



## 3. Opphold på humanitært grunnlag og utvisning

### 3.1 INNLEDNING

Reglene om opphold på humanitært grunnlag og utvisning har enkelte særtrekk. Disse særtrekkene har betydning for en del av problemstillingene i boken og behandles derfor i dette kapitlet. Ettersom det er saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning som danner konteksten for analysene av barnets beste, er det av betydning hva som følger av reglene som regulerer disse sakstypene. Jeg kommer derfor også inn på reglenes innhold her.

Reguleringen av opphold og utvisning har gjennomgått store endringer siden den første fremmedloven ble vedtatt. Jeg starter med en historisk oversikt over reglene om opphold og utvisning. Deretter behandler jeg innvandringspolitikken innvirkning på tolkning og praktiseringen av reglene. Videre behandler jeg de overordnede føringene på når utlendingsmyndighetene kan innvilge opphold og vedta utvisning. Etter det tar jeg opp virkningen av avslag på opphold på humanitært grunnlag og vedtak om utvisning. Deretter redegjør jeg for utgangspunktet for implementeringen av barnets beste i reglene. Til sist tar jeg opp hvilke land som ofte er representert i de to sakstypene.

### 3.2 OPPHOLD OG UTVISNING FRA FREMMEDLOVEN OG TIL I DAG

Fra den første fremmedloven ble vedtatt i 1901, har reguleringen av innvandringen og kontrollen med innreise og bosetning vært i konstant, men gradvis utvikling.<sup>159</sup> Utviklingen har gått fra en svært begrenset til en stadig mer detaljert regulering og kontroll av hvem som får komme til Norge. Krav for å få oppholdstillatelse og adgangen til utvisning bidrar til slik regulering og kontroll.

Som et ledd i kontrollen av innvandringen anga fremmedloven 1901 en plikt for nye borgere til å melde seg til ankomstedets politimester. Så fremt utlendingen

---

159 Lov 4. mai 1901 om Anmeldelse af Reisende og Fremmede (fremmedloven 1901) § 3.

ikke tidligere hadde vært utvist, eller det var grunnlag for utvisning, skulle det da utstedes en oppholdsbok.<sup>160</sup> Utgangspunktet var altså at utlendinger generelt hadde adgang til å bosette seg i Norge. Lovens § 6 anga imidlertid ulike grunnlag for utvisning av personer uten norsk statsborgerskap.<sup>161</sup> Dette ga en viss mulighet for regulering av innvandring. Muligheten var likevel langt mindre enn med dagens detaljregulering.

Den begrensede reguleringen av innvandringen varte frem til første verdenskrig.<sup>162</sup> I løpet av krigen vokste det frem et ønske om større mulighet for både kontroll og regulering. Dette ønsket skyldtes blant annet samfunnsutviklingen med flyktningstrømmer fra krigen, vansker i økonomien og et ønske om å følge trenden i andre europeiske land.<sup>163</sup> I tillegg var det et ønske om å hindre innvandring fra grupper som av ulike grunner ble betraktet som uønskede.<sup>164</sup>

I 1927 ble det vedtatt en ny generell fremmedlov som skulle bidra til å begrense innvandring og regulere hvem som skulle få bosette seg i Norge.<sup>165</sup> Loven fra 1927 slo fast at enhver som ønsket å komme til riket for å arbeide, måtte søke arbeidstillatelse på forhånd, jf. § 2. Med lovens § 6 ble det innført regler om oppholdstillatelse. Loven ga også flere detaljerte grunnlag for utvisning.<sup>166</sup> I tråd med lovens formål var det følgelig større adgang til regulering og kontroll av innvandringen enn etter loven fra 1901.

160 Fremmedloven 1901 § 3 annet ledd.

161 Blant annet kunne utlendingen utvises dersom meldeplikten ved ankomst etter § 3 ikke var overholdt, eller utlendingen i utlandet var dømt til frihetsstraff over fem år i utlandet, for en straffbar handling som ikke ble regnet som politiske forbrytelser, jf. § 6 bokstav a og b. Utlendingen kunne også utvises dersom han henga seg «til ørkesløshet eller omkringdriven uten at kunne paavise lovlig erhverv [...], jf. § 6 bokstav b».

162 Espen Thorud, *Norsk innvandringspolitikk 1860–1969*, Oslo 1989 s. 21–52 og Øyvind Dybvik Øyen, «Oversikt over utlendingsretten», i *Lærebok om utlendingsrett*, Oslo 2018 s. 23–30 (s. 25).

163 Thorud (1989), s. 55–57, 59 og 92–93, Ot.prp. nr. 11 (1926) s. 2–5 og Øyen (2018a) s. 25.

164 Ot.prp. nr. 11 (1926) s. 2–5, Øyen (2018a) s. 25 og Thorud (1989) s. 92–93. Se også fremmedloven § 3 tredje ledd, som fastslo at «Sigøinere [...] som ikke godtgjør å ha norsk statsborgerskap skal nektes adgang til riket». Adgangen til å avvise sigøynere ble opphevet ved lov 27. juli 1956 om utlendingers adgang til riket m.v.

165 Lov 22. april 1927 om utlendingers adgang til riket (fremmedloven 1927).

166 Utvisning kunne vedtas dersom reglene om å søke oppholdstillatelse, meldeplikt og identifisering i lovens §§ 5, 7, 9 og 10 ikke var overholdt, ved nektet oppholdstillatelse, når utlendingen ikke kunne sørge for seg eller sin familie, dersom han ikke kunne påvise lovlig erverv eller ved brudd på ulike forbrytelser eller forhold som falt under løsgjenger- eller rusdrikkløvgivningen, jf. § 16 første ledd bokstav a til f. Utvisning kunne også besluttes av kongen ut fra hensynet til rikets sikkerhet eller interesser for øvrig overfor enhver som ikke var norsk statsborger.

I 1956 ble det igjen vedtatt en ny fremmedlov. I 1951 ratifiserte Norge flyktningkonvensjonen.<sup>167</sup> Dette påvirket innholdet i den nye fremmedloven. Loven inneholdt i tråd med konvensjonen regler om asyl for politiske flyktninger og vern mot tilbakesending etter non refoulment-prinsippet.<sup>168</sup> I tillegg til å regulere innvandringen skulle loven altså sørge for at de som hadde behov for beskyttelse, fikk det. For øvrig regulerte ikke fremmedloven direkte hva som skulle til for å få innvilget oppholdstillatelse. Den inneholdt ingen bestemmelse om opphold på humanitært grunnlag. Gjennom praksis hadde det likevel vokst frem et slikt oppholdsgrunnlag. Årlig var det flere som fikk opphold av humanitære grunner, enn med grunnlag i asylretten.<sup>169</sup>

Også fremmedloven 1956 inneholdt bestemmelser om utvisning. Utvisning kunne blant annet vedtas hvis utlendingen hadde unnlatt å melde seg eller legitimere seg i tråd med lovens krav. Videre kunne utvisning vedtas ved lediggang og i enkelte tilfeller når utlendingen var ilagt straff for forbrytelser eller overtredelse av løsgjengerlovgivningen.<sup>170</sup> Loven inneholdt ikke noe forholdsmessighetskrav slik som i någjeldende utlendl. § 70. Etter § 13 annet ledd var utlendinger som var født i Norge og senere hadde bodd her uavbrutt, vernet mot utvisning.

Fremmedloven var en fullmaktslov. Regelverket var nokså komplekst med mange forskrifter, rundskriv og retningslinjer.<sup>171</sup> Praksisen endret seg vesentlig fra vedtakelsen i 1956 og frem til vedtakelsen av utlendingsloven i 1983. Frem til 1971 var det forholdsvis lett å få oppholds- og arbeidstillatelse.<sup>172</sup> Fra 1971 ble praksis for å gi arbeidstillatelse strammet inn, og i 1975 ble det foretatt en ytterligere innstramming. Innstrammingene var særlig begrunnet med at de sosiale forholdene til innvandrerne i mange tilfeller var dårlig.<sup>173</sup> Tanken var at en begrensning ville gjøre det mulig å bedre forholdene for innvandrerne som allerede var i Norge.

Arbeidet med en ny lov som skulle være tilpasset de faktiske endringene, ivareta utlendingenes interesser og samtidig kunne tilpasses «innvandringspolitikken til enhver tid», ble startet på begynnelsen av 80-tallet.<sup>174</sup> Utlendingsloven 1988 skulle gi grunnlag for kontroll av inn- og utreise og av utlendingers opphold i Norge, i samsvar med norsk innvandringspolitikk.<sup>175</sup> I tillegg skulle rettssikkerheten til

---

167 Geneva Convention relating to the status of refugees, 28. juli 1951.

168 Fremmedloven 1956 §§ 2 og 17 tredje ledd.

169 NOU 1983: 47 s. 161.

170 Jf. fremmedloven 1956 § 13.

171 NOU 1983: 47 s. 37.

172 NOU 1983: 47 s. 35.

173 NOU 1983: 47 s. 35–36.

174 NOU 1983: 47 s. 38–39.

175 Lov 24. juni 1988 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven 1988).

utlendinger ivaretas, og loven skulle gi grunnlag for vern mot forfølgelse, jf. § 2. Koblingen til innvandringspolitikken kom dermed direkte frem av lovens formålsparagraf.

Også utlendingsloven 1988 var en fullmaktslov. Loven inneholdt likevel mer detaljert regulering av innvandringen enn de eldre lovene.<sup>176</sup> Adgangen til å innvilge opphold på humanitært grunnlag fulgte av lovens § 8 annet ledd. Loven inneholdt også detaljerte regler om utvisning. En viktig endring fra fremmedloven 1956 var kravet om forholdsmessighet ved utvisning, jf. § 29 annet ledd.<sup>177</sup>

Da arbeidet med ny lov ble igangsatt i 2001, var det skiftende faktiske og rettslige forhold som skapte behovet for endringer.<sup>178</sup> Det var blant annet behov for å vurdere på hvilken måte internasjonale menneskerettigheter, herunder barns rettigheter, skulle innarbeides i loven.<sup>179</sup> Det var også behov å vurdere forpliktelsene etter EØS-avtalen, Schengen-samarbeidet og de ulike FN-konvensjonene.<sup>180</sup> Resultatet av arbeidet ble någjeldende utlendingslov fra 2008.

Utlendingsloven 2008 er mer detaljert enn 1988-loven, og den overlater noe mindre skjønn til forvaltningen. Dette var også intensjonen.<sup>181</sup> Målet var også å flytte de mest sentrale sidene av reguleringen fra forskriften til loven. I tråd med målet inneholder loven de overordnede føringene for regulering av innvandringen.<sup>182</sup> Endringer av de overordnede føringene krever følgelig relativt bred demokratisk støtte. I arbeidet med loven ble det likevel erkjent at det fortsatt vil være behov for omfattende forskriftsverk og smidighet, for at innvandringspolitiske hensyn skulle kunne ivaretas. Innvandringspolitikken er skiftende. En regulering som er egnet til å ivareta politiske endringer, krever at det overlates noe skjønn til forvaltningen. Loven inneholder derfor både fullmakter og skjønnsmessige bestemmelser.<sup>183</sup> Likevel er det tydelig at det fra de første fremmedlovene har skjedd en utvikling hvor lovgivningen er blitt mer detaljert og overlater noe mindre skjønn til forvaltningen.

Utviklingen har ikke stoppet etter 2008. Den kraftige økningen av asylsøkere til Europa høsten 2015 førte til materielle og prosessuelle endringer i lov og for-

176 Se lovens kapittel to og tre om oppholdstillatelse, hvor det blant annet angis når oppholdstillatelse kan gis.

177 Kravet om forholdsmessighet gjaldt etter ordlyden ikke ved utvisning etter alternativet «når hensynet til rikets sikkerhet gjør det nødvendig» etter § 29 første ledd bokstav d, jf. annet ledd.

178 NOU 2004: 20 s. 17–19.

179 NOU 2004: 20 s. 17–18.

180 NOU 2004: 20 s. 17–18.

181 NOU 2004: 20 s. 24.

182 NOU 2004: 20 s. 24.

183 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) punkt 3.1.3.

skrift.<sup>184</sup> Lovendringene var ment å skulle minske innvandringen og øke effektiviteten til forvaltningen.<sup>185</sup> Endringene bygde på et politisk ønske om å stramme inn adgangen til opphold så langt menneskerettighetene tillater.<sup>186</sup> Noen av virkemidlene var økt bruk av midlertidig oppholdstillatelse og fjerning av rimelighetsvurderingen som tidligere gjaldt ved henvisning til internflukt etter utlendl. § 28 femte ledd.<sup>187</sup> I tillegg ble det gjort innstramminger i adgangen til familieetablering og familiegjenforening.<sup>188</sup> Disse endringene rammer barn så vel som voksne. Det ble også gjort endringer for å effektivisere saksbehandlingen for noen typer saker, blant annet ved å redusere klagefristen, forenkle saksbehandlingsreglene og unnlate realitetsbehandling.<sup>189</sup>

I tillegg til innstramminger som var ment å gjøre at færre innvilges oppholdstillatelse, ble altså flere saksbehandlingsregler som skal sikre rettssikkerhet, endret til ulempe for individene. Endringene tydeliggjør at *spenningen* mellom individets rettigheter og interesser og de politiske interessene, herunder ønsket om effektiv regulering og kontroll, har økt. Det samme gjelder for forholdet mellom effektiv regulering og kontroll på den ene siden og rettssikkerhet på den andre.

### 3.3 NÆRMERE OM INNVANDRINGSPOLITIKKENS ROLLE

Som jeg var inne på allerede i innledningen, påvirkes tolkning og praktiseringen av bestemmelsene i utlendingsloven, herunder utlendl. §§ 38 og 70, av den rådende innvandringspolitikken. Innvandringspolitikken har to sider. En side knytter seg til integrasjon og rettigheter til utlendinger med opphold i landet, mens en annen har å gjøre med hvem og hvor mange som skal få opphold. De to sidene henger noe sammen. Ivaretagelse av de økonomiske og kulturelle rettighetene kan gi økt økonomisk belastning ved innvandring.<sup>190</sup> Dette kan igjen påvirke hvor mange oppholdstillatelser det er ønskelig å innvilge.<sup>191</sup> Når jeg henviser til innvandringspolitikk, er det særlig politiske vurderinger knyttet til hvem og hvor mange som skal få oppholde seg i Norge, det siktes til, ettersom dette er mest relevant for temaet her.

