Forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaker

Sammenlikning av praksis fra Høyesterett og Den europeiske menneskerettsdomstolen

Universitetet i Oslo

Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 638

Leveringsfrist: 25.04.2010

(* regelverk for masteroppgave på:

http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html)

Til sammen 17687* ord

25.05.2010

Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING 4

1.1 Bakgrunn og tema for oppgaven 4

1.2 Hvem kan utvises? 6

1.3 Avgrensning 6

1.4 Fremstillingen videre 6

2 RETTSKILDER OG METODE 7

2.1.1 Innledning 7
2.1.2 Utlendingsloven 7
2.1.3 EMK og EMD 8
2.1.4 Domstolenes prøvelsesrett 12
2.1.5 Forarbeider og etterarbeider 14
2.1.6 Utlendingsmyndighetenes praksis 15
2.1.7 Teori 15
2.1.8 Reelle hensyn 15

3 HENSYN FOR OG IMOT UTVISNING 15

3.1.1 Innledning 15
3.1.2 Kontrollhensyn/Innvandringsregulerende hensyn 16
3.1.3 Den alminnelige rettsfølelse 17
3.1.4 Allmennpreventive hensyn 17
3.1.5 Individualpreventive hensyn 18
3.1.6 Forholdet til straff 18
3.1.7 Hensynet til utlendingen selv 19
3.1.8 Hensynet til utlendingens familie 19
3.1.9 Hensynet til barnets beste 19

4 FORHOLDSMESSIGHETSVURDERINGEN OG EMK ART. 8 19

4.1 Innledning 19

4.2 EMK art. 8 **20**
4.2.1 ”respekt” 20
4.2.2 ”privatliv” 21
4.2.3 ”familieliv” 21
4.2.4 ”inngrep” 22
4.2.5 ”hjemmel i lov” 23
4.2.6 ”søke å nå de oppstilte formål” 23
4.2.7 ”nødvendig i et demokratisk samfunn” 23

4.3 EMK art. 8’s betydning for forholdsmessighetsvurderingen i ul. § 70 **24**

5 MOMENTER I FORHOLDSMESSIGHETSVURDERINGEN **25**

5.1 Boultif-kriteriene **25**

5.2 Forholdets alvor - the nature and seriousness of the offence committed by the applicant **29**
5.2.1 Innledning 29
5.2.2 Brudd på straffeloven 29
5.2.3 Tiden som er gått siden lovbruddet og oppførselen i denne perioden (The time which has elapsed since the commission of the offence and the applicant’s conduct during that period) 36
5.2.4 Andre omstendigheter med betydning for forholdets alvor 38
5.2.5 Brudd på utlendingsloven 39

5.3 Tilknytning til riket **41**
5.3.1 Innledning 41
5.3.2 Tidspunktet for vurderingen 41
5.3.3 Oppholdstid (The duration of the applicant’s stay in the country from which he is going to be expelled) 43
5.3.4 Nasjonaliteten til de involverte personer (The nationalities of the various persons concerned) 47
5.3.5 Utlendingens familiesituasjon (The applicant’s family situation) 48
5.3.6 Barnets beste (The best interests and well-being of the children) 53
5.3.7 Sosial, kulturell og familiær tilknytning til vertslandet og hjemlandet (The solidity of social, cultural and family ties with the host country and with the country of destination) 54

6 KONKLUSJON **56**

7 LITTERATURLISTE **58**

8 LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V **60**

1 Innledning

1.1 Bakgrunn og tema for oppgaven

I 2009 ble 2651 utlendinger utvist fra Norge. 759 ble utvist for brudd på straffeloven, 1559 for brudd på utlendingsloven og 333 for andre forhold.[1]

Ny utlendingslov og forskrift trådte i kraft 1. Januar 2010 jf. lov av 15. mai 2008 nr. 35[2] § 127, iflg. res. av 30. oktober 2009 nr. 1324, jf. forskrift av 15. oktober 2009 nr. 1286[3] § 20-4. Med noen få unntak erstatter den nye loven lov av 24. juni 1988 nr. 64 og forskrift av 21. desember 1990 nr. 1028. Utlendingsloven omtales heretter som ul.

Reglene for utvisning av utlendinger fra land utenfor EØS finnes i ul. kapittel 8.[4] Et utvisningsvedtak innebærer at utlendingen må forlate riket med et varig eller tidsbegrenset innreiseforbud, jf. ul. § 71. Dersom utvisningen ikke er varig settes den som regel til to eller fem år.[5] Utvisning medfører at utlendingen mister sin tillatelse til opphold og arbeid i Norge.[6] Ul. er bygget opp som et tillatelsessystem der utlendinger må ha en tillatelse til opphold og/eller arbeid i Norge dersom annet ikke er bestemt.[7] Når utlendingen mister tillatelsen må han derfor forlate riket. Dersom utlendingen ikke reiser frivillig, iverksetter politiet tvangsmessig retur.[8] Når innreiseforbudet er over, kan utlendingen igjen søke om tillatelse til opphold og arbeid i Norge.[9]

---

[1] Utlendingsdirektoratet, Årsrapport 2009, side 68, tabell 11, http://www.udi.no/Global/upload/Pub/Aasrapport/2009/TabelldelArsrapport2009.pdf (20.04.2010)
[2] Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsloven)
[3] Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsforskriften)
[4] Se oppgavens kapittel 1.3
[5] UDI rundskriv 2010-024, i kraft 1. januar 2010, kap. 4, http://www.udiregelverk.no/default.aspx?path={FF96F24A-DFE6-4E7E-8EE7-A553128FEB75} (20.04.2010)
[6] Jf. ul. § 71.1
[7] Se Ot.prp. nr. 75, side 47 og 48
[8] Jf. ul. § 90
[9] Jf. ul. § 71.2

I den perioden en utlending er utvist har han ikke lov til å oppholde seg i Norge. Schengen-samarbeidet innebærer at han heller ikke kan oppholde seg lovlig i disse landene.[10] Et forsøk på å komme seg tilbake til Norge før utvisningsperioden er over kan ende med bortvisning.[11] Bortvisning innebærer i likhet med utvisning at utlendingen må forlate riket. En bortvisning i seg selv medfører imidlertid ikke at utlendingen forbys senere innreise til Schengen-området.[12]

Utlendingens oppholdsstatus har betydning for hvor mye som skal til for at han kan utvises. Ul. § 66 gjelder utvisning av utlendinger uten oppholdstillatelse, § 67 gjelder utvisning av utlendinger med midlertidig oppholdstillatelse og § 68 gjelder utvisning av utlendinger med permanent oppholdstillatelse.[13] Det går frem av disse bestemmelsene at grunnlaget for en utvisning kan være brudd på utlendingsloven, straffeloven eller at ”*grunnleggende nasjonale interesser gjør det nødvendig*”. Ett av vilkårene i en av bestemmelsene må være oppfylt for at utlendingsmyndighetene skal kunne fatte et utvisningsvedtak. Hvorvidt så er tilfelle baseres på informasjon fra påtalemyndighetene og utlendingsmyndighetene.[14] Ifølge ul. § 72 forberedes utvisningssaker av politiet mens vedtak fattes av Utlendingsdirektoratet (UDI). Utlendingens individuelle situasjon har ingen plass i vurderingen av om et av disse vilkårene er oppfylt. De kalles derfor objektive vilkår.[15] Disse vilkårene blir ikke behandlet i denne avhandlingen.

Ifølge ul. § 70 første ledd er det ikke nok at et objektivt vilkår er oppfylt:

> ”En utlending kan ikke utvises dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. I saker som berører barn skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.”

Det er denne vurderingen som kalles forholdsmessighetsvurderingen[16] og som er tema for denne oppgaven. Utlendingen skal ikke utvises dersom dette vil være uforholdsmessig overfor han selv eller familien. Her kommer utlendingens individuelle situasjon inn. Forholdets alvor

---

[10] Jf. Schengen-konvensjonen, artikkel 96, kapittel 2. Utviste utlendinger meldes inn i Schengen Information System (SIS), et register der personer som ikke er ønsket på Schengen-territoriet, er registrert.
[11] Jf. ul § 17.2 bokstav c
[12] Iflg. ul. § 17
[13] Tidligere kalt bosettingstillatelse, jf. lov av 24. juni 1998 nr. 64 § 30
[14] UDI Rundskriv 2010-024 pkt.2.3.
[15] Bunæs, Kvigne, Vandvik (2004) side 334
[16] UDI Rundskriv 2010-024 pkt. 2.3.

skal veies opp mot utlendingens tilknytning til Norge. Men hva er et alvorlig forhold og hva menes med tilknytning? Og når er tilknytningen sterk nok til å gjøre utvisning uforholdsmessig? Når disse spørsmålene skal besvares kan man ikke se på norske rettskilder isolert. Utvisning er, som oppgaven vil vise, et inngrep som beskyttes av internasjonale menneskerettigheter som Norge er bundet av. Her er det forholdet til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon[17] (EMK) art. 8 om retten til privatliv og familieliv som vurderes. Målet med oppgaven er å finne ut om Høyesteretts forståelse av forholdsmessighetsvurderingen er i overensstemmelse med praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD).

1.2 Hvem kan utvises?

Ifølge ul. kap 8 er det ”utlendinger” som kan utvises. ”Utlending” defineres i § 5 som ”enhver som ikke er norsk statsborger.”

Det følger av en antitetisk tolkning av denne bestemmelsen at norske statsborgere ikke kan utvises fra Norge. Lovgiver har likevel valgt å presisere dette i en egen bestemmelse i lovens kap. 8. Bestemmelsen i § 69 gir et absolutt vern mot utvisning for norske statsborgere og utlendinger ”som er født i riket og som senere uavbrutt har hatt fast bopel her....”

Norge kan ikke iverksette et utvisningsvedtak i strid med EMK art. 3 om at ”*ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdigende behandling eller straff*”. Dette følger også av ul. § 73.2 jf. ul. § 28.1 bokstav b.

1.3 Avgrensning

Oppgaven omfatter forholdsmessighetsvurderingen i ul. § 70, som foretas i saker som gjelder tredjelandsborgere.[18] EØS-borgere kan bare utvises av hensyn til offentlig orden eller sikkerhet jf. ul. § 122. I disse sakene skal det også foretas en forholdsmessighetsvurdering, men denne blir ikke behandlet her.

1.4 Fremstillingen videre

Rettskilder og metodespørsmål behandles i kapittel 2 og hensyn for og imot utvisning i kapittel 3. I kapittel 4 vil innholdet i EMK art. 8 og forholdet mellom ul. § 70 og EMK art. 8

---

[17] Vedtatt 4. november 1950, i kraft 3. september 1953
[18] Statsborgere av land utenfor EU/EØS-området

forklares nærmere. I kapittel 5 omtales momenter som inngår i vurderingen etter de to bestemmelsene. Praksis fra Høyesterett og EMD kommenteres og sammenliknes etter hvert moment. Oppgaven avsluttes med en konklusjon i kapittel 6.

2 Rettskilder og metode

2.1.1 Innledning

Relevante rettskilder i utvisningssaker er utlendingsloven med forskrift og forarbeider, EMK, Høyesterettspraksis, EMDs praksis, underrettspraksis, forvaltningspraksis fra utlendingsmyndighetene. I tillegg kommer blant annet juridisk teori og reelle hensyn.

2.1.2 Utlendingsloven

Utlendingsloven med tilhørende forskrift trådte som tidligere nevnt i kraft 1. januar 2010. Det er av denne grunn foreløpig ikke mye utvisningspraksis som baserer seg på den nye loven. Det kan derfor være nyttig å klargjøre forholdet mellom forholdsmessighetsvurderingen i gammel og ny utlendingslov.

I utlendingsloven fra 1988 var forholdsmessighetsvurderingen plassert i §§ 29 andre ledd og 30 tredje ledd. § 29 gjaldt utvisning av utlendinger uten bosettingstillatelse og § 30 gjaldt utvisning av utlendinger med bosettingstillatelse. De objektive vilkårene var ulike i de to bestemmelsene, men ordlyden som gav utrykk for forholdsmessighetsvurderingen var den samme:

> ”Utvisning [...] besluttes ikke dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene.”

Ifølge høyesterettspraksisvar vurderingens innhold lik uansett om utlendingen hadde bosettingstillatelse eller ikke. ”[F]orholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven §30 tredje ledd – og §29 annet ledd som inneholder en tilsvarende bestemmelse(...)”[19]

[19] Rt. 2000 side 591

Det følger av forarbeidene[20] at det ikke er ment å gjøre endringer i innholdet i forholdsmessighetsvurderingen. Vurderingen må nå også tas i saker som gjelder rikets sikkerhet.[21] Dette var ikke tilfellet med den gamle loven. Det er også gjort en endring i ordlyden ved at hensynet til barnets beste er nedfelt i lovteksten i ul. § 70 første ledd. Dette innebærer ingen realitetsendring fordi FN's barnekonvensjon[22] uansett gjelder som norsk lov jf. menneskerettsloven § 2.[23] Av Barnekonvensjonen art. 3 går det frem at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i handlinger som berører barn. Departementet ville fremheve dette hensynet for å "sikre særskilt bevissthet omkring dette".[24]

Innholdet i forholdsmessighetsvurderingen er det samme som tidligere. Rettskilder om forholdsmessighetsvurderingen i utlendingsloven fra 1988 vil derfor fortsatt ha relevans.

2.1.3 EMK og EMD

2.1.3.1 Innledning

EMK og EMDs praksis er en viktig rettskilde for denne oppgavens tema. Det kan derfor være nyttig å si litt om EMDs metode og bruk av EMDs praksis i norsk rett.

2.1.3.2 Tolkning av EMK

Gjennom menneskerettsloven § 2 er EMK gjort til norsk rett. Ved motstrid med andre lovregler har EMK forrang jf. § 3. En utlending skal altså ikke utvises dersom det vil være i strid med rettigheter i EMK.

I Rt. 1996 s. 1510 står det at "de sentrale rettskildene ved tolkningen av EMK er, foruten selve konvensjonsteksten, konvensjonsorganenes praksis, i særlig grad Den europeiske menneskerttighetsdomstols – EMDs – dommer, samt teoretiske verker om konvensjonen."

Wienkonvensjonen om traktatretten[25] har regler for hvordan konvensjoner skal tolkes. Ordlyden er utgangspunktet for tolkningen, og da ordenes vanlige betydning jf.

---

[20] Ot.prp. nr. 75 kapittel 15
[21] Ibid. side 293
[22] FNs Barnekonvensjon av 20. november 1989
[23] Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30
[24] Ot.prp.nr.75 side 292
[25] Wienkonvensjonen om traktatretten. Norge er ikke part til konvensjonen.

Wienkonvensjonen art. 31 første ledd. Hva som er ordenes vanlige betydning må vurderes utifra konvensjonens gjenstand og formål. Det er under henvisning til dette at EMD har fastslått at EMK er et ”levende instrument”, noe som igjen har ført til en dynamisk tolkning av EMK.[26] Selv om konvensjonsorganenes praksis har status som en sekundær rettskilde i folkeretten[27] legger EMD stor vekt på tidligere praksis.[28] Når norske domstoler anvender EMK skal dette gjøres på samme måte som EMD. Njål Høstmælingen skriver:

> ”Der de internasjonale menneskerettighetene er blitt en del av den nasjonale retten (for eksempel gjennom monisme eller inkorporasjon), er det naturlig å si at innholdet er det samme – og bestemmes på samme måte – som på det internasjonale planet”.[29]

Norske domstoler skal altså anvende EMK i samsvar med EMD. EMDs praksis har dermed direkte betydning for tolkningen av EMK i norsk rett.

