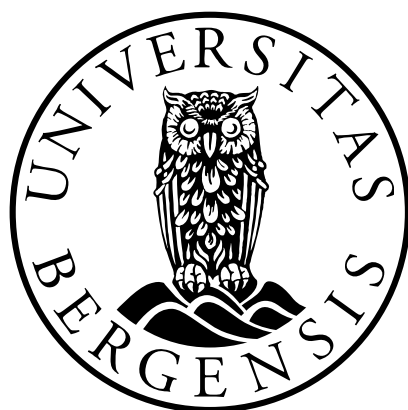


Skal barnet lastes for at forelderen oppgir uriktige opplysninger til myndighetene?

*En analyse av hensynet til barnets beste ved
utvisning av forelderen*

Kandidatnummer: 69

Antall ord: 14940



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.2016

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	5
1.1 Avhandlingens tema og problemstilling.....	5
1.2 Aktualitet.....	6
1.3 Avgrensning.....	6
1.4 Videre fremstilling.....	7
2 Metode og rettskilder	8
2.1 Nasjonal metode og rettskilder.....	8
2.2 Internasjonal metode og rettskilder.....	8
2.2.1 Menneskerettsdomstolens metode.....	8
2.2.2 Barnekonvensjonen.....	9
3 Presentasjon av det norske utvisningsregelverket	11
3.1 Introduksjon.....	11
3.2 De objektive vilkårene for utvisning ved uriktige opplysninger.....	12
3.2.1 Uten oppholdstillatelse.....	12
4 Forholdsmessighetsvurderingen	13
4.1 Introduksjon.....	13
4.2 Vilkårene i utlendingsloven § 70.....	13
4.2.1 Introduksjon.....	13
4.2.2 Vilkåret «uforholdsmessig tiltak».....	13
4.2.3 Vilkåret «forholdets alvor».....	14
4.2.4 Vilkåret «utlendingens tilknytning til riket».....	14
4.2.5 Vilkåret «nærmeste familie».....	15
4.2.6 Vilkåret «barnets beste».....	15
4.3 Internasjonale forpliktelser som setter begrensninger i forholdsmessighetsvurderingen etter utl.70.....	15
4.3.1 Retten til respekt for «family life» etter EMK art.8.....	15
4.3.2 Inngrep i retten for «family life» etter EMK art. 8 nr.2.....	16
4.3.3 Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1.....	17
4.4 Skjæringstidspunktet for hvilke faktiske omstendigheter som skal legges til grunn ved domstolsprøving.....	18
4.4.1 Introduksjon.....	18

4.4.2 Skjæringstidspunktet i de norske domstolene og betydning av Rt.2015 s.93	18
4.4.3 Skjæringstidspunktet i Menneskerettsdomstolen	21
4.4.4 Skjæringstidspunktet i Barnekonvensjonen.....	21
5 Analyse av hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen i nasjonal og internasjonal rettspraksis	22
5.1 Introduksjon.....	22
5.2 Belastningsterskel ved uriktige opplysninger.....	22
5.2.1 Høyesterettspraksis	22
5.2.2 Menneskerettsdomstolen	24
5.3 Momenter som påvirker vekten av hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen	24
5.3.1 Om familielivet kan reetableres i den utvistes hjemland i Høyesterett	24
5.3.2 Om familielivet kan reetableres i den utvistes hjemland i EMD.....	26
5.3.3 Barnets omsorgssituasjon, barnets sårbarhet og betydningen av den utvistes rolle som omsorgsperson i Høyesterett.....	29
5.3.4 Barnets omsorgssituasjon, barnets sårbarhet og betydningen av den utvistes rolle som omsorgsperson i EMD	31
5.3.5 Lang saksbehandlingstid i Høyesterett	33
5.3.6 Lang saksbehandlingstid i EMD.....	34
5.3.7 Statsborgerskap i Høyesterett	35
5.3.8 Statsborgerskap i EMD.....	36
5.4 Sammenligning av Høyesteretts- og EMDs praksis	36
5.5 Har hensynet til barnets beste blitt endret som følge av Grunnlovsrevisjonen?.....	37
6 Avsluttende bemerkninger.....	40
7 Kilder	41

1. Innledning

1.1 Avhandlingens tema og problemstilling

Et utvisningsvedtak er den sterkeste reaksjonsformen utlendingsmyndighetene kan fatte overfor en utlending.¹ Vedtaket innebærer at utlendingen har en plikt til å forlate landet og får et forbud mot å reise inn i Norge, enten i en tidsbegrenset periode eller et varig innreiseforbud.² I tillegg vil et utvisningsvedtak som hovedregel innebære et innreiseforbud i hele Schengen-området.³

En utlending kan bli utvist på grunn av brudd på utlendingsloven eller brudd på straffeloven.⁴

Hvis de objektive vilkårene for utvisning foreligger, skal det foretas en subjektiv forholdsmessighetsvurdering etter utlendingsloven (utl.)⁵ § 70. I vurderingen om utvisning er et «uforholdsmessig tiltak» etter utl. § 70, vil hensynet til utlendingen selv og hans familie avveies mot statens behov for å reagere på lovbruddet.

Forholdsmessighetsvurderingen må være i samsvar med Norges menneskerettslige forpliktelser blant annet etter Barnekonvensjonen (BK),⁶ Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK)⁷ jf. menneskerettsloven (mrl.)⁸ §§ 2 nr. 1 og nr. 4, utl. § 3 og etter Grunnloven (GrL.)⁹ §§ 102 og 104 2.ledd.

I de tilfeller hvor utlendinger med barn i riket¹⁰ blir utvist, vil hensynet til barnets beste etter BK art. 3 nr. 1, GrL. §104 2.ledd og praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)¹¹ være viktige rettskilder i forholdsmessighetsvurderingen. Det kan stilles spørsmål om hva slags styrke hensynet til barnets beste har, og hvor stor vekt dette hensynet har ved avveiningen mot utlendingens lovbrudd.

Avhandlingens tema handler følgelig om forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70 ved utvisning av en utlending med barn i riket. Mer spesifikk skal oppgaven foreta en rettsvitenskapelig analyse av nasjonal og internasjonal rettspraksis, og fastlegge styrken til hensynet til barnets beste og dens vektlegging opp mot tilfeller hvor utlendingen har oppgitt uriktige opplysninger til myndighetene.

¹ Etter utlendingsloven § 5 forstås utlending enhver som ikke er norsk statsborger. «Utlending» vil i denne sammenheng bli brukt for den forelder som utvises.

² Utlendingsloven § 71 jf. utlendingsforskriften § 14-2.

³ Ot.prp. nr. 75 Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) (2006-2007) s.281.

⁴ Se nærmere de objektive vilkårene for utvisning i utlendingsloven §§ 66- 69.

⁵ Lov av 15 mai Nr. 35 2008 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven- utl.).

⁶ Convention on the Rights of the Child, 20th. november 1989 (BK).

⁷ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4th.november 1950 (EMK).

⁸ Lov av 21 mai Nr. 30 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven- mrl.).

⁹ LOV-1814-05-17 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven- GrL.).

¹⁰ Med barn i riket forstås i denne sammenheng at barnet har oppholdstillatelse på selvstendig grunnlag. Barnets oppholdstillatelse er ikke avhengig av forelderen som utvises.

¹¹ Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) skal sikre at medlemstatene overholder sine forpliktelser etter EMK jf. EMK art. 19 flg.

Formålet med avhandlingen er å bidra til økt forståelse av, samt identifisere eventuelle forskjeller i Høyesterett- og EMDs praksis ved vektlegging av hensynet til barnets beste. Utvisning må være i samsvar med våre internasjonale forpliktelser. Det er derfor nødvendig å klarlegge om vurderinger utført av de norske domstolene i realiteten er foretatt i tråd med disse forpliktelsene.

1.2 Aktualitet

I 2015 ble det utvist 6412 utlendinger i Norge, av disse ble 3 881 utlendinger utvist på bakgrunn av brudd på utlendingsloven.¹² Det er 1053 flere utvist på grunn av brudd på utlendingsloven enn i 2014, og det høyeste tallet noen gang.¹³ Hvor mange som blir utvist som har barn i Norge fremgår ikke av tallene, men det er nærliggende å tro at det er en økning av tilfeller hvor utlendingsforvaltningen må ta stilling til hensynet til barnets beste etter utl. § 70.

Et utvisningsvedtak er ikke bare et stort inngrep for utlendingen selv, men også for barnets rettigheter, ettersom de faktiske konsekvensene av vedtaket berører barnets omsorgssituasjon. Barn er en sårbar gruppe, og adskillelse av foreldre og barn vil kunne innebære store konsekvenser for barnet. At utlendingsmyndighetene og domstolene tillegger hensynet til barnets beste tilstrekkelig vekt i forholdsmessighetsvurderingen, etter Grl. § 104 2.ledd, BK art. 3 nr. 1 og EMK art. 8, er grunnleggende for rettssikkerheten til det enkelte barn.

Statens behov for en effektiv og rettferdig utlendingsforvaltning taler for å utvise utlendingen, mens hensynet til barnets beste etter Grl. § 104 2.ledd, BK art. 3 nr. 1 og EMK art. 8 taler for at utlendingen skal få lov til å bli i riket. Det skaper en spenning mellom disse hensynene.

Temaets aktualitet underbygges også av at hensynet til barnets beste hele tiden er i utvikling. Hvordan hensynet skal avveies mot innvandringspolitiske hensyn er stadig gjenstand for prøving hos domstolene. I Rt.2015 s.93 ble hensynet til barnets beste tillagt stor vekt i forholdsmessighetsvurderingen. Utlendingen hadde her oppgitt uriktig identitet til myndighetene. Norge har, før Rt.2015 s.93, tidligere blitt dømt i EMD for å ha krenket retten til familieliv etter EMK art. 8, på grunn av for lite vektlegging av hensynet til barnets beste i utvisningssaker.¹⁴ På bakgrunn av det som er beskrevet ovenfor, anses det derfor som et svært viktig og aktuelt tema.

1.3 Avgrensning

Oppgaven omhandler utvisning av tredjelandsborgere,¹⁵ og avgrenses mot reglene for utvisning av EØS-borgere i utl. §§ 122-123. Videre vil oppgaven avgrense mot forholdsmessighetsvurderingen av innreiseforbudet i utl. § 71 jf. utlendingsforskriften § 14-2. Saker hvor barnet selv, eller andre familiemedlemmer enn foreldrene utvises, behandles heller

¹² UDI, Utvisningsvedtak etter statsborgerskap og grunnlag (2015).

¹³ UDI, Utvisningsvedtak etter statsborgerskap og grunnlag (2014).

¹⁴ Nunez v. Norway, Kaplan v. Norway og Butt v. Norway.

¹⁵ Borgere av land utenfor EU/EØS-samarbeidet.

ikke. Det avgrenses også mot utlendingsmyndighetenes skjønnsutøvelse etter utl. §§ 66-68 jf.«kan».

Avhandlingen fokuserer på når utlendingen oppgir uriktige opplysninger til myndighetene, og avgrenses således mot andre brudd i utlendingsloven. Det avgrenses også til de tilfeller der utlendingen begår brudd på straffeloven.

Etter grunnlovsrevisjonen i 2014 har Norge blant annet fått Grl. § 102 om retten til respekt for familielivet og Grl. § 104 om barns menneskerettigheter. Det er foreløpig få dommer som omhandler disse to Grunnlovsbestemmelsene. Til tross for lite rettspraksis knyttet til Grl. §§ 102 og 104 vil bestemmelsene bli behandlet i avhandlingen, men hovedvekten i fremstillingen vil ligge på de folkerettslige kildene.¹⁶ Begrunnelsen er at Grunnlovsbestemmelsene skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene. Høyesterett har imidlertid det selvstendige ansvaret for grunnlovstolkningen.¹⁷

Av internasjonale forpliktelser, vil konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP)¹⁸ og konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)¹⁹ falle utenfor oppgaven.

1.4 Videre fremstilling

I kapittel 2 vil det være en presentasjon av metode og rettskilder. Videre vil det være en kort presentasjon av det norske utvisningsregelverket i kapittel 3. En teoretisk framstilling av de relevante rettskildene, som angir rammen for forholdsmessighetsvurderingen, vil presenteres i kapittel 4. I tråd med oppgavens problemstilling vil kapittel 5 inneholde en analyse av nasjonal og internasjonal rettspraksis ved fastlegging av hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen. Avsluttende bemerkninger kommer i kapittel 6.