---

184 Lov 20. november 2015 nr. 94 om endringer i utlendingsloven (innstramminger).

185 Høringsnotat desember 2015 snr. 15/8555, Høringsnotat – endringer i utlendingsloven.

186 Se for eksempel høringsnotat desember 2015 snr. 15/8555.

187 Høringsnotat desember 2015 snr. 15/8555 og lov 17. juni 2016 nr. 58 om endringer i utlendingsloven mv. (innstramminger II) §§ 28 femte ledd og 34 annet ledd.

188 Høringsnotat desember 2015 snr. 15/8555 og innstramminger II §§ 41 og 51.

189 Se utlendl. § 32 om tilfeller hvor søknader kan nektes realitetsbehandles. Annet og tredje ledd i tidligere § 32 som slo fast tilfeller hvor saker likevel må realitetsbehandles, er fjernet. Egen klagefrist ved «åpenbart grunnløse asylsøknader» følger nå av utlendl. § 94 a.

190 NOU 2004: 20 s. 42.

191 NOU 2004: 20 s. 42.

Utvisning regulerer først og fremst *hvem* som skal få oppholde seg i Norge. Strengere regler for opphold fungerer som et virkemiddel både for å unngå at flere enn det som er ønskelig, i et innvandringspolitisk perspektiv, får opphold, og hvem som får opphold. Vurderinger av hvem som skal få oppholdstillatelse, kan for eksempel være at sårbare grupper bør prioriteres, hvilke typer sårbarhet som kvalifiserer for opphold, og hvilke grupper som ikke bør prioriteres. En annen vurdering av politisk karakter er om noen handlinger taler mot at den som har utført disse, skal få oppholde seg i Norge, og i så fall hvilke handlinger det gjelder. Som jeg er inne på i den historiske fremstillingen, har svaret på hvor mange som skal få innvilget opphold, vært at adgangen skal være begrenset, og i nyere tid sterkt begrenset.

I forarbeidene til § 38 er forholdet til innvandringspolitikken nevnt.<sup>192</sup> Departementet la blant annet til grunn at regelverket bør sikre at praksis i «vesentlige trekk gjenspeiler de generelle politiske målsettinger».<sup>193</sup> Videre ble det lagt til grunn at terskelen «for opphold på humanitært grunnlag berører klare politiske avveininger og har betydning for den samlede innvandringen».<sup>194</sup> De politiske målsettingene det siktes til, er sannsynligvis at terskelen for opphold skal være høy, og at for personer som har handlet i strid med utlendingslovens regler, er terskelen enda høyere. Dette gjenspeiles av bestemmelsens utforming, med strenge kriterier og adgang til å vektlegge «innvandringsregulerende hensyn» etter § 38 fjerde ledd.<sup>195</sup>

Når det i § 38 fjerde ledd står *innvandringsregulerende* istedenfor *innvandringspolitiske* hensyn, som i utlendl. § 1, kommer det frem at det er den delen av politikken som knytter seg til regulering, som særlig er relevant her. Noen skarp avgrensing innebærer likevel ikke formuleringen i § 38 fjerde ledd. Regulering er en nokså vid betegnelse, og kontroll er uttrykkelig nevnt som et relevant hensyn i fjerde ledd bokstav c. Paragraf 1 gjør at også andre innvandringspolitiske hensyn kan være saklige å vektlegge i skjønnsutøvelsen som bestemmelsen åpner for.

For at utvisning skal vedtas, må utlendingen ha begått ulike lovbrudd, som hovedregel enten brudd på straffeloven eller utlendingslovgivningen, jf. utlendl. §§ 66–68. Utlendingsloven § 70 slår fast at en utlending ikke kan 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 vurderingen av «forholdets alvor» etter utlendl. § 70 er en del av de samme innvandringsregulerende hensynene som er nevnt i § 38, relevante. To av hensynene som følger av § 38 fjerde ledd, er «hensynet til kontroll» og «hensynet

192 NOU 2004: 20 s. 264 og Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

193 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

194 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

195 Se dette kapittelets punkt 3.4 i.

til respekten for lovens øvrige regler». Vilkårene i § 66 første ledd bokstav a, som gjelder for utvisning uten oppholdstillatelse, hviler nettopp på ønsket om kontroll og respekt for lovens øvrige regler. Hvis en utvisning er begrunnet i noen av disse vilkårene, er det handlingen som gjør at de er oppfylt, som utgjør forholdets alvor. Koblingen til denne delen av innvandringspolitikken er dermed lik for §§ 38 og 70. Ved utvisning begrunnet i andre vilkår i §§ 66–68 er det ikke *bare* innvandringspolitikk som skal ivaretas, men også hensyn av strafferettslig karakter.<sup>196</sup> Ettersom utvisningen er et verktøy for å regulere hvem som får oppholde seg i landet, er det likevel et element av innvandringspolitikk også her.

Innvandringspolitikken er skiftende og stadig under debatt. Tolkningen og praksisen knyttet til §§ 38 og 70 kan på ulike måter endres eller justeres ved politiske omprioriteringer av utlendl. § 75 første ledd følger at Stortinget skal godkjenne hovedprinsippene for reguleringen av innvandring. De overordnede føringene på innvandringspolitikken skal være fastsatt i *lov*.<sup>197</sup> Begrunnelsen er et ønske om demokratisk forankring.<sup>198</sup> Større endringer krever følgelig bred politisk støtte. Dette forelå da loven ble endret i 2015 og 2016. I § 66 om utvisning ble det da gjort enkelte mindre justeringer, mens § 38 ikke ble endret.<sup>199</sup> Endringene som ble gjort andre steder i loven, kan likevel ha innvirket på praktiseringen av § 38.<sup>200</sup> I tillegg kan endringer og innstramminger sende signaler som innvirker på tolkningen og praktiseringen av skjønnsmessige bestemmelser, slik som § 38. Generelle innstramminger kan nok også påvirke praktiseringen av utvisningsreglene, ettersom forvaltningen har en skjønnsfrihet i valget om adgangen til å utvise skal benyttes.<sup>201</sup> I tillegg kan endringer påvirke den generelle oppfatningen av behovet for kontroll eller andre hensyn, som igjen påvirker hvor alvorlig ulike brudd på utlendingsloven vurderes, og dermed forholdsmessighetsvurderingen.

Justeringer kan også, innenfor lovens rammer, gjøres gjennom *forskrift*. Etter utlendl. § 70 annet ledd kan det gis forskrift om forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning, jf. § 70 første ledd.<sup>202</sup> Utlendingsloven § 38 femte ledd gir hjemmel til å fastsette nærmere regler i forskrift, noe som er gjort i utlendingsforskriftens

196 Se dette kapittelets punkt 3.5.1.

197 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 45.

198 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 45.

199 Innstramminger II.

200 Særlig gjelder det for endringen i § 28 femte ledd, hvor et tidligere rimelighetsvilkår ved henvisning til internflukt ble fjernet.

201 Slik det kommer frem av ordlyden i §§ 66–68 første ledd, hvor det står at utvisning «kan» vedtas.

202 Slik forskrift er kun gitt for utvisning på grunn av ulovlig opphold eller ulovlig arbeid når utlendingen har barn i riket. Se forskrift 15. oktober 2009 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) § 14-1.

kapittel 8. Av relevans for bokens tema er særlig § 8-5. Bestemmelsene omhandler henholdsvis vurderingen av sterke menneskelige hensyn ved søknad om oppholdstillatelse for barn og omgjøringsbegjæring fremmet fra utlandet i saker med barn som har lang oppholdstid i Norge. Utformingen av § 8-5 kom til i 2014, under politiske forhandlinger og debatt. Selv om bestemmelsene var ment å presisere kravene som følger av barns menneskerettigheter, er det ikke tvil om at til dels motstridende politiske interesser påvirket utformingen.<sup>203</sup>

Politiske prioriteringer kan også i noen grad påvirke tolkning og praksis gjennom *instruksjonsadgangen*.<sup>204</sup> I saker om opphold fatter UDI vedtak, jf. utlendl. § 65 første ledd. Vedtak om utvisning forberedes av politiet og treffes av UDI, jf. § 72. Klageorgan er etter § 76 første ledd UNE, som er ment å være et uavhengig organ. Justis- og beredskapsdepartementet har ansvaret for å utforme statens flyktning- og innvandringspolitikk og har en generell instruksjonsadgang overfor UDI, mens en mer begrenset overfor UNE.<sup>205</sup> I utlendl. § 76 annet ledd vises det til den alminnelige instruksjonsadgangen i sammenheng med en presisering om at det ikke er adgang til å instruere i enkeltsaker.<sup>206</sup> Departementet kan instruere UDI i lovtolkning og skjønnsutøvelse, men ikke UNE, jf. § 76 annet ledd annet punktum.<sup>207</sup> Om prioritering av saker, jf. § 76 annet ledd tredje punktum, herunder om bestemte saker skal stilles i bero, og om saksbehandlingen, kan departementet like-

203 Forskriftsendringen fra 8. desember 2014 ble til etter forhandlinger mellom regjeringspartiene Høyre og FRP og støttepartiene KRF og Venstre.

204 Instruksjonsadgangen kan endres gjennom ordinær lovendring, og det har også vært gjort midlertidig. Endringer i instruksjonsadgangen er nok mest praktisk hvis det er behov for hurtige endringer av praksis. Utlendingsloven § 76 ble endret midlertidig i november 2015, lov 20. november 2015. Endringen var begrunnet at politiske styringssignaler i situasjoner hvor endring av forskrift eller lov var antatt å være mindre egnet og det var behov for raske avklaringer og justeringer av praksisen, også skulle gjelde overfor UNE, Prop. 16 L (2015–2016) s. 10.

205 Når det i loven henvises til «departementet», siktes det til «det departementet som har hovedansvaret for utlendingsforvaltningen, med mindre annet uttrykkelig fremgår», jf. utlendingsforskriften § 16-1 annet ledd. For tiden er det Justis- og beredskapsdepartementet som har ansvaret for innvandring.

206 I forarbeidene vises det til det alminnelige utgangspunktet i forvaltningsretten, som er at det overordnede departementet har instruksjonsadgang med mindre denne er innskrenket, Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 436.

207 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 437. Selv om UDI ikke kan instrueres i enkeltsaker, kan likevel departementet beslutte at et vedtak truffet av UDI, som er til gunst for utlendingen, skal overprøves av UNE jf. § 76 tredje ledd. Dette vil sende et signal om at departementet er uenig i vedtaket. Slike saker skal avgjøres i stornemnd, jf. utlendingsforskriften § 16-4 første ledd. Det er videre utvidet instruksjonsadgang i saker som kan berøre «grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn», jf. utlendl. § 128.



vel instruere UNE om.<sup>208</sup> Berostillelse kan benyttes hvis politikerne ønsker å endre reglene, og at sakene skal behandles etter nye regler.

Den 7. mai 2015 oppnevnte regjeringen i statsråd et utvalg som skulle utrede blant annet en forvaltningsdomstol for utlendingssaker. En del av utvalgets mandat var å vurdere om UNE bør erstattes av en forvaltningsdomstol.<sup>209</sup> I utvalgets vurdering ble effektivitet, rettsikkerhet, legitimitet og muligheten for politisk styring vektlagt.<sup>210</sup> Det ble ikke anbefalt å etablere en forvaltningsdomstol for utlendingssaker.<sup>211</sup> Anbefalingen var basert på en avveining av hensynene til effektivitet, rettsikkerhet, legitimitet og politisk styring.<sup>212</sup> Det ble vektlagt at en forvaltningsdomstol ikke ville kunne underlegges samme politiske styring som UNE.<sup>213</sup> Til tross for at UNE bare i begrenset grad kan instrueres, var altså muligheten til politisk styring et argument for å ikke opprette en egen forvaltningsdomstol.<sup>214</sup> Dette illustrerer den skiftende politikkenes nærhet til rettsområdet.

### 3.4 OPPHOLD PÅ HUMANITÆRT GRUNNLAG

#### 3.4.1 Formål

Helt fra regelen om opphold på humanitært grunnlag først vokste frem gjennom praksis under fremmedloven og til dag, har formålet vært at den skal ivareta rimelighetshensyn og sørge for en humanitær innvandringsforvaltning.<sup>215</sup> Dette er formål som springer ut fra individers interesser.

En rekke ulike tilfeller hvor individer har sterke interesser i å få opphold, er ment å fanges opp av utlend. § 38.<sup>216</sup> Et eksempel som tradisjonelt ble omfattet, var ved usikkerhet om det forelå en forfølgelsessituasjon.<sup>217</sup> Det vil si for å sikre at perso-

---

208 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 437.

209 NOU 2017: 8 s. 15.

210 NOU 2017: 8 s. 17.

211 NOU 2017: 8 s. 351.

212 NOU 2017: 8 s. 344.

213 I tillegg ble det vektlagt at på grunn av stor saksmengde måtte en utlendingdomstol nødvendigvis blitt en stor domstol. Dette ville kreve en egen prosessordning, noe som kunne medført vansker med å oppnå samme grad av tillit som de ordinære domstolene nyter. Til sist argumenterte utvalget for at rettsikkerhet i samme grad kan oppnås hos UNE som hos en utlendingdomstol, NOU 2017: 18 s. 351.

214 I deler av perioden hvor utvalget jobbet med spørsmålet, var instruksjonsadgangen utvidet.

215 NOU 2004: 20 s. 263, NOU 1983: 47 s. 161 og s. 293, Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 226 og HR-2017-2376-A avsnitt 40.

