

Tilbakekall av arbeids-, oppholds- og bosettingstillatelse jf. utlendingsloven § 13



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 638
Leveringsfrist: 25. november 2009

Til sammen 17 989 ord

24.11.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING - PROBLEMSTILLING</u>	<u>3</u>
1.1	Avgrensning	4
1.2	Terminologi/begrepsbruk	5
1.3	Rettsvirkninger av tilbakekall	5
1.4	Oppbygging av oppgaven	6
1.5	Rettskildesituasjon på utlendingsrettens område	6
<u>2</u>	<u>VURDERINGSTEMA ETTER UTLENDINGSLOVEN § 13</u>	<u>7</u>
2.1	Ordlyd	7
2.2	Forarbeider	9
2.2.1	NOU 1983:47 Ny fremmedlov	9
2.2.2	Ot.prp. nr.46 (1986-1987) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)	10
2.2.3	Ny NOU 2004:20 Ny utlendingslov	11
2.3	Andre rettskilder	12
2.4	Forholdsmessighetsprinsippet etter alminnelig forvaltningsrett	12
<u>3</u>	<u>TYPETILFELLER</u>	<u>14</u>
3.1	Brudd på vilkår eller endrede forutsetninger for tillatelsen	14
3.1.1	Innledning	14
3.1.2	Bristende forutsetninger (endrede forutsetninger)	15
3.1.3	Senere brudd på grunnvilkår for tillatelsen	18

3.2	Ugyldig vedtak fra starten av	29
3.2.1	Innledning	29
3.2.2	Gitt uriktige opplysninger (bristende forutsetninger)	30
3.2.3	Uriktig identitet	32
3.2.4	Proformaekteskap	34
3.2.5	Tvangsekteskap	40
3.2.6	Arrangert ekteskap	41
3.3	Ugyldig fra starten av, men senere reparert	41
3.3.1	Innledning	41
3.3.2	Proformaekteskap eller tvangsekteskap som blir reelt	41
3.3.3	Proformaekteskap som blir etterfulgt av et nytt reelt ekteskap	42
3.4	Kort tid til at vedtaket faller bort av seg selv	42
4	<u>FORHOLDSMESSIGHETSVURDERINGEN</u>	43
4.1	Innledning	43
4.2	Rett til familieliv - folkerettslige forpliktelser.	47
4.3	Sykdom/ Helsemessige forhold	54
4.4	Alder/barn (særtilfelle barnets beste)	55
4.5	Tilknytning til Norge	56
4.6	Tilknytning opparbeidet ved ulovlig opphold i riket	57
4.7	Urimelige vanskeligheter i hjemlandet	60
4.8	Saker hvor vedtaket var uforholdsmessig	61
5	<u>NOEN FREMTIDSBEMERKNINGER</u>	63
6	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER MV</u>	A

1 Innledning - problemstilling

Temaet for denne avhandlingen er tilbakekall av arbeids-, oppholds- eller bosettingstillatelse. Dette er regulert i § 13 i utlendingsloven¹ med tilhørende forskrift². Oppgaven vil i hovedsak behandle vilkårsiden, dvs. hva som må til for at et vedtak kan tilbakekalles. Dette i motsetning til rettsvirkningssiden som oftest vil være at tillatelsen tilbakekalles samt enkelte andre rettsvirkninger. Tilbakekallsvurderingen er en ”kan”-vurdering som åpner for en konkret helhetsvurdering. De enkelte momentene som er relevante i vurderingen vil bli analysert og systematisert i oppgaven.

Det alminnelige forvaltningsrettslige prinsipp om forholdsmessighet vil også være relevant når tilbakekall skal vurderes av utlendingsmyndighetene, samt ved den administrative og rettslige overprøving av vedtaket. Prinsippet skal forhindre at grovt urimelige vedtak treffes, noe som kan være tilfellet hvor virkningene av tilbakekallet blir uforholdsmessig store for utlendingen.

Utlendingsloven vil om kort tid bli avløst av ny utlendingslov. Tilbakekallsvurderingen vil i den nye loven følge av § 73. Selv om ordlyden er noe forandret, fremgår det av særmerknaden til § 73 i NOU 2004:20 Ny utlendingslov at dagens § 13 første ledd første punktum videreføres uten endringer. Dette medfører at oppgaven også vil være relevant når den nye loven trer i kraft 1. januar 2010.

¹ Lov av 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsloven) eller kortform utl.

² Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsforskriften) av 21. desember 1990 eller kortform utf.

1.1 Avgrensning

Oppgaven må først avgrenses mot tilbakekall av statsborgerskap, visum og innvilget asyl selv om det er en del likhetstrekk. Videre holdes tillatelser gitt til EØS-borgere utenfor, se utlendingslovens § 56 kapittel 8. Det gjelder et særlig regelverk for slike tillatelser som er gitt for å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen³.

Avslag på søknad om ny tillatelse kan få en lignende effekt som tilbakekall ved at utlendingen kan måtte forlate riket. Innvilgelse og avslag på søknader vil imidlertid ikke bli behandlet da dette vil være en vurdering av om de vilkår som lov og forskrift oppstiller, er oppfylt. Vurderingstemaene vil i noen grad bli berørt i oppgaven da brudd på slike vilkår kan medføre tilbakekall.

Bortfall av tillatelse er noe annet enn tilbakekall. Bortfall av bosetningstillatelse er regulert i utlendingsloven § 12 fjerde ledd. Bortfall av tillatelse vil kunne få samme rettsvirkning som tilbakekall. Kravet er at utlendingen har vært utenfor riket i mer enn to år. Dette vil ikke bli nærmere behandlet i oppgaven.

Tilbakekall vil også kunne være en sanksjon for brudd på utlendingsloven. Bortvisning vil være en konsekvens av tilbakekallet. En strengere sanksjon er utvisning. Utvisning medfører ikke bare at utlendingen må forlate riket (bortvisning), men også at utlendingen får et innreiseforbud. Innreiseforbudet kan være tidsbegrenset, for eksempel to eller fem år eller tidsubegrenset. Et utvisningsvedtak medfører automatisk tilbakekall. Dette følger bl.a. av NOU 2004: 20 punkt 13.1.8.5 hvor det heter:

”Vedtaket om utvisning medfører at tillatelsen bortfaller, og det er ikke behov for å fatte et særskilt vedtak om tilbakekall.”

³ Norge undertegnet den 24. juni 1994 avtalen om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen). Avtalen ble implementert i norsk rett ved lov av 1992-11-27 nr 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Oppgaven avgrenses i hovedsak mot utvisning. I utvisningssaker berøres imidlertid problemstillinger som også er relevante for tilbakekallssaker og enkelte saker vil derfor bli trukket frem.

1.2 Terminologi/begrepsbruk

Under dagens system vil en utlending som et utgangspunkt trenge en tillatelse for å ha rett til å oppholde seg i riket (oppholdstillatelse jf. utlendingsloven § 6 (2)) og en tillatelse for å arbeide (arbeidstillatelse jf. utlendingsloven § 6 (1)). I den nye utlendingsloven blir disse tillatelsene slått sammen til en tillatelse kalt oppholdstillatelse, se bl.a. NOU 2004: 20 side 25.

Arbeids- og oppholdstillatelse er tidsbegrensede tillatelser som må fornyes hvert år. Ved tredje gangs fornyelse kan utlendingen få en permanent oppholdstillatelse, i dag kalt bosettingstillatelse. I den nye loven vil det kun bli skilt mellom midlertidig oppholdstillatelse (dagens arbeids- og oppholdstillatelse) og permanent oppholdstillatelse (dagens bosettingstillatelse), se NOU 2004: 20 side 25.

1.3 Rettsvirkninger av tilbakekall

Oppgavens tema er vilkår for tilbakekall, slik at rettsvirkningene kun vil bli kort behandlet. Den første rettsvirkningen av et tilbakekall er at utlendingen i alminnelighet vil ha krav på fritt rettsråd, se utlendingsloven § 42 femte ledd som supplerer den alminnelige rettshjelpsloven⁴. Dette er en viktig forutsetning for en eventuell administrativ eller rettslig overprøving av tilbakekallet.

Den andre viktige virkningen av tilbakekall er bortvisning. Hjemmel er utlendingsloven § 28 første ledd sammenholdt § 27 første ledd bokstav c. Utlendingen vil imidlertid kunne

⁴ Lov av 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp (Rettskjelpsloven)

komme tilbake til Norge hvis bortvisningsgrunnen opphører, utlendingen pånytt søker og får innvilget oppholdstillatelse, se utlendingsloven kapittel 2.

1.4 Oppbygging av oppgaven

Oppgaven inneholder først en beskrivelse av rettskildesituasjonen på utlendingsrettens område (kapittel 1.5). Deretter behandles vilkårene for tilbakekall og forholdsmessighetsvurderingen generelt (kapittel 2). Videre vil forskjellige typetilfeller bli behandlet med eksempler fra retts- og forvaltningspraksis (kapittel 3). Avslutningsvis behandles eksempler fra retts- og forvaltningspraksis som kan belyse forholdsmessighetsprinsippet i forhold til tilbakekall (kapittel 4) samt noen avsluttende bemerkninger (kapittel 5).

1.5 Rettskildesituasjon på utlendingsrettens område

De viktigste rettskildene i utlendingsretten er utlendingsloven med forskrift. Disse bestemmelsene regulerer ikke uttømmende utlendingers rettstilling i Norge, i tillegg kommer bl.a. statsborgerloven⁵, forvaltningsloven⁶, straffeloven⁷ og straffeprosessloven⁸. Når det gjelder sistnevnte lover finnes det omfattende rettspraksis og et stort antall juridiske fremstillinger. På utlendingsrettens område finnes det derimot ikke så mange juridiske fremstillinger med unntak for Fisknes Kommentartutgave til utlendingsloven samt Bunæs m.fl. Utlendingsrett, heretter kalt Bunæs.

Utlendingsretten er et rettsområde med hyppige regelendringer slik at det finnes en del forarbeider til dagens utlendingslov, men også til den tidligere fremmedlov og den nye utlendingsloven av 2008.

⁵ Lov av 10. juni 2005 nr. 51 om norsk statsborgerskap (Statsborgerloven).

⁶ Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (Forvaltningsloven)

⁷ Lov av 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven).

⁸ Lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven).

De fleste avgjørelser på utlendingsrettens område er vedtak fattet av UDI⁹ og UNE¹⁰. Forvaltningspraksis er derfor en viktig rettskilde. Forvaltningspraksis fremkommer på forskjellige måter, bl.a. i form av rundskriv og praksisbaser som er tilgjengelig på internett. En del av UNEs vedtak har blitt brakt inn for retten, slik at det finnes en del rettspraksis fra tingretter og lagmannsretter, men kun få høyesterettsdommer.

Det kan også nevnes at det finnes en del internasjonale konvensjoner som er relevante på utlendingsrettens område. Det er en direkte henvisning til disse i utlendingsloven § 4. Relevante konvensjoner er bl.a. Flyktningkonvensjonen¹¹, EMK¹², EØS-avtalen, Schengenkonvensjonen¹³ og Barnekonvensjonen¹⁴ for å nevne de viktigste, se for øvrig Bunæs side 54-57.

2 Vurderingstema etter utlendingsloven § 13

2.1 Ordlyd

Oppgavens tema er tilbakekall etter utlendingsloven § 13. Rettsvirkningene av tilbakekall er behandlet ovenfor under punkt 1.3. Den videre analyse vil derfor være rettet mot vilkårsiden, dvs. hva må til for å tilbakekalle en gitt tillatelse. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”§ 13 Tilbakekall

⁹ Utlendingsdirektoratet

¹⁰ Utlendingsnemnda

¹¹ Flyktningkonvensjonen av 28. juli 1951

¹² Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 4. november 1950

¹³ Schengen-konvensjonen av 14. juni 1985

¹⁴ Barnekonvensjonen av 8. januar 1991

Arbeidstillatelse, oppholdstillatelse og bosettingstillatelse kan tilbakekalles dersom utlendingen i søknaden mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av vesentlig betydning for vedtaket eller dersom det for øvrig følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler. Vedtak om tilbakekall treffes av Utlendingsdirektoratet.”

I følge ordlyden oppstiller paragrafen tre alternative betingelser/vilkår som alle kan lede til tilbakekall jf. ordet ”*eller*”. De to første alternativene retter seg mot søkerens opplysningssvikt mens den siste henviser til alminnelige forvaltningsrettslige regler.

Det første alternativet retter seg mot uriktige opplysninger gitt av søkeren i søknaden som leder frem til en av de tre ovennevnte tillatelser. Det er ikke alle uriktige opplysninger som fører til tilbakekall. Leser en første alternativ i sammenheng med andre alternativ, følger det at den uriktige opplysningen må ha vært av ”*vesentlig betydning for vedtaket*”. I tillegg må søkeren være klar over at opplysningen er uriktig, jf. ordene ”*bedre vitende*”.

Det andre alternativet retter seg mot forhold av vesentlig betydning for vedtaket som søkeren ikke har opplyst om. I motsetning til det første alternativet som retter seg mot aktive handlinger, retter det andre alternativet seg mot unnlatelser. Dette alternativet oppstiller i realiteten en opplysningsplikt for søkeren.

Det tredje alternativet viser til alminnelige forvaltningsrettslige regler. Disse følger av forvaltningsloven kapitel VI og VIII. Rekkevidden av dette alternativet må i stor grad bygge på en fortolkning av fvl. § 35 (omgjøring uten klage).

Avslutningsvis kan det nevnes at bestemmelsen er en ”*kan*”-regel som åpner for et konkret rettsanvendelsesskjønn. Momentene i vurderingen følger dels av bestemmelsen selv og må dels utledes av alminnelig forvaltningsrett generelt og utlendingsrett spesielt.

2.2 Forarbeider

2.2.1 NOU 1983:47 Ny fremmedlov

Utvalget som utredet ny fremmedlov foreslo en regel som avvek fra den regel som til slutt ble vedtatt av Stortinget. Den viktigste forskjellen er at den foreslåtte regel på enkelte områder er strengere enn dagens regel. NOU-en berørte imidlertid også andre forhold i tilknytning til tilbakekall som departementet i stor grad ga sin tilslutning til og som vil bli behandlet nedenfor.

Det fremgår av NOU-en at tilbakekall har en nær sammenheng med det å få en tillatelse eller at det gis avslag på en tillatelse. Dersom en tillatelse uansett vil falle bort pga. tidsbegrensning er behovet for tilbakekall mindre. Dette er i tråd med den mykere linje som allerede ble praktisert av forvaltningen. Dette er omtalt nærmere på side 197 i NOU-en hvor det heter:

”Utvalget vil her peke på at det nok i praksis er en tendens til at myndighetene, der det er mulig, foretrekker å la tillatelsen opphøre av seg selv, fremfor å tilbakekalle den eller påstå den ugyldig eller bortfalt. Slik opphør kan skje ved at tillatelsen løper ut i tid, uten at man gir fornyelse. Det er ofte det naturligste å velge den ”mykere” linje i disse tilfelle. Det kan på den ene side være det mest hensiktsfulle overfor utlendingen. På den annen side kan det utvilsomt også være det letteste for myndighetene, hvis de da for eksempel slipper å føre bevis for ugyldighets- eller omgjøringsgrunnen.”

Den omtalte praksis kan ses som uttrykk for et forholdsmessighetsprinsipp som gjelder i forvaltningsretten. Forholdsmessighetsprinsippet tilsier at det minst inngripende handlingsalternativ velges hvis det finnes flere likeverdige alternativer. Dette vil samtidig være ressursbesparende.

Utvalget var også opptatt av skillet mellom endrede forhold som er selvforskyldt og endrede forhold som er uforskyldt, og når det gjaldt de selvforskyldte forhold var det særlig

de forhold som utlendingen kunne lastes for, noe som også fremheves på side 198 i NOU-en:

”... I de uttrykk loven benytter ligger det en bevisst begrensning av de tilfelle som sier tilbakekall, nemlig der hvor utlending på en eller annen måte kan lastes. Formuleringen i utkastet dekker selvsagt ikke for eksempel tilbakekall på grunn av endrede innvandringspolitiske vurderinger eller endringer på det norske arbeidsmarkedet. Heller ikke vil arbeidskraftsmessige endringer tilsi tilbakekall, med mindre slike endringer kan klandres utlendingen på den måte som er beskrevet for eksempel som forsettelig brudd på vilkår.”

