

Masteroppgave JUS398

**Vekten av barnets beste i
forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaker
- Retten til familieliv etter EMK art.8**



Universitetet i Bergen
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 188166
Antall ord: 37494
Veileder: Kristian Andenæs
31.08.2012

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>1</u> |
| 1.1 | Tema og bakgrunn for oppgaven | 1 |
| 1.2 | Problemstilling og aktualitet | 2 |
| 1.3 | Avgrensning | 4 |
| 1.4 | Terminologi | 5 |
| 1.5 | Videre framstilling | 6 |
| <u>2</u> | <u>METODE OG RETTSKILDER</u> | <u>7</u> |
| 2.1 | Metode | 7 |
| 2.2 | Nasjonale rettskilder | 7 |
| 2.3 | Internasjonale rettskilder | 8 |
| 2.3.1 | EMDs metode | 8 |
| 2.3.2 | Tolkning av Barnekonvensjonen | 10 |
| 2.4 | Nærmere om bruken av Høyesteretts og EMDs praksis for besvarelsen av oppgavens problemstilling | 10 |
| <u>3</u> | <u>UTVISNINGSREGELVERKET</u> | <u>12</u> |
| 3.1 | Innledning | 12 |
| 3.2 | Vilkår for utvisning | 12 |
| 3.2.1 | Objektive vilkår for utvisning | 12 |
| 3.2.2 | Forholdsmessighetsvurderingen | 13 |
| 3.3 | Konsekvenser av utvisning | 15 |
| <u>4</u> | <u>INTERNASJONALE FORPLIKTELSER</u> | <u>16</u> |

| | | |
|------------|---|-----------|
| 4.1 | Retten til respekt for familielivet etter EMK art.8 | 16 |
| 4.2 | Inngrep i retten til familieliv etter EMK art.8 nr.2 | 16 |
| 4.3 | Nærmere om interesseavveiningen etter EMK art.8 nr.2 | 18 |
| 4.4 | Barnets beste etter Barnekonvensjonen art.3 nr.1 | 19 |
| 4.4.1 | Innholdet i barnets beste | 19 |
| 4.4.2 | «Et grunnleggende hensyn» | 20 |
| 5 | <u>EMDS PRØVINGSINTENSITET- STATENS SKJØNNSMARGIN INNENFOR EMK ART.8 VED UTVISNING</u> | 22 |
| 5.1 | Statens skjønnsmargin | 22 |
| 5.2 | Nærmere om omfanget av statens skjønnsmarginen i utvisningssaker | 23 |
| 5.3 | Nasjonale domstolars anvendelse av skjønnsmarginen | 27 |
| 6 | <u>DOMSTOLENES OVERPRØVING AV UTVISNINGSVEDTAK</u> | 30 |
| 6.1 | Om domstolskontroll generelt | 30 |
| 6.2 | Gyldighetsprøving av utvisningsvedtak basert på faktum etter vedtakstidspunktet | 31 |
| 6.2.1 | Innledning | 31 |
| 6.2.2 | Om tidspunkt for faktumfastlegging etter Barnekonvensjonens art.3 nr.1 | 34 |
| 6.2.3 | Tidspunkt for faktumfastlegging i den alminnelige forvaltningsretten | 34 |
| 6.2.4 | Tidspunktet for faktumfastlegging i saker om opphold på humanitært grunnlag | 40 |
| 6.2.5 | Overføringsverdi til utvisningssaker | 46 |
| 6.2.5.1 | Sri Lanka-dommen | 46 |
| 6.2.5.2 | Reelle hensyn | 49 |
| 6.2.5.3 | Oppsummering og konklusjon | 51 |
| 7 | <u>BARNETS BESTE-VURDERINGEN</u> | 53 |
| 7.1 | Innledning | 53 |
| 7.2 | Familiesplittelse | 53 |
| 7.2.1 | Høyesterett | 53 |

| | | |
|------------|---|------------|
| 7.2.2 | EMD | 57 |
| 7.2.3 | Sammenligning | 59 |
| 7.3 | Barnets sårbarhet og omsorgssituasjon | 60 |
| 7.3.1 | Tidligere belastninger og betydningen av omsorgssituasjonen | 61 |
| 7.3.2 | Unge barns sårbarhet og betydningen av et begrenset innreiseforbud | 64 |
| 7.3.3 | Usikkerheten rundt varigheten av innreiseforbudet | 65 |
| 7.3.4 | Lang saksbehandlingstid | 67 |
| 7.3.5 | Sammenligning | 68 |
| 8 | <u>VEKTEN AV BARNETS BESTE OPP MOT ANDRE HENSYN</u> | 69 |
| 8.1 | Innledning | 69 |
| 8.2 | Betydningen av en familiesplittelse i Høyesteretts og EMDs praksis | 70 |
| 8.2.1 | Høyesterett | 70 |
| 8.2.2 | EMD | 72 |
| 8.3 | Sammenligning mellom Høyesterett og EMD og konklusjon | 76 |
| 8.4 | Om kravet til barnets belastninger i Høyesterett og EMD når utvisningen er tidsbegrenset til to eller fem år | 78 |
| 8.5 | Høyesterett | 79 |
| 8.5.1 | Kravet om «uvanlig store belastninger» | 79 |
| 8.5.2 | Mindre krav til belastningene | 86 |
| 8.5.3 | Oppsummering og konklusjon | 89 |
| 8.6 | EMD | 90 |
| 8.7 | Belastningskravet når utvisning medfører en familiesplittelse | 90 |
| 8.7.1 | Kort om saksforholdene i <i>Keles</i> , <i>Mbengeh</i> og <i>Nunez</i> | 91 |
| 8.7.2 | Ulike vurderingsterskler | 92 |
| 8.7.3 | I hvilken grad kan alvorlige brudd på utlendingsloven og straffeloven sidestilles? | 93 |
| 8.7.4 | Analyse av dommene | 96 |
| 8.7.4.1 | Barnas tilknytning | 98 |
| 8.7.4.2 | Barnas sårbarhet | 99 |
| 8.7.4.3 | Oppsummering og konklusjon | 105 |
| 8.8 | Belastningskravet når en utvisning ikke medfører en familiesplittelse | 107 |

| | | |
|------------------|---|-------------------|
| 8.9 | Om Høyesteretts vektnorm «<i>uvanlig store belastninger</i>» ved meget alvorlige brudd på utlendingsloven kan komme i strid med EMK art.8 når utvisningen er tidsbegrenset | 111 |
| 8.10 | Om Høyesteretts vektnorm «<i>uvanlig store belastninger</i>» ved meget alvorlige brudd på straffeloven kan komme i strid med EMK art.8 når utvisningen er tidsbegrenset | 116 |
| 8.11 | Avsluttende oppsummering og konklusjon om vekten av barnets beste i Høyesteretts og EMDs praksis | 119 |
| <u>9</u> | <u>FORVALTNINGSPRAKSIS</u> | <u>122</u> |
| 9.1 | Innledning | 122 |
| 9.2 | Grunnlaget for analysen | 122 |
| 9.3 | Forvaltningens vurdering og vekting av hensynet til barnets beste | 123 |
| 9.3.1 | Hovedtrekk | 123 |
| 9.4 | Kommentar til UDIs vurdering og vekting og konklusjon | 126 |
| <u>10</u> | <u>AVSLUTTENDE VURDERINGER</u> | <u>128</u> |
| <u>11</u> | <u>LITTERATURLISTE</u> | <u>131</u> |
| 11.1 | Bøker | 131 |
| 11.2 | Artikler | 132 |
| 11.3 | Lovgivning | 134 |
| 11.3.1 | Norske lover | 134 |
| 11.3.2 | Traktater | 135 |
| 11.4 | Dommer | 135 |
| 11.4.1 | Høyesterett | 135 |
| 11.4.2 | Lagmannsrettene | 136 |

| | | |
|-------------|--------------------|------------|
| 11.4.3 | EMD | 137 |
| 11.5 | Forarbeider | 139 |
| 11.5.1 | Instrukser | 140 |
| 11.6 | Internett | 140 |
| 11.7 | Annet | 140 |

1 Innledning

1.1 Tema og bakgrunn for oppgaven

Tema for oppgaven er hensynet til barnets beste i utvisningssaker. Et utvisningsvedtak medfører at utlendingen må reise ut av Norge og en eventuell oppholdstillatelse bortfaller. En utlending vil samtidig ilegges et innreiseforbud. En utlending kan bare utvises når dette ikke er et «*uforholdsmessig*» tiltak jf. utlendingsloven (utl.). § 70. I vurderingen av forholdsmessigheten vil hensynet til utlendingen selv og hans familie avveies mot statens behov for å reagere på lovbruddet. Oppgaven vil ta for seg vekten av hensynet til barnets beste i saker hvor utlendingen utvises for *alvorlige* eller *meget alvorlige* brudd på utl. eller straffeloven (strl.).

En utvisning må være i samsvar med Norges menneskerettslige forpliktelser etter Barnekonvensjonen (BK) og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) jf. menneskerettsloven (mrl.) § 2 og utl. § 3. Jeg vil spesielt ta for meg Norges ivaretagelse av EMK art.8 om retten til familieliv i utvisningssaker. I 2011 fattet Utlendingsdirektoratet (UDI) og Utlendingsnemnda (UNE) utvisningsvedtak i 52 saker, hvor utlendingen hadde barn.¹ Selv om dette er et fåtall saker, har jeg gjennom mitt arbeid på rettshjelpstiltaket Juss-Buss sett hvor hardt utvisning kan ramme barn. Barn risikerer å miste omsorgen fra en forelder i en tidsbegrenset eller varig periode eller å måtte tilpasse seg forholdene i et nytt land. Utvisningssaker vil kunne sette på spissen når samfunnet er villig til å ofre barns behov for en forelder for å verne om visse samfunnsbehov.

Oppgaven inngår som en del av prosjektet *Kriminalitetskontroll ved Europas grenser* ved Instituttet for kriminologi og rettssosiologi ved Universitetet i Oslo.²

¹ UDI (2011) og (2012) Tallet er minimumstall. UDI sier at de ikke har nøyaktige tall på hvor mange utvisningssaker hvor barn ble berørt. Det er ikke registrert hvor mange barn det er i hver enkelt utvisningssak

²Se <http://www.jus.uio.no/forskning/prosjekter/crimmigration/index.html>

1.2 Problemstilling og aktualitet

En utlending kan bare utvises når det ikke er et «*uforholdsmessig*» tiltak etter utl. § 70. Forholdsmessighetsvurderingen følger også av EMK art.8 nr.2 om retten til familieliv. Denne avveiningen kan illustreres gjennom avgjørelsen *Nunez* mot Norge avsagt av Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD). Ved spørsmålet om utvisningen var forholdsmessig, vektet EMD hvor hardt utvisningen ville ramme utlendingens barn opp mot utlendingens overtredelser av utlendingsloven.

Formålet med oppgaven er å undersøke vekten av hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen i saker hvor utlendingen har begått *alvorlig* eller *meget alvorlige* overtredelser. EMD har avgjort flere utvisningssaker mot Norge.³ Den norske stat ble dømt i *Nunez*-avgjørelsen i 2011 for ikke å ha lagt tilstrekkelig vekt på hensyn til barnets beste. Jeg vil forsøke å belyse hvorfor Norge ble dømt i denne saken. Oppgaven reiser fire spørsmål. Det ene er:

1. Hvilke momenter er relevante i barnets beste-vurderingen og hvordan vurderes disse momentene i Høyesteretts og EMDs praksis?

Jeg vil bare redegjøre for noen forhold som gjør en utvisning mer eller mindre inngripende overfor et barn. Jeg skal altså identifisere noen momenter som påvirker hensynets egenvekt. Om domstolene vurderer inngrepets styrke ulikt kan ha betydning for vekten av hensynet til barnet opp mot forholdets alvor.

Høyesterett og EMD ser til en viss grad ut til å trekke inn ulike momenter i barnets beste-vurderingen og vurdere disse forskjellig. Etter EMD praksis er det sentralt å avklare hvor store vanskeligheter barnet får ved å følge med utlendingen, herunder om utvisningen vil medføre en familiesplittelse. Høyesterett vil også trekke inn hvorvidt barnet vil følge med forelderen, men spørsmålet om familiesplittelse virker likevel ikke like sentralt for Høyesterett som for EMD. Et underspørsmål vil være:

³ *Hussein* mot Norge, *Darren Omoregie* mot Norge, *Nunez* mot Norge og *Antwi* mot Norge

- Hvordan vurderer Høyesterett og EMD om en utvisning medfører en familiesplittelse.

Det andre spørsmålet er:

2. Hvilken vekt skal hensynet til barnets beste tillegges opp mot forholdets alvor?

Her vil jeg drøfte og sammenligne hvordan Høyesterett og EMD vektet hensynet til barnets beste opp mot forholdets alvor.

I den underliggende Høyesterettsavgjørelsen til *Nunez* i Rt.2009 s.534 oppstilte Høyesteretts flertall et krav om at barna måtte utsettes for «*uvanlig store belastninger*» for å fastslå uforholdsmessighet. EMD anvendte ikke denne belastningsnormen og tok ikke stilling til den. Norge ble dømt for å ikke tillegge hensynet til barnet tilstrekkelig vekt. Det gir grunn til nærmere undersøkelse. Et spørsmål vil være:

3. Er Høyesteretts praktisering av belastningsnormen en egnet måte å vurdere forholdsmessigheten på eller vil den kunne medføre at hensynet til barnets beste ikke tillegges tilstrekkelig vekt etter EMK art.8 og medføre konvensjonsbrudd?

Jeg har ikke funnet juridisk teori som drøfter om vektnormen kan føre til krenkelse av EMK art.8.⁴ Høyesterett har ikke behandlet noen saker knyttet til gyldigheten av utvisningsvedtak etter *Nunez*. Det er grunn til å tro at lagmannsrettene fortsatt anvender denne normen. Blant annet på grunnlag av *Nunez*-avgjørelsen, signaliserte UDI behovet for en økt vektlegging av hensynet til barnet i utvisningssaker, noe Justisdepartementet ikke mente det var grunnlag for, se punkt 9.2.⁵ UDI anvender antagelig derfor fortsatt denne belastningsnormen. Det vil derfor være relevant å drøfte om og i hvilke type saker praktiseringen av vektnormen kan medføre konvensjonsbrudd.

⁴ Rettferdighet (2010) s.181 og 182 går Meidell kort inn på dette i et rettferdighetsperspektiv

⁵ UDIs praksisforelegg (2011) og instruks GI-2011-014

De fleste utvisningssakene vil aldri prøves av domstolene.⁶ At utlendingsforvaltningen tillegger hensynet til barnet tilstrekkelig vekt etter EMK art.8 er derfor grunnleggende for rettssikkerheten til det enkelte barn. Jeg vil derfor bruke forvaltningspraksis for å undersøke hvordan forvaltningen vurderer og vektet hensynet til barnet, og vurdere om dette kan komme i strid med EMK art.8.

For at utlendingen skal ha muligheten til å hevde sin rett i utvisningssaker etter utl. § 70 og EMK art.8 er det avgjørende at hensynet til barnets beste blir vurdert. Ved domstolskontroll av utvisningsvedtak vil domstolene prøve om et vedtak er «uforholdsmessig» etter utl. § 70 og EMK art.8. Et uforholdsmessig utvisningsvedtak medfører ugyldighet.

Det er imidlertid knyttet usikkerhet til hvilket tidspunkt for faktumfastlegging domstolene skal legge til grunn ved overprøvingen av hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen. Dette vil ha betydning for utlendingens mulighet til å få kjent utvisningsvedtaket ugyldig, og vil reise særlige rettssikkerhetsgarantier. I mai 2012 avsa Høyesterett en dom om spørsmålet om tidspunktet for faktumfastlegging ved overprøving av vedtak om opphold på humanitært grunnlag. Dette er et uavklart rettsområdet. Et spørsmålet vil være:

4. Hvilket tidspunkt for faktumfastlegging skal domstolen legge til grunn ved overprøvingen av utvisningsvedtak?

Forvaltningen vil selv kunne omgjøre utvisningsvedtak etter omgjøringsreglene i forvaltningsloven (fvl.) § 35, men jeg har valgt å avgrense mot dette spørsmålet.

1.3 Avgrensning

I denne oppgaven vil jeg avgrense mot Høyesteretts og EMDs vekting av hensynet til barnets beste ved *mindre* alvorlige overtredelser av utlendingsloven og straffeloven. Det er trolig mindre tvil om Høyesteretts vekting av hensynet til barnets beste er i samsvar

⁶ NOU 2004:20 s.70

med EMK art.8 i slike saker. Jeg vil derfor ikke gå inn på Høyesteretts siste avgjørelse i Rt.2011 s.948 hvor overtredelsen ble karakteriser som mer bagatellmessig.⁷

Jeg vil legge til grunn Høyesteretts og EMDs vurdering av forholdets alvor, og avgrenser mot å ta selvstendig stilling til dette. Øvrige momenter i forholdsmessighetsvurderingen, se punkt 3.2.2 og 4.3, vil bli kort behandlet.

Oppgaven vil videre bare ta for seg utvisning av tredjelandsborgere. Borgere av land innenfor EØS-samarbeidet har et større vern mot utvisning etter utl. § 122.

Jeg avgrenser mot saker hvor barnet er overårig. Saker hvor barnet selv eller andre familiemedlemmer enn foreldrene utvises vil heller ikke være relevante.

Når utlendingslovens vilkår for å utvise en utlending er oppfylt, se punkt 3.2, har utlendingsforvaltningen et fritt skjønn til å vurdere om utlendingen skal utvises. Jeg avgrenser mot forvaltningens frie skjønn.

1.4 Terminologi

«Utlending» er en person som ikke er norsk statsborger jf. utl.§ 5, 1.ledd.

«Midlertidig tillatelse» betyr at tillatelsen må fornyes ved utløp. Den er som hovedregel ett-årig.

«Permanent oppholdstillatelse» gir utlendingen rett til opphold i Norge uten tidsbegrensning.

«Vertslandet» er landet utlendingen oppholder seg i og vurderes utvist fra.

«Utvisningslandet» er landet utlendingen vurderes utvist til. I mange tilfeller vil dette være utlendingens hjemland.

⁷ Rt 2011 948 pkt.51

1.5 Videre framstilling

I kapittel 2 vil jeg gjennomgå de relevante rettskildene og metoden. I kapittel 3 og 4 gis en kort fremstilling av det norske utvisningsregelverket, retten til familieliv etter EMK art.8 og BK art.3. For å angi rekkevidden av EMK art.8 er det i punkt 5 relevant å redegjøre for hvilket spillerom statene er gitt ved gjennomføringen av konvensjonsforpliktelsene. Hvilket tidspunktet for faktumfastlegging domstolene skal legge til grunn ved overprøving av utvisningsvedtak, drøftes i kapittel 6.

I kapittel 7 vil jeg redegjøre for og sammenligne noen momenter som er relevante for barnest beste-vurderingen etter Høyesteretts og EMDs praksis. I kapittel 8 vil det redegjøres for vekten av barnets beste etter gjeldende rett. I kapittel 9 vil jeg se på utlendingsforvaltningens vekting av hensynet til barnet før jeg kommer med noen avsluttende vurderinger i kapittel 10.

2 Metode og rettskilder

2.1 Metode

Metoden er nødvendigvis nært knyttet til oppgavens spørsmål. Som det fremkom av punkt 1 av oppgaven er problemstillingen å kartlegge gjeldende rett. Jeg vil benytte alminnelig juridisk metode, som bygger på rettskildeprinsippene. Denne vil gi seg selv i min drøftelse. Det er likevel noen metodespørsmål som det er nødvendig å komme inn på i denne delen.

2.2 Nasjonale rettskilder

Utvisningsadgangen er regulert i utlendingsloven (utl.) av 15.mai 2008 nr.35 i kapittel 8. Tilhørende utlendingsforskrift (utf.) i kapittel 14 detaljregulerer utvisningsreglene, og vil være en relevant kilde for forståelsen av loven. Forvaltningsloven (fvl.) vil gjelde når ikke annet følger av utl.⁸ Ettersom utl. er relativt ny vil forarbeider til loven kunne være et viktig bidrag i tolkningen av loven.⁹

Domstolens har adgang til å prøve forholdsmessigheten fullt ut, se punkt 6.1. Ved ny utlendingslov ble bestemmelsene om forholdsmessighet i § 70 videreført fra den tidligere utl. av 1988.¹⁰ Utvisningsdommer avsagt etter den gamle utlendingsloven av 1988 vil derfor være relevante for å fastlegge rettstilstanden. Dommer som gjelder utvisning av EØS-borgere vil også være relevante, da forholdsmessighetsvurderingen er den samme.¹¹ Det objektive vilkåret for utvisning av EØS-borgere er imidlertid strengere enn for tredjelandsborgere, og det skal derfor mer til for å utvise en EØS-borger.¹²

Forvaltningspraksis har normalt begrenset rettskildeverdi i fastleggingen av rettstilstanden.¹³ Jeg vil ikke bruke forvaltningspraksis for å kartlegge gjeldende rett, men for å antyde om forvaltningens vektning kan komme i strid med gjeldende rett.

⁸ Jf. utl. § 80

⁹ Utl. trådte i kraft 1.januar 2010

¹⁰ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s.435

¹¹ Se Rt 2009 705 pkt.54 og 55 (EØSdommen)

¹² Se utl. § 122, 1.ledd, 1.setning

¹³ Frihagen Bind I (1992) s.60 og 61 og Fleischer (1998) s.343

Det er begrenset juridisk teori om vekten av hensynet til barnets beste i utvisningssaker. Jeg har anvendt generell litteratur om EMK og forvaltningsrett.

2.3 Internasjonale rettskilder

Norges menneskerettslige forpliktelser kan sette begrensninger på utvisningsadgangen. EMK art.8 verner om retten til familieliv og BK verner om barn. Konvensjonene ble inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven (mrl.) § 2 nr. 1 og 4, og skal ved motstrid gå foran norsk lovgivning jf. mrl. § 3.

I utlendingsloven er det presisert at loven skal praktiseres i samsvar med våre internasjonale forpliktelser jf. utl. § 3. Det gjelder «*når disse har til formål å styrke individets stilling*». Hvis utlendingen er bedre vernet etter norske regler skal disse komme til anvendelse.

I norsk rettspraksis er det slått fast at ved anvendelsen av EMK ;

«[s]kal norske domstoler foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser.»¹⁴

EMD-avgjørelser vil ha betydning for tolkningen av EMK, og denne praksisen vil være «*tungtveiende*».¹⁵

2.3.1 EMDs metode

EMK er en internasjonal avtale. Den internasjonale metodelæren og de internasjonale tolkningsprinsipper gjelder følgelig som utgangspunkt.¹⁶ Statuttene til Den internasjonale domstolen (ICJ) og Wienkonvensjonen om traktatrett regulerer dette.

¹⁴ Rt 2008 833 pkt.45 jf. Rt 2000 996 s.1007

¹⁵ Rt 2004 134 pkt.34

¹⁶ Se *Golder* mot Storbritannia pkt.29

Etter Wien-konvensjonen art.31 nr. 1 skal traktater fortolkes med utgangspunkt i den naturlige forståelsen av ordlyden og i lys av konvensjonens «*object and purpose*».

EMD har lagt seg på en formålsrettet tolkning.¹⁷ EMD har slått fast at konvensjonen skal være et «*living instrument*» som tar i betraktning samfunnsutviklingen.¹⁸ EMD har dermed utviklet et prinsipp om at konvensjonen må tolkes dynamisk, som sikrer at beskyttelsen etter EMK ikke er illusorisk.¹⁹ Prinsippet om statenes skjønnsmargin er også utslag av EMDs dynamiske tolkningsstil, se punkt 5.

EMD har avsagt et betydelig antall dommer. EMD er ikke formelt bundet av tidligere avgjørelser, men i praksis viser EMD svært ofte til tidligere praksis etter som det sikrer rettsikkerhet, forutberegnelighet og likhet for loven.²⁰ Egen praksis må derfor sies å være den viktigste rettskilden for EMD ved siden av konvensjonsteksten.

BK kan være relevante ved tolkningen av konvensjonen jf. Wien-konvensjonens art. 31 nr. 3 bokstav c. EMD har i et stort antall saker tolket EMK i lys av BK, og spesielt tatt i betraktning prinsippet om «*barnets beste*» etter BK art. 3 nr.1.²¹ I Storkammeravgjørelse *Neulinger og Shuruk* uttaler EMD at;

«*The Convention cannot be interpreted in a vacuum but must be interpreted in harmony with the general principles of international law*».²²

Uttalelser fra Barnekomiteen, se punkt 2.3.2, og Europarådets rekommandasjoner vil kunne være relevante rettskilder.²³

¹⁷ *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* (1998) s.72

¹⁸ *Tyrer mot Storbritannia* pkt.31

¹⁹ *Airey mot Irland* pkt.24

²⁰ Leach (2011) s.163 pkt.5.14

²¹ *Kilkelly* (2001) s.309 og 324

²² *Neulinger og Shuruk* pkt. 131

²³ ICJ statuttene art.38 nr. 1, bokstav d. Se *Üner mot Nederland* pkt.55

2.3.2 Tolkning av Barnekonvensjonen

Utgangspunktet for tolkningen av konvensjonen er den naturlige språklige forståelsen som skal sees i lys av dens hensikt og formål jf. Wien-konvensjonen art. 31 avsnitt 1. Konvensjonens bestemmelser tolkes i lys av BK sine fire generelle prinsipper om barnets rett til ikke å bli diskriminert (art. 2), barnets beste (art. 3), barnets rett til liv og utvikling (art. 6) og barnets rett til å bli hørt (art. 12) jf. Wien-konvensjonen art. 31 avsnitt 2.

Forarbeidene kan være relevante rettskilder jf. Wienkonvensjonen art. 32. Statens gjennomføring av konvensjonsforpliktelsene overvåkes av FNs komité for barns rettigheter (Barnekomiteen).²⁴

Barnekomiteen har kommet med 13 «*General comments*» om spesifikke tema eller tolkningen av enkelte bestemmelser i konvensjonen.²⁵ Disse er ikke rettslig bindende for medlemsstatene.²⁶ I norsk rett er det lagt til grunn at det bør legges «*relativt stor vekt på*» barnekomiteens uttalelser ved anvendelsen av BK.²⁷

FNs generalforsamling vedtok en tilleggsprotokollen til BK om individklageordning i 2011.²⁸ Denne åpner for at barn kan klage til dette organet når deres rettigheter etter BK og dens to tilleggsprotokoller er krenket. Norge har ennå ikke ratifisert tilleggsprotokollen.

2.4 Nærmere om bruken av Høyesteretts og EMDs praksis for besvarelsen av oppgavens problemstilling

Når jeg redegjør for barnets beste-vurderingen og hensynets vekt, vil jeg anvende Høyesteretts og EMDs praksis. Jeg har brukt seks Høyesterettsavgjørelser hvor barn er involvert og som gjelder brudd på straffeloven og utlendingsloven.²⁹

²⁴ BK artikkel 43 nr.1

²⁵ BK artikkel 45 d

²⁶ Høstmæling (2003) s.80

²⁷ Ot.prp.nr.104 (2008-2009)

²⁸ A/HRC/17/L.8

²⁹ Rt 1996 1510, Rt 2000 591, Rt 2005 229, Rt 2009 534, Rt 2009 705 og Rt 2010 1430

Jeg har anvendt rundt 15 EMD-dommer for besvarelsen av oppgavens problemstilling. Dette vil både være dommer hvor klagen er ansett som åpenbart grunnløs jf. EMK art.35 (avvisningsdommer) og realitetsbehandlede saker. Avgjørelsene som gjelder avslag på fornyet oppholdstillatelse på grunnlag av en straffbar handling vil også være relevant da interesseavveiningen vil være lik som i utvisningssaker.³⁰

Det kan være utfordrende å sammenligne vektingen av hensynet til barnets beste i Høyesteretts og EMDs praksis. Vekten av det enkelte momentet i forholdsmessighetsvurderingen vil bero på omstendighetene i den konkrete saken.³¹ EMD vil også i utpreget grad vurdere en sak basert på de konkrete forholdene, uten å gi generelle anvisninger på hvordan praksis skal være.³² Som Emberland påpeker viser EMD praksis at the «*Court's rendered reasons incline more towards the minimalist than the loquacious*».³³

³⁰ *Sezen* mot Nederland pkt.42

³¹ *Maslov* mot Østerrike pkt.70. I saken var det spørsmål om en tiårig utvisning var proposjonal etter EMK art.8 nr.2

³² Emberland (2006) s.23

³³ *Ibid* s.22

3 Utvisningsregelverket

3.1 Innledning

Adgangen til å utvise utlendinger er regulert i utl. kapittel 8, §§ 66-71. Utvisning er primært begrunnet i allmennpreventive hensyn og beskytte samfunnet mot kriminalitet.³⁴ Hensynet til den alminnelige rettsfølelse og folks tillit til utlendingspolitikken fremheves også som argumenter for å utvise utlendinger.³⁵

Norske statsborgere og utlendinger som er født i Norge og som har bodd i landet siden er vernet mot utvisning.³⁶ En utlending som er vernet mot retur kan ikke utvises.³⁷ Andre utlendinger kan utvises når de objektive vilkårene er oppfylt, se punkt 3.2.1. Utvisning kan likevel ikke besluttes dersom vedtaket medfører uforholdsmessighet, se punkt 3.2.2.

Utvisning defineres ikke som straff.³⁸ Det hører til forvaltningen å fatte utvisningsvedtak. Politiet forbereder utvisningssaker og forhåndsvarsler utlendingen³⁹, UDI treffer vedtak⁴⁰, mens UNE er klageorganet.⁴¹

3.2 Vilkår for utvisning

3.2.1 Objektive vilkår for utvisning

Her vil det bare gis en kort oversikt over de mest sentrale objektive vilkårene for utvisning. Etter utl. § 66, 1.ledd, bokstav a kan utlending *uten* oppholdstillatelse utvises for brudd på utlendingsloven. Det stilles imidlertid krav om at;

«[U]tlendingen grovt eller gjentatte ganger har overtrådt en eller flere bestemmelser i loven her, forsettlig eller grovt uaktsomt har gitt vesentlig uriktige eller åpenbart

³⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s.288 og 289

³⁵ Ibid

³⁶ Utl. § 69, 1 og 2.ledd

³⁷ Utl. § 73, 4.ledd

³⁸ Ot.prp nr.75 (2006-2007) s.288

³⁹ Utl. § 72, 2.setning og ulf. § 14-5, 2.ledd, første setning

⁴⁰ Utl. § 72, 1.setning

⁴¹ Utl. § 76, 1.ledd, 2.setning

*villedende opplysninger i en sak etter loven, eller unndrar seg gjennomføringen av et vedtak som innebærer at vedkommende skal forlate riket».*⁴²

Ved strafferettslige overtredelser, har utlendingsloven oppstilt faste objektive terskler for strafferammen. Etter utl. § 66, 1.ledd bokstav c er det objektive vilkåret oppfylt hvis en utlending uten lovlig opphold er ilagt straff eller særreaksjon for et forhold som kan medføre fengselsstraff «*i mer enn tre måneder*».⁴³ I tillegg kan utlendingen utvises hvis personen er ilagt straff «*flere ganger i løpet av de siste tre årene*».⁴⁴

Etter utl. § 67, 1.ledd bokstav b kan en utlending med midlertidig oppholdstillatelse utvises hvis personen er ilagt straff eller særreaksjon for et forhold som kan føre til fengselsstraff «*i mer enn ett år*».

En utlending med permanent oppholdstillatelse vil kunne utvises hvis utlendingen er ilagt straff eller en særreaksjon for et forhold som kan medføre fengselsstraff «*i to år eller mer*» jf. utl. § 68, 1.ledd, bokstav b.

3.2.2 Forholdsmessighetsvurderingen

Selv om det objektive vilkåret er oppfylt, kan det ikke treffes utvisningsvedtak «*dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene*» etter utl. § 70.

Ved ny utl. av 2008 ble det presisert i lovteksten at barnets beste «*skal være et grunnleggende hensyn*» i forholdsmessighetsvurderingen.⁴⁵ Bestemmelsen var ikke ment som en endring av rettstilstanden, «*men [ble] tatt inn i lovteksten for å sikre særlig bevissthet omkring vurderingen*».⁴⁶

⁴² UDI Rundskriv 2010-024 pkt.5 angir nærmere hva forvaltningen legger i disse vilkårene

⁴³ Med særreaksjon menes tvungent psykisk helsevern eller tvungen omsorg, jf. Strl. §§ 39 og 39a

⁴⁴ Utl. § 66 1.ledd, bokstav c

⁴⁵ Utl. § 70, 1.ledd, siste setning

⁴⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 435

Ordlyden i utl. § 70 gir anvisning på at de hensyn som taler for utvisning skal veies opp mot hvordan utvisningen rammer utlendingen selv og dennes familie.

Utlendingslovens forarbeider gir en ikke-uttømmende liste av momenter som det skal legges vekt på i vurderingen. Momentet «*forholdets alvor*» vil omfatte straffebudets strafferamme, den idømte straff eller særreaksjon og faktisk utmålt straff.⁴⁷ Skjerpene og formildende omstendigheter og gjentakelsesfare vil også kunne bli sett hen til.⁴⁸

For å vurdere alvorligheten av brudd på utlendingsloven vil ikke Høyesterett legge vesentlig vekt på hvordan overtredelsene bedømmes strafferettslig.⁴⁹ De bedømmes i forvaltningsrettslig perspektiv.⁵⁰ I vurderingen sees det hen til hvordan overtredelsene utfordrer utlendingslovens kontrollhensyn og hvordan utlendingens overtredelser har vanskeliggjort myndighetenes arbeid.⁵¹

I vurderingen av «*utlendingens tilknytning til riket*» vil tilknytning til Norge vurderes opp mot tilknytning til hjemlandet.⁵² Det er relevant å se på botid, alder ved ankomst, språkferdigheter, integrering i Norge og familie. Videre må det tas hensyn til om familien kan følge med til utvisningslandet.

Forarbeidene angir ikke nærmere hvilke momenter som har betydning i barnets beste-vurderingen, men fastslår at hensynet ikke er til hinder for at andre hensyn kan få avgjørende vekt.⁵³

Innreiseforbudets varighet er også et forhold som har betydning for forholdsmessighetsvurderingen jf. utl. § 71, 1.ledd.

⁴⁷ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s.291 og 292

⁴⁸ Om gjentakelsesfare se Rt 2005 229 pkt.43 og 44 og Ot.prp.nr.46 (1986-1987) s.131. Om formildende og skjerpene omstendigheter, se Utlendingslovens kommentarutgave (2010) s.444

⁴⁹ Se Rt 2009 534 pkt.49, Rt 2010 1430 pkt.79 og Rt 2011 948 pkt.47

⁵⁰ Ibid

⁵¹ Rt 2009 534 pkt.50 og 51 og Rt 2011 948 pkt.48

⁵² Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s.292

⁵³ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s.292

Bestemmelser i utlendingsforskriften setter visse begrensninger på utvisningsadgangen og på fastsettelsen av innreiseforbudets lengde. Etter ulf. § 14-1 skal en utlending som har hatt ulovlig opphold eller arbeidet ulovlig i mindre enn to år som hovedregel ikke utvises dersom personen har barn i Norge. Ved andre overtredelser av utlendingsloven og straffeloven skal som hovedregel innreiseforbudet gjøres tidsbegrenset når utlendingen har barn.⁵⁴

3.3 Konsekvenser av utvisning

Et utvisningsvedtak innebærer at tidligere oppholdstillatelse bortfaller jf. Utl. § 71, 1.ledd. Utlendingen må forlate riket. Det gis et innreiseforbud som medfører at utlendingen ikke kan reise inn i landet i den angitt tidsrom jf. utl.§ 71, 2.ledd. Etter utl. § 71, 2.ledd kan innreiseforbudet gjøres varig eller tidsbegrenset til ett, to eller fem år.⁵⁵ Etter fast forvaltningspraksis begynner innreiseforbudet å løpe fra tidspunktet utlendingen forlater landet.⁵⁶

Utlendingsforvaltningen kan treffe vedtak om å innmelde utlendingen i Schengen Informasjonssystem (SIS).⁵⁷ Registrering i SIS innebærer at utlendingen må forlate Schengen-området og nektes innreise i dette området i samme tidsperiode som innreiseforbudet gjelder for Norge.

⁵⁴ Jf. Ufl. § 14-2, 3.ledd

⁵⁵ Ulf. § 14-2, 1. og 2.ledd

⁵⁶ UDI Rundskriv 2010-024 pkt.4.2

⁵⁷ SIS-loven § 7, pkt.2

4 Internasjonale forpliktelser

4.1 Retten til respekt for familielivet etter EMK art.8

Bestemmelsen i EMK art.8 om retten til familieliv lyder:⁵⁸

1. Enhver har rett til respekt for sitt (...) familieliv (...).

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.

For at forholdet mellom et barn og en forelder som er utvist fra Norge skal ansees vernet etter EMK art.8 må det foreligge et «*familieliv*» etter EMK art.8 nr. 1. Barn født i eller utenfor ekteskap og adopterte barn vil være omfattet.⁵⁹

Om barnet aldri har bodd med utlendingen, vil spørsmålet om familieliv bero på faktorer som «*may (...) serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create de facto family ties*».⁶⁰ Slike faktorer vil være blant annet være varigheten av foreldrenes forhold, om forelderen har bidratt i barneomsorgen og kvaliteten og hyppigheten av kontakt.⁶¹

4.2 Inngrep i retten til familieliv etter EMK art.8 nr.2

En rett til familieliv er ikke absolutt. Inngrep i familielivet kan gjøres så lenge det er i overensstemmelse med EMK art.8 nr.2. Bestemmelsen oppstiller tre kumulative vilkår for at et inngrep ansees rettmessig.

