3.2.

¹¹⁷ Üner mot Nederland avsnitt 55

¹¹⁸ Europarådet (2001)

¹¹⁹ EMK art 47. Sml. EMK art 46 om dommers bindende virkning.

¹²⁰ Kaasin (2006) s. 592, Broch (2005) s. 264

¹²¹ Arai-Takahashi (2002) s. 63

¹²² Gül mot Sveits avsnitt 38

5.2.3 Faktum i den enkelte sak – Forholdsmessighetsvurderingen

5.2.3.1 Inngrepets størrelse

De momentene som inngår i forholdsmessighetsvurderingen har også betydning for skjønnsmarginens størrelse.¹²³ Skjønnsmarginen vil derfor variere med hvor inngripende vedtaket er.¹²⁴ I flere utvisningssaker der tilknytningen til vertslandet for utlendingen har vært begrenset og det er få hindringer for å kunne flytte til opprinnelseslandet, har domstolen gitt statene en vid skjønnsmargin. Et eksempel er Timocin mot Sveits. Timocin hadde bodd i Sveits med familien fra han var tre år gammel til han i en alder av 22 ble utvist. Siden han utelukkende hadde holdt seg sammen med tyrkiske grupper og feriert hos sin bestemor i Tyrkia hver sommer, ble det likevel ikke ansett å være vanskelig for ham å flytte tilbake til Tyrkia. Det ble uttalt at

«the Commission does not find that the [...] national authorities acted unreasonably in balancing the various interests involved.»

Kommisjonen¹²⁵ uttaler ikke eksplisitt at den er enig i vurderingen og resultatet. Uttalelsen tyder på at kontrollen er begrenset til om statens fremgangsmåte og avgjørelse er «urimelig.» Med andre ord tilkjennes staten en vid skjønnsmargin.

En snevrere skjønnsmargin vil gis der tilknytningen til vertslandet er sterkere og tilknytningen til opprinnelseslandet svak.¹²⁶ Et eksempel er at domstolen snevrer inn skjønnsmarginen ved utvisning av innvandrere som har tilbrakt hele eller store deler av livet i riket. Her vil utvisning være særlig inngripende. Maslov mot Østerrike gjaldt en borger av Bulgaria som kom til Østerrike i en alder av seks år, og som siden ble boende der. Han var godt integrert og hadde bosettingstillatelse. I tillegg hadde han ingen tilknytning til opprinnelseslandet. EMD uttalte følgende om slike tilfeller:

¹²³ *Theory and Practice of the ECHR* (2006) s. 750. Arai-Takahashi (2002) s. 68. Mehemi mot Frankrike avsnitt 36 og 37

¹²⁴ Farahat (2009), Broch (2005) s. 263

¹²⁵ Kommisjonen var, sammen med den gamle domstolen, et midlertidig organ for håndhevelse av EMK og ble erstattet av EMD 1. november 1998 (Reid (2008) s. 7)

¹²⁶ Farahat (2009) s. 258

«...very serious reasons are required to justify expulsion.»¹²⁷

EMD stiller altså strengere krav til grunnene som taler for utvisning.¹²⁸ Ut ifra disse to dommene har særlig to momenter betydning for å fastsette statens skjønnsmargin. Det ene er tilknytning til riket og det andre er tilknytning til opprinnelseslandet.

I de nevnte dommene tok EMD utgangspunkt i retten til privatliv og ikke retten til familieliv, men dommene er også relevante for saker der utlendingen har familie. For det første illustrerer de at skjønnsmarginen er snevrere når et vedtak er svært inngripende. For det andre viser de at momentene som brukes for å avgjøre *inngrepets størrelse* – og dermed skjønnsmarginens størrelse, er de samme som momentene i forholdsmessighetsvurderingen.¹²⁹

Når utvisningen innebærer et inngrep i *familielivet*, vil det også ved fastsettelsen av skjønnsmarginen ha betydning hvor inngripende utvisningen er. Da må de momentene tas i betraktning som også ellers vurderes i forholdsmessighetsvurderingen. Det er dermed for eksempel familielivets varighet og om det forelå en forventning om familieliv som er relevante faktorer.¹³⁰ Dette illustreres i Darren Omoregie og andre mot Norge. Utlendingen hadde bodd i Nigeria nesten hele livet, frem til han som 23-åring kom til Norge og søkte om asyl. Etter å ha fått avslag ble han likevel boende ulovlig i Norge. Deretter ble han utvist på grunn av ulovlig opphold, altså for brudd på utlendingsloven. Han ble sammen med en norsk kvinne og fikk barn med henne. EMD konkluderte slik:

«... the Court does not find that the national authorities of the respondent State acted arbitrarily or otherwise transgressed their margin of appreciation»¹³¹

At EMD ikke uttaler seg direkte om sakens utfall, tyder på at staten ble tilkjent en vid skjønnsmargin. Dette kan forklares med at familien ble stiftet uten at Darren Omoregie

¹²⁷ Avsnitt 75

¹²⁸ Broch (2005)

¹²⁹ Ved utvisning av utlendinger som ikke har familie i riket, er tilknytning til vertsland og opprinnelsesland de sentrale momentene i forholdsmessighetsvurderingen.

¹³⁰ Oppgavens avsnitt 4.4

¹³¹ Avsnitt 68

hadde oppholdstillatelse. Når de ikke hadde noen berettiget forventning om familieliv, ble også utvisning regnet for å være mindre inngripende.

Mulighetene for reetablering av familielivet i opprinnelseslandet vil dermed også være sentrale for fastsettelsen av skjønnsmarginen. Jo vanskeligere reetablering av familielivet i opprinnelseslandet er, jo mer inngripende vil utvisning være. Da blir også skjønnsmarginen snevrere.¹³²

5.2.3.2 Inngrepets formål

Også inngrepets formål er relevant i forholdsmessighetsvurderingen, og spiller derfor inn på om skjønnsmarginen er vid eller snever. Formålet med utvisning er å hindre kriminalitet, jf. EMK artikkel 8 (2). Forholdets alvor vil derfor kunne styrke grunnene som taler for utvisning. Er det snakk om alvorlig kriminalitet, er behovet for å utvise større, noe som vil tale for at statene tilkjennes en videre skjønnsmargin.¹³³ Dette gjelder for eksempel narkotikakriminalitet, som domstolen viser forståelse for at medlemsstatene sanksjonerer strengt.¹³⁴ I Hussain-dommen kom Høyesterett til at utvisning var forholdsmessig på grunn av det svært alvorlige narkotikalovbruddet, selv om datteren på grunn av atopisk eksem var svært omsorgs- og pleietrengende. EMD uttaler i Hussain mot Norge, der EMD overprøver avgjørelsen:

«...the daughter's interest in her father being able to remain in Norway carries significant weight in the necessity test under article 8 ... However, having regard to the particularly serious nature of the offence committed by the first applicant, the Court considers that in concluding that the public interest in his expulsion from Norway to Pakistan was preponderant, the authorities of the respondent State acted within their margin of appreciation.»

¹³² Se oppgavens avsnitt 4.4 for en uttømmende oversikt over momentene som kan si noe om hvor inngripende et utvisningsvedtak er når utlendingen har familie i Norge.

¹³³ Kjølbros (2005) s. 496

¹³⁴ Mehemi mot Frankrike avsnitt 37

EMD presiserte at hensynet til datteren har betydelig vekt i saken. Likevel var det avgjørende at utlendingen var dømt til ti års fengsel for narkotikaforbrytelser, både ved fastsettelsen av skjønnsmarginen og dermed også utfallet av saken.

5.2.4 Forskjellen mellom en vid og snever skjønnsmargin

Sitatene fra dommene omtalt i forrige avsnitt kan til en viss grad illustrere forskjellen mellom en vid og en snever skjønnsmargin. I Darren Omoregie og andre mot Norge var inngrepet lite fordi det ikke forelå noen forventning om familieliv, og skjønnsmarginen var derfor vid. EMD tok ikke uttrykkelig stilling til om vedtaket var i samsvar med EMK artikkel 8, men uttrykte at staten ikke hadde opptrådt vilkårlig eller på en annen måte overtrådt sin skjønnsmargin.¹³⁵ Også i Hussain ble det gitt en vid skjønnsmargin, med den begrunnelse at forbrytelsen var svært alvorlig. EMD uttalte at staten hadde opptrådt innenfor sin skjønnsmargin. dommene viser at EMD holder seg til det minimum av prøving som det er redegjort for i avsnitt 5.2.5.

Når det derimot gjelder Maslov mot Østerrike, der skjønnsmarginen var snever, krevde domstolen «tungtveiende grunner» for at utvisningen skal være forholdsmessig. Her uttalte domstolen seg mer direkte om selve *innholdet* i forholdsmessighetsvurderingen, og var mer inngående i sin prøving. Selv om en større del av proporsjonalitetsvurderingen overlates til nasjonale domstoler, vil EMD likevel alltid ha kompetanse til i siste instans å vurdere om vedtaket er forholdsmessig, jf. EMK artikkel 8.¹³⁶

5.2.5 Krav til behandlingen - Ytre grenser for skjønnsmarginen

Kravene til *den nasjonale saksbehandling* vil være de samme selv om skjønnsmarginen er vid.¹³⁷ EMD vil altså alltid kontrollere at behandlingen ikke har vært vilkårlig.¹³⁸ Det finnes flere eksempler på at EMD har begrunnet brudd på EMK med at

¹³⁵ Se også sitatet fra Timocin mot Sveits

¹³⁶ Maslov mot Østerrike avsnitt 76, Broch (2005) s. 264

¹³⁷ Taskin og andre mot Tyrkia avsnitt 118

¹³⁸ Arvelo Aponte avsnitt 53, der domstolen uttaler at «the essential object of article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities.» Hatton og andre mot Storbritannia avsnitt 129, Broch (2005) s. 281

saksbehandlingen har vært vilkårlig. I *Yildiz mot Østerrike*, som gjaldt et femårig utvisningsvedtak på grunn av en rekke mindre alvorlige forbrytelser, uttalte EMD:

«... as regards the possible effects of the residence ban on his family life, the authorities failed to establish whether the second applicant could be expected to follow him to Turkey, in particular whether she spoke Turkish and maintained any links, other than her nationality, with that country.»¹³⁹

Det ble altså påpekt at staten ikke hadde vurdert om familien kunne forventes å videreføre familielivet i opprinnelseslandet. EMD presiserte også at staten enkelt kunne avgjort spørsmålet ved å *undersøke* om kona snakket tyrkisk og hadde noen tilknytning til Tyrkia. EMD konkluderte med at det forelå et brudd på EMK artikkel 8, uten selv å ta uttrykkelig stilling til spørsmålet om kona kunne forventes å bli med.

Sezen mot Nederland gjaldt utvisning på grunn av alvorlig narkotikakriminalitet. EMD fremhevet at staten ikke hadde vurdert om kona kunne bli med til utlandet. Domstolen påpekte «med bekymring» at ingen av de nasjonale instansene hadde vurdert konsekvensene vedtaket ville ha for familien, og videre at det hadde blitt antatt at barna snakket tyrkisk, noe de ikke gjorde.¹⁴⁰ Domstolen uttalte også at de nasjonale myndighetene kunne fått klarhet i spørsmålet ved å ta det opp mens saken pågikk.¹⁴¹ Domstolen konkluderte med at staten ikke hadde foretatt en riktig balansering av hensynene i saken og at det forelå et brudd på EMK artikkel 8.

Ut fra det som fremgår av premissene, hadde ikke partene i noen av dommene anført grunner til at det ville bli vanskelig for familien å reetablere seg i opprinnelseslandet til den utviste. Også flere av sitatene i avsnitt 5.2.3 viser at EMD alltid vurderer om staten har opptrådt vilkårlig.¹⁴²

¹³⁹ Avsnitt 43

¹⁴⁰ Avsnitt 46

¹⁴¹ Avsnitt 46

¹⁴² Darren Omoregie og andre mot Norge avsnitt 68

5.3 Norske domstolars bruk av skjønnsmarginen

5.3.1 Bruker nasjonale domstoler skjønnsmarginen?

En sentral problemstilling i forbindelse med statenes skjønnsmargin er om norske domstoler, når *de* skal vurdere om forvaltningsavgjørelser er i samsvar med EMK artikkel 8, også skal legge til grunn den skjønnsmarginen som EMD praktiserer.¹⁴³ Dette ville innebære at Høyesterett, i de saker der EMD ville gitt en skjønnsmargin, også i sin egen overprøving tar hensyn til denne.

Utgangspunktet, som følger av mrl. § 2 (1), er at EMK skal gjelde som norsk lov i den utstrekning konvensjonen er bindende for Norge. Spørsmålet blir om det er riktig å inkludere skjønnsmarginen når det skal avgjøres hva som er bindende for Norge. Ordlyden gir ikke noe klart svar her. Av forarbeidene følger det at

«det overordna mål [er] at norsk rettspraksis i størst mogleg grad samsvarar med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkingspraksis».¹⁴⁴

I og med at skjønnsmarginen er en del av denne internasjonale tolkningspraksis, er det naturlig å forstå uttalelsen slik at norske domstoler også skal legge til grunn en skjønnsmargin i sine vurderinger.

Av plenumsdommen i Rt. 2000 s. 996 fremgår det at norske domstoler skal anvende de samme tolkningsprinsippene som EMD.¹⁴⁵ Det uttales også at norske domstoler ikke må legge inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd.¹⁴⁶ Disse uttalelsene kan vanskelig forstås på en annen måte enn at domstolene også må bruke skjønnsmarginen i sine vurderinger. Videre fremgår det uttrykkelig i dommen i Rt. 1996 s. 1754, som gjaldt begjæring om midlertidig forføyning mot utvisningsvedtak, at norske domstoler også må «legge til grunn» skjønnsmarginen.¹⁴⁷

¹⁴³ Sørensen (2004) s. 162, Broch (2005) s. 278

¹⁴⁴ Innst. O. nr. 51 (1998-1999) s. 6

¹⁴⁵ S. 1007

¹⁴⁶ S. 1008, Broch (2005) s. 279

¹⁴⁷ Rt. 1996 s. 1754 (s. 1756)

Høyesterett har også i flere dommer tatt skjønnsmarginen i betraktning og drøftet rekkevidden av den. I Rt. 2004 s. 1737, som omhandlet etterprøving av et forvaltningsvedtak, brukte både flertallet og mindretallet EMDs skjønnsmargin ved tolkningen av EMK artikkel 10.¹⁴⁸ Også i skattesaken i Rt. 2011 s. 213 tok Høyesterett stilling til spørsmålet:

«Etter artikkel 1 annet avsnitt har statene en betydelig skjønnsmargin ved inndrivelse av skatter og avgifter.»¹⁴⁹

Det må etter dette legges til grunn at norske domstoler skal bruke skjønnsmarginen. Dommene gjelder andre områder enn utvisning, og spørsmålet blir om det er rettskildemessig grunnlag for å fravike utgangspunktet i utvisningssaker. Det uttales ikke noe i forarbeidene til utlendingsloven om at det er et ønske om å fravike det generelle utgangspunktet. Tvert imot viser forarbeidene til Rt. 1996 s. 551 og Høyesteretts uttalelse:

«Den skjønnsmargin som konvensjonsorganene kan antas å ville praktisere, må etter min mening også norske domstoler legge til grunn når de anvender EMK art 8 (2). Dette må gjelde til tross for at de hensyn rettssetningen bygger på, i og for seg ikke gjør seg gjeldende på samme måten for norske domstoler.»¹⁵⁰

Norske domstoler skal altså også i utvisningssaker anvende skjønnsmarginen.

5.3.2 Bør norske domstoler bruke skjønnsmarginen?

Spørsmålet om skjønnsmarginen *bør* anvendes av norske domstoler, er omstridt. Enkelte¹⁵¹ mener at skjønnsmarginlæren ikke kan inkorporeres slik at den gjelder for norske domstoler, siden skjønnsmarginen omhandler *EMDs* prøvingsintensitet. Som det også fremgår av forarbeidene, vil bruk av skjønnsmarginen medføre at avgjørelsene blir

¹⁴⁸ Se også plenumsdommen i Rt. 2005 s. 833, der Høyesterett drøftet hvilken betydning skjønnsmarginen skulle ha i saker som den foreliggende.

¹⁴⁹ Avsnitt 48

¹⁵⁰ NOU 2004:20 avsnitt 12.3.1.4

¹⁵¹ Sørensen (2004)

nærmere grensen for hva som er tillatt etter konvensjonen ved at norske domstoler tillater mer. Norske domstoler vil da lettere kunne bli dømt for brudd på EMK.¹⁵²

Subsidiaritetsprinsippet er også brukt som argument for at domstolene ikke kan anvende den samme skjønnsmarginen som EMD. EMD er ment som en subsidiær kontroll av statenes gjennomføring av konvensjonen, og må ta hensyn til at lovgivende, utøvende og dømmende myndigheter har foretatt egne, primære vurderinger. Skjønnsmarginen kan ikke overføres direkte, siden nasjonale domstoler ikke behøver å ta stilling til maktfordelingen mellom et internasjonalt organ og nasjonale organer.¹⁵³ Det er viktig at EMD i realiteten er det subsidiære rettslige organ, og en forutsetning for dette er at den nasjonale prosess, herunder domstolsprøvelsen, er så grundig som mulig.

Høyesterettsdommer Oftedal Broch fremhever i artikkelen «*Skjønnsmarginen i nyere praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol*» grunnene som taler for å bruke en skjønnsmargin. Der nasjonale rettskilder trekker i én retning og konvensjonen i en annen, vil det være umulig for norske domstoler å fastholde den internrettslige løsning dersom man ikke legger til grunn skjønnsmarginen. Oftedal Broch fremhever at så lenge den norske rettsposisjonen fremstår som «den beste ut fra norske verdier eller vårt norske rettssystem sett i sammenheng» vil bruken av skjønnsmarginen sikre lojalitet overfor den nasjonale lovgiver og dessuten en ønskelig dialog mellom nasjonale domstoler og EMD. Ved å la være å bruke skjønnsmarginen vil Norge risikere å endre sin egen rettstilstand lenger enn det som er nødvendig etter EMK artikkel 8. Et viktig poeng i denne sammenheng er at EMD er klageinstans for private. Staten har ikke adgang til å klage inn en sak for EMD dersom den er misfornøyd, og bør dermed kunne gå vidt i sine vurderinger.¹⁵⁴

Å la være å bruke skjønnsmarginen ville igjen ikke bare ha betydning for Norges rettstilstand, men dessuten være i dårlig samsvar med prinsippene som ligger til grunn for EMDs dynamiske tolkningsstil. EMK som «living instrument» skal ta hensyn til

¹⁵² Ot. Prp. Nr. 3 (1998-1999) s. 69

¹⁵³ Sørensen (2004) s. 167

¹⁵⁴ Broch (2005) s. 282

samfunnsutviklingen og statenes særegenheter. Dette er en av grunnene til at statene tilkjennes en skjønnsmargin.¹⁵⁵

Et annet poeng er at norske domstoler skal sørge for at vedtak er i samsvar med EMK artikkel 8. Ved tolkningen av konvensjonen skal norske domstoler benytte de samme kildene som EMD.¹⁵⁶ Det vil kunne bli vanskelig å fastsette en annen terskel for hva som er forholdsmessig, mens man samtidig skal bruke de samme rettskildene som EMD. Å bruke skjønnsmarginen synes derfor å være den beste løsningen.

5.4 Konklusjon

Mange av momentene som avgjør skjønnsmarginens størrelse er de samme som momentene i forholdsmessighetsvurderingen. Er et utvisningsvedtak mer inngripende, skal det mer til for at utvisning er forholdsmessig, og statens skjønnsmargin vil samtidig bli snevrere. Er det snakk om et svært alvorlig forhold, skal det mer til for at utvisning er uforholdsmessig, og staten vil ha en videre skjønnsmargin. Skjønnsmarginen flyter altså over i forholdsmessighetsvurderingen og vil i stor grad avhenge av forholdene i den enkelte sak. Norske domstoler bruker også skjønnsmarginen når de tar stilling til om forvaltningsvedtak er i samsvar med EMK artikkel 8.

¹⁵⁵ Oppgavens avsnitt 2.3.2 og 5.1

¹⁵⁶ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45

6 Domstolenes prøving av utvisningsvedtak – etterfølgende forhold

6.1 Domstolskontroll med forvaltningens vedtak

Utgangspunktet i norsk rett er at domstolene kan overprøve de rettslige sidene av forvaltningsvedtak for å sikre at de er fattet på riktig måte.¹⁵⁷ Høyesterett har slått fast at forholdsmessighetsvurderingen er et rettsanvendelsesskjønn som domstolene fullt ut kan prøve.¹⁵⁸ Hvis domstolene kommer til at vedtak om utvisning er uforholdsmessig, begrenser de seg til å kjenne vedtaket ugyldig, slik at det er opp til forvaltningen å fatte nytt vedtak.¹⁵⁹

Når en sak klages inn for domstolen, vil det kunne gå en stund fra forvaltningens vedtak til saken behandles i domstolen.¹⁶⁰ Utlendingens familiære situasjon vil da kunne endres etter at endelig vedtak er fattet. Det kan for eksempel tenkes at vedkommende blir separert i denne perioden. Har utlendingen barn, kan omsorgssituasjonen endre seg. Dette er momenter som automatisk inngår i forholdsmessighetsvurderingen hvis de inntreder *før* utlendingen blir utvist. Spørsmålet blir derfor om domstolene kan ta dem i betraktning også når de inntreder mellom forvaltningsavgjørelsen og domstidspunktet. Siden domstolskontrollen er ulovfestet, må også svar på spørsmålet om hvilket tidspunkt som skal legges til grunn søkes i rettspraksis.

Det må skilles mellom nye faktiske forhold og nye opplysninger eller bevis om faktiske forhold som forelå på vedtakstidspunktet. Nye faktiske forhold er hendelser som inntreder etter at endelig vedtak er fattet i forvaltningen. Nye bevis sier noe mer om forholdene på vedtakstidspunktet, men har også kommet til etter endelig vedtak.

¹⁵⁷ Domstolskontroll er utviklet gjennom rettspraksis, og regnes i dag som konstitusjonell sedvane. Eckhoff (2010) s. 539, Frihagen I (1991) s. 39

¹⁵⁸ Rt. 2000 s. 591 (s. 596)

¹⁵⁹ Se f. eks. Rt. 2005 s. 229, der Høyesterett ikke avsa realitetsdom selv om utvisning var uforholdsmessig.

¹⁶⁰ I denne perioden kan utlendingen gis utsatt iverksettelse av utvisningsvedtaket, jf. fvl. § 42.

I avsnitt 6.1. sier jeg litt om problemstillingens praktiske betydning. I avsnitt 6.2 drøftes om nye bevis om forhold som forelå på vedtakstidspunktet kan tas i betraktning. I avsnitt 6.3 redegjøres det for mulighetene til å ta i betraktning helt nye faktiske forhold ved overprøvingen av forvaltningens vedtak.

6.2 Problemstillingens praktiske betydning

Det kan tenkes to forskjellige tidspunkt som domstolen kan legge til grunn for vurderingen: Tidspunktet da endelig vedtak ble fattet i forvaltningen, eller tidspunktet da domstolen overprøver forvaltningsvedtaket. Hvis det forutsettes at domstolen legger vedtakstidspunktet til grunn, vil utlendingen, om det har skjedd noe nytt etter vedtakstidspunktet, måtte begjære omgjøring, jf. fvl. § 35 a.¹⁶¹ Nakter forvaltningen å omgjøre, vil utlendingen igjen måtte gå til domstolen for å få prøvd de etterfølgende omstendighetene og gyldigheten av det nye vedtaket.¹⁶² En slik prosess vil kunne ta lang tid og være kostnadskrevende, og det er derfor av betydning hvilket tidspunkt som legges til grunn.¹⁶³

Et annet spørsmål er hvilken betydning problemstillingen har for sakens *utfall*. Tilknytning til Norge som er opparbeidet etter den straffbare handlingen, tillegges i utgangspunktet ikke særlig mye vekt.¹⁶⁴ Det skal altså som regel mye til for at hendelser som inntreffer *etter endelig vedtak* får avgjørende betydning for dommens resultat. Likevel kan det tenkes tilfeller der de etterfølgende omstendighetene får større vekt, for eksempel i saker der barn er involvert.¹⁶⁵

¹⁶¹ Det er også mulig å søke om å få innreiseforbudet opphevet, utl. § 71 (2) 2. pkt., men for å benytte seg av denne adgangen må man allerede ha reist ut av landet, jf. utl. § 126 jf. utlf. § 14-4.

¹⁶² Utlendingen har adgang til å klage inn et avslag på omgjøringsbegjæring uansett om det endelige vedtaket i saken har blitt prøvd for domstolen eller ikke (Rt. 2007 s. 667 avsnitt 30, tvl. § 1-3 jf. tvl. 19-15 (3), NOU 2001:32 avsnitt 14.2.3.5.12).

¹⁶³ F. eks. er ikke utvisning av straffedømte utlendinger omfattet av reglene om fri sakførsel, jf. rettshjelpsloven § 15, jf. § 16, slik at utlendingen selv må betale utgifter til advokat.

¹⁶⁴ NOU 2004:20 punkt 12.3.1.4

¹⁶⁵ Ibid. Se også Rt. 2011 s. 948, der forholdsmessighet overfor barna ble vurdert selv om foreldrene ikke hadde noen forventning om familieliv.

6.3 Adgang til å ta i betraktning nye bevis

Problemstillingen i dette avsnittet er om domstolen, ved overprøvingen av forvaltningsvedtak, kan ta i betraktning nye bevis som beskriver situasjonen på vedtakstidspunktet. Her må det skilles mellom opplysninger om bestående forhold og prognoser om fremtidig utvikling. En prognose er i denne sammenheng en beskrivelse av den fremtidige utvikling et utvisningsvedtak vil medføre. Den kan ikke med sikkerhet legges til grunn, men vil med større eller mindre grad av sannsynlighet inntreffe.¹⁶⁶

Når det gjelder nye bevis om forhold som bestod på vedtakstidspunktet, er utgangspunktet at domstolen kan ta i betraktning alle nye opplysninger som foreligger på domstidspunktet.¹⁶⁷ Førstvoterende uttaler i HR-2012-920-A:

«Skal domstolene kunne vurdere holdbarheten av det faktiske grunnlaget for et forvaltningsvedtak, ligger det i sakens natur at domstolene også må ta hensyn til bevismateriale som er kommet frem etter at avgjørelsen ble truffet».¹⁶⁸

Når det gjelder *prognoser*, gir utvisningsdommen i Rt. 2007 s. 667 et konkret eksempel på etterfølgende opplysninger som domstolen tok i betraktning. En utlending som hadde en voksen, psykisk syk sønn i Norge, hadde blitt utvist. I vurderingen av om UNEs vedtak var gyldig, tok Høyesterett i betraktning at sønnens tilstand ikke hadde forverret seg etter at faren ble utvist. Det ble fremhevet at det var adgang til å ta utviklingen i betraktning fordi UNE også hadde vurdert sønnens helsesituasjon og hans behov for farens støtte. Det uttales i dommen:

«Opplysningene støtter den vurdering om manglende forholdsmessighet som den angrepne beslutningen bygger på. Jeg kan ikke se at domstolene ved prøving av forvaltningsvedtak skal måtte se bort fra etterfølgende bevis om slike forhold.»¹⁶⁹

¹⁶⁶ Backer (1986) s. 763

¹⁶⁷ Rt. 1960 s. 1374 (s. 1378), Rt. 2007 s. 1815 avsnitt 34, Backer (1986) s. 763

¹⁶⁸ Avsnitt 19

¹⁶⁹ Avsnitt 50

Høyesterett bruker altså etterfølgende faktiske omstendigheter til å vurdere holdbarheten av en prognose som forelå på vedtakstidspunktet. Et spørsmål i denne sammenheng er om nye bevis også tas i betraktning hvis de viser at prognosene på vedtakstidspunktet var feilaktige. Da vil det være snakk om omstendigheter som forvaltningen ikke hadde forutsett, og skillet mellom nye bevis om prognoser og helt nye faktiske forhold, som ikke nødvendigvis kan tas i betraktning, bli mindre klar. Høyesterett fremhever som begrunnelse for sitt standpunkt at det dreier seg om forhold som UNE har «vurdert», noe som tilsier at domstolene kan se hen til nye opplysninger uavhengig av om de støtter vurderingen eller ikke. På den annen side er det usikkert om ovennevnte uttalelse kun gjelder opplysninger som «støtter den vurdering» som er gjort av forvaltningen, eller om domstolen mener at «etterfølgende forhold» generelt bør kunne tas i betraktning.¹⁷⁰

I Altadommen¹⁷¹ tok Høyesterett i plenum stilling til spørsmålet om gyldigheten av vedtak om utbygging av Altavassdraget. Årsaken til uenigheten mellom partene var på flere punkter holdbarheten av prognosene som lå til grunn for vedtaket. Førstvoterende med tilslutning fra samtlige dommere uttalte:

«I og med at det her dreier seg om prognoser som etter sin art vil være forbundet med usikkerhet, må saksbehandlingen være i orden dersom prognosene er forsvarlige på den tid de foretas. Er prognosene forsvarlige, vil det også vanskelig bli tale om å anse utbyggingsvedtaket ugyldig på grunn av uriktige faktiske forutsetninger selv om utviklingen skulle ta en annen retning eller nyere kunnskap skulle gjøre det mulig å oppstille bedre prognoser.»

Ut fra denne uttalelsen kan det se ut til at domstolene ikke kan ta nye opplysninger i betraktning når utviklingen «tar en annen retning». Altasaken gjaldt imidlertid gyldighetsvurderingen ved saksbehandlingsfeil, og det er ikke sikkert samme hensyn gjør seg gjeldende når Høyesterett overprøver forvaltningsvedtakets *materielle* sider, som er tilfellet ved overprøvingen av forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaker. Ved overprøvingen av saksbehandlingen skal Høyesterett vurdere om saken er godt nok

¹⁷⁰ Det kan også være aktuelt å se forholdet som en feil i saksbehandlingen, jf. fvl. § 17.