Ved at forvaltningsloven § 35 er mulig hjemmel for tilbakekall, kan endringsadgangen også følge av ”annen lov, vedtaket selv eller alminnelige forvaltningsrettslige regler”, se bestemmelsens femte ledd. Endringsadgang utover det som følger av utl. § 14 og fvl. § 35 kan bare følge av vedtaket selv eller alminnelige forvaltningsrettslige regler.

Eckhoff skriver i sin bok forvaltningsrett 6 utgave på s. 529 ”at når tungtveiende almene hensyn taler for omgjøring, vil det normalt være adgang til det. En tillatelse må for eksempel kunne tas tilbake hvis det viser seg at det man har tiltatt er direkte helsefarlig eller medfører en vesentlig sikkerhetsrisiko”. I forhold til utlendingsretten må konsekvensen være at hensynet til rikets sikkerhet bør være slikt tungtveiende hensyn som vil tale for tilbakekall.

2.2.2 Ot.prp. nr.46 (1986-1987) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Utvalget hadde foreslått at tilbakekall ”som regel” skulle skje ved opplysningssvikt og at det skulle være en maksimalfrist på to år for å tilbakekalle. Departementet falt ned på at det ville være mest hensiktsmessig å gå bort fra begge ovennevnte forhold, og i stedet innføre en regel mer i tråd med de alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Dette er et klart direktiv om at tilbakekall ikke alltid skal være rettsfølgen selv om vilkårene for tilbakekall er oppfylt.

I særmerknaden utdypes forholdet til alminnelig forvaltningsrett nærmere:

”Når lovteksten krever at utlendingen ”mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av vesentlig betydning for vedtaket”, får dette den betydning at dersom det i det konkrete tilfelle skulle være adgang til omgjøring etter alminnelige forvaltningsrettslige regler når vedtaket er fattet på grunnlag av uriktige opplysninger gitt av søkeren, selv om det ikke er gitt ”mot bedre vitende”, skal dette likevel ikke skje. Departementet antar imidlertid at det stort sett vil være samsvar mellom den foreslåtte ordlyden og alminnelige forvaltningsrettslige regler. På den annen side gir bestemmelsen ingen adgang til tilbakekall i større utstrekning enn det som ville følge av disse reglene, idet de ugyldighetsgrunner som spesielt er nevnt, også følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler.”

2.2.3 Ny NOU 2004:20 Ny utlendingslov

Siden arbeidstillatelse vil opphøre som egen tillatelse og inngå som en del av oppholdstillatelsen, er konsekvensen at den nye tilbakekallsbestemmelsen bare vil gjelde for oppholdstillatelse. Bestemmelsen lyder slik:

*”§ 73 Tilbakekall av oppholdstillatelse
Midlertidig og permanent oppholdstillatelse kan tilbakekalles dersom utlendingen mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av vesentlig betydning for vedtaket, eller dersom det for øvrig følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler.”*

I særmerkanden til § 73 i ny utlendingslov står det at bestemmelsen kun viderefører det som følger av dagens § 13 første ledd første punktum uten endringer. Det som er skrevet ovenfor om dagens bestemmelse vil som et utgangspunkt også være retningsgivende ved fortolkningen av den nye bestemmelsen.

2.3 Andre rettskilder

Bestemmelsen om tilbakekall er bl.a. behandlet i Bunæs. Her fremgår det at tilbakekallsbestemmelsen i utl. § 13 er en særregel i forhold til forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c, og det som følger av alminnelig forvaltningsrett. Videre fremgår det i Bunæs at bestemmelsen er begrunnet med at utlendingen skal få et klart mulig inntrykk av den faktiske rettstilstanden, jf. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s.77. Bestemmelsen er en ”kan”-regel fordi departementet mente det ikke var riktig å gi en regel som påla tilbakekall, fordi det kunne være så mange forhold som gjør seg gjeldende i slike saker.

Utlendingsmyndighetene må bl.a. vurdere hvilke konsekvenser som vil oppstå hvis tillatelsen trekkes tilbake, jf. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s.77.

2.4 Forholdsmessighetsprinsippet etter alminnelig forvaltningsrett

Utvalgets forslag til lovbestemmelse inneholdt en direkte henvisning til forholdsmessighetsprinsippet. Departementet var enig i at dette var relevant, men tok ut henvisningen fra lovbestemmelsen da dette uansett fulgte av alminnelige forvaltningsrettslige regler.

Graver behandler forholdsmessighetsprinsippet i sin bok, Hans Petter Graver Alminnelig forvaltningsrett. Der trekkes det frem at det er et grunnleggende hensyn i forvaltningsretten at forvaltningen ikke skal gripe inn i den enkeltes rettigheter og interesser i større utstrekning enn det som er nødvendig. Forvaltningens skjønnsmessig kompetanse bør bare brukes der det er nødvendig, og der de samlede fordeler oppveier ulempene. I Thorstein Eckhoffs bok Forvaltningsrett brukes også betegnelsen proporsjonalitetsprinsipp.

Graver bruker utlendingsloven § 13 som et eksempel. Forholdsmessighetsprinsippet medfører for det første at tilbakekallet må være egnet til å realisere de formål som følger av § 13. For det andre må vedtaket ikke gå ut over det som er nødvendig i det enkelte tilfelle, dvs. at inngrepet ikke må være større eller strengere enn det som er nødvendig ut fra formålet. For det tredje innebærer kravet til forholdsmessighet et krav om at fordelene ved inngrepet må være større enn ulempene. Det må som en følge av prinsippet foretas en

helhetsvurdering av om vekten av de hensyn som taler for tilbakekall er større enn de hensyn som taler i mot et slik inngrep.

I en rekke tilfeller sier kompetansegrunnlaget uttrykkelig at forvaltningen skal vurdere vedtakets forholdsmessighet. Som eksempel på dette trekker Graver frem utl. § 29 annet ledd hvor det heter at ”*utvisning etter første ledd bokstav b besluttes ikke dersom det i betraktning av forholdets alvor og tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene*”, og den tilsvarende regel i utl. § 30 tredje ledd. Graver mener at det samme uansett ville ha fulgt av ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper. Dette fremkommer bl.a. på side 135 hvor det heter:

”Det er imidlertid holdepunkter for å si at et krav om forholdsmessighet gjelder generelt som et ulovfestet krav, hvor forvaltningen fatter inngripende vedtak i form av forbud og påbud, og også hvor den har kompetanse til å vurdere om det skal gjøres unntak fra et forbud eller påbud”.

På bakgrunn av dette kan det i alminnelighet kreves at når forvaltningen oppstiller vilkår i vedtak, at disse vilkårene er forholdsmessige. Videre kan det oppstilles et generelt krav til forholdsmessighet ved bruk av forvaltningssanksjoner, herunder omgjøring av begunstigende vedtak. Den ulovfestede omgjøringsadgang i forvaltningen forutsetter også en vurdering av forholdsmessighet, jf. forvaltningsloven § 35 (5).

Selv om det ikke er uttrykkelig uttalt i rettspraksis, følger det av juridisk teori at det er grunnlag for å hevde at kravet til forholdsmessighet gjelder generelt.

Forholdsmessighet er også en del av domstolsprøvingen av forvaltningsvedtak, noe Graver også behandler. Hovedregelen er at domstolene ikke overprøver om en avgjørelse er forholdsmessig. I utgangspunktet er kravet om forholdsmessighet en skranke for lovgiver og forvaltningen, men domstolene vil på den annen side kreve at forholdsmessigheten av et inngrep er forsvarlig vurdert, se bl.a. Rt. 2000 s. 1056. Hvis forholdsmessigheten av et

vedtak ikke er forsvarlig vurdert, vil dette være en feil ved vedtaket som kan føre til at vedtaket blir satt til side.

Ved omgjøring etter de ulovfestede regler er det likevel et unntak fra det som fremgår ovenfor. Domstolene må i slike saker som et ledd i sin prøvelse av om omgjøringsadgangen er til stede, vurdere om det ut fra offentlige hensyn er forholdsmessig å gripe inn i partens forventninger dersom omgjøring er en reaksjon på brudd på vilkår eller forutsetninger for vedtaket. Det følger bl.a. av Rt. 2002 s. 509 (Sundt) at domstolene fullt ut må overprøve forvaltningens tilbakekall av tillatelser der slike vedtak har preg av å være en pønal reaksjon. Kravet om at tilbakekallet må være forholdsmessig må med andre ord ses på som en kompetansebegrensning for forvaltningen.

3 Typetilfeller

3.1 Brudd på vilkår eller endrede forutsetninger for tillatelsen

3.1.1 Innledning

Fellesnevneren for de typetilfeller som behandles under 3.1 er at alle vilkår mv. var oppfylt da tillatelsen ble gitt, men at etterfølgende forhold har inntrådt som skaper tvil om vedtaket skal opprettholdes eller tilbakekalles. Endrede forhold kan i prinsippet også inntreffe etter at søknaden er sendt inn, men før vedtaket ble fattet. Løsningen må antakelig bli den samme for dette tilfellet som for førstnevnte tilfeller.

Endrede forhold kan deles i to hovedgrupper, brudd på vilkår og endrede forutsetninger. I forskriften til tidligere fremmedlov § 42 b omtales begge gruppene som kunne føre til tilbakekall:

”... En oppholdstillatelse kan også tilbakekalles når vedkommende utlending uten tilstrekkelig grunn unnlater å oppfylle sin plikt til å forsørge seg selv eller andre

vesentlige forutsetninger for vedtaket brister, eller innehaveren bryter vilkår som er forbundet med vedtaket.”

Utover henvisningen til den tidligere forskriftsbestemmelse gir forarbeidene til loven begrenset veiledning, slik at man må finne veiledning i andre rettskilder.

3.1.2 Bristende forutsetninger (endrede forutsetninger)

Bristende forutsetninger kan bety to ting. Det ene er gale forutsetninger på vedtakstidspunktet mens det andre kan bety at endrede forhold som medfører at forutsetningene for vedtaket ikke lenger er tilstede. Den siste gruppen behandles her (endrede forutsetninger), mens den første gruppen (uriktige forutsetninger) behandles senere i tilknytning til vedtak som er ugyldig fra starten av, se punkt 3.2.

Det virker som UNE i sine vedtak, som er gjengitt i praksisbasen, ikke skiller skarpt mellom disse to typetilfellene, da det i tilbakekallssaker kun vises til at tilbakekallet skyldes uriktige eller bristende forutsetninger. UNE har da kun konstatert at forutsetningen for vedtaket ikke er tilstedet, men tar ikke stilling til om forutsetningen var gal fra starten av (uriktige forutsetninger) eller om endrede forhold gjør at forutsetningen ikke lenger er tilstede (endrede forutsetninger).

Det er i følge Bunæs side 181 uklart hvorvidt en tillatelse må tilbakekalles når forutsetningene for tillatelsen er bortfalt. Alle tillatelser etter utlendingsloven er basert på at søkeren oppfyller og vil fortsette å oppfylle de vilkår som er fastsatt i lov og forskrift i den perioden tillatelsen gjelder.

I Bunæs trekkes det frem følgende eksempel for å belyse problemstillingen. Det kan være at en utlending får innvilget arbeidstillatelse for seks måneder for å reise til Norge for å prøve ut forholdet med sin norske kjæreste, men så viser det seg før innreise at hensikten med oppholdet er et annet enn å være sammen med kjæresten. I et tilfelle som dette kan ikke utlendingen nektes innreise til Norge før tillatelsen er tilbakekalt. Er det blitt gitt en tillatelse på grunnlag av vesentlige uriktige opplysninger står det i Bunæs at det følger av

utl. § 13 at denne skal tilbakekalles. I en slik situasjon som overnevnt vil et nullitetssynspunkt på vedtaket ikke kunne anvendes.

Det samme synspunktet må legges til grunn hvis forholdet tar slutt før han kommer til Norge og hovedformålet da han søkte var å tilbringe tid sammen med kjæresten. Hvis han nå kun kommer for å arbeide, vil den endre forutsetning kunne tilsi at tillatelsen tilbakekalles.

Det kan reises spørsmål om Bunæs syn på nullitet er noe unyansert. Virkningene av at det foreligger en ugyldighetsgrunn er bl.a. behandlet av Graver Alminnelig forvaltningsrett side 501 flg. Det er vanlig å skille mellom vedtak hvor ugyldighet medfører at vedtaket er en nullitet eller vedtaket som må angripes rettslig for å få konstatert at det er ugyldig. Angripelig vedtak vil bestå inntil det har blitt fastslått at det er ugyldig. Når det gjelder tillatelser vil disse som regel være angripelige vedtak. Om dette heter det i Graver:

”Ugyldig innvilgelse av rettigheter vil som regel være angripelige. Det innebærer at de fordeler som er oppebåret av en inntil ugyldigheten er konstatert, anses som lovlige.”

Det finnes imidlertid tilfeller hvor dette ikke gjelder, om dette skriver Graver:

”Hvis det forligger grove feil og den begunstigede ikke er i god tro, vil også innvilgede rettigheter kunne anses som nulliteter, for eksempel i tilfeller av korrupsjon eller samarbeid mellom en part og en forvaltningstjenestemann om å innvilge en rettsposisjon.”

I forhold til utlendingsretten kunne man her tenkt seg tilfeller hvor utlendingen samarbeider med saksbehandleren og skaffer seg en tillatelse som utlendingen åpenbart ikke har krav på. I slike tilfeller kan det reises spørsmål om vedtaket likevel må være en nullitet. For alle praktiske formål vil imidlertid tillatelser etter utlendingsloven være angripelige.

Loven er en ”kan”-regel og det kan også stilles spørsmål om det i Bunæs oppstilles en for streng regel når det sies at tillatelsen skal tilbakekalles. Det var en slik streng regel som utvalget først foreslo, men som ikke departementet ønsket. Den mykere linje som er omtalt i NOU 1988:47 viser også at forvaltningen har en grad av frihet (fritt skjønn) når den skal ta stilling til om en tillatelse skal tilbakekalles.

Et annet eksempel som trekkes frem i Bunæs er at utlendingen har fått arbeidstillatelse, men at han blir avskjediget etter en måned eller at arbeidsgiveren går konkurs. Dette eksempelet virker til å være inspirert av forarbeidene til § 13, side 198 i NOU-en hvor det heter [min understrekning]:

”Formuleringen i utkastet dekker selvsagt ikke for eksempel tilbakekall på grunn av endrede innvandringspolitiske vurderinger eller endringer på det norske arbeidsmarkedet. Heller ikke vil arbeidskraftsmessige endringer tilsi tilbakekall, med mindre slike endringer kan klandres utlendingen på den måte som er beskrevet for eksempel som forsettelig brudd på vilkår.”

Det som må være klart er at hvis utlendingen kan klandres for at han eller hun mistet jobben, vil dette være et moment for tilbakekall. Vurderingen blir imidlertid noe vanskeligere hvis ikke utlendingen kan lastes. Klarer utlendingen å få ny jobb bør dette tilsi at tillatelsen ikke bør tilbakekalles. Står utlendingen uten jobb vil han kunne få problemer med å forsørge seg selv. Dette kan tale for tilbakekall. Selvforsørgelsesplikten omtales også nedenfor.

Det følger av alminnelig forvaltningsrett at endrede forutsetninger kan medføre at vedtak kan omgjøres, se fvl. § 35. Da utlendingsloven i stor grad bygger på fvl. § 35 må det samme gjelde på utlendingsrettens område.

3.1.3 Senere brudd på grunnvilkår for tillatelsen

Det følger av alminnelig forvaltningsrett at vesentlige brudd på vilkår i en tillatelse kan medføre tilbakekall. I Eckhoffs Forvaltningsrett, 6. utgave, side 349 heter det bl.a. [min understrekning]:

”Mange lover har regler om tilbakekallelse av tillatelser av slike eller lignende grunner. Hvis intet er sagt i vedkommende lov, må hovedsynspunktet være at vesentlig mislighold av plikter som knytter seg til begunstige vedtak, gir grunnlag for tilbakekallelse.”

Det er etter min oppfatning ingen spesielle grunner som skulle tilsi at ikke dette også bør gjelde på utlendingsrettens område. Hvis også mindre mislighold skulle tilsi tilbakekall, vil dette raskt anses som en uforholdsmessig sanksjon i strid med det alminnelige forholdsmessighetsprinsipp.

I det følgende skal enkelte typetilfeller etter utlendingsretten behandles. Det er ikke alle grunnvilkår som vil være relevante for alle type tillatelser.