216 Slik det også er lagt til grunn i Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

217 NOU 1983: 47 s. 161 og NOU 2004: 20 s. 262–263.

ner som risikerer forfølgelse, ikke får avslag på opphold basert på feilvurderinger av situasjonen i hjemlandet. I dag er § 28, hvor det blant annet gjelder et dempet beviskrav, ment å skulle fange opp disse typene saker.<sup>218</sup> Et annet eksempel hvor § 38 er relevant, er hvis det foreligger en blanding av beskyttelsesbehov og andre grunner, men vilkårene for beskyttelse etter § 28 ikke er oppfylt.<sup>219</sup> Det kan også være at det utelukkende foreligger humanitære grunner, som for eksempel alvorlig sykdom eller svært lang oppholdstid i Norge.<sup>220</sup> Bestemmelsen er også ment å fange opp tilfeller hvor utlendingen har oppholdt seg lenge i Norge og dermed har opparbeidet seg en sterk tilknytning til landet.<sup>221</sup>

Selv om det er individers interesser som er begrunnelsen for at det er adgang til å innvilge opphold på humanitært grunnlag, gjør utlendingslovens overordnede formål, slik de kommer til uttrykk i utlendl. § 1, seg gjeldende her. I bestemmelsen er både innvandringspolitikk, internasjonale forpliktelser og rettssikkerhet nevnt. At det i dag er et mål om en strengt regulert og begrenset adgang til innvandring og bosetning i Norge, har betydning for praktiseringen av oppholdsgrunnlaget.<sup>222</sup> Samtidig er det i forarbeidene uttalt at «[m]ålet må være at Norge skal føre en human, solidarisk og rettssikker innvandrings- og flyktningpolitikk».<sup>223</sup> Disse to målene er ikke enkle å balansere. Hva som er humant og solidarisk, er heller ikke statiske målestokker. Når innvandringspolitikken blir gradvis strengere og mer begrenset, kan det påvirke vurderingen av hva som er tungtveiende humanitære grunner. En skjønsmessig regel om opphold som skal ivareta humanitære hensyn og solidaritet, er ingen garanti i seg selv for at individers interesser blir ivaretatt. Målet om en strengt regulert og begrenset adgang til innvandring kan innvirke på praktiseringen av regelen og begrense hvor effektivt individers interesser vernes.

Menneskerettighetene motvirker noe av ulempene med en vag og skjønsmessig regel. I tråd med formålsbestemmelsen i § 1 har regelen om opphold på humanitært grunnlag også som formål å ivareta forpliktelser som følger av menneskerettighetene. I plenumsdom I ble det lagt til grunn at «§ 38 er et viktig virkemiddel [...] både for å ivareta de innvandringsregulerende hensynene og våre internasjo-

218 Om beviskravet, se Rt. 2011 s. 1481 avsnitt 45, Rt. 2015 s. 1388, *plenumsdom III* avsnitt 129 og Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 88 og 414.

219 NOU 1983: 47 s. 161 og NOU 2004: 20 s. 262–263.

220 NOU 2004: 20 s. 262–263.

221 Slik vilkåret «særlig tilknytning til riket» i § 38 første ledd får frem.

222 Se Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153, hvor departementet slutter seg til utvalget om at det ikke er noen «farbarvei vei å innvilge oppholdstillatelse til vesentlig flere av dem som lykkes i å ta seg til Norge enn det vi gjør i dag».

223 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

nale forpliktelser, som barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1». <sup>224</sup> At § 38 er et virkemiddel for å ivareta de innvandringsregulerende hensynene, er imidlertid ikke helt treffende. Utlendingsloven generelt, herunder de strenge kravene for å få opphold, er et virkemiddel for dette formålet. Paragraf 38 er først og fremst et virkemiddel for å sikre individers rettigheter og interesser når den strenge reguleringen rammer for hardt eller skjevt. Bestemmelsen er utformet for at de innvandringspolitiske hensynene også skal kunne ivaretas. Ettersom disse hensynene stort sett alltid taler for å avslå en søknad om opphold, ville de imidlertid fått enda større gjennomslagskraft uten en adgang til opphold på humanitært grunnlag. Det ville imidlertid hatt store humanitære kostnader og i enkeltsaker ført til krenkelse av menneskerettighetene.

Når det gis avslag på opphold etter utlendl. § 28 om beskyttelse, har utlendingsmyndighetene plikt til, av eget tiltak, å *vurdere* om opphold skal innvilges etter § 38, jf. § 28 syvende ledd. Det er viktig for ivaretagelse av regelens formål. Noe tilsvarende er ikke slått fast for utlendl. § 49 om opphold på humanitært grunnlag i familieforeningssaker. Det er i imidlertid liten grunn til at utlendingsmyndighetene skal stå friere til å ikke vurdere opphold på humanitært grunnlag i familieforeningssaker, enn i beskyttelsessaker. Også her er bestemmelsen sentral for å sørge for humanitære avgjørelser og hindre menneskerettsbrudd.

Behovet for å innvilge opphold på humanitært grunnlag påvirkes av andre regler. Snevres retten til opphold inn, øker behovet for en skjønnsmessig adgang til å innvilge opphold for å ivareta menneskerettigheter og humanitære hensyn. Saker som tidligere ble fanget opp av urimelighetskriteriet i utlendingsloven § 28 femte ledd, må for eksempel vurderes etter § 38. Det er imidlertid en risiko for at når adgangen til å få opphold blir snevrere etter de øvrige bestemmelsene, så påvirker det også, enten tilsiktet eller utilsiktet, vurderingene etter § 38. I så fall kan det være at menneskerettighetene blir det eneste reelle vernet individer har.

## 3.4.2 Struktur og vurderingstema

### 3.4.2.1 Todelt vurdering

Ved spørsmål om det skal innvilges opphold på humanitært grunnlag, må det først vurderes om det foreligger «sterke menneskelige hensyn» eller «særlig tilknytning til riket», jf. utlendl. § 38 første ledd. I § 38 annet ledd angis relevante momenter for vurderingen av om det foreligger «sterke menneskelige hensyn». Det slås fast at det må foretas en totalvurdering av saken. Hvis vilkårene er oppfylt, blir spørsmå-

---

224 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 109.

let om tillatelse *bør* innvilges, jf. ordlyden «kan» i første ledd. I vurderingen av om opphold *bør* innvilges, følger det av forarbeidene at det som taler for at opphold gis, må veies mot hensynet til en regulert og kontrollert innvandring (innvandringsregulerende hensyn).<sup>225</sup> Fjerde ledd angir enkelte innvandringsregulerende hensyn som kan vektlegges i avveiningen.

Vurderingen av om det skal innvilges opphold på humanitært grunnlag, kan følgende sies å være todelt.<sup>226</sup> I tillegg er det en avveiningsregel som i utgangspunktet ikke er rettslig forpliktende.<sup>227</sup>

I § 38 tredje ledd slås det fast at i saker som «berører barn skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». Bestemmelsen skal ivareta BK art. 3 nr. 1.<sup>228</sup> Videre følger det av tredje ledd, annet punktum at barn kan gis oppholdstillatelse selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at opphold ville blitt innvilget til en voksen. I forarbeidene er det presisert at barns sårbarhet gjør at kriteriene i første ledd lettere vil være oppfylt for barn og barnefamilier, enn i saker med bare voksne.<sup>229</sup> Implementeringen av barnets beste tydeliggjør at hva som er til det berørte barnets beste, er et sentralt vurderingstema for om det skal innvilges opphold. I formuleringen «et grunnleggende hensyn» ligger det at barnets beste skal være tungtveiende. Denne føringen påvirker igjen avveiningen av om det *bør* innvilges opphold. Vurderingstemaet slik det følger av vilkårene i første ledd, endres altså noe, samtidig som terskelen for å innvilge opphold blir lavere. Barnets beste passer dermed godt inn i den todelte strukturen til regelen i § 38.

Utlendingsloven § 49 er en forenklet versjon av § 38. Av § 49 første ledd følger det at det «kan» gis opphold dersom «sterke menneskelige hensyn» tilsier det. Etter annet ledd kan innvandringsregulerende hensyn vektlegges i vurderingen av om opphold *bør* innvilges. Tredje ledd slår fast at barnets beste skal være grunnleggende, men sier ikke på samme måte som § 38 tredje ledd at terskelen for å innvilge opphold skal være lavere for barn, enn for voksne. At barnets beste skal være grunnleggende, påvirker imidlertid avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn og innebærer at opphold må innvilges i en del tilfeller hvor det ellers ikke

225 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

226 I Rt. 2008 s. 681 avsnitt 43 omtales vurderingen etter utlendingsloven 1988 § 8 annet ledd som en «helhetsvurdering». Øyvind Dybvik Øyen, «Opphold på humanitært grunnlag», i *Lærebok om utlendingsrett*, Oslo 2018 s. 301–318 (s. 302) og Paula Tolonen og Øyvind Dybvik Øyen, «Adgang til opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket» i *Utlendingsloven kommentarutgave*, Oslo 2010 s. 302–324 (s. 306) beskriver § 38 på samme måte, men får også frem at det er en todelt vurdering.

227 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

228 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 159–160.

229 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 160.

ville vært tilfellet. En annen forskjell fra § 38 er at § 49 ikke gir noen retningslinjer for vurderingen av «sterke menneskelige hensyn».

#### 3.4.2.2 Sterke menneskelige hensyn og særlig tilknytning til riket

Av de to kriteriene for opphold etter § 38 første ledd er «sterke menneskelige hensyn» videst. Det dekker i utgangspunktet også tilfeller hvor det foreligger en «særlig tilknytning til riket». Kriteriet «særlig tilknytning til riket» er likevel ment å ha selvstendig betydning. Det klargjør at tilknytning alene kan være nok for å få opphold.<sup>230</sup>

Hva som ligger i *menneskelige* hensyn, er ikke selvforklarende, men det får frem at det er hensyn tilknyttet individer som er relevante. Humanitære grunner brukes ofte som et synonym. Menneskelige hensyn gir assosiasjoner til begrepet menneskeverd.<sup>231</sup> Menneskeverd regnes som et grunnleggende verdimeslig utgangspunkt for menneskerettighetene.<sup>232</sup> Menneskeverd bygger blant annet på at *alle* mennesker har enkelte sterke interesser de har rett til å få vernet og kan hevde. I § 38 annet ledd a til d er det nevnt en rekke momenter som er relevante i vurderingen av om vilkåret er oppfylt. Disse momentene er alle av en slik karakter at de i noen tilfeller kan utløse beskyttelse fra ulike menneskerettigheter. Det er forhold som ofte gir tungtveiende og beskyttelsesverdige interesser for individet til å bli i Norge.

Når det står «*sterke* menneskelige hensyn» (min utheving), viser det at det skal noe til for å nå opp til terskelen. I tråd med at utgangspunktet er en høy terskel, er alle forholdene som er nevnt i § 38 annet ledd, av nokså alvorlig karakter. Om det foreligger sterke menneskelige hensyn, må etter annet ledd avgjøres etter en «totalvurdering». Det innebærer at flere mindre alvorlige forhold samlet kan gjøre at kriteriet er oppfylt.<sup>233</sup> Samtidig tyder kravet om en totalvurdering på at alle forhold av humanitær karakter må tas i betraktning, og dermed at det ikke må gjøres en for streng relevansvurdering av hva som skal vektlegges.

Beskyttelseshensyn som gjør seg gjeldende, er helt klart relevant i vurderingen.<sup>234</sup> Andre momenter er blant annet søkerens helse, de humanitære og sosiale

230 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154 og 421. På s. 420 er det lagt til grunn at vilkårene ofte vil overlappes hverandre, men at de også kan ha selvstendig betydning.

231 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.2.3, 5.3.1 og 5.4.3 om menneskeverdet.

232 Randi Sigurdson, “Children’s Right to Respect for Their Human Dignity” in *Children’s Constitutional Rights in the Nordic Countries*, 2019, 19–36 (s. 24) og Christopher McCrudden, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, *The European Journal of International Law* 2008 655–724 (s. 680).

233 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154–155 og 421.

234 NOU 2004: 20 s. 265 og Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154–155.

forholdene ved retursituasjonen og om søkeren har vært utsatt for menneskehandel, jf. § 38 annet ledd bokstav b, c og d. Helsemomentet er formulert strengt ved at det må foreligge «tvingende helsemessige forhold», jf. bokstav b. At søkeren er «enslige mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur», er også nevnt, jf. bokstav a. I forarbeidene pekes det på mange ulike momenter av varierende vekt som kan gjøre seg gjeldende.<sup>235</sup>

Det er også relevant om søkeren har en sterk tilknytning til Norge enten gjennom familie og/eller botid. For at tilknytning til Norge alene skal kunne gi opphold, må det etter ordlyden i § 38 første ledd foreligge en spesielt sterk tilknytning, jf. begrepet «særlig». Det er tilknytning til riket, det vil si Norge, og ikke til familie eller andre personer som oppholder seg i landet, som er det primære vurderingsmomentet etter vilkåret.<sup>236</sup> Hvis andre momenter også taler for opphold, trenger ikke tilknytningen være like sterk som hvis det er eneste grunnlag.

Tilknytning til familie med oppholdstillatelse eller norsk statsborgerskap kan være et moment i helhetsvurderingen etter § 38. Hvis § 49 skal benyttes istedenfor § 38, må familietilknytning være det sentrale i vurderingen. Utlendingsforskriften § 9-7 nevner tilfeller hvor tilknytning til referanseperson kan gi oppholdstillatelse etter § 49. Med referanseperson menes den «som søkeren ønsker å bli gjenforent med eller å etablere familieliv med», jf. § 39. Det følger ikke av ordlyden i § 49 at det må foretas en totalvurdering. Vurdering av om det foreligger sterke menneskelige hensyn, er imidlertid av en slik karakter at ulike momenter må vektlegges. Et eksempel som har blitt vektlagt i praksis, er vanskelige forhold i søkerens hjemland.<sup>237</sup>

Etter § 49 er hovedregelen at opphold skal vurderes ut fra søkerens situasjon, ikke ut fra referansepersonens.<sup>238</sup> Forarbeidene åpner likevel for at avgjørende vekt, i visse tilfeller, kan legges på hensyn som knytter seg til andre enn søkeren.<sup>239</sup> Et eksempel er i tilfeller hvor familiemedlemmer som er bosatt i Norge, er i behov for pleie ved sykdom.<sup>240</sup> Å legge stor vekt på hensyn knyttet til andre enn søkeren kan også være nødvendig for å sikre rettighetene til barn som blir berørt. Høyesterett har, i tråd med ordlyden, lagt til grunn at når § 49 tredje ledd slår fast at barnets

235 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 420.

236 Hvis det kun foreligger tilknytning til familie som oppholder seg i Norge, skal opphold vurderes etter § 49. Se Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 158.

237 Se Borgarting lagmannsrett LB-2012-106104.

238 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 227.

239 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 227.

240 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 226.

beste skal være et grunnleggende hensyn, må vurderingen knyttes til det berørte barnets situasjon.<sup>241</sup>

I tråd med at kravene som stilles til at vilkårene er oppfylt, er mindre strenge når saken berører barn, angir utlendingsforskriften § 8-5 eksempler som er av en mindre alvorlig karakter, enn de som kommer til uttrykk i § 38 annet ledd. Overskriften til forskriftens § 8-5 «ved søknad om oppholdstillatelse fra barn» tyder på at bestemmelsen kun regulerer saker som direkte retter seg mot barn. Momentene i bestemmelsen er imidlertid sentrale også i saker som retter seg mot foreldrene eller andre omsorgspersoner. Også i slike saker skal barnets beste være grunnleggende, og bestemmelsen kan gi veiledning for vurderingen.