¹⁷¹ Rt. 1982 s. 241

utredet, og det at en prognose slår ut feil, kan være et tegn på at utredningen ikke har vært god nok. Når Høyesterett derimot tar i betraktning nye bevis om prognoser ved vurderingen av sakens materielle sider, er det derimot ikke for å finne feil i forvaltningens vedtak, men for å komme frem til et materielt riktig resultat. Når Høyesterett i Rt. 2007 s. 667 har uttrykt at domstolene ikke skal måtte se bort fra slike forhold, må det derfor også antas å gjelde når det viser seg at prognosen var feil.¹⁷² Domstolen kan altså ta i betraktning den faktiske utviklingen i en utvisningssak, uavhengig av om den bekrefter eller avkrefter en prognose. En forutsetning må da likevel være at de nye forholdene knytter seg til vurderingen som forvaltningen gjorde da vedtaket ble fattet, slik at ikke domstolen tar i betraktning forhold som forvaltningen ikke hadde noen mulighet til å forutse.¹⁷³ Da vil det være snakk om nye faktiske omstendigheter.

6.4 Adgang til å ta i betraktning nye faktiske forhold

6.4.1 Rettspraksis frem til mai 2012

Problemstillingen i dette avsnittet er om domstolene ved overprøving av forvaltningens vedtak kan ta i betraktning faktiske omstendigheter som inntreffer etter endelig vedtak om utvisning. Trygdedommen¹⁷⁴ gjaldt overprøvingen av Trygderettens avgjørelse om å avslå midlertidig uførepensjon. En enstemmig Høyesterett stilte seg bak førstvoterende, som uttalte at faktum på vedtakstidspunktet er det avgjørende for prøving av om vedtak i trygdesaker er gyldige.¹⁷⁵

Spørsmålet blir om det er grunn til å fravike det uttalte utgangspunktet i utlendingsrettssaker. Det vises i Trygdedommen til avgjørelsen fra Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 2003 s. 460, som gjaldt begjæring om midlertidig forføyning i sak om overprøving av et vedtak der en søknad om oppholdstillatelse var avslått. En borger

¹⁷² Backer (1986) s. 763

¹⁷³ Dette støttes av hensynene bak det som til nå har vært gjeldende rett om nye faktiske omstendigheter (oppgavens avsnitt 6.4.1).

¹⁷⁴ Rt. 2007 s. 1815

¹⁷⁵ Avsnitt 33. Hvilket tidspunkt som mer presist menes, gir ikke uttalelsen svar på. Siden det som regel ikke går lenger tid enn noen dager fra vedtaksdato til parten blir underrettet om vedtaket, har spørsmålet liten praktisk betydning, og drøftes derfor ikke nærmere.

av Kosovo hadde begjært utsatt iverksettelse etter å ha påklaget avslag på søknad om midlertidig oppholdstillatelse. For å «sannsynliggjøre kravet», jf. tvangsfyllbyrdelsesloven (tvfbl.) § 15-6, var det anført at hennes samboer hadde forlatt henne og at han ikke ville kunne støtte henne ved returen til Kosovo. Lagmannsretten hadde kommet til at kravet var sannsynliggjort og at utsatt iverksettelse måtte gis, under henvisning til de nye opplysningene. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte derimot at

«Tingretten må... begrense prøvingen til forhold som forelå da vedtaket ble truffet i januar 2002. Etterfølgende omstendigheter kan ikke trekkes inn.»

At vedtakstidspunktet legges til grunn i utlendingsrettssaker, bekreftes av dommen i Rt. 2009 s. 1374, som gjaldt gyldigheten av avslag på søknad om opphold på humanitært grunnlag etter utl. (1988) § 8 (2).¹⁷⁶ En kvinne fra Iran hadde søkt om beskyttelse for seg og to av sine barn. Høyesterett kom til at vedtaket var gyldig. Førstvoterende uttaler:

«Jeg tilføyer her at vurderingen av avgjørelsene skal skje ut fra de opplysninger og den situasjon som forelå på avgjørestidspunktet.»¹⁷⁷

Avgjørestidspunktet kan både forstås som vedtakstidspunktet og domstidspunktet. I og med at domstolen omtaler vedtak som avgjørelse tidligere i samme setning, og omtaler tidspunktet i fortid, er det imidlertid klart at Høyesterett har ment at vedtakstidspunktet er det avgjørende.¹⁷⁸

Førstvoterende i Trygdedommen uttaler at utgangspunktet kan sies å være en følge av at domstolene skal stå for kontroll av forvaltningsvedtak.¹⁷⁹ At det er vedtakstidspunktet som legges til grunn, kan altså først og fremst begrunnes med hensiktsmessig arbeidsdeling. Forvaltningen, som har særlig innsikt og erfaring på de enkelte områder, skal ta beslutningene, mens domstolene som uavhengig dømmende makt skal overprøve *lovligheten* av vedtakene. Også ressurs hensyn kan støtte utgangspunktet om at det er

¹⁷⁶ Utl. § 38

¹⁷⁷ Avsnitt 40

¹⁷⁸ Se også Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 41

¹⁷⁹ Avsnitt 33

vedtakstidspunktet som skal legges til grunn. Hvis domstolen la til grunn nye omstendigheter, ville den i praksis fungere som et forvaltningsorgan. Saksbehandlingen i domstolene er mer ressurskrevende enn forvaltningen. Utredningen av det nye faktum vil derfor kreve større kostnader om domstolen skal gjøre det enn om det overlates til forvaltningen.¹⁸⁰ Et annet poeng er at det heller ikke ville være praktisk mulig for forvaltningen å vurdere det samme faktum som den vil bli overprøvd på grunnlag av.

Prosessøkonomiske hensyn vil også kunne tale *for* at domstolen tar nye omstendigheter i betraktning allerede første gang saken overprøves, slik at ikke domstolen må behandle saken to ganger for at utlendingen skal få de etterfølgende omstendighetene prøvd.¹⁸¹ Som nevnt vil utlendingen være interessert i å få saken avgjort på grunnlag av de forhold som foreligger på domstidspunktet fordi prosessen ellers vil kunne ta mye lenger tid. Svendsen fremhever om dette hensynet at en kompetanse til å gi dom for realitet vil føre til en økt ressursbruk som vil kunne påvirke behandlingstiden i negativ retning i *andre* saker.¹⁸² Hensynet til alle andre saker vil altså også kunne tale for at vedtakstidspunktet legges til grunn. At dette poenget gjør seg gjeldende der domstolen skal gi dom for realitet, medfører imidlertid ikke automatisk at det samme gjelder saker der spørsmålet er hvilket tidspunkt som skal legges til grunn, i og med at sistnevnte som regel ikke vil medføre like stor forskjell i tidsbruk.

Vedtakstidspunktet er ikke det avgjørende i alle typer saker. I saker som gjelder administrative tvangsvedtak i helse- og sosiale rettigheter, kan domstolene ikke bare overprøve forvaltningen på grunnlag av faktum på domstidspunktet, men i tillegg gi dom for realitet.¹⁸³ Når domstolenes kompetanse i noen tilfeller kan strekke seg så langt, viser det at hensynet til en effektiv arbeidsdeling ikke under enhver omstendighet er avgjørende, veid opp mot for eksempel hensynet til å oppnå et materielt riktig resultat.

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Tvl. § 1-1.

¹⁸² Svendsen (2003) avsnitt 2.2.6.2

¹⁸³ Rt. 1993 s. 249, Rt. 2004 s. 1683 og Rt. 2006 s. 1672. At domstolene også kan gi dom for realitet er begrunnelsen for at domstidspunktet legges til grunn. Å gi dom for realitet ville bli vanskelig uten å foreta en nåtidsvurdering.

6.4.2 Utvisningssaker som berører barn

Selv om Høyesterett har slått fast at vedtakstidspunktet skal gjelde i saker om beskyttelse for barn,¹⁸⁴ har flere lagmannsrettsdommer om utvisning uttrykkelig lagt til grunn at etterfølgende omstendigheter skal tas i betraktning der de har betydning for hensyn som skal ivaretas etter barnekonvensjonen.¹⁸⁵

I lagmannsrettsdommen LB-2008-84594 var utvisning på fem år ikke uforholdsmessig, siden det ikke forelå særlige omsorgsbehov og gjenværende forelder ville være i stand til å gi tilstrekkelig omsorg. Det uttales likevel i dommen:

«I rettspraksis etter utlendingsloven § 29 kan det synes som det er barnets alder på domstidspunktet og eventuell endring i omsorgssituasjonen m.v. i tiden etter utlendingsmyndighetens endelige vedtak som legges til grunn.»

Synspunktet er fulgt opp i flere dommer.¹⁸⁶ Det har altså vært et gjennomgående trekk blant de nyere lagmannsrettsdommene at nye faktiske forhold tas i betraktning i slike saker.¹⁸⁷ Høyesterettsdommene som ligger til grunn for lagmannsrettens argumentasjon, har imidlertid ikke gitt klart uttrykk for hvilket tidspunkt som skal legges til grunn. I Pakistandommen¹⁸⁸ kan det se ut til at nye omstendigheter tas i betraktning når førstvoterende uttaler at

«Barna *er nå* ni, åtte og fire år. De to eldste *går* på skole i henholdsvis 4. og 3. klasse, mens fireåringen *er hjemme.*»¹⁸⁹ (mine uthevinger)

Etter sitatet omtales barnas reaksjoner på foreldrenes fengselsopphold, som fant sted *før* endelig vedtak ble fattet. Deretter uttales det:

¹⁸⁴ Rt. 2009 s. 1374 avsnitt 40

¹⁸⁵ LB-2011-34382

¹⁸⁶ LB-2008-84594, LB-2010-40764, LB-2010-176804

¹⁸⁷ Se likevel LB-2008-137516, der lagmannsretten la vedtakstidspunktet til grunn selv om det var barn involvert.

¹⁸⁸ Rt. 2005 s. 229

¹⁸⁹ Avsnitt 49

«... saken viser at A er en viktig omsorgsperson for barna, og at han er aktiv i forhold til skole og barnas fritidssysler»,¹⁹⁰

før Høyesterett konkluderer med at vedtaket må være klart uforholdsmessig. Det er ikke sikkert om Høyesterett kun legger vekt på at A er viktig for barna, eller om det også er tatt i betraktning hvor gamle de er, at de går på skole og at fireåringen er hjemme. Dessuten kan det diskuteres om alderen kan anses å være en «ny omstendighet», da det er en faktor som med sikkerhet vil inntreffe.¹⁹¹ Det vil med andre ord være snakk om forhold som også forvaltningen tok i betraktning, slik at domstolen kan legge vekt på det.¹⁹²

I Nunez-dommen¹⁹³ la både flertallet og mindretallet til grunn en barnefordelingssak som hadde blitt avgjort *etter* endelig vedtak, men det ble ikke uttrykkelig tatt stilling til spørsmålet om hvilket tidspunkt som skal legges til grunn.¹⁹⁴ Det som ble trukket frem, var at tingretten hadde lagt til grunn at faren var en god omsorgsperson for barna.¹⁹⁵ Siden UNE også hadde vurdert barnas forhold til faren,¹⁹⁶ er det usikkert om Høyesteretts henvisning til barnefordelingssaken var et «nytt bevis» om et forhold som allerede hadde foreligget på vedtakstidspunktet, eller om Høyesterett mente at det skulle fortas en nåtidsvurdering på grunn av barna.

Lagmannsretten har også reist spørsmål om BK stiller krav om at domstidspunktet legges til grunn, uten at det begrunnes med Høyesteretts praksis. LB-2011-34382 gjaldt gyldigheten av vedtak om utvisning av en mindreårig. Her la lagmannsretten til grunn at domstidspunktet måtte være det avgjørende, og begrunnet det i BK. Det ble uttalt at

«de hensyn som skal ivaretas i barnekonvensjonen er etter lagmannsrettens mening av en slik art at det følger direkte av konvensjonen at det er nåtiden som teller.»

¹⁹⁰ Avsnitt 50

¹⁹¹ Også i Rt. 2000 s. 591 la både flertall og mindretall til grunn barnas alder på domstidspunktet.

¹⁹² Oppgavens avsnitt 6.3

¹⁹³ Rt. 2009 s. 534

¹⁹⁴ Avsnitt 70 og 89

¹⁹⁵ Avsnitt 70

¹⁹⁶ Se tingrettens dom TOSLO-2007-108285, der det siteres fra UNEs vedtak og fremgår at UNE har vurdert farens forhold til barna.

Hensynet til barnet vil antakeligvis gjøre seg sterkere gjeldende i en sak om utvisning av en mindreårig, enn ved utvisning av barns foreldre. Likevel vil begge tilfeller angå ivaretagelsen av barnets beste.

Selv om det ikke foreligger noen Høyesterettsdommer som uttrykkelig sier at domstidspunktet skal gjelde i saker som gjelder barn, peker lagmannsrettsdommene på en viktig problemstilling som ikke ser ut til å være avklart. Dessuten illustrerer de det uklare skillet mellom nye bevis om forhold som forelå på vedtakstidspunktet og helt nye faktiske forhold.

6.4.3 EMDs overprøving av utvisningssaker

Når gyldigheten av et vedtak har blitt overprøvd av domstolen, vil de nasjonale rettsmidler være uttømt, jf. EMK artikkel 35 (1).¹⁹⁷ Dette betyr at EMD vil kunne prøve saken. Et spørsmål blir derfor hvilket tidspunkt EMD legger til grunn ved overprøvingen, og om dette har betydning for norske domstolars praksis. I tillegg til vedtakstidspunktet og tidspunktet for nasjonale domstolars avgjørelse, er det to andre tenkelige muligheter for EMD. Den ene er tidspunktet da den faktiske uttransporteringen fant sted og den andre er tidspunktet for domsavgjørelsen i EMD.¹⁹⁸

EMD uttaler i storkammerdommen Maslov mot Østerrike at vurderingen av hvorvidt det foreligger familieliv etter EMK artikkel 8 (1) skal foretas med utgangspunkt i det tidspunktet «when the exclusion order became final», altså tidspunktet da vedtaket var endelig.¹⁹⁹ Dette er også i samsvar med tidligere praksis.²⁰⁰

Hvilket tidspunkt som skal legges til grunn i forholdsmessighetsvurderingen etter annet ledd, blir et annet spørsmål. I Maslov mot Østerrike vurderer EMD, i tråd med Boultif-

¹⁹⁷ Reid (2008) s. 29

¹⁹⁸ Maslov mot Østerrike avsnitt 92

¹⁹⁹ Maslov mot Østerrike avsnitt 61. EMD presiserer i dommen Kaya mot Tyskland avsnitt 57 at vedtakstidspunktet må avgjøres med utgangspunkt i nasjonal rett. For Norge blir dette tidspunktet da UNE fattet vedtak.

²⁰⁰ Yildiz mot Østerrike avsnitt 34

momentene, utlendingens oppførsel i tiden etter den kriminelle handlingen.²⁰¹

Domstolen uttaler om dette momentet:

«the Court would point out that its task is to assess the compatibility with the Convention of the applicant's actual expulsion, not that of the final expulsion order.»²⁰²

Dette innebærer at domstolen også kan ta i betraktning faktiske omstendigheter som inntreffer *etter* at endelig vedtak om utvisning er fattet. Der utlendingen ikke er uttransportert ennå, kan EMD se hen til omstendigheter som er inntrådt helt frem til tidspunktet da EMD behandler saken. Som nevnt gjaldt uttalelsen vurderingen av *utlendingens oppførsel i tiden etter den kriminelle handlingen*, som er et eget «Boultif-moment». Uttalelsen gjelder ikke nødvendigvis vurderingen av *utlendingens og familiens tilknytning til riket*. Spørsmålet blir derfor om uttalelsene i Maslov mot Østerrike også gjelder familielivet. Dersom uttalelsen også gjelder familielivet, innebærer den en endring i rettsstilstanden på dette punktet.²⁰³ Det sies ikke uttrykkelig at uttalelsen også skal gjelde de andre sidene av vurderingen, noe som ville vært naturlig der man fraviker tidligere praksis.

Et annet poeng er at hensynene som taler for at man vurderer utlendingens oppførsel frem til uttransportering, er sterkere enn hensynene som taler for at man vurderer tilknytningen til riket helt frem til uttransportering. Oppførselen i tiden etter den kriminelle handlingen kunne si mye om faren personen utgjør for samfunnet.²⁰⁴ For å vurdere gjentakelsesfaren²⁰⁵ er det nødvendig å se på perioden etter den aktuelle handlingen.

Utlendingens tilknytning til riket gjennom familie som er opparbeidet etter at endelig vedtak er fattet, tillegges derimot *mindre* vekt, fordi utlendingen ikke lenger hadde noen

²⁰¹ Boultif mot Sveits avsnitt 48

²⁰² Avsnitt 93

²⁰³ Yildiz mot Østerrike avsnitt 44 og Yilmaz mot Tyskland avsnitt 45. Det uttales uttrykkelig i begge dommene at domstolen ikke kan ta i betraktning omstendigheter som er kommet til etter at myndighetene fattet sin avgjørelse.

²⁰⁴ Maslov mot Østerrike avsnitt 89

²⁰⁵ Oppgavens avsnitt 4.3

forventning om familieliv.²⁰⁶ Mens vurderingen av «utlendingens oppførsel» først begynner etter at den kriminelle handlingen er begått, skal altså vurderingen av utlendingens tilknytning hovedsakelig gjøres på grunnlag av tiden *frem til* den kriminelle handlingen. Det er dermed ikke gitt at tidspunktet for vurderingene skal være det samme.

Når EMD bruker formuleringen «compatibility with the convention»,²⁰⁷ altså «samsvar med konvensjonen», gir det etter min mening likevel grunnlag for å anta at det er hele forholdsmessighetsvurderingen som skal skje på tidspunktet for utreisen. Hvis uttalelsen kun var ment å omfatte kriminelle handlinger og ikke utlendingens familierelasjoner, ville det vært naturlig å bruke en mer presis formulering. Det kan dessuten virke lite sammenhengende og uforutsigbart at den delen av forholdsmessighetsvurderingen som går ut på handlingens alvorlighet skal vurderes på et annet tidspunkt enn den delen som går ut på utlendingens tilknytning til riket. Jeg legger derfor til grunn at EMD legger tidspunktet for utreise til grunn, og foretar en nåtidsvurdering i de tilfellene uttransportering ennå ikke er skjedd, når muligheten for reetablering i opprinnelseslandet og betydningen av denne skal vurderes.

6.4.4 Betydningen av EMDs praksis for norske domstoler

At EMD legger domstidspunktet til grunn i vurderingen, betyr ikke at norske domstoler er forpliktet til å gjøre det samme:

«Consequently, in such cases it is for the State to organise its system in such a way as to be able to take account of new developments.»²⁰⁸

Statene må altså sørge for å organisere *systemet* sitt slik at de kan ta i betraktning nye omstendigheter i saken. Det er ikke noe krav at *domstolen* vurderer forholdene, så lenge Norge har et system som gjør det mulig for forvaltningen å foreta vurderingen som kreves. Domstolen kan altså i utgangspunktet legge til grunn vedtakstidspunktet uten at det vil stride mot EMK artikkel 8.

²⁰⁶ Oppgavens avsnitt 4.4 og 8.5.2

²⁰⁷ Avsnitt 93

²⁰⁸ Maslov mot Østerrike avsnitt 93

Subsidiaritetsprinsippet kan likevel tale for at norske domstoler *bør* legge til grunn domstidspunktet, siden EMD uansett vil ta i betraktning de etterfølgende omstendighetene i sin overprøving av saken. Dette gjelder i hvert fall såfremt vedtaket ikke er effektivt på domstidspunktet. NRK-dommen²⁰⁹ gjaldt spørsmålet om NRK hadde rettslig interesse i å fremme kjæremål over et forbud mot å sende et TV-program fastsatt ved midlertidig forføyning. Førstvoterende uttalte at EMK artikkel 13²¹⁰ uttrykker et subsidiaritetsprinsipp. Menneskerettighetene skal primært håndheves av statene, som også er i den beste posisjonen til å gjøre det, mens EMD skal være en siste rådgivende instans.²¹¹ På dette grunnlag bestemte Høyesterett at lagmannsretten skulle ta stilling til om EMK artikkel 10 var overholdt, selv om vilkårene for å få saken behandlet ikke nødvendigvis var oppfylt etter norske prosessregler. Dommen viser at subsidiaritetsprinsippet tilsier at domstolene tar i betraktning spørsmål som EMD vil vurdere i en etterfølgende prøving. Siden EMD i utvisningssaker vil foreta en nåtidsvurdering, taler prinsippet for at norske domstoler tar i betraktning etterfølgende omstendigheter i vurderingen av om utvisning er forholdsmessig.

En annen side av retten til en effektiv nasjonal rettslig prøving etter EMK artikkel 13, er at statene får muligheten til å rette opp konvensjonsbrudd, slik at de ikke stilles ansvarlig i saker som de ikke selv har vurdert fullt ut. For å kunne ta en sak for EMD er det derfor et vilkår at nasjonale rettsmidler er uttømt, jf. EMK artikkel 35. I utgangspunktet er kravet oppfylt når det aktuelle konvensjonsbruddet har vært anført for nasjonale domstoler.²¹² I Maslov mot Østerrike synes det forutsatt at eventuelle etterfølgende omstendigheter ikke må ha vært vurdert av nasjonale domstoler for at EMD skal kunne ta det i betraktning.²¹³ Nasjonale rettsmidler er dermed uttømt når domstolene har vurdert saken, slik at saken da kan klages inn for EMD, jf. EMK artikkel 35 (1). Siden EMD i utvisningssaker legger til grunn faktum slik det var på

²⁰⁹ Rt. 2006 s. 460

²¹⁰ Etter EMK artikkel 13 har enhver som med rimelighet kan hevde at en rettighet etter konvensjonen er krenket, en rett til et effektivt nasjonalt rettsmiddel.

²¹¹ Reid (2008) s. 29

²¹² Jacobs (2010) s. 38

²¹³ Maslov mot Østerrike avsnitt 59. Staten hadde argumentert med at nasjonale rettsmidler ikke var uttømt fordi det var mulig å begjære omgjøring på grunnlag av de nye forholdene. EMD vurderte likevel saken, og tok også de etterfølgende omstendighetene i betraktning.

utreisetidspunktet eller slik det er på domstidspunktet,²¹⁴ vil man få en situasjon der EMD ved overprøvingen av Høyesterett legger et annet tidspunkt til grunn enn Høyesterett selv har gjort. Selv om UNE vil kunne oppfylle forpliktelsene etter EMK artikkel 13 ved å vurdere om de etterfølgende omstendighetene gir grunnlag for omgjøring, er det ikke nødvendig for utlendingen å begjære omgjøring før saken klages inn for EMD. Dette betyr at staten risikerer å bli dømt for konvensjonsbrudd for forhold den ikke selv har tatt i betraktning. Subsidiaritetsprinsippet taler dermed for at norske domstoler vurderer forholdsmessigheten på grunnlag av omstendighetene slik de er på domstidspunktet hvis utlendingen fremdeles befinner seg i Norge.²¹⁵

6.4.5 Høyesterett om etterfølgende forhold i utlendingsrettssaker

I HR-2012-920-A var spørsmålet om domstolene, ved sin prøving av gyldigheten av et vedtak som avslår søknad i Norge på humanitært grunnlag etter utl. § 38, har adgang til å bygge på faktiske forhold som er kommet til etter at vedtaket ble truffet. Etter at et ektepar fra Sri Lanka og en mindreårig datter hadde fått avslag på søknaden, fikk parets mindreårige sønn norsk statsborgerskap og mistet dermed sitt lankesiske statsborgerskap. Høyesterett kom under dissens til at domstolene har kompetanse til å trekke inn slike etterfølgende omstendigheter i prøvingen. Flertallet på fire dommere delte seg i to i begrunnelsen av resultatet.

To av dommerne, førstvoterende med tilslutning fra én dommer, begrunnet standpunktet med at *EMD* vurderer saker ut fra situasjonen når klagen behandles der.²¹⁶ Førstvoterende viste til EMK artikkel 13 om retten til et effektivt nasjonalt rettsmiddel og til statenes grunnleggende plikt til å respektere og sikre rettighetene etter konvensjonen, jf. EMK artikkel 1, og uttalte:

²¹⁴ Maslov mot Østerrike

²¹⁵ En innvending mot argumentet er at det uansett vil kunne gå litt tid mellom dommen og utreisen, eventuelt overprøvingen i EMD, slik at domstolen i praksis vanskelig vil kunne sikre at utvisning er forholdsmessig på utreisetidspunktet. Å ta faktum på domstidspunktet i betraktning vil likevel sikre at EMK artikkel 13, jf. EMK artikkel 8 oppfylles i større grad enn om man ikke gjør det.

²¹⁶ Maslov mot Østerrike (oppgavens avsnitt 6.4.3)

«Konvensjonens prinsipp om subsidiaritet tilsier at norske domstoler i hvert fall har den prøvingskompetanse som må til for å sikre at det ikke blir nødvendig å klage til EMD for å oppnå den rettsbeskyttelse som konvensjonen fastsetter.»²¹⁷

Førstvoterende viste deretter til statens anførsel om at utlendingen vil ha adgang til å begjære omgjøring når nye omstendigheter inntreffer. Til denne ble det fremhevet at UNE ikke har noen absolutt plikt til å behandle omgjøringsbegjæringer med mindre det er snakk om saker som gjelder beskyttelse. Det er mer «betryggende» at nye forhold kan trekkes inn allerede ved den rettslige prøvingen. Dette vil også gjøre det lettere å oppnå et materielt riktig resultat, og å oppnå målet om å «ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter», jf. tvisteloven (tvL.) § 1-1.

Annenvoterende mente at *vedtakstidspunktet* skulle legges til grunn. Han bygget sitt standpunkt på tidligere rettspraksis.²¹⁸ Til førstvoterendes uttalelser om subsidiaritetsprinsippet uttalte han at han er enig i at EMD foretar en nåtidsvurdering, slik at også nasjonale myndigheter er forpliktet til å vurdere omstendigheter som inntreffer etter endelig vedtak. Han la imidlertid avgjørende vekt på at dette ikke medfører en plikt for *domstolene* til å ta nye omstendigheter i betraktning. Han fremhevet at UNE, derimot, etter konvensjonen vil ha en plikt til å vurdere omgjøring på grunnlag av de nye forhold i den konkrete saken.

EMK artikkel 13 gir rett til et effektivt nasjonalt rettsmiddel for enhver som med rimelighet hevder at en rettighet i konvensjonen er blitt krenket. Den norske staten må derfor ha ordninger som sikrer at vedtak om utvisning er forholdsmessige etter EMK artikkel 8. EMD har presisert at et vedtak om utvisning skal være forholdsmessig på utreisetidspunktet.²¹⁹ Siden EMK artikkel 13 ikke presiserer hvilket organ som skal oppfylle forpliktelsen, er det ingenting i veien for at det overlates til UNE.²²⁰

Annenvoterendes argument om at konvensjonen forplikter UNE til å behandle en

²¹⁷ Avsnitt 27

²¹⁸ Bl. a. Rt. 2007 s. 1815 og 2009 s. 1374

²¹⁹ Maslov mot Østerrike avsnitt 93

²²⁰ Sml ordlyden «authority» med EMK artikkel 5 (1) a, 5 (3), 5 (4) og 6 (1), som gir krav på avgjørelse ved domstol, og der ordene «court» og «tribunal» er brukt. Aall (2007) s. 67.

omgjøringsbegjæring på grunnlag av etterfølgende omstendigheter, bygger likevel på den forutsetning at domstolene *ikke* gjør det.²²¹

Annenvoterende la altså større vekt på at norske domstoler *ikke har en plikt* etter konvensjonen til å vurdere etterfølgende forhold, mens førstvoterende lot det være avgjørende at prinsippet om subsidiaritet tilsier at nasjonale domstoler skal foreta en primær vurdering av alle sakens forhold. Førstvoterende ser heller ikke ut til å forutsette at UNE har noen plikt etter konvensjonen, slik annenvoterende gjør. Tvert imot uttalte han at «det er uklart hvor langt det i dag er en plikt til å vurdere omgjøring», og trekker frem uttalelser fra NOU 2010:12 til støtte for sitt standpunkt. Han trekker ikke frem EMK artikkel 13 i denne sammenheng. Heller ikke tredjevoterende synes å forutsette at en slik plikt kan utledes av EMK artikkel 13. Han uttaler at det er «sikker rett» at forvaltningen ikke har en plikt til å vurdere omgjøring, «også innenfor utlendingsforvaltningen».²²² Som nevnt presiserer ikke EMK artikkel 13 *hvordan* staten skal oppfylle kravet til effektivt nasjonalt rettsmiddel. Dette kan være en årsak til at Høyesteretts flertall ikke legger til grunn at UNE har en plikt til å vurdere etterfølgende omstendigheter.

Tredjevoterende, med tilslutning fra én dommer, kom også til at domstidspunktet måtte legges til grunn, men begrunnet resultatet på en helt annen måte enn førstvoterende. Tredjevoterende fremhevet at den rettspraksis som foreligger, ikke bygger på noen nærmere rettskilleanalyse, men stort sett slår fast hva som skal være utgangspunktet.²²³ Dette ble brukt som begrunnelse for at Høyesterett må «kunne bygge på den regel som har de beste grunner for seg.» I samsvar med førstvoterendes votum ble det trukket frem at UNE ikke har noen plikt til å begjære omgjøring, og at borgerne må gis adgang til å trekke inn nye faktiske omstendigheter i søksmålet for at de skal være sikret en reell rett til å få vurdert saken ut fra det faktum som foreligger på domstidspunktet. Han argumenterer også med at skillet mellom nye forhold og nye bevis om forhold som forelå på vedtakstidspunktet kan være nokså subtilt, og at skillet derfor ikke bør være avgjørende for hva som kan påberopes. Hvis en etterfølgende omstendighet er av en slik

²²¹ NOU 2010:12 s. 108

²²² Avsnitt 58

²²³ Avsnitt 56

art at saken til sist vil endres uansett, vil det dessuten være omstendelig om domstolene kjenner vedtaket gyldig, slik at utlendingen må begjære omgjøring, for så å ta saken for domstolen på nytt hvis ikke omgjøringsbegjæringen skulle føre frem.