3.1.3.1 Krav om midler til økonomisk underhold og bolig.

Et grunnleggende vilkår for utlending som søker opphold eller arbeidstillatelse er at underhold og bolig som hovedregel må være sikret for den tid tillatelsen søkes for, jf. utl. § 8 første ledd nr. 1, sammenholdt utf. §§ 19 og 20.

Utlendingsloven § 8 første ledd nr.1 lyder slik:

”Utlending har etter søknad rett til arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse etter følgende regler:

- 1) *Underhold og bolig må være sikret etter nærmere regler som fastsettes av Kongen ved forskrift. (Reglene fremgår av utf. §§ 19 og 20).”*

Plikten å forsørge seg selv og eventuelt sin familie er en sentral forutsetning for å få oppholdstillatelse, bosettingstillatelse og arbeidstillatelse. I følge forarbeidene til utlendingsloven er det nær sammenheng mellom det å få en tillatelse og det å miste en tillatelse (avslag). En følge av dette må være at vesentlig vilkår for å få tillatelse også må være vesentlig i vurdering av tilbakekall av en tillatelse.

Et innvandringspolitisk utgangspunkt (Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 56.) er at innvandrere, med unntak av flyktninger, skal være i stand til å klare seg selv økonomisk slik at de ikke blir en økonomisk belastning for det offentlige. Det å ha bolig er en så vesentlig del av forsørgelsesplikten at det er satt opp som et eget vilkår ved siden av kravet om sikret underhold.

Underholdet må være av et tilstrekkelig omfang for å kunne dekke den tidsperioden søknaden gjelder. Midlene må stamme fra godkjente inntektskilder som normalt er arbeidsinntekt fra heltidsarbeid. Pensjon eller annen periodisk ytelse herunder ytelser etter folketrygdloven¹⁵ godtas også. Utlendinger vil som regel ikke ha opptjent rett til slike ytelser fordi folketrygdloven oppstiller som regel et krav om 3 års forutgående botid i riket, se bl.a. folketrygdloven § 12-2 (1). Sosiale ytelser etter sosialtjenesteloven¹⁶ godtas ikke som underholdsgrunnlag, jf. utf. § 19 sjettede ledd. Ved prøvingen av om underholdskravet er oppfylt, er det bruttoverdien av midlene som legges til grunn.

Av forvaltningspraksis, som fremgår bl.a. av UDIs rundskriv¹⁷, følger det at kravet til underhold som regel er oppfylt dersom utlendingen har midler som tilsvarer lønnstrinn 1 i statens lønnsregulativ. Lønnstrinn 1 i statens lønnsregulativ var pr. 1. mai 2008 kr. 198 400,- mens det pr 1. mai 2009 er kr. 200 800,-

¹⁵ Lov av 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (Folketrygdloven)

¹⁶ Lov av 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. (Sosialtjenesteloven).

¹⁷ RS 2008-028

Et eksempel fra UNEs praksisbase hvor søkeren ikke oppfylte kravet til underhold er sak nr. 8468788672. Saken gjaldt en afghansk kvinne med to barn som fikk avslag på søknad om arbeidstillatelse i gjenforening med sin herboende ektefelle. Søknaden ble avslått da kravet til underhold ikke var oppfylt, og det ble vist til at hans samlede inntekt som bestod av introduksjonsstønad ikke oppfylte minstekravet på kr. 161.000,- som da gjaldt. Hans eventuelle fremtidige inntekter ble i henhold til praksis ikke vektlagt.

Utlendingens egne midler kan også dekke underholdskravet, se Bunæs s. 135.

For å sikre at utlendingen har egne midler kan UDI kreve at et bestemt beløp overføres til en norsk bank som båndlegger beløpet for en bestemt tid. Nærmere retningslinjer om dette er gitt i UDIs rundskriv 2002-033 og 2002-060.

Videre må utlendingen være sikret bolig i hele oppholdsperioden, jf. utf. § 20 første ledd. Et krav om bolig gjør at staten ikke må dekke denne utgiften. I tillegg er krav om bolig begrunnet med hensynet til integrering slik at utlendingen får en reell mulighet til å fungere på lik linje som andre i samfunnet, jf. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 58.

3.1.3.2 Underholdskravet

Arbeid er den normale måten å forsørge seg selv på. Underholdskravet vil som regel være oppfylt hvis vedkommende har lønnet heltidsarbeid. Dersom det er snakk om selvstendig næringsvirksomhet, deltidsarbeid eller enkeltstående oppdrag (frilans) må det foretas en nærmere vurdering av om det er mulig å leve av en slik virksomhet og om etableringen av virksomheten er planlagt i tilstrekkelig grad.

Etter folketrygdloven krever de fleste ytelser en viss botid før rett på trygdeytelsene oppstår. Selvforsørgelseskravet kan derfor ikke anses oppfylt gjennom mottakelse av norsk trygdeytelse ved førstegangs søknad. Ved førstegangs søknad må, i følge forarbeidene, den prinsipielle holdningen derfor være at søkeren kan forsørge seg på annen måte enn gjennom norske trygdeytelser. Ved fornyelse av en tillatelse stiller forholdet til det norske trygdesystemet seg annerledes.

Ytelser etter sosialtjenesteloven vil bare være betinget av at man oppholder seg her i riket og kan derfor ikke likestilles med trygdeytelser. Det må være klart at muligheten for selvforsørgelse er mindre ved sosialytelser enn ved mottak av trygdeytelser, slik at sosialytelser i enda mindre grad vil kunne tilfredsstillende underholdskravet etter utlendingsloven. Som regel vil sosialhjelp ikke kunne regnes som sikret opphold i utlendingslovens forstand. På den annen side følger det av forarbeidene at ikke ethvert tilskudd etter sosialtjenesteloven skal bety at oppholdstillatelse skal avslås.

Underholdskravet kan være oppfylt dersom søkeren har egen formue eller dersom pensjon eller andre periodiske ytelser mottas fra utlandet. Beløpet må imidlertid være stor nok i forhold til det norske kostnadsnivået. Dersom oppholdet er på ubestemt tid vil det fordre at søkeren må ha ganske betydelige midler for at kravet skal kunne anses oppfylt.

Når det gjelder oppholdstillatelse i studieøyemed vil stipend og lån kunne godtas som sikret underhold. Det vil for utlendingsmyndighetene være uten betydning om midlene kommer fra Norge eller utlandet. Derimot er det opp til utlendingsmyndighetene å avgjøre hvor mye søkeren må ha til rådighet.

3.1.3.3 Boligkravet.

Boligkravet er videre begrunnet enn det alminnelige underholdskravet. Det er ikke bare hensynet til at utlendingen ikke skal bli en belastning for det offentlige som begrunner kravet, men også hensynet til integrasjon. Integrasjon er et vesentlig element i norsk innvandringspolitikk. Utlendingen som er ny i Norge skal få reelle muligheter til å fungere på lik linje med andre i samfunnet. Denne muligheten vil utlendingen ikke ha dersom han er uten bolig eller blir henvist til overbefolkede eller slumpregede boforhold (brakker).

I kravet om bolig ligger det at myndighetene skal kunne kontrollere at boligen finnes og at den tilfredsstillende visse minstekrav. I de fleste bystrøk som er aktuelle for innvandrere vil boliger kunne være både dyre og vanskelig å få tak i. Derfor har mange problemer med å tilfredsstillende dette vilkåret. Dette fører til at en del prøver å omgå dette vilkåret, noe som skaper problemer for myndighetenes kontroll. Kravet til bolig er ikke vanskelig å omgå.

Det kan for eksempel opprettes rent fiktive utleiekontrakter eller at beboerne flytter ut av boligen for en kort periode for å få det til å se ut som om boligen er ledig.

Siden loven oppstiller dette vilkåret og utlendingsmyndighetene ikke har mulighet til en særlig effektiv kontroll av dette, kan myndighetene nekte å godta boligforhold som ikke virker reelle eller som har kort varighet selv om vilkåret formelt sett er oppfylt. Et særlig problem er knyttet til innvandrere fra uland som kommer fra veldig dårlige boligforhold etter norsk målestokk og tillegg er vant med andre familieforhold. De har ofte problemer med å godta norske minstekrav til boligen herunder hvor mange som kan bo på et begrenset areal (befolkningstetthet i boligen).

3.1.3.4 Unntak fra underholdskravet

Kravet om underhold gjelder ikke ubetinget, se utlendingsforskriften § 25 tredje ledd tredje punktum. Forskriftsbestemmelsen gir hjemmel til å dispensere fra hovedregelen etter en skjønnsmessig vurdering. Ektefelle er særskilt unntatt etter utf. § 25 tredje ledd annet punktum og utf. § 25 fjerde ledd bokstav c. Felles for begge bestemmelsene er at de åpner for et forvaltningsskjønn. For at forvaltningen skal gjøre unntak må det foreligge ”*særlig sterke menneskelige hensyn*” som grunnlag for å dispensere fra kravet om økonomisk underhold.

3.1.3.5 Kravet til samliv mellom ektefeller (relasjonsbrudd)

Utlendingsforskriften § 23 første ledd bokstav a oppstiller et vilkår om at ektefellene skal bo sammen. En naturlig språklig forståelse av vilkåret ”*bo sammen*” er at ektefellene faktisk bor sammen i et felles hjem og ikke bare at de er registrert på samme adresse. Hva som ligger i begrepet ”*bo sammen*” er likevel et spørsmål som ofte har kommet på spissen.

Ektefeller som hadde flyttet fra hverandre var hovedtema i Oslo tingrettsdom TOSLO-2007-10046. UNEs vedtak om tilbakekall av arbeidstillatelse var gyldig. Søkeren som var fra Algerie hadde først søkt asyl i Tyskland, men fikk avslag og dro til Norge og søkte asyl.

Norge ville at Tyskland skulle ta ansvaret for søkeren i henhold til Dublinkonvensjonen¹⁸. Samtidig traff søkeren en norsk kvinne som han giftet seg med samme året. Dette medførte at søkeren trakk asylsøknaden og at UDI henla asylsaken. Søkeren fikk senere fornyet sin tillatelse. Det ble imidlertid tatt mistanke om at ekteskapet ikke var reelt.

Det ble foretatt bostedskontroller, men ingen var hjemme på den oppgitte adressen. Politiet traff derimot utleier som kunne forklare at søkeren bodde alene og at søkeren nå var separert fra sin kone. Konen ble også oppsøkt av politiet, som nå tilbrakte mye tid sammen med faren til hennes sønn. Hun begrunnet dette med at hun trengte litt fri fra sin mann når han var hjemme, selv om han jobbet på Nordsjøen flere uker av gangen. Hun vurderte også å be om separasjon selv om hun ikke hadde gjort det ennå.

Det var ikke omstridt i saken at ekteskapet fortsatt bestod. Spørsmålet som retten måtte ta stilling til var om partene fortsatt bodde sammen. Retten startet med å fastslå at verken utlendingsloven eller forskriften nærmere regulerer hva som ligger i kravet at man bor sammen. Retten kom til at en naturlig språklig forståelse ”*taler for at ektefellene fysisk må bo sammen på felles adresse*”.

Som støtte for en slik fortolkning viste retten til hensynet bak familiegjening slik det fremgår av Ot.prp. nr. 46 (1986-1987):

”Det er muligheten for å utøve et familieliv og beskyttelsen av retten til dette som er årsaken til at ekteskap med en som er bosatt i landet gir grunnlag for oppholdstillatelse, det er ikke slik at en trekker automatisk slutning fra den formelle rettstilstand på et område over til et annet. Et gyldig inngått ekteskap vil derfor ikke gi grunnlag for oppholdstillate hvis det ikke er noe realitet i det”.

¹⁸ Dublin-konvensjonen av 15. juni 1990

På bakgrunn av dette ble spørsmålet om hva som ligger i ”*reelt samliv*” reist. Det forelå begrenset med høyere rettspraksis foruten Borgartings lagmannsretts avgjørelse LB-2006-82738 hvor det er vist til UNEs praksis som praktiserer bokravet strengt, ”*[i] henhold til UNEs praksis godtas normalt ikke ukependling. Det avgjørende ved vurderingen er omfanget av brudd i samvær i den andres mulighet til å flytte etter den som pendler*”.

Det var klart at dette ikke var et grensetilfelle. Retten fant det bevist at de ikke bodde sammen lengre, slik at partene ikke oppfylte bokravet i vedtaksperioden. Som tilleggsbegrunnelse trakk retten frem at søkeren hadde tilbakeholdt opplysninger om boforholdet for utlendingsmyndighetene. Dommen kan tas til inntekt for et strengt bokrav.

Bokravet var også tema i Borgarting lagmannsrettens dom LB-2004-27218. Søkeren var fra Gambia og hadde kommet til Norge på studentvisum. Kort tid før visumet løp ut og han skulle returnere til Gambia, giftet han seg med en norsk kvinne slik at han fikk innvilget oppholdstillatelse i familiegjennforeningsøyemed. Tillatelsen ble senere forlenget. Oslo folkeregister og deretter politiet ble kjent med at søkeren hadde flyttet fra ektefellen og at ektefellene var separert. Søkeren gjorde imidlertid under rettsaken gjeldende at separasjonssøknaden han ikke hadde underskrevet, og at han først ble kjent med den da han mottok skilsmissebevilgningen. Søkeren var av den oppfatning at dette måtte få betydning for den rettslige vurderingen av UNEs vedtak i saken.

Da UDI ble underrettet om bruddet ble arbeidstillatelsen opphevet med tilbakevirkende kraft. Det vil si fra da de ble separert, et vedtak som ble stadfestet av UNE. Tilbakekallet av arbeidstillatelsen fikk avgjørende betydning for avslaget på søknaden om bosettingstillatelse, jf. et årsregelen i utf. § 50.

Søkeren hadde erkjent at han hadde flyttet fra konen etter at separasjonsbevilgningen var inngitt og da før skilsmissebevilgning forelå året etter. I forhold til et årsregelen var det klart at han ikke hadde hatt en gyldig tillatelse det siste året før bosettingstillatelse. Selv om det skulle ha vært noe galt med søknaden om skilsmisse, hadde han uansett ikke oppfylt

kravet om at ektefellene må bo sammen. Av den grunn var det riktig av utlendingsmyndighetene å omgjøre/tilbakekalle arbeidstillatelsen med den følge at også bosettingstillatelsen ble avslått.

Det noe spesielle i saken var at tilbakekall av arbeidstillatelse hadde skjedd med tilbakevirkende kraft, vanligvis skjer tilbakekall med virkning fra tilbakekallstidspunktet. Dette la retten også til grunn da den fremhevdde:

”Det legges til grunn at tilbakekallinger/ omgjøringer som hovedregel må skje med virkning fra vedtakelsestidspunktet (ex – nunc). Dette følger også av Grunnloven § 97”.

Retten trakk deretter frem at søkeren hadde brutt forutsetningen for arbeidstillatelsen da han flyttet fra sin kone. Underforstått at arbeidstillatelsen ville ha blitt trukket tilbake dersom saken hadde kommet opp da. Det kan også virke som at retten legger vekt på at han hadde kunnskap om dette da han søkte om bosettingstillatelse, underforstått at han burde ha opplyst om dette. Retten hjemlet derfor tilbakekall i den ulovfestede omgjøringslæren jf. fvl. § 35 femte ledd. Om det generelle utgangspunkt heter det i dommen:

”Det syns å være enighet om at kjerneområdet for den ulovfestede omgjøringslæren er at det skal foretas en interesseavveining. Det må foretas en avveining av de offentlige hensyn mot de private hensyn som blir skadelidende. De hensyn som tilsier en omgjøring, i dette tilfelle med tilbakevirkning, må være markert og tydelig tyngre enn de interesser som blir skadelidende, jf Frihagen: Forvaltningsrett (bind 1) side 278.”