### 3.4.3.2 Innvandringsregulerende hensyn

Etter utlendl. §§ 38 fjerde ledd og 49 annet ledd «kan» innvandringsregulerende hensyn vektlegges i vurderingen av om oppholdstillatelse skal gis. I forarbeidene legges det til grunn at utgangspunktet er at de *skal* vektlegges, så fremt de gjør seg gjeldende i den konkrete saken.<sup>242</sup> At formuleringen «kan» likevel ble valgt, var fordi hensynene i en del saker i liten grad gjør seg gjeldende.<sup>243</sup> Dermed synliggjøres det at det ikke er en plikt til å vektlegge hensynene i slike tilfeller.

I § 38 fjerde ledd angis «mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag», «de samfunnsmessige konsekvensene» og «hensynet til kontroll og respekt for lovens øvrige regler» som innvandringsregulerende hensyn. Myndighetene må vurdere og vektlegge hvordan det å innvilge opphold kan innvirke på noen av disse hensynene. Hensynenes karakter tyder på at formålet med å vektlegge disse kan være å regulere antallet oppholdstillatelser, styre atferd eller effektivisere regler.<sup>244</sup> Ettersom det i forarbeidene er presisert at §§ 38 og 49 må ses i sammenheng, er nok samme hensyn relevante etter sistnevnte.<sup>245</sup>

Begrepet «innvandringsregulerende hensyn» tydeliggjør hvordan enkelte av de konkrete hensynene som ramses opp i fjerde ledd, skal forstås. For eksempel er «de samfunnsmessige konsekvensene» i bokstav b nokså vage. At de skal forstås som innvandringsregulerende hensyn, gjør det klart at det særlig siktes til de samfunnsmessige konsekvensenes betydning *for reguleringen av innvandring*. Hensyn-

241 HR-2017-2376 avsnitt 40.

242 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 422. Se også Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 116.

243 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 155.

244 Se også Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154–155 om de innvandringsregulerende hensynenes formål.

245 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 420.

nene i fjerde ledd har imidlertid flere formål enn regulering. De skal ivareta praktiske hensyn, som for eksempel om opphold i en type saker medfører ressurskrevende forvaltning.<sup>246</sup> Altså effektivitetshensyn. Det er også et mål at vektleggingen av hensynene skal ha en preventiv effekt, og med dette hindre overtredelser av loven.<sup>247</sup>

Hvorvidt hensynene gjør seg gjeldende, og hvor tungtveiende de i så fall er, må vurderes fra sak til sak.<sup>248</sup> I utlendingsforskriften § 8-5 tredje og fjerde ledd er det imidlertid konkretisert enkelte hensyn som kan vektlegges i saker som gjelder barns oppholdstillatelse, og hvor tungtveiende de må anses å være. Etter tredje ledd skal «blant annet om barnets foreldre aktivt har motarbeidet avklaring av egen identitet etter ankomst til landet, og om de har begått alvorlige straffbare handlinger», regnes som tungtveiende.<sup>249</sup> Formuleringen «blant annet» klargjør at oppstillingen ikke er uttømmende. Ulovlig opphold, oversittet utreisefrist og at barnets foreldre ikke har klart å sannsynliggjøre egen identitet, skal regnes som mindre tungtveiende. jf. 8-5 fjerde ledd.

Etter at det er klarlagt hvilke, om noen, innvandringsregulerende hensyn som gjør seg gjeldende, og hvor tungtveiende de anses å være, må det foretas en avveining mot individets interesser. I forarbeidene er det uttalt at «[j]o mer tungtveiende de menneskelige hensyn eller tilknytningen til Norge er, jo sterkere må også de innvandringsregulerende hensyn være for å avslå en søknad».<sup>250</sup> Berører saken barn, må de innvandringsregulerende hensynene i utgangspunktet være mer tungtveiende for at de skal kunne tillegges avgjørende vekt, enn ellers.<sup>251</sup>

### 3.4.3 Forholdet mellom §§ 38 og 49

Etter utlendl. § 38 første ledd kan det gis oppholdstillatelse selv om de øvrige vilkårene i «loven» ikke er oppfylt. Bestemmelsen gjelder dermed generelt for oppholdssaker. Utlendingslovens § 49 gjelder i saker om familieinnvandring. Ordlyden i § 49 første ledd begrenser adgangen til å gi oppholdstillatelse til to typer

246 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154.

247 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154.

248 Se Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 117, Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154–155 og 421 og Tolonen og Øyen (2010) s. 322. Se også Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 131–132 om regjeringens sonndring mellom aktiv og passiv motstand mot utlendingsmyndighetens arbeid med retur.

249 Dette er i tråd med hvilke forhold som regnes som særlig alvorlige etter forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning, se dette kapittelets punkt 3.5.6.3.

250 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 422.

251 Se Høyesteretts uttalelser om avveiningen i Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 134, 139 og 190 flg.



saker. Det er hvor avslaget skyldes at søker ikke faller inn under gruppen av familiemedlemmer som omfattes av §§ 40 til 53, og hvor vilkår knyttet til referansepersonens status ikke er oppfylt.<sup>252</sup> Anvendelsesområdet til § 38 er altså generelt, mens § 49 er en særvariant. Nøyaktig når § 49 skal benyttes, er likevel ikke helt klart.<sup>253</sup>

I § 49 er det kun vilkåret «sterke menneskelige hensyn» som følger direkte av ordlyden. Et spørsmål er om tilknytningen til riket kan være et moment i vurderingen. I forarbeidene legges det til grunn at § 49 er ment å tilsvare forskriften til utlendingsloven 1988 § 24.<sup>254</sup> Forskriftsbestemmelsen var gitt i medhold av 1988-lovens § 8 annet ledd og fastslo blant annet at opphold kunne gis til utlendinger med særlig tilknytning til riket, jf. forskriftens § 24 første ledd.<sup>255</sup> I forarbeidene til § 49 legger departementet til grunn at personer med langvarig botid i Norge er naturlig å vurdere etter § 38 om opphold på grunn av tilknytning til riket.<sup>256</sup> På samme sted trekker likevel departementet frem tilfeller hvor det etter den eldre loven og forskriften ble ansett å foreligge en særlig tilknytning til riket, og legger til grunn at dette er relevant for § 49.<sup>257</sup> Grensen ser altså ikke ut til å være helt skarp. Er det primære vurderingstemaet tilknytningen til riket, og ikke tilknytning til familiemedlemmer, er det imidlertid § 38 som må benyttes.

I tillegg til at § 49 har et snevrere anvendelsesområde og vurderingstema enn § 38, er det en annen forskjell. Tillatelse gitt etter § 49 følger de samme særreglene som gjelder for familieinnvandring etter utlendl. kapittel 7. Midlertidige tillatelser gitt etter § 49 gjelder følgelig med de samme begrensningene som for referansepersonens tillatelse, jf. § 60 fjerde ledd.<sup>258</sup>

I boken benyttes først og fremst § 38, ettersom denne bestemmelsen har det videste anvendelsesområdet og vurderingstemaet, og følgelig regulerer flere ulike

---

252 Med referanseperson menes etter utlendingsloven § 39 den personen som søkeren ønsker å bli gjenforent med, eller å etablere familieliv med.

253 Utlendingsforskriften § 9-7 angir konkret hvilke grupper som kan få opphold etter § 49, men det kommer ikke frem av ordlyden om opplistingen er uttømmende. Furuseth legger til grunn at listen over familiemedlemmer i § 9-7 ikke er uttømmende, men at det skal mye til for andre å få opphold, se Andreas Furuseth, «Familieinnvandring», i *Lærebok om utlendingsrett*, Oslo 2018 s. 114–156 (s. 146).

254 Forskrift 21. desember 1990 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften 1990).

255 Av § 24 annet ledd fulgte det at opphold kunne gis utenom de tilfellene som var angitt i første ledd dersom «sterke menneskelige hensyn» talte for det.

256 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 226.

257 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 226. Se også utlendingsforskriften 1988 § 24 første ledd.

258 Avhengigheten til referansepersonens tillatelse fremkommer også av § 60 første ledd.

typer saker. Å ta utgangspunkt i § 38 fremfor § 49 gir en bredere analyse av barnets beste.

### 3.4.4 Forholdet mellom § 38 og retten til beskyttelse i § 28

Flyktninger har rett til beskyttelse, jf. utlendl. § 28 annet ledd. I § 28 første ledd bokstav a og b er det angitt hvilke tilfeller som gir rett til beskyttelse. Bokstav a gjelder ved «forfølgelse» på grunn av «etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning». Oppramsingen tilsvare flyktningdefinisjonen i flyktningkonvensjonen art. 1 a (2).<sup>259</sup>

Handlinger som enkeltvis – eller på grunn av gjentakelser – utgjør *alvorlige menneskerettighetskrenkelser*, anses som forfølgelse etter utlendl. § 28, jf. § 29 første ledd bokstav a. Det samme gjør «forskjellige tiltak, herunder krenkelser av menneskerettigheter, som til sammen er så alvorlige at de berører et menneske på en måte som kan sammenlignes med situasjonen beskrevet i bokstav a», jf. § 29 første ledd bokstav b. Ulike måter forfølgelsen kan ta form på, er videre oppramset i § 29 annet ledd.

Bokstav b i § 28 gjelder for personer som ikke er i en situasjon som beskrevet i bokstav a, men som «likevel står i reell fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ved tilbakevending til hjemlandet». Bestemmelsen fanger opp situasjoner som faller inn under blant annet EMK art. 3 og BK art. 37.

Under arbeidet med utlendingsloven 2008 ble skillet mellom opphold av beskyttelsesgrunner og av humanitære grunner forsøkt utformet så klart som mulig.<sup>260</sup> Det ble likevel erkjent at det ikke er mulig å rendyrke skillet.<sup>261</sup> I forarbeidene ble det lagt til grunn at «[i] mange saker vil et visst beskyttelsesbehov, som imidlertid ikke er sterkt nok til å begrunne oppholdstillatelse som flyktning, være kombinert med sykdom eller andre forhold av en art som gjør det nærliggende å overveie opphold på humanitært grunnlag».<sup>262</sup> I tilfeller hvor det foreligger en *kombinasjon av grunnlag*, gjør vurderinger som i utgangspunktet hører under utlendl. § 28, også seg gjeldende i vurderingen etter § 38. Et annet eksempel hvor § 38 er relevant selv om vurderinger knyttet til forfølgelse gjør seg gjeldende, er når utlendingen *tidli-*

259 Geneva Convention relating to the status of refugees, 28. juli 1951 og Protocol Relating to the Status of Refugees 31. januar 1967.

260 NOU 2004: 20 s. 22.

261 NOU 2004: 20 s. 22.

262 NOU 2004: 20 s. 22.

gere har vært i en situasjon som ville blitt fanget opp av § 28. Traumatiske opplevelser i opprinnelseslandet kan da inngå i vurderingen etter § 38.

Hvis søkeren er et barn, skal det tas hensyn til i vurderingen etter § 28 første ledd, jf. tredje ledd. Det er lavere terskel for å innvilge opphold til barn.<sup>263</sup> Flyktningkonvensjonens bestemmelser gjelder for barn så vel som for voksne. Bestemmelsene i flyktningkonvensjonen må suppleres av andre menneskerettigheter, herunder rettighetene i BK. I BK er det flere rettigheter av betydning for beskyttelsessaker.<sup>264</sup> Barnekomiteen har fremhevet at det må foretas en «[c]hild-sensitive assessment» av enslige mindreårige asylsøkeres beskyttelsesbehov.<sup>265</sup> Også ved asylsøknader fra barn som er i følge med familiemedlemmer, må vurderingen av barnets sak være barnesensitiv.<sup>266</sup>

Den lavere terskelen er begrunnet i barns sårbarhet og er en følge av barnets beste.<sup>267</sup> Terskelen for «hva som skal anses som forfølgelse eller umenneskelig eller nedverdige behandling mv., vil kunne være lavere for barn enn for voksne».<sup>268</sup> En lavere terskel kan også gjenfinnes i EMDs praksis knyttet til EMK art. 3.<sup>269</sup> En lavere terskel gjør at § 28 kan fange opp flere tilfeller hvor opphold ellers måtte blitt innvilget etter § 38 for å unngå krenkelse av barns rettigheter.

---

263 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 93.

264 Se som et utgangspunkt oppramsingen i UDI 2010-094 Kvalitetsstandard for vedtak om enslige mindreårige asylsøkere punkt 2.1.

265 General Comment nr. 6 del (d).

266 UNHCR 22. desember 2009, *Guidelines on International Protection: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (UNHCR Guidelines) s. 3 flg. og General Comment nr. 3/22 avsnitt 11. Se videre Pobjoy (2017) s. 37 flg. om tolkning av flyktningkonvensjonen i sammenheng med BK. Se også FNs barnekomité, General Comment nr. 13, *The right of the child to freedom from all forms of violence*, (CRC GC 13) avsnitt 44 (i). Om EMK art. 3, se EMDs storkammerdom 4. november 2014, *Tarakhel mot Sveits* avsnitt 99 og 118–119.

267 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 93 og 415. Se også Terje Einarsen, «Barnekonvensjonens status og rolle og asylsaker», *Mennesker og rettigheter*, 1998 s. 157–163 om barnekonvensjonen og barnets bestes betydning i asylsaker (en del av artikkelen omhandler spørsmål som var særlig aktuelle før BK ble tatt inn i norsk lov gjennom menneskerettsloven) og Elisabeth Gording Stang, «Barn, tortur og retur – Den rettslige betydningen av barnespesifikk tortur, umenneskelig og nedverdige behandling i asylsaker, herunder barns returvern», *Institutt for offentlig retts skriftserie*, nr. 4/2008, s. 1–145, Elisabeth Gording Stang, «Rett til returvern og rehabilitering etter FNs barnekonvensjon for mindreårige asylsøkere utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdige behandling», *Kontur* nr. 15 2009 s. 12–19 for en behandling av barns rett til vern mot retur som følge av frykt for eller tidligere opplevd tortur, umenneskelig eller nedverdige behandling.

268 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 414.