Ett usikkert moment er dommens rettskildevækt. I tillegg til at dommen er helt ny, og det derfor er vanskelig å si hvilken vekt den vil tillegges i fremtidig rettspraksis, kommer at flertallet bygget resultatet på helt forskjellige begrunnelser, og at én dommer stemte mot resultatet, slik at ingen av *begrunnelsene* fikk flertall i Høyesterett. Tredjevoterende uttaler imidlertid at han ikke finner det «nødvendig» å begrunne sitt standpunkt «i at disse omstendighetene har menneskerettslig relevans.» Det fremkommer altså ikke at han er *uenig* i førstvoterendes begrunnelse. Dommen viser dessuten at flere grunner taler for at domstidspunktet legges til grunn. Siden flertallet var enige om *resultatet*, må dommen i det minste tillegges vekt på områder der begge begrunnelsene gjør seg gjeldende.

Spørsmålet blir dermed om dommen kan antas å gjelde også i utvisningssaker. Selv om flertallet var uenig i resultatets rekkevidde, var det enighet om at domstidspunktet skal legges til grunn i saker om opphold på humanitært grunnlag. Utvisning av straffedømte utlendinger med familie i riket vil alltid kunne innebære et brudd på EMK artikkel 8, og dermed kunne klages inn for EMD når saken er avgjort i Høyesterett. I de utvisningssakene EMD foretar en nåtidsvurdering, vil subsidiaritetsprinsippet derfor gjøre seg gjeldende. Derimot kan ikke subsidiaritetsprinsippet begrunne at domstidspunktet er avgjørende i de tilfellene der utlendingen har reist ut av riket før saken behandles i domstolene. Førstvoterende problematiserte ikke dette, antakeligvis fordi spørsmålet ikke ble aktualisert i dommen. Skillet har sannsynligvis liten betydning, da utlendingens «tilknytning til riket» uansett ikke kan antas å bli særlig mye sterkere etter utreise. Om domstidspunktet skal være avgjørende i saker der utlendingen er reist ut, er likevel tvilsomt.

Tredjevoterendes begrunnelse favner enda videre, ved at den er generell og ikke bare gjelder utlendingsrettsfeltet. Uansett hvilken begrunnelse som legges til grunn, kan det altså se ut til at domstidspunktet er det avgjørende i utvisningssaker hvis utlendingen fortsatt befinner seg i Norge. At det i saker om opphold på humanitært grunnlag er

snakk om å endre utlendingers rettsstilling til gunst for den enkelte, mens utvisning er en sanksjon mot lovbrudd, og innebærer at en utlending og også andre involverte *fratas* rettigheter, taler også for at domstidspunktet skal gjelde i utvisningssaker.

At Høyesterett bruker betegnelsen kompetanse, og ikke plikt, har ingen praktisk betydning, siden domstolene i praksis bruker den kompetansen de har. Dette gjelder for eksempel kompetansen til å overprøve grunnloven eller forvaltningens saksbehandling.²²⁴ Noe annet ville innebære en uklar rettsstilstand, fordi partene ikke ville vite sikkert hvilke forhold domstolen tok i betraktning. Skulle domstolen la være å bruke kompetansen som er oppstilt i dommen, måtte det være fordi begrunnelsen for kompetansen ikke gjorde seg gjeldende. Som redegjort for, gjør begge begrunnelsene til flertallet seg gjeldende ved utvisning av straffedømte utlendinger.

6.5 Konklusjon

Når domstolene overprøver forvaltningens vedtak om utvisning, kan de ta i betraktning nye bevis om faktiske forhold som forelå på vedtakstidspunktet, både om bestående forhold og forvaltningens prognoser. Når det gjelder adgangen til å ta i betraktning helt nye faktiske omstendigheter, er rettsstilstanden ikke like klar. Tidligere rettspraksis har slått fast at vedtakstidspunktet skal være det avgjørende ved overprøving av forvaltningens vedtak. I saker som berører barn, har lagmannsrettene reist spørsmålet om hensynet til barnet kan begrunne en nåtidsvurdering, men spørsmålet ser ikke ut til å være avklart. Siden begge begrunnelsene til flertallet i høyesterettsdommen av 2. mai 2012 gjør seg gjeldende i utvisningssaker, legger jeg til grunn at domstidspunktet er det avgjørende i utvisningssaker der utlendingen ennå ikke har reist ut av landet. Dommen er likevel helt ny, og flertallets begrunnelser er vidt forskjellige, så det gjenstår å se hvilken rekkevidde og betydning den vil få for senere rettsavgjørelser.

²²⁴ Svendsen (2003) skriver på s. 101 at en valgfrihet for domstolene hittil er ukjent også når det gjelder kompetansen til å fatte dom for realitet.

7 Fremgangsmåten for å avgjøre om utvisning vil splitte familien

7.1 Innledning

Hensynet til familielivet er relevant for å avgjøre om utvisning er forholdsmessig og dermed tillatt etter utl. § 70 og EMK artikkel 8. Når familielivet vurderes, er ett spørsmål om utvisning vil splitte familien. I dette kapitlet vil det redegjøres for hva som skal til for at Høyesterett og EMD legger til grunn at utvisning vil medføre en familiesplittelse. Ett spørsmål i denne sammenheng er om det kan oppstilles en juridisk definisjon for når EMD anser reetablering av familielivet for å være så vanskelig at familiesplittelsen som hovedregel alene kan gjøre utvisning til et uforholdsmessig tiltak, og om Høyesterett også benytter en slik terskel. Alternativet er at domstolene bruker en skala over hvor vanskelig reetablering vil være, og deretter lar det spille inn på vekten av momentet.²²⁵ Det vil også redegjøres for hvilke forhold som er relevante for å vurdere vanskelighetene ved reetablering.

I avsnitt 7.2 behandles spørsmålet om hvordan Høyesterett avgjør om utvisning vil medføre en familiesplittelse. I avsnitt 7.3 undersøkes hvordan EMD behandler spørsmålet. I avsnitt 7.4 undersøkes hva som skal til for at domstolene skal legge til grunn at utvisning vil splitte familien når familien ikke hadde en berettiget forventning om familieliv. I avsnitt 7.5 illustreres forskjellen mellom vurderingene til Høyesterett og EMD, og i avsnitt 7.6 oppsummeres kapitlet.

²²⁵ Problemstillingen krever en gjennomgang av både vurderingen og vektningen av en familiesplittelse, og vil derfor besvares i kapittel 8 (avsnitt 8.6).

7.2 Høyesterett

Høyesterett foretar som regel ingen uttrykkelig vurdering av de objektive mulighetene familien har til å følge med den utviste. Utgangspunktet for Høyesteretts vurdering av om utvisning vil medføre en familiesplittelse uttales i Utvisningsdom I:²²⁶

«... selv om det i og for seg vil være mulig at familiemedlemmene følger med utlendingen til hans statsborgerstat, vil familiemedlemmenes *ønske om å bli i Norge* eller deres *problemer av språklig eller kulturell art i forbindelse med å flytte til utlandet*, måtte tillegges betydning.»²²⁷

Høyesterett tar altså ikke bare i betraktning hva som er objektivt mulig, men også hva som i realiteten vil skje. Det kan dermed tenkes tre forskjellige grunner til at familien splittes: At det ikke er praktisk mulig å flytte til utlandet, at familien ikke *ønsker* å bli med, eller at problemer av språklig eller kulturell art gjør at det er *urealistisk* at familien vil reetablere seg i utlandet. At Høyesterett legger vekt på hva familien *ønsker* å gjøre ved en eventuell utvisning, er et gjennomgående trekk. I Polendommen²²⁸ uttalte Høyesterett at familien til den straffedømte kunne leve sammen i Polen, men la til grunn at

«hustruen av ulike grunner ikke ønsker dette, og at utvisningen vil innebære at A skilles fra den familie han nå bor sammen med.»²²⁹

Hensynet til hva som i realiteten vil skje, ser likevel ut til å gjelde kun i vurderingen av utvisningens konsekvenser for barna. I Pakistandommen²³⁰ vurderte Høyesterett om det var mulig for den utvistes ektefelle og tre barn å bosette seg i Pakistan. Høyesterett uttalte at utvisningen ikke var uforholdsmessig overfor ektefellen isolert sett, med den begrunnelse at det var mulig å bli med til Pakistan:

²²⁶ Rt. 1996 s. 551

²²⁷ S. 559

²²⁸ Rt. 2000 s. 591

²²⁹ S. 601

²³⁰ Rt. 2005 s. 229

«Selv om hun er født og oppvokst i Norge, er hun av pakistansk opprinnelse, og da hun og A giftet seg i 1995, hadde de opprinnelig planlagt å bosette seg i Pakistan.»²³¹

Når det gjelder barna, uttalte Høyesterett derimot:

«UNE uttaler i sitt vedtak at ektefellen og barna kan følge med A til Pakistan. Jeg er enig i at det foreligger en slik mulighet, men er kommet til at det er urealistisk, hensett til husvære, barnas skolegang, språkproblemer mv., og at jeg ved vurderingen av vedtakets virkninger, må se bort fra denne mulighet. Som lagmannsretten legger jeg således til grunn at en utvisning av A vil føre til at familien vil bli splittet, iallfall i de to årene innreiseforbudet gjelder [...] Etter min mening er det virkningene av en utvisning for As tre barn, og for ektefellens evne til alene å sørge for barna i Norge, som må vurderes inngående i saken.»²³²

Dommen er et eksempel på at Høyesterett tar i betraktning familiens «problemer av språklig og kulturell art» i vurderingen av mulighetene til å følge med til opprinnelseslandet. I dommen var disse så store at Høyesterett la til grunn at utvisning ville splitte familien.

For det andre viser uttalelsen at Høyesterett overfor barna fokuserer på «virkningene av en utvisning». At Høyesterett overfor ektefellen likevel tillå mulighetene hennes til å bli med, tyder på at det kun er i familier med barn at Høyesterett tillegger de reelle konsekvensene vekt.

Dessuten ser det ut til at Høyesterett vurderer ektefelle og barn helt separat. Overfor ektefellen vurderer Høyesterett om det er objektivt mulig å bli med. Høyesterett legger til grunn at ektefellen kan bli med selv om det senere konstateres at det er urealistisk av hensyn til barna. Hensynet til ektefellen får altså mindre vekt selv om ektefellen i praksis blir adskilt fra utlendingen.

²³¹ Avsnitt 46

²³² Avsnitt 47 og 48

Det samme ble gjort i EØS-dommen.²³³ Først legger Høyesterett til grunn at utvisning ikke er uforholdsmessig overfor ektefellen:

«Selv om hun er norsk statsborger og vel etablert i Norge, må det tillegges vekt at hun er født polsk, og har tilknytning til Polen.»²³⁴

I forholdsmessighetsvurderingen overfor datteren blir ikke spørsmålet om hun kan bli med til Polen engang nevnt. Høyesterett legger tilsynelatende til grunn at moren kommer til å bli igjen i Norge:

«Datteren vil fortsatt bo sammen med sin mor, og det vil være mulig å opprettholde kontakten med faren i utvisningsperioden.»²³⁵

I og med at familiesplittelse er kjernen av retten til familien, kan det virke rart at Høyesterett sjelden uttrykkelig vurderer de faktiske mulighetene familien har til å reetablere seg i opprinnelseslandet. En begrunnelse for fremgangsmåten kan være at Høyesterett i de foreliggende sakene ikke har funnet grunn til å vurdere det, fordi det fremstår som klart at det er mulig.²³⁶ Når Høyesterett da likevel tar i betraktning hva familien kommer til å velge, kan det være av hensyn til barna. At det er mulig for familien å reetableres i opprinnelseslandet, vil ikke ha noe å si for barnet hvis den ene forelderen likevel velger å bli i Norge. For at ikke barnet skal bære risikoen for foreldrenes valg, vurderer Høyesterett situasjonen med utgangspunkt i hva som mest sannsynlig kommer til å skje. Om Høyesterett også tar i betraktning om reetablering er mulig, er det ikke mulig å si sikkert. Ut fra premissene i de fleste dommene ser det likevel ikke ut til å være et sentralt moment.

²³³ Rt. 2009 s. 705

²³⁴ Avsnitt 66

²³⁵ Avsnitt 67

²³⁶ F. eks. Rt. 2000 s. 591 s. 601

7.3 EMD

7.3.1 Det rettslige utgangspunkt for når det legges til grunn at utvisning vil splitte familien

EMD foretar alltid en grundig vurdering av om reetablering av familielivet objektivt sett er mulig. Når EMD har tatt stilling til spørsmålet, vurderes forholdsmessigheten på grunnlag av denne konklusjonen. EMD foretar da ingen videre drøftelse av hva familien kommer til å gjøre, og om familien *i realiteten vil splittes*, slik Høyesterett gjør.

I *Boultif mot Sveits* uttaler EMD det som i senere dommer er lagt til grunn som vurderingstemaet:

«Not least, the Court will also consider the seriousness of the difficulties which the spouse would be likely to encounter in the applicant's country of origin, although the mere fact that a person might face certain difficulties in accompanying her or his spouse cannot in itself preclude expulsion.»²³⁷

Det er altså alvorligheten av vanskelighetene familien vil møte, som skal vurderes.²³⁸ Ut fra uttalelsen kan det se ut som om EMD vurderer graden av vanskelighetene, fremfor å ta utgangspunkt i en bestemt terskel. At EMD i neste leddsetning presiserer hvilken grad av vanskeligheter som *ikke* alene kan utelukke utvisning, tyder på at vanskelighetene, dersom de er store nok, alene *vil* kunne begrunne uforholdsmessighet. Spørsmålet blir dermed hva som skal til for at vanskelighetene alene normalt skal være til hinder for utvisning.

Ut fra sitatet er det ikke tilstrekkelig at familien vil få «visse» problemer med å etablere seg i utlendingens opprinnelsesland.²³⁹ Likevel har praksis vist at det heller ikke behøver å være umulig. EMD formulerer i mange dommer spørsmålet om familien kan «forventes» eller «med rimelighet kan forventes» å bli med den utviste.²⁴⁰ I alle

²³⁷ Avsnitt 48

²³⁸ Ibid.

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ *Boultif mot Sveits* avsnitt 53, *Yildiz mot Østerrike* avsnitt 43, *Keles mot Tyskland* avsnitt 63 og *Mbengeh mot Finland*, *Özturk mot Norge*, *Aftab mot Norge*. Det uttales også i dommen i *Rt 1995 s. 72*

dommene der utvisning ble ansett for å være i strid med EMK artikkel 8, ble en av formuleringene «great difficulty»,²⁴¹ «major difficulties»,²⁴² «significant difficulties»,²⁴³ «radical upheaval»,²⁴⁴ og «obvious and serious difficulties» brukt for å beskrive vanskelighetene med å flytte. Domstolen uttaler som regel at reetablering i *det bestemte tilfellet* vil volde slike betydelige vanskeligheter. Formuleringene brukes altså for å beskrive de aktuelle situasjonene, og ikke som rettslige karakteristikk eller utgangspunkter for hva som kreves for at vanskelighetene skal være avgjørende. Når alle dommene som konkluderer med brudd på EMK artikkel 8 inneholder nokså like beskrivelser, må de likevel kunne danne grunnlag for å slå fast at det må «betydelige vanskeligheter» til.

I familier der foreldrene er skilt, legger EMD uten videre til grunn at barnet vil skilles fra den ene forelderen om denne blir utvist, fordi det ikke kan forventes at den andre blir med.²⁴⁵ Også når det ikke er rettslig mulig å ta opphold i utlendingens opprinnelsesland eller andre steder, legger EMD uten noen grundig undersøkelse til grunn at familien splittes.²⁴⁶

7.3.2 EMDs fremgangsmåte

Når EMD vurderer mulighetene for reetablering i opprinnelseslandet, tas en rekke momenter i betraktning. Ektefelle og barn vurderes som regel hver for seg og på forskjellig måte.²⁴⁷ Vurderingene kan deles inn i to hovedmomenter, nemlig hvor stor tilknytning de har til vertslandet og hvor stor tilknytning de har til utlendingens

på s. 80 at det ikke har vært ansett som noen familiesplittelse hvis det *ikke vil være urimelig å forvente* at den utvistes ektefelle og barn kan følge med til utlandet.

²⁴¹ Beldjoudi mot Frankrike avsnitt 78

²⁴² Keles mot Tyskland avsnitt 64

²⁴³ Omojudi mot Storbritannia avsnitt 46

²⁴⁴ Sezen mot Nederland avsnitt 47 og Mehemi mot Frankrike avsnitt 36

²⁴⁵ Onur mot Storbritannia avsnitt 58, Joseph Grant avsnitt 40, Najafi mot Sverige, Ndangoya mot Sverige.

²⁴⁶ F. eks. i Amrollahi mot Danmark la EMD til grunn at familien ikke kunne gjenforenes i Italia på grunn av utlendingensandel.

²⁴⁷ EMD skiller likevel ikke mellom ektefellen og barna på samme måte som Høyesterett. Hvis det foreligger forhold som gjør det vanskelig for barna å flytte til opprinnelseslandet, tillegges hensynet til ektefellen vekt fordi vedkommende ikke kan flytte.

opprinnelsesland.²⁴⁸ Siden EMD tar stilling til om det er *mulig* å fortsette familielivet i utlendingens opprinnelsesland, er en nærliggende tanke at tilknytning og kjennskap til opprinnelseslandet er mer relevant enn tilknytning til vertslandet. Som domstolen uttaler i *Sezen mot Nederland*, henger imidlertid sterk tilknytning til vertslandet gjerne sammen med tilsvarende svak tilknytning til forelderens opprinnelsesland:

«These two children have always lived in the Netherlands and its cultural environment, and attend school there. Consequently, they can only have minimal ties, if any, to their parents' country of origin».²⁴⁹

Selv om fremstillingen er oppdelt, må altså momentene sees i sammenheng.

7.3.3 Momenter i vurderingen av om ektefellen kan bli med til utlendingens opprinnelsesland

7.3.3.1 Tilknytning til vertslandet

Ved vurderingen av om ektefellen kan følge med, går domstolen ofte inn på nasjonaliteten.²⁵⁰ Hvis ektefellen er borger av vertslandet vil dette tale mot at vedkommende kan flytte, fordi det innebærer at tilknytningen til vertslandet er sterk.²⁵¹ At ektefellen har vertslandets statsborgerskap, vil dessuten kunne medføre rettslige problemer med å få oppholdstillatelse i opprinnelseslandet.²⁵² Dette er likevel som regel ikke et problem.

Når ektefellen ikke er borger av vertslandet, vurderes ektefellens tilknytning til vertslandet mer konkret. Domstolen går inn på mange av de samme momentene som ved vurderingen av den utvistes egen tilknytning til vertsland og opprinnelsesland.²⁵³

²⁴⁸ Altså de samme to hovedmomentene som brukes ved vurderingen av utlendingens egen tilknytning.

²⁴⁹ Avsnitt 47

²⁵⁰ *Beldjoudi mot Frankrike* avsnitt 78, *Amrollahi mot Danmark* avsnitt 41, *Boultif mot Sveits* avsnitt 53,

²⁵¹ *Beldjoudi mot Frankrike* avsnitt 78, *Amrollahi mot Danmark* avsnitt 41, *Boultif mot Sveits* avsnitt 53, Reid (2008) s. 413

²⁵² *Beldjoudi mot Frankrike* avsnitt 78

²⁵³ *Yildiz mot Østerrike* avsnitt 43, *Keles mot Tyskland* avsnitt 63, *Sezen mot Nederland* avsnitt 47

Akkurat som for utlendingen, vil kun tilknytning opparbeidet under lovlig opphold tillegges vekt.²⁵⁴

Alder ved ankomst og botid i landet er relevante momenter. Hvis ektefellen er født i vertslandet eller ankom vertslandet som barn, vil det tale for at reetablering er vanskelig.²⁵⁵ Om ektefellen derimot kom til vertslandet i voksen alder, vil dette tilsi at tilknytningen ikke er like sterk. Er ektefellen fra samme land som utlendingen, betyr det også at vedkommende fortsatt har tilknytning til opprinnelseslandet.²⁵⁶ Botiden får da mindre betydning. På tross av ti års botid i vertslandet ble ektefellen i Keles mot Tyskland ansett å kunne reise tilbake til Tyrkia, siden hun var borger av Tyrkia og hadde kommet til Tyskland i voksen alder.²⁵⁷ I Tajdirti mot Nederland, som gjaldt utvisning av en marokkansk borger, innebar ikke 16 års botid i Nederland nok tilknytning for ektefellen til at det ville bli vanskelig å reise tilbake, fordi ektefellen også var borger av Marokko og var ankommet Nederland i voksen alder. Når ektefellen er borger av vertslandet har EMD påpekt at vedkommende har bodd i vertslandet hele livet.²⁵⁸

Andre momenter, som språkkunnskaper, og om vedkommende har slektninger i vertslandet undersøkes også.²⁵⁹ I Amrollahi mot Danmark ble det tillagt vekt at ektefellen hadde et særkullsbarn som ikke ville reise til Iran, og at utvisning dermed faktisk ville innebære en splittelse av familien.²⁶⁰ Dette stemmer overens med EMDs vurdering av skilte familier, der det uten videre drøftelse legges til grunn at utvisning vil medføre en splittelse, siden en av foreldrene blir igjen i vertslandet.²⁶¹

²⁵⁴ Dalia mot Frankrike avsnitt 54

²⁵⁵ Yildiz mot Østerrike avsnitt 43, Sezen mot Nederland avsnitt 47

²⁵⁶ Omojudi mot Storbritannia avsnitt 46, Keles mot Tyskland avsnitt 63, Tajdirti mot Nederland

²⁵⁷ Avsnitt 63

²⁵⁸ Beldjoudi mot Frankrike avsnitt 78

²⁵⁹ Beldjoudi mot Frankrike avsnitt 78, Sezen mot Nederland avsnitt 47

²⁶⁰ Amrollahi mot Danmark avsnitt 41

²⁶¹ F. eks. Joseph Grant mot Storbritannia

7.3.3.2 Tilknnytning til opprinnelseslandet

Nasjonaliteten vil også kunne si noe om ektefellens tilknnytning til utlendingens opprinnelsesland. Når ektefellen har samme nasjonalitet som den utviste, vil dette ofte tale for at det er mulig å videreføre familielivet i opprinnelseslandet.²⁶² Årsaken til dette er først og fremst de andre tilknnytningsmomenter som gjerne følger av en nasjonalitet, som integrering og familie. Momentet tillegges derfor sjelden selvstendig vekt.²⁶³ For å avgjøre tilknnytingen, må saken vurderes mer konkret.

Det sees blant annet hen til hvor lenge ektefellen har bodd i opprinnelseslandet.²⁶⁴ Det er ikke avgjørende at ektefellen kommer fra samme land dersom vedkommende aldri har bodd der.²⁶⁵ I *Yildiz mot Østerrike* var ektefellen født i Østerrike og hadde bodd der hele livet. Nasjonaliteten hadde derfor liten betydning for å avgjøre mulighetene for reetablering.

Om ektefellen snakker språket i opprinnelseslandet, er sentralt for å vurdere mulighetene for reetablering.²⁶⁶ *Boultif mot Sveits* er et eksempel på at ektefellens nasjonalitet ikke utelukkende talte mot utvisning. Kona var sveitsisk og Boultif var borger av Algerie. At fransk er et offisielt språk både i Sveits og i Algerie, ble brukt som argument for at kona kunne bli med. Det ble likevel ikke tillagt avgjørende vekt, da hun ikke kunne arabisk og heller ikke hadde noen annen tilknnytning til Algerie.

Andre momenter som trekkes frem, er om ektefellen har bodd eller vært i opprinnelseslandet, om det er en dominerende religion i opprinnelseslandet som ektefellen ikke bekjenner seg til, og om vedkommende har slektninger i opprinnelseslandet.²⁶⁷ EMD nevner også ofte at ektefellen ikke har noen «annen

²⁶² *Özturk mot Norge, Aftab mot Norge*

²⁶³ *Yildiz mot Østerrike* avsnitt 43

²⁶⁴ *Özturk mot Norge, Aftab mot Norge*

²⁶⁵ *Yildiz mot Østerrike* avsnitt 43

²⁶⁶ *Amrollahi mot Danmark* avsnitt 41, *Yildiz mot Østerrike, Boultif mot Sveits* avsnitt 53, *Tajdirti mot Nederland*

²⁶⁷ *Amrollahi mot Danmark* avsnitt 41, *Boultif mot Sveits* avsnitt 53, *Tajdirti mot Nederland*

tilknytning» til opprinnelseslandet.²⁶⁸ Dette tyder på at momentene EMD bruker, ikke nødvendigvis er uttømmende.

7.3.4 Momenter i vurderingen av om barn kan bli med utlendingen til opprinnelseslandet

7.3.4.1 Tilknytning til vertslandet

Alder ved ankomst til vertslandet er relevant.²⁶⁹ Har barnet bodd i vertslandet størsteparten av livet, taler dette for at barnet ikke kan flytte.²⁷⁰ Et annet spørsmål som stilles er om barnet er født i vertslandet. Ikke bare oppvekst, men også skolegang er sentralt.²⁷¹ I Keles mot Tyskland ble det lagt stor vekt på at barna hadde hele sin skolegang i Tyskland, og at de dermed ville få problemer i Tyrkia:

«even if the children should have knowledge of the Turkish language, they would necessarily have to face major difficulties with regard to the different language of instruction and the different curriculum in Turkish schools.»²⁷²

Barnas statsborgerskap trekkes som regel ikke frem i vurderingen av barnas tilknytning til vertslandet. I Mbengeh mot Finland ble det likevel nevnt som argument mot at barnet kunne følge med. I Üner mot Nederland og Onur mot Storbritannia talte det at barna hadde vertslandets statsborgerskap for utvisning. EMD uttalte i disse dommene at barna kunne bli med utlendingen, fordi statsborgerskapet vil gjøre det mulig å reise til vertslandet for å besøke slektninger når som helst.

7.3.4.2 Tilknytning til opprinnelseslandet

I vurderingen av om barn kan bli med til opprinnelseslandet, er alderen et sentralt element. Det avgjørende er om barnet kan anses å være i en tilpasningsdyktig alder.²⁷³ Dette innebærer at barnet lett vil kunne venne seg til et nytt miljø og lære seg et nytt

²⁶⁸ Amrollahi mot Danmark avsnitt 41, Boultif mot Sveits avsnitt 53, Yildiz mot Østerrike avsnitt 43

²⁶⁹ Sezen mot Nederland avsnitt 47, Keles mot Tyskland avsnitt 64

²⁷⁰ Ibid.

²⁷¹ Ibid.

²⁷² Keles mot Tyskland avsnitt 64

²⁷³ «adaptable age», Onur mot Storbritannia avsnitt 60, Özturk mot Norge, Aftab mot Norge

språk, og dermed at barnet ikke vil få store problemer med å flytte. I dommene Aftab mot Norge og Tajdirti mot Nederland ble barn helt opp til ti år regnet som tilpasningsdyktige. I Keles mot Tyskland, der barna var seks og 13 år, talte alderen mot utvisning.²⁷⁴

Når foreldrene er skilt, vil ikke argumentet om tilpasningsdyktig alder være like relevant. Da vil det være sentralt om barnet er i stand til å holde kontakten med den utviste forelderen eller ikke. Lav alder vil dermed tale mot utvisning, mens høyere alder vil trekke i motsatt retning.²⁷⁵

Språkkunnskaper trekkes også frem i noen dommer.²⁷⁶ I dommene der momentet er uttrykkelig vurdert, har barna vært over den tilpasningsdyktige alderen, som ellers tilsier at barnet enkelt kan lære seg et nytt språk. I Keles mot Tyskland ble det ikke tillagt avgjørende vekt at barna kunne tyrkisk, siden overgangen til tyrkisk skole likevel ville blir for stor.²⁷⁷

At barnet har samme statsborgerskap som utlendingen, brukes også som argument for at barnet kan bli med.²⁷⁸ Uavhengig av om barnet er borger av opprinnelseslandet, har det også betydning om barnet har vært eller bodd der.²⁷⁹ Vekten av eventuell botid i opprinnelseslandet vil avhenge av hvor lang tid det er snakk om.

7.3.5 Muligheter for å fortsette familielivet i et annet land

I tillegg til å vurdere om det blir vanskelig å reise til opprinnelseslandet, vurderer EMD om det er mulig for familien å etablere seg i et annet land. Dette kan være aktuelt i saker der utlendingen har oppholdt seg i et annet land eller der ektefellen kommer fra et annet land.²⁸⁰ Det vil ofte kunne være rettslige problemer for familien til å få opphold, fordi

²⁷⁴ Avsnitt 64

²⁷⁵ Se Joseph Grant mot Storbritannia, der datteren var 12 år. Alderen ble ikke kommentert, men det ble påpekt at far og datter kunne holde kontakten på e-post og telefon.

²⁷⁶ Sezen mot Nederland avsnitt 47 og Mbengeh mot Finland.

²⁷⁷ Avsnitt 64

²⁷⁸ Tajdirti mot Nederland

²⁷⁹ Sezen mot Nederland avsnitt 47, Mbengeh mot Finland, Tajdirti mot Nederland

²⁸⁰ Mehemi mot Frankrike avsnitt 36

de straffbare handlingene som danner grunnlaget for utvisning også vil kunne være et hinder for oppholdstillatelse i et annet land.²⁸¹ Utlendingens og familiens tilknytning til landet vurderes også.²⁸²

7.4 Skjerpede krav til vanskelighetene – familier uten berettiget forventning om familieliv

Både etter norsk og internasjonal rett skal det mer til for at et vedtak er uforholdsmessig av hensyn til familien, når familiemedlemmene ikke hadde noen berettiget forventning om familieliv i vertslandet da familien ble stiftet.²⁸³ I Høyesterett får forventningen kun betydning for selve *avveiningen* mellom hensynene i forholdsmessighetsvurderingen. For EMD, derimot, spiller forventningen også inn på terskelen for at utvisning skal anses å splitte familien.