Det er ingenting å utsette på rettens formulering av den ulovfestede omgjørelsesregelen. Det naturlige ville være at offentlige hensyn ble trukket frem. Disse hensynene virker imidlertid til å være helt fraværende. Retten trekker først frem det forhold at konen kunne ha forfalsket separasjonssøknaden, men at dette uansett ikke kunne få noen innvirkning for

det vedtaket som ble fattet. Det ble deretter vist til den vurderingen UNE hadde foretatt, men kun til forholdsmessighetsvurderingen som alltid gjøres i tilbakekallssaker:

”Lagmannsretten er enig med den ankende part i at det ikke kan være nok å konstatere at de tidligere ektefeller ikke lenger bodde sammen., særlig når det blir gjort gjeldende innsigelser mot den måten B [konen] hadde fremmet separasjonssøknaden. Retten kan imidlertid ikke se at utlendingsnemndas vedtak alene bygger på et slikt kriterium, eller at det ikke er foretatt en avveining som forutsatt i praksis. Det vises her til en begrunnelse som fremgår av direktoratets vedtak av 12. november 2001, som utlendingsnemnda viser til hvor det på side 1 og 2 er uttalt:

Tilbakekall av tillatelsen blir ikke vurdert å være et uforholdsmessig tiltak. Det vises til at grunnlaget for tillatelsen var familiegjengenforening med ektefellen. Når samlivet opphørte er det naturlig at den trekkes tilbake. Anførlene fra advokat er vurdert, men ikke tillagt avgjørende vekt. Det antas at han fortsatt har tilknytning til hjemlandet gjennom familie. Han har videre tilbrakt en betydelig lenger del av sitt liv i sitt hjemland enn i Norge. For så vidt gjelder søkers psykiske problemer, er det ikke godtgjort at den beste behandlingen vil være fortsatt opphold i riket.”

Etter min oppfatning er det en forskjell mellom forholdsmessighetsvurderingen (sikkerhetsventilen) og den vurderingen som må gjøres etter den ulovfestede omgjøringsregelen (hjemmelen). Vurderingen etter den ulovfestede regelen bør være en noe mer generell avveining av offentlige og private hensyn som taler for eller imot tilbakekall mens uforholdsmessighetsvurderingen bør være knyttet til det konkrete saksforholdet og forhindre konkret urimelighet.

Bokravet var også tema i Borgarting lagmannsrettsdom LB-2006-82738-2. Søkeren som var fra Marokko giftet seg med en norsk kvinne, og fikk som følge av ekteskapet arbeidstillatelse i Norge. Søkeren kom til Norge året etter hvor han flyttet inn hos noen

venner mens konen bodde for seg selv. Søkerens to døtre fra tidligere ekteskap fikk oppholdstillatelse i Norge på grunnlag av familiegjengenforening med sin far. Søkeren fornyet senere sin oppholds- og arbeidstillatelse. Da han og hans døtre på nytt skulle fornye tillatelsene sine, avslo UDI søknadene og varslet samme dag tilbakekall samt at utvisning ble vurdert. UDIs vedtak bygget på at ekteskapet var proforma og at partene aldri bodde sammen. Saken ble påklaget, men UNE stadfestet vedtaket. Saken ble brakt inn for Oslo tingrett som gav UNE medhold.

Lagmannsretten slo først fast at fornyelse av arbeidstillatelse for ektefelle i familiegjengenforeningsøyemed krever at grunnlaget for at tillatelsen ble gitt, fortsatt er tilstedet. Det kreves at ekteskapet må bestå og at partene fortsatt må bo sammen, noe som uttrykkelig fremgår av utf. § 37 tredje ledd første punktum. Videre er det et krav om at ekteskapet må være reelt jf. Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) s 61. Det var enighet mellom partene at ekteskapet var formelt gyldig. Lagmannsretten kom til at ektefellene ikke oppfylte bokravet. Når det gjaldt den generelle forståelsen av kravet, heter det i dommen:

”Etter en naturlig språklig forståelse av begrepet «bo sammen», innebærer det noe mer enn en felles adresse. Ektefellene må rent fysisk ha samme bopel. I henhold til UNEs praksis godtas normalt ikke ukependling. Det avgjørende ved vurderingen er omfanget av brudd i samvær og den andres mulighet til å flytte etter den som pendler”.

Lagmannsretten kom til at det ikke forelå en ukependlingssituasjon, og at ektefellene ikke bodde sammen i utlendingsforskriftens forstand.

3.1.3.6 Opphør av ekteskap (relasjonsbrudd)

Ved separasjon vil grunnlaget for en tidligere gitt oppholdstillatelse falle bort ved at det er en forutsetning at ekteskapet består og at ektefellene bor sammen. Et eksempel hvor dette skjedde er Borgarting lagmannsrettens dom LB-2002-3456. Dommen handlet om en pakistansk kvinne som hadde vært gift med en norsk statsborger. Hovedspørsmålet i saken var om tilbakekallet ville skape urimelige vanskeligheter for kvinnen i hjemlandet. Det

relevante for dette punktet var at det ikke var uomtvistet mellom partene at separasjon uten videre ville medføre tilbakekall. Uenigheten var om det forelå sterke menneskelige hensyn som likevel ga grunnlag for opphold.

3.1.3.7 Bortfall av foreldreansvar for et norsk barn (relasjonsbrudd)

Bortfall av foreldreansvar kan medføre at forutsetningen for familiegjenforening bortfaller. Dette var tilfelle i Oslo tingrettsdom TOSLO-206-60889. Søkeren var i denne saken en marokkansk statsborger og som var kommet til Norge på tre månedersvisum. Da han ikke hadde forlatt Norge etter tre måneder, ble han bortvist og uttransportert fra Norge. Han giftet seg året etter med en norsk kvinne og fikk innvilget arbeidstillatelse grunnet familiegjenforening. Kort tid etter ble han fraseparert og innledet samboerskap med en ny norsk statsborger som kort tid etter fødte deres felles barn. Året etter søkte han arbeidstillatelse grunnet familiegjenforening med sitt barn, en tillatelse som senere ble fornyet to ganger på samme grunnlag.

Barnevernet ble varslet og overtok omsorgen for barnet. Barnet ble videre plassert på fosterhjem og søkeren ble gitt rett til samvær, fem timer seks ganger i året. Året etter ble det fremsatt søknad om bosettingstillatelse. Av søknaden fremgikk det at søkeren hadde samvær med sin sønn. UDI svarte med å trekke tilbake arbeidstillatelsen. Dette ble begrunnet med at *"det er et vilkår etter utf. § 23 første ledd bokstav j at søkeren dokumenterer samværsrett med barnet av et visst omfang og oppfyller denne retten"*. UDI kom til at vilkåret ikke var oppfylt og viste til at samvær etter bestemmelsen som et utgangspunkt *"må ligge på mistenormen for samvær i medhold av barneloven § 44a. Dette tilsvarer samvær en ettermiddag i uken, annenhver helg, 14 dager i sommerferien og enten jul eller påske"*.

Vedtaket ble påklaget uten at UNE tok dette til følge. Søkeren forlovet seg først med den siste samboer, men siden UNE opprettholdt vedtaket ble han tvunget til å forlate Norge og det planlagte bryllupet i Norge ble avlyst. Kort tid etter giftet paret seg i Marokko.

Søkeren gikk deretter til sak mot staten ved UNE med påstand om at UNEs vedtak måtte kjennes ugyldig samt krav om erstatning. Erstatningskravet gjaldt utgifter i forbindelse med avlysningen av bryllupsfesten, tapt arbeidsfortjeneste og flybilletter for saksøkeren og hans kone tur-retur til Marokko. Søkeren fikk innvilget ny arbeidstillatelse før hovedforhandling i saken.

Retten slo først fast at UNE kun kunne legge til grunn de faktiske omstendigheter som nemnda kjente eller burde kjenne til på vedtakstidspunktet. Det forholdet at søkeren var forlovet, som kan begrunne oppholdstillatelse, var ikke blitt kommunisert til nemnda. Retten påpekte at søkeren kunne ha gjort dette i ny søknad om arbeidstillatelse, ved begjæring av omgjøring av tilbakekallsvedtak eller utreisevedtak eller ved begjæring om midlertidig forføyning.

Når det gjaldt det materielle spørsmål, samværsrett av et viss omfang, kom retten til at søkeren ikke oppfylte de krav som følger av utf. § 23 første ledd bokstav j. Siden retten kom til at UNE ikke hadde gjort noe galt, forelå det heller ingen ansvarsbetingede forhold som kunne begrunne erstatningskravet.

3.2 Ugyldig vedtak fra starten av

3.2.1 Innledning

Disse typetilfellene kjennetegnes av ved at det er gitt uriktige opplysninger om vilkår som ikke er oppfylt. Dette er egentlig to ugyldighetsgrunner, først brudd på vilkår for tillatelsen samt at det er gitt uriktige opplysninger om dette.

De vilkårene som er brutt er de samme vilkårene som er omtalt ovenfor, slik at det vises til det som er skrevet der. Det må være klart at hvis etterfølgende brudd kan medføre tilbakekall, bør det desto mer gjelde dersom vilkåret aldri har vært oppfylt. Det forhold at det gjerne foreligger flere brudd på utlendingsloven kan medfører at utvisning gjerne kommer i tillegg eller istedenfor tilbakekall.

3.2.2 Gitt uriktige opplysninger (bristende forutsetninger)

Loven inneholder flere bestemmelser hvor utlendingen pålegges plikt til å gi opplysninger til utlendingsmyndighetene. Utlendingsloven §§ 14 og 45 pålegger utlendingen å gi opplysninger av eget tiltak mens utlendingen ved anmodning plikter å gi opplysninger etter utl. § 37 første ledd og § 44. I en rekke tilfeller ligger det i sakens natur at utlendingen er nødt til å gi opplysninger fordi det er en forutsetning for å få en tillatelse.

Dersom utlendingen mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger av vesentlig betydning for vedtaket følger det av loven at tillatelsen kan tilbakekalles. Ikke all opplysningssvikt kan medføre tilbakekall, det er et krav om at opplysningene må være ”*av vesentlig betydning*”. Det er verken i utredningen eller proposisjonen nærmere redegjort for hvorfor det ble oppstilt krav om ”*vesentlig*” opplysningssvikt og heller ikke hvordan dette skal forstås. Siktemålet med kravet om ”*vesentlig*” opplysningssvikt kan ha vært å gjøre det klart at ikke enhver uriktig opplysning skal medføre tilbakekall, selv om opplysningen gis forsettelig. Dette vil også være i tråd med forholdsmessighetsprinsippet.

Et eksempel fra UNEs praksisbase er sak nr. 5161055007 som gjaldt en ung kvinne fra Somalia. Kvinnen kom til Norge grunnet familiegjening med sin far. Ved fornyelsen av tillatelsen ble Utlendingsdirektoratet oppmerksom på at hun hadde giftet seg i Somalia tre måneder før innreisen til Norge og at hun her fødte hans barn. Kvinnen unnlot å opplyse myndighetene om forholdet fordi hun ønsket å reise til Norge, og hun flyttet derfor ikke sammen med sin ektefelle i Somalia. Kvinnen forklarte at hun ikke var klar over at disse opplysningene var avgjørende for tillatelsen. Hun ønsket da dette ble kjent skilsmisse fra ektefellen. Kvinnen fødte seinere et til barn her i Norge og bodde på vedtakstidspunktet alene sammen med barna.

Utlendingsnemnda bemerket bl.a. at vilkårene i utlendingsforskriften ikke var oppfylt ved kvinnens innreise til riket. Vedtaket bygget derfor på uriktige eller bristende forutsetninger. Utlendingsnemnda kom enstemmig til at tillatelsen skulle tilbakekalles.

Det normale er at en kun må svare for egne opplysninger. Et unntak fra dette er foreldre som har gitt gale opplysninger på vegne av sine barn. Dette var en av problemstillingene i Borgarting lagmannsrettsdom LB-2006-2006. Saken ble for øvrig nektet fremmet for Høyesterett, se HR 2007-101-U.

Saksforholdet var kort at to søsken som kom sammen med sin mor til Norge fikk innvilget oppholdstillatelse i medhold av utl. § 8 annet ledd. Innvilgelsen var begrunnet i hensynet til barna og oppholdstiden i Norge. Det ble også vist til helsemessige hensyn og at barna hadde fått barnehageplass. De fikk senere fornyet oppholdstillatelsen.

Det viste seg imidlertid at søsknene fra sommeren 1992 til tidlig i 1996 bodde og gikk på skole i Pakistan. Den 2. august 1995 fikk de innvilget søknadene om bosettingstillatelse. Fra høsten 1996 bodde søsknene sammenhengende i Norge, og mesteparten av tiden sammen med familien til en av morens brødre. UDI fattet vedtak om å trekke tilbake bosettingstillatelsene for moren og barna, et vedtak som Justisdepartementet senere stadfestet. I vedtaket ble det vist til at bosettingstillatelsene ble gitt på uriktig grunnlag da søsknene i perioden 1992 til 1994 i hovedsak hadde bodd i Pakistan. Moren ble ansett å ha gitt uriktige opplysninger i forbindelse med søknadene om bosettingstillatelse. Departementet kom også til at det ikke forelå sterke menneskelige hensyn som tilsa at oppholdstillatelser burde innvilges.

En av søsknene hadde gjort seg skyldig i brudd på straffeloven. Han ble funnet skyldig i forsøk på tyveri, grov legemsbeskadigelse og heleri. Dette medførte at det også ble fattet vedtak om utvisning som følge av straffedommen.

Lagmannsretten kom til at vedtakene var gyldige. Retten fant det først bevist at det i skjemaene om fornyelse av oppholds- og arbeidstillatelse for søsknene var oppgitt gateadresse i Oslo som daværende bolig. Søknadene var undertegnet av moren 26. april 1995. Opplysningene var i tråd med bostedsattesten fra Oslo folkeregister av samme dato. Moren var imidlertid klar over at barna på dette tidspunktet hadde bodd sammenhengende i

Pakistan siden 1992, noe som kom frem i et politiavhør av moren. I forhold til tilbakekallet heter det i dommen [C = moren]:

”Lagmannsretten finner det overveiende sannsynlig at C forsto at det var av vesentlig betydning for vedtaket at barna hadde oppholdt seg i Pakistan i hele perioden siden juni 1992. Lagmannsretten finner det forfor klart at C i søknaden på vegne av sine barn, mot bedre vitende ga uriktige opplysninger og fortiet forhold av avgjørende betydning for innvilgelsen av bostedstillatelsene i 1995. De uriktige opplysningene var åpenbart avgjørende for at ankemotpartene fikk bosettingstillatelse. Ankemotpartene må identifiseres med morens handlinger. Bosettingstillatelsen må etter dette anses ugyldig etter alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Vilkårene for tilbakekall etter utlendingsloven § 13 er dermed tilstedet.”

Søsknene var henholdsvis rundt 9 og 10 år i 1995 da moren ga de uriktige opplysningene. Det kan stilles spørsmålstegn ved rimeligheten av identifiseringen av mor og barna. I alle fall kan Borgartings dom kritiseres for at dette ikke problematiseres nærmere.

3.2.3 Uriktig identitet

Uriktig identitet er en undergruppe av uriktige opplysninger. Denne problemstillingen har vært oppe i en del saker slik at uriktig identitet er skilt ut som et eget underpunkt.

Uriktig identitet vil være et moment i tilbakekallsvurderingen. Ofte vil vilkårene for utvisning være til stedet slik at de fleste dommene på dette området er utvisningsdommer. Vurderingstema er imidlertid det samme slik at disse dommene også er relevante når tilbakekall vurderes. De mest kjente dommene om uriktig identitet er de såkalte Quetta-dommene, se LB-1997-22295, RG 1998 s. 466 og LB-1997-1555. Felles for disse dommene er at pakistanere fra Quetta-området søkte asyl. Disse hadde ikke identifikasjonsbevis og fortalte at de kom fra Afghanistan via Iran. Det ble satt i gang et Quetta-prosjekt som medførte at UDI avdekket disse sakene. Språktester viste at disse var

fra Pakistan og ikke Afghanistan. Følgen ble at oppholdstillatelse ble trukket tilbake for barna og foreldre ble utvist.

Quetta-sakene bestod i stor grad av bevisvurdering, noe som ikke er relevant for denne oppgaven. Interessant er imidlertid lagmannsrettens drøftelse av barnas rettsstilling når foreldrene blir utvist, se RG 1998 s. 466. Barna hadde først søkt oppholdstillatelse sammen med sin mor, men senere søknader ble innsendt på separate søknadsskjemaer.

Retten kom først til at utlendingsloven ikke spesielt regulerer rettsstilling til barn av utlendinger som mister sin oppholdstillatelse eller blir utvist. Tema er sparsomt behandlet i forarbeidene og det ble vist til Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) s. 68 hvor det heter:

”Når det gjelder mindreårige barn, mener departementet at det må være et klart utgangspunkt at de følger med sine foreldre når disse forlater landet, enten dette skjer etter foreldrenes egen beslutning eller som følge av et vedtak etter utlendingsloven. Også barnas situasjon ville imidlertid kunne være et moment som må tas med i betraktning i de vedtak myndighetene skal treffe i slike saker. --- En er imidlertid her inne på et område hvor det kan opptre svært mangeartede tilfeller og hvor det gjør seg gjeldende flere kryssende hensyn. En vil ikke gå inn for å søke å regulere enkelthetene i loven.”