¹⁶ Rt.2015 s.93 avsnitt 57

¹⁷ Ibid. avsnitt 64.

¹⁸ International Covenant on Civil and Political rights, 16 December 1966 (SP).

¹⁹ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966 (ØSK).

2. Metode og rettskilder

2.1 Nasjonal metode og rettskilder

Den alminnelige juridiske metoden, som bygger på rettskildeprinsippene, danner grunnlaget for oppgaven. Analysen i oppgaven retter seg primært mot rettspraksis. Rettspraksis må naturligvis forstås i lys av utlendingsloven av 2008 og tilhørende utlendingsforskrift (utf.)²⁰ kapittel 14. Forarbeidene²¹ til utlendingsloven vil også være relevant ved tolkning av loven.

Den nåværende utl. § 70 er en videreføring av den gamle utlendingsloven²² av 1988 §§ 29 2.ledd og 30 3.ledd, slik at rettspraksis knyttet til de gamle bestemmelsene fortsatt er relevante for å fastlegge rettstilstanden.²³ Det er slått fast av Høyesterett i Rt.1998 s.1795 at domstolene har adgang til å prøve forholdsmessigheten fullt ut.²⁴ Når rettspraksis om forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven skal analyseres, er det dermed praksis i perioden etter dette ble fastslått som blir mest relevant.

2.2 Internasjonal metode og rettskilder

Ettersom utvisningsreglene må være i tråd med våre internasjonale forpliktelser er rettskildebildet sammensatt, og vi må forholde oss både til nasjonale og internasjonale kilder. Det er særlig EMK art. 8 og BK art. 3 nr. 1 som er relevant for å klarlegge avhandlingens problemstilling. Bestemmelsene er inkorporert i norsk rett gjennom mrl. § 2 nr. 1 og 4 og har forrang fremfor annen lovgiving jf. mrl. § 3 og utl. § 3.

Det ble fastslått i Rt.2000 s.996 at ved anvendelse av EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen, men de skal ikke være like dynamiske som EMD i sin tolkning av EMK.²⁵ Norske domstoler skal imidlertid benytte den samme metoden som EMD bruker ved anvendelse av EMK.²⁶

2.2.1 Menneskerettsdomstolens metode

Menneskerettighetskonvensjonen skal tolkes i samsvar med Wien-konvensjonen (WK).²⁷ Dermed fortolkes EMK i utgangspunktet i den naturlige forståelsen av ordlyden og i lys av konvensjonens «object and purpose» jf. WK art. 31 (1).

²⁰ Forskrift av 15 oktober Nr. 1286 2009 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskrift- uf.). Fastsett av Arbeids- og inkluderingsdepartementet (nå Justis- og beredskapsdepartementet og Arbeids- og sosialdepartementet) med hjemmel i utl.

²¹ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) s.280-294.

²² Lov av 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) og endringer i lov om fri rettshjelp.

²³ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s.292.

²⁴ S.1802.

²⁵ S.1008.

²⁶ S.1007.

²⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties, 23th. may 1969 (WK).

Menneskerettsdomstolen legger stor vekt på formålsbetraktninger, og EMK anses som et «living instrument». Resultatet er at innholdet i EMKs rettighetskatalog er i stadig endring, og rettighetene tolkes kontinuerlig i tråd med samfunnsutviklingen.²⁸

Menneskerettsdomstolen anser seg ikke bundet av sine tidligere avgjørelser, men vil ofte være forsiktig med å fravike dem, på grunn av forutsigbarhet og likebehandling.²⁹

Videre er læren om statens skjønnsmargin «margin of appreciation» er del av EMDs tolkningsstil. Skjønnsmarginen innebærer at nasjonalstatene blir gitt en viss frihet for hvordan konvensjonsforpliktelsene skal gjennomføres i nasjonal rett, og angir yttergrensen for hva som er akseptabelt etter konvensjonen.³⁰ Menneskerettsdomstolen vil ikke blande seg hvis statens handlinger er foretatt innenfor statens skjønnsmargin. Hvorvidt skjønnsmargin varierer med blant annet inngrepets formål, rettighetens karakter og graden av felles europeisk oppfatning.³¹

I utvisningssaker er staten i utgangspunktet gitt en vid skjønnsmargin etter EMK art. 8, ettersom statene selv har rett til å avgjøre spørsmål om innvandring og opphold.³²

Rekkevidden av skjønnsmarginen i utvisningssaker vil avhenge av inngrepets styrke overfor utlendingens selv og utlendingens familiemedlemmer, samt av de konkrete omstendighetene i saken. Jo mer inngripende utvisningen er for barnet, desto mer snevres statens skjønnsmargin i den konkrete sak. EMD vil dermed foreta en mer inngående prøving av nasjonalstatens syn på konvensjonsmessigheten, se kap.5.3.

Menneskerettsdomstolen har i flere utvisningssaker tolket EMK i lys av prinsippet om «barnets beste» etter BK art. 3 nr. 1, noe som tyder på at BK kan være relevant ved tolkningen av konvensjonen jf. WK art. 31 nr. 3 (c).³³

2.2.2 Barnekonvensjonen

Barnekonvensjonen skal tolkes i sammenheng med konvensjonenes gjenstand og formål jf. «object and purpose» i WK art. 31 (1).

Det spesielle med barnekonvensjonen, er at konvensjonen skal tolkes i lys av BK sine fire prinsipper om ikke-diskriminering i art. 2, om barnets beste i art. 3 nr. 1, om barnets rett til liv og utvikling art. 6 og om barnets rett til å bli hørt i art. 12.³⁴

FNs barnekonvensjon fikk i 2011 en tredje tilleggsprotokoll om individuell klagerett til FNs barnekomité for brudd på konvensjonens rettigheter. Barnekomiteen vil dermed kunne utvikle sin egen case law, som kan få betydning for tolkningen av Barnekonvensjonen.³⁵ Protokollen trådte i kraft i april 2014, men Norge har ennå ikke ratifisert den.³⁶ Det eksisterer ikke en

²⁸ Tyrer v. The United Kingdom para.31.

²⁹ Stafford v. The United Kingdom para.68.

³⁰ Jacobs (2014) s.80-81.

³¹ Ibid s. 328 og Aall (2015) s.159.

³² Nunez v. Norway para.71.

³³ Ibid. para.78, Neulinger and Shuruk v Switzerland para.131 og Jeunesse v. The Netherlands para.109.

³⁴ Smith (2016) s.19.

³⁵ Bårdsen (2015) s.8.

³⁶ Rt.2015 s.93 avsnitt 62, Søvig (2016) s.537 og Bårdsen (2016) s.1.

internasjonal domstol knyttet til konvensjonen, og den individuelle klageadgangen under Barnekonvensjonen har per dags dato ikke tatt inn noen saker. Det finnes derfor få rettskildemessige holdepunkter for å fastlegge innholdet i flere bestemmelser, deriblant BK art. nr. 3 nr. 1.³⁷

FNs barnekomité er barnekonvensjonens overvåkningsorgan.³⁸ Komiteen utgir «General Comments» om tolkning av enkelte artikler eller særlig viktige spørsmål. Disse kommentarene er ikke rettslige bindende, men «de er verdifulle retningslinjer for tolkningen og anvendelsen av konvensjonen».³⁹

Det er imidlertid uenigheter i det norske rettsvitenskapelige miljøet vedrørende hvor tungtveiende «General Comments» skal være ved tolkning av BK art. 3 nr. 1 og Grl. § 104 2.ledd, noe avhandlingen ikke behandler inngående.⁴⁰ Begrunnelsen er fordi at problematikken angående vekten til «General Comments» ikke kommer direkte på spissen i oppgaven, ettersom oppgavens problemstilling konsentrerer seg om en analyse av hensynet til barnets beste i Høyesteretts- og EMDs praksis. Til tross for uenigheter om vekten til «General Comments» er det enighet om at «General Comments» er relevant ved tolkning BK art. 3 nr. 1 og Grl. § 104.⁴¹ Uttalelser fra FNs barnekomité vil dermed kun anvendes ved fastleggingen av innholdet i uttrykket «barnets beste» i kap.4.3.3.

³⁷ Smith (2016) s.24.

³⁸ BK art. 43.

³⁹ Høstmølingen (2012) s.85.

⁴⁰ Diskusjonen er tatt opp i plenumsdommen Rt.2015 s.1388 avsnitt 150-154 som legger til grunn at «General Comments» kan tillegges vekt ved tolkingen, men vekten vil variere, jf. Rt.2009 s.1261 og Rt.2012 s.1985. Søvig (2016) s.537 og Stub (2016) s.108 støtter samme synspunkt som plenumsdommen og begrunner med sine ulike synspunkt. I Rt.2015 s.93 avsnitt 65 uttaler førstvoterende med henvisning til komiteen at «hensynet til barnets beste skal ha stor vekt. Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen». Høyesterett gir uttrykk for at komiteens generelle kommentarer er tungtveiende ved fastlegging av BK art. 3 nr. 1. Bårdsen (2016) s.4 fremholder at «barnekomiteens generelle kommentarer gir grunnlag for sikre slutninger om hva konvensjonen krever i en situasjon som den Høyesterett har til avgjørelse, vil altså komiteens syn tillegges stor vekt».

⁴¹ Rt.2015 s.93 avsnitt 64-65 og Jeunesse v. The Netherlands para.74.

3 Presentasjon av det norske utvisningsregelverket

3.1 Introduksjon

Reglene om utvisningsadgang befinner seg i utl. kapittel 8. Reglene suppleres med uf. kapittel 14. Som nevnt innledningsvis er det to hovedårsaker til at personer blir utvist fra Norge, herunder brudd på utlendingsloven eller brudd på straffeloven. Førstnevnte er en «direkte konsekvens for rettighetene man ønsker å tilegne», mens sistnevnte ikke har sammenheng med rettighetene i utlendingsloven, utvisning er dermed i tillegg til den ordinære straffen.⁴²

Utlendingsloven §§ 66, 67 og 68 oppstiller de objektive vilkårene for utvisning av utlendinger fra riket. De objektive utvisningsreglene i utl. §§ 66, 67 og 68 er bygget opp på den måten at reglene differensierer utvisningsgrunnene etter type formalisert oppholdstillatelse man har.⁴³ Utvisning kan likevel ikke fattes dersom vedtaket er uforholdsmessighet, se kap.4.

Ettersom avhandlingens tema gjelder utvisning ved oppgivelse av uriktige opplysninger til myndighetene, er det utvisning av utlendinger uten oppholdstillatelse som er relevant, eventuelt må det iverksettes tiltak for å frata utlendingen oppholdstillatelse. Det vil derfor kun presenteres en kort gjennomgang av de objektive vilkårene for utvisning ved uriktige opplysninger i utl. § 66 1.ledd litra a. Oppgaven gir følgelig ikke en uttømmende fremstilling av utvisningsvilkårene. Begrunnelsen er at utvisningsvilkårene er retts tekniske enkle kriterier og er som regel ikke omtvistet i saker som står for domstolene.⁴⁴ Det er som regel den subjektive forholdsmessighetsvurderingen i utl. § 70 som er omtvistet ved utvisningssaker.

Norske statsborger og utlendinger som er født i riket, og som senere uavbrutt har fast bopel her, nyter et absolutt vern mot utvisning jf. utl.§ 69. Utvisning er med andre ord en sanksjon som brukes overfor dem med annen statsborgerskapstilknytning enn norsk. En utlending som er vernet mot retur kan heller ikke utvises.⁴⁵ Utvisningens varighet bestemmes i utl.§ 71, mens utl.§ 72 inneholder reglene om prosessuell vedtakskompetanse.

Vedtaket om utvisning defineres ikke som straff.⁴⁶ Saksgangen ved utvisning er som regel at Utlendingsdirektoratet treffer et utvisningsvedtaket.⁴⁷ Politiet forbereder utvisningssakene og forhåndsvarsler utlendingen.⁴⁸ Utlendingsnemnda er klageorganet,⁴⁹ og dersom Utlendingsnemnda opprettholder utvisningsvedtaket, kan utlendingen til slutt prøve utvisningsvedtaket for domstolene.