I *Onur mot Storbritannia* ble det uttalt at det verken ville bli «impossible or exceptionally difficult» for familien å bli med Onur til Tyrkia.²⁸⁴ Domstolen la til grunn at familien kunne bli med. Kravet til hindringen er her etter ordlyden klart strengere enn «major difficulties», som brukes ellers.²⁸⁵ Som domstolen påpeker, var den britiske partneren til Onur klar over lovbruddet da paret bestemte seg for å gifte seg og fikk barn.²⁸⁶ Det forelå altså ingen berettiget forventning om å få fortsette familielivet i Storbritannia.²⁸⁷ Også formuleringen «insurmountable obstacles» – en uovervinnelig hindring, er brukt i slike tilfeller. Dette gjelder for eksempel *Hussain mot Norge* og *Arvelo Aponte mot Nederland*.²⁸⁸

²⁸¹ *Boultif mot Sveits* avsnitt 54

²⁸² *Amrollahi mot Danmark* avsnitt 42

²⁸³ Se også oppgavens avsnitt 8.5

²⁸⁴ Avsnitt 60

²⁸⁵ Oppgavens avsnitt 7.3.1

²⁸⁶ Avsnitt 59

²⁸⁷ Se også avvisningsdommen *Yesufa mot Storbritannia*. *Yesufa* var ankommet Storbritannia i ung alder, og hadde en britisk kjæreste og en ett år gammel datter i landet. *Yesufa* hadde allerede før det 10-årige forholdet med kjæresten ble innledet, begått sine første kriminelle handlinger. EMD brukte «impossible or exceptionally difficult» som terskel i vurderingen av mulighetene for å flytte til utlandet. Kravet var ikke oppfylt, og saken ble avvist.

²⁸⁸ Kriteriet er også brukt i dommer som gjelder brudd på utlendingsloven, bl.a. *Nunez mot Norge*, *Rodrigues da Silva og Hoogkamer mot Nederland*, *Darren Omoregie og andre mot Norge*. I tillegg bruker EMD kriteriet i dommer som gjelder oppholdstillatelser. Se f. eks. *Konstatinov mot Nederland* avsnitt 48. Dette bekrefter teorien om strengere krav der det ikke var noen forventning om familieliv.

Hensynene bak EMK støtter denne praksisen. EMK artikkel 8 beskytter det eksisterende familieliv mot inngrep fra staten. Når familien ikke hadde noen forventning om familieliv i vertslandet, vil det i mindre grad være statens ansvar å sørge for at familien ikke splittes, slik at familien selv må bære konsekvensene av utvisning. Først når det foreligger en uovervinnelig hindring, slik at reetablering ikke er mulig, vil EMD legge til grunn at familien splittes.

Det kan etter dette konkluderes med at hvis ektefellen eller utlendingen måtte forvente at utvisning ville bli aktuelt da familielivet ble opprettet, må vanskelighetene ved å flytte være større enn i andre saker for å få betydning. Da kreves det at det er «umulig eller usedvanlig vanskelig», eller at det foreligger en «uovervinnelig hindring». Kravet til en uovervinnelig hindring vil være oppfylt når foreldrene er skilt og den ene blir utvist eller der det ikke er rettslig mulig å få opphold.²⁸⁹ Det kan ikke utelukkes at kravet også kan oppfylles i andre tilfeller. At det ikke foreligger mange dommer der vilkåret var oppfylt, tilsier likevel at kravet praktiseres nokså strengt.

Både etter Høyesteretts og EMDs praksis skal det mer til for at hensynet til en familie uten forventning om familieliv skal medføre at utvisning er uforholdsmessig.²⁹⁰ Det kan derfor spørres om den egne terskelen EMD har oppstilt for vurderingen av om det foreligger noen hindring, har en reell betydning for resultatet.

7.5 Hussain og C mot Norge

At Høyesterett og EMD argumenterer forskjellig i vurderingen av om utvisningen vil medføre at familien vil bli splittet, er tydelig i dommen Hussain og C mot Norge, der Norge var klaget inn for EMD for å ha krenket EMK artikkel 8. EMD avviste klagen fordi vedtaket var klart innenfor EMK artikkel 8. Domstolene kom altså til samme resultat.

²⁸⁹ Nunez mot Norge

²⁹⁰ Det kreves ikke bare større vanskeligheter, men det må også generelt mer til for at selve utvisningsvedtaket er uforholdsmessig, oppgavens avsnitt 4.3.5.

Høyesterett²⁹¹ uttalte at det er «enighet om at familielivet var etablert før varetektsfengslingen». I og med at Høyesterett la vekt på at familielivet var etablert *før* varetektsfengslingen, forstår jeg det slik at Høyesterett mente at det var en forventning om familieliv.²⁹² I Høyesterettsdommen ble det lagt til grunn at utvisning ville medføre en splittelse av familien,

«... idet det av hensyn til C1s helse ikke er aktuelt for mor og døtre å bosette seg i Pakistan.»²⁹³

Likevel ble det konkludert med at utvisning var forholdsmessig, siden det straffbare forholdet var så alvorlig at hensynet til familien ikke kunne veie opp for det. EMD på sin side, tok utgangspunkt i at det dreide seg om en familie som *ikke* hadde noen berettiget forventning om å fortsette familielivet da den ble stiftet, fordi de giftet seg og fikk barn etter at utvisning var aktuelt. EMD la derfor til grunn sitt skjerpede krav for når utvisning medfører en familiesplittelse, selv om arrestasjonen hadde vært årsaken til at bryllupet ble utsatt. Det måtte foreligge «insurmountable obstacles» for at det kunne konstateres at utvisning ville medføre en splittelse. EMD uttalte at utvisning ikke var uforholdsmessig fordi problemene ved å bosette seg i Pakistan «were not described as insurmountable». Domstolene kom altså begge til at utvisning var forholdsmessig, men brukte forskjellig fremgangsmåte og dermed forskjellig begrunnelse.

7.6 Konklusjon

Familiens fremtid er et sentralt moment i forholdsmessighetsvurderingen både for Høyesterett og EMD. Likevel er det en vesentlig forskjell mellom domstolenes vurdering av om utvisning vil medføre en familiesplittelse. Høyesterett ser ut til å legge vekt på om familien ønsker eller kommer til å følge med den utviste til opprinnelseslandet, og ikke hva som objektivt er mulig.

²⁹¹ Rt. 1996 s. 1510

²⁹² Utgangspunktet er egentlig tidspunktet for det straffbare forholdet, men det sier ikke Høyesterett noe om. Tidspunktene kan uansett tenkes å være nærme hverandre i tid.

²⁹³ S. 1514

EMD stiller spørsmålet om familien med rimelighet kan forventes å bli med, og vurderer alltid om reetablering av familielivet i opprinnelseslandet objektivt sett er mulig. I utgangspunktet er det alvorligheten av vanskelighetene ved å flytte som vurderes, og EMD har ikke uttrykkelig oppstilt noen rettslig term for når vanskelighetene er store nok til at det foreligger en familiesplittelse. Likevel ser det i praksis ut til at EMD bare der familien vil få «betydelige vanskeligheter» ved å flytte, legger til grunn at utvisning vil splitte familien. Hvis foreldrene er skilt, eller det er rettslige hindringer for å ta opphold i opprinnelseslandet, legger EMD uten videre til grunn at utvisningen vil medføre en splittelse. Skal EMD i tilfeller der familien ikke hadde noen forventning om familieliv legge til grunn at utvisning splitter familien, må reetablering være «usedvanlig vanskelig», eller det må foreligge en «uovervinnelig hindring».

Siden Høyesterett i den foreliggende praksis hovedsakelig tar utgangspunkt i hva som i realiteten kommer til å skje, består ikke vurderingene av en systematisk gjennomgang av sakens fakta. EMD tar derimot følgende momenter i betraktning for å vurdere vanskelighetene ved reetablering:

Ektefelle

- Nasjonalitet
- Ved annen nasjonalitet enn vertslandets: Alder ved ankomst til vertslandet
- Botid i vertsland/opprinnelsesland
- Slektninger i vertsland/opprinnelsesland
- Oppholdstid i opprinnelsesland
- Språkkunnskaper
- Religion
- Annen tilknytning til opprinnelsesland

Barn

- Alder («adaptable age»)
- Språkkunnskaper
- Født i vertslandet
- Ved annen nasjonalitet: Alder ved ankomst til vertslandet
- Vokst opp i vertslandet
- Skolegang
- Botid/oppholdstid i opprinnelseslandet
- Nasjonalitet

Når jeg i det videre omtaler domstolenes vekting av en familiesplittelse, er altså en familiesplittelse noe annet i Høyesteretts enn i EMDs forstand. Som jeg vil vise i neste kapittel, gjør dette at familiesplittelsen ikke får samme vekt etter Høyesteretts praksis som etter EMDs praksis.

8 Vekten av en familiesplittelse i helhetsvurderingen

8.1 Innledning

Når det er slått fast hvordan domstolene avgjør om utvisning skal anses å medføre en familiesplittelse, blir neste problemstilling hvor stor betydning en splittelse tillegges i helhetsvurderingen. Forholdsmessighetsvurderingen i utl. § 70 og i EMK artikkel 8 (2) består av mange momenter. At en familie splittes ved utvisning, betyr derfor ikke automatisk at vedtak om utvisning er uforholdsmessig. Vekten av hensynet til familien vil variere med forholdene i den enkelte sak,²⁹⁴ og familiesplittelsen må sees i sammenheng med andre momenter i forholdsmessighetsvurderingen. I det følgende vil jeg drøfte noen viktige faktorer som spiller inn på vekten av en familiesplittelse.

I avsnitt 8.2 oppstilles utgangspunktene for vekten av en familiesplittelse i Høyesterett og EMD. I avsnitt 8.3 drøfter jeg Høyesteretts praksis nærmere, og sammenlikner den med EMDs praksis. I avsnitt 8.4 behandles betydningen av at innreiseforbudet er begrenset, og avsnitt 8.5 omhandler familiesplittelsens vekt når familien ikke hadde en berettiget forventning om å leve sammen i Norge. Kapittelet oppsummeres i avsnitt 8.6.

8.2 Utgangspunkter for vektingen

8.2.1 Høyesterett

Problemstillingen i dette avsnittet er om det at utvisning medfører en familiesplittelse, *i seg selv* kan være avgjørende for saken, eventuelt når den tillegges vekt. Etter Høyesteretts praksis kan det tenkes at familien splittes fordi familien ikke ønsker å følge med, fordi vanskelighetene med å flytte gjør det urealistisk, eller fordi det er umulig.²⁹⁵

²⁹⁴ Maslov mot Østerrike avsnitt 40

²⁹⁵ Oppgavens avsnitt 7.2

I flere av dommene der familien ikke ønsket å bli med eller vanskelighetene med å flytte har gjort reetablering urealistisk, har Høyesterett konkludert med at varig utvisning er forholdsmessig. En av dem, Hussain-dommen, omhandler en utlending som hadde kone og to døtre i Norge.²⁹⁶ Etter at det var lagt til grunn at utvisning ville splitte familien på grunn av helsen til den ene datteren, slo førstvoterende også fast at splittelsen vil medføre store belastninger for moren, som ble alene om omsorgen for to barn, hvorav ett var meget omsorgstrengende. Disse forholdene var ikke avgjørende mot det faktum at utlendingen var dømt til ti års fengsel for oppbevaring og forsøk på omsetning av ett kilo heroin.²⁹⁷ Høyesterett oppsummerte rettspraksis slik:

«Jeg tolker den foreliggende praksis slik at det ved så alvorlige narkotikaforbrytelser som her, ligger innenfor statens skjønnsmargin å utvise fremmede statsborgere, selv om dette vil ramme den utviste og hans familie hardt. Jeg nevner at det i alle de tre sakene som ble avgjort i Rt-1996-551, Rt-1996-561 og Rt-1996-568 *lå an til at utvisningen ville skille den utviste fra ektefelle og barn i Norge.*»²⁹⁸ (min utheving)

Formuleringen «ved så alvorlige narkotikaforbrytelser som her» tyder på at forholdets alvor var årsaken til at familiesplittelsen ble tillagt liten vekt.²⁹⁹ Likevel viser dommene, og særlig den siterte uttalelsen, at det er mulig å utvise selv om det betyr at familien splittes. Om utvisning er tillatt, beror etter Høyesteretts praksis først og fremst på hvilke *belastninger* splittelsen vil påføre familien.³⁰⁰

Det samme gjelder dommer der det straffbare forholdet av Høyesterett er ansett som mindre alvorlig enn i de ovennevnte. I Pakistandommen³⁰¹ var utlendingen dømt til fengsel i 8 måneder for dokumentfalsk og legemsfornærmelse av sin nevø. Høyesterett konstaterte at det var «urealistisk» at familien ville bli med til Pakistan, men begrunnet

²⁹⁶ Rt. 1996 s. 1510

²⁹⁷ Saken ble klaget inn til EMD, og avvist. (Hussain og C mot Norge)

²⁹⁸ S. 1519. I alle dommene førstvoterende nevner ble det vurdert om og lagt til grunn at familien *kunne* følge med den utviste dersom de ønsket det. Når Høyesterett uttaler at det «lå an til at utvisningen ville skille» familien, menes altså splittelser fordi familiene ikke ønsket å følge med.

²⁹⁹ Også Utvisningsdom II

³⁰⁰ Se oppgavens avsnitt 8.3

³⁰¹ Rt. 2005 s. 229

uforholdsmessigheten i belastningene splittelsen ville medføre, og ikke i splittelsen som sådan.³⁰²

Når det gjelder saker der reetablering av familielivet ikke er mulig, uttaler førstvoterende i Utvisningsdom I:³⁰³

«Retten til familieliv veier tyngst hvis en utvisning vil innebære at en familie *må* splittes.»³⁰⁴ (min utheving).

At familiesplittelsen har mer vekt når familien «må» splittes, enn når splittelsen skyldes familiens valg, er også naturlig ut fra de hensyn utvisningsinstituttet skal ivareta. Hvis familien har en mulighet til å forbli samlet, vil ikke utvisningen være like inngripende som hvis familien er tvunget til splittelse.

Høyesterett har i flere saker lagt vekt på ektefellens praktiske muligheter til å bli med til opprinnelseslandet. Det er uttrykkelig uttalt at utvisning ikke er uforholdsmessig overfor ektefellen isolert sett, fordi det er mulig å bli med.³⁰⁵ Mulighetene for reetablering brukes altså som begrunnelse for at utvisning ikke er uforholdsmessig. Når det objektivt sett er mulig for ektefellen å bli med, vil utvisning derfor som regel *ikke* være uforholdsmessig overfor ektefellen. Hvis det derimot ikke er mulig, er spørsmålet om splittelsen er tilstrekkelig til å gjøre et vedtak uforholdsmessig. Det foreligger ingen dommer som kan bekrefte det, men uttalelsen fra Utvisningsdom I innebærer i hvert fall at familiesplittelsen får mer vekt.

For barnet vil splittelsen ha den samme virkningen uansett om årsaken er den ene forelderens valg om å bli igjen i Norge eller at det ikke er mulig å flytte. Hensynet til at en splittelse skal tillegges mer vekt når den er tvungen, er dermed ikke like sterkt. I og med at det var barn involvert i Utvisningsdom I, er det likevel naturlig å anta at uttalelsen omfatter hele familien, også barna. Nunez-dommen trekker imidlertid i motsatt retning. Nunez var ikke lenger sammen med barnas far da hun ble utvist, og

³⁰² Avsnitt 55

³⁰³ Rt. 1996 s. 551

³⁰⁴ S. 559

³⁰⁵ Rt. 2005 s. 229 avsnitt 46 og Rt 2009 s. 705 avsnitt 66

videreføring av familielivet mellom Nunez og barna hennes var derfor ikke *mulig*. Høyesterett la ikke nevneverdig vekt på selve splittelsen. I stedet ble det oppstilt et krav om uvanlig store belastninger for at utvisningsvedtaket skulle anses å være uforholdsmessig. Ut fra denne dommen kan det se ut som om det er uten betydning overfor barn om reetablering av familielivet er praktisk umulig. Som jeg vil vise i avsnitt 8.3.5, var den manglende vektleggingen av familiesplittelsens årsak en av grunnene til at Høyesterett ble dømt.

Overfor ektefellen er det etter dette *nødvendig* at det er umulig å flytte til opprinnelseslandet for at utvisning skal være uforholdsmessig. På den annen side er det ikke grunnlag for å fastslå at utvisning automatisk vil være uforholdsmessig når reetablering ikke er mulig, men momentet får i hvert fall mer vekt. Overfor barn vil det, ut fra Høyesteretts premisser, ikke være like viktig hva som er årsaken til at familien splittes. Det avgjørende er hvilke belastninger splittelsen medfører. Likevel vil splittelsen i seg selv tillegges større vekt når reetablering ikke er mulig.

8.2.2 EMD

Heller ikke i EMD er det noen absolutt sammenheng mellom familiesplittelse og uforholdsmessighet. For EMD vil også de andre Boultif-kriteriene være relevante. EMD retter likevel vesentlig større oppmerksomhet mot vanskelighetene familien vil møte dersom de blir nødt til å flytte til utlendingens opprinnelsesland, enn det Høyesterett gjør. Jo større vanskelighetene er, desto større vekt får de i forholdsmessighetsvurderingen. I tilfellene der vanskelighetene kan betegnes som store, er varig utvisning som regel uforholdsmessig.³⁰⁶ Blant sakene som gjelder varig utvisning foreligger det kun to dommer der EMD konkluderte med forholdsmessighet selv om utvisning ville splitte familien.³⁰⁷ Her var imidlertid den utviste separert, noe som kan ha hatt betydning for resultatet.³⁰⁸ Motsatt vil utvisning, når det ikke er

³⁰⁶ Beldjoudi mot Frankrike, Boultif mot Sveits, Amrollahi mot Danmark, Mehemi mot Frankrike, Sezen mot Nederland, Omojudi mot Storbritannia, Keles mot Tyskland, Yilmaz mot Tyskland, Mokrani mot Frankrike

³⁰⁷ Najafi mot Sverige og Ndangoya mot Sverige.

³⁰⁸ Se oppgavens avsnitt 8.2.4

vanskelig for familien til å flytte, som regel være forholdsmessig.³⁰⁹ Hvorvidt familien vil velge noe annet, er da av mindre betydning.³¹⁰

Amrollahi mot Danmark illustrerer hvor mye som skal til for at varig utvisning er forholdsmessig når den splitter familien. Utlendingen hadde kone, barn og en stedatter i Danmark. Han var dømt til tre års fengsel for smugling og omsetning av minst 450 gram heroin, noe domstolen karakteriserte som en alvorlig forbrytelse.³¹¹ EMD kom til at familien ikke kunne bli med til Iran og dermed at varig utvisning var uforholdsmessig. EMD la til grunn at utvisningen ville skille utlendingen fra hans familie:

«... since it is de facto impossible for them to continue their family life outside Denmark.»³¹²

Et annet eksempel er dommen Mehemi mot Frankrike. Mehemi var borger av Algerie og hadde en italiensk kone og tre barn i Frankrike. Han var dømt til seks års fengsel for å ha deltatt i smugling av 142 kg hasj, noe som ifølge domstolen var et tungtveiende argument for utvisning.³¹³ Det ble lagt til grunn at familien ikke kunne reise til utlandet og varig utvisningsvedtak ble ansett å være uforholdsmessig. I tillegg til at utvisning ville splitte familien, hadde Mehemi selv sterk tilknytning til Frankrike og svak tilknytning til Algerie, noe som også kan ha spilt inn på resultatet. Likevel uttaler EMD at det avgjørende i saken var at familielivet ikke kunne fortsette dersom Mehemi ble utvist:

«...above all [in view of] the fact that the order for his permanent exclusion from French Territory separated him from his minor children and his wife, the Court considers that the measure in question was disproportionate to the aims pursued.»³¹⁴

³⁰⁹ Özturk mot Norge, Aftab mot Norge, der EMD delvis begrunner resultatet med at familien kan følge med. Jeg har ikke funnet noen dommer der utvisning har vært uforholdsmessig uten at den har medført en familiesplittelse.

³¹⁰ Kjølbrot (2005) på s. 497 fremhever at det også vil være inngripende for familien å måtte bli med den utviste.

³¹¹ «serious offence», avsnitt 36.

³¹² Avsnitt 43

³¹³ Avsnitt 37

³¹⁴ Ibid.

Også når utlendinger *uten barn* i riket utvises, kan familiesplittelsen være avgjørende. Det var for eksempel tilstrekkelig at ektefellen ikke kunne følge med i Beldjoudi mot Frankrike og Boultif mot Sveits. Der utvisning fører til en familiesplittelse, ser det altså ikke ut til at EMD gjør forskjell på familier med og uten barn. Et annet poeng er imidlertid at reetablering i opprinnelseslandet ofte vil være vanskeligere når det også er barn involvert.³¹⁵

8.2.3 Forskjellen mellom Høyesteretts og EMDs metode – Özturk mot Norge
Dommen Özturk mot Norge, der EMD overprøvde Utvisningsdom II, illustrerer at EMD legger større vekt på de objektive mulighetene for reetablering av familielivet enn det Høyesterett gjør.³¹⁶ Saken gjaldt en pakistansk mann som var utvist fordi han var idømt ti års ubetinget fengsel for blant annet ulovlig innførsel av narkotika. Høyesterett tok først stilling til om kona og de fire barna kunne forventes å flytte til Pakistan, slik også EMD gjør, og konkluderte med at det var en realistisk mulighet. Deretter uttales det:

«... selv om utvisning skulle medføre at A blir skilt fra sin familie, kan det ikke medføre at utvisning skulle ansees for å ligge utenfor den ramme EMK art 8 (2) trekker opp, når han har gjort seg skyldig i et så alvorlig og samfunnsskadelig straffbart forhold som tilfellet er.»

Høyesterett la til grunn at utvisningen kunne tenkes å medføre en splittelse av familien, men kom likevel til at utvisning er et forholdsmessig tiltak sett hen til det straffbare forholdets alvor.

EMD mente at vedtaket var klart innenfor EMK artikkel 8, og avviste klagen. I begrunnelsen ble det ikke tatt stilling til hva familien kom til å velge. EMD uttalte kun følgende:

³¹⁵ F. eks. Keles mot Tyskland avsnitt 63 og 64

³¹⁶ Rt. 1996 s. 561 (s.566)

«In the circumstances, it would not appear to have been unreasonable to expect the first applicant's wife and children to join him in Pakistan.»

EMD mente at det var mulig for familien å flytte, og fremhevet dette som en årsak til at utvisning vil være forholdsmessig, uten å gå inn på om utvisning ville vært uforholdsmessig om familien valgte å bli boende i Norge. Selv om lovbruddet var så graverende at det både for Høyesterett og EMD stod sentralt, viser dommene at domstolene vektlegger forskjellige forhold.

8.2.4 Når utlendingen ikke bor sammen med barnet

I saker der utlendingen er skilt og den andre forelderen har hovedomsorgen for barna, vil EMD som nevnt uten videre legge til grunn at utvisning splitter familien. Et spørsmål er om selve splittelsen tillegges mindre vekt i forholdsmessighetsvurderingen.

I dommene Ndongoya mot Sverige og Najafi mot Sverige var varig utvisning forholdsmessig selv om vedtakene innebar en splittelse av familien. Ndongoya kom fra Tanzania, var skilt og hadde to svenske barn i Sverige. Han ble utvist fordi han var dømt til seks års fengsel for forsettlig å ha smittet tre kvinner med HIV. Siden han og barnas mor var skilt da han ble utvist, ble det lagt til grunn at utvisningen ville splitte familien. Likevel ble ikke varig utvisning ansett å være uforholdsmessig, under henvisning til at forbrytelsens karakter var «ytterst alvorlig».³¹⁷

Også Najafi var skilt og hadde to sønner i Sverige. Han var blitt utvist som følge av en straffedom på ti års fengsel for frakt og forsøk på smugling av to kilo heroin. Varig utvisning var likevel forholdsmessig, og også denne saken ble begrunnet med det svært alvorlige lovbruddet. Dommene viser at varig utvisning kan være tillatt selv om familien splittes. En forutsetning er da at det straffbare forholdet er svært alvorlig. Det er ingen indikasjoner på at hensynet til familien hadde mindre vekt fordi foreldrene var separert. EMD presiserte tvert imot i begge dommer at utvisning vil ha alvorlige følger for utlendingens familieliv.

³¹⁷ «of the utmost gravity»

I nyere dommer fra EMD er det imidlertid kommet til uttrykk at familieenheten bør beskyttes i større grad enn separerte familier. I *Sezen mot Nederland* sier domstolen:

«... the present case does not concern a divorced father with an access arrangement, but a functioning family unit where the parents and children are living together... To split up a family is an interference of a very serious order.»³¹⁸

Sezen var dømt til fire års fengsel for en narkotikaforbrytelse. Siden familien ikke kunne forventes å bli med til Tyrkia, ble utvisning regnet for å være uforholdsmessig. Familiesplittelsen hadde stor vekt i saken.³¹⁹

Joseph Grant mot Storbritannia gjaldt en borger av Jamaica som kom til Storbritannia da han var 14 år gammel. Han hadde tre barn i Storbritannia med tre forskjellige kvinner, og hans eldste sønn hadde også en sønn. Han ble dømt til 15 måneders fengsel for narkotikahandel. Da han ble utvist var han også skilt fra sin siste kone og hans yngste datter var 14 år gammel. Det ble lagt til grunn at utvisningen ville splitte far og datter. Et tiårig innreiseforbud utgjorde likevel ikke et brudd på EMK artikkel 8, fordi:

«Without underestimating the disruptive effect that the applicant's deportation has had, and will continue to have, on Naomi's life, it is unlikely to have had the same impact as it would if the applicant and his daughter had been living together as a family.»³²⁰

Det forutsettes altså at en utvisning vil ramme mindre hardt når familien ikke bor sammen.³²¹ Selv om det straffbare forholdet var langt mer alvorlig i *Sezen mot Nederland*, ble utvisning ansett å være uforholdsmessig, mens det i *Joseph Grant* var i henhold til EMK artikkel 8 å utvise. Dommene tyder på at EMD skiller mellom familier som bor sammen og familier der foreldrene er separert.

³¹⁸ Også tidligere uttalt i *Mehemi mot Frankrike* (Nr 2) avsnitt 45, og *Olsson mot Sverige* (nr. 1) avsnitt 72

³¹⁹ Avsnitt 49

³²⁰ *Joseph Grant mot Storbritannia* avsnitt 40

³²¹ Også i *Onur mot Storbritannia*, der det ble lagt til grunn at Onur ville kunne komme tilbake etter 10 år, var vedtak om utvisning forholdsmessig under henvisning til at han var skilt, og at utvisningen ikke ville være like inngripende som i en familie som bor sammen. Avsnitt 58.

Forholdet mellom barn og forelder må likevel også vurderes konkret, og blant annet har graden av samvær betydning.³²² For eksempel vil utvisningen lettere være uforholdsmessig hvis utlendingen er den av foreldrene som har hatt omsorgen for barna. I Nunez mot Norge hadde det ikke betydning at utlendingen var skilt, fordi hun hadde hatt den daglige omsorgen for barna frem til vedtak om utvisning ble fattet, og også deler av tiden utvisningssaken pågikk. Onur mot Storbritannia viser imidlertid at det skal mye til for at skilte familier likestilles med familier som bor sammen. Her ble det lagt til grunn at det var «a close relationship» mellom far og datter, uten at splittelsen førte til uforholdsmessighet av den grunn.³²³

8.3 Nærmere om Høyesteretts vurderingstema

8.3.1 Belastningenes betydning

At Høyesterett som regel tar utgangspunkt i hva familien kommer til å gjøre, gjør at familiesplittelsen i seg selv ikke tillegges noen stor vekt.³²⁴ Vekten avhenger av hvilke *belastninger* den vil medføre for familien. Om belastningene har Høyesterett i Pakistandommen³²⁵ uttalt:

«Det normale er at en utvisning vil gripe inn i et etablert familieliv på en belastende måte så vel økonomisk, som følelsesmessig og sosialt, og lett medføre psykiske problemer. Det gjelder ikke minst når en familie skilles som følge av utvisningen. Slike belastninger vil ikke i seg selv være tilstrekkelig til å si at en utvisning er et uforholdsmessig tiltak.»³²⁶

For at et utvisningsvedtak skal være uforholdsmessig, kreves det altså noe utover den situasjonen som normalt oppstår ved utvisning. Saken gjaldt en mann fra Pakistan som var utvist fordi han var dømt til åtte måneders ubetinget fengsel for dokumentfalsk og legemsfornærmelse av sin fem år gamle nevø. Ektefelle og tre barn kunne ikke følge med til Pakistan på grunn av vanskelighetene de ville møte med hensyn til språk,

³²² Reid (2008) s. 415

³²³ Avsnitt 58

³²⁴ Oppgavens avsnitt 8.2.1

³²⁵ Rt. 2005 s. 229

³²⁶ Avsnitt 52

skolegang og husvære. Etter at dette var slått fast, gikk Høyesterett over på følgene en utvisning ville ha for familien. Barnas reaksjoner på adskillelse fra foreldrene under deres tidligere soning ble vurdert.³²⁷ Deretter ble det også tatt stilling til om moren ville være i stand til å ta vare på barna på egen hånd, og det ble påpekt at hun hadde diagnosen reaktiv depressiv tilstand. Både på grunn av barnas tidligere reaksjoner på adskillelse fra faren og på grunn av morens helsetilstand ble utvisning ansett å være uforholdsmessig.