Lagmannsretten kom så til at tilbakekall av barnas oppholdstillatelse var gyldig. Når det gjaldt utvisning av barna var retten av et annet syn enn utlendingsmyndighetene. Det er et krav for å kunne utvise at barna (grovt eller gjentatte ganger) har forbrutt seg mot utlendingsloven. Barna kunne ikke identifiseres med sine foreldre. Retten kom til at barnas unnlattelse å gi uriktige opplysninger om sin tilknytning til Pakistan i den situasjonen de befant seg i, ikke kunne kvalifisere for utvisning. Det var særlig forskjellen mellom tilbakekall og utvisning som førte til denne konklusjonen, hvor det i dommen heter:

”Lagmannsrettens syn med hensyn til utvisningen til barna har rettslig betydning først og fremst av følgende grunn: Utvisningen har etter utl. § 29 siste ledd den rettsvirkning at utlendingen ikke kan søke om å vende tilbake til landet før minst to år har gått. I denne saken er for øvrig innreiseforbudet gjort varig. Utvisningen betyr også automatisk innreiseforbud til andre nordiske land. Selv om det, som nevnt ovenfor, ikke er sannsynliggjort at tilbakekallelsen av barnas oppholdstillatelse er ulovlig, og at de dermed lovlig kan bli uttransportert av landet sammen med sine foreldre, er det av betydning for deres rettsstilling å få fastslått at de ikke er utvist. Så lenge de ikke er utvist, er det intet til hinder for at de når som helst kan få opphold[-]stillatelse på ny, f.eks. av humanitære grunner, etter ny søknad.”

3.2.4 Proformaekteskap

Familiemedlemmer kan få familiegjengenforening etter utlendingsloven § 9. I forhold til ektefeller oppstiller utlendingsforskriften § 23 første ledd bokstav a krav om ”ekteskap” og at ektefellene ”skal bo sammen”. Forarbeidene stiller videre opp et krav om at ekteskapet må være reelt, dvs. ikke proforma. Det finnes mange typer ekteskap herunder arrangert ekteskap og registrert partnerskap. Den vanligste grunnen i Norge til at folk gifter seg er antakelig kjærlighet, men det fins også andre grunner som for eksempel et ønske om trygghet eller det å bli forsørget. Enkelte gifter seg for å hjelpe/gjøre en tjeneste for et familiemedlem fra et fattig land.

Andre og mindre aktverdige grunner kan være tvang eller press fra familien. Noen mottar til og med vederlag for å gifte seg med en utlending. Et ekteskap som ikke innebærer noe realitet, proforma ekteskap, vil som regel være vanskelig for utlendingsmyndighetene å avdekke. Partene bor for eksempel sammen i et ekteskapsliknende forhold. Det finnes flere eksempler fra retts- og forvaltningspraksis om personer som inngår ekteskap kun for å skaffe den utenlandske ektefellen lovlig opphold i riket.

Proforma er bl.a. behandlet i NOU:2004 s. 226 flg. Her fremkommer det at det er en sedvanerettslig regel om at det er adgang til å avslå oppholdstillatelse dersom ekteskapet er proforma. Det blir også vist til Ot.prp. nr. 46 (986-87) s. 61:

”Et gyldig inngått ekteskap vil [] ikke gi grunnlag for oppholdstillatelse hvis det ikke er noe realitet i det.”

Med dette menes at selv om hovedformålet med ekteskapsinngåelsen har vært å oppnå oppholdstillatelse, vil ikke dette uten videre være tilstrekkelig for avslag eller tilbakekall, dersom ekteskapet samtidig har realitet. Dette skaper betydelige bevismessige utfordringer, hvor bevistemaet er partenes subjektive motiver for ekteskapet. Om dette heter det i NOU-en på side 226:

”I utgangspunktet er det ikke tilstrekkelig å fastslå at partene har hatt som hovedmotiv å oppnå oppholdstillatelse for søkeren. Det avgjørende vil normalt være om ekteskapet savner så godt som enhver realitet når det gjelder partenes tilknytningsmessige forhold til hverandre i ekteskaplig sammenheng.”

Terskelen for proformaekteskap blir senket i den nye loven som nå vil følge det samme mønsteret som den tilsvarende danske regel. I ny § 40 annet ledd kan oppholdstillatelse nektes ”dersom det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere et grunnlag for opphold i riket for søkeren”. Det blir med andre ord tilstrekkelig at hovedformålet er å oppnå oppholdstillatelse. Endringen må også få effekt i tilbakekallssaker.

I NOU 2004: 20 oppstilles det en del objektive momenter som vil være relevante når en skal vurdere hva hovedformålet er med ekteskapet. Det fremheves også at disse momentene ville være naturlig å ta utgangspunkt i dersom man skulle vurdere om ekteskapet er uten realitet (proforma). Momentene fremgår av side 228 i NOU-en og de lyder:

- Hvilken kontakt det har vært mellom partene før ekteskapsinngåelsen, både med hensyn til varighet, karakter og omfang
- Hvilke kunnskaper partene har om hverandre
- Hvorvidt partene kan gi samsvarende opplysninger om hvordan de har blitt kjent med hverandre og hvilken kontakt som har vært mellom dem mv.
- Om partene kan kommunisere på et felles språk
- Aldersforskjellen mellom partene
- Om penger er betalt for ekteskapsinngåelsen uten at dette kan forklares med grunnlag i medgiftstradisjoner
- Hvorvidt referansepersonen har en tidligere ekteskapeleg historie som kan gi grunnlag for mistanke om proforma eller tilsvarende
- Om en av partene har en tidligere livsledsager som skal bo i samme husstand som partene

Disse momentene bør også være relevante for proformavurderinger etter dagens utlendingslov, noe som også fremheves i NOU-en. Disse momentene må i stor grad være hentet fra forvaltnings- og rettspraksis. Det finnes også en del praksis om proforma.

Det finnes ingen høyesterettsdom som inngående drøfter hva som ligger i proformabegrepet. Høyesterett har i Rt. 2006 s. 1657 tatt stilling til hvilke beviskrav som gjelder når det skal vurderes om et ekteskap er reelt, noe som faller utenfor denne oppgaven. Når det gjaldt den konkrete rettsanvendelse, delte retten seg i tre fraksjoner (dvs. tre begrunnelser). Ved at det ikke forelå noe flertall¹⁹ i forhold til den konkrete rettsanvendelsen som også var ganske konkret, er det begrenset med veiledning som kan utledes fra denne dommen når det gjelder selve proformabegrepet.

¹⁹ Førstvoterende fikk tilslutning fra en dommer og det samme gjorde annenvoterende. Det er noe uklart om hvem tredjevoterende var enig med.

Spørsmålet om ekteskapet var proforma var tvistegjenstand i Oslo tingrettsdom TOSLO-2001-9716. I dommen blir proformabegrepet nærmere drøftet. Søkeren var fra Pakistan og fikk oppholdstillatelse i studieøyemed. Grunnet manglende fremdrift i studiene fikk han ikke fornyet oppholdstillatelsen. Da endelig avslag ble fattet, hadde søkeren inngått ekteskap med en norsk statsborger noe som medførte at utsendelsen ikke ble iverksatt. Senere samme år innrømmet ektefellene at ekteskapet var proforma. UDI av slo derfor ny søknad om oppholdstillatelse i familiegjennforeningsøyemed siden partene ikke lengre bodde sammen.

Søkeren søkte på nytt om oppholdstillatelse i det han hadde planer om å inngå nytt ekteskap med en annen norsk kvinne så snart separasjonstiden hadde gått ut, men også dette ble avslått. Han søkte på nytt om arbeids- og oppholdstillatelse, denne gangen fordi han planla å flytte sammen med sin nye kjæreste B som var norsk statsborger med vietnamesisk bakgrunn. Søkeren giftet seg senere med denne kvinnen. I forhold til begrepet proformaekteskap uttalte tingretten følgende:

”Retten finner at saken er vanskelig i den forstand at det kan være svært komplisert å trekke grensen mellom proformaekteskap og et ekteskap som innebærer realitet. Hvis statens faktiske anførsler fullt ut stemmer, står man for så vidt ikke ovenfor noe tvilstilfelle. Hvis B [konen] nesten gjennom hele perioden ektefellene har vært gift, har vært fast bosatt hos sin kjæreste, så foreligger det et proformaekteskap. Det er imidlertid ikke slik at en motivasjon for et ekteskap knyttet til vilkår for bosettings- og arbeidstillatelse, nødvendigvis gjør at ekteskapet er proforma. Det finnes en rekke motiver for å inngå ekteskap, som ikke nødvendigvis betyr at partene er overbevist om at de vil ha livsvarig intenst kjærlighetsforhold til hverandre. Å inngå ekteskap, for eksempel for å bli forsørget av en ektefelle, har gjennom alle tider vært en vanlig og legitim motivasjon for å inngå ekteskap”.

I saken var det også et poeng at partene hadde hatt en vanskelig økonomi og en vanskelig boligsituasjon. Dette hadde medført at deres boforhold hadde blitt mer rotete enn når

ektefeller med etablert økonomi inngår langvarig leieforhold eller kjøper en bolig. Søkeren mente at det var nok at de hadde bodd sammen mens staten krevde at samboerskapet skulle innebære et reelt ekteskap. Retten hadde vanskeligheter med ”å finne hva det presise innholdet i et reelt ekteskap skal være utover at partene skal bo sammen”.

Retten kom til at det var for stort avvik mellom det faktum nemnda hadde lagt til grunn og det som fremkom i rettssaken slik at den under tvil opphevet vedtaket.

Proforma ble også drøftet i LB-2006-82738-2 som gjaldt en marokkansk søker og hans to døtre. Saken er omtalt ovenfor i forbindelse med bokravet og det vises til faktumfremstillingen der. Denne saken ble avgjort på bokravet, men retten drøftet likevel proforma-anførselen (obiter diktum). Om denne vurderingen heter det i dommen [mine tilføyelser]:

”Lagmannsretten finner det likevel grunn til å bemerke at de faktiske omstendighetene i saken med styrke taler for at ekteskapet ikke er reelt, og viser blant annet til den relativ store aldersforskjellen mellom de to [14 år], sammenholdt med det kortvarige bekjentskapet før giftermålet. Ikke minst taler den beskjedne kontakten dem i mellom for at ekteskapet mangler realitet. Det B [konen] opplyser for lagmannsretten at den eneste kontakten hun hadde med A [mannen] i de fjorten månedene fra ekteskapet ble inngått til han ankom Norge, var to ganger pr. telefon. En så sparsom kontakt mellom nygifte harmonerer ikke med lagmannsrettens oppfatning av et reelt ekteskap, og lagmannsretten finner at det er klar sannsynlighetsovervekt for at hovedformålet med ekteskapet var å skaffe A opphold i Norge.”

En annen sak hvor proforma var anført, men ikke tatt til følge, er Borgarting lagmannsrettsdom LB-2008-1950-56. Det kan noteres at tingretten la til grunn at ekteskapet hadde vært proforma. Saksforholdet var at søkeren hadde giftet seg med sin kusine i Pakistan. Begge var etniske pakistanere. Dette var et arrangert ekteskap som ble

inngått på bakgrunn av en avtale mellom personer i de respektive familiene. Kusinen var norsk statsborger og bosatt i Norge mens søkeren var pakistansk statsborger og bosatt i Pakistan. Søkeren kom først til Norge på turistvisum, og han returnerte til Pakistan etter to uker. Deretter søkte han arbeidstillatelse i familiegjennforeningsøyemed. UDI avsto søknaden og begrunnet dette med at ekteparet ikke bodde sammen. Konen hadde informert politiet om at søkeren hadde flyttet tilbake til Pakistan fordi ekteskapet ikke fungerte. Søkeren søkte på nytt om arbeidstillatelse, denne gangen med støtte fra B. Ektefellene bodde da sammen i et hus ved Ski og flyttet deretter til et hus på Ås.

Konen reiste på en lengre ferietur til Pakistan hvor hun traff en mann som hun ble forelsket i. Disse forlovet seg og giftet seg der noe senere. Kort tid før ekteskapet hadde konen sendt inn skilsmisessøknad hvor enkelte av signaturene var forfalsket. I tillegg hadde konen lagt ved en erklæring om at ekteskapet hadde vært proforma. Søkeren giftet seg på ny, men siden UDI avsto søknaden om familiegjennforening forble den nye konen i Pakistan. Søkeren traff senere en ny kvinne i Norge som han flyttet sammen og fikk barn med.

UDI tilbakekalte søkerens bosettingstillatelse fordi søkeren etter UDIs mening hadde gitt uriktige opplysninger og fortiet vesentlige forhold og viste i den sammenheng til skilsmissebevilgningen. Det ble også trukket frem forutsetningen for tillatelsen om at ekteparet måtte leve sammen, noe som etter UDIs syn heller ikke var oppfylt. Siden UNE ikke ville omgjøre vedtaket ble saken brakt inn for retten.

Lagmannsretten slo først fast at proformaekteskap ikke gir rett til oppholds- og arbeidstillatelse. Søkeren og konen hadde gitt motstridende forklaringer, og det var klart at man ikke kunne feste lit ved den tidligere konens forklaring. De øvrige vitnene i saken støttet opp mannens forklaring. Videre kom det frem at konen hadde forfalsket

skilsmisseforklaringen, noe KRIPOS²⁰ bekreftet. Dette var et ekteskap som ikke fungerte, det vil si noe vesentlig annet enn et proformaekteskap.

Det er for så vidt ikke uvanlig i det pakistanske miljøet at det fremsettes påstander om proforma når ekteskapet ikke fungerer, noe som kan støtte at dommen er riktig.

3.2.5 Tvangsekteskap

Et tvangsekteskap er et ekteskap der minst en av partene har blitt presset til å inngå ekteskap mot sin vilje. I tillegg til ekteskapsloven²¹ § 16, hjemler straffeloven § 222 straff for den som ved vold, trusler, frihetsberøvelse, utilbørlig press eller annen rettsstridig adferd tvinger noen til å inngå et ekteskap. Utilbørlig press og trusler er vanligere enn fysisk tvang ved slike ekteskap. Det som konkret må vurderes er om det press som har vært utøvd er så alvorlig at det også er rettsstridig. Momenter i denne vurderingen er hvor sterkt presset har vært, hvor lenge det har vart og hva presset har bestått i. Tvangsekteskap er noe annet enn et arrangert ekteskap. I arrangerte ekteskap deltar gjerne familiemedlemmer aktivt med å foreslå kandidater til ektefelle. Det avgjørende er om forslaget til ektefelle gir vedkommende en reell mulighet til å takke nei og graden av press som utøves.

Dersom utlendingsmyndighetene finner det sannsynlig at ekteskapet er inngått mot en av partenes vilje kan familieegjenforening med ektefellen nektes. Hjemmelen for dette er utl. § 9 tredje ledd som lyder:

”Arbeidstillatelse og oppholdstillatelse etter første ledd kan nektes dersom referansepersonen etter forespørsel ikke samtykker i at søkeren gis tillatelse eller dersom det er sannsynlig at ekteskapet er inngått mot en av partenes vilje.”

²⁰ Den nasjonale enhet for bekjempelse av organisert og annen alvorlig kriminalitet

²¹ Lov av 04. juli 1991 nr. 47 Lov om ekteskap (Ekteskapsloven)

Dette taler også for at tilbakekall kan skje dersom myndighetene i ettertid finner det sannsynlig at ekteskapet er inngått med tvang. Selv om forholdet ikke fanges opp av den strafferettslige bestemmelsen om tvangsekteskap, kan mye tale for at det sivilrettslige tvangsekteskapsbegrepet bør være videre enn det strafferettslige. Dette vil kunne gi den norske statsborger eller herboende ektefelle mer vern.

3.2.6 Arrangert ekteskap

Et arrangert ekteskap kan være helt frivillig eller inngått under ulike grader av press. Dette er likevel noe annet enn tvangsekteskap selv om det kan være en hårfin grense mellom disse to gruppene av ekteskap. I arrangerte ekteskap er det normalt foreldrene, andre familiemedlemmer eller slektninger som i medhold av tradisjon og kultur har sentral rolle i å velge ektefelle. Det kan være press involvert både ved arrangerte ekteskap og tvangsekteskap. Graden av tvang og press kan variere fra utilbørlig tvang i tvangsekteskap til lavere grader av press, overtalelser og sterke synspunkter fra foreldre.