⁴² Meidell (2013) s.361.

⁴³ Ibid. s.371.

⁴⁴ Meidell påpeker at det er uheldig at Høyesterett ikke tar stilling til de ulike kriteriene i §§ 66-68 på en adekvat måte, ettersom lovtolkning er domstolenes viktigste oppgaver. «Manglende lovtolkning av de objektive vilkårene for utvisning undergraver legalitetsprinsippet og utlendingens rettsikkerhet. Det er ikke gitt at utlendingsmyndighetens egne rundskriv og praktisering av disse reglene verken er i samsvar med lovgivers intensjoner etter utl. eller EMks art.»jf. Meidell (2013) s. 373.

⁴⁵ Utl. § 73 4.ledd.

⁴⁶ Ot.prp nr.75 (2006-2007) s.289.

⁴⁷ Utl. § 72, 1.setning.

⁴⁸ Utl. § 72, 2.setning og uf. § 14-5 2.ledd, 1.setning.

⁴⁹ Utl. § 76 1.ledd, 2.setning.

3.2 De objektive vilkårene for utvisning ved uriktige opplysninger

3.2.1 Uten oppholdstillatelse

Det overordnede spørsmålet er hvem som kan utvises på grunnlag av uriktige opplysninger og hva som må til. Utlendingsloven § 66 regulerer utvisning av «utlendinger» som ikke har oppholdstillatelse i Norge. En utlending er en person som ikke er norsk statsborger jf. utl. § 5. Etter § 66 1.ledd litra a kan en utlending utvises når utlendingen «[...] forsettlig eller grovt uaktsomt har gitt vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger[...]».

Ordlyden «vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger» forutsetter at de uriktige opplysningene må ha vært utslagsgivende for de rettigheter utlendingen ønsker å oppnå. Eksempelvis hvis utlendingen oppgir en uriktig identitet i asylsøknaden eller oppgir en uriktige asylhistorie, og av den grunn får innvilgelse av oppholdstillatelse med flyktningsstatus. De nevnte eksemplene kan blant annet falle innenfor bestemmelsens ordlyd. Både tilbakeholdelse og oppgitt uriktige opplysninger av vesentlig betydning i egen utlendingssak, og i en annens sak, gir grunnlag for utvisning.⁵⁰

Videre må de uriktige opplysninger nå opp til terskelen «forsettlig eller grovt uaktsomt» for at utlendingen skal kunne utvises. Ordlyden omfatter «graden av utlendingens aktivitet og handlinger for å understøtte de uriktige opplysningene».⁵¹ I Rt.2011 s.948 fremgår at det vil være «sentralt å vurdere i hvilken grad de reglene som er overtrådt, etter sin art er særlig viktig for utlendingsmyndighetene skal kunne fylle sin funksjon på en effektiv måte. Det må være rom for en konkret vurdering av i hvilken grad myndighetenes arbeid er blitt vanskeliggjort ved utlendingens overtredelser».⁵² Overtredelsene vil være grovere, jo mer ressurser utlendingsforvaltningen bruker for å bringe fram fakta.⁵³

Dersom utlendingsmyndighetene skal kunne utvise personer med midlertidig eller permanent oppholdstillatelse etter utl. §§ 67 og 68 for brudd på utlendingsloven, må forvaltningen gå gjennom reglene om tilbakekallelse av oppholdstillatelse etter utl.§ 63, slik at utvisning deretter kan besluttes på bakgrunn av utl. § 66 1.ledd litra a.⁵⁴ Når den tidligere lovlige oppholdstillatelsen er tilbakekalt på grunn av uriktige opplysninger, vil utlendingen oppholde seg i riket ulovlig.

⁵⁰ RS 2010-024 avsnitt 5.4.1.

⁵¹ Ibid.

⁵² Avsnitt 47.

⁵³ RS 2010-024 avsnitt 5.4.1.

⁵⁴ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s.290 og s.291.

4 Forholdsmessighetsvurderingen

4.1 Introduksjon

Selv om grunnvilkårene for utvisning etter utl. § 66 1.ledd litra a for utvisning er oppfylt, kan ikke utlendingsmyndighetene utvise dersom utvisningen er et «uforholdsmessig tiltak» overfor utlendingen selv, eller de nærmeste familiemedlemmene jf. utl. § 70.

Vurderingen av hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70 er sammensatt og kompleks. Ikke bare er vurderingen i grenseland mellom juss og innvandringsregulerende politikk, men vurderingen må samtidig harmonisere med våre internasjonale forpliktelser etter EMK art. 8 og BK art. 3 nr. 1.

Etter Grunnlovsrevisjonen i 2014, vedtok Stortinget Grunnloven § 102 som gir en beskyttelse til familielivet. Bestemmelsen suppleres av Grl. § 104 som gir et særskilt vern til barn. Begge grunnlovsbestemmelsene vil «virke styrende for forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70».⁵⁵

4.2 Vilråene i utlendingsloven § 70

4.2.1 Introduksjon

I denne delen presenteres en teoretisk framstilling av vilråene og momentene som inngår i forholdsmessighetsvurderingen i utl. § 70, når utlendingen oppgir uriktige opplysninger til myndighetene. Avhandlingen vil deretter foreta en rettsvitenskapelig analyse av domstolenes praktisering av bestemmelsen i kap.5.

4.2.2 Vilrået «uforholdsmessig tiltak»

Hvorvidt det er et «uforholdsmessig tiltak» å utvise en utlending med barn i riket, beror på en samlet vurdering av samfunnets interesse i å utvise utlendingen som har oppgitt uriktige opplysninger til myndighetene. Dette må veies opp mot de konsekvensene en utvisning vil få for utlendingen selv og utlendingens familie. Vurderingen er skjønsmessig og sammensatt, hvor forvaltningspraksis, norsk rettspraksis og EMD gir veiledning.

Det fremgår av lovforarbeidene at viktige momenter ved overtredelse av utlendingsloven blant annet er utlendingens tilknytning til Norge, vurdert i forhold til tilknytningen til hjemlandet. Hensynet til familien, herunder om utlendingen bor sammen med sin familie, har omsorgsansvar for barn mv. er et annet viktig moment som nevnes. Muligheten for fortsettelse av familieliv i hjemlandet vil være sentralt i denne vurderingen etter forarbeidene.⁵⁶

⁵⁵ Rt.2015 s.93 avsnitt 68.

⁵⁶ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s.281.

4.2.3 Vilkåret «forholdets alvor»

Kriteriet «forholdets alvor» angir overtredelsens art. Kriteriet skal etter bestemmelsen veies mot «tilknytning til riket», og det må derfor kartlegges hvor alvorlig og grovt forholdet som begrunner utvisning er. Jo mer alvorlig overtredelsen er, desto sterkere tilknytning til riket må foreligge før utvisning fremstår som et «uforholdsmessig tiltak».⁵⁷ Alvorlighetsgraden er således svært sentral for å fastlegge terskelen for uforholdsmessighet.

Spørsmålet er hva slags brudd på utlendingsloven som anses alvorlig. Etter norsk rettspraksis vil «forholdets alvor» variere etter hva slags type brudd på utlendingsloven det er tale om.

De norske domstolene vurderer om overtredelsen av utlendingsloven rammer tillitsforholdet og kontrollhensynet som utlendingsloven skal ivareta, og dermed karakteriseres som svært alvorlige forhold.⁵⁸ Spørsmålet er således om oppgivelse av uriktige opplysninger er forhold som rammer kjernen av tillitsforholdet og kontrollhensynet som utlendingsloven skal ivareta.

Flertallet i Rt.2009 s.534 la til grunn at innreise i strid med forbud, oppgivelse av uriktige opplysninger, ulovlig opphold og arbeid i høy grad rammet de kontrollhensyn loven skal ivareta, og dermed måtte karakteriseres som svært alvorlige forhold.⁵⁹

I Rt.2011 s.948 fremhever Høyesterett at ulovlig opphold, ulovlig arbeid og ulovlig innreise ikke vil være de forholdene som rammer de kontrollhensyn som loven skal ivareta i størst grad. Det ble presisert at det som i særlig grad vil utfordre kontrollmulighetene er forhold som å unnlate å oppgi identitet, å gi uriktige opplysninger og å benytte falske dokumenter.⁶⁰

Høyesterett har frem til nå ikke fraveket dette standpunktet i senere avgjørelser, og standpunktet må derfor fortsatt anses som gjeldende rettsnorm. Underrettsavgjørelser har også fulgt rettsnormen i nylige avgjørelser. I Oslo Tingrett januar 2016 ble det fastslått at brudd på reglene i utlendingsloven, særlig om uriktig identitet, ble ansett som meget alvorlige overtredelser av utlendingsloven.⁶¹ Oppgivelse av uriktige opplysninger anses derfor som svært alvorlige forhold, noe som påvirker vurderingen av det neste vilkåret som behandles.

4.2.4 Vilkåret «utlendingens tilknytning til riket»

Ordlyden i vilkåret «utlendingens tilknytning til riket» tilsier en individuell vurdering av utlendings forhold til riket. Vilket skal veies opp mot «forholdets alvor». Til tross for at oppgivelse av uriktige opplysninger anses som svært alvorlige forhold vil domstolene alltid vurdere om det foreligger en slik tilknytning til riket at utvisningen likevel blir uforholdsmessig.⁶² Det er derfor sentralt å klarlegge hvor sterkt utlendingen og hans nærmeste er tilknyttet Norge. I denne vurderingen legges det i lovens forarbeider vekt på utlendingens

⁵⁷ Rt.2005 s.229 avsnitt 36.

⁵⁸ Ibid. avsnitt 48-51, Rt.2011 s.948 avsnitt 35-38 og utl. § 1.

⁵⁹ Avsnitt 48-51.

⁶⁰ Ibid. Se uf. § 14-1. Forskriften kom i 2010 som sier at utlendingen som har hatt ulovlig opphold i riket i mindre enn to år skal som hovedregel ikke utvises på dette grunnlag, hvis utlendingen har barn i Norge og oppfyller visse vilkårene i forskriften.

⁶¹ TOSLO-2015-61746.

⁶² Rt.2009 s.534 avsnitt 52.

tilknytning til hjemlandet, som for eksempel alder ved ankomst til Norge, reiser til hjemlandet, språkferdigheter, om utlendingen har familie og eventuelt mindreårig barn i Norge.⁶³

4.2.5 Vilkåret «nærmeste familie»

Betydning av nær familie i Norge er et viktig moment i forholdsmessighetsvurderingen. Konsekvensene av utvisning skal ikke bare vurderes for utlendingen selv, men også for de nærmeste familiemedlemmene.⁶⁴ Barn, ektefelle og samboer vil klart omfattes av ordlyden «nærmeste familie».⁶⁵

4.2.6 Vilkåret «barnets beste»

Hensynet til «barnets beste» var ikke eksplisitt nevnt i den gamle utlendingsloven av 1988. Et spørsmål som har blitt fremholdt er om en realitetsendring var tilsiktet da dette hensynet ble lovfestet i § 70 1.ledd 2.punktum i utlendingsloven av 2008.⁶⁶

I forarbeidene uttaler departementet at lovfesting av barnets beste i utlendingsloven av 2008 ikke innebærer noen realitetsendring, men har en pedagogisk betydning.⁶⁷ Til tross for departementets uttalelse om at lovfesting av barnets beste ikke har endret det materielle innholdet i § 70, kan det synes som barnets beste likevel har fått en større plass og vekt i den rettslige argumentasjonen ved forholdsmessighetsvurderingen enn tidligere, se kap.5.3 og kap.5.5.

4.3 Internasjonale forpliktelser som setter begrensninger i forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70

4.3.1 Retten til respekt for «family life» etter EMK art. 8

EMK art. 8 lyder som følgende:

«1. *Everyone* has the right to respect for his [...] *family life* [...].

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with *the law* and is *necessary in a democratic society* in the interests of [...] *the prevention of disorder or crime* [...].» (min kursivering).