⁵⁸ Jeg avgrenser mot å se på retten til privatliv, hjem og korrespondanse etter EMK art.8 nr.1

⁵⁹ *Joseph Grant* mot Storbritannia pkt.30, *Berrehab* mot Nederland pkt.21 og *Onur* mot Storbritannia pkt.43. Se Leach (2011) s.317

⁶⁰ *Joseph Grant* mot Storbritannia pkt.30

⁶¹ *Joseph Grant* mot Storbritannia pkt.30, *Berrehab* mot Nederland pkt.21 og *Onur* mot Storbritannia pkt.44

Inngrepet må være «*i samsvar med loven*», som betyr at inngrepet må ha hjemmel i nasjonal lov. EMD har oppstilt krav til lovhjemmelens kvalitet; den skal både være forutberegnlig ved at den er presis nok og tilgjengelig.⁶² EMD har fastslått at de norske reglene oppfyller dette vilkåret.⁶³

Videre må inngrepet være begrunnet i et av de oppramsede formålene. Utvisning vil være begrunnet i å hindre «*uorden og kriminalitet*».

Det omtvistede i de fleste utvisningssaker er om utvisningen «*er nødvendig i et demokratisk samfunn*». EMD har sammenfattet nødvendighetstesten som at inngrepet må «*correspond to a pressing social need*» og at inngrepet må være «*proportionate to the legitimate aim pursued*».⁶⁴ Teoretisk er det mulig å skille mellom disse kravene, men i praksis glir kravene inn i hverandre.⁶⁵ I realiteten stiller EMD spørsmål om det etter omstendighetene var «*nødvendig å gå frem på en så inngripende måte*».⁶⁶

I proporsjonalitetsvurderingen vil EMD avgjøre om et konkret inngrep er egnet til å oppfylle formålet.⁶⁷ Videre vil EMD vurdere om det finnes andre mindre inngripende tiltak som kan oppfylle formålet om å hindre «*uorden og kriminalitet*».⁶⁸ Den endelige grensedragningen vil være balanseringen mellom samfunnets interesser i å utvise en utlending opp mot inngrepets styrke overfor et enkeltindivid og dennes familie.⁶⁹ Offentlige interesser i å foreta en utvisning bestemmes ut fra forholdets alvor. Statene er gitt en viss skjønnsmargin i vurderingen av proporsjonaliteten av et inngrep, se punkt 5.

Det er lagt til grunn at forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70 i høy grad er sammenfallende med vurderingen av om utvisning er «*nødvendig*» etter artikkel 8 nr. 2.⁷⁰ Proporsjonalitetsvurderingen i EMK art.8 er dermed en del av

⁶² *Sunday Times* mot Storbritannia pkt.49

⁶³ Se *Hussein* mot Norge

⁶⁴ *Silver* mot Storbritannia pkt.97

⁶⁵ Aall (2011) s.142, se *Üner* mot Nederland pkt.54

⁶⁶ *Ibid*

⁶⁷ *Ibid* s.43 og *Rettferdighet* (2010) s.180

⁶⁸ *Ibid* og *Leach* (2011) s.313

⁶⁹ Aall (2011) s.143

⁷⁰ NOU 2004:20 s.309, Rt 1996 551 s.556 og 557 og Rt 1998 1795 s.1802-1803

forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70, og setter begrensningen på adgangen til å utvise utlendinger når dette er i strid med EMK art.8.

4.3 Nærmere om interesseavveiningen etter EMK art.8 nr.2

EMD har utviklet momenter som har betydning for interesseavveiningen. I *Boultif* var det spørsmål om utvisning av en utlending på bakgrunn av tyveri og hærverk var proporsjonal etter EMK art.8 nr.2. I dommen fastsatte EMD «*guiding principles*» for proporsjonalitetsvurderingen.⁷¹ Disse momentene ble utfylt av EMD i storkammeravgjørelsen *Üner*, hvor det var det spørsmål om en tiårig utvisning var proporsjonal.⁷² EMD har i senere saker anvendt disse retningslinjene.

De relevante momentene er handlingens grovhet, utlendingens botid, tiden som har gått fra forbrytelsen og utlendingens oppførsel i denne tidsperioden, nasjonaliteten til de involverte, utlendingens tilknytning til vertslandet og utvisningslandet, utlendingens familiesituasjon, herunder lengden av ekteskap og om paret hadde et genuint familieliv, om ektefellen visste om overtredelsen ved etableringen av familielivet, om det var barn i ekteskapet og deres alder, alvorligheten av vanskelighetene ektefellen ville møte i utvisningslandet og hensynet til barnets beste, spesielt alvorlighetene av vanskelighetene barnet ville møte i utvisningslandet. I vurderingen av «*handlingens grovhet*» vil typen forbrytelse som er gått, utmålt straff, gjentakelsesfare og formildende og skjerpene omstendigheter ha betydning.⁷³ Utvisningens varighet vil også ha betydning for forholdsmessighetsvurderingen.⁷⁴

I saker hvor utlendingen ikke hadde en berettiget forventning om familieliv og utlendingen ikke har annen tilknytning til vertsstaten enn hans familie, oppstiller EMD noen andre momenter. Forhold som skal tas i betraktning er i hvilken grad familielivet ble effektivt brutt, graden av bånd til vertslandet, om det er uovervinnelige hindringer for familien å etablere seg i utvisningslandet, om det er omstendigheter rundt

⁷¹ *Boultif* mot Sveits pkt.48

⁷² *Üner* mot Nederland pkt.58

⁷³ Se blant annet *Omojudi* mot Storbritannia pkt.44, *Joseph Grant* mot Storbritannia pkt.38 og 39 og Kjølbros (2005) s. 496

⁷⁴ Aall (2011) s.217

utlendingskontroll (for eksempel brudd på utlendingsloven) eller offentlige interesser som taler for utvisning og om familielivet ble etablert på et tidspunkt hvor partene var klar over at oppholdsstatusen til en av partene var slik at videreføringen av familielivet i vertslandet må ha virket usikkert.⁷⁵ Selv om EMD ikke eksplisitt uttrykker at hensynet til barnets beste er et relevant, er dette tatt i betraktning.⁷⁶

4.4 Barnets beste etter Barnekonvensjonen art.3 nr.1

4.4.1 Innholdet i barnets beste

Av BK art.3 nr. 1 følger det at

«Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn».

Bestemmelsen gir ikke en konkret rettighet, men gir uttrykk for et prinsipp. I saker hvor en forelder vurderes utvist, vil saken «berøre» barnet. Norske domstoler og utlendingsforvaltningen må derfor ta hensyn til barnets beste i utvisningssaker.

BK definerer ikke begrepet «barnets beste», og ordlyden er vag. Fra den engelske konvensjonsteksten med ordlyden «*the best interest of the child*» kan man likevel utlede at barnets interesser må være en del av barnets beste.⁷⁷ Barns interesser springer ut av dets behov. Barns interesser, og dermed barnets beste, vil måtte avgjøres etter både «*objektive og subjektive elementer*».⁷⁸

⁷⁵ Se blant annet *Da Silva* mot Nederland pkt.39, *P.P & Others* mot Storbritannia og *Nunez* mot Norge pkt.70

⁷⁶ I *Nunez* mot Norge de ulike momentene oppstilt. EMD trakk likevel inn hensynet til barnets beste, og kom til at det ikke var tillagt tilstrekkelig vekt

⁷⁷ Stang (2007) s.96

⁷⁸ *Ibid* s.97

De objektive interesser er hva samfunnet til enhver tid mener barn trenger for å utvikle seg og ha det bra. Hva som anses som barnets beste vil kunne forandre seg over tid. Barnets subjektive interesser vil variere fra sak til sak.⁷⁹

Barnekomiteen har gitt uttrykk for at små barn, det vil si barn under åtte år,⁸⁰

«[A]re especially vulnerable to adverse consequences of separations because of their physical dependence on and emotional attachment to their parents/primary caregivers. They are also less able to comprehend the circumstances of any separation. Situations which are most likely to impact negatively on young children include neglect and deprivation of adequate parenting; (...) situations where children experience disrupted relationships (including enforced separations) (...).»⁸¹

Barnets alder og hvem barnet adskilles fra vil derfor være relevante momenter i barnets beste-vurderingen.

Hvilke momenter som har betydning for barnets beste-vurderingen i utvisningssaker, har til en viss grad blitt klarlagt gjennom praksis i EMD og Høyesterett, se punkt 7 og 8.

4.4.2 «Et grunnleggende hensyn»

Barnets beste skal være «*et grunnleggende hensyn*» ved alle handlinger som berører barn. Formuleringen om at det er «*et*» og ikke «*det*» hensynet tilsier at barnets beste er et grunnleggende hensyn, men at andre hensyn kan tillegges like mye eller større vekt.⁸²

Under utarbeidelsen av barnekonvensjonen var det diskusjon om det skulle være «*et*» eller «*det*» grunnleggende hensynet.⁸³ Flere medlemmer trakk fram at

⁷⁹ Barnekonvensjonen (2008) s.47

⁸⁰ CRC/C/GC/7/Rev.1 pkt. 4 definerer «*early childhood*»

⁸¹ CRC/C/GC/7/Rev.1 pkt. 18

⁸² Alston (1996) s.11

⁸³ Ibid

*«It was generally noted that there were situations in which the competing interests, inter alia, of justice and of the society at large should be of at least equal, if not greater, importance than the interests of the child».*⁸⁴

Alston tolker dette som at medlemmene ville sikre «*a degree of flexibility*» ved bruken av prinsippet fordi det hadde et vidt anvendelseområdet.⁸⁵ Dette medfører at beslutningstakerne kan velge å la hensynet være *det* avgjørende hensynet, eller la hensynet være et viktig hensyn blant flere. Bestemmelsen forplikter bare statene til å la dette være et viktig hensyn.

BK art.3 nr.1 sier ikke noe om hvilke momenter som vil kunne trumfe dette hensynet. Ifølge McAdam vil «*[r]elevant interests may include immigration controls, [...], national security, public order, public health or morals, or the rights and freedoms of others.*»⁸⁶ Det tyder på at det ikke er noen begrensninger på relevante mothensyn.

⁸⁴ E/CN.4/1989/48 pkt.121

⁸⁵ Alston (1996) s.11

⁸⁶ McAdam (2006) s.258

5 EMDs prøvingsintensitet- Statens skjønnsmargin innenfor EMK art.8 ved utvisning

5.1 Statens skjønnsmargin

En skjønnsmargin innebærer at statene har et spillerom for hvordan konvensjonsforpliktelsene skal gjennomføres i nasjonalstatene. Skjønnsmarginen er yttergrensen for hva som er akseptabelt etter konvensjonen.⁸⁷ EMD har gjennom sin praksis tilkjent statene en skjønnsmargin når det gjelder anvendelse av visse ubestemte begreper etter EMK.⁸⁸

EMK art. 8 nr. 2 innehar et slikt ubestemt begrep om at det kan gjøres inngrep i familielivet når det er «*nødvendig i et demokratisk samfunn*». EMD har overlatt en skjønnsmargin til statene ved vurderingen om utvisning er nødvendig etter EMK art.8.⁸⁹ En vid skjønnsmargin etter EMK art.8 betyr at EMD er tilbakeholden med å overprøve om vilkåret om «*nødvendig i et demokratisk samfunn*» foreligger.⁹⁰ Terskelen for å konstatere krenkelse av EMK art.8 vil da være høyere.

Konvensjonens håndhevingssystem er avhengig av medlemsstatene vilje til å følge opp deres forpliktelser.⁹¹ Hvis EMD griper for hardt inn i viktige deler av statenes suverenitet, kan dette medføre at statene er mindre villige til å gjennomføre forpliktelsene. Skjønnsmarginen skaper en balanse mellom statenes suverenitet og konvensjonsforpliktelsene.⁹² Dette spillerommet er blant annet et utslag av det såkalte subsidiaritetsprinsippet.⁹³ Statene skal ha primæransvaret for å gjennomføre forpliktelsene, mens EMD skal være et sekundært system med kontrollansvar.⁹⁴

Rekkevidden av skjønnsmarginen er relevant for å avklare når utvisning vil være i strid med EMK art.8. Det kan være vanskelig å få et helhetlig bilde av dens rekkevidden.

⁸⁷ Jacobs (2010) s.80

⁸⁸ Sørensen (2004) s.145

⁸⁹ Se blant annet *Darren Omoregie* mot Norge pkt.57 og *Da Silva and Hoogkamer* pkt.39

⁹⁰ Broch (2005) s.263

⁹¹ Arai-Takahashi (2001) s.17

⁹² Ibid

⁹³ Sørensen (2004) s.145.

⁹⁴ Broch (2005) s.260.

Domstolen gir generelt knappe begrunnelser, se punkt 2.4. Broch mener at dette også gjelder når EMD bruker skjønnsmarginen.⁹⁵

Fra EMD-praksis er det likevel mulig å utlede faktorer som vil kunne påvirke omfanget av skjønnsmargin. I punkt 5.2 vil jeg undersøke hvilke momenter som påvirker skjønnsmarginen. Jeg tar ikke sikte på å gi en utømmende fremstilling av skjønnsmarginens rekkevidde i utvisningssaker, men vil begrense den til å drøfte typesituasjoner og momenter. I punkt 5.3 vil jeg drøfte om norske domstoler skal legge til grunn denne skjønnsmarginen ved domstolskontroll av utvisningsvedtak.

5.2 Nærmere om omfanget av statens skjønnsmarginen i utvisningssaker

EMD fremhever i mange utvisningsavgjørelser at;

*«It is for the Contracting States to maintain public order, in particular by exercising their right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations, to control the entry and residence of aliens».*⁹⁶

EMD anerkjenner statenes rett til å føre kontroll innenfor deres jurisdiksjon. Denne retten følger av statens suverenitet. Migrasjonskontroll ligger i kjernen av medlemsstatenes suverenitet.⁹⁷ Hvis EMD griper hardt inn i statenes suverenitet vil medlemsstatene kunne bli mer motvillige til å gjennomføre konvensjonsforpliktelsene. Det etterlater et inntrykk av at statene tilkjennes en vid skjønnsmargin i utvisningssaker.

Dette hensynet gjør seg trolig primært gjeldende i innvandringsaker. I saker hvor familielivet ble etablert under ulovlig opphold, har også EMD lagt til grunn at en utvisning bare være uforenlig med EMK art.8 «*in exceptional circumstances*».⁹⁸ EMD oppstiller en høyere terskel for brudd på EMK art.8 ved utvisning av utlendinger som har ikke hatt forutgående lovlig opphold i vertslandet, se punkt 8.7.2.

⁹⁵ Ibid s.262

⁹⁶ Se *Amrollhai* mot Danmark pkt.33 og *Boultif* mot Sveits pkt.46

⁹⁷ Arai-Takahashi (2001) s.68

⁹⁸ Se *Darren Omoregie* mot Norge pkt.57 og *Nunez* mot Norge pkt.70

Et brudd på EMK art.8 vil i slike saker medføre at medlemslandet må innvilge utlendingen oppholdstillatelse. Dette er svært likt som immigrasjonssaker der medlemslandet må akseptere nye innvandrere. En utvidelse av rettighetene vil kunne få store økonomiske og sosiale konsekvenser for medlemsstatene. I immigrasjonssaker og ved utvisning av utlendinger med ulovlig opphold har dermed EMD tilkjent statene en vid skjønnsmargin.⁹⁹

EMD har derimot utviklet et sterkere vern i utvisningssaker for lengeværende integrerte utlendinger.¹⁰⁰ Skjønnsmarginen er snevrere i slike saker. I slike saker har ikke EMD oppstilt et strengt utgangspunkt for når utvisning er i strid med EMK art.8, se punkt 8.7.2.

Dette kan ha bakgrunn i at utvisning av integrerte utlendinger ikke ligger i den harde kjernen av statenes suverenitet. Medlemsstaten har allerede akseptert utlendingen ved tidligere å ha innvilge personen en oppholdstillatelse. Utvisningssaker av integrerte utlendinger gjelder også forholdsvis få saker, og vil ikke få så store økonomiske og sosiale konsekvenser for medlemsstatene.

Andre faktorer vil også kunne påvirke skjønnsmarginen i utvisningssaker. EMD har i flere utvisningssaker fastslått at statene har «*a certain margin of appreciation*» i overprøving av forholdsmessighetsvurderingen etter EMK art.8 nr. 2.¹⁰¹

Omfanget av spillerommet vil kunne påvirkes av hvor presserende samfunnsbehov det er for å utvise en utlending. EMD har i flere avgjørelser uttalt den;

«*[U]nderstands why the authorities show great firmness to those who actively contribute to the spread of this scourge [drugs]*».¹⁰²

⁹⁹ Arai-Takahashi (2001) s.68

¹⁰⁰ Ibid

¹⁰¹ Se *Darren omoregie* mot Norge pkt.57, *Konstantinov* mot Nederland pkt.46, *Maslov* mot Østerrike pkt.76 og *Da Silva* mot Nederland pkt.39

¹⁰² Se *Amrollahi* mot Danmark pkt.37 og *Mehemi* mot Frankrike pkt.37

Uttalelsen kan tyde på at jo mer alvorlig overtredelsen er, jo større forståelse har EMD for at en utvisning må foretas, slik at skjønnsmarginen blir videre.

I saker hvor utlendingens tilknytning til vertslandet er liten og det ikke er vesentlige hindringer for familien å etablere seg i utlendingens hjemlandet, ser det ut til at EMD har gitt statene en omfattende skjønnsmargin. I *Darren Omoregie* kom utlendingen til Norge som voksen. Hans bånd til vertslandet var sterke, mens hans tilknytning til Norge var til sammenligning svak. Utlendingen var ilagt et femårig utvisningsvedtak. EMD konkluderte med at

*«it does not find that the national authorities of the respondent State acted arbitrarily or otherwise transgressed their margin of appreciation (...)».*¹⁰³

I *Timocin* pekte Kommissjonen på at utlendingen ikke hadde integrert seg fullstendig i det sveitsiske samfunn.¹⁰⁴ Hans tilknytning til vertslandet var svak, mens hans bånd til hjemlandet var sterke. EMD konkluderte med at

*«it does not find that the (...) authorities (...) acted unreasonably in balancing the various interests involved».*¹⁰⁵

Kommissjonen og EMD begrenset kontrollen til å forhindre vilkårlig eller urimelig avgjørelser. Det gis ikke uttrykk for om domstolene er enig med vurderingene og om inngrepet var i samsvar med EMK art.8. Dette innebærer at statene får et betydelig handlingsrom.

Skjønnsmarginen vil videre avhenge av hvor inngripende begrensningen er i EMK art.8. I *Sezen* var utvisningssaken blitt henlagt, men Frankrike nektet å fornye utlendingens oppholdstillatelse på bakgrunn av utlendingens kriminalitet. EMD kom til at det ikke kunne forventes at kone og barna fulgte utlendingen til utvisningslandet. EMD pekte på

¹⁰³ *Darren Omoregie* mot Norge pkt.68

¹⁰⁴ Den permanente EMD erstattet Kommissjonen og den gamle domstolen 1.november 1998 jf. EMK art.19, Se Reid (2008) s.7

¹⁰⁵ *Timocin* mot Sveits

at «*to split up a family is an interference of a very serious order*». ¹⁰⁶ Ved inngripende tiltak vil skjønnsmarginen innsnevres.

Selv om statene i utgangspunktet har en vid skjønnsmargin i mer innvandringslignende saker, se ovenfor, vil skjønnsmarginen kunne innsnevres når utvisningen er særlig inngripende overfor barnet. I *Nunez* var det spørsmål om en utvisning av en utlending med to barn i Norge var i samsvar med EMK art.8. ¹⁰⁷ Utlendingen hadde aldri hatt forutgående lovlig opphold i Norge. EMDs flertall kom til at utvisningen var et vidtrekkende tiltak overfor barna. ¹⁰⁸ EMDs flertall kom til at Norge ikke hadde handlet innenfor deres skjønnsmargin da det ikke var lagt tilstrekkelig vekt på hensynet til barna. ¹⁰⁹ EMD foretok en inngående prøving av forholdsmessighetsvurderingen. Det tyder på at EMD innsnevret skjønnsmarginen. ¹¹⁰

En felles europeisk rettsoppfatning vil kunne innsnevre statens skjønnsmargin. ¹¹¹ Europarådets parlamentarikerforsamling har blant annet anbefalt medlemsstatene om å verne lengeværende utlendinger mot utvisning. ¹¹² I *Üner* uttalte EMD at selv om flere medlemsstater har inntatt slik regler i lovgivningen, hjemler ikke EMK art.8 et vern mot utvisning av lengeværende utlendinger. ¹¹³ Det kan derfor virke som at uttalelsen ikke gir grunnlag for å snevre inn statenes skjønnsmargin.

Gjennomgangen viser at det er et sett av ulike momenter som har betydning for omfanget av skjønnsmarginen. Rekkevidden av skjønnsmarginen i utvisningssaker vil derfor avhenge av de konkrete forholdene i den enkelte sak. Mange av disse momentene vil være momenter som inngår i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK art.8 nr.2, se punkt 4.3. Det virker dermed som «*the factors determining the margin of appreciation*

¹⁰⁶ *Sezen* mot Nederland pkt.49

¹⁰⁷ *Nunez* mot Norge

¹⁰⁸ *Ibid* pkt.83

¹⁰⁹ *Ibid* pkt.84

¹¹⁰ Flertallet sier ikke eksplisitt at skjønnsmarginen ble innsnevret. EMDs mindretall på to dommere mente at flertallet innsnevret statens skjønnsmargin ved å fastslå brudd i denne saken jf. pkt.3

¹¹¹ *Sunday Times* mot Storbritannia pkt.59 og Leach (2011) s.313

¹¹² Se Europarådets anbefaling 1504 (2001)

¹¹³ *Üner* mot Nederland pkt.55

*seem to be merged with the factors used to examine the proportionality of a certain measure».*¹¹⁴

5.3 Nasjonale domstolars anvendelse av skjønnsmarginen

Spørsmålet blir så om den skjønnsmarginen som EMD har gitt statene ved anvendelsen av EMK art.8 skal anvendes av norske domstoler når de kontrollerer om forvaltningsavgjørelser er i samsvar med EMK art.8. Spørsmålet vil vurderes etter norsk rett.

Mrl. § 2 nr. 1 vil danne utgangspunktet for spørsmålet. Bestemmelsen hjemler at EMK «skal gjelde som norsk lov i den utstrekning de[n] er bindende for Norge». Ordlyden regulerer ikke direkte om skjønnsmarginen skal anvendes av norske domstoler. Broch peker på at det «passer best med lovteksten å inkludere skjønnsmarginen i tolkningen for å finne ut hva som er bindene for Norge».¹¹⁵ Denne forståelsen er jeg enig i, da skjønnsmarginens omfang vil kunne ha betydning for hvilke konvensjonsforpliktelser Norge.

I loven forarbeider er det fremhevet at;

*«Det overordna mål at norsk rettspraksis i størst moglege grad samsvarar med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkingspraksis».*¹¹⁶

Ettersom skjønnsmarginen inngår i EMDs metode, kan det tyde på at lovgiver har ment at norske domstoler skal anvende EMDs skjønnsmargin.

I plenumsavgjørelsen Rt.2000 s.996 ble det lagt til grunn at norske domstoler skal anvende de samme tolkningsprinsippene som EMD.¹¹⁷ Det fremgår samtidig at norske domstoler ved tolkningen av EMK ikke kan «bygge inn sikkerhetsmarginer mot at

¹¹⁴ Gerards (2011) fotnote 209

¹¹⁵ Borch (2005) s.279

¹¹⁶ Innst.O.nr.51 (1998-1999) pkt. 8. Se også Ot.prp.nr.3 (1998-1999) s.67-70

¹¹⁷ S.1007

*Norge dømmes for konvensjonsbrudd».*¹¹⁸ Disse uttalelsene taler for at norske domstoler må anvende skjønnsmarginen ved tolkningen av EMK.¹¹⁹

Dommen av Rt.2004 s.1737 gjaldt etterprøving av et forvaltningsvedtak. Flertallet og mindretallet anvendte EMD sin skjønnsmargin ved tolkningen av EMK art.10.

I en skattesak i Høyesterettavgjørelsen Rt.2011 s.213 bemerker Høyesterett at;

*«Etter [EMK P-1] artikkel 1 annet avsnitt har statene en betydelig skjønnsmargin ved inndrivelse av skatter og avgifter».*¹²⁰

Høyesterettspraksis er klar på at norske domstoler generelt skal anvende skjønnsmarginen ved overprøving av forvaltningsvedtak.¹²¹ Spørsmålet er om det er grunnlag for at en annen løsning skal gjelde i utvisningssaker. I utvisningsavgjørelsen Rt.1996 s.551 legger Høyesterett til grunn at;

*«Den skjønnsmargin som konvensjonsorganene kan antas å ville praktisere, må etter min mening også norske domstoler legge til grunn når de anvender EMK art.8 (2).»*¹²²

Det samme synspunktet er også lagt til grunn i kjæremålskjennelsen Rt. 1996 s. 1754 i spørsmålet om begjæring av om midlertidig forføyning av et utvisningsvedtak;

*«Denne skjønnsmargin må også norske domstoler legge til grunn.»*¹²³

At norske domstoler har en skjønnsmargin ved overprøving av EMK art.8 i utvisningsvedtak er ikke fraveket i senere praksis. Når løsningen er i samsvar med Høyesteretts generelle løsning i andre saker, kan jeg ikke se at rettskildene åpner for en

¹¹⁸ S.1008

¹¹⁹ Broch (2005) s.279

¹²⁰ Pkt.48

¹²¹ Sørensen (2004) og Broch (2005) er uenig om norske domstoler skal legge til grunn skjønnsmarginen og fremhever ulike reelle hensyn som går i hver sin retning. Jeg har ikke rom for å gå nærmere inn på denne diskusjonen

¹²² Rt 1996 551 s.558

¹²³ Rt 1996 1754 s.1756

annen konklusjon. Norske domstoler skal dermed anvende EMDs skjønnsmargin ved overprøvingen av EMK art.8 i utvisningssaker.

6 Domstolenes overprøving av utvisningsvedtak

6.1 Om domstolskontroll generelt

Domstolens kompetanse til å prøve gyldigheten av forvaltningsvedtak er utviklet gjennom rettspraksis, og er sikker konstitusjonell sedvanerett.¹²⁴ Domstolens oppgave er å kontrollere lovmessigheten av forvaltningsvedtak. I dette ligger at domstolene prøver om vedtaket er lovlig, og ikke om det er hensiktsmessig.¹²⁵

Når domstolene prøver gyldigheten av et vedtak, vil de kontrollere vedtakets hjemmel. Denne kontrollen består i å prøve hvordan *«lovbestemmelsen er å forstå, (...) hvilke fakta som forligger og om disse fakta lar seg subsumere under bestemmelsen»*.¹²⁶ Et lovstridig vedtak til ugunst for individet vil være ugyldig.¹²⁷ Domstolene vil alltid kunne etterprøve om faktum var slik at forvaltningen hadde kompetanse til å treffe vedtaket på avgjørelsestidspunktet.¹²⁸ *«Hvis faktum viser seg å være slik at forvaltningen ikke har kompetanse til å treffe vedtaket, er det som den klare hovedregel (...) ugyldig»*.¹²⁹

Når gyldigheten av et utvisningsvedtak overprøves av domstolen, vil domstolen prøve om utvisningsvedtak er *«uforholdsmessig»* etter utl. § 70 og EMK art.8. I rettspraksis er det slått fast at forholdsmessighetsvurderingen er et rettsanvendelsesskjønn som domstolene fullt ut kan prøve.¹³⁰ Kommer domstolene til at et utvisningsvedtak er *«uforholdsmessig»* etter utl. § 70 eller EMK art.8, vil vedtaket være ugyldig.¹³¹

¹²⁴ Frihagen (1992) Bind III s.169 og Eckhoff/Smith (2010) s.539

¹²⁵ Eckhoff/Smith (2010) s.544

¹²⁶ Frihagen (1992) Bind III s.221

¹²⁷ Frihagen (1992) Bind III s.216

¹²⁸ Se for eksempel Rt 2007 1815 pkt.33 og Rt 2009 1374 pkt.40

¹²⁹ Graver (2004) s.472

¹³⁰ Dette ble slått fast i Rt 1998 1795 s.1803 og er fulgt opp i senere avgjørelse jf. Rt.2000 591 s.599, Rt 2005 229 pkt.34 og Rt.2009 534 pkt.46. Tidligere var dette underlagt forvaltningens hensiktsmessighetskjønn jf. Rt 1996 72 s.79

¹³¹ Jeg har avgrenset mot forvaltningens frie skjønn

6.2 Gyldighetsprøving av utvisningsvedtak basert på faktum etter vedtakstidspunktet

6.2.1 Innledning

Et utvisningsvedtak medfører en plikt for utlendingen til å forlate Norge og Schengenområdet, se punkt 3.3. I praksis vil en del utlendinger oppholder seg i en lengre periode i Norge etter endelig forvaltningsvedtak av ulike grunner.

I denne perioden kan det ha kommet fram nye opplysninger om barnets situasjon på vedtakstidspunktet eller oppstått nye omstendigheter rundt barna. Dette kan også oppstå etter at utlendingen har reist ut av Norge. Nye opplysninger kan innebære at utvisningen er mer inngripende overfor barnet enn det forvaltningen antok på vedtakstidspunktet. Etterfølgende omstendigheter kan innebære at utvisningen er blitt mer inngripende for barnet enn det forvaltningen la til grunn.

Når en utvisningssak kommer opp for en domstolen, vil domstolen prøve om utvisningsvedtak er forholdsmessig etter utl. § 70, BK art.3 og EMK art.8. Spørsmålet er om domstolen har kompetanse til å ta i betraktning nye omstendigheter eller nye opplysninger rundt barnet som kom til etter vedtakstidspunktet. Hvis dette er tilfellet kan domstolene kunne komme til at et vedtak er uforholdsmessig selv om det var forholdsmessig på vedtakstidspunktet.

Når det gjelder nye forhold rundt barna må det sondres mellom rettsfakta og rettsbevis. Rettsfakta blir brukt synonymt med påstandsgrunnlaget i en sak.¹³² Dette er faktiske forhold som begrunner en rett.¹³³ Påstandsgrunnlaget er de «*rettsstiftende faktiske forhold*» en part bygger sin påstand på jf. tvl. § 11-2 første ledd siste punktum. Dette betyr at de faktiske forholdene er «*en nødvendig betingelse for at en rettsvirkning skal inntrre*»- de faktiske forhold må kunne subsumeres under en rettsregel.¹³⁴ Det vil i det videre bli omtalt som *nye omstendigheter*. Bevisfakta er derimot «*de bevis som godtgjør*

¹³² NOU 2001:32 s.703 og s.704 og Hov (2012) s.57

¹³³ Hov (2012) s.58

¹³⁴ Ibid s.57

vedkommende rettsfaktum». ¹³⁵ Bevisfakta vil i det videre bli omtalt som *nye opplysninger*.

Hvorvidt domstolen vil ta i betraktning *nye omstendighetene* ved overprøving av et utvisningsvedtak, beror på tidspunktet som legges til grunn for faktumfastlegging. Legges *domstidspunktet* til grunn, vil domstolen fastlegge faktum ut fra omstendighetene på domstidspunktet og nye omstendigheter tas i betraktning. Domstolen vil dermed kunne komme til at et vedtak er uforholdmessig på domstidspunktet selv om det var forholdsmessig på vedtakstidspunktet. Domstidspunktet vil være det faktum som foreligger på det tidspunktet saken tas opp til doms. ¹³⁶

Hvis *utreisetidspunktet* legges til grunn, vil domstolen kunne bygge på ny omstendigheter som inntraff fram til utreisetidspunktet. Utreisetidspunktet vil være når utlendingen reiser ut av Norge. Domstolene vil da kunne ta i betraktning *nye omstendigheter* ved overprøvingen av et utvisningsvedtak. Nye omstendigheter som inntraff mellom utreisetidspunktet og domstidspunktet kan da ikke inngå i faktumfastleggingen.

Legges *vedtakstidspunktet* til grunn ved domstolsprøving, innebærer det at domstolen ikke kan bygge på nye omstendigheter som er inntruffet etter vedtakstidspunktet. Faktagrunnlaget utgjør omstendighetene fram til endelig forvaltningsvedtak. Høyesterett har slått fast i flere dommer at domstolen har en viss mulighet til å bygge på *nye opplysninger* som kaster lys over den faktiske situasjonen på vedtakstidspunktet. ¹³⁷

Hvis domstolen ikke tar i betraktning *nye omstendighetene* vil utlendingen måtte søke på nytt eller begjære omgjøring av utvisningsvedtaket etter endelig dom for å få prøvd de nye omstendighetene. ¹³⁸ Utlendingen vil igjen måtte gå til domstolen for å få prøvet

¹³⁵ Nou 2001:32 s.703

¹³⁶ Jf. tvl. § 9-17 om når saken skal opp til doms. I Rt 2012 667 pkt. 50 var det faktum som forelå på tidspunktet når «saken tas opp til doms» som skal overprøves av domstolene, se punkt 6.2.3

¹³⁷ Rt 1960 1374 s.1378, Rt 2007 667 pkt.50 og Rt 2007 1815 pkt.33

¹³⁸ En utlending kan søke opphevelse av innreiseforbud etter utl. § 71, 2.ledd, 3.setning. Etter fvl. § 35, 1.ledd bokstav a kan utlendingen begjære av omgjøring av utvisningsvedtak

gyldigheten av det nye vedtaket eller avslaget på begjæringen. Dette vil kunne være en tidkrevende og kostbar prosess.

Når en utlendingen vurderer å bringe et utvisningsvedtak inn for domstolene, med de menneskelig og økonomiske kostnadene et saksanlegg kan innebære, vil det være relevant hvilke muligheter han har for å få medhold. Det er knyttet usikkerhet til hvilket tidspunkt for faktumfastlegging domstolene skal legge til grunn ved overprøvingen av hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen. Det vil i noen saker kunne være viktig med rettsavklaring rundt i hvilken grad domstolen kan ta nye omstendigheter i betraktning. Dette vil ha betydning for utlendingens mulighet til å få kjent utvisningsvedtaket ugyldig.

Spørsmålet i den videre drøftingen blir da i hvilken utstrekning domstolene har kompetanse til å legge til grunn utreisetidspunktet eller domstidspunkt for faktumfastleggingen ved overprøvingen av utvisningsvedtak, slik at domstolene kan ta hensyn til *nye omstendigheter*. Spørsmålet tar bare sikte på situasjonen der de nye omstendighetene er til gunst for utlendingen.

Hvis domstolen først er gitt en kompetanse til å bygge på nye omstendigheter fram til utreisetidspunktet eller domstidspunktet, kan jeg ikke se at det er noen hensyn som tilsier at domstolen ikke skulle ha en slik plikt. For å hindre tvil og tvist og skape forutberegnelighet er det viktig at rekkevidden av det domstolen prøver er klart.

Både alminnelig norsk forvaltningsrett, BK art.3 nr.1 og EMK vil kunne ha betydning for tidspunkt for faktumfastlegging i utvisningssaker. Jeg har valgt å kort gå inn på BK i punkt 6.2.2 og vil der begrunne hvorfor. I punkt 6.2.3 vil jeg drøfte om det gjelder en hovedregel om domstolens kompetanse til å ta i betraktning nye omstendigheter i den alminnelige forvaltningsretten. Det har kommet en ny dom om rekkevidden av domstolens kompetanse til å bygge på nye omstendigheter i sak om opphold på humanitært grunnlag. Denne dommen redegjør for hvilke forpliktelser EMK art.8 stiller til tidspunktet for faktumfastlegging. Jeg har derfor valgt å ikke vurdere EMKs betydning i et eget punkt. I punkt 6.2.4 vil jeg redegjøre for rekkevidden av dommen og

i punkt 6.2.5 vil jeg drøfte hvilken overføringsverdi dommen har til overprøving av utvisningsvedtak.

6.2.2 Om tidspunkt for faktumfastlegging etter Barnekonvensjonens art.3 nr.1
Etter BK art.3 nr. 1 «*skal barnets beste være et grunnleggende hensyn*». Ordlyden regulerer ikke direkte hvilket tidspunkt for faktumfastlegging som skal legges til grunn ved overprøvingen av barnets beste. For å kartlegge hva som er til «*barnets beste*» må en ta utgangspunkt i barnets situasjon på det aktuelle tidspunktet. Sees det hen til hva som var barnets beste på et tidligere tidspunkt, er det ikke gitt at dette lengre er til barnets beste. Dette taler for at barnets beste-vurderingen må overprøves ut fra nåtidsvurdering, slik at nye omstendigheter kan trekkes inn.

Imidlertid gir ikke ordlyden holdepunkter for at det er *nasjonale domstoler* som må foreta denne nåtidsvurderingen. BK forplikter bare at statene sikrer at denne vurderingen blir foretatt. Det ville også være merkelig hvis BK skulle gi føringer på hvordan statene internrettslig organiserer seg for at forpliktelsene blir ivaretatt.

I noen lagmannsrettsavgjørelser er det lagt til grunn at ved overprøvingen av om forvaltningsvedtak er i samsvar med BK art.3 nr. 1 må situasjonen på domstidspunktet legges til grunn.¹³⁹ Lagmannsrettsavgjørelser har normal begrenset rettskildeværdi.¹⁴⁰ Jeg har derfor avgrenset meg fra å gå videre inn på dette spørsmålet.