3.3 Ugyldig fra starten av, men senere reparert

3.3.1 Innledning

Dette utgjør kun en mindre del av de typetilfeller som finnes. De fleste vedtak som er ugyldig fra starten av som blir avdekket av UDI blir tilbakekallt. Kun unntaksvis vil det foreligge forhold som kan ”reparere” ugyldigheten slik at tillatelsen ikke blir tilbakekalt.

3.3.2 Proformaekteskap eller tvangsekteskap som blir reelt

Utgangspunktet er at proformasekteskap og tvangsekteskap ikke gir grunnlag for arbeids- eller oppholdstillatelse i familiegjenforeningsøyemed. Det kan likevel tenkes at proformaekteskapet eller tvangsekteskapet med tiden blir et reelt ekteskap. Partene kan etablere et ekteskaplig samliv der de kan få barn slik at ønske om oppholdstillatelse kommer mer i bakgrunnen. Partene er formelt sett gift og hvis ekteskapet også får realitet kan dette tilsi at ”ugyldigheten” repareres. Dette bør gjelde både i tvangs- og proformaekteskapstilfellene.

Utlendingen vil i et slikt tilfelle ha rett til familieforening. Skulle det dukke opp et tilfelle der utlendingen har fått oppholdstillatelse selv om ekteskapet opprinnelig var proforma, bør de endrede forhold tilsi at tilbakekall unnlates. Et tilbakekall vil også kunne være en uforholdsmessig reaksjon i slike tilfeller.

Høyesteretts dom Rt. 2006 s. 1657 omtalt ovenfor kan tas til inntekt for et slikt syn.

For disse typetilfellene vil det være en iboende vanskelighet å avdekke at ekteskapet først manglet realitet for senere å få det. Dette er imidlertid et bevismessig spørsmål som faller utenfor oppgaven.

3.3.3 Proformaekteskap som blir etterfulgt av et nytt reelt ekteskap

Denne problemstillingen var oppe i Oslo tingrettsdom TOSLO-2006-66378. Selv om søkeren ikke fikk medhold i denne saken, åpner dommen opp for at nytt ekteskap kan medføre at utvisning er uforholdsmessig. Da følger det av fra-det-mer-til-det-mindre at også tilbakekall kan være uforholdsmessig. Terskelen er imidlertid høy. Om dette heter det i dommen:

”Det er i praksis lagt til grunn ved forholdsmessighetsvurderingen at ekteskap som er inngått etter at parten er blitt utvist eller kunne ha blitt utvist reduserer ekteskapets betydning, jf. NOU 2004 nr. 20 s 308 og RG-2002-969. I slike tilfeller vil ikke partene ha noen berettigede forventninger om å leve sammen i riket”

Forholdsmessighetsvurderingen vil bli nærmere drøftet under punkt 4.

3.4 Kort tid til at vedtaket faller bort av seg selv

Tilbakekall vil som regel ikke være nødvendig hvis en tillatelse om kort tid likevel bortfaller. Dette vil kun gjelde for arbeids- og oppholdstillatelser. Det vil sjelden foreligge grunner som tilsier at en ikke kan vente kort tid til et tidsbegrenset vedtak faller bort av seg selv. Dette har særlig en side mot hensiktsmessig ressursbruk i forvaltningen.

I praksis er det en tendens til at myndighetene, der det er mulig, foretrekker å la tillatelsen opphøre av seg selv, fremfor å tilbakekalle den. Det er ofte det naturligste å velge den ”mykere” linje i disse tilfellene. Det kan på den ene siden være det mest hensynsfulle overfor utlendingen. På den annen side kan det utvilsomt også være det enkleste for myndighetene, hvis de da slipper å føre bevis for ugyldighets eller omgjøringsgrunnen.

4 Forholdsmessighetsvurderingen

4.1 Innledning

I punkt 2.4 ovenfor er forholdsmessighet drøftet i sin alminnelighet. Her vil praksis bli trekket frem for å belyse og konkretisere forholdsmessighetsvurderingen.

Forholdsmessighets- eller proporsjonalitetsvurderingen består egentlig av to vurderingstemaer. Det første er at det minst inngripende av to handlingsalternativer skal velges hvis begge kan oppnå samme resultat (dvs. ikke mer inngripende enn nødvendig). I utlendingssaker vil det sjelden være andre sanksjoner ved brudd på utlendingsloven enn tilbakekall og bortvisning eller utvisning hvis det er gitt bosettingstillatelse eller det er lang tid til oppholds- eller arbeidstillatelsen faller bort av seg selv.

Det andre vurderingstemaet knytter seg til det valgte handlingsalternativ, f.eks. tilbakekall og bortvisning. Dette kan ikke velges hvis handlingsalternativet er uforholdsmessig. Et vedtak vil kunne være uforholdsmessig, hvis mindre bagateller leder til en streng reaksjon. Videre vil et vedtak kunne være uforholdsmessig hvis de negative følgene for utlendingen blir for store. De negative følgene kan være at familierelasjoner brytes, medisinsk behandling avbrytes eller at utlendingen risikerer negative reaksjoner i sitt hjemland som represalier, misbruk eller dødsstraff.

Forholdsmessighetsvurderingen vil i stor grad være en sikkerhetsventil som skal forhindre vedtak som gir urimelige konsekvenser. Som nevnt ovenfor må dette sies å være et

alminnelig forvaltningsrettslig prinsipp. Prinsippet er lovfestet for utvisningssaker, men kommer også inn i tilbakekallssaker. Da det er en del likhetstrekk mellom utvisnings- og tilbakekallssaker, vil forholdsmessighetsvurderinger i utvisningssaker kunne ha overføringsverdi til tilbakekallssaker. Enkelte utvisningssaker vil derfor også bli trukket frem i det følgende. I tilbakekallssaker hvor utlendingen ikke har krav på alternative tillatelser etter utlendingsloven, vil følgen av tilbakekallet bli tilnærmet lik som i utvisningssaker. Dette tilsier at forholdsmessighetsvurderingen for praktiske formål blir lik.

Et spørsmål som oppstår i denne forbindelse er om det skjønnet utlendingsloven § 13 åpner for medfører at forvaltningen kun kan unnlate å tilbakekalle når (1) det er kort tid til et vedtak faller bort av seg selv eller (2) når vedtaket er uforholdsmessig. Eller finnes det andre tilfeller hvor forvaltningen kan unnlate å tilbakekalle når vilkårene ellers er oppfylt. Spørsmålet er i realiteten hvor fritt er forvaltningens frie skjønn. Alternativ nr. (1) kan begrunnes i ressursmessige hensyn som muligens kan tale for at tilbakekall kan unnlates i andre saker enn hvor det er kort tid til vedtaket faller bort av seg selv. Hensynet til likebehandling og effektive utlendingsrettslige regler tilsier imidlertid at en mulig tredje gruppe bør være så liten som mulig. Hvis forvaltningen ønsker å unnlate å tilbakekalle pga. konkret rimelighet, bør dette etter mitt syn forankres i under alternativ nr. (2).

Felles for de dommene som er blitt gjennomgått ovenfor er at det først drøftes om vilkårene for tilbakekall foreligger. Hvis svaret er bekreftende, drøfter retten om vedtaket likevel er uforholdsmessig og dermed ugyldig. Dommene har forskjellige måter å tilnærme seg forholdsmessighetsvurderingen på. I Oslo tingrettsdom, TOLSO-2007-10046, er spørsmålet om tilbakekallet ”*fremstår som et uforholdsmessig inngrep*”. Retten går med andre ord bare rett på drøftelsen.

I Borgarting lagmannsrettsdom, LB-2006-82738-2, hjemler retten vurderingen i ”*fast forvaltningspraksis*”. Borgarting lagmannsrett tar et annet utgangspunkt i LB-2006-2006. Her hjemles forholdsmessighetsvurderingen i utl. § 8 annet ledd. Denne bestemmelsen åpner for at oppholdstillatelse kan gis ”*når sterke menneskelige hensyn taler for det, eller*

når utlendingen har særlig tilknytning til riket”, jf. dommens premisser. Dette vil være en annen måte å formulere forholdsmessighetskravet på, noe som kommer frem litt senere i dommen når domstolen fremhever:

”Spørsmålet blir etter dette om Justisdepartementets vedtak om å nekte bosettingstillatelse må settes til side som sterkt urimelig, eller som følge av at det ellers forligger myndighetsmisbruk eller at vedtaket strider mot EMK artikkel 8.”

I det påfølgende avsnitt knyttes urimelighetsvurderingen opp mot utl. § 8 annet ledd slik at bestemmelsen i realiteten blir en del av forholdsmessighetsvurderingen. EMK artikkel 8 trekkes også frem. Bestemmelsen gir rett til familieliv og bortfall av dette vil i enkelte saker kunne være uforholdsmessig.

I Borgarting lagmannsretts avgjørelser RG-2004-391 og LB-2008-5644 er forholdsmessighetsvurderingen i stor grad knyttet opp mot EMK artikkel 8, selv om sistnevnte dom indirekte berører utl. § 8 annet ledd. I Borgarting lagmannsretts dom LB-2002-3456 må forholdsmessighetsvurderingen sies å være knyttet opp mot utf. § 37 sjette ledd som sier at en kvinne kan få oppholdstillatelse dersom hun som følge av samlivsbrudd *”vil få urimelige vanskeligheter i hjemlandet grunnet de sosiale og kulturelle forhold der”*.

I utvisningssaker er forholdsmessighetsvurderingen lovfestet i utl. § 29 annet ledd som lyder: *”[u]tvisning etter første ledd bokstav a, b, c, e og f besluttes ikke dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene”*.

I Høyesteretts nylig avsatte dom, HR-2009-00929-A, skilte Høyesterett mellom *”tilknytning til riket”* (avsnitt 52-54) og hensyn til barna (avsnitt 55 tom 79). I drøftelsen av hensynet til barna ble både FNs Barnekonvensjonens artikkel 3. nr. 1 og EMK artikkel 8 nr. 2 trukket inn.

Når det gjelder utl. § 8 annet ledd som nevnt ovenfor har rekkevidden av denne blitt drøftet nærmere i LB-2006-2006, en lagmannsrettsdom som gjaldt to søsken hvor den ene ble bortvist og den andre ble utvist. Lagmannsretten skilte ikke mellom bortvisningen og utvisningen når det i dommen heter:

”Etter utlendingsloven § 8 annet ledd « kan » det gis oppholdstillatelse når « sterke menneskelige hensyn » taler for det eller utlendingen har en « særlig tilknytning til riket ». Avgjørelsen beror etter loven på sammensatte, konkrete skjønnsmessige vurderinger. Avgjørelsen av om det foreligger grunnlag for opphold på slike humanitære grunnlag må etter loven anses overlatt til forvaltningens frie skjønn, jf. Rt-1997-1784 og Rt-2003-1287. Domstolene kan bare sette til side forvaltningens skjønnsutøvelse dersom vedtaket er grovt eller sterkt urimelig eller det for øvrig foreligger myndighetsmisbruk, jf. Rt-1997-1784 og Rt-2003-1287. Det skal svært mye til for å sette et forvaltningsvedtak til side på slikt grunnlag.”

Siste setning i sitatet viser at forholdsmessighetsvurderingen i realiteten er en snever sikkerhetsventil som i de fleste saker ikke vil komme til anvendelse. Det siste gjelder særlig for domstolsbehandlingen av utlendingssaker hvor domstolene i begrenset grad vil overprøve forvaltningens vurderinger.

Utlendingsloven med forskrift inneholder alternative hjemler som kan gi oppholdstillatelse, se bl.a. utl. § 8 annet ledd eller utf. § 37 sjette ledd. Bestemmelsene krever at det skal foreligge ”sterke menneskelige hensyn” eller at utlendingen ”vil få urimelige vansker”, to vurderingstemaer som begge har en side mot forholdsmessighetsvurderingen. Realiteten er at utlendingen får bli i Norge fordi det er uforholdsmessig å sende utlendingen ut. Hvis en følger den ”myke linje” burde det etter mitt syn tilsi at en ikke tilbakekalte det opprinnelige vedtaket siden utlendingen uansett får bli.

Velger forvaltningen likevel å tilbakekalle den opprinnelig tillatelsen og gi en ny tillatelse med hjemmel i nevnte bestemmelser, kan det sies at terskelen for tilbakekall er lav siden ny

tillatelse kan innrømmes. Dette er en formalistisk måte å se på spørsmålet, for det avgjørende for utlendingen er om utlendingen får bli eller må reise ut av riket. Etter mitt syn er forholdsmessighetsvurderingen og de nevnte bestemmelser to sider av samme sak. Hvis det er uforholdsmessig å sende utlendingen ut av riket, får vedkommende bli uavhengig av hvordan dette formelt sett begrunnes.

4.2 Rett til familieliv - folkerettslige forpliktelser.

EMK artikkel 8 blir i en del saker påberop av søkere når utvisning/bortvisning kan medføre at familiebånd brytes. Forholdsmessighetsvurderingen er mest aktuell for utvisningssaker da eksisterende familiebånd brytes, enten permanent eller tidsbegrenset. Det er som regel mangel på familiebånd som kan begrunne tilbakekall, ikke det motsatte. Foreligger det familiebånd som EMK beskytter, vil som regel vilkårene for oppholdstillatelse være oppfylt slik at det ikke vil være noen grunn til å tilbakekalle. Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) ble gjort til norsk lov gjennom Menneskerettsloven²². EMK art. 8 bestemmelsen lyder slik:

”1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.

2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter”.

Forholdet til EMK har bl.a blitt drøftet i LB-2008-56144 omtalt ovenfor. Retten startet med å påpeke at oppholdsnektelsen innebar et inngrep i retten til *”respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse”*, noe som heller ikke var bestridt av staten. Mer konkret var det alternativet respekt for *”sitt privatliv”* og *”sitt hjem”* som var aktuelle i

²² Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven)

saken. Den nærmere grensedragningen har liten betydning i seg selv, jf. Rt. 1998 s 1795. EMK artikkel 8. nr. 2 gjør unntak fra rettighetene som følger av første ledd, og spørsmålet var om oppholdsnektelsen kunne rettferdiggjøres etter nr. 1. Oppholdsnektelsen ville være hjemlet i lov slik at kravet om *"samsvar med loven"* er oppfylt. Retten påpekte også at søkerne heller ikke falt inn under noen av bestemmelsene i utlendingsloven som gav dem rett til arbeids- eller oppholdstillatelse. utl. § 8 annet ledd er kun en "kan"-regel som ikke gir rett på opphold.

Det er videre et krav i art. 8 nr. 2 om at inngrep må være begrunnet i et tvingende hensyn. I denne saken og i tilbakekallssaker generelt vil det særlig være hensynet til landets økonomiske velferd og hensynet til å forebygge uorden som kan begrunne inngrepet.

Det neste og sentrale spørsmål var så om oppholdsnektelsen kunne anses som *"nødvendig i et demokratisk samfunn"*. Med dette menes at det må foreligge et vesentlig samfunnsmessig behov for enten å utvise eller bortvise utlendingen. Det vil svært ofte være allmennpreventive og generelle innvandringspolitiske hensyn som begrunner dette behovet og ikke utfallet i den enkelte sak.

Om dette skriver Erik Møse, *Menneskerettigheter*, s 427 med utgangspunkt i Berrehab-saken (EMD-1984-10730) at *"selv om statene har rett til å regulere innreise og opphold, måtte inngrepet ivareta et tvingende samfunnsmessig behov. Hvorvidt dette var forholdsmessig, berodde på en avveining mellom formålet og inngrepets alvor"*. For å ta stilling til dette måtte retten foreta en bred helhetsvurdering, om denne heter det i dommen:

"Det skal foretas en balansert avveining mellom statens interesse i å nekte fortsatt opphold mot utlendingens interesser og behov. Statene innrømmes i denne forbindelse en viss skjønnsmargin (« margin of appreciation »). Om disse alminnelige utgangspunktene vises det bl.a. til Rt-1998-1795, Rt-2008-560 og EMDs dom 31. juli 2008 i saken Darren Omoregie m.fl mot Norge, avsnitt 56 og 57".