Dommen viser for det første at to momenter er viktige når konsekvensene av utvisning skal vurderes. Det første er barnas reaksjon på adskillelsen fra utlendingen. Utlendingen vil som regel ha levd adskilt fra barnet under soning av den straffedommen som ligger til grunn for utvisning, og dette danner et utgangspunkt for vurderingen av hvordan barna kommer til å reagere ved utvisning. Ifølge Høyesterett hadde det «særlig... betydning» at begge foreldrene hadde vært borte fra barna tidligere. Det andre momentet er den gjenværende forelderens omsorgsevne. Der denne i tillegg er svekket, vil belastningene etter omstendighetene kunne medføre at utvisning ikke er forholdsmessig.³²⁸

For det andre viser dommen at det generelt skal mye til for at hensynet til familien alene gjør at et vedtak om utvisning er uforholdsmessig. Høyesterett vektla uttrykkelig at det *ikke* var snakk om «meget alvorlig» kriminalitet.³²⁹ Videre var det ikke bare dokumentert at utvisning ville innebære en stor belastning for barna, men morens tilstand var alvorlig. Hun opplevde «utrolig stress... står opp om nettene... snakker med seg selv». Fastlegen betegnet tilstanden hennes som «helsemessig og yrkesmessig kollaps». Det var altså liten tvil om at moren ikke ville være i stand til å ta seg av barna på egen hånd.

³²⁷ Moren hadde også tidligere vært dømt.

³²⁸ Også i Rt. 1996 s. 1510 vurderte Høyesterett disse to momentene.

³²⁹ Avsnitt 36, 43 og 45.

8.3.2 Skjerpede krav ved meget alvorlig kriminalitet

I saker som gjelder «meget alvorlig kriminalitet» skal det enda mer til for at utvisning er uforholdsmessig overfor familien. Polendommen³³⁰ gjaldt en borger av Polen som hadde samboer i Norge. Han var utvist med varig innreiseforbud på grunn av en straffedom på to års ubetinget fengsel på grunn av utuktig omgang med sin datter fra et tidligere ekteskap og samboerens to barn fra et tidligere ekteskap. Ingen av disse bodde hos utlendingen da han ble utvist, men han og samboeren hadde to barn sammen, som var fire og seks år gamle da saken ble behandlet av Høyesterett. Annenvoterende, med tilslutning fra flertallet, uttalte at det ved «meget alvorlig kriminalitet» skal

«... svært mye til før det kan bli tale om å anse en utvisning som et uforholdsmessig tiltak... For at utvisningen skal fremstå som et uforholdsmessig tiltak, må det kreves uvanlig store belastninger.»³³¹

Høyesterett konstaterte i dommen at det ville være mulig for familien å bli med til Polen. Deretter ble det likevel lagt til grunn at familien vil bli splittet, siden «hustruen ikke ønsker» å følge med, før det ble foretatt en vurdering av belastningene splittelsen ville påføre familien. Den eldste sønnens psykiske problemer i forbindelse med adskillelsen fra faren da han sonet fengselsstraffen, kunne ikke være avgjørende, da bevisførselen ikke ga «sikre holdepunkter for at dette var virkelig alvorlige problemer.» Utvisning ble dermed ansett å være forholdsmessig.

Første spørsmål i denne sammenheng blir hvor alvorlig forholdet må være for at det regnes som «meget alvorlig». Ordlyden gir ingen presis definisjon. To års fengsel for sedelighetsforbrytelser mot barn ble i Polendommen regnet som «meget alvorlig». Høyesterett tok hensyn til at den øvre strafferammen for de straffbare forholdene var 15 år. Dessuten var maksimumsstraffen for slike forbrytelser i ettertid hevet til 21 år, slik at synet på straffverdigheten hadde blitt betydelig skjerpet. Det vil avhenge av omstendighetene i den enkelte sak når kriminaliteten regnes som svært alvorlig, men

³³⁰ Rt. 2000 s. 591

³³¹ Rt. 2000 s. 591 (s. 600). Gjentatt i Rt 2009 s. 705, Rt. 2007 s. 667 og Rt. 2005 s. 229.

saksforholdet fra dommer som tar utgangspunkt i kravet om uvanlig store belastninger, vil kunne gi veiledning.³³²

Videre blir spørsmålet hva som er en «uvanlig stor belastning». Når Høyesterett i Pakistandommen både vurderte barnas sårbarhet og gjenværende forelders omsorgsevne, er det grunn til å anta at momentene har betydning også i saker som Høyesterett anser som «meget alvorlige». Når det gjelder vurderingen av barnas reaksjoner på en utvisning, var det ikke nok i Polendommen at sønnen hadde reagert med psykiske problemer da faren sonet fengselsstraffen, siden det ikke var bevist at det dreide seg om «virkelig alvorlige problemer.» Selv om utvisningen ville medføre en «betydelig belastning for ektefellen og barna» var ikke utvisning uforholdsmessig. Heller ikke i Hussain-dommen var en «betydelig belastning for dem alle» nok til at vedtak om utvisning ble ansett å være uforholdsmessig. Kravet til «uvanlig store belastninger» gjelder i utgangspunktet både overfor barn og voksne, slik at det kan foreligge «uvanlig store belastninger» uten at barn rammes i særlig stor grad.³³³ Det er likevel naturlig å anta at sannsynligheten for at kravet er oppfylt, er større når barn er involvert, siden de som regel er spesielt sårbare.³³⁴

8.3.3 EMDs vurdering av belastningene

I EMD vurderes belastningene en utvisning vil medføre langt sjeldnere. Dette skyldes at EMD ofte lar vanskelighetene ved å videreføre familielivet i opprinnelseslandet være avgjørende.³³⁵ Det kan se ut til at belastningene først blir vurdert der det er mer tvilsomt om utvisningen var forholdsmessig. Dette kan være tilfellet når staten har begrenset innreiseforbudet til fem eller to år.³³⁶ EMD tar også i slike tilfeller stilling til

³³² Rt 2009 s. 705, Rt. 2007 s. 667. Sml. Rt. 2005 s. 229 avsnitt 36, 43 og 45, der Høyesterett karakteriserte handlingen som «alvorlig».

³³³ Se Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 87, der Høyesterett konstaterer at utvisning ikke representerer en «uvanlig stor belastning» overfor utlendingen.

³³⁴ Jf. utl. § 70 (2)

³³⁵ Oppgavens avsnitt 8.2.2

³³⁶ Se oppgavens avsnitt 8.4

mulighetene for reetablering, før den går over på vurderingen av belastninger utvisningen vil medføre for barna.³³⁷

8.3.4 Forskjellen mellom Høyesterett og EMD

I stedet for å ta utgangspunkt i normalsituasjonen – altså at utlendingen er i Norge sammen med familien, tar Høyesterett utgangspunkt i den negative situasjonen som vil oppstå ved enhver utvisning, og krever noe utover dette for at utvisning skal være uforholdsmessig. I EØS-dommen³³⁸ presiserte Høyesterett likevel at de uheldige virkninger utvisning har for barna er relevante i den samlede vurderingen av om utvisning er uforholdsmessig, selv om de ikke skiller seg fra det som normalt vil måtte forventes. Er det på den annen side kun hensynet til barna som kan begrunne uforholdsmessighet, må konsekvensene være «uvanlig tyngende».³³⁹ Det kan dermed stilles spørsmål om Høyesterett virkelig har ment at det alltid kreves noe utover den situasjonen som vil oppstå ved enhver utvisning, tatt i betraktning at det nettopp er de negative følgende for familien som kan gjøre vedtaket uforholdsmessig. Det kan for eksempel tenkes at utgangspunktet om belastninger utover det normale kun gjelder ved alvorlig kriminalitet.³⁴⁰

Selv om Høyesteretts fremgangsmåte skiller seg fra EMDs fremgangsmåte, er det ikke gitt at den fører til et annet resultat. Dette bekreftes også av at flere saker der Høyesterett har brukt en annen fremgangsmåte, er blitt avvist av EMD.³⁴¹ At Høyesterett ikke legger like stor vekt på mulighetene for reetablering som EMD, er i utgangspunktet ikke noe problem så lenge utvisning er lovlig etter EMK artikkel 8. Høyesteretts manglende vurdering av om reetablering er mulig, gjør det likevel vanskelig å vektlegge alle hensyn på riktig måte. I de sakene EMD har avvist, har EMD kommet til at utvisning *ikke* vil splitte familien, og hensynet til familien har derfor heller ikke blitt tillagt vekt av EMD. Mener EMD derimot at utvisning vil føre til en

³³⁷ Nunez mot Norge. EMD konstaterte først at utvisning ville medføre en familiesplittelse, og gikk deretter over til å vurdere belastningene for barna.

³³⁸ Rt. 2009 s. 705

³³⁹ Avsnitt 65

³⁴⁰ Rt. 2005 s. 229

³⁴¹ Hussain og C mot Norge, Özturk mot Norge, Aftab mot Norge

familiesplittelse, vil det i så fall kunne ha avgjørende vekt, selv om utvisning ikke medfører noen belastninger utover dette.³⁴² Hvis Høyesterett ikke har foretatt noen grundig vurdering av familiens objektive muligheter for å bli med til opprinnelseslandet, men kun har avgjort at belastningene ikke er store nok, vil dette etter omstendighetene kunne medføre brudd på EMK artikkel 8.

8.3.5 Konsekvenser av forskjellene – Nunez mot Norge

At Høyesteretts manglende vektlegging av en familiesplittelse kan medføre at Norge blir dømt for brudd på EMK artikkel 8, kan illustreres av Nunez mot Norge. Dommen omhandlet en borger av den Dominikanske republikk som ble utvist fra Norge i to år for å ha søkt om oppholdstillatelse med falskt pass, og for å ha hatt ulovlig arbeid og opphold her.³⁴³ Hun var skilt og hadde to døtre som bodde sammen med faren i Norge. Høyesterett la til grunn et krav om «uvanlig store belastninger» for barna.³⁴⁴ Siden det ifølge Høyesterett ikke var noe som tilsa at barna var sterkere knyttet til sin mor enn sin far, og omsorgssituasjonen ville være tilfredsstillende selv om moren ble utvist, var konklusjonen at det ikke forelå uvanlig store belastninger, og vedtak om utvisning ble ansett å være forholdsmessig.

EMD tok utgangspunkt i at Nunez sammen med barnas far hadde vært den viktigste personen i barnas liv, og at utvisningen ville innebære en splittelse av familien.³⁴⁵ Deretter ble barnas reaksjoner på adskillelsen fra moren trukket frem, sammen med det faktum at innreiseforbudet i praksis måtte anses å være varig. I tillegg ble det trukket frem at saken hadde tatt flere år. Høyesterett hadde argumentert med at ett av hensynene bak utvisning av utlendinger som har brutt utlendingsloven, er at man skal kunne reagere raskt på lovbruddene.³⁴⁶ Siden saken hadde tatt så lang tid, gjorde ikke dette hensynet seg gjeldende i Nunez mot Norge.³⁴⁷

³⁴² Oppgavens avsnitt 8.2.2

³⁴³ Selv om dommen gjelder utvisning for brudd på utlendingsloven, viser den at EMD tillegger selve hindringen større vekt enn Høyesterett gjør.

³⁴⁴ Avsnitt 65

³⁴⁵ Avsnitt 79 og 80

³⁴⁶ Rt. 2009 s. 534 avsnitt 50

³⁴⁷ Nunez mot Norge avsnitt 82

Mens Høyesterett, i tråd med sin tidligere praksis, fokuserte på situasjonen barna ville få i Norge som følge av splittelsen, la EMD større vekt på at splittelsen var uunngåelig. For eksempel ble barnas fremtidige omsorgssituasjon i Norge brukt som argument av Høyesterett, uten at den ble nevnt av EMD. EMD trakk frem at barna ville bli igjen i Norge uten moren, og at de i praksis ville være adskilt i to år. At utvisning innebar et inngrep i EMK artikkel 8, hadde også sammenheng med andre faktorer. At moren hadde vært barnas hovedomsorgsperson gjennom hele deres liv, innebærer en vesentlig forskjell fra mange andre utlendinger som er skilt og blir utvist, der utlendingens forhold til barnet har vært begrenset til samvær.³⁴⁸ En annen avgjørende faktor var domstolenes syn på innreiseforbudets begrensning. Høyesterett la til grunn at innreiseforbudet var begrenset til to år, noe EMD ikke sluttet seg til. Vurderingen av innreiseforbudets varighet behandles i avsnitt 8.4.

8.3.6 Går Høyesterett i noen tilfeller lenger enn EMK artikkel 8 krever?

Høyesteretts fokus på belastningene familiesplittelsen medfører, kan også tenkes å gi utlendingen et sterkere vern enn det EMK gir. Selv om Høyesterett i mange saker vurderer forholdene slik at det er mulig for familien å bli med, legges det til grunn at utvisningen i realiteten vil medføre en familiesplittelse.

I dommer der EMD etter sin fremgangsmåte kommer til at utvisning ikke vil splitte familien, vil det som regel heller ikke foretas noen vurdering av om belastningene for barna tilsier et annet resultat, selv om det er nærliggende å anta at familien vil forbli i vertslandet. Høyesterett, som derimot ville sett hen til at den ene forelderen kom til å bli boende i Norge, ville, der belastningene ved å bli igjen er store nok, kommet til at utvisning var uforholdsmessig. Som vist i avsnitt 8.3.1 og 8.3.2, skal det som regel mye til for at kravet til belastningene er oppfylt, og derfor er det likevel tvilsomt om Høyesteretts praksis går lenger enn det EMK artikkel 8 krever.

³⁴⁸ F. eks. Joseph Grant mot Storbritannia og Onur mot Storbritannia.

8.4 Begrensning av innreiseforbudet

8.4.1 Betydningen av at innreiseforbudet er begrenset

Også innreiseforbudets varighet spiller inn på vektleggingen av en familiesplittelse. Utvisning med begrenset innreiseforbud er en mindre inngripende sanksjon enn varig utvisning, og et slikt vedtak kan derfor være forholdsmessig selv om varig utvisning ikke er det. Hensynet til familien får først og fremst betydning når det er snakk om varige vedtak. Dette fremgår av Rt. 2011 s. 1548, som gjaldt begjæring om utsatt iverksettelse av vedtak om plikt til å reise ut i påvente av endelig vedtak i en familiegjenforeningssak:

«Lagmannsretten har vist til Rt. 2000 s. 1725 hvor det uttales at EMK artikkel 8 vil ha svært begrenset betydning ved avgjørelser av midlertidig karakter. Ankeutvalget finner at dette som utgangspunkt fortsatt må gjelde, forutsatt at det er tale om en avgjørelse som skal gjelde for en kortere tid, jf. også Nunez mot Norge avsnitt 81.»

Selv om dommen omtaler tiden mellom utlendingens utreise og endelig vedtak om familiegjenforening, som ofte vil være kortere enn et innreiseforbud, tilsier henvisningen til Nunez mot Norge at det samme gjelder utvisningsvedtak med begrenset innreiseforbud.

Også EMD uttaler i flere dommer uttrykkelig at varig utvisning er i strid med retten til familieliv, mens utvisning som sådan hadde vært mulig.³⁴⁹ Keles mot Tyskland gjaldt varig utvisning. Keles var borger av Tyrkia, og kom til Tyskland da han var ti år gammel. Han var gift og hadde tre sønner i Tyskland. Han fikk flere forelegg og til sammen elleve måneders fengsel, hovedsakelig på grunn av fyllekjøring. Utvisning var uforholdsmessig, med den begrunnelse at sønnene, som var mellom seks og 13 år gamle, hadde bodd i Tyskland fra svært ung alder eller var født der, og at det ville bli vanskelig å tilpasse seg den tyrkiske skolen. EMD uttalte at et begrenset innreiseforbud derimot hadde vært i samsvar med EMK artikkel 8, selv om det ville medføre en familiesplittelse.

³⁴⁹ Keles mot Tyskland avsnitt 66

Det avgjørende spørsmålet er hva som skal til for at begrensningen av innreiseforbudet skal ha betydning. Dette drøftes i avsnitt 8.4.2. I avsnitt 8.4.3 er spørsmålet hvilken betydning en begrensning av innreiseforbudet har i saker som berører små barn.

8.4.2 Begrensningen av innreiseforbudet må være reell

Etter Høyesteretts praksis er det ikke nødvendig å ta stilling til utlendingens konkrete muligheter for å få opphold i Norge ved innreiseforbudets utløp, for at begrensningen skal tillegges vekt.³⁵⁰ For at begrensningen av et innreiseforbud skal få betydning i EMD, kreves det derimot at utlendingen faktisk vil kunne returnere. Det er altså sentralt å kartlegge hva domstolen visste om de fremtidige mulighetene for å komme tilbake. I dommen *Sezen mot Nederland* var familiesplittelsen avgjørende fordi det ble ansett som usikkert om *Sezen* etter ti år ville kunne komme tilbake:

«the first applicant's criminal record would normally militate against a new residence permit being issued to him for a period of ten years. ...the Government failed to indicate when, and under what conditions, such an assessment would lead to a positive decision being taken on *any* future request for a residence permit being lodged by the first applicant»³⁵¹ (min utheving)

EMD la altså til grunn at vedtaket i realiteten innebar en varig utvisning, selv om det formelt var begrenset til ti år, og utvisning ble ansett å være i strid med EMK artikkel 8. Også i *Nunez mot Norge* la EMD vekt på at innreiseforbudet, som var satt til to år, ikke kunne anses å være begrenset.³⁵² EMD uttalte:

«There is no guarantee that at the end of this period the mother would be able to return.»³⁵³

³⁵⁰ Rt. 2009 s. 534, avsnitt 69. Det foreligger ingen dommer der Høyesterett har vurdert de reelle mulighetene.

³⁵¹ Avsnitt 49

³⁵² Begrensning av innreiseforbudet har betydning både ved utvisning for straff og utvisning for brudd på utlendingsloven, og vurderingen er derfor den samme.

³⁵³ Avsnitt 81

At det var usikkert om Nunez ville kunne komme tilbake etter to år, var en av grunnene til at utvisning var i strid med EMK artikkel 8. Spørsmålet blir hvilke holdepunkter som kreves for at en begrensning skal legges til grunn.

Regjeringsadvokaten hadde anført at Nunez ikke lenger ville være forhindret fra å *søke* om oppholdstillatelse i Norge etter at to år var gått. Det var altså kun vist til de generelle reglene om oppholdstillatelser. Også i Sezen mot Nederland argumenterte myndighetene med at EMK artikkel 8 ville bli tatt i betraktning ved vurderingen av om han skulle få fornyet oppholdstillatelse. EMD påpekte at myndighetene ikke hadde angitt konkret når og under hvilke omstendigheter utlendingen kunne komme tilbake. Henvisninger til generelle regler og til en adgang til å *søke* om opphold ved innreiseforbudets utløp, tilsier altså ikke at begrensningen har en realitet.

Hva som kan kreves må også bero på en avveining mellom hensynet til utlendingen og dennes familie og de hensyn utvisningsinstituttet bygger på. En garanti for oppholdstillatelse når innreiseforbudet er utløpt, kan ikke kreves av staten. Det kan tenkes at reglene og praksis endres, eller at utviklingen av de faktiske forholdene i den konkrete saken blir annerledes enn man hadde tenkt. Etter EMDs praksis ser det likevel ut til at en begrensning av et innreiseforbud, der det er vanskelig å si noe konkret om de fremtidige mulighetene for opphold, tillegges mindre vekt.

Utlendingens vandel, som var årsaken til at det ikke kunne antas at Sezen ville kunne returnere til Nederland, vil som regel ikke reise noen problemer ved en tidsbegrenset utvisning fra Norge.³⁵⁴ Hvis vilkårene for oppholdstillatelse ikke lenger vil være oppfylt, vil derimot utvisning måtte anses som varig selv om innreiseforbudet er begrenset. Dette kan være tilfellet der den gjenværende ektefellen ikke alene er i stand til å oppfylle kravet til underhold, jf. utl. § 58, eller hvis utlendingen er skilt, og ikke oppfylder vilkårene for familiegjenforening med sitt barn i Norge, jf. utl. kapittel 6.

³⁵⁴ Utl. § 59 stiller krav til utlendingens vandel. Når utlendingen allerede har vært utvist, og innreiseforbudet ikke lenger gjelder, gjør ikke bestemmelsen seg gjeldende (Ot.prp.nr.75 (2006-2007) avsnitt 4.6).

8.4.3 Begrenset innreiseforbud i saker som berører små barn

I saker som gjelder små barn, ser det ut til at et begrenset innreiseforbud, også der det er sikkert at utlendingen kan returnere, regnes som være svært inngripende. I

Pakistandommen³⁵⁵ la Høyesterett til grunn at utvisning ville splitte familien, og anså utvisning med to års innreiseforbud å være uforholdsmessig. Høyesterett uttalte:

«Tidsbegrensningen av innreiseforbudet endrer ikke min konklusjon i lys av familiens situasjon og barnas alder.»³⁵⁶

Spørsmålet blir hva Høyesterett mer konkret viser til i uttalelsen. I det aktuelle tilfellet var barna var ni, åtte og fire år gamle. I Nunez mot Norge, der barna var ni og sju år gamle, uttalte EMD følgende om barnas forhold til innreiseforbudet:

«They would have difficulty in understanding the reasons were they to be separated from their mother... as a result of the decisions taken in the expulsion case and in the custody case, the children would in all likelihood be separated from their mother practically for two years, a very long period for children of the ages in question.»³⁵⁷

Uttalelsene tilsier at en begrensning av et innreiseforbud ikke kan tillegges like stor vekt i saker der små barn er involvert, siden to år er en veldig lang periode for barn opp til åtte-ni år, og de vil ha vanskelig for å forstå årsakene til adskillelsen. Et spørsmål i denne sammenheng er om de i det hele tatt vil kunne skjønne hva en tidsbegrensning innebærer.

I saken Mbengeh mot Finland var utlendingen utvist med fem års innreiseforbud fordi han var dømt til fire års fengsel for omsetning av heroin. Domstolen la vekt på at forholdet gjaldt narkotika, og at forbrytelsen ikke kunne betegnes som ungdomskriminalitet. Kona og sønnen kunne ikke bli med til Gambia. EMD avviste klagen under henvisning til at inngrepet var klart forholdsmessig. Om de reelle mulighetene for å komme tilbake uttalte EMD:

³⁵⁵ Rt. 2005 s. 229. Se oppgavens avsnitt 8.3.1 for saksforhold.

³⁵⁶ Avsnitt 55

³⁵⁷ Avsnitt 81

«The applicant would be able to enter Finland when a period of five years has elapsed from the Directorate of Immigration's decision of November 2004.»

EMD begrunnet ikke standpunktet nærmere. Årsaken er antakeligvis at utlendingen fortsatt var gift med en finsk statsborger, og dermed på tidspunktet for utvisningen oppfylte vilkårene for en senere oppholdstillatelse. Videre uttalte EMD:

«... the Court notes that the Directorate of Immigration took into account that aggravated offences normally resulted in the issuing of a refusal of entry into force until further notice. However, having regard to the applicant's family ties to Finland, it considered that a refusal of entry for five years was appropriate.»

EMD la altså vekt på at utlendingsmyndighetene hadde begrenset innreiseforbudet av hensyn til familien, selv om den aktuelle forbrytelsen ifølge praksis normalt medfører ubestemt innreiseforbud. Selv om de svært alvorlige lovbruddene kan tenkes å være årsaken til at innreiseforbudets lengde ble tillagt vekt selv om sønnen var under ti år gammel, viser dommen at innreiseforbudets lengde også i forholdsmessighetsvurderingen overfor små barn, kan ha betydning. Dommene gir likevel grunnlag for å slå fast at en eventuell begrensning tillegges mindre vekt når barna i familien er små.

8.5 Familier som ikke hadde noen forventning om familieliv

8.5.1 Høyesterett

Hvis det ikke har foreligget noen forventning om familieliv, vil hensynet til familien få mindre vekt.³⁵⁸ Formålet med utvisning er blant annet innvandringskontroll og allmennpreventive hensyn. Å tillegge familielivet mindre vekt kan forebygge misbruk av systemet, for eksempel ved at man får en partner etter at utvisning har blitt aktuelt. Hensynet til familien kan likevel tillegges vekt hvis hensynet til barnet tilsier det:

³⁵⁸ NOU 2004:20 avsnitt 12.3.1.4

«Hvis den utviste også har fått barn i det nye forholdet, kan imidlertid forholdsmessighetsvurderingen falle annerledes ut, først og fremst av hensyn til barnet, men også dette spørsmål må bero på en konkret vurdering av alle relevante hensyn.»³⁵⁹

Kashtanjeva-dommen illustrerer dette. En kvinne fra Kosovo hadde oppholdt seg ti måneder i landet på tross av at hun hadde pålegg om å forlate landet, og arbeidet ett år uten arbeidstillatelse etter at hun hadde fått avslag på søknad om asyl. I tillegg hadde hun søkt om asyl først syv uker etter at hun ankom Norge uten visum. Hun fikk to sønner uten lovlig opphold i Norge, etter at vedtak om utvisning var fattet. Førstvoterende uttalte at det overfor barna hadde begrenset betydning at foreldrene ikke hadde hatt noen forventning om å leve i Norge.³⁶⁰ Utvisning av moren ble ansett å være uforholdsmessig overfor barna.

8.5.2 EMDs skjerpede krav i forholdsmessighetsvurderingen

Selv om det ikke forelå en forventning om familieliv da muligheten for utvisning oppstod, vil forholdet være beskyttet etter EMK artikkel 8.³⁶¹ Hensynet til familien får da likevel også etter EMDs praksis mindre vekt i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK artikkel 8 (2).

EMD deler i praksis tilfellene med manglende forventning om familieliv inn i to. Det ene er når utlendingens oppholdstillatelse avhenger av familietilknytning i vertslandet, og de kriminelle handlingene er begått før familien ble stiftet. Her er det altså ikke bare snakk om hvilken forventning om familieliv som forelå, men også forventningen om *familieliv i vertslandet*. Det andre er der utlendingen har bodd lenge i vertslandet og oppholdstillatelsen ikke avhenger av familietilknytningen.

Arvelo Aponte mot Nederland gjaldt en utlending som var straffedømt i Tyskland før hun kom til Nederland og ble sammen med en nederlandsk mann. EMD uttalte følgende om slike saker der de involverte var klar over at den enes oppholdsstatus gjorde det usikkert om familielivet kunne fortsette i vertslandet:

³⁵⁹ Ibid.

³⁶⁰ Rt. 2011 s. 948 avsnitt 57

³⁶¹ Arvelo Aponte mot Nederland avsnitt 52

«The Court has previously held that where this is the case it is likely only to be in the most exceptional circumstances that the removal of the non-national family member will constitute a violation of Article 8.»³⁶²

I stedet for å gå gjennom Boultif-kriteriene, stiller domstolen altså opp et nokså strengt utgangspunkt for når utvisning vil være et brudd på EMK artikkel 8.³⁶³ Et slikt strengt krav kan begrunnes på flere måter. Siden spørsmålet går ut på hvem staten skal gi oppholdstillatelse, vil for det første hensynet til statens suverenitet tale for en videre skjønnsmargin. Det samme vil det faktum at utvisning er mindre inngripende overfor en familie som ikke hadde noen forventning om familieliv. EMD oppstiller derfor et strengt krav for når staten kan dømmes for brudd på EMK. I tillegg kommer at en slik vekting vil kunne forebygge eventuell misbruk. Målet er, som EMD formulerer det, å finne ut om familielivet er genuint.³⁶⁴

Spørsmålet blir hva som må til for at kravet om «eksepsjonelle omstendigheter» er oppfylt. Som nevnt kreves det også at reetablering er umulig eller usedvanlig vanskelig, eller at det foreligger en uovervinnelig hindring for reetablering, for at det legges til grunn at utvisning medfører en familiesplittelse.³⁶⁵ Det kan derfor tenkes at kravet til eksepsjonelle omstendigheter må anses å være oppfylt dersom det skjerpede kravet til hindringen er oppfylt. I så fall vil et utvisningsvedtak være uforholdsmessig dersom det er en uovervinnelig hindring for reetablering e.l. Alternativet er at det må foreligge omstendigheter utover en uovervinnelig hindring for reetablering i familielivet når den oppstiller kravet til eksepsjonelle omstendigheter. Det kan se slik ut, i og med at de to kravene som oftest oppstilles på to forskjellige steder i dommene. Et eksempel er dessuten Nunez mot Norge. Selv om det var en absolutt hindring for videreføring av familielivet, gikk EMD også inn på sakens nærmere omstendigheter.³⁶⁶ Dommen gir også et eksempel på når kravet om eksepsjonelle omstendigheter er oppfylt.³⁶⁷

³⁶² Ibid.

³⁶³ Se også Darren Omoregie mot Norge avsnitt 57, Rodrigues da Silva og Hoogkamer mot Nederland avsnitt 39, Konstatinov mot Nederland avsnitt 48

³⁶⁴ Boultif mot Sveits avsnitt 48

³⁶⁵ Oppgavens avsnitt 7.4

³⁶⁶ Avsnitt 81

³⁶⁷ Se oppgavens avsnitt 8.3.1 og 8.3.2 for en nærmere gjennomgang av dommen.

Hvis utlendingen derimot har bodd lenge i vertslandet og har en selvstendig tilknytning til landet, gjelder ikke kravet til eksepsjonelle omstendigheter. Mokrani mot Frankrike gjaldt en såkalt annen-generasjons innvandrer, som hadde bodd i Frankrike hele livet. Han var idømt fire års fengsel, herav ett år betinget, for narkotikakriminalitet. Han ble sammen med en fransk kvinne etter at utvisningssaken var opprettet. Da vedtaket var endelig hadde de vært sammen i fire år. I vurderingen av om utvisning var forholdsmessig, gikk domstolen inn på Boultif-kriteriene.³⁶⁸

Forklaringen på skillet mellom utlendinger som har bodd lenge i vertslandet og utlendinger som ikke har det, kan finnes i Üner mot Nederland. EMD viser i dommen til Boultif-kriteriene og drøfter om de er egnet til å brukes i alle saker som gjelder «etablerte migranter»,³⁶⁹ og ikke bare saker som gjelder utlendinger med familie. Domstolen slår fast at retten til privatliv etter EMK artikkel 8 omfatter alle sosiale bånd til det aktuelle landet, og at utvisning av en etablert migrant derfor vil innebære et inngrep etter EMK artikkel 8, uavhengig av om vedkommende har familie eller ikke.³⁷⁰ På denne bakgrunn konkluderer domstolen med at Boultif-kriteriene er relevante i alle saker som gjelder utvisning av etablerte migranter på grunn av straffbare handlinger.³⁷¹

I slike tilfeller har utlendingen hatt en tilknytning til riket fra før, og familien vil derfor bare være ett av flere momenter som vurderes. Et annet poeng er at *ektefellens forventning* om familieliv med utlendingen vil få betydning når Boultif-kriteriene vurderes. I saker der en etablert utlending har stiftet familie etter at den straffbare handlingen er begått, og ektefellen var klar over lovbruddet, vil hensynet til ektefellen få mindre vekt. Utlendingens selvstendige tilknytning vil uansett være det sentrale momentet for å avgjøre om utvisning er uforholdsmessig.³⁷²

³⁶⁸ Avsnitt 30. Det samme gjelder Onur mot Storbritannia avsnitt 54 og Yesufa mot Storbritannia.