EMDs avgjørelser treffes av en komité, et kammer eller et storkammer. Komiteene avgjør hvilke saker som skal avvises og hvilke som går videre til domstolsbehandling. Dersom prosessforutsetningene er oppfylt avsier kammeret dom i saken. Dersom saken reiser viktige spørsmål om konvensjonens eller protokollenes fortolkning eller om endring av rettspraksis, henvises saken til storkammer for førsteinstansbehandling der. Storkammeret fungerer også som andre instans i saker som er avgjort ved dom av et kammer, men som på begjæring av en part tillates innbrakt for storkammeret. En komité består av 3 dommere, et kammer av 7 dommere og et storkammer av 17 dommere.[30]

Som følge av at storkammeret består av hele 17 dommere og kun avgjør saker av prinsipiell betydning, vil storkammeravgjørelser ha stor vekt for tolkningen av EMK.

Europarådet har også andre organer enn EMD som skal fremme menneskerettigheter. Blant disse er ministerkomiteen og parlamentarikerforsamlingen.[31] Begge disse organene har

---

[26] Høstmælingen (2004) side 87-89
[27] Statuttene for Den Internasjonale domstol (ICJ) art. 38 første ledd bokstav d
[28] Høstmælingen (2004) side 101 flg.
[29] Ibid. side 105
[30] Den Europæiske Menneskeretskonvention (2003) side 12-13
[31] Høstmælingen (2004) side 377-378

kommet med anbefalninger til medlemsstatene i utvisnings- og immigrasjonssaker.[32] Disse anbefalningene vises til i både *Üner v. The Netherlands* og *Maslov v. Austria*, som begge er storkammeravgjørelser. Det siteres fra anbefalningene under overskriftene ”RELEVANT INTERNATIONAL MATERIALS”[33] og ”OTHER RELEVANT MATERIALS”[34]. Anbefalningene har altså relevans, men det er vanskelig å slå fast hvilken vekt de har. I *Üner* skriver mindretallet (3) at anbefalningene ikke er bindende.[35] Dette følger allerede av at tekstene kun er anbefalninger. Videre skriver mindretallet at anbefalningene ikke har på langt nær like stor vekt som artikkel 3 i EMKs tilleggsprotokoll nr. 4. De mener likevel at artikkel 8 må forstås i lys av tekstene og at flertallet ikke har brukt tekstene på riktig måte.[36] I *Maslov* skriver flertallet (16) at tilknytning i form av lang botid forsterkes av at utlendingen har kommet til landet i ung alder eller ble født der. ”This tendency is also reflected in various Council of Europe instruments, in particular in Committee of Ministers Recommendations Rec (2001)15 and Rec (2002)4 (...).”[37] EMD tillegger altså anbefalningene en viss vekt. Dette gjelder særlig der praksis fra EMD og anbefalningene trekker i samme retning, slik situasjonen var i *Maslov*.

Det følger av at norske domstoler skal bruke EMD’s metode, at anbefalningene også tilskrives vekt der.

2.1.3.3 Statenes skjønnsmargin – The margin of appreciation

Det følger av folkerettslig sedvanerett at statene er suverene og har jurisdiksjon innenfor sitt territorium. Statene kontrollerer selv utlendingers adgang til riket og deres opphold der. EMK gir ikke utlendinger rett til opphold, og står heller ikke i veien for at vertsland kan utvise utlendinger, med mindre utvisning i det konkrete tilfellet vil være i strid med konvensjonen.[38] Når EMK gjelder som norsk lov betyr dette at Norge ikke kan utvise en utlending dersom det innebærer et brudd på f. eks art. 8 i konvensjonen. Ifølge EMD har ingen utlendinger noe absolutt vern mot utvisning i kraft av art. 8. Om utvisningen er et brudd på EMK art. 8 vil

---

[32] Fra *Üner mot Nederland* avsnitt 35: Committee of Ministers Recommendations Rec(2000)15 concerning the security of residence of long-term migrants and Rec(2002)4 on the legal status of persons admitted for family reunification and Parliamentary Assembly Recommendation 1504 (2001) on the non-expulsion of long-term immigrants.
[33] *Maslov*, avsnitt 33
[34] *Üner*, avsnitt 35
[35] *Üner*, avsnitt 7 i mindretallets ”Dissenting opinion”
[36] *Üner*, avsnitt 9 i mindretallets ”Dissenting opinion”
[37] *Maslov*, avsnitt 73
[38] F.eks. *Üner*, avsnitt 54

bero på en individuell vurdering i hver enkelt sak. I saken *Darren Omergie and others v. Norway*, avsnitt 57 står det:

> "The State must strike a fair balance between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation."

I Rt. 1996 s. 1510 skriver førstvoterende:

> "Generelt minner jeg om at EMD i sine avgjørelser understreker at den ikke ser som sin oppgave å være en fjerdeinstans over de nasjonale domstoler. Et viktig trekk er også at EMD under henvisning til at det er nasjonale myndigheter som er nærmest de faktiske forhold i saken og best plassert for å vurdere nødvendigheten av inngrep, har utviklet rettssetningen om at konvensjonsstatene har en viss skjønnsmargin – "margin of appreaciacion" – ved gjennomføringen av sine konvensjonsforpliktelser. Jeg viser om dette til Rt-1996-551 på side 558 med videre henvisninger. Dette innebærer at norske dom stoler må prøve om det norske utvisningsvedtaket ligger innenfor denne ramme. Skjønnsmarginen er imidlertid mindre ved menneskerettigheter av personlig karakter enn i en del andre saker."

I Rt 2000 side 591 står det: "I dommen i Rt-1998-1795 har førstvoterende antatt at skjønnsmarginen « ved vurderingen av om utvisningsvedtak er i strid med artikkel 8 nr 2, [må] være forholdsvis vid »".

Statene har en viss slingringsmonn når det kommer til avveiningen av de relevante momentene i utvisningssaker. Innenfor rammen av art. 8 skal statene selv kunne velge hvor liberale eller restriktive de vil være.

Hvor grensene for skjønnsmarginen går er vanskelig å si. I Rt 1996 s 1510 på side 1519 uttaler førstvoterende (flertallet):

> "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."

Mindretallet mener at utvisning vil være uforholdsmessig. Dommer Lund skriver at utvisning ikke kan ligge innenfor statenes skjønnsmargin uansett hvor hardt den rammer familien.

Det er snakk om vanskelige grensedragninger. EMD har forståelse for at stater ønsker å slå hardt ned på narkotikakriminalitet, og at utvisning kan være et fremmende virkemiddel til

dette formålet. Det går likevel en grense for hvor strenge enkeltstatene kan være. Rammes den utviste og/eller hans familie for hardt, vil utvisningen uansett være et brudd på art. 8.

I *Maslov*[39] skriver førstvoterende at ”the State’s margin of appreciation goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court (…). The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether an expulsion measure reconcilable with Article 8.”

Njål Høstmælingen skriver:

> “Det er ikke alltid like lett å analysere seg frem til skjønnsmarginen gjennom bruk av juridisk metode, som nok ikke vil gi oss klare svar på hvorfor så mye overlates statene når det gjelder utsendelse av utlendinger, og hvorfor så lite overlates statene når det gjelder pressens ytringsfrihet. Her er vi nok mer inne på et område som kalles gjennomføringsorganenes ”taktikk” eller ”popularitet”.”[40]

Det kan tenkes at EMD vil ikke blande seg for mye inn i statenes innvandringspolitikk. Innvandring, og herunder utvisning, er et politisk betent tema. Overstyring fra EMD på dette området er nok ganske upopulært. På den annen side er det EMD som har bestemt at skjønnsmarginen er noe mindre i saker av personlig karakter og at de har siste ord i saker om utvisningens forhold til EMK art. 8.

2.1.4 Domstolenes prøvelsesrett

Domstolenes rolle ovenfor forvaltningen er først og fremst å drive legalitetskontroll.[41] De skal påse at myndighetenes vedtak er fattet i overensstemmelse med lov og rett.[42] Utgangspunktet er at domstolene kan overprøve forvaltningens vedtak.[43] Dette følger av konstitusjonell sedvanerett. Det finnes imidlertid unntak fra denne hovedregelen, basert på tolkning av den enkelte bestemmelse.[44] ”Eckhoff og Smith 1997 snakker om ”fritt skjønn” i de tilfeller hvor <rettsreglene – i alle fall et stykke på vei – stiller vedkommende forvaltningsorgan fritt>”.[45]

---

[39] *Maslov*, avsnitt 76
[40] Høstmælingen (2004) side 124
[41] Eckhoff og Smith (2003) side 480
[42] L.c.
[43] Graver (2002) side 256
[44] Ibid. side 261
[45] Ibid. side 255

Motsetningen til det frie skjønn er det lovbundne skjønn, som domstolene kan prøve fullt ut som ledd i prøvelse av rettsanvendelsen.[46]

I Rt. 1995 s 72 gikk det frem at forholdsmessighetsvurderingen etter utlendigsloven av 1988 tilhørte forvaltningens såkalte ”frie skjønn”. Høyesterett kom dermed til at de ikke kunne overprøve utlendingsmyndighetenes forholdsmessighetsvurdering. De kunne bare prøve vedtakets forhold til EMK art. 8. EMK art. 13 krever et effektivt prøvingsmiddel for den som hevder at konvensjonen er krenket. Av denne grunn må nasjonale domstoler prøve påstander om at konvensjonsrettigheter er krenket.

29. april 1996 ble tre utvisningssaker avgjort i Høyesterett. Førstvoterende i Rt 1996 side 551 skriver:

> ”I avgjørelsen i Rt-1995-72 er lagt til grunn at norske domstoler kan prøve utvisningsvedtaks forhold til EMK art 8. Jeg antar at en slik prøvelse i realiteten ikke vil skille seg vesentlig fra en eventuell prøvelse av den konkrete rettsanvendelse etter utlendingsloven §30 tredje ledd, etter vanlige internrettslige regler.”

Uttalelsen er et obiter dictum. Saken gjaldt prøvelse etter EMK art. 8, så det var ikke nødvendig å nevne prøvelse etter utlendingsloven. Førstvoterende tar her et skritt i retning av at forholdsmessighetsvurderingen kan overprøves. Spørsmålet om full prøvelsesrett ble likevel ikke avklart i de to etterfølgende sakene, Rt 1996 side 561 og Rt 1996 side 568. Her gjaldt det også brudd på EMK art. 8, så en vurdering av prøvelse etter ul. var ikke nødvendig.

Førstvoterende i Rt 2000 side 591 avklarer spørsmålet om full prøvelsesrett:

> ”I dommen i Rt-1995-72 ble det lagt til grunn at forholdsmessighetsvurderingen hører under forvaltningens frie skjønn. Som en konsekvens av dommen, har spørsmålet om gyldigheten av forvaltningens utvisningsvedtak i senere høyesterettsdommer først og fremst blitt vurdert i forhold til EMK art. 8. (...).
>
> Rettsoppfatningen i Rt-1995-72 ble fraveket i Høyesteretts dom i Rt-1998-1795, blant annet under henvisning til at oppfatningen var modifisert i senere høyesterettsavgjørelser. I dommen gis det uttrykk for at forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven §30 tredje ledd - og §29 annet ledd som inneholder en tilsvarende bestemmelse - må anses « som et rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves

[46] L.c

av domstolene. Den forholdsmessighetsvurdering som skal foretas etter disse bestemmelsene, er av typisk rettslig karakter ». Jeg er enig i dette. ”

Førstvoterende mener altså at domstolene har prøvelsesrett. Han går så over til å vurdere hvilken prøvelsesintensitet domstolene bør ha:

> ” Fra statens side er det anført at domstolene må vise tilbakeholdenhet ved overprøving av forvaltningens forholdsmessighetsvurdering etter §30 tredje ledd - at det må gjelde et tilsvarende spillerom for forvaltningens skjønn her som den skjønnsmargin som etter EMK tilstås statene. Jeg ser det ikke slik.
>
> Verken lovens ord eller forarbeidene gir holdepunkter for en slik begrensning i prøvelsesadgangen, og jeg kan heller ikke se at den kan begrunnes i andre forhold. Det dreier seg som nevnt om vurderinger av typisk rettslig karakter i forbindelse med vedtak som innebærer meget tyngende inngrep overfor utlendingen og hans familie. Det kan etter min oppfatning ikke anses som en tilstrekkelig begrunnelse for å begrense prøvelsesadgangen at utlendingsmyndighetenes praksis er forankret i kriminal- og utlendingspolitiske overveielser. En annen sak er at praksis kan være en relevant omstendighet i forbindelse med forholdsmessighetsvurderingen, også fordi likhetshensyn vil kunne spille en rolle ved avgjørelsen. Men noen større tilbakeholdenhet ved prøving av forholdsmessigheten ved inngrepet kan jeg ikke se at det er grunnlag for å utvise.”

Ifølge førstvoterende er det ikke noe som tilsier en begrensning i prøvelsesadgangen. Høyesterett avsa dommen under dissens (3-2), men fire av dommerne mente at forholdsmessighetsvurderingen kunne prøves fullt ut av domstolene.

Denne rettsoppfatningen er fulgt opp i senere høyesterettspraksis. I Rt 2007 s 667 avsnitt 25 skriver førstvoterende:

> ”Under henvisning til dommen i Rt-2000-591 slår lagmannsretten korrekt fast at domstolene fullt ut kan prøve utlendingsmyndighetenes forholdsmessighetsvurderinger ved vedtak om utvisning.”

Etter dette er det klart at domstolene kan prøve forholdsmessighetsvurderingen fullt ut.

2.1.5 Forarbeider og etterarbeider

Som det vil gå frem i avhandlingen, viser Høyesterett ofte til forarbeider. I HR-2009-930-A, avsnitt 41 vises det til Ot.prp.nr.75 (2006-2007) side 292 hvor momenter i forholdsmessighetsvurderingen ramses opp. De er ment å være i samsvar med gjeldende rett og fikk derfor betydning ”selv om det formelt dreier seg om etterarbeider”. Forarbeidene til den nye utlendingsloven brukes her som etterarbeider til den forrige loven.

2.1.6 Utlendingsmyndighetenes praksis

Utvisningsvedtak fattes av UDI. Disse kan påklages til Utlendingsnemnda (UNE).[47] UNE har en praksisbase på internett med sammendrag fra en mengde saker.[48] Den kan gi et bilde av hvordan UNE praktiserer regelverket. På UDIs hjemmesider finnes blant annet rundskriv, praksisnotater og instrukser fra overstående departement.[49] Departementet kan instruere UDI om lovtolkning og skjønnsutøvelse, men de kan ikke instruere UNE.[50] Dette er en følge av at UNE skal være et uavhengig organ jf. ul. § 77.1.

Et eksempel på at Høyesterett viser til utlendingsmyndighetenes praksis finnes i Rt. 2005 side 229 avsnitt 39. Justisdepartementet hadde instruert UDI om at utlendinger med barn i Norge som utgangspunkt ikke skulle utvises med varig innreiseforbud. Dette ble brukt som argument for at barnets beste må trekkes inn i forholdsmessighetsvurderingen når den som utvises har barn i Norge.

2.1.7 Teori

Det vises til litteraturlisten i kapittel 8.

2.1.8 Reelle hensyn

Hensyn for og imot utvisning behandles i kapittel 3.

3 Hensyn for og imot utvisning

3.1.1 Innledning

Utlendingslovens formål er beskrevet i ul. § 1:

> ”Loven skal gi grunnlag for regulering av og kontroll med inn- og utreise, og utlendingers opphold i riket, i samsvar med norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser.

---

[47] Jf. ul. § 76.1
[48] http://www.une.no/Praksis2/Praksisbase/ (20.04.2010)
[49] http://www.udiregelverk.no/ (20.04.2010)
[50] Følger av ul. § 76.2. Dette kan imidlertid bli endret. Et utvalg skal legge frem en NOU innen 1. desember i år, men ble bedt om å forsere deler av arbeidet. 07.04.2010 la de frem en delutredning om utvidet instruksjonsmyndighet over Utlendingsnemnda.