Barnets rett til familieliv er selvstendig vernet etter bestemmelsen jf. «everyone». Videre må det foreligge et «family life» mellom utlendingen og barnet for at forholdet skal være vernet mot utvisning etter EMK art. 8 nr.1. Familiebegrepet omfatter både barn født i, eller utenfor ekteskap. Adopterte barn faller også innenfor.⁶⁸ Det må heller ikke foreligge samliv mellom

⁶³ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s.292.

⁶⁴ Humlen (2010) s.440.

⁶⁵ Rt.2000.591, Rt.2005 s.229, Rt.2009 s.534 og Rt.2015 s.93

⁶⁶ Sundsdal (2015) s.268.

⁶⁷ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s.292.

⁶⁸ Joseph Grant v. United Kingdom para.30.

utlendingen og barnet for at det skal foreligge et familieliv.⁶⁹ I tilfeller hvor barnet aldri har bodd sammen med utlendingen, vil spørsmålet om det foreligger et familieliv bero på faktorer som arten og lengden av foreldrenes forhold, om de hadde planlagt å få barnet, om utlendingen har bidratt til barneomsorgen samt kvaliteten og hyppigheten av kontakt med barnet.⁷⁰

4.3.2 Inngrep i retten for «family life» etter EMK art. 8 nr. 2

Retten til beskyttelse av «family life» etter EMK art. 8 nr. 1 er ikke absolutt. Myndighetene kan gjøre inngrep i familielivet dersom de tre kumulative vilkårene i EMK art. 8 nr. 2 er oppfylt.

For det første må inngrepet være i samsvar med «the law», som innebærer at utvisningsvedtaket må ha hjemmel i en presis og tilgjengelig nasjonal lov.⁷¹ For det andre må inngrepet falle innunder et av lovens oppramsede formål. Utvisning er begrunnet i å hindre «disorder or crime». Til slutt må inngrepet være «necessary in a democratic society», vurderingen faller i stor grad sammen med den forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas i utl.⁷² EMD har uttalt at vurderingen er todelt; inngrepet må «correspond to a pressing social need» og være «proportionate to the legitimate aim pursued».⁷³ EMD stiller i realiteten spørsmål om det etter de konkrete forholdene er «nødvendig å gå frem på en så inngripende måte».⁷⁴

Spørsmålet som gjør seg gjeldende i oppgaven, er om det foreligger et «family life» mellom barnet og utlendingen etter EMK art. 8 når utlendingen har ulovlig oppholdstillatelse i Norge, og når den tidligere lovlige oppholdstillatelsen er tilbakekalt på grunn av uriktige opplysninger.

EMD har i flere avgjørelser lagt til grunn at i de tilfeller hvor utlendingen har ulovlig oppholdstillatelse i Norge grunnet uriktige opplysninger, vil ikke utlendingen ha en berettiget forventning om «family life». Det foreligger dermed i utgangspunktet ikke en krenkelse av EMK art. 8. For at EMD skal konstatere en familiesplittelse og således en krenkelse av EMK art. 8 må det foreligge «insurmountable obstacles» eller være «impossible or exceptionally difficult» for familien å følge med til utvisningslandet,⁷⁵ se kap.5.3.2 for utgreiing av kravet. Videre fremkommer det av praksis fra EMD at for å fastslå krenkelse av EMK art. 8 når utlendingen har ulovlig oppholdstillatelse i oppholdslandet må det foreligge «exceptional circumstances»,⁷⁶ se kap.5.2.2 for hva som ligger i kravet.

⁶⁹ Berrehab v. The Netherlands para.21.

⁷⁰ Joseph Grant v. United Kingdom para.30.

⁷¹ Olsson v. Sweden para.61.

⁷² Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s.283.

⁷³ Ibid. para.67.

⁷⁴ Aall (2015) s.156.

⁷⁵ Nunez v Norway para.70 og Antwi v. Norway para.89.

⁷⁶ Nunez v Norway para.70 og Antwi v. Norway para.89.

4.3.3 Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1

Det heter i BK art. 3 nr. 1 at:

«In all actions concerning *children*, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, *the best interests of the child shall be a primary consideration*». (min kursivering).

Med «children» siktes til alle personer under 18 år jf. BK art.1.

I Barnekomiteen blir det uttalt at bestemmelsen gir uttrykk for en rett, et prinsipp og en regelprosedyre.⁷⁷ Bestemmelsen gir dermed barnet en konkret rettighet og barnets beste «shall be» et grunnleggende hensyn ved alle saker som berører barn. Formuleringen «shall be» tilsier at konvensjonstatene har en gjennomføringsplikt til å anvende prinsippet ved alle saker som berører barn.⁷⁸ I Rt.2015 s.93 anvendte Høyesterett bestemmelsen med samme forståelse som barnekomiteen gir uttrykk for.⁷⁹ Det hersker imidlertid delte meninger i det rettsvitenskapelige miljøet for hvordan bestemmelsen skal forstås. Avhandlingens problemstilling fokuserer på hvordan Høyesterett og EMD behandler hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen. Høyesterett og EMD vil vektlegge hensynet til barnets beste i saker hvor barn er berørt, uavhengig av hva slags norm BK art.3 nr.1 angir. Problemstilling om hvordan konvensjonsbestemmelsen skal forstås blir derfor ikke aktualisert i avhandlingen.⁸⁰

Barnekonvensjonen har ingen legaldefinisjon av begrepet og ordlyden «the best interests of the child» er vag, uten entydig innhold. Den konkrete fastsettelsen av innholdet må skje fra sak til sak, innholdet er dynamisk og vil variere over tid.⁸¹ Ordlyden tyder på at barnets «interests» må være en del av barnets beste. Barns interesser springer ut av deres personlige forhold, livssituasjon og deres behov.⁸² Barnevernkonvensjonens artikkel 3 nr. 1 må ses i sammenheng med BK art. 12.⁸³ «Det å få fram og ta hensyn til hva barnet selv mener, er et viktig virkemiddel i prosessen mot å finne fram til hva som er barnets beste».⁸⁴

Formuleringen «a primary consideration» gir uttrykk for at barnets beste er *et* og ikke *det* grunnleggende hensyn, hvilket tilsier at andre hensyn kan tillegges like mye om ikke større

⁷⁷ FNs barnekomité General Comment No. 14 (2013) para.6 a-c (heretter forkortet til GC 14).

⁷⁸ GC 14 para. 32 og 14 a-c.

⁷⁹ Rt.2015 s.93 avsnitt 64 jf. avsnitt 69.

⁸⁰ I Plenumsdommene Rt.2012 s.1985 og Rt.2012 s.2039 tar ikke uttrykkelig stilling til om BK art. 3 nr.1 skal forstås slik barnekomiteen gir uttrykk for. I plenumsdommen Rt.2015 s.1338 avsnitt 185 blir det uttalt av førstvoterende at «det er vanskelig å si uttrykkelig om FNs barnekomité i General Comment gir uttrykk for gjeldende rett eller som et siktemål, men at det under enhver omstendighet [...]ikke har forankring som gjør at det endrer det som var lagt til grunn i plenumsdommene i 2012». Stub (2016) s. 106 fremhever at BK art. 3 nr.1 «utgjør en retningslinje for tolkning av de bestemmelser saken gjelder og den skjønnsutøvelsen som disse i tilfeller gir grunnlag for». Rt.2015s.93 avsnitt 64 jf. avsnitt 69 anvender bestemmelsen med samme forståelse som barnekomiteen gir uttrykk for. Haugli (2016) s.54 har samme standpunkt som Barnekomiteen og Rt.2015 s.93.

⁸¹ GC 14 para.32 og Haugli (2016) s.56.

⁸² Ibid.

⁸³ FNs barnekomité General Comment No. 12 (2009) para.68 og GC 14 para.43.

⁸⁴ Haugli (2016) s.52.

vekt. Imidlertid tilsier ordlyden «primary consideration» at barnets beste skal gis høy prioritert og ikke bare behandles som et hensyn på lik linje med andre hensyn.⁸⁵ For at konkurrerende hensyn skal kunne få forrang, må det foretas en vurdering av hvor «sterkt andre hensyn vil gripe inn i hensynet til barnets beste og hvor sterke de motstridende interessene er i seg selv.»⁸⁶ Ingen av bestemmelsene i barnekonvensjonen er i seg selv til hinder for at det treffes vedtak om utvisning. Artikkel 9 nr. 4 forutsetter at statene kan treffe vedtak om utvisning selv om det skulle innebære at et barn blir atskilt fra en forelder.⁸⁷

4.4 Skjæringstidspunktet for hvilke faktiske omstendigheter som skal legges til grunn ved domstolsprøving

4.4.1 Introduksjon

Når domstolene skal vurdere forholdsmessigheten av et utvisningsvedtak, er det relevant å fastlegge et tidspunkt for hvilke faktiske omstendigheter som skal legges til grunn ved prøving. Det er viktig med hensyn til styrken av momentene i forholdsmessighetsvurderingen. For eksempel vil utlendingens tilknytning til riket og barnets tilknytning til utlendingen være sterkere ved et senere tidspunkt enn ved endelig utvisningsvedtak.

4.4.2 Skjæringstidspunktet i de norske domstolene og betydning av Rt.2015 s.93

Etter konstitusjonell sedvanerett er det norske tradisjonelle utgangspunktet at domstolene kan prøve gyldigheten av et forvaltningsvedtak.⁸⁸ Det er i tillegg sikker rett at det kan kreves fastsettelsesdom for brudd på EMK.⁸⁹ Spørsmålet er om vedtakstidspunktet eller domstidspunktet skal legges til grunn ved domstolsprøving ved gyldighetsprøving og krav om fastsettelsesdom.

I 2012 kom det to plenumsdommer, Rt.2012 s.1985 og Rt.2012 s.2039, som gjaldt gyldigheten av UNEs avslag på søknad om asyl og oppholdstillatelse i Norge, og fastsettelsesdom for krenkelse av EMK art. 8 og BK art. 3. Det ble avgjort i begge plenumsdommene at gyldighetsprøvingen av forvaltningsvedtak skjer ut fra faktum på *vedtakstidspunktet*, hvilket innebærer at domstolen ikke kan bygge på nye faktiske omstendigheter som er inntruffet etter vedtakstidspunktet.⁹⁰ I Rt.2015 s.93 (heretter Maria-dommen) var spørsmålet i saken gyldigheten av UNEs vedtak og et håndhevelsessøksmål (fastsettelsessøksmål), med krav om dom for at utvisningsvedtaket var i strid med EMK art. 8. Høyesterett legger enstemmig til grunn at *gyldighetsprøvingen* skal foretas med utgangspunkt i forholdene på vedtakstidspunktet.⁹¹ *Vedtakstidspunktet* er dermed gjeldende rettsnorm ved *gyldighetsprøvingen* av forvaltningsvedtak.

⁸⁵ GC 14 para.39.

⁸⁶ Ibid para. 36-40 og Haugli (2016) s.57.

⁸⁷ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s.283.

⁸⁸ Rt.2012 s.1985 avsnitt 53 og Eckhoff (2010) s.515.

⁸⁹ Rt.2015 s.93 avsnitt 42

⁹⁰ Avsnitt 81 i førstnevnte dom og avsnitt 39 i sistnevnte dom.

⁹¹ Avsnitt 43.

Vedtaksstidspunktet ble videre lagt til grunn for et forvaltningsvedtak hvor det kreves dom for *konvensjonsbrudd av menneskerettigheter* (fastsettelsesdom) i Rt.2012 s.1985. Dissens 14-5 på spørsmålet om skjæringstidspunktet.⁹² I Rt.2012 s.2039 ble det fastslått at det *ikke* kan kreves *fastsettelsesdom* for brudd på BK art. 3. Dissens 11-8 på spørsmålet om fastsettelsesdom.⁹³ Det kan imidlertid stille spørsmål om Høyesterett i Maria-dommen tar en omkamp og har fraveket de to sistnevnte synspunktene.

Det første spørsmålet er om vedtakstidspunktet eller domstidspunktet skal legges til grunn ved fastsettelsesdom av EMK. Maria-dommen uttaler gjennom et obiter dictum, at «ved håndhevelsessøksmål er det situasjonen når saken tas opp til doms som er avgjørende» og viser til Rt.2012 s.2039.⁹⁴ Spørsmålet er om flertallet i plenumsdommen i Rt.2012 s.2039 legger til grunn domstidspunktet ved håndhevelsessøksmål.