Denne vurderingen har vært oppe i en rekke avgjørelser i EMD og Høyesterett. Avgjørelsene omfatter ulike situasjoner, både utvisningsvedtak og vedtak om å nekte oppholdstillatelse. Felles ved begge type vedtak er at utlendingen må forlate riket. Lagmannsretten, LB-2008-56144, legger derfor til grunn at spørsmålet om oppholdsnektelse må vurderes ”på noen lunde samme måte som om det er tale om en utvisning”. Dette var naturlig siden konsekvensen i stor grad ville bli den samme. Lagmannsretten trakk deretter opp et skille mellom lovlig og ulovlig opphold og tilknytning skapt som følge av dette. Deretter ble Roderigus dommen fra EMD trukket frem hvor ulovlig opphold kun sjelden vil kunne gi rettigheter etter EMK. Om dette heter det i dommen:

”I rettspraksis trekkes det et skille mellom de tilfelle der utlendingen har etablert sin tilknytning til vertslandet - i form av familieetablering og/eller lang oppholdstid - gjennom et opphold på grunnlag av en gitt tillatelse, og tilfelle der tilknytningen er etablert gjennom et ulovlig opphold eller under forhold hvor oppholdsgrunnlaget er usikkert. Lagmannsretten viser til Rt-2008-560 avsnitt 53 og 54. Videre vises det bl.a. til EMDs dom 3. juli 2006 Roderigues Da Silva m.fl mot Nederland. I avsnitt 38 og 39 i den dommen sondres det mellom « positive and negative obligations ». Videre fremgår det i avsnitt 39 at det - i tilfelle der familielivet er etablert på et tidspunkt hvor de involverte er kjent med at oppholdsgrunnlaget for utlendingen er usikkert - bare er i « the most exceptional circumstances that the removal of the nonnational family member will constitute a violation of Article 8 ». Det samme fremgår av EMDs dom 31. juli 2008 i sak Darren Omoregie m.fl. mot Norge. I sistnevnte dom brukes uttrykket « exceptional circumstances »”.

Lagmannsrettens dom gjaldt to søsken som hadde bodd store deler av livet i Norge, men den siste tiden ulovlig. Retten vier så til at historikken i saken illustrerer at det i praksis kan tenkes mellomformer hvor ovennevnte sontring, ulovlig og lovlig opphold, kan være vanskelig å anvende. Sondringen begrunnes av ulike hensyn. Det første hensynet er at det

ikke er grunn til å gi samme beskyttelse til søkere som vet at de kan måtte forlate landet fordi de ikke har fått avklart sin status eller kun har midlertidig oppholdstillatelse, sammenliknet med personer som har fått ordinær oppholdstillatelse eller bosettingstillatelse.

Den første gruppen har ikke samme berettigede forventning om fortsatt opphold som sistnevnte gruppe. Den andre typen hensyn er allmennpreventive hensyn som tilsier at personer som oppholder seg ulovlig normalt ikke bør være beskyttet av EMK artikkel 8, selv om den faktiske tilknytningen er sterk. Dette begrunnes med at ulovlig opphold ikke bør kunne komme søkeren til gode.

I Roderigues-dommen som vist til i sitatet ovenfor åpnes det opp for unntak i helt eksepsjonelle tilfeller. Kravet om eksepsjonelle omstendigheter synes i følge lagmannsretten å dekke begge situasjoner, *”men må ha særlig gjennomslagskraft hvor det er tale om et ulovlig opphold. Her vil situasjonen være at utlendingen ikke kan ha en berettiget forventning om fortsatt opphold, samtidig som allmennpreventive hensyn også tilsier at faktisk tilknytning bør tillegges liten eller ingen vekt”*.

Når det gjaldt det konkrete i saken hadde søkerne opparbeidet seg tilknytning til Norge på bakgrunn av, i alle fall formelt sett, ulovlig opphold. Retten måtte derfor undersøke om det forelå *”exceptional circumstances”*. Søkerne hadde familie i Pakistan som var ressurssterke. Det forhold at søkerne hadde blitt boende i Norge etter at de var blitt klar over at de oppholdt seg her ulovlig, tilsa ikke at det forelå eksepsjonelle forhold i denne saken.

Spørsmålet om EMK artikkel 8 var også oppe i Borgarting lagmannsrettens dom RG-2004-391. Søkeren var amerikansk statsborger som ble kjent med en norsk kvinne mens hun oppholdt seg i USA. I USA fikk paret et barn. Siden den norske kvinnen kom inn i et miljø med prostitusjon, vold og narkotika, ble barnet tatt over av den amerikanske sosialmyndigheten. Kvinnen flyttet senere tilbake til Norge og fikk lov til å ta med seg

ungen under forutsetning om at norske barnevernsmyndigheter ble kontaktet. Søkeren flyttet etter til Norge og paret fikk et nytt barn sammen.

Samboerforhold tok slutt slik at grunnlaget for videre oppholdstillatelse var familiegjening med sine to norske døtre. Søker var ikke gift med den norske kvinnen slik at hun hadde foreldreansvaret alene for barna. Hennes rusproblemer fortsatte og barnevernet tok over omsorgen for barna. Barna skulle plasseres i fosterhjem. Søkeren fikk kun begrenset samvær, fire ganger i året hver gang seks timer under tilsyn.

Oppholdstillatelsen falt som følge av dette bort. Søkeren gikk til sak for å få utvidet samværsrett med barna, og han endte opp med å få samværsrett en gang i måneden. Dette var ikke tilstrekkelig for fortsatt oppholdstillatelse, noe lagmannsretten også var enig i. Spørsmålet var imidlertid om dette var i strid med EMK artikkel 8. Retten kom til at dette ikke var tilfellet og uttalte:

”Lagmannsretten finner etter en helhetsvurdering at utlendingsnemndas vedtak var nødvendig i et demokratisk samfunn. Lagmannsretten har ved sin vurdering tatt utgangspunkt i at A har hatt begrenset kontakt med barna, og at det foreløpig ikke kan ha oppstått særlig nære bånd. At båndene kan bli sterkere, dersom han kommer tilbake til Norge, er likevel sannsynlig. A vil imidlertid - ut fra en påregnelig vanskelig personlig situasjon i Norge - få betydelige utfordringer i å utvikle relasjonene tilfredsstillende, slik at barna og han kan få et meningsfylt samvær. Lagmannsretten kan med dette utgangspunkt, ut fra de innvandringspolitiske hensyn som begrunner vedtaket, ikke se at det kan representere et uforholdsmessig inngrep å trekke arbeids- og oppholdstillatelsen tilbake og sende A tilbake til USA”.

Rett til familieliv og hensynet til barna var også oppe i Høyesteretts dom Rt. 2009 s. 534 (dissens 3-2). Saken er en utvisningssak og spørsmålet var om hensynet til søkerens to døtre kunne tilsi at utvisningen var uforholdsmessig. De nærmeste familiemedlemmene er

uttrykkelig nevnt i utl. § 29 annet ledd. Barna ville hvis vedtaket ble opprettholdt bli boende i Norge hos den fraseparerte ektemannen. Flertallet trakk først frem NOU 2004:20 ny utlendingslov s. 380 der det fremheves at hensynet til barnet kan tilsi at utvisningen er uforholdsmessig:

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

Utvalget ønsket at hensynet til barnas beste skulle fremkomme i lovteksten da dette er et grunnleggende hensyn. Departementet var enig i dette og uttalte i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 292:

”I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Forslaget om å ta inn en presisering om dette i lovteksten, får støtte fra flere høringsinstanser. UNE har fremholdt at det er en fare for å gi et skjevt inntrykk av relevans og viktighet ved å løfte frem ett av de hensynene som skal inngå i en helhetsvurdering. Departementet mener likevel at det er riktig å fremheve hensynet til barnets beste i lovteksten for å sikre særskilt bevissthet omkring dette. Dette innebærer ingen endring i forhold til gjeldende rett, men kan ha pedagogisk betydning.”

Hensynet til barnets beste fremgår også av FN Barnekonvensjon art. 3 nr. 1 som i henhold til menneskerettsloven § 2 nr. 4 er gjort til norsk lov. Artikkelen kan ikke forstås slik at den forhindrer utvisning, noe som blant annet fremkommer i ovenfor nevnte NOU s. 310:

”Ingen av bestemmelsene i barnekonvensjonen er imidlertid i seg selv til hinder for at det treffes vedtak om utvisning. Tvert imot forutsetter artikkel 9 nr. 4 at staten

kan treffe vedtak om utvisning selv om det skulle innebære at et barn blir atskilt fra sin far eller mor.”

Både i Rt. 2000 s. 591 og Rt. 2005 s. 229, som Høyesterett viser til i dommen, må det kreves uvanlige store belastninger for at utvisning vil være uforholdsmessig. I sistnevnte dom presiserer Høyesterett i avsnitt 52 hva som ligger i uvanlige store belastninger:

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

Selv om de to nevnte høyesterettsdommene gjaldt alvorlig kriminalitet, kom Høyesterett til at tilsvarende måtte gjelde i denne sak selv om utlendingen kun hadde overtrådt utlendingsloven og var blitt straffet for et mindre butikkyveri. Høyesterett trakk også inn EMK artikkel 8 herunder saken Solomon mot Nederland av 5. september 2000 (44328/98) som gjaldt en tilsvarende problemstilling som den som var under behandling. Her uttalte EMD:

”In the present case the Court takes into consideration that the applicant was never given any assurances that he would be granted a right of residence by the competent Netherlands authorities. He was allowed to await the Deputy Minister's decision on his asylum request in the Netherlands. After asylum was denied him, his request for a stay of expulsion was refused by the competent court on 22 December 1994. From then onwards, the applicant's residence in the Netherlands, which was already precarious, lost what little foundation it had had until then. Family life between the applicant and his Netherlands national partner - and later, with their child - was developed after this date. The Court is of the opinion that in these

circumstances the applicant could not at any time reasonably expect to be able to continue this family life in the Netherlands... .”

Høyesterett påpekte også at etterfølgende praksis var i tråd med Solomon-dommen. I den konkrete vurderingen kom Høyesterett til at det var en normalsituasjon i motsetning til Rt. 2005 s. 229. Belastningen var derfor ikke så stor at vedtaket kunne anses å være uforholdsmessig. I Rt. 2005 s. 229 hadde barna et særlig omsorgsbehov og det var dessuten knyttet usikkerhet til morens omsorgsevne. Førstvoterende avsluttet med å påpeke at hvis det i denne saken var uforholdsmessig, ville det i realiteten være uforholdsmessig å utvise søkeren i alle saker hvor vedkommende har fått barn med en nordmann. Det vises også til Rt. 2008 s. 560 hvor førstvoterende gav uttrykk for liknende synspunkter. I den dommen heter det bl.a.:

”Som et generelt synspunkt bemerker jeg at dersom det skulle være tilstrekkelig for å få opphevd et utvisningsvedtak at vedkommende søker politisk asyl og får barn her i landet, ville effektiviteten av utvisningsvedtaket i vesentlig grad bli undergravd.”

Mindretallet på to dommere mente at utvisning var uforholdsmessig med tanke på de lovbrudd søker hadde begått og var av den oppfatning at høyesterettspraksisen som gjaldt grov kriminalitet ikke passet for en sak som denne. Særlig hensynet til søkerens barn ble mer vektlagt av mindretallet, spesielt det forhold at de var så unge.

4.3 Sykdom/ Helsemessige forhold

Det forekommer at helsemessige forhold blir anført som et argument for å få bli i Norge i saker om utvisning, bortvisning og tilbakekall. Spørsmålet er om tilbakekall i slike saker kan ramme søkeren hardt eller forverre helsetilstanden. I UNEs praksisdatabase finnes det flere eksempler på saker der tillatelsen først ble tilbakekalt, men hvor utlendingen likevel fikk opphold på selvstendig grunnlag fordi det var sannsynlig at retur til hjemlandet kunne forverre den psykiske tilstanden.

Det gjelder både psykiske og fysiske lidelser. I praksis skilles det mellom sykdom som kan gi grunnlag for opphold og sykdom som oppstår etter at utlendingen har kommet til riket. I forvaltningspraksis legges det vekt på hva som er årsaken til sykdommen, hvordan den oppstod, hvor alvorlig sykdommen er, behovet for behandling, mulighet til å få behandling i hjemlandet og hvor langt en har kommet i behandlingsprosessen. Det avgjørende vil ikke være om behandlingen i Norge er bedre enn behandlingen i hjemlandet, men om retur til hjemlandet fremstår som humanitært utilrådelig. Det blir lagt vekt på uttalelser fra medisinske sakskyndige som leger, psykologer og psykiatere.

I følge forvaltningspraksis må sykdommen være livstruende og akutt for at sykdommen alene skal kunne gi grunnlag for opphold i riket. Noen ganger kan midlertidig utsettelse av utreise være tilstrekkelig hvis det er behov for operasjon. Se også Bunæs side 225.

4.4 Alder/barn (særlig barnets beste)

Hensyn til barnet har på utlendingsrettens område vært gjenstand for økende fokus de siste årene. Barns rettigheter har gradvis blitt styrket, for eksempel gjennom FNs Barnekonvensjon og dens implementering i norsk rett. Barn kan unntas fra de økonomiske krav som følger av utlendingsloven dersom det foreligger ”*særlig sterke menneskelige hensyn*”, se utlendingsloven § 8.

Et eksempel fra UNEs praksisbase er sak nr. 5161055007 som gjaldt en ung kvinne fra Somalia omtalt ovenfor. Kvinnen kom til Norge på grunn av familiegjennomføring med sin far som bodde her. Ved fornyelse av tillatelsen ble utlendingsdirektoratet oppmerksom på at hun hadde giftet seg i Somalia tre måneder før innreisen til Norge og at hun her fødte hans barn. Kvinnen unnlot å opplyse myndighetene om forholdet fordi hun ønsket opphold i Norge og flyttet derfor ikke sammen med sin ektefelle. Kvinnen mente at hun ikke var klar over at disse opplysningene var avgjørende for tillatelsen. Hun ønsket derfor skilsmisse fra ektefellen. Kvinnen fødte senere et barn til i Norge og bodde da vedtaket ble fattet alene med sine to barn.

Utlendingsnemnda bemerket bl.a. at vilkårene i utlendingsforskriften ikke var oppfylt ved kvinnens innreise til riket. Vedtaket bygget derfor på uriktige eller bristende forutsetninger. Utlendingsnemnda kom enstemmig etter en helhetsvurdering til at det var grunnlag for å tilbakekalle tillatelsen.

Kvinnen fikk imidlertid en ny tillatelse på grunnlag av sterke menneskelige hensyn. Utlendingsnemnda la vekt på at klageren i dag var en enslig kvinne på 20 år. Hun hadde to barn hvor det eldste barnet bare var tre år. Familien bodde for tiden alene og til dels sosialt isolert. Kvinnen var nå skilt fra tidligere ektefelle og hadde liten tilknytning til Mogadishu i Sør-Somalia. Det ble også dispensert fra underholds kravet.

Det er rimelig å stille spørsmålet om UNE heller kunne latt være å tilbakekalle vedtaket, da tilbakekall ville være uforholdsmessig grunnet søkerens barn. På den annen side taler allmennpreventive hensyn for at det opprinnelige vedtaket tilbakekalles.

Forholdsmessigheten ble ivaretatt ved et nytt vedtak ble fattet siden det forelå sterke menneskelige hensyn.

4.5 Tilknytning til Norge

Tilknytning til Norge kan være et moment mot tilbakekall hvis tilknytningen er tilstrekkelig stor. Ikke all tilknytning vil ha denne virkningen. Slik tilknytning kan ha oppstått selv om utlendingen aldri har hatt oppholdstillatelse eller har mistet tillatelsen (ulovlig opphold).

Mangel på tilknytning til riket medførte at vedtaket ikke var uforholdsmessig i Oslo tingrettsdom TOSLO-2007-10046, også omtalt ovenfor. Om vurderingen heter det i dommen:

”UNE har sett hen til relevante momenter. A har beskjedent tilknytning til Norge. Han har hatt arbeidstillatelse i familieforening med norsk ektefelle siden juni 2000. Han har ingen barn eller øvrig familie her. Han har et arbeidsforhold i Norge. A kom til Norge i voksen alder, og at han har sin hovedtilknytning i hjemlandet. Av samme grunner er vedtaket heller ikke i strid med EMK artikkel 8”.