6.2.3 Tidspunkt for faktumfastlegging i den alminnelige forvaltningsretten
Siden den alminnelige forvaltningsretten kan ha betydning for løsningen ved domstolskontroll av utvisningsvedtak, vil jeg drøfte hvorvidt det finnes en hovedregel om domstolenes kompetanse til å ta i betraktning etterfølgende omstendigheter i den alminnelige forvaltningsretten.

¹³⁹ LB-2011-34382, LB-2008-84594, LB-2010-40764 (sakene gjaldt gyldigheten av utvisningsvedtak) og LB-2011-135931 (saken gjaldt gyldigheten av beslutningen om ikke å omgjøre vedtak om avslag på søknad om opphold på humanitært grunnlag etter utl. § 38)

¹⁴⁰ Skoghøy (2002) s.325 og 326

Hvis det er en klar hovedregel om hvilket tidspunkt for faktumfastlegging som skal legges til grunn, er det ingen hensyn som tilsier at det skal legges til grunn en annen løsning i utvisningssaker. Hvor sterkt hovedregelen står vil ha betydning for om man kan legge andre tidspunkter for faktumfastlegging til grunn på spesielle forvaltningsområder.

Tidspunktet for faktumfastleggelse i domstolene er ikke lovfestet. Spørsmålet er ikke gjort til gjenstand for drøftelse i forarbeidene til forvaltningsloven, den tidligere tvistemålsloven eller nåværende tviseloven. Den primære rettskilden er rettspraksis. I teorien har jeg ikke funnet en juridisk fremstilling av dette kompetansespørsmålet, med unntak av Backer som drøfter spørsmålet på naturrettens område.¹⁴¹

I Altasaken var det spørsmål om vedtak om utbygging av Altavassdraget var ugyldig.¹⁴² Førstvoterende la til grunn at så lenge prognosene var forsvarlig «*på den tid de må foretas*», vil det være vanskelig å anse vedtaket ugyldig selv om «*utviklingen skulle ta en annen retning eller nyere kunnskap skulle gjøre det mulig å oppstille bedre prognoser*». ¹⁴³ Denne uttalelsen gir uttrykk for at Høyesterett legger til grunn faktum på vedtakstidspunktet.¹⁴⁴ Etterfølgende forhold etter endelig vedtak, som tilsa at prognosene var feilslått, skulle ikke være relevante for ugyldighetsvurderingen

Kjæremålskjennelsen i Rt.2003 s.460 gjaldt begjæring om midlertidig forføyning med krav om utsatt iverksettelse. Hovedsaken gjaldt overprøving av vedtak om avslag på søknad om oppholdstillatelse. Kjæremålet la til grunn at prøvingen var begrenset til forhold på vedtakstidspunktet, slik at nye omstendigheter ikke kunne trekkes inn.¹⁴⁵

I Trygdedommen av Rt.2007 s.1815 var det spørsmål om gyldigheten av Trygderettens avslag på uføretrygd. Høyesterett uttalte at faktumfastleggingen ved overprøvingen av

¹⁴¹ Se Backer (1986) s.762 og 763. Jeg har fått innspill og kommentarer fra vitenskapelig assistent ved Det juridiske fakultet i Oslo, Thomas Malmer Berge

¹⁴² Rt 1982 241

¹⁴³ Ibid s.266

¹⁴⁴ Backer (1986) s.763

¹⁴⁵ Rt 2003 460 pkt.14

trygdevedtak skal foretas på vedtakstidspunktet, slik at disse nye omstendighetene ikke kunne tas hensyn til ved overprøvingen.¹⁴⁶

Høyesterettsavgjørelsen Rt.2009 s.1374 gjaldt gyldigheten av UNEs vedtak om avslag på oppholdstillatelse etter daværende utl. § 8. Utlendingen anførte at domstolene måtte ta i betraktning familiens tilknytning til Norge fram til et visst tidspunkt. Høyesterett la til grunn at overprøvingen skulle basere seg på situasjonen på vedtakstidspunktet.¹⁴⁷

Dommene er entydig på at vedtakstidspunktet skal legges til grunn for faktumfastlegging, slik at nye omstendigheter ikke kan trekkes inn. Høyesterett gir imidlertid ingen begrunnelse for dette standpunktet. Det drøftes ikke nærmere hvilke hensyn som gjør seg gjeldende for hvilket tidspunkt for faktumfastlegging som skal legges til grunn.

I Nunezdommen Rt.2009 s.534 var det spørsmål om gyldigheten av et utvisningsvedtak. I februar 2007 traff UNE utvisningsvedtak. I mai 2007 ble det avsagt dom i barnefordelingssak. I vurderingen av gyldigheten av utvisningsvedtaket tok flertallet i betraktning at barna ville bli boende hos faren, et resultat av barnefordelingssaken.¹⁴⁸ Resultatet i barnefordelingssaken var en *ny omstendighet*, da den inntraff etter vedtakstidspunktet. Det virker derfor som at flertallet implisitt bruker resultatet i barnefordelingssaken som en ny omstendighet.

At vedtakstidspunktet gjelder for faktumfastlegging er klart fastlagt i tidligere rettspraksis. Selv om det virker klart at Høyesterett delvis fastla faktum ut fra situasjonen etter vedtakstidspunktet, problematiserte ikke førstvoterende spørsmålet om tidspunktet for faktumfastlegging. Dette tilsier at dommen ikke kan tillegges nevneverdig vekt når det gjelder spørsmålet.

Sri Lanka-dommen i Rt.2012 s.667 gjaldt UNEs avslag på søknad om opphold på humanitært grunnlag for en familie fra Sri Lanka jf. utl. § 38. Spørsmålet var om

¹⁴⁶ Rt 2007 1815 pkt.45 og 33

¹⁴⁷ Rt 2009 1374 pkt.40

¹⁴⁸ Rt 2009 534 pkt.70

domstolen ved prøvingen av vedtakets gyldighet hadde adgang til å bygge på en ny omstendigheter til gunst for søkerne som kom til etter vedtakstidspunktet. Det nye forholdet var at familiens sønn hadde ervervet norsk statsborgerskap og tapt sitt statsborgerskap i Sri Lanka etter UNEs vedtak.

Høyesterett kom under dissens 4-1 til at domstolene hadde adgang til å bygge på den nye omstendigheten. I begrunnelsen delte Høyesteretts flertall seg i to fraksjoner. Førstvoterende, dommer Bårdsen med tilslutning fra dommer Gjølstad på den ene siden, og tredjevoterende, dommer Skøghøy med tilslutning fra Falkanger på den andre, hadde et ulikt syn på den generelle rekkevidden av domstolens prøvingskompetanse. Annenvoterende, dommer Kallerud, kom til at domstolen ikke kunne trekke inn den nye omstendigheten.

Tredjevoterende, dommer Skøghøy, konkluderer med at nye omstendigheter bør inngå i domstolens avgjørelsesgrunnlag ved overprøving av alle typer forvaltningsvedtak.¹⁴⁹ Han legger til grunn at resultatet må avgjøres på grunnlag av faktum når «*saken blir opptatt til doms*», altså domstidspunktet.¹⁵⁰

Han viser til at spørsmålet i tidligere praksis ikke bygger på «*noen nærmere rettskildeanalyse*».¹⁵¹ Dommer Kallerud mener derimot at praksis fra Høyesterett er entydig på at domstolene prøver faktum på vedtakstidspunktet.¹⁵²

Kallerud stiller spørsmål ved om våre internasjonale forpliktelser tilsier at ordningen som er lagt til grunn i rettspraksis bør endres. I EMD-avgjørelsene *Maslov* og *A-A* prøvde EMD «*the compatibility with the Convention of the applicant's actual expulsion*».¹⁵³ Ordlyden «*actual expulsion*» tyder på at EMD vurderer forholdsmessigheten av inngrepet ut fra situasjonen på utreisetidspunktet, altså da

¹⁴⁹ Rt 2012 667 pkt.66

¹⁵⁰ Ibid pkt.66

¹⁵¹ Ibid pkt.56

¹⁵² Ibid pkt.35

¹⁵³ *Maslov* mot Østerrike pkt.93 og *A.A* mot Storbritannia pkt.67

utlendingen reiste ut. Kallerud legger derfor til grunn at norske myndigheter vil kunne være forpliktet til å ta i betraktning nye omstendigheter.¹⁵⁴

Kallerud viser imidlertid til *Maslov*-avgjørelsen om at «*it is for the state to organize its system in such a way as to be able to take account of new developments*».¹⁵⁵ Når EMD uttaler at den enkelte stat må et «*system*», tolker Kallerud dette som at det ikke er noen plikt for *nasjonale domstoler* til å foreta denne vurderingen på utreisetidspunktet. I denne saken mente Kallerud at forvaltningen hadde en plikt til å vurdere om de nye omstendighetene ga grunnlag for omgjøring av vedtaket.¹⁵⁶

Skoghøy mener at adgang til å omgjøre vedtak ikke er «*en fullgod løsning*».¹⁵⁷ Det vises til at forvaltningen ikke har plikt til å behandle omgjøringsbegjæringer etter norsk rett.

Skoghøy ser imidlertid ikke hen til om forvaltningen har en slik plikt etter konvensjonsforpliktelsene. Dette må ha vært fremme for retten, da Kallerud trekker dette fram. Når Skoghøy vet at det er gode grunner for at det foreligger en slik plikt for forvaltningen, uten at han ser noen grunn til å drøfte og avklare det, er det trolig at han ville kommet til samme resultat selv om forvaltningen senere pålegges en slik plikt.

Trolig mener Skoghøy at det er mest hensiktsmessige at domstolene trekker inn nye omstendigheter. Skoghøy trekker frem at en «*grunnleggende målsetning*» er at «*saken blir opplyst*» slik at avgjørelser som blir truffet er «*materielt riktig*» jf. tvl. § 1-1.¹⁵⁸ Forvaltningsvedtak vil ofte være «*av inngripende eller stor økonomisk eller velferdsmessig betydning for borgerne*».¹⁵⁹ At domstolene fastlegger faktum på domstidspunktet kan være med på å hindre at domstolen tar stilling til et historisk rettstilstand, og heller fastlegger en aktuell rettstilstand.

¹⁵⁴ Rt 2012 667 pkt.44

¹⁵⁵ *Maslov* mot Østerrike pkt.93

¹⁵⁶ Rt 2012 667 pkt.47

¹⁵⁷ *Ibid* pkt.58

¹⁵⁸ *Ibid* pkt.57

¹⁵⁹ *Ibid* pkt.65

Han viser at prosessøkonomisk hensyn også taler for at domstolen tar i betraktning nye omstendigheter.¹⁶⁰

Skoghøy viser at i dansk rett vil domstolene ta i betraktning nye omstendigheter etter forvaltningsvedtak. Han peker på at han «*kan ikke se at det skal være noen grunner til at spørsmålet skal løses annerledes hos oss*».¹⁶¹

Kallerud argumenterer derimot med at

«domstolenes prøving av forvaltningsvedtak hos oss er en retrospektiv legalitetskontroll, hvor det sentrale er om det foreligger slike feil ved det vedtak som er til prøvelse at det fører til ugyldighet».¹⁶²

Spørsmålet om faktumfastlegging berører sentrale forhold ved arbeidsfordelingen mellom forvaltningen og domstolene. At domstolene legger til grunn domstidspunktet vil gjør at domstolene ikke bare kontrollere forvaltningen, men vil komme over i forvaltningens kompetanseområde.

Dommer Kallerud og dommen Skoghøy gir begge en grundig begrunnelse for deres konklusjon. Denne dommen kan vanskelig sies at å ha oppstilt en hovedregel om at domstidspunktet skal legges til grunn for faktumfastleggingen. Det er bare to dommer som kommer til dette synspunktet. Samtidig er det klart slått fast i rettspraksis at vedtakstidspunktet gjelder. Spørsmålet berører sentrale forhold ved arbeidsfordelingen mellom forvaltningen og domstolene. En slik hovedregel vil kunne få vidtgående konsekvenser for alle saker hvor forvaltningsvedtak overprøves. Det er vanskelig for Høyesterett å ha oversikt over konsekvensene av en slik hovedregel for etterprøvingen av forvaltningsvedtak. Dette svekker rettskildevekten av Skoghøys uttalelser.¹⁶³

¹⁶⁰ Ibid pkt.58

¹⁶¹ Ibid pkt.61

¹⁶² Ibid pkt.42

¹⁶³ Eckhoff/Helgesen (1997) s. 182 trekker fram at det hvis det er flere dommer «*som går i samme retning, blir betenkelighetene ved et brudd straks vesentlig større*». Om betydningen av dissens, se Boe (1996) s.259 og Skoghøy (2002) pkt.3.8

Dette hindrer likevel ikke at faktumfastlegging gjøres på domstidspunktet i visse type saker, ut fra en avveining av de hensyn som gjør seg gjeldende ved etterprøving av vedtak etter den aktuelle hjemmelslov eller rettsområde. Gjennomgangen av dommer Skoghøys og Kalleruds premisser viser at reelle at hensyn i forvaltningsretten og sivilprosessen trekker i begge retninger når det gjelder tidspunktet for faktumfastlegging. Det er ikke åpenbart hvilken løsning reelle hensyn taler for generelt. Når hensyn trekker i begge retninger kan det være større rom for å legge domstidspunktet til grunn hvis særlige hensyn gjør seg gjeldende for den aktuelle hjemmelslov eller rettsområdet.

6.2.4 Tidspunktet for faktumfastlegging i saker om opphold på humanitært grunnlag

Førstvoterende dommer Bårdsen, som utgjorde den ene flertallsfraksjonen i Sri-Lankadommen, drøftet om domstolen ved overprøving av vedtak i saker om opphold på humanitært grunnlag kunne bygge på forhold som kom til etter vedtakstidspunktet. I det videre vil jeg drøfte rekkevidden av dommen. I punkt 6.2.5 vil jeg drøfte dommens overføringsverdi til utvisningssaker.

Førstvoterende konkluderer med at domstolene har kompetanse til bygge på en «*nåtidsvurdering*» når det gjelder nye omstendigheter til «*gunst for søkeren*» ved overprøving av vedtak om å nekte opphold på humanitært grunnlag.¹⁶⁴

Ordet «*nåtidsvurdering*» taler for at domstidspunktet legges til grunn. Førstvoterende presiserer at dette gjelder nye omstendigheter «*til gunst for en søker*».¹⁶⁵ Førstvoterende virker å mene at det bare skal legges til grunn en nåtidsvurdering når dette er positivt for søker, og drøfter ikke om domstolene har kompetanse til å bygge på nye omstendigheter der det i tilfelle kan medføre en endring til ugunst for søker. Jeg har avgrenset mot dette spørsmålet.

¹⁶⁴ Rt 2012 667 pkt.30

¹⁶⁵ Ibid

Førstvoterende viser til at spørsmålet om rekkevidden av domstolskontroll når det gjelder faktumfastlegging i «*liten grad [er]analysert og drøftet*» i rettspraksis.¹⁶⁶

Førstvoterende begrunnelse for en nåtidsvurdering tar utgangspunkt i hensynet til Norges menneskerettslige forpliktelser og subsidiaritetsprinsippet;

«[A]t EMD prøver sakens menneskerettslige sider ut fra situasjonen når klagen behandles der, taler for at også norske domstoler må basere sin prøving på forholdene slik de er når saken prøves. (...) Ut fra konvensjonens system, og dens forutsetning om samvirke mellom nasjonale domstoler og EMD, er det - etter mitt syn- lite tilfredsstillende dersom den nasjonale domstolsprøvingen har en snevrere horisont, eller er mindre inngående, enn en eventuell etterfølgende prøving ved EMD. Konvensjonens prinsipp om subsidiaritet tilsier at norske domstoler i hvert fall har den prøvingskompetansen som må til for å sikre at det ikke bli nødvendig å klage for EMD for å oppnå den rettsbeskyttelse som konvensjonen fastsetter.»¹⁶⁷

Førstvoterende fremhever at subsidiaritetsprinsippet «*tilsier*» og «*taler*» for at norske domstoler skal foreta en nåtidsvurdering. Førstvoterende tar ikke stilling til om EMK forplikter domstolene til å foreta en nåtidsvurdering. Det kan virke som at han forutsetter at det ikke er en slik plikt, men at denne løsningen er den mest hensiktsmessige ut fra subsidiaritetsprinsippet.

Etter å ha tatt i betraktning subsidiaritetsprinsippet, går førstvoterende inn på muligheten for å få behandlet en omgjøringsbegjæring. Førstvoterende viser til at ordningen med omgjøringsbegjæringer «*fremstår samlet som lite avklart og mindre betryggende*».¹⁶⁸

Det kan spørres om førstvoterende hviler sitt standpunkt om at det er mest hensiktsmessig at domstolen foretar en nåtidsvurdering på at det er usikkert om UNE behandler omgjøringsbegjæringer. Førstvoterende går ikke inn for å avklare dette

¹⁶⁶ Ibid pkt.19

¹⁶⁷ Ibid pkt.27

¹⁶⁸ Ibid pkt.29

spørsmålet etter norsk rett. Dette taler for at han anser det som irrelevant om UNE har en slik plikt etter norsk rett.

I likhet med tredjevoterende, dommer Skoghøy, drøfter ikke førstvoterende om konvensjonen forplikter forvaltningen til å behandle omgjøringsbegjæringer. Som vist under punkt 6.2.3, vil UNE kunne ha en slik plikt etter konvensjonen, og førstvoterende må ha vært klar over dette. Når førstvoterende vet at det kan være gode grunner for en slik plikt etter konvensjonen til å behandle omgjøringsbegjæringer, uten at han ser noen grunn til å avklare dette, er det trolig at han ville kommet til samme resultat selv om UNE ville ha en slik plikt.

At førstvoterendes standpunkt om en nåtidsvurdering gjelder uavhengig av UNEs plikt til å behandle omgjøringsbegjæringer, understrekes ved at han mener at en nåtidsvurdering legger bedre til rette for at rettens avgjørelse blir «*materielt riktig*», og for å oppnå målet om å «*ivareta den enkeltes behov for å få håndheves sine rettigheter*» jf. tvl. § 1-1.¹⁶⁹

For å fastlegge rettskildevekten av dommen, er det nødvendig å gå nærmere inn på subsidiaritetsprinsippet og det tidspunktet EMD legger til grunn for overprøvingen.

Når saken kommer opp for EMD vil EMD prøve «*the compatibility with the Convention of the applicant's actual expulsion*».¹⁷⁰ EMD vil vurdere om inngrepet er i samsvar med EMK ut fra situasjonen når utlendingens reiste ut fra vertslandet. Alle omstendigheter som fant sted før utreise er derfor relevant for EMDs overprøving.

Når det gjelder nasjonale domstolars plikt til å trekke inn nye omstendigheter, legger EMD til grunn at «*it is for the state to organize its system in such a way as to be able to take account of new developments*».¹⁷¹ EMD legger altså opp til at den enkelte stat må ha et *system* som sikrer at tiltaket er i samsvar med EMK på utreisetidspunktet. EMK krever ikke til at det er *domstolene* som må foreta en slik vurdering.

¹⁶⁹ Ibid pkt.29

¹⁷⁰ Maslov mot Østerrike pkt.93 og A.A mot Storbritannia pkt.67

¹⁷¹ Maslov mot Østerrike pkt.93

Ut fra subsidiaritetsprinsippet kan det likevel være hensiktsmessig at domstolene tar i betraktning nye omstendigheter. Etter EMK art.35 nr.1 er det krav om at nasjonale rettsmidler er uttømt for at EMD kan prøve en sak. EMK art.13 gir individene rett til en effektiv prøving av en påstand om krenkelse for en nasjonal instans. Disse bestemmelsene sammen sikre at personer ikke må gå til EMD for å få rettsbeskyttelsen etter konvensjonen og forhindrer at statene må svare for handlinger før de selv har hatt muligheten til å rette opp i feil. Bestemmelsene gir uttrykk for selve konvensjonens grunnlag: at maskineriet av beskyttelse etablert av konvensjonen er subsidiær til statenes nasjonale systemer for å garantere menneskerettighetene.¹⁷²

Når en norsk domstol overprøver et forvaltningsvedtak vil domstolen overprøve vedtaket på grunnlag av faktum på vedtakstidspunktet, se punkt 6.2.3. Har personen uttømt nasjonale rettsmidler, vil EMD kunne behandle klagen hvis det anføres brudd på EMK jf. EMK art.35 nr. 1. Nasjonale rettsmidler vil være uttømt selv om personen har en mulighet til å begjære omgjøring etter endelig avgjørelse av norske domstoler.¹⁷³

Når saken kommer opp for EMD vil det vurderes om tiltaket er i samsvar med EMK ut fra forholdene på utreisetidspunktet. Hvis det har inntrådt nye omstendigheter etter vedtakstidspunktet vil EMD ta stilling til forholdsmessighetsvurderingen på grunnlag av et annet faktum enn den norske stat. EMD foretar i realiteten en delvis førstegangskontroll basert på de nye omstendighetene, og kontrollen blir da ikke av en subsidiær karakter. Dette er ikke i samsvar med selve konvensjonssystemet. Norge risikerer å bli dømt i saker uten at norske domstoler har hatt mulighet til å vurdere spørsmålet.

Førstvoterende viser til at norske domstoler må legge til grunn en nåtidsvurdering da EMD prøver en sak ut fra situasjonen når «*klagen behandles der*». Hans sentrale begrunnelse er subsidiaritetsprinsippet. Et problem er imidlertid at

¹⁷² *Akdivar* mot Tyrkia pkt.65 og *Handyside* mot Storbritannia pkt.48

¹⁷³ I *Maslov* var det spørsmål om en ti-årig utvisning var proporsjonal etter EMK art. 8. Utlendingen reiste ut ett år etter at nasjonale domstoler hadde avgjort saken. Staten prosederte på at nasjonal lov åpnet for at utlendingen kunne få opphevet utvisningsvedtaket ved at han selv ba om det eller nasjonale myndigheter omgjorde det. Dette hadde ikke betydning for prøvingsadgangen for EMD

subsidiaritetsprinsippet ikke kan begrunne en nåtidsvurdering i *alle* saker hvor norske domstoler overprøver vedtak i saker om opphold på humanitært grunnlag.

Som vist ovenfor vil EMD prøve om inngrepet er i samsvar med EMK på utreisetidspunktet. Hvis utlendingen har reist ut av Norge før EMD-behandling, vil EMD vurdere inngrepet ut fra omstendighetene på utreisetidspunktet, og ikke på tidspunktet for klagebehandlingen. Forhold som kom til etter utreise vil dermed ikke ha relevans for etterprøvingen. Subsidiaritetsprinsippet kan da bare begrunne at norske domstoler tar i betraktning omstendigheter *fram* til og med utreisetidspunktet, og *ikke* omstendigheter som kom til etter utreisetidspunktet.

Førstvoterende problematisert ikke eksplisitt at det må sondres mellom omstendigheter før og etter utreise. Han uttaler imidlertid at;

*«Kompetansen til å bygge på endrete forhold kan ikke bare foreligge så langt det nye er menneskerettslig relevant; et slikt vilkår ville ikke være gjennomførbart i praksis».*¹⁷⁴

Spørsmålet er hva førstvoterende legger i «*menneskerettslig relevant*». Med andre ord om førstvoterende sikter til at det er vanskelig å skille mellom faktum som kom til før og etter utreise. Eller om førstvoterende mener at et slikt skille er vanskelig for faktum som foreligger innenfor en og samme tidsperiode, altså i en nåtidsvurdering.

Førstvoterende er klar på at det skal legges til grunn en nåtidsvurdering. Han problematiserer ikke om det må skilles mellom omstendigheter før og etter utreise. Det må derfor antas at førstvoterende mener at det er vanskelig å skille mellom menneskerettslig relevant faktum og irrelevant faktum innenfor samme tidsperiode. Når han ikke kommer inn spørsmålet om faktumfastleggingen etter EMD foregår på utreisetidspunktet, er det lite trolig at han mener at dette er et argument for at det skal foretas en nåtidsvurdering i stedet for en vurdering på utreisetidspunktet.

¹⁷⁴ Rt 2012 667 pkt.30

At førstvoterende ikke har problematisert rekkevidden av subsidiaritetsprinsippet, er sannsynligvis fordi familien i denne konkrete saken fortsatt oppholdt seg i Norge ved avgjørelse for Høyesterett. Den nye omstendigheten hadde inntrådt før familien hadde reist ut fra Norge. Spørsmålet om utreisetidspunktet ble ikke satt på spissen i denne saken.

Til tross for manglende problematiseringen, mener førstvoterende at norske domstoler kan bygge på en nåtidsvurdering ved overprøvingen av *alle* vedtak i saker om opphold på humanitært grunnlag. Førstvoterende uttaler seg på generelt grunnlag uten å nyansere spørsmålet. Et sentralt hensyn i førstvoterendes begrunnelse for sitt standpunkt gjør seg imidlertid bare gjeldende i de tilfellene der de nye omstendighetene har inntrådt før utreise. Dette tilsier at uttalelsen må tillegges mindre vekt i saker hvor de nye omstendighetene kom til etter utreisetidspunktet. I saker hvor omstendighetene inntraff før utreise gjør derimot argumentene seg gjeldende med styrke, og uttalelsen må dermed tillegges betydelig vekt.

Det var bare førstvoterende med tilslutning fra en dommer som stilte seg bak denne begrunnelsen. Dette er med på å svekke rettskildevekten av uttalelsen. Imidlertid kom tredjevoterende, med tilslutning fra en dommer, til at det også må foretas en nåtidsvurderingen i denne saken med en annen begrunnelse. Tredjevoterende argumenterer ikke imot førstvoterende, og ser heller ikke ut til å være uenig i førstvoterendes argumenter. Han viser til at «*i andre saker [enn utlendingssaker] må spørsmål om menneskerettsbrudd normalt avgjøres ut fra forholdene på det tidspunkt vedtaket blir gjennomført*».¹⁷⁵ Det kan tyde på at han stiller seg bak førstvoterendes standpunkt om at subsidiaritetsprinsippet tilsier en slik løsning. Dette gjør at førstvoterendes uttalelser må tillegges større vekt.

Etter dette må rekkevidden av dommen sies å være ulik for faktum som kom til før og etter utreise. Til tross for forhold som svekker avgjørelsens vekt, vil domstolene ha kompetanse til å bygge på nye omstendigheter som kom til før utreisetidspunktet ved overprøvingen av vedtak i saker om opphold på humanitært grunnlag der dette kan

¹⁷⁵ Ibid pkt.63

medføre en endring til gunst for søkeren. Når det gjelder rettstilstanden for domstolens kompetanse til å bygge på nye omstendigheter som er skjedd etter utreise, er denne mer tvilsomt.

6.2.5 Overføringsverdi til utvisningssaker

6.2.5.1 Sri Lanka-dommen

I det videre skal jeg drøfte i hvilken utstrekning førstvoterendes, dommer Bårdsen, avveining av hensyn for standpunktet om en nåtidsvurdering gjelder med tilsvarende tyngde ved overprøving av utvisningsvedtak. Førstvoterende i Sri Lanka-dommen mener at;

«Mye taler for at det [å bygge på en nåtidsvurdering] må gjelde andre vedtak i utlendingssaker.»¹⁷⁶

Førstvoterendes sentrale argument for en nåtidsvurdering i saker som gjelder opphold på humanitært grunnlag er hensynet til Norges menneskerettslige forpliktelser. Ut fra subsidiaritetsprinsippet, mener han at det må være en parallellitet mellom norske domstoler og EMDs prøvingskompetanse. I utvisningssaker vil EMD også foreta en proporsjonalitetsvurdering ut fra forholdene på utreisetidspunktet.¹⁷⁷ I saker hvor omstendighetene inntraff før utreise, vil hensynet til subsidiaritet gjelde med tilsvarende tyngde i utvisningssaker. Ved at norske domstoler legger til grunn vedtakstidspunktet ved overprøvingen av et slikt utvisningsvedtak, risikerer Norge at EMD vil ta i betraktning nye omstendigheter ved deres overprøving. I realiteten vil EMD da foreta en delvis førstegangskontroll av et utvisningsvedtak, og overprøvingen blir da ikke av en subsidiær karakter.

Som påpekt under oppgavens punkt 6.2.4 har ikke førstvoterende problematisert rekkevidden av subsidiaritetsprinsippet. Uttalelsens vekt svekkes da for de sakene hvor

¹⁷⁶ Ibid pkt.30

¹⁷⁷ A. A mot Storbritannia gjaldt nettopp spørsmålet om en utvisning var et proporsjonalt inngrep etter EMK art.8. Det er denne avgjørelsen førstvoterende i Sri Lanka dommen bruker for å argumentere for standpunktet om domstidspunktet

domstolen overprøver vedtaket når omstendighetene inntrådte etter utreise.¹⁷⁸ For EMD vil omstendighetene som inntraff etter utreise ikke være relevant ved etterprøvingen av forholdsmessigheten av en utvisning. Hensynet til subsidiaritetsprinsippet vil da ikke gjøre seg gjeldende ved overprøvingen av omstendigheter som kom til etter utreisetidspunktet. Domstolens kompetanse til å bygge på omstendigheter som kom til *etter* utreise ved overprøving av gyldigheten av utvisningsvedtak må derfor sies å være svært tvilsom.

Førstvoterende trekker fram at muligheten for omgjøringsbegjæring er lite avklart og mindre betryggende.¹⁷⁹ I utvisningssaker er det også usikkert om UNE etter norsk rett har en plikt til å behandle en omgjøringsbegjæring.¹⁸⁰

I motsetning til saker om opphold på humanitært grunnlag, har utlendinger en adgang til å søke opphevelse av innreiseforbudet jf. utl. § 71, 2. ledd, 3. setning. I forvaltningspraksis er det vilkår at utlendingen har forlatt riket og det har gått to år fra innreiseforbudet begynte å løpe.¹⁸¹ Utlendinger vil dermed etter norsk rett ha adgang til å få prøvet utvisningssaken på bakgrunn av nye omstendigheter som kom til etter utreisetidspunktet, en rett som ikke er gitt i saker om opphold på humanitært grunnlag. Dette taler for at førstvoterendes argument ikke gjør seg gjeldende for at domstolene har kompetanse til å bygge på omstendigheter som kom til etter utreise.

En mulig tolkning av førstvoterende er at hans argument om standpunktet for en nåtidsvurdering ikke hviler på om UNE har plikt til å behandle omgjøringsbegjæringer, se punkt 6.2.4. Uavhengig av adgangen til å få prøvet en omgjøringsbegjæring, mener førstvoterende at det er hensiktsmessig at domstolene trekker inn nye omstendigheter. Dette taler for at førstvoterendes argumentasjon gjør seg gjeldende med tilsvarende tyngde.

¹⁷⁸ Skoghøy (2002) s.340

¹⁷⁹ Rt 2012 667 pkt.29

¹⁸⁰ NOU 2010:12 s.108

¹⁸¹ UDI rRundskriv 2010-069 pkt.2

Ved å legge til grunn en nåtidsvurdering, peker førstvoterende på at det vil legge «*bedre til rette for at rettens avgjørelse blir materielt riktig og for å oppnå målet om å ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter*». ¹⁸² I dette ligger at en nåtidsvurdering vil hindre at domstolen tar stilling til en historisk rettstilstand, men fastlegger en aktuell rettstilstand. Dette vil også gjøre seg gjeldende i utvisningssaker.

Førstvoterende viser til at retstekniske hensyn tilsier at domstolen må kunne bygge på nye omstendigheter som ikke aktualiserer menneskerettslige tema. ¹⁸³ Å skille mellom omstendigheter som har og ikke har relevans for konvensjonsforpliktelsene «*vil ikke være gjennomførbart i praksis*». ¹⁸⁴ Et slikt skille vil kunne være vanskelig og medføre omfattende arbeid for domstolene. I utvisningssaker kan jeg ikke se at dette hensynet stiller seg annerledes.

Uttalelsen om at mye taler for at den skal legges til grunn en nåtidsvurdering ved overprøvingen av vedtak i utlendingssaker, er imidlertid ikke nødvendig for avgjørelsen. Uttalelsen kan anses som et obiter dictum. Tradisjonelt har dette betydd at uttalelsen må tillegges mindre vekt. ¹⁸⁵ Imidlertid er det i senere tid tatt til ordet for at vekten vil bero på hvor inngående rettsspørsmålet har vært prosedert, og hvor grundig det har vært drøftet. ¹⁸⁶

Her må det skilles mellom kompetansen til å ta i betraktning nye omstendigheter fram til utreisetidspunktet og fram til domstidspunktet. Både den ankende part og Staten ved UNE prosederte på hvilken løsning som generelt skal gjelde ved overprøvingen av vedtak i utlendingssaker. Rettssetningen har derfor stått sentralt i partenes prosedyre. Dette tilsier at uttalelsen tillegges større vekt. ¹⁸⁷ Imidlertid prosederte ikke partene på forskjellen mellom utreisetidspunktet og domstidspunktet.

¹⁸² Rt 2012 667 pkt.29

¹⁸³ Hva førstvoterende legger i «menneskerettslig relevant», se punkt 6.2.4

¹⁸⁴ Rt 2012 667 pkt. 30

¹⁸⁵ Fleischer (1998) s.190

¹⁸⁶ Skoghøy (2002) s.338

¹⁸⁷ Ibid s.339

Førstvoterende har foretatt en grundig analyse av de hensyn som gjør seg gjeldende for at *utreisetidspunktet* skal gjelde ved overprøving av vedtak i saker om humanitært opphold. Selv om spørsmålet om tidspunktet for faktumfastlegging ved overprøving av vedtak i *utvisningsvedtak* ikke er direkte drøftet, viser gjennomgangen at førstvoterendes rettskildeargumentasjon og avveining av de ulike hensynene gjør seg gjeldende med tilsvarende tyngde i utvisningssaker når det gjelder adgangen til å ta i betraktning nye omstendigheter fram til utreisetidspunktet. Gode grunner tilsier at domstolen har kompetanse til å bygge på nye omstendigheter fram til utreisetidspunktet overprøvingen av gyldigheten av utvisningsvedtak.

Når det gjelder nye omstendighetene inntraff etter utreisetidspunktet, gjør deler av førstvoterendes begrunnelse for sitt standpunkt ikke seg gjeldende. Dette taler for at domstolene ikke har en slik kompetanse.

Når de positive rettskildene er noe uklare, vil reelle hensyn kunne være avgjørende for løsningen av spørsmålet om utreisetidspunktet og domstidspunktet ved overprøvingen av utvisningsvedtak.

6.2.5.2 Reelle hensyn

Her vil jeg bare drøfte noen hensyn som ikke har vært bygget videre på av Høyesterett i Sri Lankadommen. Disse hensynene vil først og fremst gjøre seg gjeldende i relasjon til overprøvingen av barnets beste-vurderingen i utvisningssaker.

Rettstekniske hensyn vil kunne taler for at domstolene skal kunne bygge på omstendigheter som kom til *etter* vedtakstidspunktet i utvisningssaker. Å legge til grunn vedtakstidspunktet for faktumfastleggingen ved overprøvingen av utvisningsvedtak vil kunne reise mange tvilsspørsmål for domstolene og skape tvister.

Når vedtakstidspunktet legges til grunn vil domstolen bare kunne ta i betraktning forhold som kaster lys over faktum på vedtakstidspunktet. For noen typer bevisema, slik som faktum i barnets beste-vurderinger, kan det være problematisk for domstolene å ta stilling til om et forhold kaster lys over faktum på vedtakstidspunktet (rettsbevis)

eller om det forhold som har inntrådt i etterkant (bevisfakta). Dommer Skøhhøy i Sri Lanka-dommen trekker også fram at «*skille mellom rettsfakta og bevisfakta kan være nokså subtilt*». ¹⁸⁸

Et eksempel er en utvisningssak hvor domstolen må vurdere om en utvisning av mor vil være så belastende for barnet at det må anses forholdsmessig. UNE vurderer barnets avhengighet av mor på vedtakstidspunktet, men kommer til at barnet vil få normale belastninger og reaksjoner.

I etterkant av UNE-vedtak viser det seg at barnet har fått betydelig psykiske problemer. Ved overprøving av utvisningsvedtaket må domstolen ta stilling til om disse opplysningene er rettsbevis og/eller rettsfakta. Kaster disse forholdene lys over barnets avhengighet av moren eller sårbarhet på vedtakstidspunktet eller er dette forhold som er inntrådt senere?

Dette skillet vil imidlertid være mindre problematisk for noen type bevisstema i relasjon til barnets beste-vurderingen i utvisningssaker. For fysiske problemer vil dette kunne være enklere å oppstille et skille mellom rettsfakta og rettsbevis enn for psykiske problemer. Strengt tatt vil derfor dette hensynet bare gjøre seg gjeldende når det er mer problematisk å skille. Det er imidlertid enklest å operere med ett tidspunkt for alle fakta i relasjon til barnets beste. Dette vil derfor være hensiktsmessig å kunne bygge på alle type nye omstendigheter som kom til etter vedtakstidspunktet.

Spørsmålet blir så om det er hensyn som taler mot at domstolene kan bygge på omstendigheter som kom til *etter* utreisetidspunktet og fram til domstidspunktet. Det kan gå langt tid fra utlendingen reiste ut fra Norge til saken tas opp for domstolene. I perioden kan det ha oppstått så mange nye omstendigheter etter utreisetidspunktet og fram til domstidspunktet at saken i realiteten ha blitt en ny sak. Dette vil kunne gripe sterkere inn i arbeidsfordelingen mellom forvaltningen og domstolene, i motsetning til hvis utreisetidspunktet legges til grunn. Trolig vil det imidlertid bare være i særtilfeller at det vil kunne gå såpass lang tid.