Loven skal legge til rette for lovlig bevegelse over landegrensene, og ivareta rettssikkerheten til utlendinger som reiser inn i eller ut av riket, som oppholder seg her, eller som søker en tillatelse etter loven.

Loven skal gi grunnlag for vern for utlendinger som har krav på beskyttelse etter alminnelig folkerett eller internasjonale avtaler som Norge er bundet av."

Loven har en vanskelig oppgave med å balansere verdier som kan stå i motsetning til hverandre. Slik er det ofte på utlendingsfeltet, og kanskje spesielt når det gjelder utvisning. For mens kontrollhensyn kan tale for utvisning kan samtidig internasjonale forpliktelser tale imot. Loven skal da forsøke å ivareta både samfunnets og utlendingenes interesser.

Fordelen Norge vil ha av å utvise utlendingen veies opp mot ulempene utlendingen eller hans familiemedlemmer vil få ved utvisning. Forholdsmessighetsvurderingen i ul. § 70 er et resultat av at hensyn trekker i hver sin retning. Her vil noen av disse hensynene omtales.

3.1.2 Kontrollhensyn/Innvandringsregulerende hensyn

Departementet skriver at det "er en grunnleggende del av innvandringsreguleringen å kunne holde utenfor landets grenser personer som er uønsket her på grunn av kriminalitet eller visse andre forhold."[51] Den norske stat har en interesse i å kvitte seg med utlendinger som utgjør en samfunnsfare og som ikke respekterer norske lover og regler.

Ifølge Departementet kan en "begrenset utvisningsadgang gi press mot et mer restriktivt regelverk for de ulike asyl- og innvandringsgrunnlag."[52] Det man tenker seg er at ved å sende ut de utlendingene som ikke er ønsket her, får Norge større kapasitet til å ta imot andre utlendinger.

Departementet skriver at utvisning kan "bidra positivt til samfunnsinkluderingen av det store flertallet lovlydige innvandrere".[53] Tanken her er at utlendinger vil få et bedre rykte som gruppe dersom man kvitter seg med de som truer samfunnet.

---

[51] Ot.prp. nr. 75 side 288
[52] L.c.
[53] L.c.

3.1.3 Den alminnelige rettsfølelse

Departementet mener at det ville ”stride mot den alminnelige rettsfølelse og svekke folks tillit til utlendingspolitikken dersom det ikke var rom for å utvise utlendinger som begår kriminalitet eller som truer grunnleggende nasjonale interesser.”[54]

Det er vanskelig å si hva den alminnelige rettsfølelse er. Uttrykket kan forstås som det folk flest mener er riktig og rettferdig. Den generelle oppfatningen blant nordmenn er antakeligvis at man bør ha en viss adgang til å utvise utlendinger.

3.1.4 Allmennpreventive hensyn

”Adgang til utvisning kan også ha en allmennpreventiv effekt. Trusselen om utvisning kan i seg selv forbygge uorden og kriminalitet.”[55]

Det har vært stilt spørsmål om hvorvidt allmennprevensjon er et legitimt formål i henhold til EMK art. 8. I Rt 1996 side 1510 anførte utlendingen at utvisningen bare var begrunnet i allmennpreventive hensyn og dermed mindre begrunnet i konvensjonen. Førstvoterende viser til Rt 1996 side 551 på side 558 og mener at allmennprevensjon er et legitimt hensyn etter konvensjonen.

I Rt 1996 side 551 på side 558 hadde utlendingen gjort gjeldende at uttrykket ”forebygge uorden og kriminalitet” i EMK art. 8.2 ”bare sikter til vedkommende utlending, slik at det må foreligge en konkret og direkte fare for at denne vil foreta nye straffbare handlinger”. Førstvoterende mener at uttrykket også omfatter ”forebyggelse av fare for uorden og kriminalitet i sin alminnelighet”. Han skriver at allmennpreventive ligger klart innenfor konvensjonens uttrykk.

I *Dalia*[56] kom flertallet (6) til at utvisningen ikke stred mot konvensjonen. Franske myndigheter besluttet å ikke omgjøre utvisningsvedtaket siste gang i 1994, over 8 år etter at utlendingen hadde sonet straffen. I denne perioden hadde hun ikke begått nye lovbrudd og det var ikke tegn på at hun kom til å gjøre det i fremtiden. Domstolen påpeker at forholdet vekter

---

[54] L.c.
[55] Ot.prp.nr.75 side 288
[56] *Dalia v. France*

tungt fordi det dreier seg om narkotikakriminalitet.[57] Når EMD bedømmer noen typer kriminalitet strengere enn annen kriminalitet, uten at det foreligger gjentakelsesfare, kan det ikke bety annet enn at allmennpreventive hensyn spiller inn. Poenget må være at de ønsker å sette et eksempel, for at andre ikke skal begå slik kriminalitet. Med andre ord anså EMD allmennpreventive hensyn for å ligge innenfor uttrykket ”the prevention of disorder or crime”.[58]

Både Høyesterettt og EMD mener altså at allmennpreventive hensyn ligger innenfor det legitime formålet om å hindre uorden og kriminalitet.

3.1.5 Individualpreventive hensyn

Utvisning har individualpreventiv effekt for Norge i den forstand at utlendingen ikke kan begå kriminalitet her i den perioden han er utvist. For de som blir varig utvist får effekten full styrke. I strafferetten er det antatt at individualprevensjon i form av uskadeliggjøring ved frihetsberøvelse ikke spiller så stor rolle fordi straffene er relativt korte.[59]

Et annet individualpreventivt formål med straff er resosialisering.[60] Undersøkelser har vist at frihetsberøvelse ikke har denne effekten.[61] Å måtte forlate Norge for en periode har trolig heller ingen resosialiserende effekt. Utvisning har helt sikkert ikke resosialisering som formål.

3.1.6 Forholdet til straff

Departementet skriver: ”Utvisning er en forvaltningsmessig avgjørelse, som innebærer en konstatering av at de vilkår som er stilt for oppholdet i landet, ikke lenger er oppfylt.”[62] De skriver at utvisning har flere likhetstrekk med en straffereaksjon, men at utvisning ikke er å anse som straff i henhold til Grunnloven § 96 om at ingen kan straffes uten etter dom. De viser til at EMD i saken *Maaouia mot Frankrike* fastslo at utvisning ikke er å anse som straff i henhold til EMK art. 6 nr. 1.[63]

---

[57] *Dalia*, avsnitt 54
[58] I *Dalia*, avsnitt 48 står det at inngrepet var i overensstemmelse med det legitime formålet; ”the prevention of disorder or crime”.
[59] Eskeland (2006) side 50
[60] Eskeland (2006) side 49
[61] Eskeland (2006) side 50
[62] Ot.prp.nr.75 side 288
[63] L.c.

Straff begrunnes først og fremst i hensynet til individual- og allmennprevensjon.[64] Den alminnelige rettsfølelse i befolkningen kan også få betydning som reelt hensyn ved tolkning av straffelovgivningen. Hensynet faller kanskje inn under det Eskeland kaller ”kulturelle verdier”.[65] Hensynene som begrunner utvisning er i stor grad de samme som begrunner straff. Straff defineres imidlertid slik: ”Straff er et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertredelsen i den hensikt at han skal føle det som et onde.”[66] Hensikten med utvisning er ikke at utlendingen skal føle det som et onde. I *Üner* står det: ”Such administrative measures are to be seen as preventive rather than punitive in nature”.[67]

3.1.7 Hensynet til utlendingen selv

At det skal legges vekt på hensynet til utlendingen følger av både ul. § 70 og retten til privatliv i EMK art 8.1. Ofte vil det være i utlendingens interesse å få bli i Norge. Hvilke forhold ved utlendingens egen situasjon som får betydning går frem av oppgavens kapittel 5.

3.1.8 Hensynet til utlendingens familie

For utlendinger som har familie, kan utvisningen være uforholdsmessig overfor dem. Dette følger av ul. §70 og EMK art. 8.1. Utlendingens familiesituasjon er et viktig momenter i forholdsmessighetsvurderingen. Det omtales nærmere i kapittel 5 og 6.

3.1.9 Hensynet til barnets beste

Som tidligere nevnt er hensynet til barnets beste nå nedfelt i lovteksten i ul. § 70. Hensynet til barnets beste kommer inn når utlendingen har barn i vertslandet, men også når utlendingen selv er barn.[68]

4 Forholdsmessighetsvurderingen og EMK art. 8

4.1 Innledning

I kapittel 4.2 behandles EMK art. 8. Det er her utvisningssituasjonen som står i fokus. For en bred fremstilling av bestemmelsen vises til juridisk litteratur.[69] Hensikten med kapittel 4.3 er å

---

[64] Eskeland (2006) side 49
[65] Eskeland (2006) side 53 flg.
[66] Andenæs, Johs., Statsforfatningen i Norge, 3. utgave, Oslo 1962 side 352, hentet fra Eskeland (2006) side 38
[67] *Üner*, avsnitt 56
[68] Se oppgavens kapittel 5.3.6

vise hvorfor og hvordan nødvendighetsvurderingen får betydning for forholdsmessighetsvurderingen.

4.2 EMK art. 8

EMK art. 8 lyder slik:

> *"Right to respect for private and family life*
> 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."

Den norske oversettelsen lyder slik:

> *"Retten til respekt for privatliv og familieliv*
> 1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
> 2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter."

EMK art. 8 beskytter rettigheter som det kan gjøres inngrep i på visse vilkår. Slike bestemmelser kalles inngrepshjemler og består gjerne av tre deler: Dersom inngrepet skal være akseptabelt, må det ha hjemmel i lov, søke å nå de oppstilte formålene og endelig være nødvendig i et demokratisk samfunn.[70]

4.2.1 "respekt"

Ordet "respekt" medfører at statene både har positive og negative forpliktelser når det gjelder beskyttelse av de rettighetene som art. 8 verner om. Den negative forpliktelsen innebærer at myndighetene ikke må gjøre inngrep i strid med art. 8 første ledd så lenge ikke unntaket i andre ledd er oppfylt. At staten er positivt forpliktet betyr at den må legge til rette for at den enkelte person kan realisere de rettighetene som er beskyttet. I tillegg kan ordet "respekt" bety

---

[69] Se litteraturlisten i oppgavens kapittel 6
[70] Høstmælingen (2004) side 121

at staten må beskytte borgerne mot hverandre for å overholde sine forpliktelser. [71] I utvisningssaker har statene en negativ forpliktelse til å ikke utvise/uttransportere utlendinger i strid med art.8.

4.2.2 ”privatliv”

EMD har uttrykt at privatliv er et vidt begrep som det hverken er mulig eller nødvendig å definere uttømmende:

> “The court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of “private life”. However, it would be too restrictive to limit the notion to an “inner circle” in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings.”[72]

Kjernen i begrepet er retten til en sfære hvor individet uforstyrret kan utfolde og utvikle sin personlighet. I tillegg kommer i et visst omfang retten til å etablere og utvikle relasjoner til andre mennesker.[73]

I *Üner* står det:

> ”(...),it must be accepted that the totality of social ties between settled migrants and the community in which they are living constitute part of the concept of ”private life” within the meaning of Article 8. Regardless of the existence or otherwise of a “family life”, therefore, the Court considers that the expulsion of a settled migrant constitutes interference with his or hers right to respect for private life.”[74]

Det er dermed klart at utvisning vil være et inngrep i utlendingens privatliv.

4.2.3 ”familieliv”

Utgangspunktet for avgrensningen av familiebegrepet er kjernefamilien slik vi kjenner den fra den europeiske tradisjon. Det vil si ektefeller og deres mindreårige felles barn, barn av tidligere eller senere ekteskap og adoptivbarn. Besteforeldre, barnebarn og andre nære slektninger vil som regel falle innnenfor begrepet. Ellers beror det på en helhetsvurdering om

---

[71] Den Europæiske Menneskeretskonvention (2003) side 381
[72] *Niemietz mot Tyskland*
[73] Den Europæiske Menneskeretskonvention (2003) side 384
[74] *Üner*, avsnitt 59

personene lever i et familieliv i art. 8's forstand. Momenter i vurderingen er hvorvidt personene bor sammen, følelsesmessig, praktisk og økonomisk avhengighet, alder og kultur. Selv om det først og fremst legges vekt på biologiske og juridiske familiebånd tas også hensyn til sosiale relasjoner i form av de facto familieliv.[75]

I Üner står det i avsnitt 59:"It will depend on the circumstances of the particular case whether it is appropriate for the Court to focus on the "family life" rather than the "private life" aspect."

Utvisning er altså enten et inngrep i utlendingens privatliv eller familieliv. Det er derfor ikke av stor betydning å avgjøre om det foreligger "familieliv" i EMK art.8's forstand. Kommer man til at utlendingen ikke har noe "familieliv", må man uansett vurdere inngrepet i "privatlivet".

4.2.4 "inngrep"

"I indgrepskriteriet ligger primært, at en helt ubetydelig eller ganske beskeden påvirkning af rettighedernes beskyttelsesområde generelt ikke vil være tilstrækkelig til at blive anset som et indgreb (...)."[76] I *Bensaid v. The United Kingdom*, avsnitt 46 står det: "Not every act or measure which adversely affects moral or physical integrity will interfere with the right to respect to private life guaranteed by Article 8. However, the Court's case-law does not exclude that treatment which does not reach the severity of Article 3 treatment may nonetheless breach Article 8 in its private life aspects where there are sufficiently adverse effects on physical and moral integrity." Det finnes altså en nedre inngrepsterskel. En viss påvirkning skal til før det er snakk om noe inngrep.

Det følger av de ovennevnte sitater fra *Üner*, og EMD-praksis forøvrig, at utvisning alltid vil være et inngrep i konvensjonens forstand.

---

[75] Den Europæiske Menneskeretskonvention (2003) side 400
[76] Den Europæiske Menneskeretskonvention (2003) side 48

4.2.5 ”hjemmel i lov”

Vilkåret om lovhjemmel skal sikre visse rettssikkerhetskrav, herunder tilgjengelighet og forutsigbarhet.[77] Det forutsettes at alle konvensjonsstatene har lovregler om utvisning av utlendinger. Dette kriteriet vil derfor alltid være oppfylt.[78]

4.2.6 ”søke å nå de oppstilte formål”

De formålene som er legitime for staten å etterstrebe er: den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, forhindring av uorden eller kriminalitet, beskyttelse av helse eller moral, eller beskyttelse av andres rettigheter og friheter.[79]

I saker der utlendingen har blitt dømt for en kriminell handling, er det klart at staten har et legitimt formål i å hindre ”uorden og kriminalitet”.[80] Som nevnt i kapittel 3.4 omfatter uttrykket også den allmennpreventive effekten av å utvise.

Omoregie-saken gjaldt utvisning på bakgrunn av brudd på utlendingsloven. Det var ikke uenighet mellom partene om at utvisningene lå innenfor konvensjonens formål. Utvisning kunne forsvares i formålene om hindring av ”uorden og kriminalitet” og beskyttelse av ”landets økonomiske velferd”.[81] Utvisning, på de grunnlag som følger av ul., vil dermed alltid være forenlige med det legitime formålet om å hindre ”uorden og kriminalitet”.