Rt.2012 s.2039 gjaldt en familie som hadde fått avslag på søknad om opphold på humanitært grunnlag. Spørsmålet var om UNEs vedtak var gyldig, og krav om fastsettelsesdom for den foretatte uttransporteringen var en krenkelse av EMK art. 8 og BK art. 3. Flertallet i dommen sier ikke uttrykkelig hvilket skjæringstidspunkt som ble lagt til grunn når de vurderte om uttransporteringen førte til krenkelse av EMK art. 8.⁹⁵ Det kan derfor synes som Høyesterett i Maria-dommen foretar en antitetisk tolkning av domspremissene i Rt.2012 s.2039 avsnitt 65 flg. for å danne grunnlag for sitt standpunkt.

I teorien er det fremholdt at «det er ingen holdepunkter i flertallets begrunnelse for at domstidspunktet var avgjørende, og det ble ikke trukket fram noen faktiske forhold i perioden mellom uttransporteringen og Høyesteretts dom».⁹⁶ Med den usikkerhet som knytter seg til om flertallet i Rt.2012 s.2039 legger til grunn domstidspunktet, kan det argumenteres for at Høyesterett ikke hadde gode rettskildemessige belegg for å ta en slik slutning fra Rt.2012 s.2039.

Videre kan det påpekes at Maria-dommen kan være en slik dom der sammensetningen av det kollegiale organet i Høyesterett har hatt betydning for resultatet. Tre av fem dommere i Maria-dommen, altså flertallet, var i mindretall i Rt.2012 s.1985 og Rt.2012 s.2039.⁹⁷ Mindretallet la i de sistnevnte dommene til grunn *domstidspunktet* ved spørsmålet om rekkevidden av domstolsprøving av forvaltningsvedtak ved konvensjonsbrudd på EMK. Det kan imidlertid innvendes at det er for spekulativ, men dommen har vært kritisert for å være uklar i sin fremstilling av skjæringstidspunktet⁹⁸ og Høyesterett går i avdeling mot en tidligere plenumsdom. Det kan argumenteres for at en plenumsbehandling her hadde vært på sin plass.

Plenumsdommen Rt.2015 s.1388 er fremholdt i det rettsvitenskapelig miljøet som en

⁹² Rt.2012 s.1985 Avsnitt 98.

⁹³ Rt.2012 s.2039 avsnitt 101.

⁹⁴ Avsnitt 83.

⁹⁵ Avsnitt 65 flg.

⁹⁶ Holdø (2015) s.252-253.

⁹⁷ Høyesterettsdommer Bårdsen og Bergsjø dissenterte i avsnitt 178 i førstnevnte dom. Høyesterettsdommer Skoghøy, Bårdsen og Bergsjø dissenterte avsnitt 106 i sistnevnte dom.

⁹⁸ Blant annet av Holdø (2015) s.250–257 og Stub (2016) s.92-117.

avklaring for hvilket skjæringstidspunkt som skal legges til grunn ved krav om dom for *konvensjonsbrudd* av EMK.⁹⁹ Plenumsdommen kom etter Maria-dommen. Tre av dommerne i plenumsdommen Rt.2015 s.1388 var også dommere i Maria-dommen.¹⁰⁰ Både Rt.2015 s.1338 og Maria-dommen ble avsagt i 2015 med et mellomrom på elleve måneder.¹⁰¹ Plenumsdommen la enstemmig til grunn at domstolsprøving bygger på faktum på *vedtakstidspunktet* ved barnets beste vurdering etter BK art. 3 nr. 1, og viste til plenumsdommene Rt.2012 s.1985 og Rt.2012 s.2039.¹⁰² Ved første blick kan det synes som om de tre dommerne i Maria-dommen har fraveket sitt standpunkt om at det er *domstidspunktet* som gjelder ved fastsettelsesdom.

Det som er viktig å få frem er hva saken gjaldt og hva ankemotparten krevde dom for. Plenumsdommen Rt.2015 s.1388 gjaldt *gyldigheten* av UNEs avslag på søknad om asyl og opphold på humanitært grunnlag. Saken gjaldt ikke spørsmål om krav på *fastsettelsesdom* av EMK eller BK, men en gyldighetsprøving av et forvaltningsvedtak. Det taler for en viss svekkelse for synspunktet at man har fått en avklaring av spørsmålet.

Likevel er det uklart om Høyesterett uttrykkelig sier at vedtakstidspunktet gjelder kun gyldighetsprøving. Høyesterett uttaler at det er «vedtakstidspunktet som er avgjørende»¹⁰³ og henviser til Rt.2012 s.1985 avsnitt 153 og Rt.2012 s.2039 avsnitt 39. Ordbruken kan enten forstås som at vedtakstidspunktet gjelder for både gyldighetsprøvingen og fastsettelsesdommen, eller bare for gyldighetsprøvingen. At Høyesterett ikke får dette tydelig frem i dommen, gir rom for tolkningsspørsmål.

Imidlertid må Høyesteretts uttalelse om at «vedtakstidspunktet[...]er avgjørende»¹⁰⁴ ses i sammenheng med hva saken gjaldt. At saken gjaldt spørsmål om *gyldigheten* av et forvaltningsvedtak, må være det avgjørende. Derfor kan det ikke slås fast at Høyesterett har fraveket synspunktet om domstidspunkt ved krav om konvensjonsbrudd for EMK. Høyesterett har frem til nå ikke tatt stilling til skjæringstidspunktet ved fastsettelsesdom i senere avgjørelser, slik at domstidspunktet derfor fortsatt må anses som gjeldende rettsnorm ved krav om håndhevelsessøksmål. Det legges til grunn at ved krav om fastsettelsesdom etter EMK legges *domstidspunktet* til grunn jf. Maria-dommen.

Et annet spørsmål som kan stilles er om det kan kreves fastsettelsesdom for brudd på Barnekonvensjonen. Tre av dommerne i Maria-dommen var i mindretall i Rt.2012 s.2039, hvor de i den sistnevnte dom la til grunn at det kan kreves fastsettelsesdom.¹⁰⁵ Synspunktet for om det kan kreves fastsettelsesdom for brudd på Barnekonvensjonen ble ikke eksplisitt vurdert i Maria-dommen. Høyesterett uttaler at «Barnekomiteen fremhever i General Comment No. 14 at artikkel 3 nr. 1 gir en rett for det enkelte barn som er «directly applicable

⁹⁹ Stub (2015) s. 96 og s.116-117.

¹⁰⁰ Høyesterettsdommer Skoghøy, Bårdsen og Normann.

¹⁰¹ Rt.2015 s.93 ble avsagt 29.01.15 og Rt.2015 s.1388 ble avsagt 18.12.15.

¹⁰² Avsnitt 69-70, 132, 210 og 283.

¹⁰³ Avsnitt 69

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Høyesterettsdommer Skoghøy, Bårdsen og Bergsjø dissenterter i avsnitt 126.

(self-executing) and can be invoked before a court».¹⁰⁶ Videre legger Høyesterett til grunn at «ved håndhevelsessøksmål er det situasjonen når saken tas opp til doms som er avgjørende [...]».¹⁰⁷ Leser man domspremissene i sammenheng, kan det synes som at Høyesterett anser hensynet til barnets beste som en rett.¹⁰⁸ Det kan derfor tale i retning for samme rettstilstand som etter EMK, at man kan kreve fastsettelsesdom ved konvensjonsbrudd. Rettssituasjonen er imidlertid uklar. Dersom det åpnes opp for fastsettelsesdom etter barnekonvensjonen er det naturlig å følge samme rettsnorm som ved fastsettelsesdom etter EMK, altså at *domstidspunktet* legges til grunn ved domstolsprøving.

4.4.3 Skjæringstidspunktet i Menneskerettsdomstolen

I storkammeravgjørelsen Maslov og i kammeravgjørelsen A.A. fastslår EMD at dersom utlendingen er sendt ut på det tidspunktet utvisningssaken er ved behandling hos EMD, vil tidspunktet for faktumfastlegging av «those facts» være «at the time of the expulsion», med andre ord vil skjæringstidspunktet være ved utreisetidspunktet. I de tilfeller der utlendingen ennå ikke er deportert til hjemlandet og fortsatt er i riket, er skjæringstidspunktet ved domstidspunktet ved domstolsprøving.¹⁰⁹

4.4.4 Skjæringstidspunktet i Barnekonvensjonen

Etter BK art. 3 nr. 1 fremgår det at «the best interests of the child shall be a primary consideration». Ordlyden angir ikke hvilke skjæringstidspunkt for hvilke faktiske omstendigheter domstolene skal legge til grunn ved vurdering av barnets beste.

Selve hensynet til barnets beste taler for at tidspunktet for hvilke faktiske omstendigheter som skal legges til grunn, bør være ved domstidspunktet. Barnet vil knytte tettere bånd til sine foreldre og oppholdslandet lengre frem i tid, enn ved vedtakstidspunktet som er på et tidligere stadie. Det kan også argumenteres for at domstolene kan klarlegge barnets situasjon bedre på det aktuelle tidspunktet når saken skal til doms.¹¹⁰ Reelle hensyn taler derfor for at skjæringstidspunktet for barnets beste vurderingen, bør være ved domstidspunkt slik at etterfølgende omstendigheter kan trekkes inn. Til tross for at ordlyden ikke krever at de nasjonale domstolene må legge til grunn faktum ved domstidspunktet, vil skjæringstidspunktet ved domstidspunktet være best i samsvar med Barnekomiteens fokus på en formålsrettet og dynamisk tolkning av konvensjonen, ettersom rettighetene er ment å være reelle og praktikable.¹¹¹

¹⁰⁶ Rt.2015 s.93 avsnitt 65.

¹⁰⁷ Ibid. avsnitt 83.

¹⁰⁸ Se fotnote 80 i avhandlingen.

¹⁰⁹ Maslov v. Austria para.91 og A.A. v. The United Kingdom para.67.

¹¹⁰ Sundsdal (2015) s.275.

¹¹¹ GC 14 para.1, 11 og 32, Smith (2016) s.26 og Sundsdal (2015) s.275.

5 Analyse av hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen i nasjonal og internasjonal rettspraksis

5.1 Introduksjon

I dette kapittelet vil det være en presentasjon av momentene som inngår i barnets beste vurderingen. Analyse av Høyesterettspraksis og EMDs praksis vil illustrere hvordan disse momentene brukes i forholdsmessighetsvurderingen. Det vil være en todeling i domsanalysen. Høyesterettspraksis analyseres først, og deretter EMDs praksis. I kap.5.4 vil det være en sammenligningsdel hvor eventuelle likheter eller ulikheter for hvordan Høyesterett og EMD vektlegger hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen påpekes.

Forholdsmessighetsvurdering er sammensatt. Styrken og vekten av hensynet til barnets beste påvirkes av det konkrete saksforholdet, det er derfor ikke mulig å gi en uttømmende fremstilling av hensynet. Domsanalysen vil derfor fokusere på typetilfeller. Det fokuseres hovedsakelig på tre Høyesterettssaker og fire avgjørelser fra EMDs praksis.¹¹²

5.2 Belastningsterskel ved uriktige opplysninger

5.2.1 Høyesterettspraksis

Når vekten til barnets beste skal veies opp mot forholdets art i forholdsmessighetsvurderingen, har Høyesterett tradisjonelt oppstilt en belastningsterskel.¹¹³ Ved brudd på utlendingsloven vil belastningsterskelen variere avhengig av bruddets alvorlighetsgrad.¹¹⁴

Norske domstoler har i utgangspunktet, ved brudd på utlendingsloven, delt forholdets alvor inn i to ulike kategorier herunder «alvorlige overtredelser» og «meget alvorlige overtredelser».¹¹⁵ Å oppgi uriktige opplysninger til myndighetene, som i stor grad rammer de kontrollhensyn loven skal ivareta, faller innenfor kategorien «meget alvorlige overtredelser» av utlendingsloven. Se kap.4.2.3. Spørsmålet Høyesterett som regel oppstiller, er om det foreligger en slik tilknytning til riket at utvisningen likevel blir uforholdsmessig.