269 Tarakhel mot Sveits avsnitt 119 og Stang (2009) s. 16.

En måte forfølgelse kan ta form på, er ved handlinger særlig rettet mot barn, jf. utlendl. § 29 annet ledd bokstav f. I tillegg til at barn kan bli utsatt for samme handlinger som voksne, kan de altså bli utsatt for *barnespesifikk forfølgelse*. Barn kan bli utsatt for forfølgelse som en følge – eller påvirket av – deres alder, manglende modenhet eller sårbarhet.<sup>270</sup> Forfølgelsesbegrepet må tolkes slik at det tas hensyn til «the particular motives for, and forms and manifestations of, persecution experienced by children».<sup>271</sup>

Utgangspunktet på utlendingsrettens område er at det alminnelige kravet om sannsynlighetsovervekt gjelder.<sup>272</sup> I beskyttelsessaker gjelder det imidlertid et unntak. Det gjelder et dempet beviskrav ved vurderingen av om asylsøkeren står i fare for forfølgelse ved retur til hjemlandet.<sup>273</sup> Høyesterett har uttalt at asylforklaringen skal legges til grunn så langt den er «nokolunde sannsynleg, og søkeren dessutan har medverka til å opplyse saka så langt det er rimeleg og mogleg».<sup>274</sup> I forarbeidene presiserer departementet at «[n]år det gjelder hva som ligger i vilkåret om en 'velgrunnet frykt for forfølgelse', må det opereres med en betydelig lavere terskel enn et krav om sannsynlighetsovervekt».<sup>275</sup>

I tillegg har det betydning for bevisvurderingen etter § 28 om søkeren er barn. Av UNHCR er det lagt til grunn at selv om «the burden of proof usually is shared between the examiner and the applicant in adult claims, it may be necessary for an examiner to assume a greater burden of proof in children's claims, especially if the child concerned is unaccompanied».<sup>276</sup> Videre utdypes at hvis faktum i saken ikke kan fastslås, eller barnet ikke er i stand til å gi uttrykk for sitt krav, så må myndighetene treffe en avgjørelse ut fra «all known circumstances, which may call for a liberal application of the benefit of the doubt. Similarly, the child should be given the benefit of the doubt should there be some concern regarding the credibility of parts of his/her claim.»<sup>277</sup> Tvilen skal altså komme barnet til gode.

Utgangspunktet er følgelig at § 28 skal tolkes i et barneperspektiv, og at vurderingen etter bestemmelsen skal være barnesensitiv, og dermed at barn med behov for beskyttelse skal få innvilget opphold etter denne bestemmelsen.

Etter utlendingsloven § 28 femte ledd gjelder ikke retten til beskyttelse dersom utlendingen kan få «effektiv beskyttelse i andre deler av hjemlandet enn det områ-

270 UNHCR Guidelines s. 9.

271 General Comment nr. 6 avsnitt 74. Se også UNHCR, 2009, Guidelines s. 4.

272 Rt-2006-1657 avsnitt 33 og HR-2019-2344-A avsnitt 36.

273 HR-2019-2344-A avsnitt 36.

274 Rt. 2015 s. 1388, *plenumsdom III* avsnitt 129. Se også Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 414.

275 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 88.

276 UNHCR Guidelines s. 27.

277 UNHCR Guidelines s. 27.

det søkeren flyktet fra», såkalt *internflukt*. Det må foreligge et egnet og tilgjengelig område som er trygt. Uten et slikt område kan det vanskelig sies å være mulig med «effektiv beskyttelse». Frem til 2016 var det også et vilkår at henvisning til internflukt ikke ville være «urimelig». I forarbeidene var det lagt til grunn at forholdene ved retur skulle være avgjørende i vurderingen av om internflukt ville være urimelig.<sup>278</sup> Høyesterett kom i plenumsdom III til at dette også gjaldt i saker som berører barn.<sup>279</sup> Hvordan det skulle være mulig å vurdere hva som var til barnets beste utlukkende ut fra forholdene ved retur, avklares ikke i dommen. Forarbeidene åpner imidlertid for at forhold knyttet til individet kan påvirke vurderingen.<sup>280</sup> I tillegg må også vurderingene etter § 28 femte ledd gjøres i et barneperspektiv. I tråd med de føringene barnets beste gir, må det tas utgangspunkt i det *konkrete barnets behov*, og at det må legges stor vekt på disse i vurderingen av om barnet kan gis effektiv beskyttelse i form av internflukt til et trygt og tilgjengelig sted.<sup>281</sup> I tillegg er det av grunnleggende betydning hvordan barnets rettigheter vil bli sikret ved en henvisning til internflukt.

For at internflukt skal anses som trygt, må barnets *rettigheter sikres effektivt* ved en retur. Det må vurderes om staten både er i stand til og villig til å beskytte barnet.

Innvandringsregulerende hensyn skulle ikke vektlegges etter den tidligere rimelighetsvurderingen, ettersom § 28 angir en *rett* til opphold med mindre vilkårene i femte ledd er oppfylt.<sup>282</sup> Ettersom urimelighetsvurderingen nå er fjernet fra § 28, må tilfeller hvor søkeren kan få effektiv beskyttelse i andre deler av hjemlandet, men det av ulike grunner vil være urimelig, fanges opp av § 38. Dette følger av loven, ved at også ved avslag på opphold etter § 28 under henvisning til internflukt skal § 38 vurderes subsidiært, jf. § 28 syvende ledd. Når rimelighetsvurderingen må gjøres etter § 38, er det en risiko for at vektlegging av innvandringsregulerende hensyn fører til at det ikke blir innvilget opphold i saker hvor det isolert sett er urimelig med internflukt. En annen ulempe er at domstolskontrollen er mer begrenset for vedtak etter § 38 enn den var for rimelighetsvurderingen etter § 28.<sup>283</sup> I plenumsdom III kom et flertall til at domstolene kunne prøve om henvisning til internflukt ville være urimelig, men at domstolene

278 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 99.

279 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 81, 209 og 286.

280 Individuelle forhold som påvirker rimelighetsvurderingen, kan blant annet være alder, sårbarhet, familiesituasjon og språkferdigheter, Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 99.

281 Se denne bokens kapittel 4.

282 Slik lagt til grunn av annenvoterende i plenumsdom III, som tilhørte flertallet under spørsmålet hvor rettighetskarakteren ble drøftet, Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 229–230 og 243. Se også Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 99.

283 Se plenumsdom III og denne bokens kapittel 8 punkt 8.2.2.

burde vise tilbakeholdenhet i prøvingen.<sup>284</sup> Endringen har følgelig svekket individers, herunder barns vern noe.

Utgangspunktet er altså at barn som har behov for beskyttelse, skal innvilges opphold etter § 28, men skillet er ikke likevel ikke helt skarpt. Risiko for rettighetskrenkelser som ikke er alvorlige nok til å anses som forfølgelse etter utlendl. § 29, kan være av betydning i en vurdering etter § 38. I tillegg er § 38 relevant ved henvisning til internflukt. Dermed kan elementer som vanligvis hører under vurderinger etter § 28, og barnets beste i denne typen saker, likevel være relevante for vurderingen og vektingen av barnets beste i saker etter § 38, og følgelig for temaet i boken.

## 3.5 UTVISNING

### 3.5.1 Formål

Utvisningsreglene skal regulere hvilke utlendinger som får oppholde seg i Norge, hindre overtredelser av utlendingsregelverket og beskytte (det norske) samfunnet mot alvorlige lovbrøyttere. Grunnlagene for utvisning kan deles inn i noen hovedgrupper: utvisning som reaksjon på overtredelse av utlendingslovgivningen, utvisning som følge av straffbare handlinger og utvisning av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser. Utvisning eller nektelse av oppholdstillatelse av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser og utenrikspolitiske hensyn følger av utlendl. § 126. Dette grunnlaget behandles ikke nærmere her.<sup>285</sup>

Trusselen om utvisning med grunnlag i overtredelser av *bestemmelser i utlendingsloven* skal sørge for en effektiv etterlevelse av utlendingslovens bestemmelser, altså en allmennpreventiv effekt.<sup>286</sup> Dette utdypes av departementet på følgende måte:

Det kan undergrave respekten for regelverket og virke urettferdig overfor alle de som er lovydige, dersom grove eller gjentatte brudd på utlendingsloven ikke kan få konsekvenser. Fordi en søknad vil bli avslått uansett dersom utlendingen ikke fyller vilkårene for opphold i Norge, vil et negativt vedtak i seg selv ikke være en reaksjon ved uriktige opplysninger. Departementet mener derfor at det

284 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 246–247.

285 Utvisning etter § 126 vil sjelden være uforholdsmessig, Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 435. Utvisning etter dette grunnlaget har få paralleller til saker om opphold på humanitært grunnlag.

286 NOU 2004: 20 s. 303.

er viktig av allmennpreventive grunner å kunne reagere med utvisning ved grove/gjentatte overtredelser av utlendingsloven.<sup>287</sup>

Som med allmennprevensjon generelt kan det være usikkert hvor effektiv en trussel om utvisning er. Et avslag på opphold er en nokså merkbar reaksjon. Slik § 38 er bygd opp, hvor det etter tredje ledd skal vektlegges om bestemmelser i loven er overtrådt, er også avslag på opphold ment å ha allmennpreventiv effekt.<sup>288</sup> Hvilken økt allmennpreventiv effekt en utvisning har, fremstår noe usikkert. I begge tilfeller må utlendingen forlate landet. Dersom utlendingen ikke oppfyller vilkårene for opphold, slik departementet trekker frem i uttalelsen, ville resultatet bli avslag på opphold uansett. Utlendingen har da ofte lite å tape på å bryte reglene i utlendingsloven. Hovedforskjellen er at utvisning gjør det vanskelig å reise inn i landet igjen.<sup>289</sup> Departementet trekker også frem hensynet til rettferdighet. Kanskje er det et viktigere hensyn enn allmennprevensjon, til tross for dets vaghet.

Utvisningsreglene med grunnlag i *overtredelser av straffeloven* har blant annet som formål å verne borgerne mot kriminalitet og å forhindre kriminalitet. I forarbeidene uttales at utvisning blant annet gjøres for å «å beskytte samfunnet mot personer som kan utgjøre en samfunnsfare, og for å bidra til respekt for norske lover og regler».<sup>290</sup> Videre trekkes det frem 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. Det ville videre kunne 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. [...] Adgang til utvisning kan også ha en allmennpreventiv effekt. Trusselen om utvisning kan i seg selv forebygge uorden og kriminalitet.<sup>291</sup>

Her blir altså individualprevensjon, allmennprevensjon og den alminnelige rettsfølelsen trukket frem. Det norske samfunnet skal beskyttes mot personer som kan

---

287 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 290.

288 Dette kommer klart frem av formuleringen «hensynet til respekten for lovens øvrige regler», jf. § 38 fjerde ledd.

289 Ved utvisningen følger et innreiseforbud av varierende lengde, jf. utlendingsloven § 71 annet ledd.

290 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 288.

291 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 288.

være farlige.<sup>292</sup> Ulempen er at et annet land vil måtte håndtere personen. Rimeligheten av dette kan diskuteres og avhenger av forholdene i den konkrete saken, herunder den utvistes tilknytning til Norge og landet den utviste vil måtte bosette seg i.

Hvorvidt trusselen om utvisning for brudd på straffelovgivningen har en allmennpreventiv effekt, kan muligens vurderes på lignende måte som ved trusler om fengsel eller andre alminnelige straffereaksjoner.<sup>293</sup> For overtredelsen av straffelovgivningen følger imidlertid trussel om utvisning *i tillegg* til en trussel om straff. Spørsmålet blir da om det har en økt effekt å true både med utvisning og straff. Det er et interessant, men kanskje ikke veldig viktig spørsmål, ettersom utvisningsreglene også er begrunnet i andre hensyn enn allmennprevensjon.

Adgangen til utvisning skal altså ivareta en rekke hensyn og regnes sammen med reglene om oppholdstillatelse som sentrale for regulering og kontroll av innvandringen. Av betydning for temaet i boken er også hvilke *formål forholdsmessighetskravet* i utlendl. § 70 skal ivareta. Etter ordlyden i utlendl. § 70 må det foretas en avveining mellom alvoret av det forholdet som begrunner utvisningen på den ene siden, og utlendingens tilknytning til riket, hensynet til utlendingen og vedkommendes familie på den andre siden. Grunnlaget for utvisning og de hensynene disse hviler på, er en del av forholdsmessighetsvurderingen. Dermed kan ikke formålet med utvisningen og formålet med forholdsmessighetskravet betraktes helt løsrevet fra hverandre. Spørsmålet her blir hva som særskilt er formålet med et krav om forholdsmessighet.

Forholdsmessighetskravet skal sørge for at de samfunnsmessige behovene og interessene ikke i for stor grad går på bekostning av enkeltindividers rettigheter og interesser. Som Graver formulerer det: «[F]orvaltningen bør bare bruke sin skjønnsmessige kompetanse der det er nødvendig, og bare der de samlede fordeler overstiger ulempene.»<sup>294</sup> Et krav om forholdsmessighet har altså som formål å hindre en slik ubalanse. Det utgjør en materiell skranke for myndighetens kompetanse. Som Bernt er inne på, er rimelighet mellom målet og middelet viktig for myndighetsutøvelsen og rettens legitimitet.<sup>295</sup> For å legitimere en handlemåte må det vises at handlemåten

292 Ønsket om en individualpreventiv effekt var noe av grunnen til at kravene for å utvise utlendinger med arbeids- eller oppholdstillatelse i utlendingsloven 1988 ble lempet ved lov 2. juli 2004, for blant annet å beskytte de som blir utsatt for vold og trakassering av en utlending, NOU 2004: 20 s. 306.

293 For en drøftelse av straffens allmennpreventive effekt, se Johs. Andenæs' artikler i *Straff, almenprevensjon og kriminalpolitikk*, 1990 og Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 5. utgave, Oslo 2003 s. 87–91.

294 Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utgave, Oslo 2019 s. 137.

295 Bernt (2015) s. 28.



har gunstig effekt, og at denne gunstige effekten har en slik karakter og styrke at det rettferdiggjør den skaden eller ulempen den medfører.<sup>296</sup> Utvisningen må altså kunne begrunnes i så tungtveiende interesser at de overgår inngrepets virkning på den utvistes rettigheter og interesser. Mens de ulike utvisningsgrunnlagene skal ivareta hensyn som springer ut av statens interesser, skal forholdsmessighetskravet sørge for en balanse mellom individets og statens interesser.