4.2.7 ”nødvendig i et demokratisk samfunn”

I saken *Silver and others v. The United Kingdom*, avsnitt 97 oppsummerer EMD sin praksis rundt nødvendighetskravet:

> ”On a number of occasions, the Court has stated its understanding of the phrase ”necessary in a democratic society”, the nature of its functions in the examination of issues turning on that phrase and the manner in which it will perform those functions. It suffices here to summarise certain principles:
> (a) The adjective ”necessary” is not synonymous with ”indespensable”, neither has it the fleibility of such epressions as ”inadmissible”, ”ordinary”, ”useful”, ”reasonable” or ”desireable” (...);
> (b) The Contracting States enjoy a certain but not unlimited margin of appreciation in the matter of the imposition of restrictions, but it is for the Court to give the final ruling on whether they are compatible with the Convention (...)

---

[77] Den Europæiske Menneskeretskonvention (2003) side 49 flg.
[78] Se oppgavens kapittel 1.1
[79] Jf. EMK art. 8.2
[80] Se *Üner*, avsnitt 67
[81] *Omoregie*, avsnitt 56

(c) The phrase "necessary in a democratic society" means that, to be compatible with the Convention, the interference must, inter alia, correspond to a "pressing social need" and be "proportionate to the legitimate aim pursued (…)

Nødvendighetsvurderingen er altså en proporsjonalitetsvurdering der inngrepet står på den ene siden og formålet på den andre. På en annen måte kan man si at enkeltindividets interesser veies opp mot statens interesser. I *Boultif* sies det slik:

> "Accordingly, the Court's task consists in ascertaining whether in the circumstances the refusal to renew the applicant's residence permit struck a fair balance between the relevant interests, namely the applicant's right to respect for his family life, on the one hand, and the prevention of disorder or crime, on the other."[82]

Hvorvidt inngrepet er "nødvendig" er det springende punkt i de aller fleste EMD-saker som gjelder utvisning/utsendelse. EMD har utviklet momenter med betydning for vurderingen. I kap. 5 behandles disse nærmere.

4.3 EMK art. 8's betydning for forholdsmessighetsvurderingen i ul. § 70

Som en følge av at det etter EMK art. 8 er inngrepet som vurderes, har bestemmelsen et vidt anvendelsesområde.[83] Svært forskjellige tiltak kan være et inngrep i en persons familie- og/eller privatliv. Forholdsmessighetsvurderingen etter utl. knytter seg i motsetning kun til utvisning. Et spørsmål blir da hvilke EMD-saker vedrørende art. 8 som har betydning for forståelsen av forholdsmessighetsvurderingen. Der EMD tar for seg tolkningen av art. 8 generelt vil det ha betydning uansett hvilket rettsområde den konkrete saken gjelder. Et eksempel her kan være EMDs tolkning av ordet privatliv.[84] For veiledning til hvordan forholdsmessighetsvurderingen etter ul. skal forstås er man imidlertid avhengig av at inngrepet har like konsekvenser som utvisning. Det er derfor ikke bare utvisningssaker fra EMD som gir veiledning, men alle saker der inngrepet gjør at utlendingens familie- og/eller privatliv blir krenket ved at utlendingen må forlate vertslandet (eller ikke kan bli værende der på lovlig vis).

I Rt. 2005 side 229 står det: "I Rt-2000-591 bemerker annenvoterende på side 600 at hans forståelse av bestemmelsen i § 30 tredje ledd er vel forenlig med Den europeiske

---

[82] *Boultif mot Sveits*, avsnitt 47
[83] Høstmælingen (2004) kap.8.9.1.
[84] Se oppgavens kapittel 4.2.2

menneskerettighetsdomstols (EMD) og Høyesteretts praksis etter EMK artikkel 8 nr. 2 om retten til familieliv. Jeg er enig i det...” Forholdsmessighetsvurderingen anses altså for å være i samsvar med EMK art. 8.

I Rt. 2000 side 591 står det: ”Dessuten følger begrensninger i utvisningsadgangen av folkerettens regler, jf. utlendingsloven §4. I første rekke dreier det seg om EMK art. 8 som blant annet ved inngrep i retten til familieliv, jf. art. 8 nr. 1, gir anvisning på en forholdsmessighetsvurdering av tilsvarende karakter som utlendingsloven §30 tredje ledd, jf. art. 8 nr. 2.”

Nødvendighetsvurderingen ligger altså implisitt i ul. § 70 første ledd. Norske rettsanvendere må derfor forholde seg til EMDs praksis omkring denne for å få en riktig forståelse av forholdsmessighetsvurderingen.

Selv om EMK art. 8 per i dag anses å inneholde alle de momentene som også er relevante i forholdsmessighetsvurderingen, kan dette endres. Begge bestemmelsene er skjønnsmessige og rettsutviklingen kan føre til en endring i forståelsen. Norsk praktisering av utvisningsreglene må uansett justere seg etter EMDs forståelse av EMK, slik at vi overholder forpliktelsene vi har. EMK hindrer imidlertid ikke Norge i å være mer liberale enn det EMK art. 8 krever.

I den videre fremstillingen skal vi se om Høyesteretts forståelse av forholdsmessighetsvurderingen ligger innenfor rammene av EMK art. 8.2, slik den har blitt tolket av EMD.

5 Momenter i forholdsmessighetsvurderingen

5.1 Boultif-kriteriene

I dommen *Boultif mot Sveits* etablerer EMD “guiding principles” til nødvendighetsvurderingen i EMK art. 8 i utvisningssaker og i saker hvor utlendingen nektes videre opphold i vertslandet.

> ”In assessing the relevant criteria in such a case,, the Court will consider the nature and seriousness of the offence committed by the applicant; the duration of the applicant’s stay in the country from which he is going to be expelled; the time which has elapsed since the commission of the offence and the applicant’s conduct during that period; the nationalities of the various persons concerned; the applicant’s family situation, such as the length of the marriage; other factors revealing whether the couple lead a real and genuine family life; whether the spouse knew about the offence at the time when he or she entered into a family relationship; and whether there are children in the marriage and, if so, their age. 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 itself preclude expultion.”[85]

Dommen gir oss en liste over relevante momenter i vurderingen, men når betegnelsen ”guiding principles” brukes kan dette ikke være noen utfyllende liste. Den er heller ment som en veiledning til hvordan EMD skal gå frem i slike saker.

I Rt 2005 side 229 skriver førstvoterende i avsnitt 36 og 37 ” at EMD i dom 2. August 2001 i saken Boultif mot Sveits avsnitt 48 annet avsnitt (EMD-2000-54273), angir retningslinjer for vurderingen av om en utvisning vil være ”nødvendig i et demokratisk samfunn”, når utvisningen gjør det vanskelig for ektefellene/familien å fortsette samlivet”.

Førstvoterende siterer deretter avsnittet overfor hvor disse retningslinjene går frem, og påpeker at de er ”gjentatt i dom 11. Juli 2002 i saken Amrollahi mot Danmark avsnitt 35”.

I *Üner* omtales ”the guiding principles” fra Boultif-saken i avsnitt 59. Dommer Wildhaber skriver:

> “It is to be noted, however, that the first three guiding principles do not, as such, relate to family life. This leads the Court to consider whether the “*Boultif* criteria” are sufficiently comprehensive to render them suitable for application in all cases concerning the expulsion and/or exclusion of settled migrants following a criminal conviction. It observes in the context that not all such migrants, no matter how long they have been residing in the country from which they are to be expelled, necessarily enjoy “family life” there within the meaning of Article 8. However, as Article 8 also protects the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world (see *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III) and can sometimes embrace aspects of an individual’s social identity (see Mikulic v. Croatia, no. 53176/99, § 53, ECHR 2002-I), it must be accepted that the totality of social ties between settled migrants and the community in which they are

[85] *Boultif*, avsnitt 48

> living constitute part of the concept of "private life" within the meaning of Article 8. Regardless of the existence or otherwise of a "family life", therefore, the Court considers that the expulsion of a settled migrant constitutes interference with his or hers right to respect for private life. It will depend on the circumstances of the particular case whether it is appropriate for the Court to focus on the "family life" rather than the "private life aspect."

Retningslinjene gjelder altså også i saker hvor utlendingen ikke har et eksisterende familieliv. De omtales som "Boultif criteria". Dette kan bety at retningslinjene, etter å ha blitt fulgt opp i senere praksis, har fått en høyere status. Momentene vurderes i alle utvisningssaker. Dette betyr antakeligvis at EMD ser seg bundet av Boultif-kriteriene.

I *Üner*-saken fremsettes ytterligere to momenter i tillegg til de fra *Boultif*-saken. Selv om disse kan være innbakt i de tidligere fremsatte momentene ønsker EMD å gjøre dem eksplisitte.[86] Disse momentene er:

> "- the best interests and well-being of the children, in particular the seriousness of the difficulties which any children of the applicant are likely to encounter in the country to which the applicant is to be expelled; and – the solidity of social, cultural and family ties with the host country and with the country of destination."[87]

Dommene det er vist til over gjelder utvisning/utsendelse på bakgrunn av kriminalitet. Boultif-kriteriene knyttes der til "expulsion and/or exclusion of settled migrants following a criminal conviction".[88] Praksis viser imidlertid at retningslinjene også brukes der utvisningen skjer på bakgrunn av brudd på utlendingsloven.[89] Det vises til avsnitt 57 i *Omoregie* og sitatet i oppgavens kapittet 5.3.5. Det skal vurderes "whether there are factors of immigration control (for example, a history of breaches of immigration law) or considerations of public order weighing in favour of exclusion". Så langt de passer brukes altså Boultif-kriteriene også i saker som gjelder brudd på utlendingsloven.

Høyesterett bruker Boultif-kriteriene i sin praksis. I Rt 1998 side 1795 viser førstvoterende til de EMD-sakene som har blitt lagt frem for Høyesterett. Han anser ingen av sakene som parallelle med gjeldende sak og uttaler: "Rettskildeverdien av de avgjørelser som har vært

---

[86] *Üner*, avsnitt 58
[87] *Üner*, avsnitt 58
[88] *Üner*, avsnitt 59
[89] *Omoregie* og *Da Silva*

påberopt, ligger i de momenter som Menneskerettighetsdomstolen har ansett relevante, og hvordan disse er avveid mot hverandre."

I Ot.prp.nr 75 (2006-2007) står det på side 292: "I vurderingen av "utlendingens tilknytning til riket skal det blant annet legges vekt på

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

De fleste momentene departementet ramser opp, inngår i Boultif-kriteriene. Ifølge både Høyesterett og forarbeidene er altså momentene fra *Boultif* relevante.

Hvilken vekt de ulike momentene har må undersøkes ved å se på avveiningen i rettspraksis. I *Maslov*, avsnitt 70 står det: "The Court would stress that while the criteria which emerge from its case-law and are spelled out in the *Boultif* and *Üner* judgements are meant to facilitate the application of Article 8 in expulsion cases by domestic courts, the weight to be attached to the respective criteria will inevitably vary according to the specific circumstances of each case."

I den videre fremstillingen gjennomgås Boultif-kriteriene. Først gjennomgås relevant praksis fra Høyesterett og EMD. Deretter kommenteres praksisen for hvert moment.

5.2 Forholdets alvor - the nature and seriousness of the offence committed by the applicant

5.2.1 Innledning

Boultif-kriteriene ble som tidligere nevnt etablert med tanke på utvisning/utsendelse i forbindelse med kriminalitet. ”The nature and seriousness of the offence” henspeiler på denne situasjonen. I ul. § 70 brukes begrepet ”forholdets alvor” som i motsetning omfatter både brudd på straffeloven og brudd på ul. Det følger imidlertid av kapittelet ovenfor at EMD også godtar utvisning/utsendelse på bakgrunn av brudd på utlendingsloven. Kapittel 5.2.2, 5.2.3 og 5.2.4 tar for seg brudd på straffeloven og formildende omstendigheter i den sammenheng. Brudd på utlendingsloven behandles i kapittel 5.2.5.

5.2.2 Brudd på straffeloven

5.2.2.1 Innledning

I Ot.prp. nr. 75 side 291 står det at ”forholdets alvor” vil omfatte både straffebudets strafferamme og den idømte straff/særreaksjon. Ved spørsmål om utvisning på grunn av sonet eller ilagt straff, vil altså faktisk utmålt straff være et moment som tas med i forholdsmessighetsvurderingen. Det må også ses hen til hensynene bak utvisningsinstituttet. Lovreglene om utvisning skal virke allmennpreventivt.

Videre står det at regjeringen Bondevik II sendte på høring et forslag om å forskriftfeste enkelte momenter i forholdsmessighetsvurderingen. Dette gjaldt vold i nære relasjoner, grov vold og tilfeller der utlendingen utgjør en trussel mot personer i Norge. Departementet vil ikke gi slike særregler, men påpeker at denne type kriminalitet i utgangspunktet må vurderes som alvorlig. Gjentatt kriminalitet, alvorlig narkotikakriminalitet, grov ranskriminalitet, organisert kriminalitet, menneskehandel, overgrep mot mindreårige og terrorvirksomhet hører også til denne gruppen. I slike saker vil det ofte være grunnlag for utvisning ”[s]elv om utlendingen har en meget sterk tilknytning til riket(...).

Ifølge forarbeidene skal det altså ses hen til både strafferamme og utmålt straff. I tillegg anses noen typer kriminalitet som alvorlig etter sin art.

I Europarådets anbefalning Rec(2000)15 står det i punkt 4 b:

”... member states should duly take into consideration the length or type of residence in relation to the seriousness of the crime committed by the long-term immigrant. More particularly, member states may provide that a long-term immigrant should not be expelled:

- After five years of residence, except in the case of a conviction for a criminal offence where sentenced to in excess of two years’ imprisonment without suspension;
- After ten years of residence, except in the case of a conviction for a criminal offence where sentenced to in excess of five years’ imprisonment without suspension;
- After twenty years of residence, a long-term immigrant should no longer be expellable…”

Det sentrale etter retningslinjene er utmålt straff.

Spørsmålet blir hvordan Høyesterett og EMD vurderer alvorlighetsgraden av kriminalitet. Først skal det vurderes om noen typer kriminalitet etter sin art anses mer alvorlig enn annen kriminalitet (kapittel 5.2.2.2). Deretter skal betydningen av strafferammer og utmålt straff omtales (kapittel 5.2.2.3), og til slutt andre omstendigheter med betydning for forholdets alvor (kapittel 5.2.2.4 og 5.2.2.5).

5.2.2.2 Type kriminalitet (the nature of the offence)

5.2.2.2.1 Høyesterett

Ved alvorlige narkotikaforbrytelser føres det streng praksis for utvisning i Norge. Dette fremgår blant annet av Rt 1996 s 1510 og Rt 1996 s 551.

Rt 1996 s 1510 gjaldt varig utvisning av en pakistansk mann på bakgrunn av dom på 10 års fengsel for oppbevaring og forsøk på omsetning av cirka en kilo heroin. Om forholdets alvor uttaler førstevoterende at dette er meget alvorlig. Strafferammen var fra tre til femten år. Førstvoterende mener dette ville bli bedømt som en meget alvorlig forbrytelse i alle konvensjonsstater. Videre uttales at allmennprevensjon er et legitimt hensyn etter EMK art. 8. Den formildende omstendighet at utlendingen ikke har blitt straffet for andre forhold overskygges av grovheten i det forholdet han er dømt for. Han ”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”. Flertallet (3) kommer til at utvisning ikke er uforholdsmessig.

Mindretallet (2) mener at utvisning vil være uforholdsmessig. Dommer Lund skriver at utvisning ikke kan ligge innenfor statenes skjønnsmargin uansett hvor hardt den rammer

familien. Om forholdets alvor uttales: ”Jeg er enig i at alvoret i forbrytelsen er et meget tungtveiende hensyn, men dette kan ikke i seg selv være avgjørende.” I neste avsnitt står det: ”Det avgjørende i saken er virkningene for familien”.