³⁶⁹ «Settled migrant», avsnitt 59

³⁷⁰ Avsnitt 59

³⁷¹ Avsnitt 60

³⁷² Onur mot Storbritannia avsnitt 59 og Mokrani mot Frankrike avsnitt 35

8.5.3 Forskjellig hjemmel

Høyesterett tillegger riktignok også familielivet mindre vekt når familien ikke har hatt noen forventning om familieliv, men tendensen i norsk rett er likevel at det er forholdets alvor som danner utgangspunktet for vurderingen. Mens Høyesterett gjennom sitt krav til «uvanlig store belastninger» ved meget alvorlig kriminalitet, vurderer saken med utgangspunkt i at Norges behov for å utvise blir større, har EMD oppstilt et skjerpet krav når de involverte ikke hadde noen forventning om familieliv. Det sentrale er altså inngrepet utvisningen representerer for familien. En forklaring på denne forskjellen kan være oppbygningen av hjemlene domstolene bruker når de skal vurdere om utvisning er tillatt. Høyesterett bruker utl. §§ 67, 68 og 70. Forholdsmessighetskravet etter utl. § 70 er utformet som et unntak fra myndighetenes adgang til å utvise. Etter EMK artikkel 8 er det familielivet som skal beskyttes, og det er inngrep i denne retten som utgjør unntaket. Det er dermed naturlig for EMD å ta utgangspunkt i hva for et familieliv det i det konkrete tilfellet er snakk om å beskytte.

8.5.4 Går Høyesterett lenger enn EMK krever?

I saker der Boultif-kriteriene kommer til anvendelse, er barnets beste et relevant moment, og det kan derfor tenkes at det vil kunne veie opp for familiens manglende forventning om familieliv.³⁷³ Utover dette har ikke EMD gitt uttrykk for at det skilles mellom familier med og uten barn når det gjelder forventningen om familieliv. Høyesterett vurderer imidlertid saker som angår barn likt, uavhengig av om familien hadde noen forventning om å kunne leve sammen i Norge. Det kan derfor spørres om Høyesterett på dette området går lenger enn EMK krever. Dette gjelder i hvert fall sakene der Høyesterett ikke krever at det foreligger uvanlig store belastninger.

8.6 Konklusjon

En familiesplittelse tillegges ulik vekt i Høyesterett og EMD. Siden Høyesterett har en lav terskel for å legge til grunn at utvisning vil splitte familien, tillegges ikke en familiesplittelse vekt i forholdsmessighetsvurderingen. Høyesterett tar derimot

³⁷³ Oppgavens avsnitt 4.5

utgangspunkt i at utvisning må påføre familien belastninger utover det som normalt følger av en utvisning, for at vedtaket skal være uforholdsmessig.

Som vist i forrige kapittel, legger EMD til grunn at utvisning vil splitte familien når reetablering volder «betydelige vanskeligheter» for familien. Det skal altså mye til. Til gjengjeld er varig utvisning i slike tilfeller i strid med EMK artikkel 8, såfremt familien bor sammen. Selv om ikke EMD uttrykkelig har oppstilt noen rettslig term for når vanskelighetene ved reetablering normalt i seg selv er til hinder for utvisning, krever EMD i *praksis* «betydelige vanskeligheter.» Familiesplittelsen tillegges ikke like stor vekt der utlendingen er skilt.

Begrensning av innreiseforbudet har betydning både for Høyesterett og EMD. Forskjellen ligger i domstolenes vurdering av innreiseforbudets *reelle lengde*. Høyesterett anser det ikke som nødvendig å ta stilling til utlendingens utsikter for å komme tilbake ved innreiseforbudets utløp. EMD stiller derimot krav om at utlendingen i realiteten må ha mulighet til å returnere til vertslandet. Er mulighetene usikre, tillegges begrensningen av innreiseforbudet mindre vekt.

Både Høyesterett og EMD tillegger hensynet til familien mindre vekt i saker der det ikke var vært noen forventning om familieliv. Høyesterett skiller her mellom barn og voksne, ved at familietilknytningen til barn kan tillegges vekt selv om den er opprettet etter den straffbare handlingen. EMD skiller mellom saker der utlendingen har og ikke har selvstendig tilknytning til vertslandet. Har utlendingen en selvstendig oppholdstillatelse, følges den samme fremgangsmåten som i andre saker, men likevel slik at hensynet til familielivet får mindre vekt. Har utlendingen ingen selvstendig oppholdstillatelse, må det foreligge «eksepsjonelle omstendigheter» for at utvisning skal være uforholdsmessig.

9 Utlendingsforvaltningens praksis

9.1 Innledning

I dette kapittelet vil det gis en fremstilling av hvordan forvaltningen vurderer om utvisning vil medføre en splittelse og hvilken vekt en splittelse tillegges. I tillegg vil jeg undersøke om forvaltningens metode kan føre til et annet resultat enn om EMD hadde behandlet saken. De fleste sakene som gjelder utvisning kommer aldri opp for domstolen, men avgjøres endelig av forvaltningen.³⁷⁴ Dette gjør det interessant å sammenlikne forvaltningspraksis med praksis fra Høyesterett og EMD.

I motsetning til domstolene, skal forvaltningen i tillegg vurdere om utvisning i det konkrete tilfellet *bør* skje, selv om lovens vilkår for utvisning er oppfylt og utvisning ikke vil være i strid med EMK artikkel 8. Her vil også hensynet til familien, og dermed en eventuell familiesplittelse, kunne være relevant. Bruken av det frie skjønnet vil derfor også behandles.

I avsnitt 9.2 vil jeg si litt om grunnlaget for analysen. I avsnitt 9.3 redegjør jeg for og drøfter forvaltningens metode. I avsnitt 9.4 undersøkes konsekvensene av forvaltningens fremgangsmåte, og i avsnitt 9.5 vurderes forvaltningens utøvelse av fritt skjønn. Konklusjonen følger i avsnitt 9.6.

9.2 Grunnlaget for analysen

Jeg har analysert 10 utvisningssaker fra utlendingsforvaltningen, der utlendingen hadde familie i Norge og ble utvist på grunn av idømt straff. Alle ble påklaget, og består dermed av 2 vedtak, ett fra UDI og ett fra UNE, eller to fra UDI. Vedtakene er tatt i

³⁷⁴ NOU 2004:20 avsnitt 3.5.5.

tidsrommet 2008-2011. I tillegg til vedtak har jeg brukt andre saksdokumenter. Selv om det er få vedtak, viser de hvordan forvaltningen vurderer den aktuelle problemstillingen.³⁷⁵ Utlendingsforvaltningens praksis er grundig regulert i retningslinjer og rundskriv, og likebehandlingsprinsippet skulle derfor tilsi at andre vedtak ikke i særlig stor grad skiller seg fra dem jeg har lest. Når det gjelder tidsspennet vedtakene er fattet i, har jeg heller ikke sett noen utvikling i vurderingen av om utvisning vil medføre en familiesplittelse.

For å undersøke forvaltningens metode, har jeg først og fremst brukt vedtakene. Etter fvl. § 24 har forvaltningen en plikt til å begrunne sine vedtak. De nærmere kravene til begrunnelsens innhold følger av fvl. § 25. Bestemmelsen oppstiller regler om begrunnelse av lovhjemmel, fakta, og eventuell skjønnsutøvelse der forvaltningen har fritt skjønn. Selv om det rettslige grunnlaget og faktum som ligger til grunn for avgjørelsen fremgår av vedtaket, vil det ikke alltid være mulig å se hvordan alle de ulike hensynene er vurdert opp mot hverandre. Det er altså ikke sikkert at alt som ikke fremgår av vedtaket, ikke er *vurdert*. Likevel vil oppsettet i vedtakene kunne antyde hvordan rettskildene er brukt, mens sakens faktum og utfall vil vise hvordan reglene praktiseres.

9.3 Forvaltningens metode

9.3.1 Oversikt

Forvaltningens metode er ikke helt lik i alle saker; dette er derfor en noe forenklet fremstilling, som tar sikte på å få frem hovedtrekkene. Forvaltningen begynner alltid med å drøfte forholdets alvor, og går deretter over på forhold som kan gjøre utvisning uforholdsmessig. Alle sakene gjaldt utlendinger som hadde kommet til Norge i voksen alder, og deres egen tilknytning til riket ble derfor ikke tillagt avgjørende vekt. Deretter vurderer forvaltningen om utvisning er uforholdsmessig overfor utlendingens familie. I noen vedtak vurderes hensynet til utlendingens tilknytning gjennom familie for seg, mens det i andre vurderes sammen med hensynet til familien.

³⁷⁵ Antallet straffedømte utlendinger *med familie* i riket som utvises hvert år, registreres ikke i forvaltningen. Tallet på straffedømte utlendinger som ble utvist i 2011, er 794. (Utlendingsdirektoratet 2011)

I de fleste vedtakene forutsetter forvaltningen at det blir en familiesplittelse ved utvisning i det konkrete tilfellet, enten uttrykkelig, eller ved at den kun vurderer forholdsmessigheten med den forutsetning at familien blir igjen i Norge. Den tar da ikke stilling til om reetablering objektivt sett er mulig, eller hva det er mest sannsynlig at familien kommer til å gjøre. Når det gjelder vektingen av en familiesplittelse, presiserer både UDI og UNE i sine vedtak at en familiesplittelse ikke i seg selv gjør vedtak om utvisning uforholdsmessig. I de fleste vedtakene fra UNE uttales følgende:

«Det fremgår av så vel lovens forarbeider som rettspraksis at det, innenfor rammen av folkerettslige forpliktelser, kan fattes vedtak om utvisning selv om det kan innebære en familiesplittelse, jf. bl. a. NOU 2004: 20 s. 315.»³⁷⁶

Gjennomgangen av vedtak har vist at både UDI og UNE bruker dette utgangspunktet i alle typer saker, uansett om familien i realiteten vil kunne gjenforenes i opprinnelseslandet eller ikke. I stedet for å ta i betraktning familiesplittelsen, oppstiller forvaltningen et krav om at utvisningen, for å være uforholdsmessig, må medføre belastninger utover det som er normalt ved utvisning, eller uvanlig store belastninger, alt etter hvor alvorlig det straffbare forholdet er.

Det forelå ett vedtak der kravet til uvanlig store belastninger var oppfylt. Utlendingen hadde tre barn, det eldste med én kvinne og de to yngste med en annen. De to eldste hadde begge en sterk grad av ADHD, og den nest eldste var i tillegg autist. Av en BUPA-rapport om den nest eldste sønnen fremgikk det at

«[a]utismevisjoner av denne kvaliteten gir ekstremt utfordrende og krevende omsorgssituasjoner for foreldre»,

og at det ville være en klar risiko for overbelastning å være alene om omsorgen for gutten, med et spedbarn i familien i tillegg. UDI kom «under tvil» til at belastningen ved et utvisningsvedtak ville fremstå som et uforholdsmessig tiltak.

³⁷⁶ Også UDI uttaler flere steder at en familiesplittelse ikke har noen avgjørende betydning

Forvaltningen foretar i de fleste vedtak også en vurdering av om vedtak om utvisning er i strid med Norges internasjonale forpliktelser. De internasjonale kildene nevnes som oftest *etter* at forholdsmessighetsvurderingen er ferdig. Forvaltningen redegjør altså først for hva som ligger i forholdsmessighetskravet etter utl. § 70, og foretar en drøftelse av om de faktiske forholdene i den aktuelle saken gjør vedtaket uforholdsmessig. Deretter trekkes de internasjonale kildene inn, før forvaltningen på nytt vurderer saken, eller viser til drøftelsen av utl. § 70. Et eksempel er UDIs vedtak i sak 3:

«Etter utlendingsloven § 4 skal loven anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke utlendingens stilling. Gjennom menneskerettsloven § 2 er den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) og FN's barnekonvensjon (BK) direkte inkorporert i norsk rett. FN's barnekonvensjon (art. 3 og 9) anses ikke å gi et sterkere vern enn et som følger av EMK art. 8.

Norske domstoler har lagt til grunn at det som skal vurderes etter EMK og BK er omfattet av vurderingen etter utlendingsloven § 29 annet ledd.

Utlendingsdirektoratet har på denne bakgrunn vurdert om utvisning med fem års innreiseforbud vil være i strid med EMK art. 8 og BK art. 3, men er kommet til at det ikke er tilfelle.

Etter en helhetsvurdering mener direktoratet at utvisning i dette tilfellet står i et rimelig forhold til de negative virkninger den har for privatliv og familieliv, sett på bakgrunn av de alvorlige forhold utlendingen er dømt for.»

UNEs vedtak i den etterfølgende klagebehandlingen er også preget av standardformuleringer:

«Etter utlendingsloven § 3 skal loven anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling. Gjennom menneskerettsloven § 2 er Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) og FNs barnekonvensjon direkte inkorporert i norsk rett. Det vises for ordens skyld til at FNs barnekonvensjon (jf. (art. 3 og 9) ikke anses å gi et sterkere vern enn det som følger av

EMK artikkel 8. UNE har ved denne vurderingen særlig sett hen til EMK art. 8 og retten til respekt for familieliv

Det legges til grunn at det som skal vurderes etter EMK art. 8 (2) er omfattet av vurderingen etter utlendingsloven § 70.

UNE har på denne bakgrunn vurdert om utvisning av klageren vil være i strid med EMK art. 8, men er kommet til at dette ikke er tilfelle.

UNE er av den oppfatning at allmennpreventive hensyn tilsier utvisning i dette tilfelle. Utvisning fremmer således et legitimt formål etter EMK art. 8 (2).

I følge Rt. 1996 s. 551 (på s. 558) er det (ved vurderingen av nødvendighetskriteriet etter EMK art. 8 (2)) avgjørende om utvisningen på det grunnlag den har, står i et rimelig forhold til de negative virkninger den har for privatliv og familieliv. På s. 559 har retten blant annet uttalt at i denne sammenhengen er vurderingen av det straffbare forholdet sentral.

UNE mener at utvisningen i dette tilfelle står i et rimelig forhold til de negative virkninger den har for privatliv og familieliv, sett på bakgrunn av det alvorlige forhold klageren er straffet for og omstendighetene for øvrig. Det vises til vurderingen ovenfor.»

Som det fremgår av formuleringene, forutsetter både UDI og UNE at vurderingen etter EMK artikkel 8 allerede er omfattet av utl § 70. Det presiseres dessuten at BK ikke gir noen sterkere rett enn EMK artikkel 8, og dermed heller ikke gir noen sterkere rett enn utl. § 70, jf. utl. § 3.³⁷⁷

9.3.2 Kommentarer

For forvaltningen er det tidsbesparende om den ikke behøver å ta stilling til hvilke muligheter familien har til å bli med til opprinnelseslandet. Dette kan være grunnen til at den tar utgangspunkt i den verst tenkelige situasjonen for utlendingen og dennes

³⁷⁷ Sml. Rt. 2005 s. 229 avsnitt 37 og 38, der Høyesterett trekker inn uttalelser fra EMD i tolkningen av utvisningsbestemmelsen. Også Rt. 2000 s. 591 (s. 600).

familie, nemlig at det blir en familiesplittelse, og vurderer konsekvensene av en utvisning ut fra dette. Tankegangen ser ut til å være at om det i så fall er forholdsmessig å utvise, vil det også være forholdsmessig om det skulle vise seg at reetablering i opprinnelseslandet er mulig.

Også den noe begrensede bruken av internasjonale kilder gjør saksbehandlingen enklere. Forvaltningen legger til grunn at det som skal vurderes etter EMK og BK, allerede er omfattet av utl. § 70. Denne tolkningen gjør at forvaltningen kan vise til sin egen forholdsmessighetsvurdering etter utl. § 70, og ikke behøver å foreta noen grundig tolkning av alle relevante kilder.

Det varierer litt hvordan forvaltningen forankrer utgangspunktet, men som regel vises det til NOU 2004:20 s. 315, der det står at det innenfor rammen av folkerettslige forpliktelser kan fattes vedtak om utvisning selv om det kan innebære en familiesplittelse. Det forvaltningen som regel *ikke* vurderer, er imidlertid hva som ligger «innenfor rammen av folkerettslige forpliktelser». I og med at forvaltningen som regel viser til at norske domstoler har lagt til grunn at det som skal vurderes etter EMK er omfattet av vurderingen etter utl. § 70 (1), viser den kun til at forholdet allerede er vurdert etter § 70.

Ifølge utl. § 3 skal loven «anvendes i samsvar med» EMK og BK når disse har til formål å styrke individets stilling. EMDs praksis er altså en relevant kilde ved tolkningen av utl. § 70. Når forvaltningen uten videre konstaterer at EMK artikkel 8 er omfattet av utl. § 70, risikerer den å overse nettopp de situasjonene der menneskerettighetene styrker utlendingens stilling. Det kan for eksempel tenkes at utvisning etter EMDs praksis vil medføre en familiesplittelse, mens splittelsen etter Høyesteretts praksis ikke vil påføre familien store belastninger. Da vil forvaltningen konkludere med at utvisning er forholdsmessig, mens det er stor sannsynlighet for at EMD ville tillagt splittelsen avgjørende vekt.³⁷⁸ Da er ikke utvisningen nødvendigvis «innenfor rammen av folkerettslige forpliktelser.» Også når en eventuell begrensning av

³⁷⁸ I *Yildiz mot Østerrike* avsnitt 43 presiserte EMD at mulighetene for å flytte skulle vært vurdert selv om innreiseforbudet var begrenset.

innreiseforbudet etter EMDs praksis ikke kan legges til grunn, vil internasjonal rett stille utlendingen sterkere, noe forvaltningen ikke har mulighet til å oppdage.³⁷⁹

I noen vedtak vises det til NOU 2004:20 s. 307 og 308, som viser til Rt. 2000 s. 591, der Høyesterett kom til at utvisning var forholdsmessig selv om familien kom til å bli splittet. Det som ikke presiseres hverken i forarbeidene eller vedtakene, er at Høyesterett uttrykkelig uttalte at det i den aktuelle saken ville være mulig for familien å reise til Polen. Grunnen til at utvisningen ville medføre en familiesplittelse, var konas ønske om å bli i Norge. Dommen alene gir altså ikke grunnlag for å fastslå at Høyesterett ikke legger vekt på en familiesplittelse når reetablering er vanskelig.

Forvaltningens praksis gjenspeiler altså Høyesteretts metode, selv om den er litt forenklet. Å bruke slike forenklede versjoner av rettssetninger som er oppstilt i rettspraksis, er nødvendig for å sikre effektivitet i forvaltningens behandling.³⁸⁰ Likevel er det da viktig at de rettssetningene som brukes er så presise som mulig. Noen av reglene som brukes i dag bygger på en unøyaktig fortolkning av rettskildene og gjør det derfor vanskelig å foreta en riktig avveining mellom de ulike hensynene. I det følgende bruker jeg noen av vedtakene for å undersøke om sakene ville fått et annet utfall med EMDs metode.

9.4 Illustrasjon av konsekvensene

9.4.1 Oversikt

For å vise hvordan forvaltningens praksis slår ut i ulike saker, har jeg valgt ut tre saker der utlendingens familiesituasjon er forskjellig. Den første omhandler et ektepar uten barn. I den andre var utlendingen separert og hadde en sønn i Norge. Den tredje gjelder en familie med tre barn, der foreldrene fortsatt var sammen. I noen vedtak har forvaltningen gått litt lenger enn vanlig i tolkningen eller nevnt noen momenter om hvorfor familien kan bli med til opprinnelseslandet. Jeg gir i avsnitt 9.4.5 noen eksempler på slike vurderinger. Som følge av behovet for en effektiv saksbehandling,

³⁷⁹ Oppgavens avsnitt 8.4

³⁸⁰ Eckhoff (1997) s. 222

fører dette som regel ikke lenger enn de standarder forvaltningen bruker ellers. Dette er eksempler der metoden kan gjøre at *begrunnelsen* blir feil eller upresis, men ikke nødvendigvis er avgjørende for resultatet i saken.

9.4.2 Sak 4 – Uten barn, norsk ektefelle

Sak 4 gjelder en kvinne fra Ghana som kom til Norge på familiegjennforening med sin norske ektefelle. Hun bodde i Norge i tre år før hun ble utvist som følge av en straffedom for grov narkotikakriminalitet. Hun var dømt til fire års fengsel for å ha smuglet 8,2 kilo kokain fra Tyskland til Norge.³⁸¹ Hun var også dømt for at hun i forbindelse med narkotikavirksomheten hadde mottatt, vekslet og sendt ut av Norge til sammen rundt 500 000 kroner.³⁸² I svaret til forhåndsvarselet ble det anført at den norske ektefellen ikke ville kunne finne seg jobb i Ghana, og at utvisningen ville medføre en familiesplittelse. UDI valgte å utvise utlendingen med varig innreiseforbud. UDI gikk ikke inn på hensynet til ektefellen og hvilke muligheter ekteparet hadde til å forbli samlet:

«... utlendingen er gift med norsk borger og har familie i riket i form av en søster. Denne tilknytningen kan likevel ikke tillegges avgjørende vekt, forholdets alvor tatt i betraktning.»

Saken ble klaget inn til UNE, og anførselen om at familien ville splittes for alltid, ble gjentatt. Heller ikke UNE tok stilling til hvilke vanskeligheter ektefellen ville møte dersom vedkommende ble med den utviste til Ghana, men uttalte:

«Når det gjelder hensynet til ektefellen, viser UNE til vurderingen ovenfor om at familiesplittelse som følge av utvisning ikke i seg selv er et forhold som innebærer at utvisning er uforholdsmessig. UNE har merket seg anførselene om at ekteparet er sterkt knyttet til hverandre, men finner ikke å kunne tillegge dette avgjørende vekt, sett hen til de alvorlige forhold klageren er straffet for. Det er i dette tilfellet ikke opplyst om forhold som tilsier at ektefellen ved utvisningen vil påføres belastninger utover det normale. Videre har UNE merket seg anførselen om at ektefellen ikke vil kunne finne

³⁸¹ Jf. strl. § 162 (1) og (3) 1 pkt., jf. (5)

³⁸² Jf. strl. § 317 (1) og (4)

seg jobb i Ghana, og at forholdene der er vanskelige. UNE finner imidlertid at dette ikke kan tillegges vekt, forholdets alvor tatt i betraktning. UNE bemerker også at det ikke foreligger noe formelt hinder for at ektefellen kan ta opphold i klagerens hjemland.

UNE har i sin vurdering forutsatt at utvisningen vil medføre en familiesplittelse, men finner ikke at det gjør at et vedtak om utvisning vil være et uforholdsmessig tiltak ovenfor klageren eller hennes ektefelle.»

UNE forutsatte at utvisningen ville medføre en familiesplittelse. Imidlertid ble det presisert at det ikke var noen formelle hindringer for at ektefellen kunne ta opphold i Ghana. Dette kan tyde på at UNE tillot det vekt at det ikke var *umulig* å gjenforenes i opprinnelseslandet.

Etter EMDs praksis ville flere momenter ha blitt tatt i betraktning.³⁸³ I denne saken hadde det særlig vært relevant å vurdere alvorligheten i det straffbare forholdet, ekteskapets varighet og vanskelighetene ektefellen vil møte i Ghana.³⁸⁴ Det interessante er likevel først og fremst om en slik vurdering ville ført til et annet resultat. Det finnes flere eksempler på at EMD har kommet til at det foreligger brudd på EMK med den begrunnelsen at ektefellen ikke kunne bli med.³⁸⁵

Utlendingen var dømt til fire års fengsel, som UDI og UNE definerte som en «svært alvorlig narkotikaforbrytelse» og «meget alvorlig». Også etter EMDs praksis regnes slik narkotikakriminalitet som svært alvorlig.³⁸⁶ Både alvorlighetsgraden og det at forholdet gjaldt narkotika, gjør ikke bare at utvisning lettere blir å anse som forholdsmessig, men det betyr også at staten tilkjennes en videre skjønnsmargin. Paret hadde bodd sammen i tre år da utlendingen ble utvist. Selv om det kan argumenteres for at dette er en lang periode, vil ikke hensynet til ekteskapets enhet være like sterkt som for eksempel i Beldjoudi mot Frankrike, der ekteparet hadde levd sammen i 20 år da EMD overprøvde saken. Et annet forhold som gjorde utvisning uforholdsmessig i Beldjoudi mot Frankrike, var at det kunne tenkes å være rettslige hindringer for at ekteparet kunne

³⁸³ Boultif mot Sveits

³⁸⁴ Boultif mot Sveits avsnitt 48

³⁸⁵ Beldjoudi mot Frankrike og Boultif mot Sveits

³⁸⁶ Sezen mot Nederland avsnitt 43

reetableres i Algerie. Som UNE påpekte, var det ingen formelle hinder for å reise til Ghana. UNE vurderte ingen andre vanskeligheter ved å flytte til Ghana. I Boultif mot Sveits kom domstolen til at kona ikke kunne bli med til Algerie fordi hun ikke kunne arabisk og aldri hadde bodd der. I Ghana er det offisielle språket engelsk, og i og med at engelsk er det første fremmedspråk i norske skoler, er det ikke sikkert at argumentet ville gjort seg gjeldende i denne saken. Om ektefellen kunne engelsk, kunne likevel vært undersøkt. Han hadde dessuten mest sannsynlig aldri bodd i Ghana.

Et annet forhold som ikke ble vurdert, var ektefellens tilknytning til Norge.³⁸⁷ I og med at ektefellen var norsk statsborger og tilknytningen til Norge sterk, ville reetablering i Ghana medføre en stor omveltning.³⁸⁸ At ektefellen kunne tenkes å få vanskeligheter med å finne seg arbeid, er derimot ikke i seg selv avgjørende. I og med at det ikke foreligger noen dom fra EMD der saksforholdet var noenlunde likt, er det ikke mulig å si sikkert om EMDs metode ville ført til et annet resultat. Ut fra kriteriene EMD har oppstilt, ser det ikke ut til å ha gjort noen forskjell at forvaltningens fremgangsmåte er en annen enn den EMD bruker.

9.4.3 Sak 6 – Barnefamilie der foreldrene er separert

Sak 6 gjelder en borger av Russland som var separert og hadde en seks år gammel sønn i Norge. Han ble dømt til fengsel i to år og fire måneder for å ha oppbevart 813 gram metamfetamin, og for besittelse av en 9 millimeter pistol samt ammunisjon til denne.³⁸⁹ UDI utviste ham med fem års innreiseforbud. UDI uttalte følgende om konsekvensene av utvisningen for familien:

«Når det gjelder utlendingens tilknytning til riket har direktoratet sett hen til at utlendingen og hans tidligere ektefelle i henhold til folkeregisteret har vært separert siden 25.03.2009. Partene har ett barn, født x.x.2003. Det er opplyst av barnets mor at han har jevnlig kontakt med sin sønn. Før ovennevnte ble domfelt hadde han delt omsorg med barnets mor.

³⁸⁷ Oppgavens avsnitt 7.3.3

³⁸⁸ Beldjoudi mot Frankrike avsnitt 78

³⁸⁹ Jf. strl. § 162 (1) og (2) og våpenloven § 33, jf. strl. §§ 62 og 63

Direktoratet har vurdert om utvisning med 5 års innreiseforbud vil utgjøre et uforholdsmessig tiltak overfor barnet. En utvisning vil vanskeliggjøre samværet med barnet. Det at utvisning fører til at familiemedlemmer splittes, er ikke i seg selv noe som gjør utvisning uforholdsmessig. Det vises i denne sammenheng til Rt. 2000 s. 591, der det fremgår at det vil være normalsituasjonen at et vedtak om utvisning griper inn i familiesituasjonen på en belastende måte, som følge av at en må legge til grunn at familien blir adskilt ved utvisningen.»

Saken ble påklaget, men UDI fant ikke grunn til å omgjøre sitt eget vedtak. UNE uttalte følgende i sin vurdering av saken:

«Etter UNEs syn skiller ikke barnets situasjon seg fra en normalsituasjon på en slik måte at utvisningsvedtaket kan anses uforholdsmessig overfor ham. Barnet vil fortsette å bo sammen med sin mor, og det er ikke opplyst at barnets omsorgssituasjon ikke vil være tilfredsstillende ivaretatt selv om klageren utvises. Det vil videre være mulig å opprettholde kontakten med saksøkeren i utvisningsperioden via telefon, internett, besøk i klagerens hjemland eller liknende.

Etter en helhetsvurdering finner UNE at belastningen for barnet ikke er av en slik art at vedtak om utvisning vil være et uforholdsmessig tiltak, forholdets alvor tatt i betraktning. UNE viser i denne sammenheng også til at innreiseforbudet er begrenset til fem år av hensyn til barnet.»

Også i denne saken betegnet både UDI og UNE forholdet som «alvorlig» og «meget alvorlig». Som nevnt, tilkjenner EMD statene et større spillerom ved narkotikakriminalitet. Forvaltningens metode skiller seg også i denne saken klart fra EMD. Siden foreldrene var skilt, la både UDI og UNE til grunn at utvisning ville splitte familien. I tråd med norsk praksis, ble det fokusert på om utvisningen vil medføre uvanlig store belastninger. Omfanget av samværet med sønnen ble ikke tatt i betraktning. Vedtaket er et eksempel på at det etter norsk rett hovedsakelig vurderes om omsorgssituasjonen i Norge er tilfredsstillende. Dette fører særlig til at to momenter ikke tillegges nok vekt.