¹⁸⁸ Rt 2012 667 pkt.66

At domstolen opererer med et skille mellom omstendighetene før og etter uttransport, vil imidlertid kunne by på problemer for domstolene. Hvis barnet har utviklet psykiske problemer etter vedtakstidspunktet, må domstolene ta stilling til om disse kom til før utreisetidspunktet for at domstolene kan bygge på dette. Disse problemene kan ha startet før utlendingens utreise, men først ha blitt diagnostisert etter utreisen. Dette vil kunne skape tvist, og taler for at situasjonen på domstidspunktet skal danne faktagrunnlaget for domstolene. Som vist over, vil dette hensynet trolig bare gjøre seg gjeldende for noen typer bevistema, slik som psykiske problemer.

Rettstekniske hensyn tilsier dermed at det er enklere for norske domstoler å praktisere en ordning hvor faktumfastleggningen foretas ut fra situasjonen på domstidspunktet ved overprøvingen av barnets beste-vurderingen. Det vil trolig bare være i særtilfeller at en slik ordning kan dette slå uheldig ut.

6.2.5.3 Oppsummering og konklusjon

Hensynene i Sri Lankadommen for at utreisetidspunktet er det avgjørende, gjør seg gjeldende med tilsvarende tyngde ved overprøvingen av utvisningsvedtak. Reelle hensyn trekker også i retning av, i hvert fall for faktum i relasjon til barnets beste-vurderingen, at utreisetidspunktet legges til grunn. Ettersom Sri Lankadommen er avsagt under dissens, og tidligere rettspraksis går i annen retning, er det noe usikkert om domstolene vil legge til grunn utreisetidspunktet ved overprøving av utvisningsvedtak. Under tvil antar jeg likevel at utreisetidspunktet vil legges til grunn.

Når det gjelder nye omstendigheter som inntraff etter utreise er spørsmålet vesentlig mer tvilsomt. Det er uoversiktlige konsekvenser av en slik regel og konsekvensene er ikke drøftet i Sri Lankadommen. Det er grunn til å anta at domstolene ikke vil legge til grunn domstidspunktet, selv om det kan virke som en hensiktsmessig løsning ved overprøvingen av barnets beste-vurderingen.

Rett før innlevering ble jeg kjent med at to lagmannsrettsavgjørelser er blitt henvist til behandling i Høyesterett i plenum når det gjelder spørsmålet er om domstolene har

adgang til å legge vekt på forhold som er kommet til etter vedtakstidspunktet.¹⁸⁹ Sakene skal berammes i november.¹⁹⁰ Om domstolene skal legge til grunn domstidspunktet ved overprøvingen av gyldigheten av vedtak vil da avklares.

¹⁸⁹ HR-2012-1564-U og HR-2012-1274-U

¹⁹⁰ <http://www.domstol.no/upload/HRET/HENVISTE%20SAKER%20internett.pdf>

7 Barnets beste-vurderingen

7.1 Innledning

I barnets beste-vurderingen inngår det mange ulike momenter for å avgjøre hvor inngripende en utvisning er overfor et barn. Både Høyesterett og EMD vil vurdere hensynet til barnets beste i den enkelte utvisningssak, men virker å ha et noe ulikt syn på hvordan visse momenter påvirker inngrepets styrke.

I dette kapitlet skal jeg identifisere noen forskjeller mellom Høyesterett og EMDs vurdering av inngrepets styrke. Jeg vil se på hvordan momentene påvirker hensynets egenvekt, og ikke hensynets vekten opp mot forholdets alvor. Et ulikt syn på inngrepets styrke, kan muligens medføre at Høyesterett og EMD vektet hensynet til barnets beste ulikt i forholdsmessighetsvurderingen. Vekten av hensynet til barnets beste opp mot mothensyn vil jeg drøfte i punkt 8.

I den videre gjennomgangen vil jeg vie relativt stor plass til spørsmålet om *familiesplittelse*. EMD vurderer barnets utfordringer ved å følge med til utvisningslandet. Familiesplittelsesmomentet har dermed en åpenbar siden mot barnets beste. For Høyesterett virker tilsynelatende ikke momentene å være like sentralt.

Barnets sårbarhet vil videre være et sentralt moment i EMD for inngrepets styrke. For Høyesterett vil derimot barnets totale omsorgssituasjon være avgjørende. Det er relevant å redegjøre for hvordan dette kan medføre en ulik vurdering av inngrepets styrke.

7.2 Familiesplittelse

7.2.1 Høyesterett

Hvordan Høyesterett vurderer om et barn blir adskilt fra en forelder, kommer til uttrykk i Høyesterettsavgjørelsen Rt.1996 s.551 (Utvisningsdom I);

«Retten til familieliv veier tyngst hvis en utvisning vil innebære at familien må splittes. Men selv om det i og for seg vil være mulig at familiemedlemmene følger med

utlendingen til hans statsborgerstat, vil familiemedlemmenes ønske om å bli i Norge eller deres problemer av språklig eller kulturell art i forbindelse med å flytte til utlandet, måtte tillegges betydning.»¹⁹¹

Uttalelsen illustrerer at Høyesterett både tar i betraktning hva som er objektivt mulig og hva som i realiteten vil skje. Høyesterett vil legge til grunn en familiesplittelse når det ikke er praktisk mulig for barnet å følge med til utvisningslandet. Høyesterett vil også legge til grunn at familien splittes hvis familien ønsker å bli igjen i Norge eller når utfordringene gjør at det er urealistisk for familien å følge med.

I vurderingen av om familien kunne følge med til utvisningslandet i Utvisningsdom I uttalte Høyesterett at den ikke;

«[L]egger vekt på at det er mulig for familiemedlemmene å følge ham til hans hjemland. Det må legges til grunn at familien kan bli splittet når utvisningen iverksettes.»¹⁹²

I dommen vurderer ikke Høyesterett uttrykkelig hvorfor det er praktisk mulig å følge med, men legger dette til grunn uten videre.

I Polendommen var det spørsmål om kone og barn kunne følge med Polen. Annenvoterende med tilslutning fra to dommere kom til at;

«[D]et [må] legges til grunn at det er mulig for familien å leve samlet i Polen, men at hustruen av ulike grunner ikke ønsker dette, og at utvisningen vil innebære at A atskilles fra den familie han nå bor sammen med.»¹⁹³

Annenvoterende legger til grunn at reetablering av familielivet i utvisningslandet er praktisk mulig. Det foretas imidlertid ikke en uttrykkelig vurdering av hvorfor det foreligger en slik mulighet.

¹⁹¹ Rt 1996 551 s.559

¹⁹² Ibid s.560

¹⁹³ Rt 2000 591 s.601

I Pakistanerdommen la Høyesterett til grunn at det var mulig for ektefellen og barna å følge med til Pakistan ved en toårig utvisning.¹⁹⁴ I forholdsmessighetsvurderingen overfor ektefellen viser Høyesterett til at ektefellen er av pakistansk opprinnelse, og at hun og ektemannen hadde opprinnelig planlagt å bosette seg i Pakistan.¹⁹⁵ Dette er forhold som gjorde at Høyesterett la til grunn en slik mulighet.

Høyesterett vurderer imidlertid ikke eksplisitt hvorfor det var objektivt mulig for barna å følge med. I stedet kommer Høyesterett til at det «*urealistisk*» for familien følger med på bakgrunn av ulike ufordringer.

Som gjennomgangen viser vil det variere om Høyesterett foreta en uttrykkelig vurdering av de objektive mulighetene for familien å følge med. Hvis Høyesterett først vurderer dette, gjøres ikke denne vurderingen i relasjon til barna. Høyesterett har en tendens til å se hen til hva som *i realiteten* vil skje ved en utvisning. En grunn til dette kan være at Høyesterett anser dette som klart mulig for familien å følge med.

En annen grunn til at Høyesterett ikke vurderer hva som er objektivt mulig i relasjon til barna, kan være at det avgjørende er hva som vil skje i realiteten. Om Høyesterett ser hen til hva som vil skje i realiteten, ser også ut til å avhenge av om det er barn i saken. Når det gjaldt barnas muligheter til å følge med til Pakistan i Pakistanerdommen, uttalte førstvoterende med tilslutning fra de øvrige dommerne;

*«UNE uttaler i sitt vedtak at ektefellen og barna kan følge med A til Pakistan. Jeg er enig i at det foreligger en slik mulighet, men er kommet til at det er urealistisk, hensett til husvære, barnas skolegang, språkproblemer mv., og at jeg ved vurderingen av vedtakets virkninger, må se bort fra denne mulighet.»*¹⁹⁶

¹⁹⁴ Rt 2005 229 pkt.47

¹⁹⁵ Ibid pkt.46

¹⁹⁶ Ibid pkt.47

Førstvoterende sier videre at «*det virkningene av en utvisning for As tre barn, og for ektefellens evne til alene å sørge for barna i Norge, som må vurderes inngående i saken*». ¹⁹⁷

Dommen illustrerer at Høyesterett legger vekt på virkningene for barna ved å bli adskilt fra faren. Det virker imidlertid noe merkelig at Høyesterett ikke tar i betraktning at det er praktisk mulig for familien å følge med til Pakistan. En utvisning vil nødvendigvis være mindre inngripende når det er objektivt mulig for familien å bli med.

En bakgrunn for Høyesteretts fremgangsmåte i denne saken, kan være at det er barn involvert. Barn kan ikke treffe en beslutning om å følge med den utviste forelderen. Det er den gjenværende forelderen i vertslandet som tar dette valget. For barnet vil en adskillelsen ha samme virkning, uavhengig av om Høyesterett mener det ikke er praktisk mulig for familien å følge eller at en adskillelse i realiteten vil skje. Ved at Høyesterett legger vekt på om hva som faktisk kommer til å skje, vil barnet unngå å bære risikoen for foreldrenes valg. ¹⁹⁸

At Høyesterett bare tar hensyn til hva som skjer i realiteten når virkningene for barna vurderes, kan trolig støttes opp av hvordan førstvoterende vurderer hensynet til ektefellen i Pakistaner-dommen;

«Etter mitt syn vil utvisningen av [utlendingen] heller ikke være uforholdsmessig i relasjon til ektefellen isolert sett. Selv om hun er født og oppvokst i Norge, er hun av pakistansk opprinnelse, og da hun og [utlendingen] giftet seg i 1995, hadde de opprinnelig planlagt å bosette seg i Pakistan.» ¹⁹⁹

Førstvoterende foretar en objektiv vurdering av ektefellens praktiske muligheter for å følge med til Pakistan, og kommer til at dette er mulig. Høyesterett legger ikke vekt på hva som faktisk vil skje ved en utvisning i relasjon til om utvisning er uforholdsmessig

¹⁹⁷ Ibid pkt.48

¹⁹⁸ Et rettssyn om at barnet ikke skal bære risikoen for foreldrenes valg er til en viss utstrekning også lagt til grunn på andre områder i utlendingsretten, slik som i lengeværendebarn-saker, se Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s.166

¹⁹⁹ Rt 2005 229 pkt.46

overfor ektefellen. Av hensyn til barna, legger Høyesterett likevel til grunn at det er urealistisk for familien å følge.

Høyesteretts fremgangsmåte tyder på at det avgjørende for å vurdere hensynet til barnets beste er å avklare om barnet blir adskilt fra forelderen. For å fastsette inngrepets styrke overfor barnet, virker det ikke relevant for Høyesterett å ta stilling til om det er praktisk mulig for barnet å følge med. Det trekkes i retning av at Høyesterett vil anse en utvisning for å være like inngripende for barnet uavhengig av bakgrunnen for adskillelsen.

7.2.2 EMD

Et sentralt moment i forholdsmessighetsvurderingen vil være alvorligheten av vanskelighetene barnet vil møte i utvisningslandet, se punkt 4.3. I det videre vil jeg redegjøre for hvilke vanskeligheter som har betydning og hvor store disse må være for at EMD legger til grunn en familiesplittelse.

Når EMD vurderer om familien kan reetablere seg i utvisningslandet, foretar EMD en grundig vurdering. I grove trekk kan man si at EMD vurderer barnets tilknytning til utlendingens hjemland og vertsland.²⁰⁰ Jo sterkere barnets tilknytning er til bostedslandet, og jo mindre tilknytningen er til utlendingens hjemland, dess mer belastende blir det for barnet å følge med.

Som en del av denne vurderingen, ser EMD blant annet på barnets statsborgerskap.²⁰¹ At barnet har statsborgerskap i bostedslandet kan både tale for og imot at barnet kan følge med utlendingen.

Kjennskap til utvisningslandet, dets språk, dets kultur og tidligere reiser dit vil ha betydning for barnets mulighet til å tilpasse seg forholdene i utvisningslandet.²⁰²

²⁰⁰ EMD vil også vurdere om utlendingens partner kan forventes å følge med til utvisningslandet. Legger EMD til grunn at parteneren ikke kan forventes å følge, vil det innebære et hinder for å videreføre familielivet i utvisningslandet. Barna kan da heller ikke forventes å følge med

²⁰¹ Se *Keles* mot Tyskland og *Üner* mot Nederland pkt.64

²⁰² Se *Keles* mot Tyskland pkt.64, *Tajdirti* mot Nederland og *Anwti* mot Norge pkt.94

Om barnet snakker vertslandets språk, har gått på skole der, er integrert og har bodd der hele livet, vil det tale for at barnets utfordringer ved å følge med til utvisningslandet vil være store.²⁰³

At begge foreldrene til barnet kommer fra utvisningslandet, kan tilsi at det ikke vil være så utfordrende for barnet å etablere seg der.²⁰⁴

Det har også betydning om barnet er i en «*adaptable age*».²⁰⁵ Dette momentet er utslag av at jo yngre man er, jo lettere vil det være å tilpasse seg nye forhold i et nytt land, samt at ung barn vil ha primærtilknytningen til sine foreldre. Ut fra praksis har EMD lagt til grunn at barn opp i 7 års alderen er i en tilpasningsdyktig alder.²⁰⁶ Eldre barn vil likevel kunne forventes å følge med til utvisningslandet hvis andre momenter tilsier at reetableringen av familielivet ikke vil være særlig vanskelig.²⁰⁷

Denne gjennomgangen illustrerer at EMD alltid vil foreta en grundig vurdering av hvilke utfordringer barnet vil få ved å følge med til utvisningslandet basert på sakens faktum.

EMD har i flere dommer brukt formuleringen om barnet kan «*be expected to follow*».²⁰⁸ EMD har anvendt forskjellige beskrivelser for når domstolen mener utfordringene blir så store at barnet ikke kan forventes å følge med utlendingen. Betegnelser som gjentar seg i praksis er at det foreligger «*obvious and serious difficulties*»²⁰⁹, «*significant difficulties*»²¹⁰, «*major difficulties*»²¹¹ eller «*radical upheaval*»²¹². Beskrivelsene gir

²⁰³ Se *Sezen* mot Nederland pkt.47, *Anwti* mot Norge 94 og *Keles* mot Tyskland pkt.64

²⁰⁴ Se *Tajdirti* mot Nederland og *Antwi* mot Norge pkt.98

²⁰⁵ *Üner* mot Nederland pkt.64, *Onur* mot Storbritannia pkt.60 og *Darren Omoregie* mot Norge pkt.66

²⁰⁶ *Arvelo Aponte* mot Nederland pkt.60 var et barn i syv årsalderen ansett for å være i en «*adaptable age*»

²⁰⁷ *Antwi* mot Norge pkt.98 la EMD til grunn at en ti-åring kunne følge med da begge foreldrene kom fra utvisningslandet

²⁰⁸ *Boultif* mot Sveits pkt.53, *Mbengeh* mot Finland, *Keles* mot Tyskland pkt.63

²⁰⁹ *Amrollahi* mot Danmark pkt.41

²¹⁰ *Omojudi* mot Storbritannia pkt.46

²¹¹ *Keles* mot Tyskland pkt.64

²¹² *Mehemi* mot Frankrike pkt.36, *Sezen* mot Nederland pkt.47

inntrykk av at det ikke kreves at det er helt umulig for barna å følge med, men at det må være betydelige vanskeligheter.

Når partene ikke har en berettiget forventning om familieliv, se punkt 8.7.2, krever EMD at det foreligger «*insurmountable obstacles*» eller at det er «*impossible or exceptionally difficult*» for familien å følge med til utvisningslandet.²¹³ Kravet til utfordringer for at det foreligger en familiesplittelse virker betraktlig større i disse saker.

Når utfordringene er store nok, vil altså EMD komme til at det ikke er objektivt mulig for barnet å følge. I flere avgjørelser har EMD også lagt til grunn at en familiesplittelse er et sentralt moment for uforholdsmessighet.²¹⁴ En familiesplittelse vil dermed tilsi at en utvisning vil være inngripende overfor barnet.

Selv om utfordringene ikke er store nok til at EMD vil legge til grunn en familiesplittelse, vil trolig graden av utfordringene ved å følge med til utvisningslandet ha betydning for inngrepets styrke, se punkt 8.8. I *Antwi* var det ikke «*insurmountable obstacles*» for mor og barn å følge med til Ghana.²¹⁵ EMD viser likevel til at det vil være «*difficult*» for datteren å tilpasse seg forholdene i Ghana og deretter tilpasse seg livet i Norge senere. Deretter tar EMD i betraktning barnets belastninger ved å adskilles fra faren. Dette illustrerer at EMD vil kunne se hen til hva som i realiteten vil skje. Hvor inngripende en utvisning, vil trolig avhenge av hvor store vanskelig det vil være for barnet å følge med.

7.2.3 Sammenligning

Gjennomgangen illustrerer at EMD alltid vil ta grundig stilling til om reetablering av familielivet er objektivt mulig basert på sakens faktum. Om familielivet kan reetableres utvisningslandet, vil derfor være sentralt for å fastslå hvor inngrepets styrke overfor barnet. EMD vil ta i betraktning graden av utfordringene selv om de ikke er store nok til

²¹³ Se *Antwi* mot Norge pkt.98, *Da Silva* mot Nederland pkt.39, *P.P & Others* mot Stortbrinnia og *Nunez* mot Norge pkt.70

²¹⁴ Se blant annet *Amrollahi* mot Danmark pkt.41-43, *Mehemi* mot Frankrike pkt.37, *Nunez* mot Norge pkt.84

²¹⁵ *Antwi* mot Norge pkt.93 og 98

å kvalifisere til en familiesplittelse. Dette medfører at EMD vil kunne se hen til hva som i realiteten vil skje ved en utvisning.

Høyesterett vil også vurdere om barnet adskilles fra forelderen, men foretar ikke en vurdering av barnets vanskeligheter med å følge med basert på sakens faktum. Om reetablering er objektivt mulig for barnet vurderes dermed ikke. Dette tyder på at en familiesplittelse anses inngripende uavhengig av om den følger av at det er objektivt umulig å følge med eller av hva som vil skje i realiteten.

Høyesteretts og EMDs ulike metode for å avgjøre om en barnet adskilles fra forelderen ved en utvisning, kommer tydelig fram i avgjørelsen *Hussein*. Høyesterett la til grunn at utvisningen medførte en familiesplittelse, da det ikke var «*aktuelt*» for mor og barna å flytte.²¹⁶ EMD mente at selv om det var vanskeligheter ved å følge med, var disse ikke «*insurmountable*».²¹⁷

Høyesterett og EMD hadde ulikt syn på om familien ville splittes. Dette er trolig på grunn av de ulike metodene domstolene har. Begge domstolene kom likevel til at det konkrete inngrepet var forholdsmessig. Dette viser at selv om Høyesterett har en annen metode, trenger ikke det være et problem så lenge inngrepet ligger innenfor EMK artikkel 8.

At EMD og Høyesterett har et ulikt syn på hva som skal til for at det foreligger en familiesplittelse, gjør at en familiesplittelse er noe annet i Høyesterett enn i EMDs forstand. Dette kan medføre at Høyesterett og EMD har ulikt syn på hvor inngripende en utvisning er overfor et barn, noe som igjen kan gjøre at domstolene kommer til ulikt resultat.

7.3 Barnets sårbarhet og omsorgssituasjon

Her vil det redegjøres for hvordan Høyesterett og EMD vurderer barnets sårbarhet og hvilken betydning omsorgssituasjonen har for barnas sårbarhet. Det er flere ulike

²¹⁶ Rt 1996 1510 s.1518 Mindretallet var enige med flertallet på dette punktet jf. s.1520

²¹⁷ *Hussein* mot Norge

undermomenter som inngår i sårbarhetsvurderingen. Fremstillingen er derfor delt opp etter de ulike undermomentene.

7.3.1 Tidligere belastninger og betydningen av omsorgssituasjonen

I Pakistanerdommen i Rt.2005 s.229 var det spørsmål om en utvisning med et toårig innreiseforbud var forholdsmessig overfor utlendingens tre barn. I saken hadde det «*særlig betydning*» at barna hadde vært adskilt fra begge foreldrene i forbindelse med varetektsfengsling og soning på grunn av de forhold som lå til grunn for utvisningen.²¹⁸ Barna hadde da fått «*skrekken i seg og belastningen vil forsterke seg ved nytt fravær av far*».²¹⁹ Uttalelsen tyder på at barnas omsorgsbehov eller belastninger har betydning for hvor inngripende en utvisning er overfor barna.

Imidlertid var morens omsorgsevne sentralt i avgjørelsen. Høyesterett legger til grunn at det var en «*betydelig risiko*» for at moren ikke «*vil klare å håndtere de problemer en utvisning av [faren] vil medføre for barna og heller ikke omsorgen for dem*» grunnet hennes helsetilstand.²²⁰ Hvor inngripende utvisningen er vil dermed bero på om den gjenværende forelderen vil kunne ivareta barnas omsorgsbehovet ved utvisningen. Dette understrekes ved at Høyesterett uttaler at;

*«At hun nok vil kunne få noe hjelp fra sin familie, kan vanskelig i særlig grad redusere belastningene for barna.»*²²¹

Høyesterett fastslår at belastningene ikke i særlig utstrekning «*reduseres*» ved hjelp fra storfamilien. Dette kan forstås som at en tilfredsstillende omsorgssituasjon kan oppveie for barnas egne belastninger ved en utvisning og gjøre utvisning mindre inngripende. Barnets egne belastninger ved utvisning var ikke alene av betydning for inngrepets styrke. Barnets omsorgssituasjon var det avgjørende.

²¹⁸ Rt 2005 229 pkt.53

²¹⁹ Ibid

²²⁰ Ibid

²²¹ Ibid

I Nunez avgjørelsen i Rt.2009 s.534 kom Høyesterett under dissens 3-2 til at et utvisningsvedtaket med et to-årig innreiseforbud av en mor var forholdsmessig. Om saksforholdet, se punkt 8.7.1. Mindretallets vurderinger av inngrepets styrke er i stor grad tilsvarende som EMDs flertall i samme avgjørelse.

Selv om dette er en dissensdom, vil normalt flertallets begrunnelse bli lagt til grunn i fremtidige avgjørelser. Dette er en av de siste utvisningsavgjørelsene for Høyesterett og flertallet gir en grundig begrunnelse for resultatet. Rettskildeværdien av dommen vil imidlertid avhenge av i hvilken grad fremgangsmåten og resultatet er i strid med EMDs avgjørelse i *Nunez* og andre avgjørelser. Jeg vil derfor bare fokusere på flertallets fremgangsmåte i det videre for å kunne holde denne opp mot EMDs fremgangsmåte.

I vurderingen av inngrepets styrke ser Høyesteretts flertall hen til at barnas «omsorgssituasjon ville være tilfredsstillende» ved en utvisning av mor.²²² Høyesteretts flertall legger til grunn at det var ingen opplysninger i saken som tydet på at «*barna ha[dde] et særlig behov for omsorg*» og at det «*i liten grad vært bevisføring om hvorledes selve utvisningssaken har påvirket barna*».²²³ Når førstvoterende trekker fram barnas omsorgsbehov og virkningene av en utvisning, kan det tyde på at slike belastninger har betydning for inngrepets styrke.

Mindretallet i Høyesterett trakk imidlertid inn at barna hadde levd under «*mangeårig stress på grunn av utvisning av mor*» og at de hadde opplevd foreldrenes samlivsbrudd og senere flytting fra far til mor.²²⁴ Flertallet hadde også denne kunnskapen, men valgte å ikke trekke dette inn i belastningsvurderingen. Dette medfører at flertallet ikke ser hen til de reelle virkningene en adskillelse vil ha for barna. Flertallet kom til at dette var en «*normalsituasjon*».²²⁵

²²² Rt 2009 534 pkt.72

²²³ Ibid

²²⁴ Ibid pkt.90

²²⁵ Ibid pkt.70

I *Nunez* avgjørelsen konkluderte EMDs flertall med at barna var «*vulnerable*» på bakgrunn av de ulike omstendighetene i saken. I vurderingen av barnas sårbarhet, trekker EMDs flertall blant annet inn;

«*[T]he children had experienced stress, presumably due to the risk of their mother's being expelled as well as disruption in their care situation, first by their parents' being separated, then by being moved from their mother's home to that of their father.*»²²⁶

EMDs flertall ser på den totale stressituasjonen når både risikoen om utvisning og tidligere oppbrudd i omsorgssituasjonen trekkes inn. Muligens mener EMDs flertall at tidligere stress og oppbrudd vil gi uttrykk for hvordan barna vil være rustet for nye oppbrudd.

Etter å ha vurdert barnas sårbarhet, trekker ikke EMDs flertall i *Nunez* eksplisitt inn barnas omsorgssituasjon ved en utvisning. EMD kom til at barna var «*vulnerable*» til tross for at far kunne dra omsorg for barna. Dette tyder på at EMD legger til grunn at en tilfredsstillende omsorgssituasjon ikke i særlig grad vil kunne gjøre barna mindre sårbare.

I *Antwi* tok EMD i betraktning at barnets omsorgssituasjon ville være tilfredsstillende i vurderingen av belastningene for barna.²²⁷ Om saksforholdet, se punkt 8.7.1. Spørsmålet blir så hvorfor dette momentet var relevant i *Antwi*, men ikke i *Nunez*.

I *Nunez* kom EMD til at barna var sårbare, noe barnet i *Antwi* ikke ble ansett som.²²⁸ Barnet hadde blant annet ikke opplevd tidligere belastninger og det var mulig å følge med til utvisningslandet.²²⁹ Selv om en utvisning ikke var fordelaktig for barnet i *Antwi*, var ikke utvisningen like inngripende som i *Nunez*.

²²⁶ *Nunez* mot Norge pkt.81

²²⁷ *Antwi* mot Norge pkt.99

²²⁸ *Ibid* pkt.101

²²⁹ *Ibid* pkt.101 og 104

Når det er barnets sårbarhet som skiller avgjørelsen i *Nunez* fra avgjørelsen i *Antwi*, kan dette forstås som at når barnet ikke er sårbart, vil omsorgssituasjonen være et relevant moment for EMD.

7.3.2 Unge barns sårbarhet og betydningen av et begrenset innreiseforbud

I *Nunez* vurderer ikke Høyesteretts flertall eksplisitt hvordan barna på åtte og ni år ville oppleve en to-årig adskillelse fra deres mor. Flertallet sier ikke uttrykkelig i hvilken grad et begrenset innreiseforbud gjorde utvisningen mindre inngripende for barna. Ettersom flertallet kom til forholdsmessighet, kan det være grunn til å tro at tidsbegrensningen gjorde utvisningen mindre inngripende.

EMDs flertall i *Nunez* viser til at de to barna på åtte og ni år;

*«[W]ould have difficulty in understanding the reasons were they to be separated from their mother. (...) as a result of the decisions taken in the expulsion case and in the custody case, the children would in all likelihood be separated from their mother practically for two years, a very long period for children of the ages in question.»*²³⁰

En toårig adskillelse fra en sentral omsorgsperson ville være en veldig lang periode for barn i denne alderen. Muligens henger EMDs henvisning til alder sammen med at unge barn i mindre grad vil forstå midlertidigheten av en adskillelse og at de vil kunne frykte at den er permanent. En adskillelse vil ramme barna hardt. Barnas unge alder gjør de sårbare for en kortvarig adskillelse fra en sentral omsorgsperson. En slik tilnærming tilsier at en tidsbegrenset utvisning ikke i særlig grad vil gjøre utvisningen mindre inngripende for barna. Denne fremgangsmåte gjør at EMD vurderer hva en adskillelse i *seg selv* ville bety for barna.

Muligens kan EMDs uttalelse tolkes i lys av betraktningene Barnekomiteen har gitt uttrykk for i General Comments nr.7, se punkt 4.4.1. Den uttaler at små barn er spesielt sårbare for uheldige virkninger av en adskillelse på grunn av deres fysiske avhengighet

²³⁰ *Nunez* mot Norge pkt.81

av og følelsesmessige tilknytning til en sentral omsorgsperson. EMDs flertall har ikke eksplisitt henvist til denne uttalelsen. Men når alder er et moment for at barna er sårbare, kan dette tilsi at EMD er enig i Barnekomiteens betraktninger.

7.3.3 Usikkerheten rundt varigheten av innreiseforbudet

Nunez sin advokat anførte for Høyesterett at det måtte sees hen til at adskillelsen mellom barna og moren sannsynligvis ville bli varig.²³¹ Det ville være usikkert om Nunez fikk oppholdstillatelse når utvisningsperioden på to år var over. Høyesteretts flertall mente det var irrelevant å vurdere det sannsynlige utfallet av en søknad om oppholdstillatelse.²³² Flertallet vurderte dermed inngrepets styrke i lys av at innreiseforbud var begrenset til to år.

I vurderingen av barnas sårbarhet tok derimot EMDs flertall tok i betraktning usikkerheten;

*«There is no guarantee that at the end of this period the mother would be able to return. Whether their separation would be permanent or temporary is in the realm of speculation.»*²³³

Dette tyder på at en begrensning av innreiseforbudet bare vil ha betydning for barnets belastninger, og eventuelt kunne gjøre tiltaket mindre inngripende, når utlendingen har en mulighet til å returnere til vertslandet etter innreiseforbudets utløp. Hvis det ikke foreligger en slik mulighet, vil utvisningen derimot gjøre barnet mer sårbart.

EMD vurdere den faktiske muligheten utlendingen har for å returnere for å kunne fastslå om det formelle innreiseforbudet er reelt. Spørsmålet blir da hvilke holdepunkter EMD krever for å legge til grunn at det er mulig for utlendingen å returnere.

²³¹ Rt 2009 534 pkt.39

²³² Ibid pkt.69

²³³ Nunez mot Norge pkt.81

I *Nunez* anføre advokaten at det var ingen eksempler på at en person i hennes situasjon var blitt innvilget oppholdstillatelse.²³⁴ Regjeringsadvokaten argumenterte for at hun på lik linje med andre kunne søke om oppholdstillatelse etter to år ved å vise til generelle regler om oppholdstillatelse.²³⁵ EMD hadde bare informasjonen fra advokaten å forholde seg til om den faktiske muligheten for ny oppholdstillatelse. Ut fra dette kan man kanskje utlede at det må foreligge visse konkrete holdepunkter i dagens regelverk og praksis for at utlendingen vil kunne få oppholdstillatelse for at inngrepets styrke skal vurderes i lys av det fastsatte innreiseforbudet.

I *Sezen* hadde utlendingen blitt tillagt et tidsubestemt innreiseforbud. Regjeringen i Nederland argumenterte for at hans kriminelle aktivitet ville normalt hindre ny oppholdstillatelse i en periode på ti år. EMD uttalte at;

*«[T]he Government failed to indicate when, and under what conditions, such an assessment would lead to a positive decision being taken on any future request for a residence permit.»*²³⁶

Denne uttalelsen tyder også på at det må foreligge konkrete holdepunkter for når og under hvilke omstendigheter utlendingen vil kunne få ny oppholdstillatelse for at innreiseforbudet er reelt.

Hva som kreves for å legge til grunn at en utvisning er begrenset, må trolig også avhenge av en avveining mellom de samfunnshensyn utvisning bygger på opp mot hensynet til utlendingen og hans familie. EMD ser at utvisningen ivaretar viktige samfunnshensyn. At statene må garantere for en oppholdstillatelse ved innreiseforbudets opphør, vil kunne være vanskelig. Regler, praksis og faktiske forhold kan endre seg. Å stille krav om garanti vil kunne svekke utvisningsinsittuttet. Sett i sammenheng med EMDs uttalelser i *Nunez* og *Sezen* må det trolig kreves at det foreligger visse holdepunkter ut fra dagen regelverk at utlendingen vil kunne få

²³⁴ Ibid pkt.63

²³⁵ Ibid pkt.46

²³⁶ *Sezen* mot Nederland pkt.49

opphold. Først da vil en tidsbegrensning eventuelt kunne gjøre utvisningen mindre inngripende for barna.

7.3.4 Lang saksbehandlingstid

I *Nunez* hadde det tatt rundt tre år fra norske myndigheter ble oppmerksomme på utlendingens overtredelser til UDI fattet utvisningsvedtak. Den lange saksbehandlingstiden var begrunnet i at utvisningssaken ikke ble påbegynt før saken om tilbakekall av oppholdstillatelse var gjennomført. Høyesteretts flertall kunne ikke se at den lange saksbehandlingstiden hadde betydning for hensynet til barna.²³⁷

Når saken kom opp for EMD, anførte Nunez sin advokat at barna hadde lidd nok på grunn av den langvarige.²³⁸ EMDs flertall la til grunn at;

*«[I]t does not appear to the Court that the impugned measure to any appreciable degree fulfilled the interests of swiftness and efficiency of immigration control that was the intended purpose of such administrative measures.»*²³⁹

Hensikten med å utvise uten straffedom er å gi muligheten for en rask, billigere og mer effektiv utlendingskontroll.²⁴⁰ Spørsmålet er hvorfor manglende oppfyllelse av disse formålene fikk betydning for hensynet til barna. En skulle i utgangspunkt anta at EMD la til grunn at statens behov for å utvise fortsatt var like sterkt.

På den andre siden var den lange saksbehandlingstiden et av forholdene som gjorde utvisningen *«a very far-reaching measure vis-à-vis the children»*.²⁴¹ Den lange saksbehandlingstiden medførte at barna hadde levd under en mangeårig risiko for utvisning. En mer effektiv saksbehandling ville raske opp prosessen og gjøre at Nunez kunne blitt sendt tidligere ut fra landet. Norske myndigheter kunne dermed ha

²³⁷ Rt 2009 534 pkt.78

²³⁸ *Nunez mot Norge* pkt.49

²³⁹ *Ibid* pkt.82

²⁴⁰ Se Rt 2009 534 pkt.50

²⁴¹ *Nunez mot Norge* pkt.83

gjennomført saksbehandlingen på en mindre inngripende måte for barnet. Lang saksbehandlingstid gjorde dermed utvisningen mer inngripende for barnet.

7.3.5 Sammenligning

Gjennomgangen viser at Høyesterett og EMD har ulik fremgangsmåte for å vurdere inngrepets styrke. Høyesterett vil trekke inn barnas tidligere belastninger, men de gir ikke alene uttrykk for hvor inngripende en utvisning er overfor barnet når overtredelsen er mer alvorlig. Det sentrale er barnets totale omsorgssituasjon ved en utvisning. En tilfredsstillende omsorgssituasjon kan oppveie for barnets egne belastninger.

Høyesterett vil legge til grunn det formelle innreiseforbudet uten å vurdere dets realitet. Dette gjør at Høyesterett ikke ser på de reelle virkningene av en adskillelse for barnet.

EMD vil på sin side vurdere på hva en adskillelse *i seg selv* vil bety for barna. Barnets tidligere belastninger vil påvirke hvordan barnet vil kunne gjøre barnet sårbart. Når barnet først er sårbart vil ikke en tilfredsstillende omsorgssituasjon kunne endre på det. EMD vil vurdere om det formelle innreiseforbudet er reelt. Er det usikkerheten rundt varigheten av en adskillelse vil gjøre barnet mer sårbart.

EMD har tatt innover seg at unge barn vil være sårbare for en adskillelse. Unge barn vil ha problemer med å forstå omstendighetene rundt en adskillelse og dets midlertidighet. En tidsbegrenset utvisning vil da vanskelig gjøre en utvisning mindre inngripende for unge barn. Høyesterett har ikke tatt i betraktning unge barns sårbarhet for en kortvarig adskillelse. For EMD vil lang saksbehandlingstid gjøre utvisningen mer inngripende for barnet, mens det for Høyesterett er uten betydning.

At Høyesterett vurderer inngrepet styrke annerledes enn EMD, er ikke noe problem så lenge resultatet i den enkelte sak er i samsvar med EMK art.8. Men dette kan medføre at Høyesterett i den enkelte sak taper av syne hvordan barnet faktisk rammes av en utvisning. Dette kan igjen være med på å forklare hvorfor Høyesterett og EMD har kommet og kan komme til ulikt resultat.

8 Vekten av barnets beste opp mot andre hensyn

8.1 Innledning

Forholdsmessighetsvurderingen består av mange ulike hensyn, se punkt 3.2.2 og 4.3. Hensynet til barnets beste er et moment i denne avveiningen. Formålet er å identifisere hvilken vekt hensynet til barnets beste skal tillegges opp mot forholdets alvor når utlendingen har gjort seg begått alvorlig eller meget alvorlige brudd på utlendingsloven eller straffeloven.

Jeg vil gjøre dette gjennom å tolke avgjørelser fra Høyesterett og EMD. Ettersom forholdsmessighetsvurderingen er en sammensatt vurdering og vekten av hensynet til barnet i stor grad avhenger av de konkrete forholdene i den enkelte sak, kan det være utfordrende å tolke dommene for å si noe generelt om vekten av hensynet til barnets beste, se punkt 2.4.

Av den grunn er det heller ikke praktisk mulig å gi en uttømmende fremstilling av hvilken vekt hensynet til barnet skal tillegges i alle typer saker. Jeg vil forsøke å systematisere praksis ved å gå igjennom noen typetilfeller.