I Rt 2005 side 238 var utlendingen blant annet dømt for medvirkning til fire legemsbeskadigelser, den mest alvorlige med døden til følge. Mindretallet (2) legger vekt på at utlendingen ikke selv ble funnet skyldig i de meget alvorlige forbrytelsene. Flertallet (3) mener derimot at medvirkning ved denne form for kriminalitet er særlig alvorlig. Dommer Bruzelius (flertallet) kommer også med noen bemerkninger om forholdet mellom voldskriminalitet og narkotika- og seksualforbrytelser. ”I forhold til de hensyn som ligger utvisningsreglene, kan jeg ikke se at alvorlig voldskriminalitet, selv om den ikke er resultat av planlegging, generelt sett bør bedømmes annerledes enn narkotika- og seksualforbrytelser.” Flertallet legger også vekt på at utlendingen har fått strafferettslige reaksjoner for mindre alvorlige forhold etter dommen som lå til grunn for utvisningsvedtaket. Det påpekes at grunnen til at de lar det få betydning, er at det gjelder befatning med narkotiske stoffer.

5.2.2.2.2 EMD

I *Dalia*[90] var utlendingen av franske domstoler dømt til ett års fengsel for kjøp, oppbevaring og salg av heroin. Domstolen uttaler i avsnitt 54: ”In view of the devastating effects of drugs on people’s lives, the Court understands why the authorities show great firmness with regard to those who actively contribute to the spread of this scourge. Irrespective of the sentence passed on her, the fact that Mrs Dalia took part in such trafficking still weighs as heavily in the balance.” 6 av 9 dommere kom til at utvisningen ikke var noe brudd på EMK art. 8.

Her kommer altså Domstolen til at forholdet skal tillegges stor vekt selv om den utmålte straffen ikke er så langvarig. De legger vekt på at det snakk om narkotikakriminalitet.

I *Maslov* gjentar Domstolen at EMD-praksis viser stor aksept for å utvise på bakgrunn av narkotikaomsetning. De påpeker imidlertid at dette ikke gjelder i samme grad for narkotikaforbruk. Det er særlig spredning av narkotika man ønsker å unngå. Utlendingen i saken hadde utført kriminelle handlinger for å finansiere sitt narkotikaforbruk. 16 av 17 dommere kom til at utvisning var i strid med EMK art. 8.

---

[90] *Dalia mot Frankrike*

I *Sezen*[91] hadde utlendingen oppbevart 53 kilo heroin. Dommerne har forståelse for at nederlandske myndigheter slår hardt ned på narkotikakriminalitet. At dette var utlendingens første dom kunne ikke undergrave alvorligheten av lovbruddet. Momentene som talte mot utvisning gjorde likevel at 5 av 7 dommere kom til at det ville være et brudd på EMK art. 8.

I *Nasri*[92] var utlendingen blant annet dømt til fem års fengselsstraff og fem års prøvetid på bakgrunn av gruppevoldtekt. I avsnitt 42 står det: ”The preperator of such a serious offence may unquestionable represent a grave threat to public order”. 8 av 9 dommere kom til at utvisning ikke var i strid med EMK art. 8.

Bouchelkia[93] gjaldt utvisning på bakgrunn av en fem år lang fengselsstraff for voldtekt. Under straffeutmålingen ble det sett på som en formildende omstendighet at utlendingen bare var 17 år på tidspunktet. Allikevel uttales at dette faktum ”does not in any way detract from the seriousness and gravity of such a crime.”[94] Andre momenter talte imidlertid imot utvisning, og EMD kom enstemmig til at det ville være i strid med EMK art. 8.

I *Joseph Grant*[95] var utlendingen blant annet dømt for butikktyverier, vold, besittelse av våpen på offentlig sted og kjøp og besittelse av narkotika. Ifølge EMD er ingen av disse lovbruddene ”at the more serious end of the spectrum of criminal activity”. Videre star det: “The majority of offences were non-violent in nature and those that involved some violence attracted sentences of twelve months’ imprisonment or less (…).”[96] Typen kriminalitet og utmålt straff taler for at forholdene ikke er så alvorlige. Det store antallet lovbrudd og det store tidsrommet de har blitt begått i, taler i motsatt retning.[97] EMD kom enstemmig til at utvisning ikke var brudd på EMK art. 8.

5.2.2.2.3 Kommentar

Det ser ut til at både Høyesterett og EMD vurderer narkotika-, volds- og seksualforbrytleser som mer alvorlig enn andre forbrytelser. Denne type lovbrudd overskygger dessuten

---

[91] *Sezen mot Nederland*
[92] *Nasri v. France*
[93] *Bouchelkia v. France*
[94] Ibid., avsnitt 51
[95] *Joseph Grant v. The United Kingdom*
[96] Ibid., avsnitt 38
[97] Ibid., avsnitt 39

formildende omstendigheter, som for eksempel at det ikke foreligger gjentakelsesfare. Allmennpreventive hensyn spiller inn med stor tyngde. Man ønsker å advare utlendinger mot å begå denne typen kriminalitet fordi den er så samfunnsødeleggende.

Det ser imidlertid ut til at Høyesterett vurderer narkotikaforbrytelser strengere enn EMD, eller at de legger mindre vekt på familietilknytning. Rt 1996 s 1510 står i sterk kontrast til *Sezen*. I Høyesterettsdommen ikke kunne ikke familietilknytningen veie opp for oppbevaring og forsøk på salg av 1 kilo heroin. I EMD-dommen kunne derimot familietilknytningen veie opp for oppbevaring av 53 kilo heroin. Det er selvfølgelig andre ting ved faktum som har spilt inn ved avveiningen og som gjør sakene forskjellige. *Sezen* ble dessuten avsagt 10 år etter Høyesterettsdommen. Likevel er kontrasten oppsiktsvekkende.

5.2.2.3 Strafferamme og utmålt straff (the seriousness of the offence)

5.2.2.3.1 Høyesterett

Rt. 2005 side 229 gjaldt utvisning av en pakistansk mann. Han var dømt til 8 måneders ubetinget fengsel for legemsfornærmelse av en fem år gammel nevø og forfalskning av vigsel- og fødselsattest for å få oppholdstillatelse til nevøen. Førstvoterende viser til Rt 2000 side 591 hvor annenvoterende uttaler:

> ”Videre gjør lovhistorien og reelle hensyn det etter min mening naturlig å tolke § 30 tredje ledd slik at det ved alvorlig kriminalitet skal svært mye til før det kan bli tale om å anse en utvisning som et ”uforholdsmessig tiltak” i lovens forstand. I forlengelsen av dette sistnevnte synspunkt vil jeg understreke at det normale vil være at en utvisning griper inn i et etablert familieliv på en belastende måte, i særdeleshet når man må legge til grunn at familien blir atskilt ved utvisningen. For at utvisningen skal fremstå som et uforholdsmessig tiltak, må det kreves uvanlig store belastninger”

Førstvoterende i Rt. 2005 side 229 ”legger til grunn at disse utgangspunktene også gjelder i forhold til bestemmelsen i § 29 annet ledd. Når en utlending har begått meget alvorlig kriminalitet, vil utvisning bare være uforholdsmessig når den fører til uvanlig store belastninger”.

Når forbrytelsen er meget alvorlig må det etter Høyestretts praksis uvanlige store belastninger til for at utvisning skal være uforholdsmessig. Førstvoterende mente at forbrytelsene i denne saken ikke var meget alvorlige, men alvorlige, og lot dette få betydning i

forholdsmessighetsvurderingen. Den øvre strafferammen på fem år tas her i betraktning. Førstvoterende tar også i betraktning at utlendingen har jobbet flere år uten arbeidstillatelse.

5.2.2.3.2 EMD

I *Moustaquim*[98] ble utlendingen dømt til 26 måneders fengselsstraff for 22 tilfeller av blant annet tyverier og ran. 7 av 9 dommere mente at andre omstendigheter i saken veide opp for disse forholdene.

I *Beldjoudi*[99]var utlendingen dømt seks ganger i perioden fra 1969 til 1986. Dommene gjaldt blant annet vold, anskaffelse og besittelse av våpen og tyveri. Han ble idømt åtte års fengselsstraff i 1977, et lovbrudd som klassifiseres som ”a serious crime” av franske myndigheter. Totalt ble utlendingen dømt til over ti års fengselsstraff.

Førstvoterende skriver at Domstolen anerkjenner statenes rett til å opprettholde offentlig orden og derunder utvise utlendinger. Utvisningen må likevel være nødvendig i et demokratisk samfunn. Dommerne mener det er riktig at kriminaliteten i gjeldende sak er mye verre enn i *Moustaquim*. De vurderer så om andre omstendigheter kan veie opp for dette. 7 av 9 dommere kommer til at deportering er i strid med EMK art. 8.

Dommer De Meyer var i resultat enig med flertallet, men kom med sin egen ”separate opinion”. Han omtaler lovbruddene som ”comparatively serious”.

Dommer Pettiti (mindretallet) mener at utvisning på bakgrunn av kriminelle handlinger bare kan være uforholdsmessig i ”exceptional circumstances”, først og fremst når det fører til brudd på art. 3 (nedverdigende og umenneskelig behandling). Han påpeker at utvisning etter straffedom er noe helt annet enn utvisning som administrativt tiltak.

I *Boultif* var utlendingen dømt til to års ubetinget fengselsstraff for et ran. Flertallet mener at lovbruddet var alvorlig og at det kan gi en viss frykt for at utlendingen utgjør fare for offentlig orden og sikkerhet. Denne frykten begrenses likevel av at utlendingen ikke begikk nye lovbrudd frem til han forlot Sveits i 2000 og at han oppførte seg eksemplarisk under soning.

---

[98] *Moustaquim v. Belgium*
[99] *Beldjoudi v. France*

Üner gjaldt en tyrkisk mann som ble utvist på bakgrunn av straffbare handlinger. Mannen ble dømt til ubetinget fengsel i syv år for forsettelig drap og legemsbeskadigelse som fant sted 16. mai 1993. Også i 1990 og 1992 hadde mannen blitt dømt for voldshandlinger. Han ble deportert i 1998, men kom tilbake flere ganger. Han ble dømt til tre måneders fengsel for å ha oppholdt seg ulovlig i Nederland og senere ble det oppdaget at han jobbet på en ulovlig cannabisplantasje. Lovbruddene omtales som ”of a very serious nature” og det påpekes at det her er snakk om gjentatt kriminalitet. Retten legger ikke stor vekt på at utlendingen slapp ut av fengsel etter 2/3 soning.

I *Maslov* var utlendingen blant annet dømt for 22 tilfeller av innbrudd og forsøk på innbrudd. Lovbruddene førte totalt til 2 år og 9 måneders ubetinget fengselsstraff. Straffen omtales som ”severe” og lovbruddene som ”of a certain gravity”. Utlendingens tilknytning til vertslandet og manglende tilknytning til hjemlandet veide tyngre enn forholdets alvor. 16 av 17 dommere kom til at utvisning ville være et brudd på EMK art. 8.

5.2.2.3.3 Kommentar

EMD ser ikke på strafferammer, men på utmålt straff når de vurderer alvorlighetsgraden. Høyesterett ser på begge deler. Strafferammen viser hvor straffverdig lovgiver har vurdert handlingen, mens den utmålte straffen viser hvordan domstolen har vurdert utlendingens handling i den konkrete saken. I forholdsmessighetsvurderingen er det utlendingens individuelle situasjon som skal vurderes, og dette kan tale for at man i Norge også bør legge større vekt på utmålt straff istedet for strafferammer. Det kan også spørres om norsk praksis er i tråd med EMD når de legger vekt på strafferammene. En innvending her kan være at EMD legger vekt på type kriminalitet og at strafferammene gir uttrykk for hvordan forskjellige typer kriminalitet vurderes. På denne måten blir kanskje resultatet likt uansett.

Der utlendingen har kommet til vertslandet som ung og hatt langvarig opphold, ser det ut til at EMD følger anbefalningene fra Europarådet. I disse situasjonene vil utvisning anses uforholdsmessig nesten uansett hva slags kriminalitet det er snakk om. I *Üner* veide imidlertid kriminaliteten tyngre enn tilknytningen, på tross av at utlendingen kom til vertslandet som tolvåring og hadde familie. Mindretallet mener som tidligere nevnt at flertallet trekker gale slutninger fra anbefalningene. De skriver at den eneste måten man kan komme til at EMK art. 8 ikke er krenket, er ved å legge større vekt på det straffbare forhold (”the nature and

seriousness of the crime") enn de andre momentene.[100] Videre står det "(...) are we not seeing here the implicit emergence of a method which gives priotity to one criterion, relating to the offence, and treats the others as secondary or marginal?), we believe a question of principle to be at stake, on which we would like to conclude."[101]

Det kan altså tenkes at forholdets alvor ble tillagt for stor vekt I *Üner*. I så fall kan det ikke utelukkes at dette også har skjedd i Høyesterett, i f.eks. Rt 1996 s 1510 og Rt 2005 side 238 (omtalt i kapittel 5.2.2.2.1) og Rt 2009 side 534 (omtalt i kapittel 5.2.5.2).

5.2.3 Tiden som er gått siden lovbruddet og oppførselen i denne perioden (The time which has elapsed since the commission of the offence and the applicant's conduct during that period)

5.2.3.1 Innledning

Der utlendingen har begått ett lovbrudd, men i ettertid har oppført seg upåklagelig, vil ikke staten ha like stor interesse av å utvise vedkommende. Har han derimot uført nye lovbrudd i perioden etter det første lovbruddet, blir statens interesse i å utvise større. Dersom utlendingen viser en kriminell oppførsel sier man at det foreligger gjentakelsesfare.

I Rt 2005 side 229 skriver førstvoterende at gjentakelsesfare ikke er et vilkår for utvisning, "men det fremgår av lovforarbeidene at faren for gjentakelse kan trekkes inn som et moment ved vurderingen (...) av "forholdets alvor"."

5.2.3.2 Høyesterett

I Rt 2005 side 229 fikk det betydning at det ikke forelå gjentakelsesfare når det gjaldt forholdene utlendingen var dømt for. Førstvoterende skriver at det har "noe betydning at han ikke utgjør en trussel mot noen i Norge" og at han legger "noe vekt på at de straffbare forhold synes å ha vært et situasjonsbetinget engangstilfelle, og på at A for øvrig synes å fungere svært godt i det norske samfunn". At utlendingen hadde arbeidet 5 og ½ år uten arbeidstillatelse ble trukket inn, men ikke tillagt særlig vekt.

---

[100] *Üner*, Joint dissenting opinion of Judges Costa, Zupancic and Türmen, avsnitt 16
[101] *Üner*, Joint dissenting opinion of Judges Costa, Zupancic and Türmen, avsnitt 16

I Rt 2005 side 238 fikk utlendingen tre strafferettslige reaksjoner i tidsperioden mellom straffedommen og endelig vedtak fra utlendingsmyndighetene. Det gjaldt her to forelegg og en betinget påtaleunnlatelse. Mindretallet (2) legger ikke særlig vekt på ”disse mindre alvorlige forholdene”.[102] Flertallet (3) mener derimot at forholdene har betydning, ”dels fordi de viser at A ikke hadde lagt kriminaliteten bak seg og innrettet seg etter norske regler, dels fordi det blant annet gjelder gjentatt befatning med narkotiske stoffer.”[103]

5.2.3.3 EMD

I *Dalia* la ikke flertallet (6) vekt på utlendingen hadde oppført seg bra etter det aktuelle lovbruddet. Mindretallet (3) skriver derimot: ”(...), the applicant had had nothing more to do with the drugs world and her presence in France, where she lives with her family and child, no longer prejudiced public order in any way.”[104] De legger vekt på at utlendingen ikke lenger truer den offentlige orden på noen måte.