Det første er realiteten i innreiseforbudet. Selv om innreiseforbudet ble begrenset av både UDI og UNE, ble det ikke tatt stilling til de reelle mulighetene for å komme tilbake. Det foreligger heller ingen andre vedtak der forvaltningen uttrykkelig tar stilling til om utlendingen kan komme tilbake til Norge når innreiseforbudet er utløpt. Jeg antar at forvaltningen, i tråd med Nunez-dommen,³⁹⁰ legger til grunn at muligheten til å søke på linje med andre etter innreiseforbudets utløp er tilstrekkelig til at et begrenset innreiseforbud taler for at utvisning er forholdsmessig.³⁹¹

EMD tar derimot i betraktning hvor langt innreiseforbudet i realiteten vil vare. I denne saken ser det ut til å være to alternative muligheter til å få opphold etter fem år, men begge er usikre. Det ene alternativet er spesialisttillatelse, jf. utl. kapittel 3, og det andre er familiegjenforening, jf. utl. kapittel 6. Når det gjelder mulighetene for å få spesialisttillatelse, gir ikke sakens dokumenter grunnlag for å slå fast at han hadde noen høyere utdanning. Det fremgår derimot av kommentar til forhåndsvarselet om utvisning, at han i hvert fall ikke hadde noen utdanning i hjemlandet. Vilkårene for spesialisttillatelse etter utl. § 23 ser dermed ikke ut til å være oppfylt.

Når det gjelder muligheter for å få familiegjenforening, kan en utlending som har barn og ektefelle i riket søke om familiegjenforening med partneren etter utl. §§ 40 eller 41. Er foreldrene skilt, finnes det derimot ingen hjemmel i loven for gjenforening mellom forelder og barn. Kravene for å få oppholdstillatelse i familiegjenforening med et barn, er for det første at barnet er norsk statsborger, og for det andre at utlendingen bor sammen med barnet, eller har bodd sammen med barnet eller utøvd samvær av et visst omfang de siste årene, jf. utl. §§ 44 og 45. En søknad om opphold etter at utlendingen i sak 6 har vært utvist, vil derfor måtte behandles etter utl. § 49. Da må «sterke menneskelige hensyn» tilsi at oppholdstillatelse gis. Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen er praktisk i tilfeller hvor utlendingen har en familietilknytning til riket som ikke er sterk nok til at det foreligger et rettskrav på opphold.³⁹² UDI presiserte følgende om de reelle mulighetene for å få opphold etter utl. § 49 ved innreiseforbudets utløp:

³⁹⁰ Rt. 2009 s. 534 avsnitt 69

³⁹¹ Oppgavens avsnitt 8.4

³⁹² NOU 2004:20 s. 96

«Dersom utlendingen har hatt tidligere samvær med barnet eller bodd sammen med dette, har opprettholdt kontakt med barnet i den perioden han/hun har vært utvist og skal ha samvær av et visst omfang fremover i tid, jf utlendingsforskriften § 9-3, så er det brukbare/gode muligheter for å få en tillatelse. Dersom søkeren aldri har hatt samvær med barnet før er mulighetene til å få oppholdstillatelse små.»³⁹³

Utfallet vil altså bero på en konkret vurdering. Uttalelsen oppstiller to ytterpunkter for når utlendingen *ikke* kan få opphold og når mulighetene er «brukbare/gode». Det er altså ikke utelukket at en skilt eller separert utlending som blir utvist, senere kan få opphold i familiegjennforening med barnet. Likevel må utsiktene anses å være nokså usikre. Siden forvaltningen begrenser innreiseforbudet for at utvisningen skal være forholdsmessig, bør det i det minste presiseres hvilke muligheter som foreligger.³⁹⁴

Det andre momentet er familiesplittelsen som sådan. UDI og UNE bruker utgangspunktet om at en familiesplittelse i seg selv er avgjørende uavhengig av hva som er årsaken til en eventuell familiesplittelse. Dermed får heller ikke *vektingen* av en familiesplittelse mer vekt når videreføring av familielivet er vanskelig eller umulig.³⁹⁵ Ektefellene var separert, slik at barnet ikke kunne bli med faren. Splittelsen tillegges i denne saken likevel tilsynelatende samme vekt som i saker der foreldrene ikke er skilt, og der det ikke foreligger noen rettslige hinder for å bli med. En annen sak er at det er visumplikt i Russland, slik at regelmessige besøk kan bli vanskelige av den grunn, spesielt tatt i betraktning at utlendingen ikke hadde noen utdanning i hjemlandet og heller ingen jobb eller et sted å bo. Når begrensningen av innreiseforbudet ikke kan legges til grunn, er derfor sannsynligheten for at hindringen for familieliv gjør utvisning til et uforholdsmessig tiltak, stor.³⁹⁶

³⁹³ Anthonisen (2012)

³⁹⁴ Oppgavens avsnitt 8.4.2

³⁹⁵ Rt. 1996 s. 551 (s. 559)

³⁹⁶ EMD legger som hovedregel til grunn at varig utvisning er uforholdsmessig hvis den splitter familien (oppgavens avsnitt 8.2.2).

Til dette kan det innvendes at EMD tillegger splittelsen mindre vekt når foreldrene er skilt.³⁹⁷ Som det fremgikk av både kommentar til forhåndsvarsel fra kona, og i klageomgangen, hadde foreldrene delt omsorg inntil utlendingen ble dømt. Det straffbare forholdet er dessuten ikke sammenliknbart med det straffbare forholdet i de to eneste dommene EMD har lagt til grunn at varig utvisning er forholdsmessig, på tross av at utvisning ville medføre en familiesplittelse.³⁹⁸ I denne saken kan det dermed se ut til at EMD ville kommet til at utvisning utgjorde et brudd på EMK artikkel 8, selv om det straffbare forholdet var svært alvorlig og skjønnsmarginen vid.

9.4.4 Sak 9 – Barnefamilie der foreldrene er sammen

Sak 9 gjaldt en borger av Kosovo med kone og tre barn i Norge, som alle hadde fått norsk statsborgerskap. Han var dømt til 6 måneders fengsel for å ha medvirket til produksjon av flere falske utenlandske dokumenter.³⁹⁹ Kona var sterkt plaget med angst og gjenopplevelser av vonde minner fra krigen i Kosovo. Hun var også fullstendig analfabet og helt avhengig av tolk for å kunne gjøre seg forstått i Norge. UDI uttalte følgende om familiens situasjon:

«UDI merker seg anførselene i tilsvaret. UDI finner imidlertid ikke at de nevnte forhold tilsier at barna vil lide uvanlige store belastninger, utover den forventede belastning en splittelse av familien vil medføre.

UDI har blant annet merket seg vurdering i dommen fra Jæren tingrett hvor det ble lagt til grunn at ektefellen er i arbeid samt at ektefellens manglende lese- og skrivekunnskaper ikke kan få særlig betydning for straffutmålingen sett hen til sakens alvorlige karakter.

UDI legger til grunn at kontakten mellom utlendingen og hans familie kan opprettholdes gjennom besøk i Kosovo så lenge innreiseforbudet varer.

³⁹⁷ Oppgavens avsnitt 8.2.4

³⁹⁸ I *Ndangoya mot Sverige* og i *Najafi mot Sverige* var straffedommene hhv. 6 års fengsel for grov legemsbeskadigelse og 10 års fengsel for forsøk på smugling av 2 kg heroin.

³⁹⁹ Jf. strl. § 182

UDI mener således at utvisning med et innreiseforbud på to år ikke er å anse som et uforholdsmessig tiltak. UDI bemerker at straffbare forhold av slik karakter kan danne grunnlag for utvisning av lengre varighet enn to år. Innreiseforbudet er satt ned til to år av hensyn til utlendingens barn og ektefelle.»

«UDI mener det vil være en ulempe for barna at far utvises for to år, da kontakten med far er viktig for barn i alle aldre. Far og barna vil imidlertid kunne gjenforenes i Norge når barna er henholdsvis 14, 13 og 8 år gamle.»

I klagen ble det anført at kona på grunn av sin analfabetisme vanskelig ville kunne følge opp barna på skolen. UNE mente at det ikke innebar en uvanlig stor belastning:

«UNE har i sin vurdering forutsatt at utvisningen vil medføre en familiesplittelse, men finner ikke at det gjør at et vedtak om utvisning vil være et uforholdsmessig tiltak ovenfor klageren eller hans ektefelle.

UNE har merket seg anførselene i klagen om klagerens ektefelles angstplager, samt at hun er analfabet. UNE mener dette ikke er forhold som vil gjøre en utvisning uforholdsmessig i forhold til klagerens ektefelle.»

«UNE legger til grunn at barnet vil få en tilfredsstillende omsorgssituasjon gjennom sin mor selv om far utvises fra Norge. For den tid innreiseforbudet består kan kontakten opprettholdes gjennom telefon, brev og internett, samt ved besøk i klagerens hjemland. Det er ikke fremlagt noen dokumentasjon på at utvisning i dette tilfellet vil gripe inn i familielivet på en ekstraordinær måte. UNE har sett hen til anførselene om at ektefellen har psykiske plager, og at hun på grunn av språkproblemer vil ha problemer med å følge opp kommunikasjon med skole og barnehage. De anførte forholdene framstår ikke som eksepsjonelle.

Det vises i denne sammenheng også til at innreiseforbudet i denne sak tidsbegrenses til to år av hensyn til klagerens ektefelle og barn.»

UNE presiserte at et vedtak med fem års innreiseforbud ville ha vært uforholdsmessig, men kom til at vedtaket om utvisning med to års innreiseforbud var i tråd med utl. § 70 og EMK. UNE vurderte ikke uttrykkelig det straffbare forholdets alvorlighetsgrad, men

gikk rett over på en vurdering av hensynet til utlendingen og dennes familie. UNE forutsatte uttrykkelig at utvisningen ville medføre en familiesplittelse, og eventuelle vanskeligheter med å bli med utlendingen til Kosovo ble derfor ikke vurdert. UNE fant da heller ikke at splittelsen kunne gjøre utvisning uforholdsmessig.

Familien ser imidlertid ut til å ha sterk tilknytning til Norge og ikke til Kosovo. Hele utlendingens familie hadde ervervet norsk statsborgerskap. Barna hadde med andre ord tilbragt størstedelen av livet i Norge. De to eldste hadde hatt hele sin skolegang i Norge, i tillegg til at i hvert fall den eldste ikke lenger var i en tilpasningsdyktig alder. I Keles mot Tyskland, der utlendingen hadde fått flere forelegg og til sammen elleve måneders fengsel, hovedsakelig på grunn av fyllekjøring, uttalte EMD at det ikke kunne være relevant om barna snakket litt tyrkisk, i og med at de uansett ville ha vanskeligheter for å følge skolegangen i Tyrkia. Det kan altså tenkes at EMD ville lagt til grunn at reetablering ville medføre «betydelige vanskeligheter», og dermed tillagt splittelsen større betydning enn det UDI og UNE har gjort.⁴⁰⁰

I Keles mot Tyskland ble det uttalt at begrenset utvisning ville vært forholdsmessig, men at varig utvisning lå utenfor rammen av EMK artikkel 8. Her forelå imidlertid ingen andre omstendigheter enn vanskelighetene ved gjenforening i opprinnelseslandet som kunne gjøre utvisningen uforholdsmessig. I sak 9 var det i tillegg andre forhold som ville gjøre splittelsen vanskelig for familien – morens psykiske problemer, analfabetisme og avhengighet av tolk. Barna ville være nødt til å håndtere kontakten med skolen. Selv om disse forholdene ikke utgjør uvanlig store belastninger etter norsk rett, kan det tenkes at de etter EMDs praksis gjør en toårsperiode uten faren vanskelig nok til at utvisning er uforholdsmessig, tatt i betraktning at det ikke er et alternativ å reise til Kosovo.

Også her ville EMD vurdert innreiseforbudets reelle lengde. I og med at foreldrene er sammen, vil utlendingen kunne søke om familiegjenforening med kona. Et spørsmål er likevel om kona med sine problemer vil være i stand til å oppfylle kravet til underhold i utl. § 58. I og med at hun var i arbeid da vedtak om utvisning ble fattet, er det likevel

⁴⁰⁰ Oppgavens avsnitt 8.6

tvilsomt om forvaltningen burde tatt slike forhold i betraktning. Et annet forhold er imidlertid saksbehandlingstiden for behandling av søknader om oppholdstillatelser i UDI. Ifølge UDI behandles 80% av alle familiegjeforeningssøknader i løpet av seks måneder. Denne tiden må legges til de to årene innreiseforbudet varer.⁴⁰¹ Poenget er særlig relevant i saken fordi UNE selv presiserte at utvisning med fem år hadde vært uforholdsmessig.

At det straffbare forholdet etter EMDs praksis og norsk praksis må anses som mindre alvorlig enn de to foregående sakene, og derfor i mindre grad er avgjørende, gjør også at EMDs metode ville gitt et sikrere grunnlag.⁴⁰² Det er likevel ikke grunnlag for å si at EMD i denne saken ville konkludert med at utvisning var i strid med EMK artikkel 8.

9.4.5 Eksempler på forvaltningens tolkning av rettspraksis

9.4.5.1 Gjenforening i opprinnelseslandet

I noen vedtak har UNE tolket forholdsmessighetsvurderingen i lys av EMK og EMDs praksis. UNE har flere ganger uttalt følgende:

«Et sentralt element i EMDs avgjørelser er hvorvidt familiemedlemmene har mulighet til å gjenforenes i hjemlandet. Generelt er det grunnlag for å si at EMD krever relativt store oppofrelser av familiemedlemmene i denne sammenheng.»

EMDs terskel for når utvisning vil splitte familien, er avhengig av om det forelå en forventning om familieliv eller ikke. Når utlendingen hadde forventning om familieliv, er det graden av vanskelighetene som avgjør vekten, men likevel slik at det må foreligge betydelige vanskeligheter for at det skal få avgjørende betydning. Hadde familien derimot ingen berettiget forventning om familieliv i vertslandet, må det være

⁴⁰¹ Dersom utlendingen søker om oppholdstillatelse mens innreiseforbudet fortsatt løper, kan søknaden avslås, jf. utl. § 59.

⁴⁰² Se f. eks. Keles mot Tyskland, der EMD i avsnitt 59 uttalte at selv om trafikkforbrytelser utgjorde en stor fare, la domstolen vekt på at klageren «kun» var dømt til fem og seks måneders fengsel.

en uovervinnelig hindring for gjenforening. Det kan altså ikke gis en generell definisjon på hva EMD krever i saker som gjelder utvisning på grunn av ilagt straff.⁴⁰³

UNE brukte den ovenfor siterte fortolkningen i to forskjellige saker. I den ene hadde utlendingen ektefelle og datter i riket. Den andre gjaldt en familie der foreldrene hadde vært separert, men blitt sammen igjen etter at UDI hadde fattet vedtak. At UNE bruker samme rettssetning i saker der det *var* en forventning og der det *ikke var* noen forventning, kan tyde på at EMDs nyanser ikke er tatt i betraktning.

Et annet poeng er at UNE, etter å ha slått fast at det er et sentralt element, ikke i de konkrete sakene vurderer om familiemedlemmene har mulighet til å gjenforenes. I sak 1 var ektefellen opprinnelig fra samme land som utlendingen, og UNE nøyde seg derfor med å slå fast at det ville bli lettere å følge med utlendingen til opprinnelseslandet. I og med at EMD selv uttrykkelig har sagt at det er *graden* av vanskelighetene som skal vurderes, ville domstolen gått inn på en nærmere vurdering av familiens muligheter enn det UNE gjorde.

I sak 2 fant UNE at tilknytningen gjennom samboeren på grunn av «omstendighetene rundt etableringen av forholdet» ikke kunne tillegges avgjørende vekt. Siden UNE her la til grunn at hensynet til samboeren uansett ikke kunne få avgjørende vekt, ble det antakeligvis ansett som unødvendig å gå inn på noen nærmere vurdering. EMD ville derimot likevel vurdert om det forelå en uovervinnelig hindring.

9.4.5.2 Boultif-kriteriene

I sak 4 ramser UNE opp alle Boultif-kriteriene. Uten noen videre anvendelse av kriteriene uttaler UNE at vedtaket ikke er i strid med EMK artikkel 8:

«UNE finner at utvisningen i dette tilfellet står i et rimelig forhold til de negative virkninger den har for privatliv og familieliv, sett på bakgrunn av det meget alvorlige straffbare forhold klageren er straffedømt for. Det vises til vurderingen over.»

⁴⁰³ Oppgavens avsnitt 7.3.1 og 7.4

I «vurderingen over» er imidlertid ikke Boultif-momentene vurdert.⁴⁰⁴ Det er dermed vanskelig å se hvordan momentene hadde relevans eller ble vektlagt i saken.

9.4.5.3 Ektefellen er opprinnelig av samme nasjonalitet

Flere argumenter som er brukt av EMD brukes også av forvaltningen. De passer imidlertid ikke alltid til det aktuelle saksforholdet, og det kan noen steder se ut til at de konkrete forholdene ikke er grundig vurdert. At ektefellen kommer fra samme land som utlendingen, vil for eksempel ofte tilsi at reetablering i opprinnelseslandet er lettere. Dette avhenger imidlertid også av andre faktorer. Som nevnt, vil ikke nasjonaliteten ha noen selvstendig betydning hvis ektefellen kom til Norge som liten.⁴⁰⁵

Sak 1 gjaldt en borger av Tyrkia som kom til Norge på familiegjenforening med ektefellen som hadde norsk statsborgerskap. Han ble dømt til seks måneders fengsel for grov vold og legemsfornærmelse, og utvist med to års innreiseforbud. Selv om ektefellen var norsk statsborger, var hun opprinnelig fra samme land som den utviste. Hun fikk norsk statsborgerskap da hun var 17 år gammel. Dette betyr at hun må ha kommet til Norge som barn, siden det er et vilkår for å få statsborgerskap at man har bodd flere år i Norge. Det fremgår også av klagen på utvisningsvedtaket at hun har vokst opp i Norge. Likevel uttalte UNE følgende i sitt vedtak:

«UNE finner etter dette at vedtak om utvisning ikke vil være et uforholdsmessig tiltak overfor klageren eller hans ektefelle; dette selv om vedtaket skulle føre til en familiesplittelse. UNE viser for øvrig til at ektefellen er *opprinnelig av samme nasjonalitet* som klageren, og bør derfor lettere kunne følge klageren til hjemlandet, dersom hun ønsker det.» (Min utheving)

Det legges altså til grunn at ektefellen kan bli med fordi hun er fra samme land. Som forvaltningen selv presiserer i sine vedtak, er det først og fremst relevant om man kom til Norge som voksen eller barn. Dette er ikke nevnt i vedtaket, og det forelå heller

⁴⁰⁴ Se oppgavens avsnitt 9.3.2

⁴⁰⁵ Oppgavens avsnitt 7.3.3

ingen andre dokumenter i saksmappen som ga noe sikkert svar om ektefellens tilknytning til Tyrkia.

Under enhver omstendighet stiller EMD strengere krav til vurderingen. Yildiz mot Østerrike gjaldt utvisning av en tyrker som hadde en tyrkisk kone i Østerrike. EMD kritiserte Østerrikske myndigheter for at de ikke hadde vurdert om kona hadde noen annen tilknytning til Tyrkia enn sin nasjonalitet.⁴⁰⁶ Siden det i UNE-saken ikke er noen sikre holdepunkter for å anta at kona *ikke* hadde tilknytning til Tyrkia, kan det tenkes at hun gjennom årlige besøk og kontakt med slektninger fremdeles hadde tilknytning til landet og kulturen. Dessuten har gjennomgangen vist at forvaltningen uansett ikke tillegger en familiesplittelse noen vekt selv om reetablering er vanskelig. Uansett er UNEs begrunnelse mindre nøyaktig enn det som er nødvendig.

9.4.5.4 Kontakten kan opprettholdes via telefon

Flere av vedtakene nevner at kontakten mellom barnet og den utviste kan opprettholdes via telefon, internett og brevutveksling. Denne argumentasjonen brukes også i EMD. Argumentet vil imidlertid ikke gjøre seg gjeldende i alle saker. I sak 1 var datteren tre år gammel da UDI fattet vedtak og fire da UNE behandlet klagen:

«Dersom ektefelle og barn ikke velger å bli med klageren til Tyrkia, kan kontakten opprettholdes på andre måter, herunder brev, telefonsamtaler og besøk. UNE viser i denne sammenheng også til at innreiseforbudet er begrenset til 2 år.»

Både UDI og UNE argumenterer altså med at det er mulig å holde kontakten per brev. I dommene der EMD bruker dette argumentet er barna som regel eldre.⁴⁰⁷ Det fremgår blant annet av kommentar nr. 7 fra FNs komité for barnets rettigheter at små barn er spesielt sårbare når det gjelder de negative konsekvenser av atskillelse fra foreldrene, slik at familiesplittelsen for disse vil være et sterkere argument mot utvisning enn om barnet er eldre.⁴⁰⁸ En annen sak er at så små barn ikke kan lese og skrive, og som hovedregel bare i begrenset omfang kan formulere setninger. Selv om vedtaket på grunn

⁴⁰⁶ Avsnitt 43

⁴⁰⁷ I Joseph Grant mot Storbritannia var datteren var 12 år, og i Mbengeh mot Finland var sønnen 6.

⁴⁰⁸ FNs komité for barnets rettigheter (2005), avsnitt 18

av det straffbare forholdet skulle være forholdsmessig, må det være klart at barn på tre og fire år ikke kan få det samme ut av brevveksling og telefonsamtaler som av fysisk samvær.

9.5 Utøvelse av fritt forvaltningskjønn

9.5.1 Adgangen til å begrense innreiseforbudet eller la være å utvise

Av bestemmelsene om utvisning følger det at en utlending «kan» utvises, jf. utl. §§ 67 og 68. Dette forutsetter at de lovbestemte vilkårene er oppfylt. Når det foreligger en straffbar handling etter utl. §§ 67 eller 68, og utvisning er et forholdsmessig tiltak etter utl. § 70, er avgjørelsen av om utvisning *bør* skje overlatt til utlendingsmyndighetene.⁴⁰⁹ Dette innebærer at domstolene er avskåret fra å overprøve forvaltningens avgjørelse om å la være å utvise så lenge vilkårene er oppfylt og det ikke foreligger myndighetsmisbruk.⁴¹⁰ Det samme gjelder adgangen til å begrense innreiseforbudet etter utl. § 71 (2) 2. pkt. Selv om varig utvisning er forholdsmessig, kan altså UDI og UNE velge å begrense innreiseforbudet.

Som gjennomgangen over har vist, kan forvaltningens metode i enkelte vedtak slå ut slik at den rammer hardere enn det som er vanlig i sammenliknbare saker. Dette er særlig tilfellet i saker der foreldrene er skilt og innreiseforbudet er begrenset. Årsaken til en familiesplittelse og realiteten i innreiseforbudet er forhold som kan gjøre utvisning uforholdsmessig etter EMK artikkel 8 (2). I og med at forvaltningen har et fritt skjønn i utvisningssaker, blir ett spørsmål om forvaltningen kan eller skal legge vekt på slike spesielle omstendigheter i bruken av det frie skjønnet. Videre blir det spørsmål om forvaltningen har en plikt til å utøve skjønnet konkret, eller om det kan standardiseres. Formålet med dette avsnittet er å undersøke om forvaltningen utøver skjønnet i samsvar med de krav som følger av utlendingsloven og ulovfestet rett.

I avsnitt 9.5.2 drøfter jeg hva slags hensyn forvaltningen kan og skal legge vekt på. I avsnitt 9.5.3 er problemstillingen hvordan forvaltningen utøver skjønnet i

⁴⁰⁹ NOU 2010:12 avsnitt 9.7

⁴¹⁰ Frihagen III (1991) s. 224

utvisningssaker i dag. I avsnitt 9.5.4 drøftes i hvilken grad det er adgang til å standardisere det frie skjønn, og i avsnitt 9.5.5 drøftes betydningen av at noen vedtak er spesielt inngripende.

9.5.2 Begrensning av det frie skjønn

I motsetning til det rettsanvendelsesskjønn som utøves ved forholdsmessighetsvurderingen, kan ikke domstolene overprøve det frie skjønn med mindre det foreligger myndighetsmisbruk i form av usaklig forskjellsbehandling, at det er tatt utenforliggende hensyn, eller at vedtaket er klart urimelig.⁴¹¹ Derfor kan forvaltningen i utgangspunktet ta i betraktning alle hensyn som ikke er *utenforliggende*. Hva som er utenforliggende hensyn må avgjøres ut fra en tolkning av hjemmelsloven, og da særlig de bestemmelser som angir vilkårene for kompetansen.⁴¹² Hensynene i forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70 – forholdets alvor, utlendingens tilknytning til riket og hensynet til familien – vil altså være relevante. Det samme er momentene som gjennom praksis er *innfortolket* i forholdsmessighetsvurderingen. Det kan ikke automatisk slutes at kun de hensyn som fremgår av vilkårene er relevante ved skjønnsutøvelsen.⁴¹³ Ved skjønnsutøvelsen vil altså forvaltningen kunne foreta en bredere vurdering av hensyn enn den som følger av utl. § 70.⁴¹⁴

Noen hensyn kan forvaltningen også ha en *plikt* til å ta i betraktning. For det første kan det fremgå av loven hvilke hensyn forvaltningen skal vurderes.⁴¹⁵ I utvisningssaker er barnets beste et slikt pliktig hensyn, jf. utl. § 70 (2) 1. pkt. For det andre vil forbudet mot usaklig forskjellsbehandling kunne tilsi at forvaltningen har en plikt til å ta visse hensyn i betraktning. Domstolene kan som nevnt alltid overprøve myndighetsmisbruk. Denne plikten vil bero på hvilke hensyn som *vanligvis* blir tatt i betraktning. Hvis forvaltningen lar være å utvise i én sak på grunn av hensynet til barnet, vil den i fremtiden være forpliktet til å legge samme vekt på hensynet til barnet i like tilfeller. At skjønnsutøvelsen i noen saker har slike konsekvenser for skjønnsutøvelsen i andre saker

⁴¹¹ Rt. 2008 s. 560 avsnitt 48, Rt. 1995 s. 72 (s. 77), Frihagen III (1991) s. 243

⁴¹² Backer (1986) s. 398

⁴¹³ Ibid.

⁴¹⁴ Frihagen I (1991) s. 193

⁴¹⁵ Backer (1986) s. 411

spiller igjen inn på hvilke hensyn forvaltningen velger å vektlegge ved skjønnsutøvelsen.⁴¹⁶

Forvaltningen kan likevel forskjellsbehandle og vektlegge hensynene forskjellig dersom den har saklig grunn til det. I tilfellene der innreiseforbudets begrensning ikke har noen realitet og utlendingen er skilt, vil utvisningen ramme barn hardere enn i andre tilfeller. Dette er en saklig grunn til å tillegge hensynet til barnet mer vekt uten at det får konsekvenser for skjønnsutøvelsen i alle saker som gjelder barn. Forvaltningen står fritt til å endre praksis med virkning for alle saker *frem i tid*.⁴¹⁷ At forvaltningen til i dag ikke har lagt stor vekt på hensynet til barnet i slike tilfeller, er derfor ikke til hinder for at den gjør det i fremtiden.

9.5.3 Fritt skjønn i vedtakene fra UDI og UNE

Det finnes ikke mange antydninger i vedtakene til at forvaltningen har brukt sitt frie skjønn i avgjørelsene. En formulering som gikk igjen, kan likevel tyde på at fritt skjønn er brukt. I sak 10 var en borger av Peru dømt til fengsel i 75 dager, hvorav 45 dager var betinget med en prøvetid på to år, for vold og tyveri, smugling av khat, og besittelse av kokain.⁴¹⁸ Han var skilt, hadde en sønn i riket og ventet et barn i riket. Fordi utlendingen kun hadde samvær med sønnen to timer annenhver måned under tilsyn, og hensynet til det ufødte barnet ikke kunne tillegges avgjørende vekt, mente UDI at utvisning var et forholdsmessig tiltak. UDI uttalte:

«UDI har imidlertid tillagt utlendingens tilknytning til Norge gjennom barn vekt da vi har valgt å begrense innreiseforbudet til 5 år.»

Formuleringen «valgt å begrense» tyder på at begrensningen har skjedd innenfor UDIs frie skjønn. Med andre ord ser det ut til at også et varig vedtak hadde vært forholdsmessig i saken. Det uttales også:

⁴¹⁶ Et slikt valg forutsetter at hensynet ikke er pliktig etter det som er nevnt over.

⁴¹⁷ Frihagen I (1991) s. 204

⁴¹⁸ Jf. strl. § 228 (1) og (2) annet straffalternativ, strl. §257, jf. § 258, § 317 (1), strl. § 162 (1) og legemiddeloven. § 31 (2), jf. § 24 (1).

«UDI viser endelig til at denne typen straffbare handlinger, som utlendingen er dømt for, etter Utlendingsdirektoratets rundskriv 2010-024 samt langvarig praksis i utgangspunktet kvalifiserer til utvisning med varig innreiseforbud, men at innreiseforbudet har blitt satt ned av hensyn til utlendingens barn i Norge.»⁴¹⁹

Også denne formuleringen kan tyde på at det er brukt fritt skjønn ved fastsettelsen av innreiseforbudet. Formuleringen er brukt i flere vedtak fra UDI. Imidlertid ble utlendingen straffedømt på nytt etter at vedtaket var fattet, denne gangen til fellesstraff med den forrige dommen på fengsel i 60 dager for erverv av ett gram kokain og ti gram hasj, samt erverv av fem gram hasj. Utvisning ble vurdert igjen, men UDI henla saken med den begrunnelse at utlendingen allerede var utvist og at:

«... det å heve innreiseforbudet fra 5 år til varig utvisning her vil fremstå som et uforholdsmessig tiltak av hensyn til utlendingens fødte barn. Vi har også merket oss at utlendingen venter barn i riket.»