Hvor store utfordringer barnet vil få ved å følge med til utvisningslandet er i flere EMD dommer det eneste momentet som er vurdert i relasjon til barnets beste, se punkt 7.2.2. I punkt 8.2 vil jeg se på betydningen av en familiesplittelse *i seg selv* i Høyesteretts og EMDs praksis. Høyesteretts vil oppstille et belastningskrav ut fra forholdets alvor. Et spørsmål er om Høyesteretts belastningskrav kan gjøre at hensynet til barnet ikke tilleggs tilstrekkelig vekt, slik at kravet kommer i strid med EMK art.8.

Når en familiesplittelse ikke i seg selv er tilstrekkelig for å fastslå uforholdsmessig, vil barnets *belastninger* ved en utvisning ha betydning for vekten av hensynet til barnet i Høyesteretts og EMDs praksis. EMD vil typisk vurdere barnets belastninger når utvisningen er tidsbegrenset av kortere varighet. I punkt 8.4 vil jeg redegjøre for hvilken belastningstærkel Høyesterett og EMD legger til grunn for å fastslå uforholdsmessighet når en utvisning er av kortere tidsbegrensning. Et spørsmål er om Høyesteretts

belastningskrav er en egnet måte å vurdere forholdsmessigheten på eller om den kan medføre at norsk rett i visse tilfeller kommer i strid med EMK art. 8.

8.2 Betydningen av en familiesplittelse i Høyesteretts og EMDs praksis

Formålet er å se på hvilken betydning det har for forholdsmessighetsvurderingen at barnet adskilles fra den ene forelderen. Et spørsmål er når en familiesplittelse *i seg selv* gjør at hensynet til barnets beste tillegges avgjørende vekt.

For Høyesterett virker forholdsmessigheten å bero på barnets *belastninger* ved en utvisning, se punkt 8.2.1. Spørsmålet er om Høyesteretts belastningskrav kan medføre at Høyesterett ikke legger tilstrekkelig vekt på barnets utfordringer ved å følge med til utvisningslandet, slik at Høyesterett kan komme i strid med EMK art.8.

8.2.1 Høyesterett

Høyesterett har lagt til grunn at familien splittes når det ikke er mulig for familien å følge med eller som følge av hva som vil skje i realiteten på grunn av familiens ønsker eller utfordringer, se punkt 7.2.1.

Det følger av Utvisningsdom I at «[r]etten til familieliv veier tyngst hvis en utvisning vil innebære at familien må splittes».²⁴² Det skal likevel «tillegges betydning» at familien av egne valg adskilles eller at det er urealistisk å følge.²⁴³

Familiesplittelsen skal tillegges størst vekt når ikke er praktisk mulig for familien å følge med til utvisningslandet. Det virker naturlig at tvungen familiesplittelse skal veie tyngst i forholdsmessighetsvurderingen. Utvisning er mer inngripende i slike tilfeller enn i saker hvor partene selv kan velge å etablere seg i utvisningslandet.

I saker hvor en familiesplittelse fastslås på bakgrunn av hva som vil *skje i realiteten*, ser det ut til at familiesplittelsen *i seg selv* tillegges liten vekt. I Høyesterettsdommen

²⁴² Rt 1996 551 s.559

²⁴³ Ibid

Hussein var det spørsmål om det var forholdsmessig etter EMK art.8 å utvise en utlending varig etter daværende utl. § 30, 2.ledd bokstav b. Førstvoterende la til grunn at det ikke var «*aktuelt*» for familien å bosette seg i Pakistan.²⁴⁴ Likevel trakk førstvoterende fram at;

*«Jeg tolker den foreliggende praksis slik at det ved så alvorlige narkotikaforbrytelser som her, ligger innenfor statens skjønnsmargin å utvise fremmede statsborgere, selv om dette vil ramme den utviste og hans familie hardt.»*²⁴⁵

På denne bakgrunn konkluderte førstvoterende med at varig utvisningen ikke var i strid med EMK art.8. Høyesterett ser ut til å tillegge familiesplittelsen liten vekt på grunn av «*de alvorlige narkotikaforbrytelsene*». Uttalelsen illustrerer at Høyesterett åpner for varig familiesplittelse.

I Polendommen la Høyesteretts flertall til grunn at barna ville adskilles fra faren da moren ikke ønsket å følge med til utvissningslandet.²⁴⁶ Utlendingen hadde fått et varig innreiseforbud for et forhold som Høyesteretts flertall karakteriserte som meget alvorlig kriminalitet. Flertallet la til grunn at det normale var at en utvisning ville være belastende. For at utvisning skulle være uforholdsmessig tiltak, måtte det kreves «*uvanlig store belastninger*».²⁴⁷ Dette illustrerer at en varig adskillelse i seg selv ikke gjør utvisning inngripende nok. Forholdsmessigheten beror på barnets *belastninger*. Under dissens 3-2 kom Høyesterett til at utvisningen var forholdsmessig.

Det er imidlertid vanskelig å se at Høyesterett tillegger en familiesplittelse større vekt når det *ikke er mulig* for barnet å følge med, slik Høyesterett har gitt uttrykk for i Utvissningsdom I, se ovenfor. I Nunez var det spørsmål om det var forholdsmessig å utvise en mor i to år. Om faktum i saken, se punkt 8.7.1. Faren hadde fått foreldreansvaret alene ved dom. Det var derfor rettslig umulig for barna å følge med moren til utvissningslandet. Flertallet la til grunn at overtredelsene var meget alvorlige,

²⁴⁴ Rt 1995 1510 s.1518

²⁴⁵ Ibid s.1519

²⁴⁶ Rt 2000 591 s.601

²⁴⁷ Ibid s.600

og krevde at barnet måtte få «*uvanlig store belastninger*» for å fastslå uforholdsmessighet.²⁴⁸ Høyesterett oppstilte dermed de samme krav til belastningene som i Polendommen for å fastslå uforholdsmessighet, hvor det var mulig for familien å følge med. Høyesterett legger da ikke nevneverdig vekt på den tvungen familiesplittelsen.

Gjennomgangen av dommene viser at forholdsmessigheten beror på barnets *belastninger*. Når overtredelsene er meget alvorlig, oppstilles det er krav om «*uvanlig store belastninger*», men kravet til belastningene vil variere etter forholdets alvor, se punkt 8.5. Når belastningene er det avgjørende for forholdsmessighet, er det vanskelig å se at Høyesterett skiller mellom hva som er bakgrunnen for adskillelsen. Dette gjør at en familiesplittelse *i seg selv* tillegges liten vekt.

8.2.2 EMD

En familiesplittelse vil nødvendigvis ikke gjøre en utvisning uproporsjonal. Resultatet vil avhenge av de andre momentene i proporsjonalitetsvurderingen, se punkt 4.3.

EMD vil legge til grunn at en utvisning medfører en familiesplittelse når utfordringene med å følge med er store eller det er et hinder for reetablering, se punkt 7.2.2. I utvisningssaker hvor staten har ilagt et *varig* innreiseforbud og vanskelighetene med å følge med er store, vil som hovedregel inngrepet utgjøre en krenkelse av EMK art. 8.²⁴⁹

I *Mehemi* var grunnlaget for utvisning en fengselsdom på seks år for smugling av hasj. Forholdets alvor veide tungt for utvisning. Etablering av familielivet i annet land ble vurdert til å føre til «*radical upheaval for the couple's children*».²⁵⁰ EMD kom til at inngrepet var i strid med EMK art. 8, og la blant annet stor vekt på at utvisningen ville medføre en varig familiesplittelse.²⁵¹

²⁴⁸ Ibid

²⁴⁹ Se EMD-avgjørelsene *Keles* mot Tyskland pkt.66, *Omojudi* mot Storbritannia, *Sezen* mot Nederland, *Yilmaz* mot Tyskland, *Amrollahi* mot Danmark og *Mehemi* mot Frankrike

²⁵⁰ *Mehemi* mot Frankrike pkt. 36

²⁵¹ Ibid pkt. 37

I *Amrollhai* var utlendingen dømt til tre års fengsel for narkotikaforbrytelser, og overtredelsene ble ansett som alvorlige. Innreiseforbudet var varig. Reetablering av familielivet i Iran ville skape «*obvious and serious difficulties*» for barna.²⁵² At familien ville bli varig adskilt ved en utvisning var avgjørende for at inngrepet var i strid med EMK art.8.

I de to beskrevne dommene var overtredelsene alvorlig, og de veide tungt for utvisning.. EMD vurderer ikke barnets *belastninger* ved en adskillelse, men legger bare vekt på familiesplittelsen *i seg selv*. Dette tyder på at familiesplittelse i seg selv gjør en varig utvisning i strid med EMK art.8.

I *Omojudi* var det spørsmål om en tiårig utvisning var proporsjonal. Utvisningsgrunnen var 15 måneder fengsel for et seksuelt overgrep. EMD la til grunn at barna ville møte betydelige utfordringer ved å etablere seg i Nigeria.²⁵³ EMD kom til at utvisningen var i strid med EMK art. 8 og barnas utfordringer var et sentralt moment. EMD vurderte ikke ytterligere belastninger for barna.

EMD kom imidlertid til at varig utvisning i dommene *Najafi* og *Ndangoya* var forholdsmessig selv om utvisningen ville adskille familiene varig.²⁵⁴ Spørsmålet blir så hvorfor EMD ser ut til å tillegge familiesplittelsen mindre vekt i disse sakene.

Avgjørelsene *Najafi* og *Ndangoya* har et svært likt faktum, og EMDs resonnement i avgjørelsene er nærmest identiske. I begge sakene var utlendingen og konen skilt, og barna bodde ikke med far. Barna kunne ikke forventes å følge med. Det var derfor et hinder for reetablering av familielivet mellom barna og utlendingen.

EMD la avgjørende vekt på overtredelsenes alvor. I *Najafi* var utlendingen dømt til ti års fengsel for forsøk på smugling av to kg heroin. Overtredelsen ble ansett å ha en «*very serious nature*». I *Ndangoya* ble det å ha ubeskyttet sex med tre kvinner uten å informere at han hadde HIV-infeksjon ansett som «*utmost gravity*».

²⁵² *Amrollahi* mot Danmark pkt.41.

²⁵³ *Omojudi* mot Storbritannia pkt.46

²⁵⁴ *Najafi* mot Sverige og *Ndangoya* mot Sverige

I begge avgjørelsene var overtredelsene svært alvorlige. I slike tilfeller har statene en vid skjønnsmargin, se punkt 5.2. Disse overtredelsene virker mer alvorlig enn det som var tilfellet i *Amrollhai* og *Mehemi*. Dommene kan muligens forstås som at ved svært alvorlige overtredelser vil familiesplittelsen tillegges mindre vekt.

Et annet forhold som skilte disse avgjørelsene fra *Mehemi* og *Amrollhai* var familieforholdene. I *Najafi* og *Ndangoya* bodde barna ikke sammen med den utviste forelderen, noe som var tilfellet i *Mehemi* og *Amrollhai*. I andre EMD-avgjørelser hvor utvisningen medfører en varig eller tiårig familiesplittelse virker forholdsmessigheten å bero på om det gjøres inngrep i en familieenhet eller i en separert familie.

I *Sezen* hadde utlendingen blitt dømt til fire års fengsel for narkotikaforbrytelser. Barna kunne ikke forventes å følge med til utvisningslandet.²⁵⁵ I vurderingen av forholdsmessigheten uttaler EMD at;

*«[T]he Court notes that the present case does not concern a divorced father (...), but a functioning family unit where the parents and children are living together. The Court has previously held (...) that to split up a family is an interference of a very serious order.»*²⁵⁶

EMD kom til at en oppholdsnektelse på bakgrunn av kriminelle handlinger var i strid med EMK art. 8. Uttalelsen gir uttrykk for at inngrep i familieenheten er mer alvorlig, og at dette i større grad må beskyttes enn inngrep i brutte familier.

I *Onur* og *Joseph Grant* hadde utlendingen og barnet aldri bodd sammen.²⁵⁷ EMD kom i begge disse avgjørelsene til at en ti-årig utvisning var proporsjonal. I vurderingen av virkningene for *Joseph Grants* 14 år gamle barn uttalte EMD;

²⁵⁵ *Sezen* mot Nederland pkt.47

²⁵⁶ *Ibid* pkt.49

²⁵⁷ *Onur* mot Storbritannia og *Joseph Grant* mot Storbritannia. I *Onur* hadde utlendingen en datter fra et tidligere partnerskap (familie nr. 1) og to barn med en nåværende partner (familie nr. 2). EMD la til grunn at barna med den nåværende parten kunne forventes å følge med, men at barnet fra det tidligere

«Without underestimating the disruptive effect that the applicant's deportation has had, and will continue to have, on Naomi's life, it is unlikely to have had the same impact as it would if the applicant and his daughter had been living together as a family.»²⁵⁸

En utvisning ville ikke være like nedbrytende for barnet som hvis barnet og utlendingen hadde bodd sammen som en familie. I *Onur* la EMD til grunn det samme synspunktet.²⁵⁹ I *Joseph Grant* var utlendingen dømt til femten måneder for narkotikahandel. I *Onur* var utlendingen ilagt en fengselsstraff på fire og et halvt år for innbrudd og tyveri. Forholdet i *Sezen* var lang mer alvorlig enn i *Joseph Grant* og kanskje av samme alvorlighetsgrad som i *Onur*. Dette illustrerer at det sentrale skille var familieforholdene. Om EMD åpner for en varig eller ti-årig familiesplittelse virker derfor å bero på familieforholdene. I disse avgjørelsene var det ikke andre forhold rundt barna som talte mot utvisning. Om det er spesielle forhold rundt barnet, vil trolig ikke familieforholdene alene være avgjørende.

At barnet ikke bor sammen med forelderen betyr ikke at familiesplittelsen i alle tilfeller tillegges mindre vekt. I *Nunez* kom EMD til at et to-årig innreiseforbud var uforholdmessig. Et sentralt moment i vurderingen var at barnet ikke kunne følge med moren. Barna i denne saken bodde imidlertid ikke sammen med moren. Men barna hadde bodd hos moren fram til faren fikk foreldreansvaret alene ved dom, og hun hadde frem til da vært dere hovedomsorgsperson. Forholdet mellom barnet og utlendingen må derfor vurderes konkret.

Gjennomgangen av dommene tyder på at EMD likestiller en tiårig familiesplittelse med en varig familiesplittelse. Metoden for å vurdere forholdsmessigheten ved en familiesplittelse i disse typetilfellene er tilsvarende. Når utvisningen medfører en splittelse beror forholdsmessigheten på tilknytningen mellom barnet og forelderen, med

partnerskapet ville bli igjen i vertslandet hos sin mor. I denne tilfellet vil jeg bare se på familie nr. 1 da det bare var dette barnet som ikke kunne forventes å følge med

²⁵⁸ *Joseph Grant* mot Storbritannia pkt.40

²⁵⁹ *Onur* mot Storbritannia pkt.58

mindre det ikke er andre forhold rundt barnet. Når familien vil adskilles og familien bor sammen vurderer ikke EMD ytterligere om barnet får *belastninger* ved en adskillelse.

Av hensynet til barnet virker det også naturlig at varig og et ti-årig innreiseforbud likestilles. For barn som er åtte år eller eldre når utlendingen reiser ut, vil ikke utlendingen kunne returnere til vertslandet før barnet er overårig. Forelderen vil da være fraværende i mesteparten av barnets liv, slik at utvisningen i realiteten er varig for barnet.

I saker hvor familien vil splittes for en kortere periode og tilknytningen mellom utlendingen og barnet er sterk, vil ikke nødvendigvis en familiesplittelse være tilstrekkelig for at utvisningen utgjør en krenkelse av EMK art.8. Dette vil typisk være når staten har ilagt et begrenset innreiseforbud av kortere varighet, slik som fem år eller to år. EMD ser da ut til å stille krav til at barna må utsettes for visse belastningene utover en familiesplittelse. Hva som kreves av disse belastningene for at hensynet til barnet beste tillegges vekt vil jeg drøfte i punkt 8.4.

Et hinder for reetablering vil likevel være et sentralt moment i forholdsmessighetsvurderingen når tidsbegrensningen er av kortere varighet. I *Nunez* var det spørsmål om utvisningen av en mor med et to-årig innreiseforbud var forholdsmessig. Et sentralt moment for uforholdsmessighet var «*the decision in the custody proceedings*».²⁶⁰ I barnefordelingsaken hadde faren fått foreldreansvaret alene. Det medførte at barna ikke kunne følge med moren til utvisningslandet, slik at barna ville adskilles fra moren. Familiesplittelsesmomentet var derfor et sentralt moment for at EMD kom til at utvisningen var i strid med EMK art.8.

8.3 Sammenligning mellom Høyesterett og EMD og konklusjon

I saker som involverer barn er det avgjørende for Høyesterett å se hen til hva som i realiteten vil skje, og ikke vurdere om det er objektivt mulig for barnet å følge med, se punkt 7.2.1. Høyesterett tar utgangspunkt i at en adskillelse er en normalkonsekvens av

²⁶⁰ *Nunez mot Norge* pkt.84

utvisning. Det kreves at barna utsettes for *belastninger* for at utvisning skal være uforholdsmessig. Ved meget alvorlig overtredelser må belastningene være «*uvanlig store*». Dette medfører at familiesplittelsen i seg selv ikke tillegges nevneverdig vekt.

EMD vurderer objektivt om barnet vil adskilles fra en forelder. EMD tillegger som hovedregel en familiesplittelse avgjørende vekt når inngrepet medfører en varig eller ti-årig familiesplittelse. Barnets *belastninger* ved en utvisning vurderes ikke. Hensynet til barnets beste skal da få avgjørende vekt. Unntaksvis vil utvisningen være forholdsmessig når barnet ikke bor med utlendingen, men tilknytningen må vurderes konkret. Ved begrenset innreiseforbud vil også splittelsen være et tungtveiende moment i forholdsmessighetsvurderingen. Det kan derfor sies at Høyesterett og EMD vektet familiesplittelsesmomentet ulikt.

At Høyesterett belastningskrav vil kunne gjør at en familiesplittelse tillegges mindre vekt enn etter EMD-praksis, er ikke et problem så lenge Høyesteretts resultat ligger innenfor EMK art.8. I avgjørelsen *Hussein*, se punkt 7.2.3, la Høyesterett ikke avgjørende vekt på at barna ville bli varig splittet fra faren ved en utvisning, og kom til at vedtaket var forholdsmessig. EMD kom til at familielivet kunne reetablere ved en utvisning, og la dermed ikke avgjørende vekt på hensynet til familielivet. I mange saker vil det også være tilfellet at familielivet kan reetableres i utvisningslandet. Dette viser at Høyesteretts belastningskrav i mange tilfeller ikke vil komme i strid med EMK art.8.

Høyesteretts fremgangsmåte kan likevel medføre at hensynet til barnet ikke tillegges tilstrekkelig vekt. Når EMD kommer til at barnet vil få store vanskeligheter med å etablere seg i utvisningslandet, skal dette tillegges betydelig vekt, og i noen tilfeller avgjørende vekt. Høyesterett lar forholdsmessigheten alene avhenge av de belastningene barnet utsettes for. Det kreves noe utover en familiesplittelse for å fastsette uforholdsmessighet. Høyesteretts vurderingstema «*uvanlig store belastninger*» kan derfor medføre at hensynet til barnets beste ikke tillegges stor nok vekt i sakene hvor EMD mener at vanskeligheten med å etablere seg i hjemlandet er store.

At metoden kan medføre at norsk rett kommer i strid med EMK art.8 kan muligens bekreftes av EMD-avgjørelsen *Nunez*. At Høyesterett vektet familiesplittelsesmomentet

ulikt enn EMD er trolig en av årsakene til at Høyesterett og EMD kom til ulikt resultat. Høyesteretts flertallet tilla familiesplittelse liten vekt og lot uforholdsmessig avhenge av barnets belastninger, som ikke ble ansett for å være uvanlig store. EMD ser derimot ut til å legge stor vekt på at utvisning medførte en familiesplittelse, og kom til at vedtaket var i strid med EMK art. 8. Ulikhetene i resultatene er trolig også begrunnet i at domstolene stilte ulikt krav til belastningene i denne saken, se punkt 8.9.

8.4 Om kravet til barnets belastninger i Høyesterett og EMD når utvisningen er tidsbegrenset til to eller fem år

I norske utvisningssaker vil som hovedregel innreiseforbud begrenses til to eller fem år når barn er involvert, se punkt 3.2.2. Etter EMD-praksis vil en familiesplittelse *i seg selv* kunne gjøre et varig utvisningsvedtak uforholdsmessig. Når utvisningen er tidsbegrenset av kortere varighet vil familiesplittelsen være et sentralt moment, men vil ikke alene medføre uforholdsmessighet, se 8.2.2. Barnets belastninger ved en utvisning vil ha betydning for forholdsmessigheten. For Høyesterett vil vekten av hensynet til barnet alene bero på hvilke belastninger en utvisning medfører for barnet.

Spørsmålet er hvilken vekt Høyesterett og EMD tillegger hensynet til barnets beste når utvisning er tidsbegrenset til to eller fem år. Jeg vil redegjøre for hvilke undermomenter av barnets beste som har betydning og hvilken vekt disse må ha for at et begrenset innreiseforbudet er uforholdsmessig i Høyesterett og EMDs praksis. Jeg har valgt å dele opp den videre framstillingen etter Høyesteretts og EMDs praksis. Når det gjelder EMD-praksisen vil jeg se på kravene til belastningene når EMD mener utvisningen medfører en familiesplittelse, se punkt 8.7, og når den ikke medfører dette, se punkt 8.8.

Høyesterett har oppstilt et krav om «*uvanlig store belastninger*» for at hensynet til barnet får avgjørende vekt når overtredelsen er meget alvorlig, se punkt 8.5.1. Et spørsmål er om denne vurderingsnormen er en egnet måte å vurdere forholdsmessigheten på eller om den i visse tilfeller kan gjøre at hensynet til barnet ikke tillegges tilstrekkelig vekt når utvisningen er tidsbegrenset, slik at utvisningen er i strid med EMK art.8. Dette spørsmålet vil jeg drøfte i punkt 8.9 og 8.10.

8.5 Høyesterett

8.5.1 Kravet om «uvanlig store belastninger»

I Polendommen i Rt.2000 s.591 ble utlendingen varig utvist etter daværende utl. § 30, 3.ledd for utuktig omgang med barn. Annenvoterende, som utgjorde flertallet, la til grunn at daværende utl. § 30, 3.ledd måtte tolkes slik;

«[A]t det ved meget alvorlig kriminalitet skal svært mye til før det kan bli tale om å anse en utvisning som et uforholdsmessig.»²⁶¹

Flertallet la til grunn at sedelighetsforbrytelsene var «*meget alvorlige*», og oppstilte et krav om «*uvanlig store belastninger*» for at utvisningen skulle fremstå som et uforholdsmessig tiltak.²⁶² Flertallet uttaler at en slik forståelse av bestemmelsen som en «*snever unntaksregel er vel forenlig med EMDs (...) praksis etter EMK art. 8 nr. 2.*»²⁶³

I EØS-dommen i Rt.2009 s.705 var utvisningsgrunnen straff på 2 år og seks måneder ubetinget fengsel for narkotikaforbrytelser. Høyesterett karakteriserer overtredelsene som «*meget alvorlige*», og la til grunn samme vurderingstema som i Polendommen om «*uvanlig store belastninger*».²⁶⁴

Ved meget alvorlige overtredelser av utlendingsloven er også kravet om «*uvanlig store belastninger*» lagt til grunn. I Nunez hadde utlendingen reist inn til Norge i strid med et tidligere innreiseforbud, hun hadde oppgitt uriktige og villedende opplysninger om sin identitet, sitt tidligere opphold i riket og tidligere ilagt straff. Videre hadde hun oppholdt seg ulovlig og arbeidet ulovlig i 12 år i Norge.

Førstvoterende, som utgjorde flertallet, la til grunn at forholdene var «*meget alvorlige*».²⁶⁵ Når det gjaldt vekten av hensynet til barnets beste, viser førstvoterende til

²⁶¹ Rt 2000 501 s.600

²⁶² Rt 2000 591 s.600 og 601

²⁶³ Ibid

²⁶⁴ Rt 2009 705 pkt.63 og 64

²⁶⁵ Rt 2009 534 pkt.51

at det er «*grunnleggende, men ikke nødvendigvis avgjørende.*»²⁶⁶ Flertallet viser til tidligere rettspraksis om kravet til uvanlig store belastninger. I tråd med det syn førstvoterende hadde på forholdets alvor legges det til grunn at dette vurderingstema også må gjelde i denne saken.²⁶⁷ Førstvoterende i Nunez fremhever at dette vurderingstema er forenlig med EMK art.8 n.2.²⁶⁸

Annenvoterende i Nunez, som utgjorde mindretallet på to dommere, mente derimot at overtreddelsene var «*alvorlig*» og at de «*vanskelig*» kunne sidestilles med meget alvorlig kriminalitet.²⁶⁹ Når de gjelder vekten av barnets beste, forankrer annenvoterende dette i BK art.3. Annenvoterende viser til den nye utlendingsloven hvor hensynet til barnets beste fremgår uttrykkelig. I relasjon til om uforholdmessighet i denne saken ville utgjøre et avvik fra tidligere forvaltningspraksis, uttaler annenvoterende;

*«Skulle det være tale om et avvik, vil det være et resultat av en økt vektlegging av barnas behov - etter mitt skjønn i tråd med de anvisninger som ble gitt i forbindelse med vedtakelsen av den nye utlendingsloven.»*²⁷⁰

Selv om det ikke sies eksplisitt, virker det som annenvoterende tar endringen i utlendingsloven til inntekt for en økt vektlegging av hensynet til barna.²⁷¹ Flertallet og mindretallet i Nunez avgjørelsen er dermed uenig om rubriseringen av forholdets alvor og vektingen av hensynet til barna.

I Kurderdommen i Rt.2010 s.1430 hadde utlendingen oppholdt seg og arbeidet uten tillatelse i seks år. Høyesterett beteg det som et «*særs alvorlege tilhøve*», og la til grunn kravt om «*uvanlig store belastninger*».²⁷²

²⁶⁶ Ibid pkt.61

²⁶⁷ Ibid pkt.65

²⁶⁸ Ibid pkt.66 og 67

²⁶⁹ Ibid pkt.86

²⁷⁰ Ibid pkt.91

²⁷¹ Sjøvig (2011) s.288 tolker annenvoterende på denne måten

²⁷² Rt 2010 1430 pkt.80 og 90. Et enstemmig Høyesterett la til grunn at barnets belastninger ved at faren ikke kunne komme på *besøk* i utvisningsperiode måtte vurdere, og ikke barnets belastninger ved at faren ikke kunne *bo* i Norge, se pkt.90 og 91. I Rt 2011 948 pkt.40-44 la et enstemmig Høyesterett til grunn at dette var et feil vurderingstema. Forholdsmessigheten skulle vurderes ut fra barnets belastninger ved at forelderen ikke vil kunne *bo* i Norge. Dette synspunktet er også implisitt lagt til

I EØS-dommen presiserte Høyesterett hvilke belastninger en utvisning måtte medføre for *barna* for at utvisningsvedtaket skulle fremstå som uforholdsmessig;

*«Ved denne samlede vurdering vil de uheldige virkninger vedtaket får for barna ha relevans, selv om virkningene ikke atskiller seg fra det som normalt vil måtte forventes. Skal hensynet til konsekvensene for barna alene kunne være avgjørende for at vedtaket anses uforholdsmessig, kreves det at konsekvensene for dem skal være uvanlig tyngende.»*²⁷³

Som hovedregel vil ikke hensynet til utlendingen eller partner i særlig stor grad tale mot utvisning. I praksis vil dermed virkningene for barna *alene* være det avgjørende, slik at barnet må utsettes for uvanlig store belastninger for å fastslå uforholdsmessighet.

Gjennomgangen viser at ved meget alvorlig overtredelser av straffeloven og utlendingsloven må barna utsettes for «*uvanlig store belastninger*» for at hensynet til barna alene skal medføre uforholdsmessighet. Dette er en snever unntaksregel.

Spørsmålet er hva som kreves av belastningene for at disse karakteriseres som «*uvanlig store*», slik at hensynet til barnet gis fortrinn. I Polendommen kom Høyesterett under dissens 3-2 til at en varig utvisning var forholdsmessig overfor utlendingens to barn på fire og seks år. Selv om innreiseforbudet var varig, vil interesseavveiningen si noe om vekten av hensynet til barnet for de sakene der utvisningen er tidsbegrenset. Når varig utvisning er forholdsmessig, vil også en tidsbegrenset være det. Flertallet trakk fram at;

*«[D]et normale vil være at en utvisning griper inn i et etablert familieliv på en belastende måte, i særdeleshet når man må legge til grunn at familien blir atskilt ved utvisningen.»*²⁷⁴

grunn i tidligere praksis jf. Rt 2000 s.591, Rt 2005 229 og Rt 2009 534. Ettersom avgjørelsen gir begrenset veiledning for vekten av hensynet til barnet vil ikke gå nærmere inn på den

²⁷³ Rt 2009 705 pkt.65

²⁷⁴ Rt 2000 591 s.600

Denne uttalelsen tyder på at Høyesterett mener at normalsituasjonen er at en utvisning vil være belastende for barnet. Det må kreves noe mer enn slike normalbelastninger. Når Høyesterett tar utgangspunkt i normalsituasjonen, vil barnet bli sammenlignet med andre barn med utviste foreldre. Ved den konkrete vurderer av virkningen for barna uttaler annenvoterende;

*«Det er opplyst at (...) [barnet] reagerte med psykiske problemer på atskillelsen fra faren da han måtte sone fengselsstraffen. Bevisførselen i saken gir imidlertid ikke sikre holdepunkter for at dette var virkelig alvorlige problemer.»*²⁷⁵

Annenvoterende trekker fram barnets tidligere reaksjoner på en adskillelse. Disse problemene vil trolig gi uttrykk for hvordan barnet vil takle en ny adskillelse fra faren. Det kan tyde på at barnets omsorgsbehov kan få avgjørende vekt i forholdsmessighetsvurderingen.

Flertallet legger imidlertid til grunn at bevisførselen ikke gir sikre holdepunkter for at det var *«virkelig alvorlige problemer»*. For at slike psykiske problemer skal få avgjørende betydning må de tilsynelatende være svært alvorlige.

Annenvoterende konkluderer med at;

*[J]eg legge[r] til grunn at en utvisning vil innebære en betydelig belastning for (...) barna. Men veiet opp mot de alvorlige forbrytelse[ne] (...), og som skal tillegges en særlig betydning (...), finner jeg ikke at utvisningen representerer et uforholdsmessig tiltak. .»*²⁷⁶

At utvisningen ville innebære *«betydelig belastninger»* var ikke nok for å fastslå uforholdsmessighet. Flertallet gir ikke en eksplisitt begrunnelse for hvorfor disse belastningene var betydelige, utover at det ene barnet hadde fått psykiske problemer. Ut fra faktum vet man at moren hadde lidd av depresjoner de senere år og at barna ville bli varig adskilt fra faren. Dette var trolig forhold som tilsa at utvisningen ville være svært

²⁷⁵ Ibid s.601

²⁷⁶ Ibid s.602

belastende. Når ikke betydelige belastninger er tilstrekkelig for uforholdmessighet, må det kreves noe eksepsjonelt.

Høyesterett kom som nevnt i Nunez til dissens 3-2 til at vedtaket om utvisning av en mor i to år var forholdmessig overfor hennes to barn på seks og fem år. Om faktum i saken, se punkt 8.7.1. Førstvoterende, som utgjorde flertallet, la ikke vekt på usikkerheten rundt varigheten av innreiseforbudet, se punkt 7.3.3. Førstvoterende vurderte barnas belastningene i lys av det begrensede innreiseforbudet på to år.²⁷⁷ Trolig ble tidsbegrensningen tillagt vekt i forholdsmessighetsvurderingen, se punkt 7.3.3.

Førstvoterende trekker inn at barna ikke er sterke knyttet til deres mor enn deres far.²⁷⁸ Dette kan tolkes som at barnets tilknytning til den utviste forelderen har betydning for forholdsmessighetsvurderingen. Barnets følelsesmessige tilknytning får imidlertid ikke avgjørende vekten. Moren hadde tidligere vært barnas hovedomsorgsperson. Å adskilles fra en tidligere hovedomsorgsperson vil trolig ansees som en normalkonsekvens i forhold til andre barn i utvisningssaker.

Barnas omsorgssituasjon virker derimot å ha avgjørende betydning for vekten av hensynet til barna. Førstvoterende legger;

«[T]il grunn at barnas omsorgssituasjon vil være tilfredsstillende (...). I hvert fall vil den ikke fravike det som er normalt når en av foreldrene utvises fra riket. (...) Dersom [fars omsorgsevne vil bli redusert], vil det kunne dispenseres fra innreiseforbudet.»²⁷⁹

Uttalelsen kan tyde på at en redusert omsorgsevne hos den gjenværende forelderen vil kunne være en uvanlig stor belastning for barna. En svekket omsorgssituasjon vil derfor kunne være et avgjørende moment for at hensynet til barnets beste må gis forrang. At omsorgssituasjonen reduseres noe er imidlertid ikke tilstrekkelig. Den må fravike det som er normalt i lignende saker. Når omsorgssituasjonen var tilfredsstillende ved en

²⁷⁷ Rt 2009 534 pkt.69

²⁷⁸ Ibid pkt.72

²⁷⁹ Ibid pkt.73

utvisning i Nunez, var dette trolig et avgjørende moment for at førstvoterende kom til at utvisningen var forholdsmessig.

I vurderingen av barnas omsorgssituasjon redegjør førstvoterende for farens omsorgsevne og barnas mulighet for kontakt med moren;

«[Det er] ikke grunnlag for å anta at det ikke skulle være mulig å opprettholde kontakt mellom barna og [moren] i utvisningsperioden».²⁸⁰

Førstvoterende viser til at faren vil tilrettelegge for samværet i barnas ferier. Det er usikkert hvilken betydning muligheten for kontakt hadde for at omsorgssituasjonen var tilfredsstillende. Det er grunn til å tro at barna vil få oppfylt sine fysiske omsorgsbehov, som for eksempel daglig stell og mat, selv om barna ikke har samvær med mor. Men i omsorgsdefinisjonen inngår trolig også barnets behov for kjærlighet, respons og anerkjennelse. Å ha kontakt med mor vil derfor kunne være viktig for å kunne oppfylle barnas psykiske omsorgsbehov. Det kan derfor være grunn til å tro at barna mulighet for kontakt tillegges noe vekt i vurderingen av om omsorgssituasjonen er tilfredsstillende.

Førstvoterende legger til grunn at det er ingenting i saken som tyder på at barna har «særlig behov for omsorg» og at det i liten grad har vært bevisføring om hvordan utvisningen har «påvirket» barna. Når barnas omsorgsbehov og virkningene av utvisningen trekkes fram, kan det tyde på at barnets egne belastninger kan gjøre en utvisning uforholdsmessig selv om omsorgssituasjonen er tilfredsstillende.

Førstvoterende legger til grunn at selv om utvisningen har vært en «belastning» for barna, finner han den «ikke(...) større enn det som er vanlig».²⁸¹ Barnas egne belastninger får da ikke avgjørende betydning i saken. Uttalelsen gir grunn til å tro at barnets egne belastninger må være uvanlig store for at disse kan få avgjørende vekt når omsorgssituasjonen er tilfredsstillende.

²⁸⁰ Ibid pkt.71

²⁸¹ Rt 2009 534 pkt.74

Hva som er uvanlig store belastninger for barnet selv fremgår ikke av førstvoterendes uttalelser. Annenvoterende trekker fram barnas mangeårige stress og tidligere oppbrudd, se punkt 7.3.1, noe førstvoterende også må ha hatt informasjon. Førstvoterende mener da implisitt at tidligere stress og oppbrudd ikke er større belastninger enn det som er normalt.

I vurderingen av hensynet til barnets beste legger førstvoterende ingen vekt på den lange saksbehandlingstiden, se punkt 7.3.4.

Førstvoterende kom til at man i denne saken står overfor en «*normalsituasjon*».²⁸² Dette tyder på at førstvoterende mener at barnets belastninger klart var innenfor det som er forholdsmessig.

I EØS-dommen kom et samlet Høyesterett til at et femårig utvisningsvedtak var forholdsmessig overfor utlendingens 12-årige datter. Høyesterett la til grunn at datteren var «*sterk knyttet*» til faren, at hun hadde «*lidd*» av farens tidligere fravær og farens tilstedeværelse var positiv for datteren. Barnets tilknytning til faren og barnets omsorgsbehov hadde dermed betydning for hensynet til barnet.

Førstvoterende la videre til grunn at datteren ville kunne holde kontakt med faren i utvisningsperioden og at hun ville bli boende med sin mor i Norge. Førstvoterende konkluderte med at;

«Jeg kan likevel ikke se at situasjonen for datteren atskiller seg fra en normalsituasjon på en slik måte at vedtaket kan anses uforholdsmessig i forhold til henne. Også ved denne forholdsmessighetsvurderingen må det hensyntas at utvisningsvedtakets grunnlag er gjentatt alvorlig narkotikaforbrytelse.»

Når førstvoterende sier at situasjonen ikke adskiller seg fra en normalsituasjon på «*en slik måte*», kan det forstås som at førstvoterende legger til grunn at en utvisning vil være noe mer belastende enn det som er normalt. At barnet hadde lidd tidligere og var

²⁸² Ibid pkt.77

sterkt knyttet til faren var ikke tilstrekkelig for å fastslå uforholdmessighet ved slike alvorlige overtredelser.