I *Moustaquim*[105] skriver førstvoterende at perioden som har gått fra dommen til uttransportering på over 3 år er en ”relatively long interval”. I denne perioden begikk ikke utlendingen lovbrudd. Noe av tiden var han i fengsel, men i nesten 23 måneder var han i frihet. Flertallet (7 dommere) tar altså i betraktning at utlendingen ikke er dømt for flere lovbrudd etter de som førte til utvisnigsvedtaket. Utlendingen var tiltalt for 147 lovbrudd, men Domstolen skriver at ”(…) proceedings were brought in the criminal courts in respect of only 26 of them, which were spread over a fairly short period – about eleven months (...). Dette er også med på å begrense alvorlighetsgraden ifølge Domstolen. Mindretallet (2 dommere) er ikke enige i at lovbruddene skal vurderes så mildt. De mener at kriminaliteten er nøye planlagt. Antallet lovbrudd, kontinuiteten og alvorlighetsgraden gjør etter deres mening at utvisning ikke er uforholdsmessig.

I *Sezen* fikk det ikke betydning at det bare dreide seg om ett lovbrudd.

I *Joseph Grant* var det lite som tydet på at utlendingen ikke ville begå flere kriminelle handlinger. Han fortsatte adferden selv etter at utlendingsmyndighetene advarte om utvisning og det var ingen lengre perioder hvor han oppførte seg lovlydig.

---

[102] Rt 2005 side 238, avsnitt 44
[103] Ibid., avsnitt 55
[104] *Dalia*, Dissenting opinion of Judges De Meyer, joined by Judges Bernhardt and Levits
[105] *Moustaquim*, avsnitt 44

5.2.3.4 Kommentar

At det ikke er gjentakelsesfare kan få betydning både i Høyesterett og i EMD. Dersom det gjelder visse typer kriminalitet som etter sin art anses alvorlig, virker det imidlertid som om momentet kan falle helt bort. Både i Rt 2005-238, *Sezen* og *Dalia* var dette tilfellet fordi lovbruddet gjaldt befatning med narkotika.

Når det ikke er gjentakelsesfare kan ikke utvisningen forsvares av hensynet til individualprevensjon. Hensynet til allmennprevensjon spiller likevel inn. Det er nok dette som er grunnen til at domstolene ikke lar momentet om gjentakelsesfare tale til gunst for utlendingen der de mener at kriminaliteten er alvorlig etter sin art.

5.2.4 Andre omstendigheter med betydning for forholdets alvor

5.2.4.1 Ung alder ved utførelsen av lovbruddet

I *Maslov* går det frem at hvorvidt utlendingen utførte lovbruddet som mindreårig eller voksen skal ha betydning for hvordan forholdets alvor vurderes.[106] Under vurderingen av forholdets alvor i den konkrete saken skriver flertallet: ”In the Court’s view, the decisive feature of the present case is the young age at which the applicant committed the offences and, with one exception, their non-violent nature.” Det får altså stor betydning at utlendingen var mindreårig. Lovbruddene omtales som “acts of juvenile delinquency”.[107]

At utlendingen var mindreårig fikk ikke betydning i *Nasri*. Der var det snakk om voldtekt.

I *Moustaquim*[108] står det at lovbruddene har ”special features”. En av disse omstendighetene er at alle lovbruddene ble begått mens utlendingen var mindreårig.

5.2.4.2 Kommentar

På samme måte som når det gjelder gjentakelsesfare, får heller ikke ung alder betydning der lovbruddet etter sin art anses alvorlig.

---

[106] *Maslov*, avsnitt 72
[107] Ibid., avsnitt 81
[108] *Moustaquim*, avsnitt 44

5.2.5 Brudd på utlendingsloven

5.2.5.1 Innledning

Ifølge ul. § 66 kan utlendinger uten oppholdstillatelse utvises ”når utlendingen grovt eller gjentatte ganger har overtrådt en eller flere bestemmelser i loven her eller unndrar seg gjennomføringen av et vedtak som innebærer at vedkommende skal forlate riket”. Det er altså bare utlendinger uten oppholdstillatelse som kan utvises på dette grunnlaget.

Det går frem av EMD-praksis at utvisning kan skje på bakgrunn av brudd på utlendingsloven og at det kan legitimeres i formålet om å hindre ”uorden og kriminalitet”.[109]

5.2.5.2 Høyesterett

Rt 2009 side 534 gjaldt en dame fra Den dominikanske republikk. Hun var blitt utvist for brudd på utlendingsloven som følge av at hun reiste til Norge i strid med et innreiseforbud på to år, ga uriktige og villedende opplysninger og hadde hatt ulovlig opphold og arbeid her.

Om forholdets alvor sier førstvoterende: ”Ved vurderingen av alvoret i disse forholdene kan det ikke legges vekt på hvorledes de skal bedømmes strafferettslig. Overtredelsene av utlendingsloven må snarere ses i et forvalltningsrettslig perspektiv. Et vesentlig formål med utlendingsloven er at den skal ”gi grunnlag for kontroll med inn- og utreise og utlendingers opphold i riket i samsvar med norsk innvandringspolitikk” jf. § 2 første ledd. Med det store antallet søknader som fremmes etter loven, må myndighetene i stor grad basere sin kontroll på at søkere gir riktige opplysninger og for øvrig forholder seg lojalt til loven og de vedtak som fattes i medhold av den. Systemet bygger således på tillit. Allmennpreventive hensyn tilsier derfor at overtredelser bør få konsekvenser for søkernes muligheter til å oppnå de rettigheter loven gjelder.”[110]

Deretter siterer han fra Ot.prp.nr.75 (2006-2007) side 289 hvor departementet skriver at det er viktig å kunne reagere med utvisning ved gjentatt og/eller grov overtredelse av utlendingsloven, også uten rettskraftig straffereaksjon.[111] Han mener kvinnens brudd i høy

---

[109] Se oppgavens kapittel 4.2.6
[110] Rt 2009 side 534, avsnitt 49
[111] Ibid., avsnitt 50

grad rammer de kontrollhensyn som loven skal ivareta og karakteriserer dem som meget alvorlige.[112]

Førstvoterende siterer uttalelsene fra Rt 2000 side 591 og Rt 2005 side 229 hvor det går frem at bare uvanlig store belastninger kan veie opp for meget alvorlig kriminalitet. Han mener det samme må gjelde for meget alvorlige brudd på utlendingsloven.[113]

5.2.5.3 EMD

Da Silva gjaldt en brasiliansk dame som fikk avslag på søknad om oppholdstillatelse på bakgrunn av ulovlig opphold i Nederland fra hun kom dit i 1994 og til hun søkte i 1997. EMD påpeker at det ikke er snakk om kriminelle handlinger, men også at all hennes oppholdstid i Nederland er ulovlig. Domstolen sier at utlendinger ikke kan ha noen berettiget forventning om oppholdstillatelse i landet bare fordi de befinner seg der. I denne saken hadde imidlertid nederlandske myndigheter skapt en slik forventning. Dette i tillegg til familiesituasjonen gjorde at EMD (enstemmig) kom til at utvisning var uforholdsmessig.

I *Omoregie* hadde utlendingen brutt utlendingsloven ved ulovlig arbeid i ni måneder og ulovlig opphold i 4 og ½ måned. Flertallet (5) mener utvisningen var forholdsmessig. De viser blant annet til behovet for immigrasjonskontroll. To av dommerne mener utvisning er uforholdsmessig. De legger vekt på at det her ikke dreier seg om kriminalitet og mener at hensynet til familien veier opp for bruddene på utlendingsloven.

5.2.5.4 Kommentar

Utvisning som administrativt tiltak på bakgrunn av brudd på landets utlendingslov er akseptert av EMD. EMD synes likevel å legge til grunn at brudd på landets utlendingslov ikke er like alvorlig som domfellelse for brudd på landets straffelov. Det er usikkert om EMD ville godta at brudd på straffeloven kan sammenliknes med meget alvorlig kriminalitet, slik det gjøres i Rt 2009 side 534.

---

[112] Rt 2009 side 534, avsnitt 51
[113] Ibid., avsnitt 65

5.3 Tilknytning til riket

5.3.1 Innledning

Mange ulike momenter kan ha betydning for en persons tilknytning til et land. I denne oppgaven er det momentene fra fast praksis i EMD som omtales.

5.3.2 Tidspunktet for vurderingen

5.3.2.1 Innledning

Når utvisningssaker kommer for domstolen kan det ha skjedd endringer i utlendingens privat- og/eller familieliv. Spørsmålet er om disse nye omstendighetene får betydning for domsavgjørelsen eller ikke. Utgangspunktet ved domstolsprøvelse er at forholdene på vedtakstidspunktet legges til grunn.

5.3.2.2 Høyesterett

I Rt 1996 side 1510 skriver førstvoterende, etter å ha kommentert Justisdepartementets endelige vedtak, at han antar ”at hensynet til familielivet heller ikke senere har gjort utvisningen uforholdsmessig og konvensjonsstridig(...).”

I Rt 2005 side 238 skriver Dommer Øie (mindretallet) at det ikke har skjedd endringer etter UNEs vedtak som kaster nytt lys over saken. Han finner det derfor unødvendig å gå nærmere inn på spørsmålet om Høyesterett ved prøvingen av forholdsmessighetskravet kan bygge på faktiske omstendigheter som har inntrådt etter vedtakstidspunktet.

I Rt 2009 side 534 beskriver førstvoterende barnas situasjon etter vedtakstidspunktet i avsnitt 70.

Dommer Indreberg (mindretallet) skriver at døtrene til utlendingen er 6 år og 10 måneder og 5 år og 4 måneder gamle. Dette er alderen deres ved domstidspunktet. Når dommeren tar utgangspunkt i denne alderen for vurderingen av barnets beste, lar hun tilknytningen etter UNE’s vedtak få betydning.

I LB-2008-84594 skriver Lagmannsretten at når det gjelder barnets beste synes det som Høyesterett vurderer situasjonen helt frem til domstidspunktet. De antar at dette ikke gjelder i andre saker enn de som knytter seg til barnets beste.

5.3.2.3 EMD

I *Maslov* står det i avsnitt 61 at Domstolen gjentar at ”the question whether the applicant had a family life within the meaning of Article 8 must be determined in the light of the position when the exclusion order became final (...).” Vurderingen av om det foreligger familieliv skal altså tas på bakgrunn av situasjonen på vedtakstidspunktet.

Dette gjelder imidlertid ikke for nødvendighetsvurderingen. I avsnitt 91 står det: ”In cases in which the applicant has not yet been deported when the Court examines the case, the relevant time will be that of the proceedings before the Court (...).” Momentet som skulle vurderes var tiden fra lovbruddet og utlendingens oppførsel i denne perioden. I den konkrete saken hadde utlendingen allerede blitt deportert. Tidsperioden ble regnet fra lovbruddet til deportasjonen. I saker der utlendingen ikke er deportert vil perioden strekke seg frem til EMDs behandling.

Domstolen påpeker at dens oppgave er å vurdere om selve utvisningen (inngrepet) er i overensstemmelse med konvensjonen. I motsetning vurderer nasjonale domstoler utvisningsvedtaket, som er fattet en stund tilbake i tid. De tar derfor ikke nødvendigvis hensyn til nye forhold. Om dette uttales: ”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.”[114] Det virker som om EMD mener at konvenssjonsstatene må organiseres slik at forhold helt frem til uttransporteringen tas i betraktning.

5.3.2.4 Kommentar

Ifølge EMK art. 8 er det inngrepet som skal vurderes. Da vil faktiske forhold helt frem til uttransportering få betydning. Når EMK art. 8 gjelder som norsk lov og norske domstoler skal bruke samme metode som EMD, kan ikke noe annet gjelde i Norge. *Maslov* ble avsagt i Storkammer med 16 mot 1 stemmer. Mindretallet sier seg ikke uenig i tidspunktet for vurderingene. Dommen er fra juni 2008. Storkammeravgjørelser tillegges stor vekt. At dommen i tillegg er relativt ny tilsier i ytterligere grad at den legges stor vekt på.

Etter dette synes det som om norske domstoler på samme måte som EMD må ta hensyn til utlendingens situasjon helt frem til domstidspunktet når de vurderer forholdsmessigheten. Ifølge utlendingsforskriften § 14-3.2 skal UDI vurdere utvisningsvedtaket på nytt, dersom det

---

[114] *Maslov*, avsnitt 91

har gått over 1 år siden det endelige vedtaket ble fattet, og utvisning fortsatt ikke er iverksatt. Det er uvisst om denne ordningen tilfredsstiller kravet i *Maslov*.

5.3.3 Oppholdstid (The duration of the applicant's stay in the country from which he is going to be expelled)

5.3.3.1 Innledning

Det er klart at hvor lang tid utlendingen har bodd i Norge vil ha betydning for hvor sterk tilknytning han har hit. Dette gjenspeiler seg i at de som har bodd i Norge hele livet eller har norsk statsborgerskap ikke kan utvises[115] og at oppholdsstatusen til utlendingen ellers har betydning for de objektive vilkårene for utvisning.[116]

Utlendingens oppholdsstatus er likevel ikke alltid illustrerende for utlendingens oppholdstid. Vilkårene for å få permanent oppholdstillatelse eller statsborgerskap er kanskje ikke til stede, eller han kan ha mistet oppholdstillatelsen etter å ha bodd her lenge. Mange utlendinger oppholder seg i Norge uten oppholdstillatelse. Et interessant spørsmål er hvilken betydning slik oppholdstid har. Det samme gjelder for oppholdstid under soning av straffedom.

Lang oppholdstid i tidlig alder anses å skape sterkere tilknytning enn opphold senere i livet. Oppholdstiden ses derfor i sammenheng med alderen for ankomst til Norge. For de som kommer til Norge i ung alder har lovgiver vurdert et absolutt vern mot utvisning.[117] Departementet opprettholdt imidlertid forholdsmessighetsvurderingen også for denne gruppen. De skriver at utlendinger som har kommet før 12-års alderen sjelden utvises. Det står at det norske samfunnet må ta ansvar for personer som begår kriminelle handlinger etter at de har hatt sin oppvekst her. "Dersom utlendingen har vokst opp i Norge og senere har hatt flere års uavbrutt opphold i riket, skal det derfor som den klare hovedregel anses som uforholdsmessig å utvise, i tråd med dagens rettspraksis."[118]

I Ot.prp.nr 75 på side 293 står det: "Selv om utlendingen ikke kom til Norge i ung alder, vurderes lang botid som et tungtveidende moment i forholdsmessighetsvurderingen."

---

[115] Se kap. 1.4.
[116] Jf. ul. §§ 66-68
[117] Ot.prp.nr. 75 side 293
[118] L.c

De som kommer til Norge i ung alder og som har flere års opphold her skal som en hovedregel ikke utvises. For de som kommer senere er den lange botiden et tungtveiende moment.

Det følger av Ministerkomiteens anbefalning Rec(2000)15 at lengeværende innvandrere som blir født i vertslandet eller har kommet før de er 10 år ikke skal kunne utvises. Det samme gjelder for de som har 20 års opphold og for lengeværende som er mindreårige. For andre lengeværende kreves det relativt lange straffer før utvisning kan vurderes.[119] Med opphold menes her lovlig opphold. I Maslov vises blant annet til denne anbefalningen. Domstolen mener at der utlendingen har tilbrakt hele eller mesteparten av barndommen og ungdomstiden i vertslandet ”very serious reasons are required to justify expulsion”. Dette gjelder særlig der lovbruddene ble begått mens utlendingen var mindreårig.[120]

5.3.3.2 Høyesterett

I Rt 1996 side 1510 skriver førstvoterende (3) at selv om ikke hensynet til utlendingen alene er ”tilstrekkelig til at utvisning vil være konvensjonsstridig, må det telle med at han har oppholdt seg i Norge fra han var 16 år og fått utdannelse og arbeid her. Fram til varetektsfengslingen hadde han vært her i 11 år.”