Bakgrunnen for at Høyesterett har fastsatt en høy belastningsterskel når foreldre oppgir uriktige opplysninger til myndighetene, er fordi forholdet rammer kjernen av de kontrollhensyn utlendingsloven skal ivareta.¹¹⁶ Det vil være umulig for myndighetene å utøve

¹¹² Etter en gjennomgang av utvisningssakene i utlendingsretten, syns det at Høyesterett og EMD bruker samme vurderingstema og de samme momentene i relasjon til barnet beste i forbindelse med brudd på straffeloven og brudd på utlendingsloven. Forskjellen er styrken og hvor tungtveiende hensynet til barnets beste er opp mot forholdets art.

¹¹³ Rt.2005 s.229 avsnitt 36 og Rt.2009 s.534 avsnitt 63-65.

¹¹⁴ Rt.2011 s.948 avsnitt 39.

¹¹⁵ Rt.2009 s.534 avsnitt 65 og Rt.2011 s.948 avsnittene 33-39.

¹¹⁶ Rt.2011 s.948 avsnitt 48.

effektiv kontroll med innreise og opphold ettersom Norge i stor grad bygger på tillit til at utlendinger respekterer reglene i utlendingsloven.¹¹⁷ Vurderingstemaet er generelt og anvendes ved både lovlig og ulovlig opphold.¹¹⁸ Det kan derfor tenkes at belastningskravet er utformet for å ivareta retts tekniske hensyn og likebehandling av sakene. For at barnets beste skal få avgjørende vekt i forholdsmessighetsvurderingen når utlendingen har oppgitt uriktige opplysninger, kreves det etter Høyesterettspraksis at barnet påføres «uvanlig store belastninger».¹¹⁹ Ordlyden tilsier at det må foreligge noe utover det vanlige for at barnets beste skal få vekt i forholdsmessighetsvurderingen.

I Rt.2009 s.534 (heretter Nunez-dommen) hadde utlendingen reist til Norge i strid med et innreiseforbud på to år, og oppgitt uriktige og villedende opplysninger om sin identitet. Disse overtredelsene i utlendingsloven, sammenholdt med det ulovlige opphold og arbeid i Norge, lå til grunn for utvisningsvedtaket. Flertallet i Høyesterett la til grunn at barnas omsorgssituasjon var tilfredsstillende. Utvisningsvedtaket ble ikke ansett uforholdsmessig. Avgjørelsen ble avsagt under dissens 3-2. Flertallet i Høyesterett uttalte at barna måtte påføres «uvanlige store belastninger» for at utvisningen var uforholdsmessig. Etter at Høyesterett har gjennomgått bevis materialet for hvilke belastninger en utvisning ville påføre barna, uttaler flertallet at «barnas omsorgssituasjon vil være tilfredsstillende [...] i hvert fall vil den ikke fravike det som er normalt når en av foreldrene utvises fra riket».¹²⁰ At Høyesterett sammenligner barnas belastninger med hva som er normale konsekvenser i tilsvarende situasjoner, tyder på at Høyesterett foretar en generell vurdering. Høyesterett sin fremgangsmåte kan imidlertid føre til at man mister synet av hva som er best for det enkelte barn i den konkrete saken, og således ikke i tråd med prinsippet om hensynet til barnets beste etter BK art. 3 nr. 1. Meidell fremholder at avveiningsnormen «uvanlig stor belastning» viser «lite forståelse for hvilken belastning en utvisning er for barn, og for den sårbare situasjonen[...]» de befinner seg i.¹²¹ Man kan derfor sette spørsmålstegn til hvorfor Høyesterett oppstiller et slik belastningskrav, ettersom det kan gå utover de individuelle forholdene til hva som er barnets beste.

Maria-dommen dreier seg om en kenyansk kvinne som hadde oppgitt uriktig identitet og fødselsdato til myndighetene, og oppholdt seg ulovlig i Norge. Kvinnen var mor til et barn med norsk statsborgerskap (barnet blir heretter kalt Maria). Moren var Marias eneste omsorgsperson, og en utvisning av moren ville også innebære at Maria ville måtte forlate landet. Høyesterett kom enstemmig frem til at utvisningsvedtaket var «uforholdsmessig» fordi hensynet til barnets beste ikke var tilstrekkelig ivaretatt i vedtaket. UNEs vedtak ble dermed kjent ugyldig.

I dommen oppstilte ikke Høyesterett en belastningsterskel ved vurderingen av om utvisning var uforholdsmessig overfor Maria. Spørsmålet er således om Høyesterett har gått bort fra belastningskravet når det kun er tale om én omsorgsperson. Belastningskravet angir hvor store

¹¹⁷ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s.289, Rt.2009 s.534 avsnitt 49 og Rt.2011 s.948 avsnitt 48.

¹¹⁸ Sundsdal (2015) s.272.

¹¹⁹ Rt.2009 s.534 avsnitt 62-65 og Rt.2011 s.948 avsnitt 33-39.

¹²⁰ Avsnitt 72.

¹²¹ Meidell (2010) s.181-182.

belastninger det kreves av barnet ved en utvisning. Et slikt belastningskrav vil i realiteten ramme barnet for foreldrenes lovovertrødelse, og kan være uforenelig med BK art. 3 nr. 1. Når det kun er en omsorgsperson i bildet, kan det synes som at Høyesterett ikke vil oppstille et belastningskrav, da det i realiteten innebærer at barnet blir den største skadelidende ved utvisningen. Et slikt synspunkt kan støttes av at Høyesterett uttaler at «det har betydning[...] ved den samlede avveiningen at [Maria] er den uskyldige parten som rammes hardest av sanksjonen».¹²² Det kan derfor synes som at når barnet er den som rammes hardest av utvisningen, oppstiller ikke Høyesterett kategorisk en belastningsterskel, men ser på de faktiske forholdene i den konkrete saken.

Det er imidlertid uklart om Høyesterett har gått bort fra belastningskravet ettersom Maria-dommen ikke uttrykkelig tar stilling til om belastningskravet faller bort. Det har ikke kommet nyere utvisningssaker med tilnærmet lik omsorgssituasjon, som har tatt stilling til kravets betydning. I nyere rettspraksis, etter Maria-dommen, hvor begge foreldrene hadde omsorg- og foreldreansvaret for barna, ble belastningskravet anvendt.¹²³ Det som i hvert fall anses klart er at Maria-dommen gir et signal om at belastningskravet er blitt lempeligere av hensynet til barnets beste når det er tale om én omsorgsperson.

5.2.2 Menneskerettsdomstolen

I de tilfeller utlendingen har oppholdt seg ulovlig i oppholdslandet, vil utvisningen av utlendingen kun være en krenkelse av familielivet etter EMK art. 8 ved «exceptional circumstances». Ordlyden eksepsjonelle omstendigheter, synes å innebære en snever unntaksregel for at barnets beste skal tillegges avgjørende vekt. I slike saker har EMD tilkjent statene en vid skjønnsmargin.¹²⁴

At EMD oppstiller en høy terskel ved krenkelse av EMK art. 8, ved ulovlig opphold, kan begrunnes med at der familielivet ble etablert, med kunnskap om at den ene parten kan bli utvist, må partene selv bære risikoen for at familielivet ikke kan fortsette i vertslandet.¹²⁵

5.3 Momenter som påvirker vekten av hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen

5.3.1 Om familielivet kan reetableres i den utvistes hjemland i Høyesterett

Det ble fastslått av Høyesterett i Rt.1995 s.72 at «det *ikke* foreligger en familiesplittelse hvis *ikke* det vil være urimelig å forvente at den utvistes ektefelle og barn kan følge med til den utvistes hjemland.»¹²⁶ (min kursivering). Spørsmålet som oppstår, er om det er vanskelig for familien å følge etter den utviste. Utvisningsvedtaket vil ikke være uforholdsmessig hvis barnet kan følge med til den utvistes hjemland. Momentet familiesplittelse vil derfor ikke

¹²² Avsnitt 81.

¹²³ TOSLO-2015-61746 og LB-2014-116444-2.

¹²⁴ Nunez v. Norway para.71–73.

¹²⁵ Ibid. para.70.

¹²⁶ S.80.

bidra til en styrking av hensynet til barnets beste i saker hvor barnet kan følge med til den utvistes hjemland.

I Rt.2005 s.229 (heretter Pakistanerdommen) gjaldt utvisningen brudd på straffeloven, herunder vold og dokumentforfalskning. Høyesterett uttalte at barna måtte påføres «uvanlige store belastninger» for at utvisningen var uforholdsmessig. Etter en vurdering av de straffbare forholdene opp mot belastningene som en utvisning ville medføre for barna, kom Høyesterett til at utvisning var et «uforholdsmessig tiltak». UNEs vedtak ble kjent ugyldig. Avgjørelsen er tatt med på grunn av samme vurderingstema, og momenter i relasjon til hvordan hensynet til barnet beste gjør seg gjeldende i de tilfeller hvor utlendingen oppgir uriktige opplysninger.¹²⁷

Et sentralt spørsmål i forholdsmessighetsvurderingen var om ektefellen og barna kunne følge med den utviste til Pakistan. Høyesterett oppstiller vurderingstemaet om 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».¹²⁸ Uttalelsen tyder på at familiesplittelse i seg selv ikke får vekt i forholdsmessighetsvurderingen, ettersom det er en naturlig konsekvens av utvisning. Høyesterett synes å vurdere familiesplittelse generelt og formelt, og ser dermed ikke på de konkrete og reelle forholdene i selve adskillelsen i den konkrete saken. En slik linje har norske domstoler holdt seg til per dags dato.¹²⁹ Det må dermed være andre momenter til stede, som styrker hensynet til barnets beste, enn kun familiesplittelse for at utvisningen skal vurderes som et «uforholdsmessig tiltak».

Spørsmålet om barna kunne følge med den utviste til Pakistan ble svart bekreftende i UNEs vedtak. Førstvoterende var enig med UNE at det forelå en slik mulighet, men kommer likevel til at «det er *urealistisk*, sett hen til barnas skolegang, språkproblemer mv[...]» (min kursivering).¹³⁰ Høyesterett vurderer ikke om det foreligger objektive muligheter for barna å følge med, men uttaler at det er «*urealistisk*». Uttalelsen indikerer at Høyesterett ser på de subjektive forholdene og de faktiske virkninger, for å vurdere hvor inngripende utvisningsvedtaket vil være for barna.

Bekreftelse på at subjektive forhold og faktiske virkninger vektlegges, fremgår i Maria-dommen. Se saksforholdet i kap.5.2.1. Høyesterett vektlegger subjektive forhold og faktiske virkninger i vurderingen om Maria kan følge med mor til Kenya. Førstvoterende uttaler «at [...] mor og datter ender opp i Nairobis slumområder er *reell*[...]. En *realistisk tilnærming* tilsier at [Marias] fremtid i Kenya trolig vil bli barsk, risikofylt og i alle fall høyst uviss.» (min kursivering).¹³¹ Høyesterett oppstiller ikke det tradisjonelle vurderingstemaet om at «det normale er at en utvisning vil gripe inn i et etablert familieliv på en belastende måte». En

¹²⁷ Dette kan støttes med at blant annet i Rt.2009 s.534 avsnitt 63-64, 75 og 85 hvor utlendingen hadde oppgitt falsk identitet til myndighetene, henviste Høyesterett til Pakistanerdommen Rt.2005 s.229 for å utlede vurderingstemaet ved vurdering av barnets beste.

¹²⁸ Avsnitt 35.

¹²⁹ Se blant annet TOSLO-2015-61746 og LB-2014-116444-2, rettspraksis etter Maria-dommen i 29.01.15.

¹³⁰ Rt.2005 s.229 avsnitt 47.

¹³¹ Rt.2015 s.93 avsnitt 78.

forklaring kan være at moren har aleneansvar for Maria. Det kan derfor synes som at Høyesterett har modifisert rettsnormen når det er tale om én omsorgsperson for barnet også under denne vurderingen, som ved belastningsterskel, se kap.5.2.1.