8.5.2 Mindre krav til belastningene

I Pakistanerdommen i Rt.2005 s.229 kom et enstemmig Høyesterett til at en utvisning med et to-årig innreiseforbud var uforholdmessig etter daværende utl. § 29, 2.ledd. Utlendingen hadde kone og fire barn i Norge. Høyesterett viste til vurderingstema oppstilt i Polendommen om «*uvanlig store belastninger*» etter daværende utl. § 30, 3.ledd. Høyesterett uttaler seg ikke eksplisitt om kravet til uvanlig store belastninger gjelder i denne saken, men uttaler;

*«Når en utlending har begått meget alvorlig kriminalitet, vil utvisning bare være uforholdsmessig når den fører til uvanlig store belastninger. At den kriminelle handling som danner grunnlag for utvisningsvedtaket, ikke har samme meget alvorlige karakter [som tidligere saker hvor Høyesterett har prøvet forholdsmessighetsvurderingen], vil få betydning for forholdsmessighetsvurderingen. Jo alvorligere de straffbare forhold er, jo sterkere tilknytningshensyn må til for å hindre utvisning.»*²⁸³

Dette kan også forstås som at jo mindre alvorlige overtredelser, jo mindre belastninger må en utvisning medføre for barnet for å fastslå uforholdsmessighet.

Utvisningsgrunnen i Pakistanerdommen var medvirkning til dokumentfalsk og legemsfornærmelse under særdeles skjerpene omstendigheter. Overtredelsene ble rubrisert som «*alvorlig kriminalitet*».²⁸⁴ Utlendingen hadde også arbeidet fire år uten arbeidstillatelse. Dette forholdet måtte også trekkes inn, men ble ikke tillagt særlig vekt.²⁸⁵ Når overtredelsen ikke er like alvorlig i denne saken som i tidligere saker, og det kreves mindre av tilknytningshensyn, er det grunn til å anta at Høyesterett ikke krever at barna må utsettes for uvanlig store belastninger.

²⁸³ Rt 2005 229 pkt.36

²⁸⁴ Ibid pkt.45

²⁸⁵ Ibid

Det legges til grunn at prinsippet om barnets beste etter BK art. 3 nr. 1 må trekkes inn i vurderingen. Høyesterett legger til grunn at det ikke er realistisk for familien å følge med til Pakistan. I vurderingen av forholdsmessighet for barna, trakk Høyesterett frem at faren var en «*viktig omsorgsperson for barna*». Det anses som;

«[Å]penbart at en utvisning av [far] ikke vil være til «*barnas beste*» (...).»²⁸⁶

For Høyesterett er det relevant å vurdere tilknytningstyrken mellom barna og faren. Det var helt klart for Høyesterett at en utvisning i dette tilfellet ikke ville være til det beste for barna. Dette var ikke tilstrekkelig for å fastslå uforholdsmessighet. At en adskillelse fra en viktig omsorgsperson ikke var inngripende nok for å fastslå uforholdsmessighet understrekes også ved uttalelsen om at;

«*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.*»²⁸⁷

Følelsesmessige belastninger og psykiske problemer anses dermed som normalbelastninger ved en utvisning. I saken hadde det «*særlig betydning*» at barna hadde vært adskilt fra begge foreldrene ved to tidligere anledninger, se punkt 7.3.1. Barnas reaksjoner på de tidligere adskillelsene ville forsterke seg ved en ny adskillelse. Barnas omsorgsbehov var dermed et sentralt moment for uforholdsmessighet.

Sentralt i denne saken var også at det forelå en «*betydelig risiko*» for at moren ikke kunne ivareta barnas omsorgsbehov. Høyesterett kan muligens forstås som at barnas egne belastninger til en viss grad kan oppveies av den gjenværendes forelderens omsorgsevne, se punkt 7.3.1. Det kan tyde på at den betydelig svekket omsorgssituasjonen fikk avgjørende betydning for at hensynet til barnet fikk fortrinn i denne saken.

²⁸⁶ Ibid pkt.50

²⁸⁷ Ibid pkt.52

Høyesterett uttaler likevel at interesseavveiningen var «*særdeles vanskelig*», og kom «*under tvil*» til at belastningene var «*så store*» for barna at vedtaket var uforholdsmessig. I denne vurderingen la Høyesterett også «*noe vekt på*» at de straffbare forhold synes å ha vært et situasjonsbetinget, og at utlendingen synes å fungere godt i det norske samfunnet.

At Høyesterett legger noe vekt på at dette var et engangstilfelle og utlendingens integrasjon, kan forstås som at det kan kreves en noe større belastning for barna i saker hvor disse forholdene ikke foreligger. Muligens kreves det noe større belastninger for barna selv. Når selv en så inngripende utvisning gjør Høyesterett tvilende, tyder det på en snever unntaksregel for at hensynet til barna får avgjørende vekt ved alvorlig kriminalitet.

At utvisningen var tidsbegrenset i to år endret ikke Høyesteretts konklusjon om uforholdsmessighet i lys av «*familiens situasjon*» og «*barnas alder*».²⁸⁸ Med «*familiens situasjon*» henviser antagelig Høyesterett til barnas spesielle omsorgsbehov og morens antatte manglende omsorgsevne. Når barna ville få en betydelig svekket omsorgssituasjon ville selv en kortvarig adskillelse ramme barna for hardt. Barna var fire, åtte og ni år i denne saken. Trolig mener Høyesterett at barnas unge alder gjorde de såpass sårbare at selv en begrenset utvisning ville ramme barna hardt. Det tyder på at en tidsbegrensning tillegges liten vekt når barna vil få en svekket omsorgssituasjon og når barna er unge.

Det ville trolig være enda mer tvilsomt om Høyesterett hadde fastslått uforholdsmessighet i denne saken hvis utlendingen hadde begått meget alvorlige overtredelser. Muligens kan dommen forstås som at en dårlig omsorgssituasjon ikke ville vært tilstrekkelig, slik at barnas omsorgsbehov måtte ha vært enda større enn i denne saken.

²⁸⁸ Ibid pkt.55

8.5.3 Oppsummering og konklusjon

Hensynet til barnets beste vil som hovedregel være det sentrale mothensynet mot utvisning. Høyesterett tar utgangspunkt i forholdets alvor for å avgjøre hvor store belastninger utvisning må medføre for å fastslå uforholdsmessighet. Ved meget alvorlige overtredelser må barna utsettes for «*uvanlig store belastninger*», mens det ved alvorlig kriminalitet er et noe mindre krav til belastningene. I begge tilfellene er den en snever unntaksregel for at hensynet for forrang.

I rettspraksis opereres det med en normalstandard i forhold til andre barn i samme situasjon. Det tas utgangspunkt i at en utvisning er belastende for barnet, og det må noe mer til enn slike normalbelastninger. Frem til nå er det ingen høyesterettsavgjørelse hvor det er blitt ansett å foreligge uvanlig store belastninger. Det gjør det ufordrende å si når dette vil anses å foreligge. Ut fra rettspraksis er det likevel mulig å oppstille noen momenter av betydning.

I vurderingen av barnas belastninger, ses det hen til den totale belastningen ved en utvisning. Barnets følelsemessige tilknytning til den utviste er av betydning, men vil ikke i seg selv kunne gjøre en utvisning uforholdsmessig.

Barnets egne belastninger, omsorgsbehov og omsorgssituasjonen ved en utvisning er sentrale momenter i vurderingen. Hvis barnets omsorgssituasjon er tilfredsstillende tillegges dette avgjørende vekt. En tilfredsstillende omsorgssituasjon vil derfor lang på vei kunne oppveie for barnets egne belastninger og omsorgsbehov. Rettspraksis antyder likevel at når barnets egne belastninger er uvanlig store, vil disse måtte få avgjørende betydning.

Medfører utvisningen både egne belastninger for barna og en lite tilfredsstillende omsorg, vil dette sammen kunne gjøre den samlede belastningen for stor. Hvilke krav det stilles til belastningene vil variere etter forholdets alvor. Hvis barnets egne belastninger ikke er store nok, virker ikke en dårlig omsorgssituasjon å kunne være et avgjørende moment for uforholdsmessighet når overtredelsen er meget alvorlig.

Lang saksbehandlingstid og usikkerheten rundt varigheten av et innreiseforbud tillegges ikke vekt i vurderingen av barnets belastninger. Tidsbegrensning av innreiseforbudet vil kunne tillegges liten vekt når barnet er unge og omsorgssituasjonen ikke er tilfredsstillende.

Høyesterett legger gjennomgående til grunn at vurderingstema om uvanlig store belastninger er i samsvar med EMK art.8. I det videre vil jeg forsøke å redegjøre for om et slike belastningskrav kan komme i strid med EMK art.8.

8.6 EMD

8.7 Belastningskravet når utvisning medfører en familiesplittelse

I det videre vil jeg identifisere hvilken vekt EMD tillegges hensynet til barnets beste når utvisning er tidsbegrensning til to eller fem år, utvisningen vil medføre en familiesplittelse, se punkt 7.2.2, og det er en kvalifisert tilknytning mellom barnet og den utviste forelderen.²⁸⁹ Med tidsbegrensning mener jeg de tilfeller hvor tidsbegrensningen er reell, se punkt 7.3.3. Spørsmålet er hva som kreves av barnas belastninger for at hensynet til barnets beste gjør utvisningen uforholdsmessig i slike saker.

Det er tre EMD-avgjørelser hvor utvisningen var av kortere tidsbegrensning og EMD kom til at utvisningen ville medføre vesentlige vanskeligheter for barnet å følge med til utvisningslandet. Dette er *Keles*, *Mbengeh*, og *Nunez*.²⁹⁰ Jeg vil analysere denne praksisen med sikte på å kartlegge hvilken vekt hensynet til barnet skal tillegges i det typetilfelle. Jeg vil redegjøre for hvilke undermomenter av barnets beste som hadde betydning og hvilken vekt disse må ha for at en utvisning er uforholdsmessig. Et spørsmål er hvor EMDs belastningsterskelen ligger for at hensynet til barnet skal få avgjørende vekt.

²⁸⁹ Med «kvalifisert tilknytning» mener jeg normal følelsesmessig tilknytning

²⁹⁰ *Keles* mot Nederland, *Mbengeh* mot Finland og *Nunez* mot Norge

EMD vil alltid vurdere forholdsmessigheten av et inngrep konkret i den enkelte sak. Hvor store krav det stilles til barnets belastninger vil henge sammen med forholdets alvor. Det vil ikke være mulig å gi en fullt oversikt over hvilket belastningskravet EMD vil oppstille ut fra forskjellig typer overtredelser. Til det er det for lite rettskildemateriale. Jeg vil likevel forsøke å systematisere praksis ved å trekke noen sammenligninger fra saker hvor utvisningen er tidsbegrenset, det vil skje en familiesplittelse og det er en kvalifisert tilknytningsstyrke.

I punkt 8.7.1 vil jeg kort oppsummere saksforholdene i avgjørelsene. Det er noen sentrale forskjeller på *Nunez* og de to andre avgjørelsene, *Keles* og *Mbengeh*. Utvisningsgrunnlaget i *Nunez* var brudd på utlendingsloven, mens *Keles* og *Mbengeh* gjaldt brudd på straffeloven. I avgjørelsene oppstilte EMD ulike vurderingsterskler. Disse forskjellene vil jeg fremheve i punkt 8.7.2 og 8.7.3. I punkt 8.7.4 vil jeg analysere dommene.

8.7.1 Kort om saksforholdene i *Keles*, *Mbengeh* og *Nunez*

Keles var tyrker og dømt for åtte overtredelser, hvorav fire trafikkovertrædelser. EMD viste til at selv om det var knyttet fare til slike overtredelser, la de vekt på at hans to fengselsstraffer ikke var på mer enn fem og seks måneder.²⁹¹ EMD trakk frem at utlendingen ikke hadde tilstrekkelig påvist at han hadde løst de problemene som førte til disse overtredelsene.²⁹² EMD la til grunn at de fire barn mellom seks og tretten år ville møte «*major difficulties*» ved å etablere seg i Tyrkia.²⁹³ EMD kom til at en varig utvisning var i strid med EMK art.8, men at en utvisning i seg selv var mulig.²⁹⁴ EMD gir ingen begrunnelse hvorfor tidsbegrensningen var forholdsmessig overfor barna.

Mbengeh var dømt til fire års fengsel for omsetning av heroin.²⁹⁵ EMD legger til grunn at disse narkotikaforbrytelsene var på den mer alvorlige enden av skalaen av kriminelle handlinger. *Mbengehs* kone og sønn på ti år kunne ikke forventes å følge med til

²⁹¹ *Keles* mot Tysland pkt.59

²⁹² *Ibid* pkt.60

²⁹³ *Ibid* pkt.64

²⁹⁴ *Ibid* pkt.66

²⁹⁵ *Mbengeh* mot Finland

Gambia. EMD la til grunn at selv om utvisningen ville være opprivende for sønnen, ville det være mulig å holde kontakt i utvisningsperioden. EMD avviste klagen under henvisning til at det fem-årig innreiseforbudet var forholdsmessig.

Nunez kom til Norge som turist i 1996.²⁹⁶ Hun ble tatt for tyveri, ble ilagt et forelegg og fikk et utvisningsvedtak med et toårig innreiseforbud. Fire måneder etter at *Nunez* hadde reist ut av Norge, returnerte hun til Norge med falskt pass. Hun informerte ikke om sine tidligere aktiviteter i Norge. Hun giftet seg og fikk oppholdstillatelse. De skilte lag, og hun etablerte et nytt familieliv med en partner. De fikk to døtre sammen, født 2002 og 2003. Samlivet ble brutt, og foreldrene var uenig om barnefordeling. Oslo tingrett avgjorde at faren skulle ha foreldreansvaret alene, mens *Nunez* fikk utvidet samværsrett. *Nunez* hadde vært barnas hovedomsorgsperson fra fødselen av og fram til barna flyttet til faren. *Nunez* ble ilagt et innreiseforbud på to år.

EMD la til grunn at utvisning bare ville være uforenlig med EMK art.8 ved «*exceptional circumstances*».²⁹⁷ EMD la til grunn at overtredelsene veide tungt for utvisning. EMD kom likevel under dissens 5-2 til at den norske stat ikke hadde lagt tilstrekkelig vekt på hensynet til barnets beste. Utvisningen utgjorde en krenkelse av EMK art.8. Flertallet seg i to fraksjoner.

8.7.2 Ulike vurderingsterskler

EMD tar ikke utgangspunkt i forholdets alvor for å oppstille en belastningsterskel for når hensynet til barnets beste skal gis avgjørende vekt, slik Høyesterett gjør, se punkt 8.5.1. EMD anvender Boultif-momentene, se punkt 4.3, og veier disse momentene opp mot hverandre. I avgjørelsene *Keles* og *Mbengeh* tok EMD utgangspunkt i disse Boultif-momentene.

²⁹⁶ *Nunez mot Norge*

²⁹⁷ *Ibid* pkt.70

Unntaksvis vil en utvisning bare være uforholdsmessig når det foreligger «*exceptional circumstances*». ²⁹⁸ Et slikt vurderingstema oppstilles når;

«*[F]amily life was created at a time when the persons involved were aware that the immigration status of one of them was such that the persistence of that family life within the host State would from the outset be precarious*». ²⁹⁹

Bare ved eksepsjonelle omstendigheter vil en utvisning være i strid med EMK art.8 når partene ikke har en berettiget forventning om å videreføre familieliv i vertslandet. ³⁰⁰ Dette vil typisk være når en av partene ikke hadde lovlig opphold i vertslandet. Ordlyden tilsier en snever unntaksregel for at hensynet til barnet tillegges avgjørende vekt. EMD har tilkjent statene en vid skjønnsmargin i slike saker, se punkt 5.2.

I *Nunez* hadde utlendingen aldri hatt en berettiget forventning om å kunne videreføre familieliv i vertslandet. ³⁰¹ Hun hadde reist inn i landet ulovlig, og hadde etablert familielivet under ulovlig opphold. EMD oppstilte kravet om eksepsjonelle omstendigheter.

8.7.3 I hvilken grad kan alvorlige brudd på utlendingsloven og straffeloven sidestilles?

Hvor alvorlig overtredelsen karakteriseres vil ha betydning for hvor store belastninger utvisningen må medføre for barnet for at hensynet til barnet får fortrinn. *Nunez* ble

²⁹⁸ Se blant annet *Rodrigues Da Silva og Hoogkamer* mot Nederland pkt.39, *Nunez* mot Norge pkt.70, *Darren Omoregie* mot Norge pkt.57 og *Antwi* mot Norge pkt.89

²⁹⁹ Ibid

³⁰⁰ Kravet om «*eksepsjonelle omstendigheter*» vil ikke oppstilles i alle tilfeller hvor utlendingen ikke hadde en berettiget forventning om familieliv. I *Onur* mot Storbritannia og *Yesufa* mot Storbritannia etablerte utlendingene familieliv etter den kriminelle handlingen. De hadde dermed ikke en forventning om familieliv, se *Onur* pkt.59. EMD oppstilte likevel ikke en slik snever unntaksregel i disse sakene, men tok i bruk Boultif-momentene. I *Üner* mot Nederland slo EMD fast at retten til «*privatliv*» etter EMK art.8 omfatter alle sosiale bånd mellom utlendingen og vertslandet, uavhengig av om utlendingen har et familieliv, se pkt.59. EMD kom da til at Boultif-momentene vil være relevante for alle «*etablerte migranter*» som har begått kriminalitet, se pkt.60. I *Onur* og *Yesufa* ankom utlendingene vertslandet som barn og de hadde da en selvstendig tilknytning til vertslandet. Utvisningen utgjorde da et inngrep i deres rett til privatliv etter EMK art.8. At det ikke er en forventning om familieliv kan imidlertid medføre at hensynet til familien tillegges mindre vekt i proporsjonalitetsvurderingen

³⁰¹ *Nunez* mot Norge pkt.74 og 75

utvist for alvorlige brudd på utlendingsloven, mens i *Keles* og *Mbengeh* var utvisningsgrunnen brudd på straffeloven. Spørsmålet er om belastningsterskelen i saker som gjelder meget alvorlige brudd på utlendingsloven vil kunne gi veiledning for belastningsterskelen i saker som gjelder alvorlig og meget alvorlige brudd på straffeloven. Dette vil avhenge av om meget alvorlige brudd på utlendingsloven anses som like alvorlig som slike brudd på straffeloven.

I EMD-avgjørelse *Nunez* og *Antwi* anførte utlendingene at det ikke var begått kriminalitet og at overtredelser av utlendingsloven var mindre alvorlig enn brudd på straffeloven.³⁰² EMD svarte med at;

*«[T]he possibility for the authorities to react with expulsion would constitute an important means of general deterrence against gross or repeated violations of the Immigration Act».*³⁰³

EMD er inneforstått med at utvisning på bakgrunn av brudd på utlendingsloven er et viktig preventivt virkemiddel. I *Antwi* la EMD til grunn at ulovlig opphold, falsk pass og uriktig identitet var alvorlige overtredelser, og at dette veide tungt.³⁰⁴ I *Nunez* var EMDs flertall enig med Høyesteretts flertalls vurdering om at overtredelsene var meget alvorlige, se punkt 8.9.³⁰⁵ Forholdets alvor veide tungt.³⁰⁶

EMD ser rasjonaliteten bak å foreta utvisning for brudd på utlendingsloven. Slike brudd har også blitt karakterisert som alvorlig, og skal veie tungt. Disse dommene og annen EMD-praksis reflektert imidlertid ikke forskjell mellom brudd på utlendingsloven og straffeloven. Det kan derfor utfordrende å fastsette om EMD mener at meget alvorlige brudd på utlendingsloven generelt er mindre alvorlig enn brudd på straffeloven, slik at belastningsterskelen vil være annerledes ut i de to typetilfellene.

³⁰² *Nunez* mot Norge pkt.58 og *Antwi* mot Norge pkt.63

³⁰³ *Ibid* pkt.71 og *Ibid* pkt.90

³⁰⁴ I *Antwi* mot Norge var EMDs flertall enig med lagmannsrettens vurdering av forholdets alvor, se pkt.90. Et samlet lagmannsrett i LB-2008-84594 la til grunn at overtredelsen var alvorlige

³⁰⁵ *Nunez* mot Norge pkt.72.

³⁰⁶ *Ibid* pkt.73

Hvor stor veiledning belastningsterskelen kan gi, vil bero på hvor nært opp den kriminelle overtredelsen i en sak ligger opp til meget alvorlige brudd på utlendingsloven. Det vil være naturlig å anta at voldtekt er en mer alvorlig overtredelse enn for eksempel ulovlig opphold. Slike brudd på straffeloven veier trolig tyngre i forholdsmessighetsvurderingen, og det vil kreves større belastninger av barnet.

De overnevnte EMD-dommene gir likevel grunn til å tro at EMD forstår hensikten med å foreta utvisning for brudd på utlendingsloven. Mange utlendinger vil kunne bryte utlendingsloven. Det er derfor viktig for statene å kunne reagere strengt på slike overtredelser av allmennpreventive hensyn. Innenfor utlendingsfeltet finnes det et bredt spenn av overtredelser, fra ulovlig opphold til å oppgi falsk identitet. Av hensyn til prevensjon er det grunn til å tro at i hvert fall meget alvorlige brudd på utlendingsloven vil betegnes som ganske alvorlig av EMD og vil kunne gi en viss veiledning for belastningskravet for saker som gjelder alvorlige brudd på straffeloven.

At det oppstilles ulike belastningsterskler i slike saker, se punkt 8.7.2, taler også for at alvorlige brudd på utlendingsloven kan gi en viss veiledning alvorlige brudd på straffeloven. I saker som gjelder brudd på utlendingsloven oppstiller EMD et krav om «*exceptional circumstances*», se punkt 8.7.2. En slikt strengt utgangspunkt oppstilles som hovedregel ikke i saker som gjelder brudd på straffeloven. Hvis bruddene på straffeloven betegnes som noe mer alvorlig enn overtredelsen av utlendingsloven, vil dette kanskje kunne sies å oppveies av at det stilles en høyere belastningsterskel ved brudd på utlendingsloven.

Det kan derfor være grunn til å tro at belastningsterskelen ved meget alvorlig på brudd utlendingsloven kan gi en viss veiledning for saker som gjelder alvorlig brudd på straffeloven, selv om det ikke kan sies med sikkerhet. Momentene for å vurdere belastningene ved meget alvorlige brudd på utlendingsloven vil gi veiledning for slike saker, men det kan være grunn til å tro at EMD vil kreve noe større belastningene.

Det vil være mer tvilsomt om belastningsterskelen ved meget alvorlig brudd på utlendingsloven vil kunne gi veiledning ved meget alvorlige overtredelser av straffeloven, slik som narkotikaforbrytelser eller voldtekt. Det kan være grunn til å tro

at EMD vil betrakte slike overtredelser som mye mer alvorlig enn meget alvorlige brudd på utlendingsloven. Belastningskravet vil trolig høyere, men momentene i belastningsvurderingen ved meget alvorlige brudd på utlendingsloven vil ha betydning for slike saker.

8.7.4 Analyse av dommene

I *Nunez* utgjorde en to-årig utvisning en krenkelse av EMK art.8. I *Keles* åpnet EMD for en tidsbegrenset utvisning, se punkt 8.7.1, uten å si noe om den konkrete lengden. Når utlendingen bodde med barna, er det grunn til å anta at EMD ikke ville akseptert et innreiseforbud på ti år, men heller et av kortere varighet, se punkt 8.2.2. I *Mbengeh* var en fem-årig i samsvar med EMK art. 8, selv om innreiseforbudet var tre år lengre enn i *Nunez*. Basert på disse dommene vil jeg forsøke å antyde når belastningene er så stor at barnet må få avgjørende vekt. Jeg vil prøve å peke på hvorfor EMD kom til uforholdmessighet i *Nunez*, men ikke i *Keles* og *Mbengeh*.

I avgjørelsene var det sentrale hensyn for og mot for å utvise utlendingen. Når det gjelder overtredelsene, hadde utlendingen i *Mbengeh* gjort seg skyldig i veldig alvorlige narkotikaforbrytelser og i *Keles* i flere mindre trafikkovertridelser. De kriminelle overtredelsene har en ganske ulik alvorlighetsgrad, og det vil ha betydning for belastningskravet. I *Nunez* var utvisningsgrunnen meget alvorlige overtredelser av utlendingsloven. Det er grunn til å tro at belastningsterskelen i saker som gjelder meget alvorlige brudd på utlendingsloven kan gi veiledning for saker som gjelder alvorlig brudd på straffeloven, se punkt 8.7.2. Når det gjelder meget alvorlig overtredelser, som i *Mbengeh*, er det grunn til at den kan gi en viss veiledning.

Muligens kan *Mbengeh* tolkes som at ved så alvorlige overtredelser, vil et tidsbegrenset innreiseforbud aldri være i strid med EMK art.8. Når dommen sees i sammenheng med *Nunez* kan det være grunn til å forstå den annerledes. *Nunez* var det en høyere belastningsterskel jf. «*exceptional circumstances*» og overtredelsene var ansett som meget alvorlig. Dette gir grunn til å tro at EMD vil kunne ha kommet til uforholdsmessighet i *Mbengeh* hvis det var spesielle forhold rundt barnet.

I alle tre dommene kom EMD til at det var en vesentlig hindring for familien å reetablere seg i utvisningslandet. For barna i *Keles* og *Mbengeh* ville vanskelighetene være store. I *Nunez* var det imidlertid rettslig umulig for barna å følge med moren da faren hadde fått foreldreansvaret alene ved dom. Det var derfor et sterkere hinder for reetablering av familieliv i *Nunez*.

Imidlertid virker ikke EMDs flertall i *Nunez* å legge særlig vekt på at det var rettslig umulig for barna å følge med. Realiteten i alle avgjørelsene vil være at EMD legger til grunn at barna ikke vil kunne forventes å følge med. Det er derfor vanskelig å se at dette forholdet var avgjørende for at EMD kom til ulikt resultat i *Nunez*.

Barna i avgjørelsene var også jevngamle. I *Nunez* var barna åtte og ni år, i *Keles* mellom seks og tretten år og i *Mbengeh* ti år.

Når det gjelder styrken av tilknytningen mellom barnet og den utviste forelderen, trekker EMDs flertall i *Nunez* fram at barna hadde en langvarig og nær følelsesmessige tilknytning til moren.³⁰⁷ I *Keles* og *Mbengeh* hadde barna bodd med faren hele livet frem til han måtte forlate landet. Av premissene i de to dommene fremgår det ikke den nærmere tilknytningsstyrken mellom barna og faren. Dette momentet kan ha hatt betydning for at EMD kom til ulikt resultat.

Barnas sårbarhet i *Nunez* skiller seg klart fra de to dommene. I *Nunez* ble barna ansett for å være «vulnerable».³⁰⁸ I *Keles* og *Mbengeh* fremgår ikke av premissene at EMD har vurdert barnas sårbarhet. Når det er mange momenter for og i mot i sakene, kan det tyde på at sårbarhet fikk avgjørende vekt i *Nunez*.

I punkt 8.7.4.1 og 8.7.4.2 vil se på hva som kreves av tilknytning og sårbarhet for at hensynet til barnet får avgjørende vekt. Jeg vil samtidig trekke inn Høyesteretts flertalls vurdringer av de samme momentene. I punkt 8.9 og 8.10 vil jeg drøfte om Høyesteretts praktisering av vurderingsnormen «*uvanlig store belastninger*» i visse tilfeller kommer i strid med EMK art.8.

³⁰⁷ *Nunez* mot Norge pkt.84

³⁰⁸ *Ibid* pkt.81

8.7.4.1 Barnas tilknytning

Et moment i forholdsmessighetsvurderingen var «*the children's long lasting and close bonds to their mother*». ³⁰⁹ I den konkrete vurderingen av barnas tilknytning til moren, viste EMD til at moren hadde vært barnas «*primary care person*» frem til faren fikk foreldreansvaret alene ved dom og barna flyttet til faren. ³¹⁰ EMD legger til grunn at moren var den viktigste personen i barnas liv ved siden av faren. ³¹¹

Spørsmålet er hvor stor vekt barnas tilknytning til moren ble tillagt i forholdsmessighetsvurderingen. Barnas sterke tilknytning trekkes fram som et av de avgjørende momentene for uforholdsmessighet i denne saken. ³¹² Det taler for at barnas følelsesmessige bånd til moren ble tillagt stor vekt.

At barnas tilknytning til moren var et sentralt moment i denne saken kan muligens underbygges av andre EMD-avgjørelser hvor tilknytningen ikke er like nær og langvarig, og hvor utvisningen har vært i samsvar med EMK art. 8. I utvisningssaker hvor det er ilagt en varig eller ti-årig utvisning og familien vil ha store vanskeligheter med å følge med til utvisningslandet, virker forholdsmessigheten å bero på barnets tilknytning til den utviste forelderens hvis det ikke er andre forhold rundt barnet, se punkt 8.2.2.

I *Keles* og *Mbengeh* kom EMD til at en begrenset utvisning av fedrene var forholdsmessig. Tilknytning mellom barnet og far er ikke beskrevet i faktum i dommene. Det er på det rene at barna bodde med fedrene sine. Det er grunn til å anta at barna og fedrene i hvert fall hadde en normaltilknytning, men det er vanskelig å vite om den var sterkere enn normalt.

³⁰⁹ Ibid pkt.84

³¹⁰ Ibid pkt.79

³¹¹ Ibid

³¹² Ibid pkt.84

Selv om det vil variere fra familie til familie, vil mor ofte være den som er mest aktiv i barneomsorgen.³¹³ Barnet vil oftest være sterkere knyttet til mor. På denne bakgrunn kan det være grunn til å anta at barna i *Nunez* hadde en noe sterkere følelsesmessig tilknytning til deres mor enn barna i *Keles* og *Mbengeh* hadde til deres fedre. Muligens var dette et forhold som gjorde at EMD kom til ulikt resultat. Dette kan muligens tyde på at forelderen må være eller ha vært barnets primæromsorgsperson for at tilknytningen skal tillegges like stor vekt som i *Nunez*.

Barnets sårbarhet hadde også betydning for interesseavveiningen i *Nunez*, slik at tilknytning i seg selv ikke kan ha vært avgjørende for uforholdmessighet, se punkt 8.7.4.2.

For Høyesteretts flertall i *Nunez* ble ikke barnas tilknytning til moren tillagt avgjørende vekt i forholdsmessighetsvurderingen, se punkt 8.5.1. Når Høyesterett oppstiller et krav om uvanlig store belastninger, vil ikke en adskilles fra en sentral omsorgssituasjon betraktes som en uvanlig stor belastning, men som en normalsituasjon. Det medfører at sterk tilknytning tillegges mindre vekt av Høyesterett enn EMD.

8.7.4.2 Barnas sårbarhet

Jeg vil her forsøke å identifisere hva som gjorde barna i *Nunez* sårbare i motsetning til barna i *Keles* og *Mbengeh*. Det er flere forhold som spiller inn i denne sårbarhetsvurderingen. For det første hadde barna

*«[E]xperienced stress, presumably due to the risk of their mother's being expelled as well as disruption in their care situation, first by their parents' being separated, then by being moved from their mother's home to that of their father.»*³¹⁴

Tidligere stress og oppbrudd i omsorgssituasjonen var et moment som tilsa at barna var sårbare. Risikoen for utvisning hadde vært overhengende i tre år. EMD sier ikke

³¹³ Pettersen (2004) peker på at resultater fra undersøkelser viser at mor bruker nesten dobbelt så mye tid per dag på aktiv barneomsorg sammenlignet med far. Dette gjelder bare norske forhold, men det er grunn til å tro at dette i like stor grad vil gjøre seg gjeldende i andre land

³¹⁴ *Nunez* mot Norge pkt.81

eksplisitt at stresset hadde vært langvarig. Men når EMD trekker fram at det var en «*risk*», må det sannsynligvis forstås og tolkes som at EMD legger vekt på at stresset hadde vært langvarig.

Spørsmålet er om EMD fortsatt kommet til at barna var sårbare, og gitt barnets beste fortrinn, hvis barna ikke hadde opplevd tidligere langvarige belastninger. I den avsluttende oppsummeringen viser EMDs flertall til at det «*notably*» ses hen til barnas tidligere stress og oppbrudd.³¹⁵ Andre momenter ble imidlertid også trukket særskilt fram, slik som barnas tilknytning, lang saksbehandlingstid og at barna var flyttet fra mor til far som følge av barnefordelingssaken. Dette tilsier at dette momentet ikke alene var avgjørende, men at det ble tillagt stor vekt.

Sannsynligvis vil også barn som har opplevd langvarig tidligere stress og oppbrudd være mer sårbare for en adskillelse enn andre barn. Ved en ny adskillelse vil slike barn kunne få ytterligere stress og belastninger, noe som kan øke sjansene for senere skadevirkninger.

I *Keles* og *Mbengeh* kom EMD til at en tidsbegrenset utvisning var proporsjonal. Utlendingene anførte ikke at barna hadde opplevd tidligere stress og oppbrudd i omsorgssituasjonen og EMD vurderte det ikke. Det er ingen andre holdepunkter i avgjørelsen for at barna hadde opplevd slike belastninger. Dette kan tyde på at tidligere belastninger er et sentral moment for at EMD kom til ulikt resultat i disse sakene.

Samlet taler dette for at barnets tidligere mangeårige stress og tidligere oppbrudd i omsorgssituasjonen var et av de avgjørende momentene for at EMD kom til at barna var sårbare. Høyesteretts flertall legger derimot til grunn at barnets tidligere belastninger ikke er større enn det som er vanlig, se punkt 8.5.1. Tidligere belastninger fikk da ikke avgjørende vekt i interesseavveiningen.

³¹⁵ Ibid pkt.84

Et annet moment i EMDs flertalls sårbarhetsvurdering i *Nunez* var at barna ville ha «*difficulty in understanding*» omstendighetene rundt en adskillelse.³¹⁶ Barna ville med all sannsynlighet bli adskilt fra moren i to år, noe som ble ansett som «*a very long period for children of the ages in question*».³¹⁷

Uttalelsen kan forstås som at en tidsbegrenset adskillelse fra en sentral omsorgsperson vil ramme unge barn svært hardt, se punkt 7.3.2. Barn i denne alderen vil ha vanskeligheter med å forstå midlertidigheten av en adskillelse, se 7.3.2. Barnets unge alder styrker deres sårbarhet. Det kan forstås som at en tidsbegrensning ikke avhjelper særlig på barnas sårbarhet, slik at tidsbegrensningen tillegges liten vekt i forholdsmessighetsvurderingen.

Ut fra avgjørelsen er det vanskelig å si hvor stor vekt barnas unge alder ble tillagt. Alder var et av momentene som styrket deres sårbarhet, og det tilsier at det hadde noe vekt.

I *Keles* og *Mbengeh* var barna i samme aldersgruppe som barna i *Nunez*. EMD la til grunn at utvisning hadde hatt og ville ha en «*disruptive effect*» på det ti-årige barnet i *Mbengeh*. I denne saken var innreiseforbudet tre år lengre enn i *Nunez*. Av premissene fremkommer det ikke at EMD la til grunn at en fem-årig adskillelse ville være en lang periode for barnet. EMD viser til at utvisningen er begrenset til fem år, og det kan synes som at tidsbegrensningen tillegges vekt i vurderingen av om utvisningen er forholdsmessig.

I *Keles* var barna mellom seks og tretten år. EMD kom likevel til at en tidsbegrensning var proporsjonal. Etersom EMD ikke ga noen begrunnelse er det vanskelig å vite hvilken betydning alder fikk.

Barnets unge alder virker i hvert fall ikke å få avgjørende vekt i disse avgjørelsene og det kan tyde på at EMD i *Mbengeh* legger vekt på at innreiseforbudet er begrenset. Spørsmålet er hvorfor barnets unge alder ble tillagt vekt i *Nunez*, men ikke i *Keles* og *Mbengeh*.

³¹⁶ Ibid pkt.81

³¹⁷ Ibid

En mulig tolkning er at ulik tilknytningsstyrken mellom barnet og forelderen, se punkt 8.7.4.1, har betydning for hvor hardt en adskillelse vil ramme et barn. Det kan være grunn til å tro at barna ville være mer sårbare for en kortvarig adskillelse fra en tidligere hovedomsorgsperson enn en ordinær omsorgsperson.

Foruten at barna var unge, var det ikke andre forhold i *Keles* og *Mbengeh* som talte for at barna var sårbare. EMD så kanskje ikke grunn til å trekke fram alder når ikke andre momenter talte for sårbarhet.

Keles og *Mbengeh* må da trolig tas til inntekt for at barnas unge alder i seg selv ikke er tilstrekkelig for å nå opp til sårbarhetsterskelen. Hvis barnets alder skulle tillegges avgjørende vekt, ville det i realiteten verne foreldre med unge barn mot utvisning. Det ville gjøre det nærmest umulig å håndheve utvisning i slike saker.

Når dommene sees i sammenheng kan det tyde på at tidsbegrensningen først og fremst får betydning for barnets sårbarhet når barnet og forelderen har en sterk tilknytning. Men dette er ikke alene nok for å nå opp til sårbarhetsterskelen. Det må også være andre forhold som tilsier sårbarhet, slik som tidligere belastninger.

Det er vanskelig å si om EMD vil legge til grunn at barn over ni år, som var alderen til det eldste barnet i *Nunez*, vil oppleve en kortvarig adskillelse som en veldig lang periode. I andre EMD-dommer har ikke EMD uttalt seg om unge barns sårbarhet. Det kan derfor ikke sies med sikkerhet om EMD vil legge til grunn dette synspunktet når barnet er eldre.

Likevel er det grunn til å tro at alder alene ikke vil være avgjørende for barnets sårbarhet. Eldre barn vil trolig også kunne nå opp til sårbarhetsterskelen hvis det er andre forhold som gjør barnet sårbart, slik som for eksempel større tidligere belastninger eller sykdom.