I Rt 2005 side 238 skriver mindretallet (2 dommere) at ung alder ved ankomst til Norge ikke er ”noe absolutt hinder for utvisning, men et sentralt moment ved den sammensatte vurderingen av om utvisning er et uforholdsmessig tiltak.” Dette baserer han på forarbeider[121] og rettspraksis. Hun viser blant annet til at sakene Rt 1996 side 561 og Rt 1996 side 568 ble avvist av EMD som ”inadmissible”. Flertallet (3 dommere) er enig i mindretallets generelle bemerkninger om betydningen av at utlendingen kom til Norge i ung alder. Grunnen til dissensen er at flertallet og mindretallet bedømmer de straffbare handlingene utlendingen har begått forskjellig.

I den konkrete saken var utlendingen 12 år og 10 måneder da han kom til Norge. Han hadde bodd her i 8 år da han fikk varsel om utvisning. Likevel ble altså utvisningen opprettholdt.

---

[119] Se oppgavens kapittel 5.2.2.1
[120] *Maslov*, avsnitt 75
[121] NOU 2004:20 side 316 og Ot.prp.nr. 51 (2003-2004)

I Rt 2009 side 534 hadde utlendingen bodd i Norge i nesten 11 år da utvisningsvedtaket ble endelig. Tilknytningen var imidlertid etablert på grunnlag av ulovlig opphold og uten berettiget forventning om å få bli i Norge. Førstvoterende viser til NOU 2004:20 Ny utlendingslov side 308: ”I retts- og forvaltningspraksis er det lagt til grunn at tilknytning opparbeidet etter at utlending var kjent med at han eller hun kunne bli utvist, ikke kan tillegges vekt.”

I Rt 2009 side 546 kom utlendingen til Norge som ni-åring. Da det første utvisningsvedtaket ble endelig hadde han hatt lovlig opphold i tolv år. ”Etter dette har oppholdet i det vesentlige ikke vært lovlig, og vil dermed ha mindre vekt i denne henseende.”[122] Førstvoterende påpeker at utlendingen har hatt en del av barndommen og hele ungdomstiden i Norge. Han viser til Rt 2005 side 238, og førstvoterendes drøftelse av tidlig ankomst der.[123] Han mener det er av større interesse at departementet har uttrykt at utlendinger med tidlig ankomst og lang botid som hovedregel ikke skal utvises. Han uttaler at denne utlendingen ligger ”helt i ytterkant av den gruppen utvisning på grunn av kriminalitet etter dette er ment å ramme”. Resultatet ble at utvisningen var uforholdsmessig.

5.3.3.3 EMD

I *Moustaquim* hadde utlendingen bodd i Belgia i rundt 20 år. Han kom dit da han var yngre enn 2 år.

I *Beldjoudi* hadde utlendingen bodd hele sitt mer enn 40 år lange liv i Frankrike. Han ble født som fransk statsborger, men ble algerer som følge av Algerie’s selvstendighet. Foreldrene hans kunne meldt ham som fransk statsborger, men dette ble ikke gjort.

I *Sezen* hadde utlendingen hatt lovlig opphold i Nederland i mindre enn ett og et halvt år. Etter soning gikk det over to år før utledningen fikk avslag på fornyelsen av oppholdstillatelsen. Tilknytningen til Nederland ble dermed forsterket. Utlendingen kom ikke til Nederland før han var 23 år gammel.

I *Üner* kom utlendingen til Nederland da han var han 12 år, i 1981. Utvisningsvedtaket ble fattet i 1997. Den lange botiden var med på å gjøre tilknytningen til Nederland sterk.

---

[122] Rt 2009-930 avsnitt 45
[123] Se ovenfor

Utlendingen klaget på at det tok tre år fra dommen til utvisningsvedtaket. Domstolens bemerkning til dette er at i motsetning til saken Sezen mot Nederland var utlendingen i denne saken fortsatt under soning da utvisningsvedtaket ble fattet. De lot altså ikke tiden i fengsel få betydning for tilknytningen. Mindretallet (tre dommere) kommer til at utvisning vil være et brudd på EMK art.8. De viser til anbefalningene fra Ministerkomiteen og Parlamentarikerforeningen og mener at særlig botiden på 17 år er med på å veie opp for den alvorlige kriminaliteten.

I *Maslov* kom utlendingen som 6-åring. Resten av barndommen og ungdomstiden ble tilbrakt i Østerrike. Dette momentet ble lagt stor vekt på i saken.

5.3.3.4 Kommentar

Praksis fra både Høyesterett og EMD viser at oppholdstid og tidlig ankomst har relativt stor vekt i forholdsmessighetsvurderingen. Slik var det i Rt 2009 side 546. I *Moustaquim* og Beldjoudi er det mindre oppsiktsvekkende at oppholdstiden fikk stor vekt, fordi det dreier seg om flere tiårs opphold fra svært ung alder. Hva som regnes for langvarig opphold er vanskelig å si. Ifølge anbefalningene fra Ministerrådet, som vist til ovenfor, er fem år lenge. I *Sezen* var oppholdstiden før utvisning rundt 3 og ½ år. Dette ble ikke sett på som lenge. I Rt 2005 side 238 ble utlendingen utvist til tross for både tidlig ankomst og 8 års oppholdstid. Denne dommen ble avsagt før Ot.prp.nr. 75 ble skrevet. Der står det at utlendinger i slike situasjoner som hovedregel ikke skal utvises. Dette tas høyde for i Rt 2009 side 546, men her var i tillegg utlendingen enda yngre ved ankomst og oppholdstiden enda lenger enn i 2005-saken. Det er heller ikke lett å si hva som menes med ung alder. Både Høyesterett og EMD har kommet til at utvisning av utlendinger som kom til vertslandet som 12-åringer er forholdsmessig. I Rt 2009 side 546 var utlendingen 9 år og nær grensen for hvem som kan utvises. I Ministerrådets anbefalning går grensen for de som kommer til vertslandet yngre enn 10 år gamle.

Verken Høyesterett eller EMD lar ulovlig opphold eller opphold under soning av straff få særlig betydning.

5.3.4 Nasjonaliteten til de involverte personer (The nationalities of the various persons concerned)

5.3.4.1 Innledning

En utvisning medfører at utlendingen må reise tilbake til hjemlandet. I enkelte land er den generelle sikkerhetssituasjonen så dårlig at utlendingen av den grunn er vernet mot retur.[124] Ellers vil situasjonen i hjemlandet være en del av forholdsmessighetsvurderingen. Problemer som kan ventes i hjemlandet vil få betydning for den utviste selv, men også for vedkommendes familie. Utlendingens familie kan ikke forventes å følge utlendingen til et land hvor de vil møte store problemer.

At familien har vertslandets nasjonalitet tilsier at de har sterk forankring der. Det bør få betydning for hvorvidt man kan forvente at de flytter ut av landet.

5.3.4.2 Høyesterett

Rt 1996 side 551 gjaldt en colombiansk statsborger med samboer og tre barn. Det går ikke frem hvilken nasjonalitet samboeren og barna har, men det påpekes at saken står i en helt annen stilling enn Beldjoudi. Deretter siteres det fra avsnitt 78 i Beldjoudi hvor det går frem at fru Beldjoudi var fransk og antakelig ville møte både praktiske og juridiske hindringer i Algerie.

5.3.4.3 EMD

I *Beldjoudi* fikk det avgjørende betydning at utlendingens kone var fransk. Hun kunne ikke forventes å bli med mannen til Algerie.

I *Moustaquim* legges det vekt på at søsknene til utlendingen har belgisk statsborgerskap. Utlendingens familieliv med dem ville derfor neppe kunne fortsette.

I *Joseph Grant*[125] får det betydning for tilknytningen til Storbritannia at barna til utlendingen har britiske statsborgerskap. I motsatt retning får det betydning at utlendingen er jamaicansk. Familien kan enkelt holde kontakt med han via både telefon-, e-postkorrespondanse og besøk.

---

[124] Jf. ul. § 32, jf. EMK art. 3
[125] *Joseph Grant*, avsnitt 40

5.3.4.4 Kommentar

I Både EMD og Høyesterett har momentet betydning, men som regel virker det sammen med andre momenter, som for eksempel familiesituasjon og sosiale, kulturelle og familiære bånd til vertslandet og hjemlandet. Momentet kan imidlertid ha avgjørende betydning slik det fikk i *Joseph Grant* og i *Beldjoudi*.

5.3.5 Utlendingens familiesituasjon (The applicant's family situation)

5.3.5.1 Innledning

Ifølge *Boultif*-saken skal utlendingens familiesituasjon tas i betraktning. Lengden på ekteskapet og andre faktorer som kan vise om paret hadde et ekte og genuint familieliv må vurderes. Det har betydning om ektefellen visste om lovbruddet før familielivet ble etablert, om det er barn i ekteskapet og i så fall deres alder. EMD vil også se hen til alvorlighetsgraden av de problemene ektefellen vil møte i utlendingens hjemland. Det at ektefellen vil møte enkelte problemer er imidlertid ikke nok til å hindre utvisning.

I *Omoregie* kommenteres momentene som gjelder familieliv. Nederst i avsnitt 57 står det:

> "Factors to be taken into account in this context are the extent to which family life is effectively ruptured, the extent of the ties in the Contracting State, whether there are insurmountable obstacles in the way of the family living in the country of origin of one or more of them and whether there are factors of immigration control (for example, a history of breaches of immigration law) or considerations of public order weighing in favour of exclusion (…). Another important consideration is whether family life was created at a time when the persons involved were aware that the immigration status of one of them was such that the persistence of that family life within the host State would from the outset be precarious (…). Where this is the case the removal of the non-national family member would be incompatible with Article 8 only in exceptional circumstances (…)."

Disse uttalelsene utdyper hva som skal legges vekt på i vurderingen. Det har betydning om familien faktisk blir splittet og blant annet hvorvidt det er uoverkommelige hindringer i veien for et familieliv i utlendingens hjemland. Dersom familien har visst at oppholdsstatusen var usikker før familieliv ble etablert, vil utvisning bare være uforholdsmessig i spesielle tilfeller. Det skal altså legges stor vekt på om noen i familien var klar over at et familieliv sammen ville bli vanskelig allerede før det startet. Med andre ord legges det vekt på hvilke forventninger utlendingen og hans familie har.

5.3.5.2 Høyesterett

I Rt 1996 s 1510 var det hensynet til utlendingens familie som talte sterkest mot utvisning. Utlendingen hadde kone og to døtre i Norge. Familielivet var etablert før varetekstfengslingen. Det er utelukket at konen og barna kan flytte til Pakistan, særlig fordi den ene datteren har helseplager i form av astma, allergi og eksem. Muligheten for besøk var begrenset. Likevel kom førstvoterende, og flertallet (3), til at utvisning ikke var uforholdsmessig. Han ”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”.

Mindretallet (2) mener at utvisning vil være uforholdsmessig. Dommer Lund skriver at utvisning ikke kan ligge innenfor statenes skjønnsmargin uansett hvor hardt den rammer familien. Om forholdets alvor uttales: ”Jeg er enig i at alvoret i forbrytelsen er et meget tungtveiende hensyn, men dette kan ikke i seg selv være avgjørende.” I neste avsnitt står det: ”Det avgjørende i saken er virkningene for familien”. Det siteres fra Beldjoudi for å vise at hensynet til å opprettholde ekteskapet har betydning.

Familiens situasjon blir avgjørende i Rt. 2005 side 229. Det er ikke anført at utvisning vil være uforholdsmessig for utlendingen selv. Førstvoterende utelukker muligheten for at konen og ekteparets tre barn kan flytte til Pakistan. Barna var ni, åtte og fire år. De to eldste gikk på skole og den yngste var hjemme. De hadde opplevd atskillelse fra foreldrene i forbindelse med varetekt og soning og taklet dette dårlig. Faren var altså en viktig omsorgsperson samtidig som moren hadde psykiske problemer og vanskelig kunne ha forsørget familien. En utvisning ville ifølge dommen ikke være til ”barnas beste”. Førstvoterende kommer under tvil til at belastningene for barna vil bli så store at utvisning vil være uforholdsmessig. Lagmannsretten karakteriserte belastningen for barna som uvanlig stor. Førstvoterende i Høyesterett bruker ikke en slik karakteristikk selv. Dette finner han antakeligvis ikke nødvendig fordi han ser på forbrytelsen som alvorlig og ikke meget alvorlig. Det hadde vært interessant å vite hva konklusjonen ville blitt dersom lovbruddene var meget alvorlige. Det spørs om førstvoterende hadde kommet til at belastningen var uvanlig stor, særlig med tanke på at han var i tvil om resultatet.

I Rt 2009 side 534 gjentas kriteriet om at det kreves uvanlig store belastninger ved meget alvorlig kriminalitet. Førstvoterende mener at en slik forståelse er forenelig med EMK art. 8

nr. 2. Han (Falkanger) siterer fra EMD-dommen Solomon mot Nederland av 5. september 2000 (44328/98) (EMD-1998-44328):

> ”In the present case the Court takes into consideration that the applicant was never given any assurance that he would be granted a right of residence by the competent Netherlands authorities.(…) The Court is of the opinion that in these circumstances the applicant could not at any time reasonably expect to be able to continue this family life in the Netherlands… .”

Det vises til *Da Silva*, avsnitt 39. I slutten av dette avsnittet står det:

> ”Another important consideration will also be whether family life was created at a time when the persons involved were aware that the immigration status of one of them was such that the persistence of that family life within the host State would from the outset be precarious. 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… .”

Ifølge Høyesterett vil utvisning normalt gripe inn i et familieliv. Dette må utlendingen regne med. Og det gjelder særlig der kriminaliteten er begått før etablering av familielivet. Og i enda større grad der kriminaliteten er meget alvorlig. Da kreves det uvanlig store belastninger.

5.3.5.3 EMD

Utlendingen i *Üner* var samboer med en nederlandsk statsborger, og de fikk en sønn. Året etter flyttet mannen fra samboeren, men de beholdt kontakt. EMD mener at utlendingen har sterk tilknytning til Nederland ettersom han kom i ung alder og har fått familie der. De bemerker derimot at han kun har bodd kort tid med eks-samboeren og deres første barn. Det andre barnet har han aldri bodd med. De mener dessuten at det er en mulighet for at barna og partneren å bli med til Tyrkia. Barna på henholdsvis seks og ett og et halvt år anses å være i en tilpasningsdyktig alder. Hensett til lovbruddenes natur og alvorlighetsgrad kommer flertallet til at utvisning på ti år var forholdsmessig.

I *Boultif* kom Domstolen til at familieliv utenfor Sveits ville bli umulig. De fant at konen ikke kunne forventes å flytte til Algerie uten tilknytning til landet. Mannen hadde tidligere bodd i Italia og befant seg antakeligvis der under saksgangen. Et familieliv i Italia kunne likevel ikke være noe alternativ så lenge det ikke kunne bevises at de begge ville få lovlig opphold der.

Domstolens konklusjon ble at innblandingen i utlendingens familieliv var uproporsjonal med formålet om å beskytte offentlig orden og dermed et brudd på art 8.
I nærværende sak ble det lagt vekt på at familielivet ikke kunne fortsette noe annet sted.