### 3.5.2 Grunnvilkårene for utvisning

Det er kun utlendinger som kan utvises, jf. utlendl. §§ 66 (1), 67 (1) og 68 (1).<sup>297</sup> Med utlending menes «enhver som ikke er norsk statsborger», jf. utlendl. § 5 første ledd. At norske statsborgere ikke kan utvises, følger også direkte av § 69 og av EMKs tilleggsprotokoll 4 art. 2. Et barn som er født i Norge, blir norsk statsborger ved fødsel dersom faren eller moren er det, jf. statsborgerloven § 4.<sup>298</sup> En som er født i Norge, er også vernet mot utvisning hvis vedkommende har hatt bopel i landet sammenhengende siden fødsel, jf. § 69. Det er ellers ikke et absolutt forbud mot å utvise barn. Dersom utlendingen var mindreårig da lovbruddet ble begått, må BK art. 3 nr. 1 legges til grunn. I tillegg er BK art. 40 relevant. Etter EMD-praksis må utvisning av mindreårige være siste utvei.<sup>299</sup> Selv om barn i prinsippet kan utvises etter norsk rett, skjer det svært sjelden. Som oftest blir barn berørt ved at utvisningssaken retter seg mot en av foreldrene.

Utvisningsreglene har likhetstrekk med straff. Størst likhet er det ved utvisning som en reaksjon på straffbare forhold.<sup>300</sup> Reaksjonen regnes likevel ikke som straff.<sup>301</sup> At reaksjonen ikke regnes som straff, innebærer at det er adgang til å utvise utilregnelige personer.<sup>302</sup>

Vil en utvisning føre til at utlendingen havner i en situasjon som gir rett til beskyttelse etter § 28 første ledd bokstav a eller b, gjelder det et absolutt vern mot utvisning, jf. § 73 første og annet ledd.<sup>303</sup>

---

296 Bernt (2015) s. 28.

297 Med utlendinger menes «enhver som ikke er norsk statsborger», jf. utlendl. § 5.

298 Lov 10. juni 2005 nr. 51 om norsk statsborgerskap (statsborgerloven).

299 Maslov mot Østerrike avsnitt 83 og EMDs dom 20. september 2011, A.A mot Storbritannia avsnitt 60. Se også dommens avsnitt 254.

300 NOU 2004: 20 s. 311.

301 Utvisning regnes imidlertid ikke som straff. Se EMDs storkammerdom 5. oktober 2000, *Maouia mot Frankrike* avsnitt 35. Se også utvalgets drøftelse om utvisning bør klassifiseres som straff i NOU 2004: 20 s. 311–312.

302 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 289.

303 Dette vernet har imidlertid enkelte unntak, jf. § 73 første ledd bokstav a og b.

Vilkårene for utvisning er ulike for utlendinger med oppholdstillatelse, med midlertidig oppholdstillatelse og med permanent oppholdstillatelse, jf. §§ 66, 67 og 68. Begrunnelsen er en presumsjon om at utlendinger med oppholdstillatelse har en sterkere tilknytning til Norge, enn de uten, og det skal derfor mer til for å utvise en som har oppholdstillatelse.<sup>304</sup> Vilkårene er basert på objektive vurderinger og ikke den reelle tilknytningen eller det konkrete lovbruddets alvorlighetsgrad. Den reelle tilknytningen til Norge og lovbruddets alvorlighetsgrad er sentralt i forholdsmessighetsvurderingen.<sup>305</sup>

### 3.5.3 Utvisning av utlendinger uten oppholdstillatelse

En utlending uten oppholdstillatelse «kan» utvises etter utlendl. § 66 hvis ett av de alternative utvisningsgrunnlagene i *første ledd* bokstav a til g er oppfylt. Bokstav a gir adgang til utvisning ved overtredelser av utlendingslovgivningen. Bokstav b, c og e gjelder forhold som har medført straff etter straffelovgivningen, mens bokstav d gjelder ved bortvisning eller utvisning truffet i andre schengenland. Bokstav f gjelder ved søknad om beskyttelse som er nektet realitetsbehandlet, og bokstav g gjelder når utlendingen er – eller vil bli – utelukket fra rett til anerkjennelse som flyktning. I § 66 *annet ledd* er det angitt visse tilfeller hvor utlendingen «skal» utvises, med mindre det vil være uforholdsmessig.<sup>306</sup> Her overlater ikke ordlyden noe hensiktsmessighetsskjønn til utlendingsmyndighetene. Et tilfelle som faller inn under annet ledd, er når en utreisefrist som er gitt etter lovens § 90 sjettede ledd, ikke er overholdt. En utreisefrist gis for å iverksette vedtak som innebærer at utlendingen må forlate Norge, herunder vedtak om avslag på opphold på humanitært grunnlag. I det videre utdypes de av vilkårene i første ledd, som er mest relevante for temaet her. Hovedvekten ligger på bokstav a, hvor vilkårene inneholder flest skjønnsmessige vurderinger.

Etter første ledd bokstav a kan utvisning vedtas når utlendingen «grovt eller gjentatte ganger» har overtrådt en eller flere bestemmelser i utlendingsloven. Det samme gjelder når utlendingen «forsettlig eller grovt uaktsomt» har gitt «vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger» i en sak, eller unndrar seg gjennomføringen av et vedtak som innebærer en plikt til å forlate Norge. Etter ordlyden er det førstnevnte grunnlaget videre og kan også omfatte forhold som nevnt i de to sistnevnte. Av ordlyden «grovt», «forsettlig eller uaktsomt» og «unndrar seg» ser det ut til at det foreligger et krav om skyld ved enkeltstående krenkelser av loven.

304 Se NOU 2004: 20 s. 314.

305 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 291.

306 Annet ledd gjennomfører EUs direktiv 2008/115/EF (returdirektivet) art. 11 (1).

For vilkåret «grovt [...] overtrådt» har imidlertid Høyesterett lagt til grunn at det ikke innebærer et absolutt krav om subjektiv skyld.<sup>307</sup> Retten la til grunn at vurderingen av om overtredelser av utlendingsloven er grove, må foretas ut fra objektive forhold knyttet til overtredelsen. Disse forholdene er karakteren av bestemmelsen som er overtrådt, formålet med regelen og hvor vesentlig den er for formålene med utlendingsloven.<sup>308</sup>

For det andre alternative utvisningsgrunnlaget i bokstav a gjør ordlyden det klart at det gjelder krav om subjektiv skyld. At subjektiv skyld kreves, følger av begrepene «forsettlig» eller «grovt uaktsom». Det må være gitt «vesentlige uriktige» eller «åpenbart villedende opplysninger» i en sak. Utvisningsgrunnlaget ble tatt inn i bestemmelsen ved en lovendring i 2009.<sup>309</sup> Både av Høyesterett og i forarbeidene er det lagt til grunn at alternativet ikke innebar noen endring i rettstilstanden.<sup>310</sup> Med det siktes det til at første alternativ i bokstav a ville omfattet slike tilfeller. Det innebærer likevel ikke at det er uproblematisk å benytte første alternativ på denne typen lovbrudd dersom skylden er mindre enn kravene i annet alternativ. At lovgiver har valgt å fastsette et relativt strengt krav til subjektiv skyld, taler for at uten slik skyld kan ikke uriktige eller villedende opplysninger regnes som grove overtredelser av utlendingsloven. Annet alternativ presiserer altså hva som skal til for at denne typen overtredelser av utlendingsloven gir grunnlag for utvisning.

Det siste alternativet i bokstav a er at utlendingen «unndrar seg gjennomføringen av et vedtak som innebærer at vedkommende skal forlate riket». Det gjelder typisk saker der det foreligger et endelig avslag på opphold. Ordlyden «unndrar seg» gjennomføring av vedtaket tilsier at utlendingen må ha foretatt seg noe for å unngå effektivisering av vedtaket. Til tross for ordlyden har bestemmelsen blitt tolket slik at også ved passivitet kan det foreligge unndragelse.<sup>311</sup>

For at utlendingen skal kunne utvises som følge av straffbare forhold, stilles det enkelte, men ikke særlig strenge, krav til lovbruddets alvorlighetsgrad.<sup>312</sup> Etter bokstav b kan en utlending som har sonet eller er ilagt straff i utlandet for mindre

---

307 Rt. 2012 s. 1943 avsnitt 41.

308 Rt. 2012 s. 1943 avsnitt 42. Se også HR-2019-2286-A.

309 Lov 19. juni 2009 nr. 41 om endringer i utlendingsloven og enkelte andre lover.

310 Rt. 2012 s. 1943 avsnitt 44 og Ot.prp. nr. 97 (2008–2009) s. 15.

311 Arild Humlen, «Utvisning», i *Utlendingsloven kommentarutgave*, Oslo 2010 s. 422–447 (s. 427). Det er heller ikke nødvendig at det i vedtaket uttrykkelig er fastsatt en utreiseplikt, se Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 66–72.

312 Kravene i § 66 ble endret ved lov 18. desember 2015 nr. 127 om endringer i utlendingsloven (som følge av endrede strafferammer i straffeloven 2005 m.m.) for å tilpasses strafferammene i straffeloven 2005.

enn fem år siden, for et lovbrudd som kan medføre fengselsstraff etter norsk rett, utvises. En utlending kan også utvises dersom vedkommende er ilagt straff eller særreaksjon i Norge, for et forhold som kan medføre fengselsstraff, jf. bokstav c. Tilsvarende gjelder for brudd på bestemte bestemmelser i straffeloven, jf. bokstav c. Utvisning kan også gjøres ved overtredelse av straffeloven kapittel 18 om terrorhandlinger og terrorrelaterte handlinger. Det samme gjelder hvis vedkommende har gitt trygt tilholdssted til noen som utlendingen kjenner til at har begått et slikt lovbrudd, jf. bokstav e.

### 3.5.4 Utvisning av utlendinger med midlertidig oppholdstillatelse

De alternative grunnvilkårene for utvisning av utlendinger med midlertidig oppholdstillatelse er færre og strengere enn for utlendinger uten oppholdstillatelse. Utlendingsloven § 67 første ledd bokstav a har samme innhold som § 66 første ledd bokstav b, med unntak av det straffbare forholdet må kunne føre til fengsel i mer enn ett år etter norsk rett. Etter § 67 første ledd bokstav b kan en utlending som, for mindre enn ett år siden, «har sonet eller er ilagt straff eller særreaksjon for et forhold som kan føre til fengselsstraff i mer enn ett år», utvises. Det samme gjelder for brudd på nærmere angitte bestemmelser i straffeloven, jf. bokstav c. Utlendingsloven § 67 første ledd bokstav d inneholder samme vilkår som i § 66 første ledd bokstav e. I tillegg angir § 67 første ledd bokstav e at utlendinger som er – eller vil bli – utelukket fra rett til anerkjennelse som flyktning, kan utvises. Bokstav f angir en eller flere alvorlige overtredelser av vegtrafikkloven som utvisningsgrunn.

Dersom de straffbare handlingene fant sted før utlendingen fikk midlertidig oppholdstillatelse, gjelder § 66 første ledd bokstav b og c tilsvarende, jf. § 67 annet ledd.

### 3.5.5 Utvisning av utlendinger med oppholdstillatelse

For utvisningen av utlendinger med oppholdstillatelse er adgangen enda snevrere enn ved midlertidig oppholdstillatelse. For utvisning som følge av generelle lovbrudd må utlendingen være dømt til straff eller særreaksjon for et straffbart forhold som kan medføre fengselsstraff i to år eller mer, jf. § 68 første ledd bokstav a og b. Bokstav c har samme innhold som §§ 66 første ledd bokstav e og 67 første ledd bokstav d. Også etter § 68 kan utvisning vedtas ved utelukkelse fra retten til å anerkjennes som flyktning.

Dersom lovbruddene fant sted før utlendingen fikk permanent oppholdstillatelse, skal utvisning vurderes etter vilkårene i § 67 første ledd bokstav a og b istedenfor § 68 første ledd bokstav a og b, jf. § 68 annet ledd.

### 3.5.6 Forholdsmessighetsvurderingen

#### 3.5.6.1 Koblingen til menneskerettighetene

Innholdet i forholdsmessighetsvurderingen henger nær sammen med menneskerettighetene. Her gis det kun en kort introduksjon. Nærmere analyser av relevante rettigheter og avveiningen som må foretas i saker som berører barn, følger av bokens øvrige kapitler.

En utvisning kan gripe inn i flere ulike menneskerettigheter, herunder retten til familie- og privatliv og barnets rett til å få sitt beste lagt til grunn som et grunnleggende hensyn. Som analysene i boken viser, må det i konkrete saker, herunder ved utvisning som berører barn, foretas en avveining mellom barnets interesser og statens interesser, jf. BK art. 3 nr. 1, Grl. § 104 annet ledd og praksis fra EMD.<sup>313</sup> Et krav om forholdsmessighet gjelder videre ved inngrep og ved unnlattelse av å sikre rettighetene i EMK art. 8.<sup>314</sup> Grunnloven inneholder ingen inngreps hjemmel, men det er innfortolket av Høyesterett. Inngrep i retten til familie- og privatliv etter Grl. § 102 kan gjøres dersom det «har tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig».<sup>315</sup>

Høyesterett har lenge trukket inn retten til familie- og privatliv i vurderingen av om utvisningen er forholdsmessig. Allerede i 1996 uttalte retten etter en gjennomgang av dommer fra EMD at det «[a]vgjørende er om utvisningen på det grunnlag den har, står i et rimelig forhold til de negative virkninger den har for privatliv og familieliv».<sup>316</sup> Først i Rt. 2005 s. 229 la Høyesterett til grunn at barnets beste, som en konsekvens av BK art. 3 nr. 1, måtte trekkes inn i vurderingen.<sup>317</sup> I Maria-dommen ble også andre rettigheter behandlet i sammenheng med forholdsmessighetsvurderingen, herunder BK art. 7 og 8. Størst plass ble likevel viet til retten til familie- og privatliv og barnets beste. Etter å ha redegjort for sentrale bestemmelser uttalte førstvoterende at det som følger av kilder tilknyttet Grl. § 102 og § 104 og EMK art. 8, jf. BK art. 3 nr. 1, også virker styrende for forholdsmessighetsvurderingen etter utlendl. § 70.<sup>318</sup> Det ble altså lagt til grunn at rettighetene innvirker på forholdsmessighetsvurderingen i en slik grad at *de blir styrende*. En slik harmonisering er nødvendig for å unngå krenkelse av rettighetene og er i tråd med Grl. § 92 og pålegget i mrl. § 3. I Maria-dommen innvirker flere rettigheter, i ulik grad, inn

313 Se denne bokens kapittel 7.

314 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.5.4 og 5.5.5.