Høyesteretts flertall i *Nunez* legger ikke vekt på at barnets unge alder gjør de sårbare for en adskillelse, se punkt 7.3.2. Tidsbegrensningen fikk trolig betydning for at

Høyesteretts flertall kom til at utvisningen var forholdsmessig, se punkt 8.5.1. Dette medfører at Høyesteretts flertall og EMD legger ulik vekt unge barnas sårbarhet og tidsbegrensningen.

EMDs flertall trekker også inn i sårbarhetsvurderingen at;

*«There is no guarantee that at the end of this period the mother would be able to return. Whether their separation would be permanent or temporary is in the realm of speculation.»*³¹⁸

EMD legger vekt på at det var usikkert om moren kunne returnere etter innreiseforbudets utløp, slik at utvisningen i realiteten kunne medføre en langvarig separasjon. EMD vurderer forholdsmessigheten i lys av innreiseforbudets reelle lengde, se punkt 7.3.3. En usikkerhet vil være mer belastende for barna da det er en risiko for at moren rent faktisk ikke kan returnere. Det gjør barna mer sårbare at tidsbegrensning ikke er reell, og taler for at EMD legger lite vekt på at innreiseforbudet er formelt tidsbegrenset.

Imidlertid legger EMD til grunn at barnets unge alder styrker deres sårbarhet, og at en tidsbegrensning ikke i særlig grad avhjelper på barnets sårbarhet. Når tidsbegrensningen ikke fikk særlig betydning i lys av barnas alder, er det usikkert hvilken vekt en ikke reell tidsbegrensning ble tillagt. Som vist over er det grunn til å tro at forholdet styrket barnets sårbarhet, slik at det ble tillagt noe vekt. Muligens vil EMD kunne komme til at unge barn er sårbare selv om tidsbegrensningen er reell hvis det er andre forhold som styrker barnets sårbarhet.

Eldre barnet vil ikke være sårbare. For disse barna er det grunn til å anta at en usikkerhet rundt varigheten av innreiseforbudet vil ha større betydning for barnets sårbarhet og dermed tillegges større vekt.

³¹⁸ Nunez mot Norge pkt.81

Høyesteretts flertall i *Nunez* legger ikke vekt på usikkerheten rundt innreiseforbudet, se punkt 8.5.1. Forholdmessigheten vurderes i lys av det tidsbegrensede innreiseforbudet.

I vurderingen av barnets sårbarhet ser EMDs flertall også på barnas muligheter for kontakt med moren i utvisningsperioden på to år. EMDs flertall gjentar mindretallet i Høyesterett sitt synspunkt om at det var usikkert om barna kunne besøke moren utenfor Norge.³¹⁹ Ettersom EMDs flertall bare henviser til mindretallets uttalelse er det vanskelig å vite om EMDs flertall selv mener dette. EMDs flertall tar også i betraktning Høyesteretts flertall sin synspunkt om at det ikke var grunn til å tro at det ikke ville være mulig å opprettholde kontakt i utvisningsperioden.³²⁰

EMDs flertall går ikke nærmere inn på å avklare uenigheten mellom Høyesteretts fler- og mindretall. I stedet uttaler EMD «*nevertheless*», og går inn på andre momenter. Det tyder på at det ikke er sentralt for EMD å avklare fullt ut om barna kan opprettholde kontakt med moren. Dette kan tolkes som at muligheten for kontakt ikke avhjelper på barnas sårbarhet og derfor tillegges liten vekt.

I *Mbhenge* la EMD imidlertid stor vekt på at barnet og faren kunne opprettholde kontakt på telefon og gjennom besøk i forholdsmessighetsvurderingen.³²¹

Spørsmålet er hvorfor muligheten for kontakt fikk betydning i denne avgjørelsen og ikke i *Nunez*. Det som skiller barnet i denne saken fra *Nunez* er at barnet ikke er sårbart. Det kan muligens forstås som at muligheten for kontakt ikke kan avhjelpe når barnet først er sårbart.

Høyesteretts flertall i *Nunez* virker derimot å legge noe vekt på barnets muligheter for kontakt i vurderingen av om omsorgssituasjonen er tilfredsstillende, se punkt 8.5.1. En tilfredsstillende omsorgssituasjon var et avgjørende moment for at flertallet kommer til at utvisningen var forholdmessig.

³¹⁹ Ibid

³²⁰ Ibid

³²¹ *Mbhenge* mot Finland

EMDs flertall i *Nunez* la til grunn at den lange saksbehandlingstiden i utvisningssaken hadde betydning for hensynet til barnet, se punkt 7.3.4. Dette momentet inngikk ikke i sårbarhetsvurderingen, men var et av momentene som gjorde at utvisningen var et «*very far-reaching measure*» overfor barna.³²² Den norske stat kunne ha gjennomført utvisningssaken på en mindre inngripende måte overfor barnet, se punkt 7.3.4. Den lange saksbehandlingstiden virker å være et moment av betydning for at EMDs flertall kom til uforholdsmessighet.

Det er imidlertid usikkert hvor stor vekt den lang saksbehandlingstid fikk. Den lange saksbehandlingstiden i utvisningssaken medførte at barna hadde levde under mangeårig stress. Langvarig stress gjorde barna sårbare, se ovenfor. Det er grunn til å tro at andre forhold vil kunne påføre barn et slikt stress, slik som foreldrenes soning i fengsel eller at barna har gjennomgått traumatiske hendelser. Dette taler for at saksbehandlingstiden *i seg selv* ikke hadde stor vekt, men derimot de belastningene en lang saksbehandlingstid medfører.

EMD begrunnet ikke momentets relevans på denne måten. Saksbehandlingstiden behandles isolert uten at det sees i sammenheng med at den medførte stress. Det kan tyde på at lang saksbehandlingstid *i seg selv* hadde betydning, selv om det er vanskelig å si hvor avgjørende det var.

I *Mbenghe* og *Keles* var saksbehandlingstiden rundt ett år fra straffedom til det ble fattet utvisningsvedtak. Dette kan betraktes som normal saksbehandlingstid, og det er vanskelig å se hvilke eventuelle tiltak statene kunne iverksatt for å ha redusert behandlingstiden. Lang saksbehandlingstid trolig et forhold som bidro til at EMD kom til ulikt resultat i *Nunez*.

8.7.4.3 Oppsummering og konklusjon

Det er det flere forskjeller mellom *Nunez* og de to andre avgjørelsene som trolig hadde betydning for at EMD kom til ulikt resultat. Det er grunn til å tro at det var en forskjell i

³²² *Nunez* mot Norge pkt.83

tilknytningsstyrken mellom barnet og den utviste forelderen. Den sterke følelsemessige tilknytning virker å ha bidratt til at EMD kom til et annet resultat.

I motsetning til de andre avgjørelsene ble barna i *Nunes* betegnet som sårbare. Det var flere momenter som i større eller mindre grad påvirket barnas sårbarhet i *Nunez*. Tidligere stress og oppbrudd i omsorgssituasjonen gjorde barna sårbare. Det er grunn til å tro at dette var et av de avgjørende momentene for at hensynet til barnets beste fikk forrang.

Barnets muligheter for kontakt i utvisningsperioden virker å være uten betydning når barnet først er sårbart. Er barnet ikke sårbart, vil mulighetene for kontakt tillegges vekt. Barnets unge alder styrker barns sårbarhet ved en adskillelse, men er tilsynelatende ikke alene avgjørende. Et tidsbegrenset innreiseforbud vil i liten grad gjør barna mindre sårbare, slik at tidsbegrensningen tillegges liten vekt. Eldre barn vil trolig også kunne være sårbare hvis andre forhold styrker barnets sårbarhet. Det er grunn til å tro at barnet vil være mer sårbart for en adskilles fra en nåværende eller tidligere hovedomsorgspersonen.

Usikkerheten rundt varigheten av innreiseforbudet vil gjøre barnet mer sårbart. Når barnet er ungt er det usikkert hvor stor vekt et ikke reelt tidsbegrenset innreiseforbud tillegges, men det er grunn til å tro at det har noe vekt. Når barnet er eldre medfører trolig en usikkerhet en større grad av sårbarhet.

Lang saksbehandlingstid i utvisningssaken har også betydning for at EMD kom til et annet resultat i *Nunez*. Det er likevel usikkert hvor stor vekt momentet ble tillagt, selv om det hadde betydning.

Det er likevel ikke gitt at det må være akkurat disse forholdene som må foreligge for at barnet skal anses sårbart, slik at hensynet til barnets beste får forrang. Hvis barnet har større tidligere belastninger kan det være grunn til å tro at dette kan gjøre barnet like sårbart selv om det for eksempel ikke er en like lang saksbehandlingstid. Det er likevel vanskelig å si noe sikkert om, da det finnes lite rettskildematerialet for angi hvilken belastningsterskel EMD oppstiller når innreiseforbudet er begrenset og utvisningen

medfører en familiesplittelse. Samlet taler dette for at hensynet til barnet må få avgjørende vekt når barnet vil adskilles fra forelderen og det er sårbart for en adskillelse.

Det er likevel noe uklart om EMD vil legge til grunn den samme belastningsterskelen i *Nunez* eller om det vil kreves mer av barnets sårbarhet for å fastslå brudd i *Keles* og *Mbengeh*. Det kan det være grunn til å tro, under tvil, at denne belastningsterskelen vil legges til grunn for alvorlig og mindre alvorlige brudd på straffeloven, slik som i *Keles*, se punkt 8.7.3. Den vil trolig bare gi en viss veiledning for saker som *Mbengeh*, hvor overtredelsen er meget alvorlig.

Etter å ha redegjort for EMDs belastningsterskel i saker hvor utvisningen er tidsbegrenset og familien vil adskilles er det relevant å se på hvilket belastningskrav som gjelder når en tidsbegrenset utvisning *ikke* vil medføre en familiesplittelse.

8.8 Belastningskravet når en utvisning ikke medfører en familiesplittelse

Ettersom det skal store vanskeligheter ved å følge med eller uovervinnelige hindringer for å fastslå familiesplittelse, se punkt 7.2.2, vil EMD i mange saker komme til at barnet kan følge med til utvisningslandet. Spørsmålet er hvilke krav som stilles til barnas belastninger når EMD kommer til at barnet kan forventes å følge med til utvisningslandet og innreiseforbudet er begrenset av kortere varighet.

Når det legges til grunn at barnet kan forventes å følge med, har EMD i flere avgjørelser ikke ytterligere vurdert barnets belastninger ved en utvisningen.³²³ I *Darren Omoregie* var det spørsmål om en femårig utvisning var forholdsmessig blant annet overfor utlendingens halvannet år gamle datter. EMD la til grunn at datteren var i en tilpasningsdyktig alder, og kunne ikke finne at det var uoverstigelige hindringer for familien å følge med til Nigeria.³²⁴ Uten å vurderer barnets belastninger nærmere, la

³²³ *Arvelo Aponte* mot Nederland, *Aftab* mot Norge, *Üner* mot Nederland, *Khan* mot Storbritannia, *P.P. & others* mot Storbritannia og *Tajdirti* mot Nederland

³²⁴ *Darren Omoregie* mot Norge pkt.66. Sjøvig(2008) s.224 har kritisert EMD i *Darren Omoregie* for at barnet langt på vei vurderes etter de samme linjene som foreldrene, slik at barneperspektivet tapes av synet. Utlendingens advokat prosederte bare på at utvisningen ville ha spesielt uheldige konsekvenser,

EMD grunn at utvisningen lå innenfor statens skjønnsmargin.³²⁵ Tilsynelatende virker en familiesplittelse en forutsetning for å fastslå brudd.

I *Darren Omoregie* og andre avgjørelser, ville ikke barna ha spesielle vanskeligheter ved å etablere seg i utvisningslandet. I *Antwi* var barnets utfordringer ved å følge med større, men ikke store nok til å nå opp til den såkalte «familiesplittelsesterskelen», se punkt 7.2.2. EMD vurderer deretter barnets belastninger ved en utvisning. Det kan tolkes som at en familiesplittelse i seg selv ikke er en forutsetning for brudd.

I det videre vil jeg tolke *Antwi* for å forsøke å si noe om hvilket belastningskrav EMD oppstiller når utvisningen ikke medfører en familiesplittelse og utvisningen er av kortere tidsbegrensning. Dette er den eneste dommen hvor utvisningen var tidsbegrenset av kortere varighet, utvisningen ikke medførte en familiesplittelse, og hvor EMD har vurderer barnets belastninger.

I *Antwi* kom EMD under dissens 5-2 til at en utvisning med femårig innreiseforbud for alvorlige brudd på utlendingsloven, ved bruk av falsk pass, uriktig identitet og langvarig ulovlig opphold, var forholdsmessig. Partene hadde ikke en berettiget forventning om å videreføre familielivet i Norge. EMDs flertall oppstilte vurderingsterskelen «*exceptional circumstances*», se punkt 8.7.2.³²⁶ EMDs flertall legger til grunn at det ikke er «*insurmountable obstacles*» for mor og barn å etablere seg i Ghana «*or, at the least, to maintaining regular contacts*» i utvisningsperioden.³²⁷

Flertallet viser til at det vil være «*difficult*» for den tiårige datteren å tilpasse seg forholdene i Ghana og deretter tilpasse seg livet i Norge etter utløpet av innreiseforbudet.³²⁸ Hun var fullt integrert i det norske samfunnet, mens hennes bånd til Ghana var svært begrenset. Samtidig hadde faren en sentral rolle i barnets dagligliv og oppdragelse, og hun var like sterkt knyttet til faren som moren. På denne bakgrunn

uten å prosedere på hva disse konsekvensene ville være. Når det er i liten grad er anført barnets belastninger og det ikke var spesielle forhold rundt barnet, kan dette være bakgrunnen for dommens manglende barneperspektiv

³²⁵ *Darren Omoregie* mot Norge pkt.68

³²⁶ *Antwi* mot Norge pkt.89

³²⁷ *Ibid* pkt.98

³²⁸ *Ibid* pkt.96

slutter flertallet at utvisningen «*would not be beneficial to her*».³²⁹ Samtidig viser EMDs flertall til at barnet ikke har spesielle omsorgsbehov og at moren kunne gi en tilfredsstillende omsorg alene.³³⁰

EMDs flertall legger til grunn til at saken skiller seg fra *Nunez* på flere punkter. For det først var ikke barnet i denne saken sårbart på grunn av tidligere stress og oppbrudd i omsorgssituasjonen.³³¹ Videre var saksbehandlingstiden ikke så lang at det var grunn til å stille spørsmål ved om utvisningen oppfylte interessene om en rask og effektiv utlendingskontroll.³³² Etter dette legger EMD til grunn at det ikke fremkommer eksepsjonelle omstendigheter i denne saken. Hensynet til barnet var derfor tillagt «*sufficient weight*».³³³ For flertallet endret ikke tidsbegrensningen på fem år dette synspunktet.³³⁴

Dommen illustrerer at EMD vil legge vekt på barnets vanskeligheter ved å følge med. Avgjørelsen tyder på at jo større vanskeligheter, dess større vekt får disse i forholdsmessighetsvurderingen. Når det er vanskeligheter med å følge med, virker EMD å betraktning at det er en mulighet for at barnet blir igjen i vertslandet uten den ene forelderen. EMD vil deretter ta i betraktning barnets belastninger ved å bli adskilt fra den ene forelderen.

Hva som kreves av barnets belastninger for at EMD ville fastslå krenkelse ved alvorlige brudd på utlendingsloven er vanskelig å si. At barnet får vanskeligheter med å etablere seg i utvisningslandet og at det vil være negativ for barnet å bli adskilt fra en sentral omsorgsperson, er ikke tilstrekkelig. Muligheten for kontakt i utvisningsperioden og omsorgssituasjonen virker å ha betydning for hensynet til barnet. Hvor svekket omsorgssituasjonen må være eller hvor stort omsorgsbehov barnet må ha for at barnets beste gis fortrinn, gir ikke dommen grunnlag for å fastsette.

³²⁹ Ibid pkt.97

³³⁰ Ibid pkt.99

³³¹ Ibid pkt.101

³³² Ibid pkt.102

³³³ Ibid pkt.103

³³⁴ Ibid pkt.104

EMDs flertall sammenligner barnets situasjon med barna i *Nunez*, og viser til at de samme forholdene ikke er til stede. Det kan det tyde på at flertallet legger til grunn den samme belastningsterskelen i *Nunez*. Det kan tolkes som at flertallet ville kommet til uforholdsmessighet hvis barna hadde vært like sårbare som barna i *Nunez*.

En sentral forskjell mellom *Nunez* og *Antwi*, som EMDs flertall ikke eksplisitt trekker frem, er muligheten for å følge med til utvisningslandet. I *Nunez* ble det lagt stor vekt på at det var rettslig umulig for barnet å følge med, se punkt 8.2.2. Barnet i *Antwi* kunne følge med. I EMD-praksis er spørsmålet om familiesplittelse et sentralt moment. Så vidt jeg vet har EMD foreløpig ikke kommet til at et inngrep utgjør et brudd på EMK art.8 når det er praktisk mulig for barnet å følge med. Når EMD legger vekt på graden av utfordringene ved å følge med til utvisningslandet, kan det være grunn til å tro at EMD vil mene at utvisningen er noe mindre inngripende for barnet i *Antwi*. Det tilsier at EMD vil kreve noe større grad av sårbarhet for å fastslå uforholdsmessighet.

For barnet vil en adskillelse oppleves som like tungt selv om det rent objektivt er mulig for barnet å følge med. Det er dessuten barnets mor som velger om familien skal følge med til utvisningslandet, og ikke barnet. EMDs flertall i *Antwi* fremhever heller ikke eksplisitt forskjell i graden av vanskeligheter med å følge med som en forskjell mellom avgjørelsene. Disse to forholdene peker i retning av at forskjellig i graden av familiesplittelse ikke har avgjørende betydning for belastningsterskelen.

Imidlertid vil en tilsvarende belastningsterskel som i *Nunez* til en viss grad kunne undergrave utvisningsinstituttet. I mange saker vil barnet kunne følge med til utvisningslandet. Å legge til grunn en slik sårbarhetsterskel vil kanskje ofte kunne medføre uforholdsmessighet. På den andre siden, vil det ikke i alle saker være like vanskelig for barnet å reetabler seg i utvisningslandet som i *Antwi*.

Samlet gjør disse forholdene at det er usikkert om EMD vil kreve mer av barnets sårbarhet enn i *Nunez* når det er visse vanskeligheter for barnet å følge med. Når det bare er en enkelt dom for å besvare spørsmålet om belastningsterskelen i saker hvor utvisningen er tidsbegrenset og ikke medfører en familiesplittelse, og barnet i denne konkrete saken ikke ble ansett som sårbart, er rettskildebildet uklart. Det kan kanskje

være grunn til å tro at EMD vil kreve noe større grad av sårbarhet sett hen til at familiesplittelsesmomentet tillegges stor vekt i EMD-praksis. Hvor stor grad av sårbarhet som kreves er uvisst. *Antwi* viser likevel at momentene i sårbarhetsvurderingen vil være relevante.

8.9 Om Høyesteretts vektnorm «*uvanlig store belastninger*» ved meget alvorlige brudd på utlendingsloven kan komme i strid med EMK art.8 når utvisningen er tidsbegrenset

Spørsmålet er om Høyesteretts praktisering av vurderingsterskelen «*uvanlig store belastninger*» i saker som gjelder alvorlige brudd på utlendingsloven er en egnet måte å vurdere forholdsmessigheten eller om den i visse tilfeller kan komme i strid med EMK art.8.

I *Nunez* var EMDs flertall enig med Høyesteretts vurdering av forholdets alvor og at forholdet veide tungt.³³⁵ EMD gikk imidlertid ikke inn på nyansen som forelå mellom mindretallet og flertallet i Høyesterett, se punkt 8.5.1. EMDs flertall viser i en parentes til Høyesteretts flertalls premisser, hvor Høyesteretts flertall la til grunn at overtredelsene var meget alvorlig. Det kan tyde på at EMD er enig med Høyesteretts flertall om at overtredelsene av utlendingsloven skulle karakteriseres som meget alvorlig.³³⁶

Høyesterett praktiserer normen «*uvanlig store belastninger*» ved å ta utgangspunkt i en normalsituasjon og kreve noe utover dette, se punkt 8.5.3. Normalsituasjonen vil være den alle barn i utvisningssaker vil oppleve. Høyesterett vurderer ikke barnets vanskeligheter med å følge med til utvisningslandet, men legger til grunn en familiesplittelse uten nærmere drøftelse, se punkt 7.2.1. En adskillelse anses som en normalkonsekvens og dette gjør at en familiesplittelse i seg selv tillegges liten vekt, se

³³⁵ *Nunez* mot Norge pkt.72. Om utlendingsn overtredelsene, se punkt 8.7.1

³³⁶ Risnes (2012) s. 66 tolker derimot EMDs flertall i *Nunez* som at «*det framgår klart av EMDs flertall (...) at selv om lovbruddene i denne saken er grove og klart innebærer at lovbrysterer i utgangspunktet ikke kan ha noen rett til opphold, så kan lovbruddene likevel ikke likestilles med «meget alvorlig kriminalitet» ved forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning.*» Jeg har imidlertid vanskeligheter med å tolke EMDs flertall på denne måten

punkt 8.2.1. Barnets vanskeligheter med å følge med til utvisningslandet tillegges heller ikke nevneverdig vekt. Barnets omsorgsbehov og omsorgssituasjon vil ha avgjørende betydning for om utvisningen er forholdsmessig. Når omsorgssituasjonen er tilfredsstillende vil barnets egne belastninger kunne medføre uforholdsmessighet når disse er uvanlig store.

Når EMD vurderer hensynet til barnet tas det utgangspunkt i barnas situasjon. EMD holder ikke barnets belastninger opp mot barn i samme situasjon. Det gjør at EMD tar utgangspunkt i at barna lever samme med forelderen, og vurderer barnets belastninger ut fra at dette ikke er tilfellet.

EMD vil vurdere graden av vanskeligheter barnet vil få ved å følge med til utvisningslandet basert på det konkrete faktum i saken, se punkt 7.2.2. Når barnet ikke vil møte spesielle vanskeligheter ved å følge med, vurderer ikke EMD barnets ytterligere belastninger. Når en reetablering av familielivet er forbundet med vanskeligheter eller det legges til grunn at familien vil splittes, vil EMD vurdere belastningene ved å adskilles fra en forelder.

Det var mange ulike momenter som inngikk i barnets beste-vurderingen til EMDs flertall i *Nunez*, og som samlet gjorde at utvisningen var i strid med EMK art.8. At det var rettslig umulig for barna å følge med til utvisningslandet, ble trolig tillagt stor vekt, se punkt 8.2.2. Andre forhold som hadde større eller mindre vekt i sårbarhetsvurderingen var barnas tilknytning til moren, tidligere stress og oppbrudd i omsorgssituasjonen, innreiseforbudets realitet, barnets alder og lang saksbehandlingstid, se punkt 8.7.4.3. Disse forholdene gjorde samlet at barna var sårbare, slik at hensynet til barna måtte få avgjørende vekt.

Betydningen av en familiesplittelse vil ikke reflekteres i Høyesteretts praktisering av normen «*uvanlig store belastninger*». En adskillelse anses som en normalkonsekvens og vil derfor ikke tillegges nevneverdig vekt. Høyesterett tar ikke i betraktning graden av vanskeligheter barnet vil møte ved å følge med til utvisningslandet og ser ikke hen til om det er et hinder for reetablering av familielivet i utvisningslandet.

Ved Høyesteretts praktisering av belastningsnormen vil ikke barnets sårbarhet tillegges like stor vekt som i EMD-praksis. Unge barns sårbarhet virker å tillegges liten vekt. Unge barn vil ofte være involvert i utvisningssaker, og dette momentet får da ikke nevneverdig betydning. Sterk følelsesmessig tilknytning vil tillegges liten vekt da dette ansees som normalt, se punkt 8.5.1.

Tidligere oppbrudd og stress anses som belastende, men vil i mange tilfeller ikke kunne nå opp til belastningsterskelen, slik som Høyesteretts flertall i *Nunez* la til grunn, se punkt 8.5.1. Uvanlig store belastninger må gå langt utenfor det normale, slik at barnets egne belastninger sjelden får særlig vekt i forholdsmessighetsvurderingen.

Innreiseforbudets reelle lengde og lang saksbehandlingstid er momenter som anses irrelevante for hensynet til barna, se punkt 7.3.3 og 7.3.4. Slike momenter vil da heller ikke fanges opp ved praktiseringen av en denne normen. Dette gjør at Høyesterett og EMD legger vekt på ulike momenter i sårbarhetsvurderingen og vurderer barns sårbarhet forskjellig.

Høyesteretts flertall vurderte nettopp barnas situasjon i *Nunez* som en «*normalsituasjon*». ³³⁷ En slik norm vil derfor ikke kunne fange mange av de kanskje mer normalkonsekvensene av en utvisning. Høyesterett praktiserer derfor en sårbarhetsterskelen som virker mye høyere enn EMDs sårbarhetsterskel. *Nunez*-avgjørelsen i Høyesterett og EMD illustrerer at Høyesteretts praktisering av «*uvanlig store belastninger*»-normen kan gjøre at hensynet til barnets beste ikke tillegges tilstrekkelig vekt, slik at resultatet kommer i strid med EMK art.8.

Det er relevant å spørre i hvilke type saker Høyesteretts praktisering av normen kan føre til konvensjonsbrudd. Det mest klare tilfellet er typetilfellet i *Nunez*. Foreldrene er ikke lengre sammen, det er rettslig umulig for barnet å følge med og barnet er like sårbart som barna i *Nunez*. Det skal betydelige vanskeligheter til for at barna ikke kan følge med til utvisningslandet, se punkt 7.2.2. Det er derfor grunn til å tro at bare et fåtall saker vil kunne komme i strid med EMK art.8.

³³⁷ Rt 2009 534 pkt.77

At det var usikkerhet rundt varigheten av innreiseforbudet i *Nunez*, styrket barnas sårbarhet. I norsk rett vil det kunne være en usikkerhet rundt muligheten for ny oppholdstillatelse i de tilfeller der foreldrene ikke lengre er sammen, slik som i *Nunez*. I utlendingsloven finnes det ingen hjemmel som gir foreldre rett til familiegjening med et barn som *ikke* er norsk statsborger. En søknad om familiegjening vil vurderes etter utl. § 49 hvor tillatelsen gis «*når sterke menneskelige hensyn*» tilsier det. Innvandringsregulerende hensyn vil ha betydning for skjønnsvurderingen jf. utl. § 49, 2.ledd. UDI har aldri innvilget en tillatelse i et slikt tilfelle, men de mener det kan være brukbare muligheter for å få en slik tillatelse.³³⁸ Det vil likevel kunne være tvil rundt utlendingens faktisk muligheten for å få ny oppholdstillatelse. EMDs flertall i *Nunez* la også til grunn at det var en usikkerhet når reglene var så generelle. Det er derfor grunn til å tro at i noen saker vil barna kunne være like sårbare som i *Nunez*, slik at utvisningen kan komme i strid med EMK art.8.

Antageligvis vil det være et begrenset antall saker hvor innreiseforbudet ikke er reelt. I mange saker vil foreldrene være sammen. Utlendingsloven gir rett til familieinnvandring med samboer og ektefelle etter utl. §§ 40 og 41. Når innreiseforbudet er reelt vil det trolig gjøre barnet mindre sårbart enn i *Nunez*. Imidlertid vil unge barn anses som spesielt sårbare for en kortvarig adskillelse, se punkt 8.7.4.2. Det gir grunn til å tro at unge barn vil betraktes som like sårbare som i *Nunez*. Det er likevel noe tvilsomt om Høyesteretts praktisering av belastningsnormen vil komme i strid med saker hvor utlendingen kan returnere ved innreiseforbudets utløp.

Sårbarhetsvurderingen vil også ha betydning for de saker hvor barnet kan følge med til utvisningslandet, men hvor reetablering er forbundet med noe vanskeligheter. Selv om det kan være grunn til å tro at EMD vil kreve noe større grad av sårbarhet, vil en kunne risikere brudd på EMK art.8 ved at momentene ikke fanges opp av Høyesteretts praktisering av belastningsnormen.

³³⁸ UDI (2011) og Anthonisen (2012)

Å operere med en slik norm i Høyesterett i alle saker kan derfor virke som en lite egnet måte å vurdere forholdsmessigheten på ved meget alvorlige brudd på utlendingsloven. Terskelen gjør at Høyesteretts vurdering og vekting kan bli unyansert. Det kan argumenteres for at Høyesterett i stedet for burde se konkrete på hensynet til barnet. Dette kan for eksempel gjøres ved å ta utgangspunkt i de ulike momentene i *Nunez* uten å oppstille en belastningsterskel. Dette fordrer samtidig at Høyesterett foretar en konkret vurdering av barnets muligheter for å følge med til utvisningslandet. Høyesteretts flertall i *Nunez* mener selv at uforholdsmessighet i denne saken ville måtte bety en omlegging av praksis.³³⁹

Det er likevel grunn til å tro at Høyesteretts vurdering og vekting i mange saker vil være i samsvar med EMK art.8. Det vil trolig være et fåtall saker som når opp til sårbarhetsterskelen i *Nunez* da det var mange ulike momenter som styrket barnas sårbarhet. I mange tilfeller vil ikke barnet være sårbart, eller barnet vil ikke ha spesielle utfordringer ved å følge med til utvisningslandet. *Antwi*-avgjørelsen illustrerer nettopp et tilfelle hvor lagmannsrettens praktisering av normen «*uvanlig store belastninger*» ikke kom i strid med EMK art.8.³⁴⁰ Ved å anvende denne metoden kan det likevel være en risiko for at hensynet til barnet ikke tillegges tilstrekkelig vekt.

Det er ikke kommet en ny Høyesterettsavgjørelse etter *Nunez*-avgjørelsen i EMD. Borgarting lagmannsretts avgjørelse i LB-2011-68731 gjalt gyldigheten av et utvisningsvedtak hvor utlendingen hadde begått alvorlige brudd på utlendingsloven og hvor utlendingen hadde to barn i Norge. Lagmannsretten la enstemmig til grunn at

«I rettspraksis har det vært lagt til grunn at det må kreves uvanlig store belastninger før utvisning skal fremstå som uforholdsmessig. Det vises (...) til Rt-2009-534 avsnitt 62-65 med videre henvisninger til tidligere rettspraksis. Riktignok er denne avgjørelsen overprøvet av EMD i (...) Nunez mot Norge, men ikke for så vidt gjelder dette utgangspunktet.»

³³⁹ Rt 2009 534 pkt.79

³⁴⁰ Det er grunn til å anta at lagmannsrettene og Høyesterett praktiserer normen likt. I *Antwi* saken overprøvde EMD lagmannsrettsavgjørelsen i LB-2008-84594. Flertallet på to dommer la til grunn kravet «*om uvanlig store belastninger*»

Lagmannsretten tolker dermed *Nunez*-avgjørelsen som at den ikke gir grunn til å revurdere belastningsnormen.

8.10 Om Høyesteretts vektnorm «*uvanlig store belastninger*» ved meget alvorlige brudd på straffeloven kan komme i strid med EMK art.8 når utvisningen er tidsbegrenset

Spørsmålet er om Høyesteretts praktisering av vurderingsterskelen «*uvanlig store belastninger*» i saker som gjelder meget alvorlige brudd på straffeloven er en egnet måte å vurdere forholdsmessigheten eller om den i visse tilfeller kan komme i strid med EMK art.8.

Forholdets alvor vil ha betydning for hvilke belastninger EMD krever for å fastslå uforholdsmessighet. Ved meget alvorlige overtredelser av straffeloven, er det svært tvilsomt at belastningsterskelen i *Nunez* vil legges til grunn, se punkt 8.7.3. Det er grunn til å tro at slike overtredelser vil veie tyngre i forholdsmessigheten og at EMD vil kreve større grad av sårbarhet for å fastslå uforholdsmessighet.

Hensynet til å sikre et effektivt utvisningsinstitutt kan også tilsi at EMD vil kreve større grad av sårbarhet i saker som gjelder meget alvorlig kriminalitet. For EMDs flertall i *Nunez* var tidligere stress og oppbrudd i omsorgssituasjonen et sentralt moment for at barna var sårbare, slik at utvisningen var uforholdsmessig. Dette vil være forhold som vil kunne gjøre seg gjeldende i mange utvisningssaker som gjelder brudd på straffeloven. Mange barn vil ha opplevd oppbrudd i omsorgssituasjonen ved at den ene forelderen er fraværende i forbindelse med varetekt og soning for de forhold som lå til grunn for utvisningen.

Det vil trolig være et fåtall saker som gjelder brudd på straffeloven hvor utvisningssaken er uavklart i tre år, som i *Nunez*, se punkt 8.7.4.2. I mange saker vil likevel utvisningssaken kunne være en overhengende byrde for barnet i flere år. Utlendingen vil i mange tilfeller varetektsfengsles og sone en lang fengselsstraff før

utreise fra Norge. Selv om det ikke er usikkerhet rundt utvisningssaken, vil en overhengende utvisningssak i flere år kunne oppleves som vel så belastende for barnet.

I slike saker vil også forelderen være i fengsel og barnet må leve adskilt fra forelderen i en lengre periode. Kontakten vil være begrenset til kortvarige telefonsamtaler og besøk. I *Nunez* hadde barna deres mor i nærheten i den lange perioden med usikkerhet. At moren var til stedet vil derfor gjøre det langt mindre belastende for barna å leve i en slik usikkerhet, i motsetning til barn av utlendinger som har begått kriminalitet.

Barn i saker som gjelder brudd på straffeloven vil dermed være vel så, om ikke mer, sårbare enn barna i *Nunez*. Slike tidligere langvarige belastninger vil kunne gjøre seg gjeldende i et stort antall saker. Å legge stor vekt på tidligere belastninger i straffesaker vil kunne gjøre det vanskelig å håndheve utvisning, da en utvisning lett ville medføre uforholdsmessighet. Dette taler for at det bør kreves mye mer av barnas sårbarhet i saker som gjelder meget alvorlige brudd på straffeloven.

Imidlertid vil denne sårbarhetsterskelen bare gjelde i saker hvor barnet ikke kan forventes å følge med til utvisningslandet, slik som var tilfellet i *Nunez*. Det skal betydelige vanskeligheter til for at barna ikke kan følge med til utvisningslandet, se punkt 7.2.2.³⁴¹ Det vil trolig kreves noe større sårbarhet når barnet bare får vanskeligheter ved å følge med, men ikke når opp til «familiesplittelsesterskelen». Få barn vil derfor kunne nå opp til denne sårbarhetsterskelen. Samtidig var det også andre forhold, slik som barnets alder, tilknytningsstyrken, usikkerheten rundt innreiseforbudet og lang saksbehandlingstid som også styrket barnets sårbarhet. Når det er et fåtall saker som vil nå opp til denne belastningsterskelen, vil ikke en tilsvarende belastningsterskel som i *Nunez* i særlig grad undergrave statenes muligheter for å reagere med utvisning. Dette taler for at det ikke bør kreves vesentlig mer av barnets sårbarhet i slike saker.

Ut fra forholdets alvor, er det likevel grunn til å tro at EMD vil kreves noe mer av barnets sårbarhet enn i *Nunez* ved meget alvorlig kriminalitet. Hvor stor grad av sårbarhet EMD vil kreve er vanskelig å med sikkerhet ut fra rettskildebildet.

³⁴¹ Hvor store vanskeligheter det kreves vil bero på om partene hadde en berettiget forventning om å videreføre familielivet i vertslandet

Momentene i sårbarhetsvurderingen i *Nunez* vil likevel kunne gi en viss veiledning for vurderingen av hensynet til barnets beste, se punkt 8.7.3.

Høyesterett praktiserer normen «*uvanlig store belastninger*» likt i saker som gjelder meget alvorlige brudd på utlendingsloven og straffeloven. Om Høyesteretts praktisering vises det derfor til punkt 8.9. Praktiseringen av «*uvanlig store belastninger*» vil ikke fange opp graden av vanskeligheter barnet vil få ved å følge med til utvisningslandet. Om vanskelighetene vil være så store at EMD legger til grunn en familiesplittelse, vil ikke reflekteres i en slik belastningsnorm. Høyesterett anser en familiesplittelse som en normalkonsekvens av en utvisning, og legger lite vekt på denne.

Ved en slik belastningsnorm legges det også liten vekt på barnets mer normale belastninger, slik som unge barns sårbarhet, tilknytningstyrke og tidligere belastninger. De mer normalbelastningene vil vanskelig kunne nå opp til denne terskelen. En slik norm vil heller ikke fange opp momenter som lang saksbehandlingstid og innreiseforbudets realitet.

Høyesteretts vurderingsnorm vil kunne gjøre at Høyesterett ikke fanger opp visse momenter og ikke tillegger disse vekt. Ettersom det er usikkert hvor høy grad av sårbarhet EMD vil kreve ved meget alvorlig kriminalitet, er det mer tvilsomt at Høyesteretts praktisering av vurderingsnorm vil kunne komme i strid med EMK art.8 i slike saker. Men når disse momentene ikke fanges opp eller tillegges liten vekt, kan det kanskje være en risiko for at terskelen kan komme i strid med EMK art.8.

Ved alvorlig brudd på straffeloven er det grunn til å tro at belastningsterskelen i *Nunez* vil kunne gi større veiledning, selv om det muligens vil stilles noe høyere krav til sårbarhet. Alvorlighet av overtredelsene i slike saker vil sannsynligvis ligge nærmere alvorligheten av meget alvorlige overtredelser av utlendingsloven.