I likhet med Pakistanerdommen foretar Høyesterett ikke en vurdering om det er objektivt mulig at barnet kan følge med til den utvistes hjemland. Høyesterett foretar en «reell» og en «realistisk tilnærming». Det kan fremstå noe merkelig at Høyesterett ikke vurderer om det er objektivt mulig for barna å følge med til Pakistan eller Kenya. Er det objektivt mulig for barna å følge med, vil en utvisning være mindre inngripende. En mulig tolkning kan være at selve barnet har en egenverdi som begrunner Høyesteretts fremgangsmåte. Barn har en begrenset selvbestemmelsesrett, og kan ikke ta en selvstendig beslutning om å følge med til den utvistes hjemland. Barn er i en avhengighetsstilling, og det er enten den gjenværende forelder eller den utviste som tar den beslutningen. Ved at Høyesterett ser på barnets faktiske virkninger ved en familiesplittelse, unngår barnet å bære risikoen for foreldrenes valg. En fremgangsmåte som kan sies å være forenelig med BK art. 3 nr. 1.

I Nunez-dommen vurderte ikke Høyesterett barnas subjektive og faktiske virkninger med å følge med til den utvistes hjemland, men la til grunn at «det normale er at en utvisning vil gripe inn i et etablert familieliv på en belastende måte.»¹³² Spørsmålet er hvorfor barnets subjektive og faktiske virkninger ikke ble vurdert i Nunez-dommen, men i Pakistanerdommen og Maria-dommen. Spørsmålet vil bli drøftet i kap.5.3.3.

5.3.2 Om familielivet kan reetableres i den utvistes hjemland i EMD

Når EMD vurderer om familielivet kan reetablere seg i den utvistes hjemland, har EMD en annerledes fremgangsmåte enn Høyesterett. EMD vil se om den utviste har lovlig eller ulovlig oppholdstillatelse i vertslandet.¹³³ Som allerede nevnt i kap.4.3.2 har utlendingen ulovlig oppholdstillatelse i vertslandet når den tidligere lovlige oppholdstillatelsen har vært basert på uriktige opplysninger.

Utvisning av en utlendingen med ulovlig oppholdstillatelse vil i utgangspunktet ikke krenke «family life» etter EMK art. 8, med mindre det foreligger «insurmountable obstacles» eller være «impossible or exceptionally difficult» for barnet å følge med til utvisningslandet.¹³⁴ Kriteriet innebærer at det må foreligge uoverstigelige hindringer, umulige eller eksepsjonelle vanskeligheter for å fastslå krenkelse av EMK art. 8. Hva som anses som uoverstigelige hindringer, må vurderes i den konkrete sak. EMDs ordbruk tyder på at det kreves store utfordringer for å konstatere at det foreligger en familiesplittelse.

Utvisningsvedtaket i Nunez-dommen ble ikke ansett av Høyesterett som uforholdsmessig. Saken ble klaget inn til EMD. EMD konstaterte at det forelå «exceptional circumstances» i saken, og dermed en krenkelse av EMK art. 8. Utvisningen ville innebære en uforholdsmessig belastning på utlendingens familieliv med sine barn. Avgjørelsen ble avsagt under dissens 5-2. Her vurderte ikke EMD om det forelå uoverstigelige hindringer for barna å følge med

¹³² Rt.2009 s.534 avsnitt 64.

¹³³ Nunez v. Norway para.70 og Antwi v. Norway para.89.

¹³⁴ Nunez v. Norway para.70 og Antwi v. Norway para.89

utlendingen til den dominikanske republikk. Flertallet i EMD gikk rett på vurderingen om det forelå «exceptional circumstances» i saken. Nunez hadde blitt fratatt foreldreansvaret ved dom i 2007. Foreldreansvaret ble tilkjent barnas far.¹³⁵ Et spørsmål som reises er om foreldreansvar vil ha betydning for om EMD oppstiller vurderingstemaet «insurmountable obstacles».

Hvis utlendingen ikke har foreldreansvar, er det ikke rettslig sett mulig å ta med barnet uten samtykke fra den gjenværende forelder. Det er derfor ikke praktisk å vurdere om barnet kan følge med til den utvistes hjemland. Et slikt syn kan blant annet støttes av Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. The Netherlands avgjørelsen. I denne saken hadde klageren ikke foreldreansvar for datteren. EMD oppstilte ikke et krav om at det måtte foreligge «insurmountable obstacles» for barnet ved å følge med utlendingen til Brazil.¹³⁶

Avgjørelsene fra EMD illustrer at foreldreansvar vil ha betydning i vurderingen om barnet kan følge med til den utvistes hjemland. Det kan argumenteres for at utvisning av en forelder som ikke har foreldreansvar vil kunne være mer inngripende, da det i praksis ikke vil være en mulighet for barnet å følge med. At Nunez ikke hadde foreldreansvar kan være årsaken til at EMDs flertall kun vurderer om det foreligger eksepsjonelle omstendigheter i saken. Imidlertid fremgår det ikke eksplisitt i avgjørelsen at EMDs flertall la vekt på det rettslige foreldreansvaret. Det kan derfor være vanskelig å se at dette forholdet var avgjørende for at EMD kom fram til at utvisningen var uforholdsmessig. Dommen viser likevel at EMD vil legge vekt på barnets utfordringer å følge med. I forholdsmessighetsvurderingen vil hensynet til barnets beste kunne få større vekt dersom det vil medføre vanskeligheter å følge med.

I Antwi-dommen LB-2008-84594, hadde utlendingen oppgitt falsk identitet til utlendingsmyndighetene, og hatt ulovlig oppholdstillatelse i Norge. Lagmannsretten la til grunn at vedtak om utvisning med innreiseforbud på 5 år ikke var uforholdsmessig overfor familien eller utlendingen selv. Flertallet viste til at det ikke forelå særlig omsorgsbehov eller manglende tilfredsstillende omsorgssituasjon. Dissens 2-1. Saken ble tatt inn hos EMD. EMD konstaterte at Norge ikke hadde overskredet statens skjønnsmargin i forholdsmessighetsvurderingen, og slo fast at det ikke forelå krenkelse av EMK art. 8. Avgjørelsen ble avsagt under dissens 5-2.

Ved spørsmål om det forelå «insurmountable obstacles» for mor og barn å følge med den utviste til Ghana, svarte EMD benektende,¹³⁷ til tross for at det ville være «difficult» for datteren å tilpasse seg forholdene i Ghana og deretter tilpasse seg i Norge senere.¹³⁸ Det tyder på at EMD ser på subjektive og faktiske virkninger for barna i vurdering av familiesplittelse til tross for at det foreligger en tilfredsstillende omsorgssituasjon i vertslandet.¹³⁹ Barnets mor og far var født og oppvokst i Ghana. De hadde besøkt Ghana tre ganger med datteren. Etter EMDs flertall forelå det ikke «insurmountable obstacles» for barnet å følge med, eller å opprette regelmessig kontakt med utlendingen. Det tilsier at hvis den gjenværende forelder er

¹³⁵ Nunez v. Norway para.75.

¹³⁶ Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. The Netherlands para.41.

¹³⁷ Antwi v. Norway para.98.

¹³⁸ Ibid. para.96.

¹³⁹ Ibid. para.100-102.

født og oppvokst i samme land som den utvist, legger EMD vekt på det ikke foreligger vanskeligheter for at barna kan følge med. Ektefellene kunne ikke forvente å fortsette familielivet i vertslandet.

I praksis kunne EMD konkludert med at utvisning ikke var uforholdsmessig og derfor ikke en krenkelse av EMK art. 8 ettersom familielivet kunne reetableres til den utvistens hjemland. EMD valgte likevel å vurdere om det forelå «exceptional circumstances» overfor barnet som talte mot utvisning.¹⁴⁰ Fremgangsmåten indikerer at selv om barnet objektivt sett kan følge utlendingen, kan det likevel foreligge «exceptional circumstances» som taler mot utvisning. En forklaring på at EMD vurderer om det foreligger «exceptional circumstances» til tross for at det ikke foreligger uoverstigelige hindringer for barnet å følge med, kan være at for barnet vil en utvisning være inngripende, uavhengig om barnet kan følge med utlendingen eller ikke.

Spørsmålet er hvor stor vekt EMD tillegger familiesplittelse i forholdsmessighetsvurderingen. Når EMD i realiteten vurderer om det foreligger eksepsjonelle omstendigheter i saken, til tross for at det ikke foreligger uoverstigelige hindringer for barnet å følge med, kan det tyde på at familiesplittelse får en stor betydning i vektlegging av hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen. EMD legger som regel i realiteten til grunn at barnet ikke følger med. Likevel kan det argumenteres for at hvis det ikke foreligger uoverstigelige hindringer for barnet å følge med, vil det være et tungtveiende argument for at det ikke foreligger eksepsjonelle omstendigheter i saken.

I Kaplan avgjørelsen kom EMD fram til at det ikke forelå «insurmountable obstacles» for mor og barna å følge med til Tyrkia. Det yngste barnet var også i en «adaptable age».¹⁴¹ Utlendingen hadde i saken blitt dømt til fengsel for legemsbeskadigelse og ulovlig opphold i Norge. EMD kom imidlertid frem til at utvisning av faren med et fem års innreiseforbud innebar en krenkelse av EMK art. 8. EMD la vekt på at barnet hadde spesielle omsorgsbehov og sterk tilknytning til sin far. Til tross for at avgjørelsen dreier seg om utvisning på grunn av brudd på straffeloven og utlendingsloven, vil vurdering av om barnet kan følge med til den utvistens hjemland, ha overføringsverdi til gjeldende problemstilling.

Slik som i Antwi vurderer EMD i Kaplan om det foreligger «exceptional circumstances» overfor det yngste barnet, selv om barnet kunne følge med utlendingen.¹⁴² Her vektlegger EMD barnets utfordringer ved å følge med på grunn av helsemessige årsaker.¹⁴³ Det illustrerer at EMD ser på hva som er realiteten med utvisning. Som i Høyesterett, får barnets subjektive forhold vekt ved fastsettelse av hvor inngripende utvisning er. Dette vil få betydning for selve styrken av barnets beste, og dermed vektlegging av hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen.

¹⁴⁰ Ibid. para.100.

¹⁴¹ Kaplan v. Norway para.87.

¹⁴² Kaplan v. Norway para.88.

¹⁴³ Ibid. para.90.

5.3.3 Barnets omsorgssituasjon, barnets sårbarhet og betydningen av den utvistes rolle som omsorgsperson i Høyesterett

I Pakistanerdommen hadde paret felles foreldreansvar. Objektivt sett var det mulig for ektefellen å bli værende igjen i vertslandet med barna, ettersom hun hadde både faktisk og rettslig ansvar for barna. Førstvoterende legger likevel til grunn at det ikke var til «barnets beste» at far ble utvist ettersom «[far] er en viktig omsorgsperson for barna».¹⁴⁴ Høyesterett ser først på barnets tilknytning til den utviste. Uttalelsen forstås som at jo viktigere omsorgsrolle den utviste har for barna, jo mer inngripende vil utvisningen være. Hensynet til barnets beste vil dermed tillegges mer vekt i forholdsmessighetsvurderingen.

Videre blir det fremholdt at det som «særlig har betydning», er at begge foreldrene har vært adskilt fra barna ved to anledninger, slik at belastningene vil forsterke seg ved nytt fravær av far.¹⁴⁵ Høyesterett legger spesielt vekt på barnas egne belastninger i forbindelse med tidligere, og en eventuell fremtidig adskillelse fra den utviste i forholdsmessighetsvurderingen. Uavhengig om barna rettslig og faktisk sett har en annen omsorgsperson værende i vertslandet.

Tilfredsstillende omsorg fra gjenværende forelder vil være svært sentralt i vurderingen. Høyesterett fremholder at det er en «betydelig risiko» for at ektefellen ikke vil «klare å håndtere de problemene en utvisning av [far] vil medføre for barna, og heller ikke omsorgen for dem på grunn av hennes helsetilstand». Omsorgsbehovet og belastningene for barna vil heller ikke «redusere[s]» ved hjelp fra den gjenværende forelderens familie.¹⁴⁶ Høyesterett legger betydelig vekt på barnas særlige omsorgsbehov og usikkerhet om morens omsorgsevne i forholdsmessighetsvurderingen. Utvisning med innreiseforbud i to år var derfor et «uforholdsmessig tiltak» overfor barna. Det vitner om at Høyesterett vil tillegge hensynet til barnets beste avgjørende vekt, i de tilfeller barna ikke får en tilfredsstillende omsorg hos gjenværende forelder.