4.6 Tilknytning opparbeidet ved ulovlig opphold i riket

Tilknytning til Norge kan også opparbeides ulovlig eller etter at det ble klart at utlendingen skulle forlate riket. Det følger av rettspraksis at ulovlig opphold som regel ikke vektlegges i tilbakekallssaker. Det finnes imidlertid unntak fra dette utgangspunktet. Som tidligere nevnt i oppgaven har barns rettstilling i større grad blitt vektlagt på utlendingsrettensområdet. Det er ikke uvanlig at barn kommer til riket i ung alder og hvor foreldrene som har gitt uriktige opplysninger til myndighetene. I slike tilfeller vil ofte barnet ha sterk tilknytning til riket og dette gjelder selv om tilknytningen er opparbeidet gjennom ulovlig opphold. Første juni 2007 ble det tilføyet en ny bestemmelse i utlendingsforskriften § 21 b. for å markere et behov for sterkere vektlegging av hensynet til barnets interesser i slike tilfeller. Bestemmelsen gjelder kun for barn (dvs. personer under 18 år), og har følgende ordlyd:

§ 21b. Vurderingen av sterke menneskelige hensyn i loven § 8 annet ledd i forhold til barn

Ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn etter utlendingsloven § 8 annet ledd, skal barns tilknytning til riket tillegges særlig vekt.

Paragraf 21 b. slår fast at det særlig skal legges vekt på barns *"tilknytning til riket"* ved en vurdering av *"sterke menneskelige hensyn"* etter utl.§ 8 annet ledd. Vurderingen etter utl.§ 8 vil derfor bli noe endret da hensynet til barnet vil veie tyngre enn før. Terskelen blir derfor noe lavere enn tidligere for å gi oppholdstillatelse til barn som følge av *"sterke menneskelige hensyn"*. Barnets alder i oppholdsperioden er et viktig moment i vurderingen av *"tilknytning til riket"*. Barn i skolepliktig alder vil lettere opparbeide tilknytning til riket. Det skal også legges vekt på om barnet har gått i barnehage/skole, om barnet snakker norsk, har venner og deltar i fritidsaktiviteter mv som kan tilsa at barnet har fått en særlig knyttet til det norske samfunnet.

I rundskriv²³ fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet heter det:

”I saker som gjelder barn, og som vurderes etter ny § 21 b, må også eventuell oppholdstid etter at barnet har fått endelig avslag telle med. Det må likevel vurderes om barnet i den perioden det har oppholdt seg i Norge etter endelig vedtak, kan sies å ha opparbeidet tilknytning til riket eller opprettholdt den tilknytningen det allerede hadde fått. Det er ikke gitt at opphold etter endelig avslag har gitt seg utslag i sterkere tilknytning til Norge, særlig ikke dersom barnet har flyttet fra mottak, sluttet i skolen eller kanskje levd i skjul. [...]Det vil etter dette også være opp til utlendingsmyndighetene å vurdere om det bør gis tillatelse til andre som omfattes av saken barnet er en del av, typisk foreldre og søsken.”

Dette viser at også ulovlig opphold, dvs. opphold etter at barnet har fått endelig avslag, kan være relevant i tilbakekallsvurderingen.

I LB-2006-2006 hadde søkerne oppholdt seg ulovlig i riket i tre år da Justisdepartementet traff sitt vedtak. Opphold var i realiteten ulovlig da vedtaket om bosettingstillatelse var truffet med grunnlag i bevisst uriktige opplysninger gitt av søkerens mor.

Retten kom også til at tilknytning til Norge som søkerne hadde opparbeidet seg etter at Justisdepartementet hadde truffet sitt vedtak ikke kunne gi grunnlag for at vedtaket var ugyldig. Retten trakk også inn forholdet til EMK artikkel 8, og det ble vist til de uriktige opplysninger som var gitt til utlendingsmyndighetene. Ulovlig opphold er også til relevant etter EMK når retten legger til *”at ankemotpartene på vedtakstidspunktet ikke hadde lovlig oppholdstillatelse i Norge, jf. Møse: Menneskerettigheter (2002) side 425 med videre henvisninger”*.

²³ Rundskriv, 01.06.2007 Nr.: A-25/2007

Søkerne var kommet til Norge da de var henholdsvis 3 og 4 år gamle, og hadde bodd i Norge hele sitt liv minus tre år da de bodde i Pakistan. De var henholdsvis 20 og 21 år da lagmannsretten avsa dom, slik at de hadde bodd i Norge ca 14 år. Det kan virke noe strengt med tanke på at det var moren som ga de uriktige opplysningene, når det heter i dommen:

”For øvrig bemerkes at lagmannsretten har forståelse for at ankemotpartene nå opplever det som belastende ikke lenger å kunne bo i Norge. Tidsforløpet siden Justisdepartementet traff vedtaket må imidlertid blant annet ses på bakgrunn av at det gikk lang tid fra ankemotpartene ble kjent med vedtaket og til de reiste sak om gyldigheten av det. De har nå i flere år vært myndige. Slike etterfølgende omstendigheter kan imidlertid, som nevnt, uansett ikke tillegges vekt slik saken er anlagt”.

En av søsknene ble også utvist. Utvisningsvedtaket vil bare få betydning for mulighetene til å vende tilbake til Norge. Den forholdsmessighetsvurderingen som gjøres i forhold til utvisningsvedtaket kan være med å forklare de vurderinger nemnda gjorde i forhold til tilbakekallsvurderingen, et vedtak tingretten ville oppheve. Når det gjaldt forholdsmessighetsvurderingen i forhold til utvisningsvedtaket trakk retten frem at selv om han hadde bodd mye av sin ungdomstid i Norge var oppholdet i de senere år ikke lovlig. Han snakket urdu og begge hans foreldre bodde i Pakistan, selv om det var noe usikkert hvilken hjelp han kunne forvente av sine foreldre så var vedtaket etter det opplyste i tråd med forvaltningspraksis. Retten kom dermed til at utvisningsvedtaket heller ikke var uforholdsmessig.

Når det gjelder utvisningssaker er ulovlig opphold i riket bl.a. behandlet i NOU 2004:20 Ny utlendingslov side 308 hvor det heter:

”I retts- og forvaltningspraksis er det lagt til grunn at tilknytning opparbeidet etter at utlendingen var kjent med at han eller hun kunne bli utvist, ikke kan tillegges særlig vekt”.

4.7 Urimelige vanskeligheter i hjemlandet

Utlendingsforskriften § 37 sjette ledd kan i realiteten ses på som en forholdsmessighetsregel. Bestemmelsen er ment til å avbøte på uheldige konsekvenser som kan oppstå ved at søkeren blir sendt tilbake til sitt hjemland. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”Kvinne som verken fyller vilkårene i tredje, fjerde eller femte ledd, kan få tillatelse etter bestemmelsene i § 21 sjette ledd dersom hun som følge av samlivsbruddet vil få urimelige vanskeligheter i hjemlandet grunnet de sosiale og kulturelle forhold der. Selv om slike grunner ikke tilsier det, skal tillatelse etter § 21 sjette ledd gis dersom kvinnen eller eventuelle barn er blitt mishandlet i samlivsforholdet”.

Bestemmelsen var tvistetema i Borgarting lagmannsrettsdom LB-2002-3456. Saken gjaldt en pakistansk kvinne som giftet seg med en etnisk pakistaner med norsk statsborgerskap. Hun kom først til landet i familiegjenforeningsøyemed. Arbeidstillatelsen ble tilbakekalt i og med at ektefellene ble separert. Etter å ha uttømt den administrative klageadgangen ble saken brakt inn for retten. Staten ved UNE ble frifunnet av tingretten. Retten kom først til at situasjon i Pakistan for skilte kvinner generelt sett ikke var så vanskelig at enhver skilt kvinne uten videre oppfyller vilkårene i bestemmelsen. Retten viste deretter til Innst.O. nr. 92 (1987-1988) s. 11 hvor det heter:

”Komiteen har merket seg at etter dagens praksis vil ikke kvinner fra den tredje verden bli sendt tilbake til sine hjemland selv om grunnlaget for oppholdstillatelsen faller bort på grunn av samlivsbrudd. Det samme gjelder alle kvinner som har vært mishandlet i et samlivsforhold de vil bryte ut av. Kvinnene gis i slike tilfeller selvstendig oppholdstillatelse selv om de etter vanlige regler ikke fyller vilkårene for dette.

Komiteen mener at denne praksisen må føres videre og er enig med departementet i at det gis regler om dette i forskriftene.”

Retten tolket uttalelsen dit hen at ikke alle kvinner fra tredje verden uten videre fikk bli i Norge hvis grunnlaget for oppholdstillatelsen falt bort på grunn av samlivsbrudd, og at det var denne praksis stortingskomiteen ønsket å føre videre. Basert på vitneforklaring om tidligere praksis la lagmannsretten til grunn *”at det bare var kvinner som ville få særskilte vanskeligheter ved hjemkomst etter samlivsbrudd, som - etter en individuell vurdering - kunne få fortsatt oppholdstillatelse...”*

Konkret kom lagmannsretten til at søkers familie fremstod som relativ ressurssterk og med alminnelig god økonomi. Videre fremkom det at søker selv har fått tolv års utdanning og at familien hadde vært i stand til å finansiere reise fra Norge til Pakistan etter samlivsbruddet.

Når det gjaldt søkers konkrete situasjon delte retten seg. Flertallet, som bestod av de juridiske dommerne og to meddommere, kom til at domstolen skulle være varsomme med å fravike nemndas faglige vurderinger, da nemnda satt på større fagkunnskap og hadde bredere erfaringsgrunnlag. Dette var i tråd med den prøvelsen som er vanlig for forholdsmessighetsvurderingen. Mindretallet som bestod av en musiker og en forlagsdirektør mente at utlendingsnemnda hadde tolket regelverket for restriktivt når den hadde lagt til grunn at søker ikke ville få urimelige vanskeligheter i Pakistan. De la særlig vekt på vitneprøvet til en pakistansk kvinne om skilte kvinners situasjon i Pakistan og søkers forklaring om hva hun forventet seg i Pakistan.

4.8 Saker hvor vedtaket var uforholdsmessig

Det har ikke latt seg gjøre å finne tilbakekallsvedtak som er overprøvd og kjent ugyldig grunnet uforholdsmessighet. Noen utvisningsvedtak har imidlertid blitt avdekket.

I UNEs sak nr. 3318036482 hadde utlending søkt asyl under falsk identitet og fått avslag. Utlendingen giftet seg deretter med en norsk kvinne og søkt om arbeidstillatelse. UDI ville utvise utlendingen på grunn av brudd på utlendingsloven. Nemndas flertall fant etter en helhetsvurdering at utvisning:

”... i dette tilfellet vil være et uforholdsmessig tiltak overfor klagerens barn og ektefelle. Flertallet la avgjørende vekt på opplysningene om at klagerens ektefelle i mange år har vært psykiatrisk pasient. Flertallet la til grunn at klagerens ektefelle vil kunne få alvorlige psykiske problemer dersom klageren må forlate henne og at hennes omsorgsevne overfor hennes særkullsbarn og parets felles barn i en slik situasjon vil bli vesentlig redusert. Flertallet så også hen til den lange saksbehandlingen i saken.”

En annen sak er sak nr. 7537808657. Her ville ikke Cuba ta imot den utviste. Dette samsvarte med generell landinformasjon som UNE hadde om at det må foreligge tungtveiende humanitære grunner for at cubanske myndigheter skal gi tillatelse for å returnere. Et utvisningsvedtak med fem års innreiseforbud var dermed uforholdsmessig.

Det kan avslutningsvis nevnes at de forhold som etter ny utlendingslov § 38 annet og tredje ledd kan medføre at utlendingen får oppholdstillatelse på grunn av særlige sterke menneskelige hensyn også bør tale for at tillatelse ikke tilbakekalles. Annet og tredje ledd har følgende ordlyd:

”For å avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn skal det foretas en totalvurdering av saken. Det kan blant annet legges vekt på om

- a) utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur,*
- b) det foreligger tvingende helsemessige forhold som gjør at utlendingen har behov for opphold i riket,*
- c) det foreligger sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen som gir grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse, eller*
- d) utlendingen har vært offer for menneskehandel.*

I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Barn kan gis oppholdstillatelse etter første ledd selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen.”

5 Noen fremtidsbemerkinger

Dagens utlendingslov vil om kort tid bli avløst av ny utlendingslov og forskrift som trer i kraft 1. januar 2010. Loven har ny struktur hvor mye som tidligere var regulert i forskriften blir tatt inn i loven. I den nye loven blir barns rettsposisjon generelt styrket, samtidig som at barns behov i utlendingssaker blir mer synliggjort. Hensyn til barnets beste i utlendingssaker har lenge vært en del av Norges internasjonale forpliktelser. I den nye forskriften vil det være en bestemmelse hvor barn over syv år og yngre barn som har egne synspunkter skal bli hørt før det treffes avgjørelser i saker som berører dem.

I asylsaker og familieinnvandringsaker vil det være særskilte regler om gjennomføring av samtaler med barn. Hensynet til barnet har de siste årene fått økt betydning som argument i utlendingssaker. I den nye loven innføres det også strengere regler for familieinnvandring og et strengere krav til sikret underhold. Terskelen for at ekteskap er proforma senkes også. EØS-avtalen vil også bli viktigere i årene som kommer. EF-domstolens dynamiske fortolkning av EF-retten herunder fri bevegelighet av arbeidstakere vil også påvirke reglene om arbeidsinnvandring i utlendingsloven.

Utlendingsretten er et rettsområde som er i konstant utvikling. Det vil bli flere utvisnings- og tilbakekallssaker som følge av at antall innrømmede tillatelse har økt de siste årene. Dette kan tilsi at flere tilbakekallssaker vil nå helt opp til Høyesterett slik at en del av de problemstillingene som oppgaven reiser vil kunne få sin endelige avklaring.

6 LISTER OVER TABELLER OG FIGURER MV

Litteraturliste

Lover:

Lov av 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsloven)

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

Lov av 10. juni 2005 nr. 51 om norsk statsborgerskap (Statsborgerloven)

Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (Forvaltningsloven)

Lov av 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven)

Lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)

Lov av 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (Folketrygdloven)

Lov av 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. (Sosialtjenesteloven)

Lov av 04. juli 1991 nr. 47 om ekteskap. (Ekteskapsloven)

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

Lov av 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Folkerettslige konvensjoner:

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950

Barnekonvensjonen av 8. januar 1991

Flyktningkonvensjonen av 28. juli 1951

Schengen-konvensjonen av 14. juni 1985

Dublin-konvensjonen av 15. juni 1990

Forskrifter:

FOR 1990-12-21 nr 1028: Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her
(Utlendingsforskriften)

Forarbeider:

NOU 1983:47: Ny fremmedlov

Ot.prp.nr.46 (1986/87): Utlendingsloven av 1988

Innst.O.nr.92 (1987-1988)

NOU 2004 nr. 20: Ny utlendingslov

Ot.prp.nr.75 (2006-07): Ny utlendingslov

Rettspraksis:

HR-2009-00929-A

Rt. 2009 s. 534

Rt. 2008 s. 560

HR-2007-101-U

Rt. 2006 s. 1657

Rt. 2005 s. 229

Rt. 2003 s. 1287

Rt. 2002 s. 509

Rt. 2000 s. 591

Rt. 2000 s. 1056

Rt. 1998 s.1795

Rt. 1997-1784

LB-2008-195056

LB-2008-56144

LB-2007-168525
LB-2006-2006
LB-2006-82738-2
LB-2005-172948
LB-2004-27218
LB-2003-13814
LB-2002-3456
LB-1999-3537
LB-1997-1285
LB-1997-1555
LB-1997-2295
LB-1995-1918
LE-1994-828

RG-2004-391
RG-2002-969
RG-1998-466

TOSLO-2007-144138-1
TOSLO-2007-144138-2
TOSLO-2007-108285
TOSLO-2007-10046
TOSLO-2006-60889
TOSLO-2006-66378
TOSLO-2005-148697
TOSLO-2004-31117
TOSLO-2002-9959
TOSLO-2001-9716

EMD praksis:

EMDs dom 31. juli 2008 - Darren Omoregie m.fl mot Norge

EMDs dom 3. juli 2006 - Roderigues Da Silva m.fl mot Nederland.

EMDs dom 5. september 2000 - Solomon mot Nederland (44328/98)

UNEs praksisbase:

Sak: 8468788672.

Sak: 7537808657

Sak: 7122660237

Sak: 5161055007

Sak: 3318036482

UDIs rundskriv:

Runskriv 2002-033 og 2002-060

Rundskriv 01.06.2007 Nr.: A-25/2007

Juridisk litteratur:

Erik Møse, *Menneskerettigheter*

Runa Bunæs, Kristin Ottesen Kvigne, Bjørn Vandvik (red.), *Utlendingsrett*

Eckhoff, *Forvaltningsrett* 6. utgave

Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* 2. utgave