Når overtredelsen av utlendingsloven karakteriseres som «*alvorlig*» oppstiller ikke Høyesterett vurderingsnormen «*uvanlig store belastninger*», se punkt 8.5.2. Selv om det stilles noe mindre krav til barnets belastninger i slike saker, vil vurderingen være svært lik, se punkt 8.5.2. Det er en snevrer unntaksregel for at hensynet til barnet får

avgjørende vekt. Høyesterett legger i begrenset grad vekt på barnets sårbarhet. Barnets omsorgsbehov og omsorgssituasjon vil derimot ha avgjørende betydning for om utvisningen er forholdsmessig, se punkt 8.5.2.

Ettersom Høyesteretts metoden for å vurdere forholdsmessigheten ved alvorlige og meget alvorlige brudd på straffeloven er svært lik, vil også Høyesteretts vurdering og vekting av hensynet til barnet i slike saker kunne komme i strid med EMK art.8. Når det kreves noe mindre sårbarhet enn ved meget alvorlig kriminalitet, kan det muligens være grunn til å tro at Høyesterett lettere vil kunne komme i strid med EMK art.8 i slike saker.

8.11 Avsluttende oppsummering og konklusjon om vekten av barnets beste i Høyesteretts og EMDs praksis

EMD vurderer barnas situasjon konkret og holder ikke barnets belastninger opp mot andre barn i samme situasjon. EMD ser på graden av vanskeligheter barnet vil få ved å følge med til utvisningslandet basert på det konkrete faktum i saken. Når barnets vanskeligheter med å følge med er så store at familien vil splittes, tillegges dette stor vekt. Når utvisningen er varig eller tiårig vil som hovedregel en familiesplittelse i seg selv gjøre utvisningen uforholdsmessig, se punkt 8.2.2. Hensynet til barnet får da avgjørende vekt.

Når utvisningen er tidsbegrenset, vil ikke en familiesplittelse eller vanskeligheter med å følge med *i seg selv* gjøre utvisningen uforholdsmessig. EMD vil stille krav til barnets belastninger for at hensynet til barnets beste gis fortrinn. Belastningskravet vil avhenge av hvor tungtveiende grunner det er for å reagere med utvisning. Forholdets alvor vil derfor ha betydning for når hensynet til barnet tillegges avgjørende vekt.

Ved meget alvorlige brudd på utlendingsloven har EMD lagt til grunn at hensynet til barnet får avgjørende vekt når barnet vil være sårbart for en familiesplittelse. I vurderingen av barnets sårbarhet er tilknytningen mellom barnet og forelderen, tidligere stress og oppbrudd i omsorgssituasjonen, barnets unge alder, usikkerhet rundt varigheten av innreiseforbudet og lang saksbehandlingstid av betydning.

Når barnet får visse vanskeligheter med å følge med, selv om vanskelighetene ikke når opp til «familiesplittelsesterskelen», vil trolig EMD kreve noe større grad av sårbarhet. Når utlendingen har begått alvorlig kriminalitet er det grunn til å tro at det kreves større sårbarhet. Når utlendingen har begått meget alvorlig kriminalitet vil sannsynligvis EMD kreve enda mer av barnets sårbarhet. Hvor stor grad av sårbarhet det kreves i de nevnte typetilfellene er vanskelig å si med sikkerhet ut fra rettskildebildet. Momentene for å vurdere sårbarhet vil likevel kunne gi veiledning for disse sakene.

Høyesterett oppstiller normen «*uvanlig store belastninger*» når overtredelsen er meget alvorlig. Når overtredelsen er alvorlig anvendes ikke denne belastningsterskelen. Kravet til barnets belastninger vil da være noe mindre for at hensynet til barnet får avgjørende vekt. Høyesterett praktiserer belastningskravene ut fra at familiesplittelse er en normalkonsekvens av utvisning. Barnets utfordringer ved å følge med til utvisningslandet vurderes ikke konkret. En familiesplittelse tillegges derfor liten vekt. Forholdsmessigheten beror derimot på barnets *belastninger*. Avgjørende momenter i barnets beste-vurderingen er barnets omsorgsbehov og omsorgssituasjon.

Gjennomgangen i dette kapittelet viser at praktiseringen av belastningsnormen «*uvanlig store belastninger*» og det høye kravet til belastningene når overtredelsen er alvorlig, kan gjøre at Høyesterett kommer i strid med EMK art.8 i noen saker. Etter EMD-praksis vil en varig familiesplittelse som hovedregel medføre uforholdsmessighet, selv ved meget alvorlig kriminalitet. Ved Høyesteretts praktisering av belastningsnormen anses familiesplittelse som en normalkonsekvens av utvisning. Betydningen av familiesplittelse og de vanskelighetene barnet vil få ved å følge med til utvisningslandet vil ikke reflekteres i et slikt belastningskrav og vil tillegges liten vekt. Praktiseringen av belastningsnormen kan dermed komme i strid med EMK art.8 i de sakene hvor det ikke er objektivt mulig for barnet å følge med og utvisningen er varig.

Når utvisningen er tidsbegrenset, vil også en familiesplittelse tillegges stor vekt etter EMDs praksis. I Høyesterett vil en familiesplittelse, som vist over, tillegges liten vekt. Barnets sårbarhet vil tillegges mindre vekt enn EMD i Høyesteretts belastningskrav. En sterk tilknytning mellom barnet og forelderen får ikke nevneverdig vekt. Unge barns

sårbarhet for en adskillelse reflekteres heller ikke. Barnets tidligere belastninger vil kunne bli tatt i betraktning, men betegnes ofte som normalbelastninger og får derfor liten vekt. Lang saksbehandlingstid og innreiseforbudets reelle lengde omfattes heller ikke av Høyesteretts praktisering av belastningskravene.

Dette gjør at Høyesterett og EMD legger vekt på ulike momenter i sårbarhetsvurderingen og vurderer barns sårbarhet forskjellig. Når Høyesterett også har EMD ulik sårbarhetsterskel, vil dette kunne gjøre at hensynet til barnet ikke tillegges tilstrekkelig vekt etter EMK art.8 i noen type saker.

For å sikre at Høyesterett legger tilstrekkelig vekt på hensynet til barnet kan det spørres om Høyesterett bør ta utgangspunkt i de ulike momentene i *Nunez* og ikke oppstille en fastsatt terskel. Dette innebærer også at Høyesterett må vurderes barnets vanskeligheter ved å følge med til utvisningslandet.

I de fleste utvisningssaker vil antagelig Høyesteretts praktisering av belastningskravet ikke føre til krenkelse av EMK art.8. I mange tilfeller vil overtredelsen være meget alvorlig eller barnet vil ikke ansees som spesielt sårbart. Noen barn vil også være så unge at de ikke vil ha særlig utfordringer ved å følge med til utvisningslandet. Høyesteretts belastningskrav gjør at det er en snever unntaksregel for at hensynet til barnet tillegges avgjørende vekt.

9 Forvaltningspraksis

9.1 Innledning

De fleste utvisningsvedtakene vil aldri overprøves av domstolene.³⁴² At utlendingsforvaltningens praktisering av forholdsmessighetsvurderingen er i samsvar med EMK art.8 er derfor grunnleggende for rettssikkerheten til den enkelte. Spørsmålet i dette kapittelet er om forvaltningens vurdering og vekting av hensynet til barnet i visse tilfeller kan komme i strid med EMK art.8.

Jeg vil gjøre dette gjennom å redegjøre å peke på noen hovedtrekk ved forvaltningens vurdering og vekting av hensynet til barnets beste, se punkt 9.3.1, for deretter å holde dette opp mot EMD-praksis.

9.2 Grunlaget for analysen

Jeg har gjennomgått 13 utvisningssaker fra utlendingsforvaltningen. Sakene består av to vedtak, ett fra UDI og et fra UNE.³⁴³ Vedtakene ble fattet i perioden mellom 2008-2011. Sakene gjelder både brudd på utlendingsloven og straffeloven.

Bare ett vedtak er fattet etter *Nunez* avgjørelsen. I dette vedtaket uttalte UNE at den «*rettslige rekkevidden av dommen opp mot UNEs utvisningspraksis*» ikke var avklart. Det tilsier at utvisningssakene ikke gir grunnlag for å vurdere på om *Nunez*-avgjørelsen har medført praksisendringer i forvaltningen.

UDI mente *Nunez*-avgjørelsen ga grunnlag for praksisjusteringer og forela et forslag til Justisdepartementet.³⁴⁴ Justisdepartementet ga sitt tilsvarende gjennom instruks til UDI.³⁴⁵ I instruks trekker Departementet fram at momentet «*særskilt sterk tilknytning*» skal inngå i vurderingen med en viss vekt. Barnets samlede belastninger før utvisning skal tas hensyn til, og kan i spesielle tilfeller gjøre en de facto familiesplittelse

³⁴² NOU 2004:20 s.70

³⁴³ En utvisningssak består av to UDI vedtak da UDI henla saken ved andregangsbehandling

³⁴⁴ UDIs praksisforeleggelse (2011)

³⁴⁵ GI-2011-014

uforholdmessig. Det kan tyde på at departementet mener at det er grunnlag for å instruere UDI om noen endringer.

Men samtidig uttaler departementet at det instrueres om å vurdere de generelle og spesifikke momentene, men at det ikke er sagt at de skal ha stor eller avgjørende betydning i alle saker. Departementet påpeker også at instruksen «*ikke vil innebære vesentlig endringer av gjeldende utvisningspraksis*». Det legges til grunn at ved massive overtredelser av utlendingsloven eller straffeloven vil fortsatt hensynet til barnet bare være avgjørende når utvisning medfører uvanlig store belastninger. Når Justisdepartementet mener det er grunn til å opprettholde dette vurderingstema, har jeg imidlertid vanskelig for å se at instruksens medfører en reell praksisendring.

Det er derfor grunn til å anta at utvisningsvedtakene vil gi uttrykk for hvordan UDI vurderer og vektet hensynet til barnet beste per dags dato. Instruksens gjelder ikke for UNE ettersom nemnda ikke kan instrueres om lovtolkning og skjønnsutøvelse.³⁴⁶ Det er usikkert om UNE har foretatt en praksisavklaring. Jeg avgrenser derfor mot UNES vektning av hensynet til barnet.

UDI har en plikt til å begrunne sine vedtak jf. fvl. § 24. Fvl. § 25 angir de nærmere kravene til begrunnelsens innhold.³⁴⁷ Det stilles visse krav til lovhjemmel og de faktiske forhold. Av vedtakene vil det kanskje ikke alltid være mulig å kunne identifisere hvordan hensynet til barnets beste er vurdert og vektet. At et moment ikke fremgår av vedtaket, trenger nødvendigvis ikke bety at dette ikke er vurdert.

9.3 Forvaltningens vurdering og vektning av hensynet til barnets beste

9.3.1 Hovedtrekk

I forholdsmessighetsvurdering tar UDI utgangspunkt i forholdets alvor. Hensynet til utlendingen selv tillegges som hovedregel liten eller ingen vekt.

³⁴⁶ Jf. utl. § 76, 2.ledd, 2.setning

³⁴⁷ Utl. § 80 jf. ulf. § 17-1a stiller visse begrunnelseskraav til vedtak der barn blir berørt.

Forskriftsbestemmelsen ble inntatt juni 2011 og gjelder derfor ikke for de gjennomgatte vedtakene

Med unntak av ett vedtak, vurderer ikke UDI barnets vanskeligheter med å følge med til utvisningslandet. Det tas dermed ikke stilling til om utvisning er objektivt mulig eller hva som kommer til å skje. I stedet forutsetter UDI en familiesplittelse. Dette sies enten uttrykkelig eller ved å vurderer forholdmessigheten ut fra den forutsetning at familien vil adskilles. En familiesplittelse er ikke tilstrekkelig for å fastslå uforholdsmessighet. Gjennomgående viser UDI til Høyesterettsdommene i Rt.2000 s.591, Rt.2005 s.229 og Rt.2009 s.534 og legger til grunn det samme standpunktet om at;

«Det vil være normalsituasjonen at et vedtak om utvisning griper inn i familielivet på en belastende måte, som følge av at man må legge til grunn at familien blir adskilt. For at utvisning skal fremstå som et uforholdsmessig tiltak må den således føre til uvanlig store belastninger.»

Vurderingstema «*uvanlig store belastninger*» er bare lagt til grunn i de sakene hvor utlendingen har begått meget alvorlige brudd på utlendingsloven eller straffeloven.

UDI tar utgangspunkt i normalsituasjonen ved en utvisning og krever noe utover dette. UDI trekker i flere saker fram at barnet bor med forelderen eller at forelderen har samvær med barnet. Utover dette vurderes ikke tilknytningsstyrken mellom barnet og forelderen. Tilknytningen virker først og fremst å tillegges vekt når barnet ikke bor sammen med forelderen og det er begrenset samvær. Hensynet til barnet virker da å få mindre vekt.

Mulighetene for kontakt i utvisningsperiode gjennom brev, internett og besøk trekkes fram som et moment i flere saker. Det er usikkert hvilken vekt muligheten for kontakt tillegges. I vedtakene ble det enten lagt til grunn at kontakt var gjennomførbart eller så var momentet ikke vurdert. Det er derfor uvisst hvilken betydning momentet ville fått hvis det ikke var mulig å gjennomføre kontakt.

Barnets tidligere belastninger får tilsynelatende ikke en sentral betydning for hensynets vekt med mindre de er uvanlig store. I noen saker er det anført at barnet har fått problemer i forbindelse med forelderens soning. UDI har vist til at de ikke går utover det som er det «*normale*». I andre vedtak er barnets egne belastninger ved en utvisning

enten ikke vurdert eller ikke tillagt særlig vekt. Barnets omsorgsbehov vil også bli vurdert, men tillegges som regel ikke særlig betydning når barnet vil få en tilfredsstillende omsorgssituasjon. At barnet har en tilfredsstillende omsorgssituasjon virker å ha avgjørende betydning i vurderingen av forholdsmessigheten.

Med unntak av et vedtak, har UDI lagt til grunn at belastningene ikke er store nok til å fastslå uforholdsmessighet. UDI la til grunn at barna ville utsettes for uvanlig store belastninger og henla saken. Utlendingen hadde tre barn med to kvinner. I saken fikk «*barnas særegne og omfattende omsorgsbehov*» avgjørende vekt. Det eldste barnet hadde sterk grad av ADHD. Det nest eldste barnet hadde autisme i tillegg til ADHD. I rapport fra Barna- og ungdomspsykiatrisk avdeling beskrives situasjonen for det neste eldste barnet;

«Barnet er i sterk grad preget av sin autisme (...). [A]utismevansker av denne kvaliteten gir ekstremt utfordrende og krevende omsorgssituasjoner for foreldrene. (...) Å være alene om den daglige omsorgen for barnet (...) innebærer en klar risiko for overbelastninger.»

Dette taler for at barnet må ha et omfattende omsorgsbehov og en mangelfull omsorgssituasjon for at hensynet til barnet får avgjørende vekt.

I andre saker virker hensynet til barnet først og fremst å ha betydning ved fastsettelsen av innreiseforbudet. Et gjennomgående trekk er at UDI

«bemerker at straffbare forholdet av slik karakter kan danne grunnlag for utvisning av lengre varighet enn to år. Innreiseforbudet er satt ned av hensyn til utlendingens barn og ektefelle.»

Utvisningen er som hovedregel begrenset til to år av hensyn til barnet. I noen vedtak er innreiseforbudet satt til fem år når det er lite kontakt mellom utlendingen og barnet eller når overtredelsen er spesielt alvorlig.

Et gjennomgående trekk ved UDIs vurderinger er å trekke inn EMK art.8 og BK art.3 etter forholdsmessighetsvurderingen etter utl. UDI redegjør først for innholdet i forholdsmessighetsvurderingen i utl., og drøfter om omstendighetene i saken medfører uforholdsmessighet. Deretter vurderes det om utvisningen er i strid med EMK art.8 eller BK art.3. Denne vurderingen gjøres ofte ved å henvises til vurderingen av forholdsmessighet etter utl. § 70. En gjennomgående uttalelse er;

«Etter utl. § 4 skal loven anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling. Gjennom mrl. § 2 er Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen og Barnekonvensjonen direkte inkorporert i norsk rett. (...)

Norske domstoler har lagt til grunn at det som skal vurderes etter EMK art. 8 og BK art. 3 er omfattet av forholdsmessighetsvurderingen etter utl. 1988 § 29, 2.ledd.

UDI har på denne bakgrunn vurdert om utvisning med fem års innreiseforbud vil være i strid med EMK art. 8 og BK art.3, men er kommet til at det ikke er tilfellet. Etter en helhetsvurdering mener UDI at utvisning i dette tilfellet står i et rimelig forhold til de negative virkninger den har for barnet sett på bakgrunn av de alvorlige forhold utlendingen er dømt for.»

UDI legger dermed til grunn at EMK art.8 er omfattet av forholdsmessighetsvurderingen i utlendingsloven.

9.4 Kommentar til UDIs vurdering og vektning og konklusjon

UDI vurderer ikke barnets objektive muligheter for å følge med, men forutsetter i mange saker en familiesplittelse. En familiesplittelse i seg selv tillegges ikke særlig vekt, da dette vil være en normalkonsekvens av en utvisning.

Uavhengig av bakgrunnen for en familiesplittelse, vil det avgjørende for UDI være barnets belastninger ved en utvisning. UDI krever at barna utsettes for «*uvanlig store belastninger*» ved meget alvorlige overtredelser av utlendingsloven eller straffeloven

for å fastslå uforholdsmessighet. Når overtredelsen er mindre alvorlige, oppstilles ikke dette kravet.

UDI tar utgangspunkt i at normalsituasjonen er belastende, og sammenligner barnet med andre barn i samme situasjon. Barnets omsorgsbehov og omsorgssituasjon har avgjørende betydning for om utvisningen er forholdsmessig.

Når terskelen for å fastslå uforholdsmessighet er så høy, gjør dette vurderingene noe automatiserte. UDI ser ikke hen til tilknytningsstyrken mellom barnet og utlendingen, med mindre den er svak. Barnets tidligere belastninger tillegges liten vekt da de som hovedregel anses som normale. Hvordan yngre barn reagerer eller forstår en adskillelse virker ikke relevant. Forelderens mulighet for ny oppholdstillatelse etter innreiseforbudets opphør trekkes heller ikke inn i belastningsvurderingen i de sakene det kunne vært en usikkerhet rundt dette, se punkt 8.9.

UDIs metode for å vurdere og vekte hensynet til barnet virker i høy grad å sammenfalle med Høyesteretts praktisering av belastningskravene, se punkt 8.2.1 og 8.5.3. Når Høyesteretts vekting av hensynet til barnet vil kunne komme i strid med EMK art.8 i visse tilfeller er det grunnlag for å si at UDIs vekting også kan gjøre det, se punkt 8.9-8.11.

I vurderingen av om utvisning er i strid med EMK art.8 er det et gjennomgående trekk at UDI viser til vurderingen etter utl. § 70. Hva som følger av EMK art.8 vurderes ikke nærmere. Å måtte vurdere betydningen av EMK art.8 i hver enkelt sak, vil kunne medføre et omfattende arbeid. Det kan synes som hensynet til effektivitet i utlendingsforvaltningen går på bekostning av å overholde menneskerettighetsforpliktelsene.

10 Avsluttende vurderinger

Oppgaven har vist at Høyesteretts og UDIs praktisering av belastningsnormen «*uvanlig store belastninger*» i noen tilfeller kan komme i strid med EMK art.8. For å sikre at det legges tilstrekkelig vekt på hensynet til barnet bør Høyesterett og UDI etter min mening revurdere vurderingsnormen «*uvanlig store belastning*».

Det kan argumenteres for at Høyesterett og UDI i stedet for burde ta utgangspunkt i momentene i *Nunez* om graden av familiesplittelse, saksbehandlingstid og barnets sårbarhet. I sårbarhetsvurderingen inngår innreiseforbudets realitet, tidligere stress og oppbrudd i omsorgssituasjonen og barnets alder. Først da vil Høyesterett og UDI ta i betraktning og legge tilstrekkelig vekt på unge barns sårbarhet og hvilke virkninger en adskillelse har for barnet.

Statssekretær i Justisdepartementet, Lønseth, mener EMD-avgjørelsen

*«ikke [kan] tolkes som noen kritikk av vår politikk. Regjeringen har ansvaret for regelverket i utlendingssaker, mens det er [utlendingsforvaltningen] som har ansvaret for å utøve skjønn i den enkelte sak. Ved vurderingen av konkrete saker, vil det alltid oppstå avveininger og spørsmål som er vanskelige å avgjøre (...). Det er ingenting i dommen fra EMD som peker på at det bør gjøres endringer i regelverket.»*³⁴⁸

Det tyder på en ansvarsfraskrivelse og en manglende vilje på å rette seg etter EMD i de tilfeller utvisningsadgangen til en viss grad innskrenkes.³⁴⁹

³⁴⁸ Lønseth (2011)

³⁴⁹ Risnes (2011)

Det er likevel grunn til å tro at Høyesteretts og UDIs vekting av hensynet til barnet i mange tilfeller ikke vil medføre krenkelse av EMK art.8. Det skal da svært mye til for at Høyesterett og UDI tillegger hensynet til barnet avgjørende vekt.

Vurderingstema «*uvanlig store belastninger*» vitner etter min mening om liten forståelse av den belastningen barnet påføres ved en utvisning.³⁵⁰ Små barn vil kunne være spesielt sårbare for en adskillelse. Det er i den tidlige fasen av livet at barn danner tilknytning til omsorgspersoner. Et brudd i de emosjonelle båndene mellom et barn og omsorgspersonen vil ha stor betydning for barnets senere funksjonsdyktighet.³⁵¹ Barneombudet nedsatte en ekspertgruppe med barn av utviste foreldre. Barna i rapporten forteller om et savn som preger hele livet;

*«Det har preget hele oppveksten med tårer og savn. Det er noe som preger alt – savnet etter å være en hel familie.»*³⁵²

Barn forteller om sorgen og utfordringene som oppstår hos den gjenværende forelderen som påvirker barna sterkt. Det fremheves også at det er vanskelig å opprettholde kontakt i utvisningsperioden;

*«Skype erstatter ikke pappa. Man kan ikke lage en datamaskin med armer. Datamaskinen har ikke armer, den kan ikke gi deg en klem.»*³⁵³

En utvisning rammer derfor det enkelte barn svært hardt. Jeg kjenner ikke til annen forskning eller undersøkelser på konsekvensene av utvisning for barn. Uten forskning om de reelle konsekvensene av slike inngrep, er det etter min mening lite forsvarlig å fatte utvisningsvedtak hvor barn er involvert. Barneombudets rapport vil forhåpentligvis skape større bevissthet rundt hvordan barn rammes.

³⁵⁰ Se Rettferdighet (2010) s.181

³⁵¹ Uttalelse fra spesialist i klinisk psykologi i LB-2010-14764

³⁵² Barn med utviste foreldre (2012) s.13

³⁵³ Ibid s.20

Når utvisning er en så inngripende sanksjon mener jeg at norske myndigheter må belegge at man med slike inngrep oppnår formålet om allmennprevensjon. Jeg har ikke funnet forskning på eller spor av vurderinger i forarbeidene om at utvisning oppnår formålet. Samtidig kan det være grunn til å spørre om en ikke med andre virkemidler vil kunne oppnå formålet om allmennprevensjon.

UDI kom i 2011 med en utredning til Justisdepartementet om «*Alternative sanksjonsformere til utvisning ved brudd på utlendingsloven*».³⁵⁴ Alternativene er å ilegge administrativt overtredelsesgebyr eller tilleggestid for permanent oppholdstillatelse. Dette er et steg i riktig retning, men vil antageligvis ikke gjelde mer alvorlige brudd på utlendingsloven. Slike alternative sanksjoner vil trolig ikke være aktuelt for brudd på straffeloven da utlendingen allerede er straffet. Barn av kriminelle utlendinger vil ofte ha opplevd en adskillelse ved forelderens soning. For å forhindre at et barn igjen blir adskilt fra dennes forelder, kan det spørres om det ikke er tilstrekkelig at utlendingen har sonet sin straff .

³⁵⁴ UDI (2011). Justisdepartementet har ikke tatt stilling til UDIs forslag

11 Litteraturliste

11.1 Bøker

Alston, Philip og Gilmour-Walsh, Bridget *The Best Interest of the Child- towards a synthesis of childrens rights and cultural values*. Unicef, 1996.

Arai-Takahashi, Yutaka *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Intersentia, 2001.

Backer, Inge Lorange *Naurvern og naturinngrep- forvaltningsrettslige styringsmidler*. Oslo, Universitetsforlaget, 1986.

Barnekonvensjonen- barns rettigheter i Norge. Sandberg, Kirsten... [et al.]. Oslo, Universitetsforlaget, 2008.

Barnerett- i et internasjonalt perspektiv. Mary-Ann Hedlund... [et al.]. Bergen, Fagbokforlaget, 2008.

Boe, Erik *Innføring i Juss, Juridisk tenkning og rettskildelære*. Oslo, Tano Aschehoug, 1996.

Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E. *Rettskildelære*. 4. utgave. Oslo, Tano aschehoug, 1997.

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

Emberland, Marius *The Human Rights of Companies. Exploring the Structure of ECHR Protection*. Oxford, 2006.

Fleischer, Carl August *Rettskilder og juridisk metode*. Oslo, Ad Notam Gyldendal, 1998.

Frihagen, Arvid *Forvaltningsrett Bind I- III*. Bergen, Forlaget A.Frihagen A/S, 1992.

Hov, Jo *Rettergang 1*. Oslo, Papinia, 2012.

Høstmæling, Njål *Internasjonale Menneskerettigheter*. Oslo, Universitetsforlaget, 2003.

Jacobs, Francis G., Robin C.A Withe og Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*. 5. utgave, Oxford, 2010.

Kilkelly, Ursula. *The Child and the European Convention on Human Rights*.
Storbritannia, 1999.

Kjølbros, Jon Fridrik *Den europeiske menneskerettigheds konvention- for praktikere*.
København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005.

Leach, Philip *Taking a Case to the European Court of Human Rights*. 3.utgave, Oxford
university press, 2011.

Reid, Karen *A practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*.
3.utgave, London, 2008.

Rettferdighet Anne Hellum... [et al.]. Universitetsforlaget, Oslo, 2010.

Stang, Elisabeth Gording *Det er barnets sak- Barnets rettsstilling i sak om hjelpetiltak
etter barnevernloven § 4-4*. Oslo, Universitetsforlaget, 2007.

Theory and practice of the European Convention on Human Rights Pieter Van
Dijk...[et. al.]. 3.utgave, Nederland,1998.

Utlendingslovens kommentarutgave Vigdis Vevstad [et al.]. Oslo, Universitetsforlaget,
2010.

Aall, Jørgen *Rettsstat og Menneskerettigheter*. 3.utgave, Bergen, Fagbokforlaget, 2011.

11.2 Artikler

Broch, Lars Oftedal. *Skjønnsmarginen i nyere praksis fra Den europeiske
menneskerettsdomstolen: Lov og Rett*. 2005, s.259-282.

Gerards, Janneke. *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*:
European Law Journal. January 2011. Volume 17, Issue 1, pages 80–120.

Jansen, Lars Finholt. «Bergenskolen»: *Nye perspektiver på den rettslige metodes normative grunnlag*: Jussens venner 2/2007 s.108-122.

Graver, Hans Petter *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*: Tidsskrift for Rettsvitenskap 04-05/2004 s.465-498

Kaasin, Janne. *Statens forpliktelser etter EMK artikkel 3 og 8 når privatpersoner utøver seksuell vold mot kvinner* Tidsskrift for Rettsvitenskap 04-05/2006 s.581-619.

Kilkelly, Ursula. *The Best of Both Worlds for Children's Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of the UN Convention on the Rights of the Child*. Human Rights Quarterly, 2001, Vol.23(2), p.308-326

Lønseth, Pål *Barna blir hørt*. Dagsavisen, 11. juli

http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/aktuelt/taler_og_artikler/politisk_ledelse/taler-og-artikler-av-statssekretar-pal-k/20111/barna-blir-hort.html?id=651471

McAdam, Jane *Seeking Asylum under the Convention on the Rights of the Child: A Case for Complementary Protection*: International Journal of Children's Rights. Volum 14, 2006.

Pettersen, Silje Vatne *Mer likedelt med ulik arbeidstidsordning?* Samfunnsspeilet nr. 4 2004. <http://www.ssb.no/ssp/utg/200406/05/>

Risnes, Brynjulf *Uholdbart av Lønseth*. Dagsavisen 21.juli 2011

<http://www.dagsavisen.no/nyemeninger/brynris/>

Risnes, Brynjulf *Empati som rettskilde – vektlegging av hensynet til barn i utvisningssaker*: Kritisk Juss 2012, nr.1 s.62-68

Skoghøy, Jens Edvin. *Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettsanvendelse*. Fagbokforlaget, 2002. Publisert i Nybrott og odling- festskrift til Nils Nygaard s.323 (FEST-2002-nn-323)

Eekelaar, John *THE IMPORTANCE OF THINKING THAT CHILDREN HAVE RIGHTS*: International Journal of Law and the Family 6, (1992), 221-235

Stub, Marius *Kan avgjørelse om undersøkelser og beslag i tilsynsøyedmed være enkeltvedtak?*. Tidsskrift for rettsvitenskap.2008, nr.1, s.35-74

Svensen, Thomas K. *Rt. 2001 side 995 - domstolenes kompetanse til å gi dom for realitet*. Lov og Rett nr.2 2003 s.94-114.

Sørensen, Christian Børge *Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen*: Tidsskrift for rettsvitenskap. 2004 s.134-

Søvig, Karl Harald *Familieretten og utlendingsretten Darren Omoregie m.fl. mot Norge, klagenr. 265/07 EMD-2007-265, dom av 31. juli 2008*:Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål. 2008, nr.3 s.223-225.

Søvig, Karl Harald *Hensynet til barna ved utvisning av foreldre*:Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål. 2011, nr.4 s.281-300.

Zermatten Jean *The Best Interests of the Child Literal Analysis, Function and Implementation*. Working Report, 2010.

11.3 Lovgivning

11.3.1 Norske lover

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

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

Lov om tvangfullbyrdelse (tvangfullbyrdelsesloven) 26. juni 1992 nr.86

Lov om Schengen informasjonssystem (SIS-loven) 16.juli 1999 nr.66

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

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) 17.juni 2005 nr.90

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

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

11.3.2 Traktater

Statuttene for den Internasjonale domstolen (ICJ) av 26. juni 1945

Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969

FN-konvensjon om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen) 20. november 1989 med protokoller

- Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure (A/HRC/17/L.8) 9.juni 2011

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) 4.november 1950

11.4 Dommer

11.4.1 Høyesterett

Rt. 1960 1374

Rt 1982 241(Altasaken)

Rt 1996 551

Rt 1996 1510

Rt 1996 1754

Rt 1998 1795

Rt 2000 591 (Polen-dommen)

Rt 2000 996

Rt 2003 460

RT 2004 134

Rt.2004 1737

Rt 2005 229 (Pakistaner-dommen)

Rt 2005 833

Rt 2007 667

Rt 2007 1815

Rt 2008 833

Rt 2009 705 (EØS-dommen)

Rt 2009 851

Rt 2009 534 (Nunez-dommen)

Rt 2009 1374

Rt 2010 1430 (Kurder-dommen)

Rt-2011-213

Rt 2011 948

Rt 2012 667 (Sri Lanka-dommen)

HR-2012-1274-U (Høyesteretts ankeutvalg)

HR-2012-1564-U (Høyesteretts ankeutvalg)

11.4.2 Lagmannsrettene

LB-2008-84594

LB-2010-14764

LB-2010-40764

LB-2011-68731

LB-2011-135931

LB-2011-86996

11.4.3 EMD

Dommene er avsagt av Den europeiske menneskerettighetsdomstol. Dommene er funnet i EMDs database HUDOC:

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

A.A mot Storbritannia, nr.8000/08, 20.12.2011.

Aftab mot Norge (avvist), nr. 32365/96, 4.5.2000.

Airey mot Irland, nr. 6289/73, 9.10.1979.

Akdivar mot Tyrkia, nr. 99/1995/605/693, 1.4.1998.

Amrollhai mot Danmark, nr.56811/00, 11.10.2002.

Antwi mot Norge, nr. 26940/10, 14.2.2012.

Arvelo Aponte mot Nederland, nr. 28770/05, 3.11.2011.

Berrehab mot Nederland, nr. 10730/84, 21.6.1988.

Boultif mot Sveits, nr.54273/00, 2.11.2001.

Darren Omoregie mot Norge, nr. 265/07, 31.10.2008.

Da Silva and Hoogkamer mot Nederland, nr.50435/99, 3.7.2006.

Golder mot Storbritannia, nr. 4451/70, 21.2.1975.

Handyside mot Storbritannia, 5493/72, 07.12.1996.

Hoffman mot Østerrike, nr. 12875/87, 23.6.1993.

Hussein mot Norge (avvist), nr.36844/97, 4.5.2000.

Joseph Grant mot Storbritannia, nr. 10606/07, 5.6.2009.

Keles mot Tyskland, nr. 32231/02, 27.1.2006.

Khan mot Storbritannia, nr. 47486/06, 2.1.2010.

Konstantinov mot Nederland, nr. 16351/03, 24.9.2007.

Maslov mot Østerrike, nr. 1638/0, 23.6.2008.

Mbengeh mot Finland (avvist), nr. 43761/06, 24.3.2009.

Mehemi mot Frankrike, nr. 85/1996/704/896, 26.9.1997.

Najafi mot Sverige, nr. 28570/03. 6.7.2004.

Ndangoya mot Sverige, nr. 17868/03, 22.6.2004.

Neulinger and Shuruk mot Sveits nr. 41615/07, 6.7.2010.

Nunez mot Norge, nr. 55597/09, 28.6.2011.

Omojudi mot Storbritannia, nr. 1820/08. 24.2.2010.

Onur mot Storbritannia, nr. 27319/07, 6.7.2009.

P.P. & others mot Storbritannia, nr. 25297/94, 16.1.1996.

Sezen mot Nederland, nr. 50252/99, 3.7.2006.

Silver mot Storbritannia, nr. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.3.1983.

Sunday Times mot Storbritannia, nr. 6538/74, 26.4.1979.

Tajdirti mot Nederland (avvist), nr. 22050/04, 11.10.2005.

Timocin mot Sveits (avvist), nr. 27275/95, 28.06.1995.

Tyrer mot Storbritannia, nr. 5856/72, 25 April 1978.

Üner mot Nederland, nr. 46410/99, 18.10.2006.

Yesufa mot Storbritannia, nr. 7347/08, 26.1.2010.

Yilmaz mot Tyskland, nr. 52853/99, 17.7.2003.

11.5 Forarbeider

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

Ot.prp.nr.75 (1993-1994) *Om lov om endringer i forvaltningsloven mv. 20.mai 1994.*

Innst.O.nr.51 (1998-1999) *Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven).*

Ot.prp.nr.3 (1998-1999) *Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)*

NOU 2001:32 *Rett på sak - Lov om tvisteløsning (tvisteloven)*

NOU 2004:20 *Ny utlendingslov*

Ot.prp.nr.75 (2006-2007) *Utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)*

Ot.prp.nr.72 (2007-2008) *Utlendingslovgivinga (reglar for EØS- og EFTA-borgarar o.a.) (endringslov)*

Ot.prp.nr.104 (2008-2009) *om endringer i barnelova*

NOU 2010:12 *Ny klageordning for utlendingssaker*

11.5.1 Instruks

UDI Rundskriv: RS-2010-069 *Opphevelse av innreiseforbudet eller adgang til Norge for kortvarig besøk uten at innreiseforbudet oppheves – utlendingsloven §§ 71 annet ledd og 124 annet ledd*, av 5.juli.2010.

UDI Rundskriv 2010-024 *Utvising etter utlendingsloven §§ 66, 67 og 68 - brudd på utlendingsloven og/eller straffbare forhold*. 1.januar 2010

GI-2011-14 *Instruks om utøving av skjønn etter utlendingslova § 70 - vurdering av forholdsmessighet i utvisingssaker som rårkar barn*. 4.november 2011.

11.6 Internett

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

Barneombudets rapporter: *Barn med utviste foreldre*. 2012

http://www.barneombudet.no/sfiles/78/85/2/file/bo_barn_med_utviste_foreldre_es.pdf

Kriminalitetskontroll ved Europas grenser ved Insituttet for kriminologi og rettssosiologi: <http://www.jus.uio.no/forskning/prosjekter/crimmigration/index.html>

UDI (2011) og (2012) Eposter fra statistikk@udi.no

Høyesteretts henviste saker:

<http://www.domstol.no/upload/HRET/HENVISTE%20SAKER%20internett.pdf>

11.7 Annet

CRC/C/GC/7/Rev.1 CRC - General Comment No. 7: Implementing child rights in early childhood. 20 September 2006

Europarådets anbefalinger 1504 (2001) *on the non-expulsion of long-term immigrants*

UN doc E/CN.4/1989/48 Working Group to the Commission on Human Rights (tilgjengelig i *Legislative History of the Convention on the rights of the child* Office of

the United Nations, High Commissioner for Human Rights. Volum 1, United Nations, New York og Geneve, 2007.

Utlendingsdirektoratet *Alternative sansaksjonsformer til utvisning ved brudd på utlendingsloven. 29.april 2011*

Utlendingsdirektoratet *Praksisforeleggelse etter utlendingsloven- utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a, § 66, annet ledd og § 70- endring av praksis som følge av dom i EMD og Høyesterett- vurdering av barnets beste i utvisningssaker ved brudd på utlendingsloven. 14.juli 2011.*