Det hadde ikke skjedd noen endring i utlendingens familiære situasjon i tiden mellom vedtakene. Uttalelsen innebærer derfor at varig utvisning også i det første vedtaket må ha vært uforholdsmessig. Da UDI «valgte» å begrense innreiseforbudet til fem år av hensyn til barnet, var det altså fordi utvisningen ellers ville vært uforholdsmessig, og ikke fordi forvaltningen mente at innreiseforbudet burde begrenses. Det finnes ingen andre formuleringer i vedtakene som gir uttrykk for utøvelse av fritt skjønn. Det kan altså konkluderes med at utlendingsmyndighetene ikke sier noe i vedtakene om bruk av det frie skjønn.⁴²⁰

De «hovedhensyn» som er vektlagt i skjønnsutøvelsen bør fremgå av vedtakets begrunnelse, jf. fvl. § 25. Når forvaltningen ikke sier noe om hvilke hensyn som er vektlagt, legger jeg til grunn at forvaltningens frie skjønn er standardisert, slik at vedtak

⁴¹⁹ Denne formuleringen er brukt i flere vedtak.

⁴²⁰ Spørsmålet ble også sendt til UDI, men henvendelsen ble ikke besvart.

om utvisning automatisk fattes når det er konkludert med at utvisning er forholdsmessig.⁴²¹

9.5.4 Standardisering av fritt skjønn

Spørsmålet blir dermed om forvaltningen, i tillegg til kompetansen som følger av det frie skjønnet, har en plikt til å vurdere hver sak konkret, eller om skjønnet kan standardiseres, altså utøves etter bestemte kriterier i alle saker. Hverken utlendingsloven, utlendingsforskriften eller forarbeidene til utlendingsloven sier noe uttrykkelig om dette eller hensynene bak det frie skjønnet i utvisningssaker.⁴²² Er det en fast praksis på et område der det treffes mange vedtak, kan dette tilsi at et konkret skjønn i den enkelte sak blir unødvendig. Også rettssikkerhetshensyn kan tale for standardisering, slik at man ikke risikerer usaklig forskjellsbehandling eller at utenforliggende hensyn vektlegges.⁴²³

I den alminnelige forvaltningsretten er det antatt at standardisering av skjønnet er lov innenfor visse rammer.⁴²⁴ Siden det ikke foreligger noen faste holdepunkter i utlendingsloven, må det antas at standardisering av det frie skjønnet også på utlendingsrettsfeltet er tillatt. Spørsmålet blir i hvilken utstrekning adgangen må være begrenset. Backer gir uttrykk for at adgangen til standardisering ikke gjelder ubetinget:

«Det fritar naturligvis ikke forvaltningsorganet fra å se etter i den enkelte sak om det foreligger relevante momenter som skiller den fra vanlig praksis»⁴²⁵

På grunn av de mange forskjellige forhold som er relevante i hver sak, vil bruk av generelle retningslinjer kunne medføre at man overser sakene der standardiseringen ikke er egnet. Dette vises for eksempel ved at forvaltningen ikke bruker fritt skjønn i

⁴²¹ Ett spørsmål blir likevel om vedtakene er i samsvar med begrunnelsesplikten i fvl. § 25 (3) *annet punktum*, som lyder: «Er det gitt retningslinjer for skjønnsutøvingen, vil i alminnelighet en henvisning til retningslinjene være tilstrekkelig.»

⁴²² Utlf. § 14-1 og § 14-2 kan se ut som eksempler på standardisering av det frie skjønn, men i og med at de er plassert under lovens § 70 om forholdsmessighetsvurderingen, er det mest naturlig å se dem som lovgivers tolkning av forholdsmessighet.

⁴²³ Backer (1986) s. 428, Ombm. 1980 s. 115 (116)

⁴²⁴ Backer (1986) s. 426

⁴²⁵ Backer (1986) s. 428

utvisningssaker som berører skilsmissebarn. At innreiseforbudet her i realiteten er varig, og at utvisningen de facto vil medføre en splittelse, er forhold som gjør disse sakene spesielle. De skiller seg fra andre saker fordi utlendingen og barnet i praksis vil være adskilt i mye lenger tid enn det innreiseforbudet er ment å vare. Lovgiver har lagt opp til at forvaltningen har et fritt skjønn i utvisningssaker og at forvaltningen plikter å ta hensyn til barnets beste i utøvelsen av det frie skjønn. Når forvaltningen selv mener at innreiseforbudet må begrenses for at utvisningen skal være forholdsmessig, og innreiseforbudet ikke har noen realitet, vil barnets beste være et tungtveiende argument mot utvisning. I det minste plikter forvaltningen i slike saker å ta belastningene for familien i betraktning.

9.5.5 Skjerpet begrunnelsesplikt ved inngripende vedtak

Det er en nær sammenheng mellom kravene som stilles til begrunnelsen av vedtak og den skjønnsutøvelsen som kreves. Begrunnelse av vedtak kan skjerpe oppmerksomheten, grundigheten og kvaliteten på saksbehandlingen ved at den som fatter vedtak må kunne forsvare den myndighetsutøvelse som finner sted.⁴²⁶ Den kan også bygge opp under og vise at saksbehandlingen har vært forsvarlig.⁴²⁷ Rettspraksis har oppstilt skjerpede krav til begrunnelse av *inngripende* vedtak.

I Isene-dommen,⁴²⁸ som gjaldt gyldigheten av vedtak om forkjøpsrett av jordbrukseiendom, mente Høyesterett at det ved så inngripende vedtak måtte gjelde skjerpede krav til begrunnelsen:

«Når det gjelder et vedtak så inngripende som det foreliggende, skjerpes kravene til begrunnelsen. Det må fremgå at vedtaket er truffet etter et saklig og forsvarlig skjønn.»⁴²⁹

Prinsippet om en skjerpet begrunnelsesplikt har fått bedre forankring og dessuten blitt videreutviklet det siste tiåret. I Gausi-dommen,⁴³⁰ som gjaldt vedtak om bruk av statens

⁴²⁶ Rasmussen (2003) s. 228

⁴²⁷ Rt. 2008 s. 96

⁴²⁸ Rt. 1981 s. 745

⁴²⁹ S. 748

forkjøpsrett til en jord- og skogbrukseiendom, ble det uttalt at det må bero på vedtakets karakter hvor detaljerte krav som skal stilles. Videre ble det i dommen uttalt at kravet må avpasses etter hvor inngripende vedtaket er, slik at det ikke bare skjerpes ved «så inngripende» vedtak som i Isene-dommen.⁴³¹

Feil ved begrunnelsen kan i seg selv sjelden medføre ugyldighet.⁴³² Likevel vil begrunnelsen kunne antyde om vedtaket lider av andre feil, for eksempel feil eller mangler i skjønnsutøvelsen.⁴³³ Det har vært reist spørsmål i teorien om Isene-dommen, og dermed de etterfølgende dommene, må leses slik at de stiller krav til selve skjønnsutøvelsen, og ikke bare til begrunnelsen. Et argument for å tolke dommen slik, er at førstvoterende stiller krav om at «alle relevante forhold»⁴³⁴ skal være overveid. I utgangspunktet kan Høyesterett kun prøve om alle viktige hensyn er tatt i betraktning,⁴³⁵ og at forvaltningen har prøvd de hensyn som etter loven er pliktige, slik som barnets beste, jf. utl. § 70. Det kan dessuten ikke være tvil om at det er like viktig med grundige *overveielser* ved inngripende vedtak, som gode begrunnelser.⁴³⁶ Kravene Høyesterett stiller til begrunnelsen, er derfor også relevante for kravene som kan stilles til skjønnsutøvelsen.

Dommene som gjelder skjerpede krav til begrunnelsen når vedtak er inngripende, omhandler statens forkjøpsrett til fast eiendom. I slike saker bygger hele forvaltningens vurdering på et fritt skjønn.⁴³⁷ Siden det i utvisningssaker allerede er foretatt en forholdsmessighetsvurdering, er de konkrete forholdene allerede tatt i betraktning. Det kan virke lite hensiktsmessig å ta i betraktning de samme hensynene på nytt, og hensynene som konsesjonsdommene bygger på gjør seg dermed ikke i like stor grad gjeldende når *utvisningsvedtak* er inngripende. Så lenge Høyesterett ikke har oppstilt noe krav om at vurderingen av innreiseforbudets begrensning eller vanskelighetene ved

⁴³⁰ Rt. 2000 s. 1056

⁴³¹ Rt. 2000 s. 1066 og Rt. 2008 s. 96 bekrefter dette synet.

⁴³² For at et vedtak skal være ugyldig på grunn av en saksbehandlingsbehandlingsfeil, må feilen kunne antas å ha innvirket på vedtakets innhold, jf. fvl. § 41. Eckhoff (2010) s. 489.

⁴³³ Eckhoff (2010) s. 490

⁴³⁴ Rt. 1981 s. 745

⁴³⁵ Ellers vil skjønnsutøvelsen anses vilkårlig. Haagensen (2008), s. 191.

⁴³⁶ Også Bernt (2003) på s. 119 uttrykker at Isene-dommen kan sees som uttrykk for at kravet til forsvarlig saksbehandling også kan omfatte krav til overveielser- og beslutningsprosessen.

⁴³⁷ Se likevel konsesjonsloven § 9.

reetablering i hjemlandet skal inntas i forholdsmessighetsvurderingen, vil ikke synspunktet gjøre seg gjeldende, selv om de konkrete forholdene i saken blir vurdert.

I tilfellene der utvisning er særlig inngripende, vil kravene til skjønnsutøvelsen etter omstendighetene kunne skjerpes. Selv om alle utvisningssaker etter omstendighetene kan være inngripende, vil de ofte likne andre saker. I så fall kan forvaltningen la være å utøve skjønnet konkret, og heller standardisere det. Dette forutsetter at standardiseringen bygger på grundige avveininger, som også fremgår av begrunnelsen i vedtakene. Kravene til en grundig skjønnsutøvelse får da ikke så stor praktisk betydning. Der det derimot er snakk om utvisningssaker som skiller seg fra andre og er spesielt inngripende, vil det gjelde skjerpede krav til den konkrete skjønnsutøvelsen. Dette vil være tilfellet i det oppstilte eksempelet om saker som berører skilsmissebarn. At vedtak om utvisning vil være mer inngripende når det er usikkert hvorvidt innreiseforbudet er reelt, tilsier at forvaltningen må avveie hensynene for og mot utvisning grundigere enn i andre saker.

9.6 Konklusjon

Forvaltningens praksis gjenspeiler Høyesteretts praksis. Forvaltningen har likevel en mer skjematisk tilnærming, ved at de bruker de samme rettssetningene ved alle saksforhold. Det er spesielt ett typetilfelle der metoden medfører et annet resultat enn EMD ville kommet til, nemlig saker der utlendingen har barn i Norge, men er skilt, og innreiseforbudet er begrenset for at utvisningen skal være forholdsmessig. I slike saker er det ingen garanti for at utlendingen kan komme tilbake til Norge, og innreiseforbudet kan dermed i realiteten være varig. Siden foreldrene er skilt, er heller ikke gjenforening av familien i opprinnelseslandet noe alternativ. Utvisning vil dermed kunne utgjøre brudd på EMK artikkel 8. I og med at forvaltningen ikke drøfter de internasjonale kildene konkret, er slike tilfeller vanskelige å oppdage.

Når det gjelder forvaltningens frie skjønn i utvisningssaker, er dette standardisert. Når vedtak om utvisning er forholdsmessig, vil utvisning automatisk skje. I saker som vesentlig skiller seg fra andre saker, vil ikke hensynene bak standardiseringen gjøre seg gjeldende. I slike saker plikter forvaltningen å utøve skjønnet konkret. Dette gjelder for

eksempel utvisningssaker som berører skilsmissebarn. Her vil det være relevant å vurdere utvisningens reelle konsekvenser. Slike saker er også mer inngripende enn andre utvisningssaker, noe som tilsier at skjønnsutøvelsen må være grundigere enn ellers. Så lenge det frie skjønnen er standardisert, må forvaltningsorganet altså undersøke den enkelte sak nærmere for å sikre at de saker som inneholder særlige forhold som gjør det standardiserte skjønnen uegnet, blir gjenstand for en konkret skjønnsutøvelse.

10 Avsluttende bemerkninger

10.1 EMD, Høyesterett og forvaltningen – hovedforskjeller

Oppgaven har vist forskjeller mellom norsk retts- og forvaltningspraksis og EMDs metode i avgjørelsen av om utvisning av straffedømte utlendinger er et uforholdsmessig inngrep overfor familien. Jeg har undersøkt domstolenes fremgangsmåte for å avgjøre om utvisning vil medføre en familiesplittelse, og hvilken vekt domstolene legger på familiesplittelsen i en helhetsvurdering. Det er særlig to forskjeller i vektingen av en eventuell familiesplittelse som har vist seg å ha praktisk betydning.⁴³⁸

EMD vurderer konsekvent om reetablering i hjemlandet er objektivt mulig, og tillegger en familiesplittelse vekt ut fra hvor vanskelig reetablering er. Hvis reetablering vil medføre «betydelige vanskeligheter», er familiesplittelsen ofte i seg selv til hinder for utvisning. Høyesterett tar utgangspunkt i hva familien ønsker eller kommer til å gjøre, og ikke hva som faktisk er mulig. Dermed tillegger Høyesterett heller ikke splittelsen nevneverdig vekt. Høyesterett tar utgangspunkt i at det kreves noe utover de negative konsekvensene som alltid vil oppstå ved utvisning. Ved meget alvorlig kriminalitet må utvisningen medføre «uvanlig store belastninger» for at Høyesterett skal anse vedtaket for å være uforholdsmessig. Siden Høyesterett tilsynelatende ikke legger vekt på familiesplittelsen i seg selv, vurderer forvaltningen sakene med den forutsetning at utvisning vil splitte familien. Dette forenkler saksbehandlingen, men medfører at heller ikke forvaltningen tillegger familiesplittelsen mer vekt når reetablering er vanskelig. Også for forvaltningen er det avgjørende om splittelsen medfører noe utover det som er normalt ved utvisning.

⁴³⁸ For en grundig besvarelse av oppgavens problemstillinger viser jeg til konklusjonene i oppgavens avsnitt 7.6, 8.6 og 9.6

Den andre forskjellen er vurderingen av realiteten i en begrensning av innreiseforbudet. EMD vurderer mulighetene for å returnere ved innreiseforbudets utløp, og tillegger en familiesplittelse større vekt når mulighetene er usikre. Høyesterett tar ikke stilling til om utlendingen vil kunne komme tilbake etter innreiseforbudets utløp. Det gjør heller ikke forvaltningen.

10.2 Om konsekvensene og forslag til endring av praksis

Forskjellen i metode medfører som regel ikke forskjellig resultat. I tilfellene der metoden gjør at utfallet blir forskjellig, kan det skje både til fordel og ulempe for utlendingen. Når det for eksempel gjelder hensynet til barn i familien, kan norsk praksis tenkes å gi utlendingen en sterkere rett til å bli i Norge enn EMDs praksis. Siden barn ofte har liten innflytelse på sin egen situasjon, er det i praksis ingen forskjell mellom barn som splittes fra en forelder fordi reetablering i opprinnelseslandet er vanskelig, og barn som skilles fra en forelder fordi den andre ikke ønsker å flytte etter. EMD, som kun vurderer de objektive mulighetene for å bli med, tar ikke på samme måte som Høyesterett i betraktning at barnet blir splittet fra forelderen også hvis den ene forelderen velger å bli i Norge.

Oppgaven har likevel vist at det å la vekten av hensynet til familien avhenge av det straffbare forholdets alvorlighetsgrad, i noen tilfeller vil kunne føre til brudd på EMK artikkel 8. At det foreligger en slik risiko, tilsier at Høyesterett utvider sin forholdsmessighetsvurdering til også å omfatte innreiseforbudets reelle lengde og mulighetene for reetablering av familielivet i opprinnelseslandet. En endring vil ikke være i strid med Høyesteretts utgangspunkter. Høyesterett kan i sin vurdering av om utvisning vil medføre belastninger ut over det som er normalt, ta i betraktning at familien ikke har noen muligheter for gjenforening. Også innreiseforbudets reelle lengde vil kunne integreres i vurderingen av belastningene utvisning vil påføre familien.

Risikoen for brudd er spesielt tydelig i forvaltningen, som behandler et betydelig større antall saker enn domstolene, og som ikke har forutsetninger eller ressurser til å vurdere de internasjonale forpliktelsene konkret i hver enkelt sak. At de aller fleste utvisningssakene blir endelig avgjort i forvaltningen, innebærer både at praksisen har

konsekvenser for en stor gruppe mennesker, og at eventuelle brudd på EMK artikkel 8 blir vanskeligere å oppdage. Innreiseforbudets reelle lengde og mulighetene for videreføring av familielivet i hjemlandet bør derfor tas inn i forvaltningens vurdering. Et slikt tiltak vil innebære en utvidelse av de faste vurderingskriteriene, men ikke medføre at forvaltningen må foreta mer konkrete og tidkrevende tolkninger av rettskildene i hver enkelt sak. Derimot vil det bidra til å sikre etterlevelsen av Norges forpliktelser etter EMK artikkel 8.

11 Litteraturliste

11.1 Litteratur

11.1.1 Bøker, kapitler i bøker og hefter

Arai-Takahashi, Yutaka. *The margin of appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. 1. utg. Antwerpen – Oxford – New York, (Intersentia), 2002.

Backer, Inge Lorange. *Naturvern og Naturinngrep. Forvaltningsrettslige styringsmidler*. Oslo, 1986.

Bernt, Jan Fridtjof. *Forvaltningsloven – Ramme, systematikk og grunnbegreper*. I: (Bernt, Jan Fridtjof og Ørnulf Rasmussen) *Frihagens forvaltningsrett bind 1*. Bergen, 2003.

Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen. *Rettskildelære*. Oslo, 1997.

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*. 9. utg. Oslo, 2010.

Eskeland, Ståle. *Strafferett*. 2. utg. Oslo, 2006.

European Migration Law. Pieter Boeles... [et. al.]. 3. utg. Antwerp – Oxford – Portland, 2009.

Frihagen, Arvid. *Forvaltningsrett. Bind 1-3*. Oslo, 1991.

Haugli, Trude. *Hensynet til barnets beste*. I: (Njål Høstmælingen... [et. al.]) *Barnekonvensjonen Barns rettigheter i Norge*. Oslo, 2008, s. 46-62.

Hov, Jo. *Rettergang I Sivil- og Straffeprosess*. Oslo, 2007.

Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. Oslo, 2003.

Jacobs, Francis G., Robin C. A. White and Clare Ovey. *The European Convention on Human Rights*. Oxford 2010.

Kälin, Walter og Jörg Künzli. *The Law of International Human Rights Protection*. Oxford – New York, 2009.

- Kilkelly, Ursula. *The Child and the European Convention on Human Rights*. Aldershot – Brookfield USA – Singapore – Sydney, (Ashgate Dartmouth), 1999.
- Kjølbrot, Jon Fridrik. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*. 1. Utg. København 2005.
- Leach, Philip. *Taking a Case to the European Court of Human Rights*. Oxford – New York, 2011.
- Rasmussen, Ørnulf. *Avgjørelsens grunnlag, form og begrunnelse*. I: (Bernt, Jan Fridtjof og Ørnulf Rasmussen) *Frihagens forvaltningsrett bind 1*. Bergen 2003.
- Reid, Karen. *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*. Storbritannia 2007.
- Stub, Marius. *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet. Undersøkelse av beslag i feltet mellom forvaltningsprosess og straffeprosess*. Oslo. 2011. (Doktoravhandlinger forsvart ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo; nr. 41).
- Theory and practice of the ECHR*. Pieter Van Dijk... [et. al.]. Antwerpen – Oxford, (Intersentia), 2006.
- Utlendingsdirektoratet. *Årsrapport 2010*
<http://www.udi.no/arsrapport2011/Statistikk/> [23.05.2012]
- Utlendingsloven. Kommentaarutgave*. Vigdis Vevstad...[et. al.]. Oslo, 2010.
- van Dijk, P. *Protection of «Integrated» Aliens against expulsion*. I: (Elspeth Guild and Paul Minderhoud) *Security of Residence and Expulsion*. 1. utg. The Hague, 2001, s. 23-40.
- Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*. 2. utg. Bergen, 2007.

11.1.2 Artikler

- Broch, Lars Oftedal. *Skjønnsmarginen i nyere praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol*. I: *Lov og Rett* (2005), s. 259-282. (Lest på www.lovdatab.no)
- Farahat, Anuscheh. *The Exclusiveness of Inclusion: Human Rights in Protecting Transnational and Second Generation Migrants*. I: *European Journal of Migration and Law*. Årg. 11 (2009), s. 253-269. (Lest på www.ub.uio.no)
- Kaasin, Janne. *Statens forpliktelser etter EMK artikkel 3 og 8 når privatpersoner utøver seksuell vold mot kvinner*. I: *Tidsskrift for rettsvitenskap* nr. 04, 2006, s. 582-618. (Lest på www.idunn.no)

Svendsen, Thomas K. *Rt. 2001 s. 995 – domstolenes kompetanse til å gi dom for realitet*. I: *Lov og Rett* (2003), s. 94-114. (Lest på www.idunn.no)

Sørensen, Christian Børge. *Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen*. I: *Tidsskrift for rettsvitenskap*. (2004), s. 134-196. (Lest på www.lovdatab.no)

11.1.3 Internett

Høstmælingen, Njål og Petter F. Wille. *Kommentar til FNs konvensjon om barnets rettigheter med protokoller*. Gyldendal Rettsdata.

http://abo.retsdata.no/browse.aspx?sDest=gL19990521z2D30z2EV8&bid=direct&s_tems=barnekonvensjonen [22.05.2012]

Utlendingsdirektoratet. *Oversikt over saksbehandlingstider*.

<http://www.udi.no/Oversiktsider/Saksbehandlingstider-/Saksbehandlingstider-for-familieinnvandring/> [21.05.2012]

Anthonisen, Rolf Henry (Utlendingsdirektoratet). Epost via Nils Olav Refsdal (Utlendingsdirektoratet). [22.05.2012]

11.2 Lovgivning og forarbeider

11.2.1 Norske lover

1902 Almindelig borgelig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10

1962 Lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen (sivilombudsmannsloven) av 22. juni 1962 nr. 8

1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967 nr. 00

1980 Lov om fri rettshjelp (rettshjelploven) av 13. juni 1980 nr. 35

1992 Lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdelsesloven) av 26. juni 1992 nr. 86

1992 Lov om legemidler m.v. (legemiddeloven) av 4. desember 1992 nr. 132

- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30
- 1999 Lov om Schengen informasjonssystem (SIS) (SIS-loven) av 16. juli 1999 nr. 66
- 2003 Lov om konsesjon ved erverv av fast eiendom mv. (konsesjonsloven) av 28. november 2003 nr. 98
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni nr. 90
- 2008 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr. 35
- 2009 Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) av 15. oktober 2009 nr. 1286

11.2.2 Forarbeider

- Innst. O. nr. 2 (1966-67) Innstilling fra justiskomiteén om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
- Innst. O. nr. 51 (1998-1999) Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
- NOU 2001:32. Rett på sak.
- NOU 2004:20 Ny utlendingslov
- NOU 2010:12 Ny klageordning for utlendingssaker
- Prop. 138 L (2010–2011) Endringer i utlendingsloven (utvidet adgang til fengsling mv.)
- St.meld. nr. 18 (2007-2008) Arbeidsinnvandring
- Ot. Prp. Nr. 3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
- Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) Utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)
- Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) Om lov om endringar i utlendingslovgivinga (reglar for EØS- og EFTA-borgarar o.a.

11.2.3 Traktater

BK	FNs konvensjon om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen). 20. november 1989
EMK	Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Europarådets menneskerettighetskonvensjon) av 4. november 1950
Statuttene	Statuttene til den internasjonale domstolen (ICJ) av 26. juni 1945
Wienkonvensjonen	Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969

11.3 Praksis

11.3.1 Høyesterett

Alle norske dommer er lest på www.lovdatab.no.

Rt. 1960 s. 1374

Rt. 1981 s. 745

Rt. 1981 s. 809

Rt. 1982 s. 241

Rt. 1993 s. 249

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 (Hussain-dommen)

Rt. 1996 s. 1754

Rt. 1998 s. 1795

Rt. 2000 s. 591 (Polendommen)

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2000 s. 1056

Rt. 2000 s. 1066

Rt. 2001 s. 995

Rt. 2002 s. 1271

Rt. 2003 s. 460
Rt. 2004 s. 1683
Rt. 2004 s. 1737
Rt. 2005 s. 229 (Pakistandommen)
Rt. 2005 s. 238
Rt. 2005 s. 833
Rt. 2006 s. 460
Rt. 2006 s. 1672
Rt. 2007 s. 667
Rt. 2007 s. 1815
Rt. 2008 s. 96
Rt. 2008 s. 513
Rt. 2008 s. 560
Rt. 2009 s. 534 (Nunez-dommen)
Rt. 2009 s. 705 (EØS-dommen)
Rt. 2009 s. 851
Rt. 2009 s. 1374
Rt. 2010 s. 1430
Rt. 2011 s. 213
Rt. 2011 s. 948 (Kashtanjeva-dommen)
Rt. 2011 s. 1548
HR-2012-920-A

11.3.2 Lagmannsrettene og tingrettene

LB-2008-84594
LB-2008-137516
LB-2010-40764
LB 2010-176804
LB-2011-34382
TOSLO-2007-108285

11.3.3 EMD

Alle dommene er avsagt av Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Strasbourg, og er lest i EMDs database HUDOC:

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>

Aftab og andre mot Norge (avvist), nr. 32365/96, 04.05.2000
Ahmet Arslan mot Tyrkia, nr. 41135/98, 23.02.2010
Amrollahi mot Danmark, nr. 56811/00, 11.10.2002
Antwi og andre mot Norge, nr. 26940/10, 14.02.2012
Arvelo Aponte mot Nederland, nr. 28770/05, 03.11.2011
Azinas mot Kypros, nr. 56679/00, 28.04.2004
Bankovic og andre mot Belgia og 16 andre stater, nr. 52207/99, 12.12.2001
Beldjoudi mot Frankrike, nr. 12083/86, 26.03.1992
Berrehab mot Nederland, 10730/84, 21.06.1988
Bouchelkia mot Frankrike, nr. 112/1995/618/708, 22.01.1997
Boughanemi mot Frankrike, nr. 22070/93, 24.04.1996
Boultif mot Sveits, nr. 54273/00, 02.08.2001
Dalia mot Frankrike, nr. 154/1996/773/974, 19.02.1998
Darren Omoregie og andre mot Norge, nr. 265/07, 31.07.2008
Ezzouhdi mot Frankrike, nr. 47160/99, 13.02.2001
Funke mot Frankrike, 10828/84, 25.02.1993
Golder mot Storbritannia 4451/70, 21.02.1975
Gül mot Sveits, nr. 23218/94, 19.02.1996
Handyside mot Storbritannia, 5493/72, 07.12.1996
Hatton og andre mot Storbritannia (storkammer), 36022/97, 08.07.2003
Hussain og C mot Norge (avvist), nr. 36844/97, 04.05.2000
Joseph Grant mot Storbritannia, nr. 10606/07, 08.01.2009
Kaya mot Tyskland, nr. 31753/02, 28.06.2007
Keles mot Tyskland, nr. 32231/02, 27.10.2005
Konstantinov mot Nederland, nr. 16351/03, 26.04.2007
Maaouia mot Frankrike, 39652/98, 05.10.2000
Maikoe og Baboleal mot Nederland, 22791/93, 30.11.1994
Maslov mot Austerrike (storkammer), nr. 1638/03, 23.06.2008

Mbengeh mot Finland (avvist), nr. 43761/06, 24.03.2009
Mehemi mot Frankrike, nr. 85/1996/704/896, 26.09.1997
Mehemi mot Frankrike (nr.2), nr. 53470/99, 10.04.2003
Mokrani mot Frankrike, nr. 52206/99, 15.07.2003
Najafi mot Sverige (avvist), nr. 28570/03, 06.07.2004
Nasri mot Frankrike, nr. 19465/92, 09.02.1996
Ndangoya mot Sverige (avvist), nr. 17868/03, 22.06.2004
Nunez mot Norge, nr. 55597/09, 28.06.2011
Olsson mot Sverige (nr. 1), nr. 10465/83, 24.03.1988
Omojudi mot Storbritannia, nr. 1820/08, 24.11.2009
Onur mot Storbritannia, nr. 27319/07, 17.02.2009
Özturk og andre mot Norge, nr. 32797/96, 21.03.2000
Rees mot Storbritannia, nr. 9532/81, 17.10.1986
Rodrigues da Silva og Hoogkamer mot Nederland, nr. 50435/99, 03.06.2010
Sezen mot Nederland, nr. 50252/99, 03.07.2006
Slivenko mot Latvia, nr. 48321/99, 09.10.2003
Tajdirti mot Nederland (avvist), nr. 22050/04, 11.10.2005
Timocin mot Sveits (avvist), nr. 27275/95, 28.06.1995
Tyrer mot Storbritannia, nr. 5856/72, 25.04.1978
Üner mot Nederland (storkammer), nr. 46410/99, 18.10.2006
Yesufa mot Storbritannia (avvist), nr. 7347/08, 26.01.2010
Yildiz mot Østerrike, nr. 37295/97, 31.10.2002
Yilmaz mot Tyskland, nr. 52853/99, 17.04.2003

11.3.4 Anbefalinger og kommentarer

Europarådet. Recommendation 1504 (2001) on the Non-Expulsion of Long-Term Immigrants. 14. Mars 2001.

<http://www.unhcr.org/refworld/type,RESOLUTION,COE,,3dde45724,0.html>

[22.05.2012]

FNs komité for barnets rettigheter. CRC General Comment No. 7 (2005): Implementing Child Rights in Early Childhood (GC-2005-7-CRC)

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/460bc5a62.html> [22.05.2012]

Sivilombudsmannen årsmelding. Ombm. 1980 s. 115-428