315 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60. Se også Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 28.

316 Rt. 1996 s. 551 s. 558.

317 Rt. 2005 s. 229 avsnitt 39.

318 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 68.

på forholdsmessighetsvurderingen. Mens noen virket styrende, påvirket andre vekten av barnets interesser.

Uttalelsene i HR-2019-2286-A er ikke like prinsipielle og entydige som i Maria-dommen, men også her behandler domstolen de internasjonale forpliktelsene og benytter flere dommer fra EMD. Domstolen slår imidlertid fast at noen «absolutte terskler eller normer som styrer forholdsmessighetsvurderingen, er det ikke grunnlag for å stille opp», uten at det er helt klart nøyaktig hva det siktes til.<sup>319</sup> At både EMDs praksis og barnets beste innvirker på forholdsmessighetsvurderingen, er uansett klart, også i denne dommen.

### 3.5.6.2 De ulike elementene i vurderingen

Forholdsmessighetsvurderingen anses vanligvis for å inneholde flere elementer.<sup>320</sup> Havre beskriver det som en tretrinnsstest.<sup>321</sup> Graver, som beskriver et generelt, materielt krav om forholdsmessighet i forvaltningsretten, legger til grunn at det inneholder tre elementer.<sup>322</sup> For det første er det et krav om at inngrepet, her utvisningen, må være *egnet* til å realisere de formål det skal ivareta. For det andre er det et krav om at utvisningen må være *nødvendig* i det enkelte tilfellet. For det tredje er det et krav om at fordelene ved inngrepet overstiger ulempene ved det, altså en snever forholdsmessighetsvurdering. Rui beskriver samme elementer i forholdsmessighetskravet som gjelder ved inngrep i grunnlovsrettighetene, men han starter med et krav om at inngrepet må forfølge et legitimt formål, og ender dermed opp med fire elementer.<sup>323</sup> At et inngrep må forfølge et legitimt formål, er klart.<sup>324</sup> Spørsmålet er om det skal regnes som en del av forholdsmessighetsvurderingen eller ikke. Etter min mening er det mest nærliggende å regne det som et element i

319 HR-2019-2286-A avsnitt 105.

320 Se blant annet Graver (2015) s. 128–129 om forholdsmessighetskravet i forvaltningsretten, Jørgen Aall, Forholdsmessighet som vilkår for inngrep i EMK-rettigheter, i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Bergen 2015 s. 75–110 (s. 81) og Jon Petter Rui, «Grunnlovens krav om forholdsmessighet ved inngrep i grunnlovsfestede menneskerettigheter», *Lov og Rett*, 2018 s. 129–130. Gravers fremstilling diskuteres i Bernt (2015) s. 37–40. Se likevel uttalelsen i HR-2019-2286-A avsnitt 105 som er sitert i punktet over.

321 Merete Havre, «Domstolens prøving av forvaltningsvedtaks forholdsmessighet i menneskerettslig sammenheng», *Retfærd*, 2015 s. 102–119 (s. 103). Hun utfyller med at middelet som benyttes for å nå målet må være egnet, det må være behov for å benytte akkurat dette middelet, og forvaltningens inngrepsbehov må stå i rimelig samsvar til inngrepsintensiteten i saken.

322 Graver (2015) s. 128–129.

323 Rui (2018) s. 129. Se også Christian Børge Sørensen, «Nasjonale proporsjonalitetsvurderinger etter EMK – prosessuell rasjonalitet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2014 s. 348–283 (s. 368–369).

324 Se denne bokens kapittel 7 punkt 7.3.1.

forholdsmessighetsvurderingen, ettersom det er så nær koblet til de øvrige elementene.<sup>325</sup>

En inndeling i fire elementer bidrar til å konkretisere vurderingen. Formålet det aktuelle utvisningsgrunnlaget skal ivareta, må være legitimt. Utvisningen må videre være egnet til å ivareta dette formålet. Utvisningen må være nødvendig. I det ligger at mindre inngrep ikke må ha samme effekt.<sup>326</sup> Til sist må det foretas en snever forholdsmessighetsvurdering hvor det tas stilling til om fordelene ved utvisningen overstiger byrdene/skaden det har for den som utvises, og hans eller hennes familie.

### 3.5.6.3 Forholdets alvor

Ordlyden «forholdets alvor» peker på den handlingen som aktualiserer utvisningsgrunnlaget i §§ 66 til 68. Det utvisningsgrunnlaget som er relevant i saken, og *alvorlighetsgraden* til handlingene som er foretatt, er sentrale for alle elementene i forholdsmessighetsvurderingen. Utvisningsgrunnlaget med dets formål og alvorligheten av de handlingene som begrunner anvendelsen av dette, danner utgangspunkt for om utvisningen forfølger et legitimt formål, er egnet for å ivareta formålet og om den er nødvendig. Disse vurderingene kan likevel ikke gjøres helt løst fra utlendingen og familiens interesser, herunder tilknytningen til Norge.

Alvoret i handlingene som aktualiserer utvisningsgrunnlaget, må altså vurderes. Ved brudd på straffelovgivningen gis det i forarbeidene uttrykk for at både utmålt straff eller særreaksjon og strafferammen må tas i betraktning.<sup>327</sup> Det nevnes også enkelte typer lovbrudd som normalt må regnes som alvorlige.<sup>328</sup> Videre nevnes også at det må ses hen til hensynene bak utvisningsinstituttet, hvor allmennprevensjonen nevnes spesielt. Dette er momenter/hensyn av nokså generell karakter. Individuelle momenter må imidlertid også tas i betraktning. For eksempel må tiden som har gått fra lovbruddet og frem til endelig vedtak, og utlendingens atferd i denne perioden vektlegges.<sup>329</sup>

325 Se denne bokens kapittel 7.

326 Her er det relevant å problematisere om det har en økt effekt å utvise en utlending som uansett må forlate landet på grunn av avslag på opphold, og som heller ikke har noen utsikter til å få innvilget opphold. Slike vurderinger er imidlertid vanskelige.

327 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 291.

328 Dette er familievold eller annen grov vold, gjentatt kriminalitet, alvorlig narkotikakriminalitet, grov ranskriminalitet, organisert kriminalitet, menneskehandel, overgrep mot barn og terrorvirksomhet, Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 291.

329 EMDs storkammerdom 18. oktober 2006, *Üner mot Nederland* avsnitt 57. Tidsmomentet og at det ikke var blitt begått noen nye lovbrudd, ble også vektlagt i Kaplan med flere mot Norge.

Dette er rimelig, for når det har gått lang tid uten nye lovbrudd, gjør ikke individualpreventive hensyn seg lenger gjeldende. I tillegg vil det ofte virke urimelig og tyngende å vedta utvisning lenge etter lovbruddet. Ettersom tiden går, øker også utlendingens tilknytning til Norge. Motsatt nevnes det i forarbeidene at det kan vektlegges om utlendingen fremdeles utgjør en trussel mot noen i Norge.<sup>330</sup>

Sundsdal har tatt stilling til i hvilken grad Høyesterett ser ut til å dele saker hvor utvisningsgrunnlaget er en straffbar handling, opp i de to kategoriene alvorlig kriminalitet og meget alvorlig kriminalitet. Videre har han vurdert om det kan fastlegges relativt faste terskler for om utvisningen er uforholdsmessig.<sup>331</sup> Han kommer til at høyesterettspraksis heller legger opp til en glidende skala, og at praksisen går i retning av nyansering og relativisering, hvor en rekke argumenter er rettslig relevante.<sup>332</sup> En glidende skala må være best egnet til å fange opp hvor alvorlig den straffbare handlingen i den konkrete saken er, og gir nok dermed et mest mulig korrekt utgangspunkt for forholdsmessighetsvurderingen.

Alvorligheten av overtredelsen har også betydning når utvisningen er begrunnet i overtredelser av utlendingslovens regler.<sup>333</sup> Sammenlignet med strafferettslige lovbrudd fremstår de fleste overtredelser av utlendingsloven som mindre alvorlige.<sup>334</sup> I Rt. 2009 s. 534, som gjaldt utvisning av en mor til to små barn, la både flertallet og mindretallet til grunn at vurderingen av alvorlighetsgraden hovedsakelig må gjøres ut fra et forvaltningsrettslig perspektiv, ikke et strafferettslig.<sup>335</sup> Flertallet trakk i den forbindelse frem utlendingslovens formål. Videre ble behovet for tillit til at opplysningene som gis, er riktige, og at utlendingen for øvrig forholder seg lojalt til lovens regler, trukket frem.<sup>336</sup> Lovbrudd som i høy grad rammer de kontrollhensynene som loven skal ivareta, måtte etter flertallets mening karakteriseres som meget alvorlige.<sup>337</sup> Også mindretallet trakk frem formålet med loven. Saken ble behandlet av EMD i Nunez mot Norge, hvor Norge ble dømt for krenkelse av EMK art. 8. I Rt. 2010 s. 1430, som gjaldt utvisning av en far

330 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 292.

331 Anders Sundsdal, «Forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning av utlendinger i utlendingsloven § 70», i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Bergen 2015 s. 261–290 (s. 271).

332 Sundsdal (2015) s. 271–272.

333 Se for eksempel Rt. 2011 s. 948 avsnitt 38 og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 80.

334 Se Sundsdal (2015) s. 279–280, som drøfter om vurderingen av overtredelser av utlendingsloven skal gjøres i et strafferettslig eller forvaltningsrettslig perspektiv, og hvilke lovbrudd som rammer de kontrollhensynene utlendingsloven skal ivareta, og dermed må betraktes som alvorlige.

335 Rt. 2009 s. 534 avsnitt 49 og 86.

336 Rt. 2009 s. 534 avsnitt 49.

337 Rt. 2009 s. 534 avsnitt 51.



til tre barn, hvorav ett med særskilte behov, bygges det videre på det som er lagt til grunn i dommen fra 2009. Det ble lagt til grunn at de aktuelle bruddene på utlendingsloven, som i høy grad rammer de kontrollhensynene loven hviler på, må regnes som «særs alvorlige tilhøve». Også denne saken ble behandlet av EMD, i Kaplan med flere mot Norge, hvor domstolen enstemmig kom til at det forelå krenkelse av EMK art. 8.

Ettersom disse to dommene begge endte med domfellelse, kan det tyde på at norske myndigheter la for stor vekt på lovbruddets alvor i forholdsmessighetsvurderingen. I HR-2019-2286-A uttalte retten om dette at når EMD i Nunez og Kaplan kom til at det forelå en krenkelse av art. 8, var det ikke fordi «domstolen hadde et annet syn på betydningen av forholdets alvor og utvisning som sanksjon enn de norske rettsinstansene», men EMD vurderte de konkrete omstendighetene annerledes.<sup>338</sup> At de konkrete omstendighetene ble vurdert annerledes, er muligens et poeng, men ettersom den endelige konklusjonen til EMD er at det ikke foreligger en «fair balance between [...] public interest in ensuring effective immigration control, on the one hand, and the applicant's need to be able to remain in Norway in order to maintain her contact with her children in their best interests, on the other hand», kan det tyde på et behov for å også nyansere vektingen av lovbruddets alvor.<sup>339</sup>

I Rt. 2011 s. 948, som gjaldt utvisning av en mor til to gutter, nyanseres vurderingene noe, og retten uttaler følgende:

Overtredelser av utlendingsloven er i seg selv et betydelig samfunnsproblem, som medfører store kostnader for samfunnet og har en rekke andre negative konsekvenser. Det er av allmennpreventive grunner nødvendig med reaksjoner som i det enkelte tilfellet kan fremstå som urimelig strenge. Dette forhindrer likevel ikke at overtredelser av utlendingsloven kan ha svært ulik karakter [...].<sup>340</sup>

Videre uttales det at det må foretas en konkret vurdering av de aktuelle overtredelsene, og i hvilken grad de vanskeliggjør myndighetenes arbeid.<sup>341</sup> Også subjektive forhold, slik som graden av skyld, kan etter omstendigheten trekkes inn i vurderingen.<sup>342</sup> Dette er i tråd med at forholdsmessighetsvurderingen skal fange opp

---

338 HR-2019-2286 avsnitt 55.

339 Nunez mot Norge avsnitt 84.

340 Rt. 2011 s. 948 avsnitt 35.

341 Rt. 2011 s. 948 avsnitt 38 og 47.

342 Rt. 2011 s. 948 avsnitt 46.

alle relevante momenter. I den konkrete vurderingen vil lovens formål, og hvordan overtredelsen innvirker på dette, være relevant, men det kan ikke være det eneste som vurderes. Skulle kontrollhensynet som utledes av formålet, alltid være avgjørende og det eneste som ble vektlagt, ville ikke vurderingen av overtredelsens alvor skille seg noe større fra den objektive vurderingen i § 66.

I dommen fra 2011 legges det videre til grunn at ulovlig opphold, arbeid og innreise ikke er blant de bruddene på utlendingsloven som i størst grad utfordrer kontrollmuligheten.<sup>343</sup> Lovbrudd som «å unnlate å oppgi identitet, å gi uriktige opplysninger og å benytte falske dokumenter» antas i størst grad å utfordre kontrollmuligheten.<sup>344</sup> De sistnevnte lovbruddene vil derfor typisk anses som meget alvorlige.<sup>345</sup> Dette samsvarer med hva som følger av utlendingsforskriften § 8-5, hvor det regnes som tungtveiende innvandringsregulerende hensyn om barnets foreldre aktivt har motarbeidet avklaring av egen identitet.