I *Sezen* kom utlendingens kone til Nederland som syvåring og har alle slektningene sine der. Partene er uenige om hvorvidt konen visste om mannens kriminelle handlinger. Uansett er det klart at paret giftet seg, og dermed etablerte et familieliv, før lovbruddet ble begått. Det er ifølge EMD dette som er det relevante kriteriet jf. ”the guiding principles” i *Boultif*. Parets to barn ble født i Nederland og har aldri bodd noe annet sted. De snakker ikke tyrkisk. Tilknytningen til Tyrkia er dermed svært begrenset og de kan ikke forventes å bli med faren dit. I dommen legges det stor vekt på utlendingens forventning om å kunne fortsette famlielivet i Nederland. Denne forventningen kan sies å være skapt av nederlandske myndigheter som ikke fattet utvisningsvedtak før fire år etter straffedommen. Myndighetene hadde feilaktig lagt til grunn at ekteskapet hadde brutt sammen fordi paret bodde fra hverandre i en periode på seks måneder. Selv om utlendingen kunne besøke familien fordi innreiseforbudet ble tilbakekalt ble splittelsen av familien sett på som alvorlig. Ifølge myndighetene ville en slik straffedom normalt stå i veien for en ny oppholdstillatelse i en periode på ti år. Myndighetene hadde ikke sagt hva som skulle til for å få innvilget oppholdstillatelse etter denne perioden. Nederlandske myndigheter blir også kritisert for å ikke ha vurdert hvilke konsekvenser avslaget på fornyelsen av oppholdstillatelsen ville ha på søkerens familieliv. Splittelsen av familien ble sett på som et brudd på EMK art. 8. Dommen ble avsagt under dissens med fem til to stemmer.

I denne saken ble det lagt stor vekt på utlendingens forventning om å fortsette familielivet. Det hadde betydning at denne forventningen til dels var skapt av myndighetene. Forventningen er her berettiget som følge av at familielivet ble etablert før utlendingen eller hans familie hadde mistanke om at det kunne bli oppløst. Det oppsiktsvekkende er at hensynet til familien veier opp for en svært alvorlig narkotikaforbrytelse, kortvarig tilknytning til Nederland og relativt god tilknytning til Tyrkia.

I *Da Silva* hadde utlendingen en datter med en nederlandsk statsborger. Foreldreansvaret ble gitt faren, på tross av at det for det meste var moren og farens foreldre som hadde oppdratt datteren. EMD bemerker at utlendingen i denne saken ikke er dømt for noen kriminell handling. Hun har imidlertid aldri hatt lovlig opphold i Nederland. I slike saker vil som regel

ikke utlendingen ha noen berettiget forventing om å kunne fortsette familielivet. Domstolen mener at dette ikke gjelder i denne saken. Nederlandske myndigheter hadde nevnt at opphold på grunnlag av samboerskapet med partneren var en mulighet, og dermed skapt en forventning. EMD la stor vekt på de negative konsekvensene en utvisning ville ha for moren og datteren og kom enstemmig til at utvisning ville være et brudd på EMK art. 8.

I *Omoregie*-saken sies det slik:

> ”Already from the beginning of their relationship it must have been clear to them both that their prospects of being able to settle as a couple in Norway were precarious.”

EMD mente dessuten at det ikke var uoverkommelige hindringer i veien for et familieliv i Nigeria og fant her at utvisningen ikke var i strid med EMK art. 8.

5.3.5.4 Kommentar

Det følger av praksis fra Høyesterett og EMD at momentet har tung vekt der familielivet ble etablert før personene hadde mistanke om utvisning og familien vil ble splittet som følge av utvisningen. Slik var det i *Sezen* og *Boultif*. Det er avgjørende for momentets vekt om personene har hatt en berettiget forventning om å kunne fortsette familelivet. Der familielivet etableres etter et lovbrudd eller under brudd på utlendingsloven vil det som regel ikke være noen berettiget forventning. Da vil utvisning bare være uforholdsmessig i ”eceptional circumstances” jf. *Omoregie*. I *Da Silva* var dette tilfellet fordi myndighetene hadde skapt en forventning.

Der det er berettiget forventning, men ikke ”unsurmountable obstacles” i veien for at familielivet kan fortsette et annet sted, vil dette svekke momentets betydning. Slik var det i *Üner*.

5.3.6 Barnets beste (The best interests and well-being of the children)

5.3.6.1 Innledning

Ifølge Ot.prp.nr.75[126] skal barnets beste være et grunnleggende hensyn i utvisningssaker som berører barn. Dette vil være tilfellet enten der utlendingen har/ har omsorg for barn eller selv er barn.

I *Maslov* var utlendingen barn. EMD mener da at ”barnets beste” inkluderer vertsstatens ansvar for reintegrering i samfunnet. Dette vil ikke oppnås ved å rive opp sosiale og familiære bånd gjennom en utvisning.[127]

5.3.6.2 Høyesterett

I Rt 2005 side 229 blir ”barnas beste” avgjørende. Utlendingen var en viktig omsorgsperson og aktiv i forhold til skole og fritidssysler. I tillegg var ektefellen (moren til barna) psykisk syk. Det hadde særlig betydning at barna reagerte dårlig på fraværet av foreldrene ved varetekt og soning. Førstvoterende mener at en utvisning ikke vil være til ”barnas beste”. Dette veier opp for den alvorlige kriminaliteten utlendingen ble dømt for.

I Rt 2009 side 534 hadde utlendingen to døtre på tre og fire år da endelig utvisningsvedtak ble besluttet. Flertallet (3) mener at det ved meget alvorlig kriminalitet må kreves uvanlig store belastninger for at vedtaket skal være uforholdsmessig. Han sier at hensynet til barna er grunnleggende, men ikke nødvendigvis avgjørende. Han vurderer om belastningen blir uvanlig stor for barna til utlendingen, men kommer til at belastningen ikke blir større enn det som er vanlig.

Mindretallet (2) mener at en utvisning av barnas mor ikke er forenelig med forutsetningen om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Dommer Indreberg mener barna er i en sårbar alder (6 og 5 år) og at en utvisning med to års innreiseforbud vil være meget inngripende for barna.

---

[126] Side 292
[127] *Maslov*, avsnitt 83

5.3.6.3 EMD

Det vises til kapittel 5.3.5.2 ovenfor, og saksforholdene i *Üner, Sezen* og *Da Silva*. I *Da Silva* uttales at det klart vil være det beste for datteren å bli i Nederland med moren.[128] I Üner står det at barna kan bli med faren til Tyrkia og besøke familie i Nederland. Der var barna 6 og 1 år gamle. Familiens interesser veier ikke opp for forholdets alvor.[129] I Sezen var barna 9 og 15 år da EMD-dommen ble avsagt. Å følge faren til Tyrkia ville ifølge EMD bety en ”radical upheaval” for barna.[130]

5.3.6.4 Kommentar

Ifølge EMD knytter barnets beste seg på samme måte som familietilknytning ellers til hvorvidt man har hatt berettiget forventning om fortsettelse av familieliv. Har man ikke det, blir spørsmålet om ”unsurmountable obstacles” står i veien for at familieliv kan fortsette et annet sted. Da kommer barnas alder, omsorgssituasjon, helse osv. inn i bildet. Høyesterett vurderer barnas situasjon for å finne ut om belastningen blir uvanlig stor eller bare slik som man må forvente. Både EMD og Høyesterett legger dermed til grunn at barn har forventninger om hva som vil skje dersom foreldrene bryter straffeloven eller utlendingsloven. For det første vet ikke nødvendigvis barna om dette, for det andre vil antakeligvis ikke en slik visshet skape noen forventning hos et barn. Når domstolene lar barnas forventning få betydning, kan det spørres om ”barnets beste” tillegges tilstrekkelig vekt.

5.3.7 Sosial, kulturell og familiær tilknytning til vertslandet og hjemlandet (The solidity of social, cultural and family ties with the host country and with the country of destination)

5.3.7.1 Innledning

Den sosiale, kulturelle og familiære tilknytningen man har til et land vil selvfølgelig henge nøye sammen med hvor lenge man har vært der. Hvor godt man integreres i et nytt samfunn er likevel individuelt. I forholdsmessighetsvurderingen sammenliknes tilknytningen til vertslandet med tilknytningen til hjemlandet. Sterk tilknytning til Norge taler mot utvisning mens sterk tilknytning til hjemlandet taler for utvisning.

---

[128] *Da Silva*, avsnitt 44
[129] *Üner*, avsnitt 64
[130] S*ezen*, avsnitt 47

I Ot.prp.nr 75 (2006-2007) står det på side 293:”I saker hvor utlendingen har bevart en sterk tilknytning til hjemlandet gjennom eksempelvis langvarige opphold, familie, skolegang, språk, kultur mv., svekker dette betydningen av at utlendingen opprinnelig kom til Norge som barn og senere har hatt oppholdstillatelse her.” Departementet mener det ville stride mot den alminnelige rettsfølelse og svekke tilliten til innvandringspolitikken hvis man ikke kunne utvise i slike tilfeller.

5.3.7.2 Høyesterett

I Rt 2009 side 546 blir det avgjørende at utlendingen ikke har noen tilknytning til Chile bortsett fra språket. En enstemmig Høyesterett kom til at utvisningsvedtaket var uforholdsmessig.

5.3.7.3 EMD

I *Moustaquim* hadde utlendingen bare vært i Marokko to ganger og hatt all sin skolegang på fransk.

Utlendingen i *Sezen* kom til Tyrkia som 23-åring. Dommeren går derfor ut ifra at han har gått på skole i Tyrkia og kan snakke tyrkisk. Det står at han utvilelig har tilknytning til Tyrkia og at tilknytningen til Nederland for det meste er til konen og deres to barn.

I *Üner* vil Domstolen vil ikke være med på at utlendingen har mistet all sosial og kulturell tilknytning til Tyrkia, selv om han kom til Nederland som 12-åring.

I *Maslov* hadde utlendingen hatt all skolegang i Østerrike og hele sin familie der. Han kunne ikke bulgarsk og hadde heller ingen andre bånd til Bulgaria.

5.3.7.4 Kommentar

Det ser ut til at momentet kan bli avgjørende, både for Høyesterett og EMD, i saker der utlendingen har lang oppholdstid og tidlig ankomst til vertslandet. Dersom utlendingen i tillegg har liten tilknytning til hjemlandet, blir utvisning uforholdsmessig (Rt 2009 side 546 og *Maslov*). Der han fortsatt har tilknytning til hjemlandet kan utvisning likevel være forholdsmessig (*Üner*).

6 Konklusjon

Praksis fra Høyesterett og EMD viser at de bruker noen av momentene ovenfor forskjellig. Forholdets alvor fastsettes på ulik måte og tidspunktet for vurderingen av tilknytning vil ofte være forskjellige i de to domstolene. Den mest oppsiktsvekkende forskjellen er at Høyesterett har etablert et kriterium i saker som gjelder familieliv og barnets beste, som ikke finnes i EMD-praksis.

Ifølge Høyesterett kreves det uvanlig store belastninger for å veie opp meget alvorlig kriminalitet. Høyesterett mener selv at dette er i samsvar med EMDs praksis. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om dette er riktig. I EMD-dommene er det vissheten om en usikker familiefremtid som gjør at ”exceptional circumstances” må til. Alvorlighetsgraden av de kriminelle handlingene nevnes ikke i denne sammenheng. I norsk høyesterettspraksis knyttes de uvanlige omstendighetene for familien direkte til alvorlighetsgraden av lovbruddet.

EMDs syn på forventning gjelder uansett lovbruddets alvorlighetsgrad. Der utlendingen gjør noe galt før han etablerer familielivet kan han ikke forvente annet enn å bli utvist. Her er utvisning bare uforholdsmessig i exceptional circumstances. Sagt på en annen måte kan tilknytning i form av familieliv som utlendingen på forhånd visste var usikkert ikke tillegges særlig vekt.

Det er ikke noe absolutt vern mot utvisning ved eksisterende familieliv og splittelse av familien ifølge EMD heller. Det vil derfor bli en avveining hvor kriminalitetens ”nature and seriousness” ofte er det avgjørende.

I *Beldjoudi* skriver dommer Pettiti (mindretallet) dette, om utvisning grunnet kriminelle handlinger: “Only in exceptional circumstances can expulsion mean a violation of the Convention, for example if there is a very serious risk of treatment contrary to Article 3 (art. 3) in the destination State, especially where there is no possibility of deportation to some other democratic State.” Mindretallet oppstiller altså her et lignende kriterie som det Høyesterett benytter seg av. Høyesteretts kriterie er imidlertid noe mer liberalt idet de begrenser kravet om uvanlige belastninger til å gjelde ved meget alvorlig kriminalitet.

Beldjoudi er en gammel dom, og dommer Pettiti står helt alene om sitt syn. Dette er ikke slik flertallet forstår art. 8, og heller ikke slik den har blitt forstått av EMD i senere praksis. Ifølge

EMD vil type lovbrudd og alvorligheten av lovbruddet komme inn i helhetsvurderingen på samme måte som forholdene i utlendingens hjemland (forholdet til EMK art. 3). Noe kriterie om ”exceptional circumstances” ved kriminalitet stemmer ikke med EMD-praksis.

Et kriterie om at det kreves uvanlige store belastninger ved meget alvorlig kriminalitet stemmer heller ikke med EMDs praksis. Når Høyesterett i Rt 2009 side 534 i tillegg bedømmer brudd på utlendingsloven like strengt som alvorlig kriminalitet, beveger de seg enda lenger fra EMDs syn. Konsekvensen av dette kan bli at Norge utviser utlendinger som egentlig er beskyttet av EMK art. 8.

7 Litteraturliste

Se http://www.ub.uio.no/ujur/henvisninger/

Juridisk litteratur:

Bunæs, Ottesen, Vandvik; Utlendingsrett, Oslo, 2004

Den Europæiske Menneskeretskovention; Holst-Christensen, Lorenzen, Rehof, Trier, Vedsted-Hansen, 2. utgave, København, 2003

Eckhoff og Smith; Forvaltningsrett, 7. utgave, Oslo, 2003

Eskeland, Ståle; Strafferett, 2. utgave, Oslo, 2006

Graver, Hans Petter; Alminnelig forvaltningsrett, 2. utgave, Oslo, 2002

Høstmælingen, Njål; Internasjonale menneskerettigheter, Oslo, 2004

Ruud, Ulfstein; Innføring i folkerett, 2. utgave, Oslo, 2004

Lover:

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

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

Forskrifter:

Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15. oktober 2009 nr. 1286

Forarbeider:

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

Høyesterettsdommer:

Rt 1996 side 551

Rt 1996 side 1510

Rt 1998 side 1795

Rt 2000 side 591

Rt 2005 side 229

Rt 2005 side 238

Rt 2009 side 534

HR-2009-930-A

Lagmansrettsdommer:

<u>Dommer fra Den europeiske menneskerettsdomstol i Strasbourg:</u>

Silver and others v. The United Kingdom, 25. mars 1983

Moustaquim v. Belgium, 18. februar 1991

Beldjoudi v. France, 26. mars 1992

Nasri v. France, 21. juni 1995

Bouchelkia v. France, 22. januar 1997

Dalia v. France, 19. februar 1998

Bensaid v. The United Kingdom, 6. februar 2001

Boultif v. Switzerland, 2. august 2001

Sezen v. The Netherlands, 31. januar 2006

Rodrigues Da silva and Hoogkamer v. The Netherlands, 31. januar 2006

Üner v. The Netherlands, 18. oktober 2006

Maslov v. Austria, 23. juni 2008

Darren Omoregie and others v. Norway, 31. juli 2008

Joseph Grant v. The United Kingdom, 8. januar 2009

Khan v. The United Kingdom, 12. januar 2010

<u>Konvensjoner:</u>

Den europeiske menneskeretighetskonvensjon (EMK) av 4. november 1950

FN-konvensjonen om barns rettigheter av 20. november 1989

Konvensjon om gjennomføring av Schengen-avtalen av 14. juni 1985

Statuttene for Den Internasjonale domstol (ICJ) av 26. juni 1945

Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969

8 Lister over tabeller og figurer m v

Se http://www.ub.uio.no/ujur/henvisninger/