#### 3.5.6.4 Tilknytning til riket og forhold knyttet til utlendingens familie

Av utlendl. § 70 følger det at utvisning ikke kan vedtas dersom det ut fra «forholdets alvor og *utlendingens tilknytning til riket* vil være et uforholdsmessig tiltak» (min utheving). Ordlyden får frem at ulike momenter av betydning for hvor tette bånd utlendingen har til Norge, må vektlegges i forholdsmessighetsvurderingen. Tilknytningen til Norge sammenholdt med tilknytningen til opprinnelseslandet, alder ved ankomst til Norge, grunnlag for opphold, språk og familietilknytning, herunder om utlendingen har barn, utlendingens helse og om utlendingen går på skole eller arbeider, er særlig relevant.<sup>346</sup> Utlendinger som har vært i landet fra de var barn, vil som hovedregel ha en sterk tilknytning til Norge.<sup>347</sup> Vekten av de ulike momentene varierer og avhenger av de konkrete omstendighetene i saken.<sup>348</sup>

Utvisningen må etter ordlyden i § 70 ikke være uforholdsmessig overfor utlendingen selv eller *de nærmeste familiemedlemmene*. Hvordan en utvisning innvirker på utlendingen og familiemedlemmene, vil variere. I Rt. 1996 s. 551 ble det uttalt følgende:

343 Rt. 2011 s. 948 avsnitt 46.

344 Rt. 2011 s. 948 avsnitt 46.

345 Se HR-2019-2286-A.

346 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 292, Üner mot Nederland avsnitt 57, Maslov mot Østerrike avsnitt 68–71 og Rt. 1996 s. 551 s. 559.

347 Slik Høyesterett har lagt til grunn i Rt. 1996 s. 551 på s. 559 og av EMD i Maslov mot Østerrike avsnitt 73.

348 Maslov mot Østerrike avsnitt 70.

Retten til familieliv veier tyngst hvis en utvisning vil innebære at familien må splittes. Men selv om det i og for seg vil være mulig at familiemedlemmene følger med utlendingen til hans statsborgerstat, vil familiemedlemmenes ønske om å bli i Norge eller deres problemer av språklig eller kulturell art i forbindelse med å flytte til utlandet, måtte tillegges betydning.<sup>349</sup>

At vansker med å følge den utviste ut av landet skal vektlegges, gjelder både for barn og voksne familiemedlemmer.<sup>350</sup> Hvis det er utelukket at familien, herunder barn, kan følge med den utviste, er det tungtveiende.<sup>351</sup>

En utvisning er til hinder for senere innreise til Norge og innebærer med det et innreiseforbud, jf. utlendl. § 71 annet ledd. Innreiseforbudet kan etter den samme bestemmelsen være tidsubegrenset eller av begrenset varighet. Utlendingsforskriften § 14-2 tredje til femte ledd gir enkelte føringer på fastsettelsen av innreiseforbudet når utlendingen har barn. Hvor lenge innreiseforbudet varer, kan påvirke forholdsmessigheten av vedtaket. Et langvarig innreiseforbud kan, sammen med andre faktorer, gjøre at utvisningen blir uforholdsmessig.<sup>352</sup> Særlig gjelder det hvis utvisningen gjøres tidsubegrenset.<sup>353</sup>

### 3.6 VIRKNING AV AVSLAG PÅ OPPHOLD OG VEDTAK OM UTVISNING

Ved avslag på opphold er virkningen at utlendingen ikke har rett til å oppholde seg i Norge. Vedkommende kan som hovedregel heller ikke jobbe i landet, jf. utlendl. § 55. Iverksetting av vedtaket kan igangsettes etter utlendl. § 90. Etter bestemmelsens femte ledd iverksettes vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket med et pålegg om å reise innen en bestemt frist. Vanligvis er fristen på mellom syv og tretti dager, jf. § 90 femte ledd. Dersom fristen ikke overholdes, kan politiet føre utlendingen ut av landet, jf. § 90 sjette ledd. At utreisefristen ikke overholdes, er grunnlag for utvisning etter § 66 andre ledd.

Ved endelig vedtak om utvisning opphører enhver gyldig oppholdstillatelse, jf. utlendl. § 71 første ledd. Utvisning er til hinder for senere innreise, så lenge innrei-

---

349 Rt. 1996 s. 551 s. 559.

350 Se *Üner mot Nederland* avsnitt 58.

351 Se nærmere om dette i denne bokens kapittel 6 punkt 6.10.3. Se også HR-2019-2286-A avsnitt 117.

352 Sundsdal (2015) s. 266.

353 Se EMDs dom 22. april 2004, *Radovanovic mot Østerrike* avsnitt 37, hvor det ble lagt til grunn at en tidsubegrenset utvisning var for streng og dermed innebar en krenkelse av EMK art. 8.

seforbudet varer, jf. § 71 annet ledd. Innreiseforbudet kan ikke være kortere enn ett år, jf. utlendl. § 71 annet ledd. Utvisning av en utlending uten oppholdstillatelse kan effektueres straks, jf. § 90 første ledd.

De faktiske virkningene ved avslag på opphold og utvisning er altså i første omgang de samme. Utlendingen må forlate riket. I begge tilfellene kan utlendingen måtte forlate familie, venner, hjem og arbeidsplass. Ved utvisning følger det i tillegg et innreiseforbud som enten er varig eller for en bestemt periode. Innreisefristen kan vanskeliggjøre kontakt med familie og venner som har blitt igjen i Norge. Kontakt må da opprettholdes ved at de som har blitt igjen, reiser til den som er utvist. Det kan være vanskelig, enten av økonomiske eller andre årsaker. De færreste har uansett mulighet til å opprettholde hyppig kontakt i form av reiser. Utvisning kan dermed ha store følger for et familieliv. Særlig tyngende kan det være for barn.<sup>354</sup>

Et avslag på opphold kan også være tyngende. Familier som har vært i Norge lenge, kan måtte reise fra sitt hjem og livet de har skapt her. Dette var for eksempel tilfellet i sakene som ble behandlet i plenumsdom I og II, som begge gjaldt familier som hadde bodd lenge i Norge.<sup>355</sup> I noen saker blir deler av familien igjen. Saken som ble behandlet i Rt. 2012 s. 667, er et slikt eksempel.<sup>356</sup> Her var det ikke aktuelt for gutten i familien å følge med sine foreldre og søster tilbake til Sri Lanka ved et avslag på opphold.<sup>357</sup> Gutten hadde norsk statsborgerskap. I slike tilfeller medfører et avslag store vansker for praktiseringen av familielivet.

### 3.7 UTGANGSPUNKTET FOR IMPLEMENTERINGEN AV BARNETS BESTE

Både utlendl. §§ 38 og 70 inneholder en vurderingsdel, hvor forhold knyttet til individet er sentralt, og en avveiningsdel, hvor individets interesser må avveies mot statens interesser. Også barnets beste inneholder en vurderingsside og en avveiningside.<sup>358</sup> Hvis saken gjelder opphold på humanitært grunnlag etter § 38, blir spørsmålet om det er til barnets beste at slikt opphold innvilges, slikt at barnet og/eller noen av dets nærmeste får bli i Norge. Etter det blir det spørsmål om hvor

---

354 Se for eksempel Nunez mot Norge og Kaplan med flere mot Norge.

355 Rt. 2012 s. 1985 og Rt. 2012 s. 2039. Det eldste barnet i plenumsdom I hadde bodd i Norge i åtte år og det yngste hele sitt liv da saken ble behandlet av Høyesterett. I plenumsdom II hadde det eldste barnet bodd i Norge i over åtte år da familien ble uttransportert.

356 Rt. 2012 s. 667 og LB-2012-81191.

357 LB-2012-81191.

358 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.4.

tungtveiende barnets interesser i å få bli i Norge er, og hva som taler mot, det vil si om noen innvandringsregulerende hensyn gjør seg gjeldende i den konkrete saken. Hvis innvandringsregulerende hensyn gjør seg gjeldende, må det foretas en avveining, hvor barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. I forholdsmessighetsvurderingen i § 70 må det, sammen med vurderingen av den utvistes tilknytning til riket og situasjonen til familien, inngå en vurdering av hva som er til barnets beste i den konkrete saken, og hvor tungtveiende barnets interesser er. I den snevre forholdsmessighetsvurderingen må barnets beste være et element av grunnleggende betydning. I begge typer saker må også situasjonen til eventuelle andre som vedtak retter seg mot eller direkte gjelder, som oftest barnets familie, tas i betraktning.<sup>359</sup>

### 3.8 LAND SOM OFTE ER REPRESENTERT I DE TO SAKSTYPENE

Vurderingen og vektingen av barnets beste avhenger av hvilke land barnet og eventuelt dets familie må bosette seg i dersom de må forlate Norge.<sup>360</sup> Levestandard, kultur, språk og helsestandard er eksempler på forhold som kan være av betydning for hva som er til et barns beste, og som i enkelte land kan avvike mye fra forholdene i Norge.

De siste årene har det kommet relativt få asylsøkere til Norge. I 2018 ble det innvilget opphold på humanitært grunnlag i 68 vedtak, mens i 2019 var det totale antallet 95.<sup>361</sup> Til sammen 548 fikk avslag på opphold etter søknad om beskyttelse i 2018, mens det totale antallet i 2019 var 589. Mens søkere fra enkelte land som oftest får innvilget vedtak etter reglene om beskyttelse, er det noen land, slik som Afghanistan, hvor det i en god del saker innvilges opphold etter utlendl. § 38, noe som kan tyde på at forholdene i landet gjør det nødvendig. Det ble innvilget 26 vedtak om opphold på humanitært grunnlag og 40 vedtak etter reglene om beskyttelse til personer fra Afghanistan i 2018. I tillegg fikk fire enslige barn begrensede oppholdstillatelser. I 2019 var tallene 58 (beskyttelse) og 40 (opphold etter § 38), i tillegg til to barn med begrenset oppholdstillatelse. Det ble også innvilget opphold på humanitært grunnlag til personer fra Iran, Bosnia-Hercegovina, Burundi,

359 Se fvl. § 2 første ledd bokstave om hvem som er parter.

360 Se denne bokens kapittel 6.

361 <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylvedtak-etter-statsborgerskap-og-utfall-2018/> (side sist besøkt 11. mars 2019) og <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylvedtak-etter-statsborgerskap-og-utfall-20182/> (side sist besøkt 20. november 2020).

Etiopia, Irak, Kamerun, Kasakhstan, Nigeria, Pakistan, Russland, Somalia, Sri Lanka og Tanzania i 2018. I 2019 ble det innvilget opphold etter denne regelen til statsborgere fra Colombia, Dem. Rep, Kongo, Eritrea, Etiopia, India, Irak, Iran, Nigeria, Romania, Russland, Sentralafrikanske republikk, Somalia, Sudan, Syria, Usbekistan, Venezuela og statsløse.

I 2018 ble det truffet 134 avgjørelser etter søknad om beskyttelse fra enslige barn, mens det totale antallet i 2019 var 167.<sup>362</sup> Av disse ble det i 2019 gitt 17 oppholdstillatelser på humanitært grunnlag, og 94 ble gitt beskyttelse. I 2019 var tallene 27 (§ 38) og 118 (beskyttelse). Det var kun barn fra Afghanistan (13), Pakistan (1), Sri Lanka (1) og USA (1) som fikk innvilget opphold på humanitært grunnlag, mens de som fikk avslag i 2018, kom fra Afghanistan, Albania, Irak og Somalia. I 2019 ble det innvilget opphold etter § 38 til barn fra Afghanistan, Kongo, Etiopia, Irak, Russland og statsløse, mens de som fikk avslag, kom fra Afghanistan, Albania, Bosnia-Hercegovina, Jordan, Moldova, Marokko, Russland, Sør-Afrika og Ukraina.

I 2018 ble det totalt *utvist* 3438 utlendinger fra Norge, mens tallet i 2019 var 2926.<sup>363</sup> Av disse i 2018 var 670 begrunnet i brudd på straffelovgivningen, 1923 brudd på utlendingsloven og 845 var begrunnet i EØS-regelverket. I 2019 var tallene 502 (straff), 1721 (utlendingsregelverket) og 703 (EØS). Jeg behandler utvisning begrunnet i brudd på straffe- og utlendingslovgivningen, og det er følgelig utvisning begrunnet i disse to forholdene som er relevant. Den største andelen av vedtakene var altså begrunnet i brudd på utlendingslovgivningen og en mindre andel i straffelovgivningen.

Land som er relevante, hvor det ble utvist over hundre utlendinger til i 2018, er Afghanistan, Ukraina, Albania, Irak, Somalia, Kina, Nigeria og Etiopia. Majoriteten av saker som er relevante for temaet her, var til land som skiller seg fra Norge på flere måter, herunder i levestandard. Tallene i 2019 var lavere, land det var over 50 utvisninger til, var Afghanistan (67), Albania (133), Etiopia (64), Filippinene (86), India (55), Irak (82), Iran (58), Kina (157), Nigeria (69), Pakistan (69), Thailand (53) og Ukraina (164).

362 <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylvedtak-etter-statsborgerskap-og-utfall-for-enslige-mindrearige-asylosokere-2018/> (side sist besøkt 11. mars 2019) og <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylvedtak-etter-statsborgerskap-og-utfall-for-enslige-mindrearige-asylosokere-20182/> (side sist besøkt 20. november 2020).

363 <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/utvisningsvedtak-etter-statsborgerskap-og-grunnlag-2017/> (side sist besøkt 7. november 2018) og <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/utvisningsvedtak-etter-statsborgerskap-og-grunnlag-2018/> (siden sist besøkt 11. mars 2019).

De siste to årene har altså Afghanistan vært representert i en nokså stor andel av saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. Jeg benytter derfor forholdene for barn i dette landet som eksempel i en del vurderinger. I tillegg trekkes enkelte andre land som er representert både i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, inn under enkelte problemstillinger. Siden jeg mangler kunnskap om forholdene i disse landene, støtter jeg meg på barnekomiteens vurderinger.<sup>364</sup> Komiteens vurderinger er basert på etterrettelige kilder, og fakta-grunnlagene har vært gjenstand for dialog mellom komiteen og myndighetene i landet.<sup>365</sup>

---

364 De siste avsluttende merknadene til Afghanistan er fra 2011, og det er heller ingen nyere fra komiteene for økonomiske, sosiale eller kulturelle rettigheter eller sivile og politiske rettigheter. De nyeste avsluttende merknadene er fra Committee against Torture (CAT) fra 2017, Committee against Torture, *Concluding observations on the second periodic report of Afghanistan*, vedtatt 12. juni 2017 (CAT/C/AFG/CO/2). Her tas enkelte spørsmål som er særskilt knyttet til barn, opp. I tillegg er det enkelte relevante uttalelser i Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *Concluding observations on the combined initial and second periodic reports of Afghanistan*, vedtatt 30. juli 2013 (CEDAW/C/AFG/CO/1-2).

365 Se denne bokens kapittel 2 punkt 2.4.3.