I Nunez-dommen hadde mor vært den primære omsorgspersonen fra fødselen og frem til barnefordelingssaken i 2007. Flertallet legger til grunn at «Det er [...] ikke noe i saken som tilsier at barna er sterkere knyttet til sin mor [Nunez] enn til sin far».¹⁴⁷ I motsetning til Pakistanerdommen synes flertallet i Nunez å legge mindre vekt på barnas særlige tilknytning til den utviste, og det synes heller ikke at de vektlegger en tidligere adskillelse fra mor i forbindelse med barnefordelingssaken. Mens Høyesterett i Pakistanerdommen vurderer barnets subjektive og faktiske virkning ved en familiesplittelse, virker det ikke som flertallet i Høyesterett foretar disse vurderingene i Nunez-dommen. En mulig forklaring kan være at flertallet i Høyesterett anser en utvisning som mindre inngripende for barna, når utlendingen ikke har foreldreansvaret. Det kan tolkes som at Høyesterett legger vekt på formelle omstendigheter.

¹⁴⁴ Rt.2005 s.229 avsnitt 50.

¹⁴⁵ Ibid. avsnitt 53.

¹⁴⁶ Ibid. avsnitt 53.

¹⁴⁷ Rt.2009 s.534 avsnitt 72.

Flertallet i Høyesterett uttaler videre at «det er ingen opplysninger i saken som tyder på at barna har et særlig behov for omsorg».¹⁴⁸ Høyesterett legger til 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».¹⁴⁹ Tilfredsstillende omsorgssituasjon blir trukket frem som avgjørende i saken. Omsorgssituasjonen skiller seg i så måte fra Pakistanerdommen, hvor manglende adekvat omsorgssituasjon ble tillagt betydning i forholdsmessighetsvurderingen. Dette kan tolkes som at hvis det foreligger en tilfredsstillende omsorgssituasjon, vil utvisningen være mindre inngripende ovenfor barnet, og veie opp for barnets belastninger.

I Maria-dommen legger Høyesterett til grunn at Maria er «tjent med å ha moren som sin viktigste omsorgsperson»¹⁵⁰ I likhet med Pakistanerdommen og Nunez-dommen ser Høyesterett på den utvistes rolle som omsorgsperson. Førstvoterende fremholder at «ingenting tyder på at Maria» frem til treårs-alderen «hadde knyttet spesielt sterke bånd til andre enn moren».¹⁵¹ Barnets tilknytning til den utviste angir terskelen på hvor tungt hensynet til barnets beste skal vektlegges i forholdsmessighetsvurderingen. Høyesterett trekker frem styrken av tilknytningen mellom Maria og moren. Det taler for at dersom barnet har sterke bånd til den utviste, vil det bli tillagt stor vekt.

Omsorgssituasjonen i Maria-dommen var ulik omsorgssituasjonen i Pakistanerdommen og i Nunez-dommen. Her var det kun den utviste, moren, som hadde omsorgs- og foreldreansvaret. Førstvoterende legger først til grunn at «moren [var Marias] viktigste omsorgsperson».¹⁵² Videre fremholder førstvoterende at «[utvisningen av moren] utfordrer [...] omsorgssituasjonen på en måte som kan få helt grunnleggende betydning for [Marias] oppvekst og fremtid».¹⁵³ «[...] Mor og datter er sterkt forbundet. For [Maria] finnes det ikke noen alternativ til morens omsorg».¹⁵⁴ Dersom Maria må reise til Kenya sammen med moren, vil en retur «uten tvil» representere «massive utfordringer». «Utvisning av moren alene, kombinert med at barnevernet overtar omsorgen for [Maria er] uaktuelt».¹⁵⁵ Uttalelsene kan forstås som at inngrepets styrke er mer inngripende når det ikke finnes andre omsorgsalternativer. Barnets belastninger blir tillagt betydelig vekt ved manglende adekvat omsorgssituasjon i forholdsmessighetsvurderingen.

Et spørsmål som kan stilles, er hvor avgjørende det er i forholdsmessighetsvurderingen at den utviste er den eneste omsorgspersonen for barnet. At Maria kun hadde mor som sin eneste omsorgsperson trekkes fram som et av de bærende momentene i forholdsmessighetsvurderingen.¹⁵⁶ Det tyder på at den utviste må være barnets primære omsorgsperson for at tilknytningen skal tillegges stor vekt i forholdsmessighetsvurderingen.

¹⁴⁸ Ibid avsnitt 74.

¹⁴⁹ Ibid. avsnitt 72.

¹⁵⁰ Rt.2015 s.93 avsnitt 73.

¹⁵¹ Ibid. avsnitt 74.

¹⁵² Rt.2015 s.93 avsnitt 73.

¹⁵³ Ibid. avsnitt 45.

¹⁵⁴ Ibid. avsnitt 73.

¹⁵⁵ Rt.2015 s.93 avsnitt 73.

¹⁵⁶ Ibid.

Felles for alle tre dommene som er presentert i dette underkapittelet, er at Høyesterett tillegger stor vekt på omsorgssituasjonen. I Pakistanerdommen og i Maria-dommen ble omsorgssituasjonen vurdert mangelfull og UNEs vedtak ble kjent ugyldig. I Nunez-dommen ble omsorgssituasjonen vurdert tilfredsstillende, og UNEs vedtak ble opprettholdt. Dette er i tråd med Høyesteretts uttalelser i Maria-dommen, hvor barnets omsorgssituasjon blir tillagt «stor tyngde» og «det skal svært gode og tungtveiende grunner til for å oppveie dette».¹⁵⁷

5.3.4 Barnets omsorgssituasjon, barnets sårbarhet og betydningen av den utvistes rolle som omsorgsperson i EMD

Da Nunez-dommen var hos EMD, ble inngrepets styrke i forbindelse med barnas omsorgssituasjon vurdert helt motsatt i forhold til det Høyesterett gjorde. Det kan virke som at Høyesterett og EMD kommer til ulike konklusjoner ut fra hvordan de vurderer foreldreansvaret. EMD legger vekt på hvilke hindringer som følger av at Nunez ikke har foreldreansvar. Som en konsekvens av at Nunez ikke har foreldreansvar, kan ikke barnet følge med Nunez til hjemlandet, og det er heller ingen garantier for at Nunez kan vende tilbake til Norge etter utvisningsperioden.¹⁵⁸ Dette begrenser barnets valgmuligheter og øker dets sårbarhet.¹⁵⁹ Høyesterett på sin side, virker å vurdere Nunez manglende foreldreansvar som mindre inngripende for barna ved utvisning.

EMDs flertall påpekte barnas «long lasting and close bonds to their mother».¹⁶⁰ Videre bemerker EMD seg at Nunez, sammen med faren, var «the most important person» i barnas liv.¹⁶¹ På samme måte som i Høyesterett, var barnas særlige tilknytning til utlendingen relevant for inngrepets rekkevidde, men som tidligere nevnt i kap.5.3.3, virker det ikke som Høyesterett legger særlig vekt på verken tilknytning eller tidligere adskillelse i Nunez-dommen. Høyesterett tar en generell vurdering av familiesplittelse, og går videre til vurdering av omsorgssituasjonen, som de vurderer som tilfredsstillende.

I tillegg til barnas særlige tilknytning til utlendingen, vurderer EMD barnas sårbarhet, noe flertallet i Høyesterett ikke gjorde i Nunez-dommen. Tidligere brudd i omsorgssituasjonen, om «the children had experienced stress» i perioden før utvisningsvedtaket, barnas alder og innreiseforbudet på to år, er momenter som førte til at EMD vurderte barna som «vulnerable».¹⁶²

Et spørsmål som kan stilles er om tilfredsstillende omsorgssituasjon fra gjenværende forelder vil avhjelpe barnets sårbarhet hos EMD. EMD viste til at faren kunne ha omsorg for barna, samt hjelpe barna å opprettholde kontakten med Nunez. Til tross for dette, fastslo domstolen at barna er «vulnerable».¹⁶³ Hvilket kan tyde på at når barna først er konstatert sårbar anser ikke EMD en tilfredsstillende omsorgssituasjon å avhjelpe barnas sårbarhet. En tenkelig

¹⁵⁷ Ibid. avsnitt 79.

¹⁵⁸ Nunez v. Norway para.81.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Ibid. para.84.

¹⁶¹ Ibid. para.79.

¹⁶² Nunez v. Norway para.81 og 84.

¹⁶³ Ibid. para. 81

forklaring er at barna i praksis var avskåret muligheten å følge med til den utvistes hjemland. Det kan virke som at Høyesterett anser en tilfredsstillende omsorgssituasjon som avgjørende i forholdsmessighetsvurderingen, mens EMD på sin side ikke tillegger omsorgssituasjonen samme tyngde hvis barnet er konstatert sårbar.

I Antwi legger EMD til grunn at faren har en «important role» i den daglige hverdagen, og barnet er «strongly attached to her father as she is to her mother».¹⁶⁴ Likevel henviste EMD til Lagmannsrettens uttalelser hvor det var lagt til grunn at barnet hverken hadde «any special care needs» eller at moren «would be unable to provide satisfactory care on her own»¹⁶⁵ uten noe særlig inngående begrunnelse. Selv om faren var en viktig omsorgsperson for barna, forelå det ikke noe særlig behov for at faren skal få bli værende i Norge, ettersom gjenværende forelder kunne gi tilfredsstillende omsorg. At det var mulig for barnet å følge med Antwi, kan også tenkes å ha spilt en rolle i vurderingen av hvor inngripende utvisning var, og derav ikke krenkelse av EMK art. 8.

Et viktig spørsmål er hvorfor sårbarhetsmomentet ble oppstilt i Nunez, men ikke i Antwi. Mindretallet i Antwi fremhevet at innreiseforbudet på fem år «could entail a serious disruption» for barnets «adolescence».¹⁶⁶ Likevel kom flertallet til at barnet i Antwi ikke hadde opplevd tidligere stress, eller brudd i omsorgssituasjonen i motsetning til barna i Nunez.¹⁶⁷ Selv om en utvisning ikke var «beneficial» for barnet i Antwi, var ikke utvisningen like inngripende som for barna i Nunez.¹⁶⁸ EMD kom til krenkelse av EMK art. 8 i Nunez, men ikke i Antwi. Det er barnets sårbarhet som skiller avgjørelsene. Det understøtter synspunktet om at en utvisning vil være svært inngripende, uavhengig om det foreligger en tilfredsstillende omsorgssituasjon i vertslandet hvis barnet er vurdert sårbart.

I Nunez ble tidligere stress, brudd i omsorgssituasjonen, barnas alder og innreiseforbud tatt i betraktning i sårbarhetsvurderingen.¹⁶⁹ Ut ifra domsmaterien er det usikkert om det må foreligge akkurat disse momentene for at hensynet til barnets beste skal få avgjørende vekt i forholdsmessighetsvurderingen. Det kan trolig tenkes at stress knyttet til andre forhold eller andre momenter kan trekkes inn i sårbarhetsvurderingen, men det er noe usikkert.

Kaplan avgjørelsen dreide seg om utvisning på grunn av brudd på straffeloven samt ulovlig oppholdstillatelse i Norge, men vurdering av barnets omsorgssituasjon og sårbarhet får overføringsverdi til gjeldende problemstilling. Den yngste datteren i saken hadde kronisk og alvorlig grad av barneautisme. EMD vurderer omsorgssituasjonen for å se i hvilken grad utvisning vil være inngripende for det yngste barnet. Her legger de til grunn at barnet har et spesielt omsorgsbehov og at hun var «particularly attached to[utlendingen]».¹⁷⁰ På samme måte som i Nunez ble barnets langvarige og nære tilknytning til den utviste, relevant for å fastsette inngrepets styrke. Videre uttaler EMD om utlendingen skulle bli utvist var det

¹⁶⁴ Antwi v. Norway para. 95.

¹⁶⁵ Ibid. para.99.

¹⁶⁶ Ibid. para.6.

¹⁶⁷ Ibid. para. 101.

¹⁶⁸ Ibid. para. 97.

¹⁶⁹ Nunez v. Norway para.81.

¹⁷⁰ Kaplan v. Norway para.90.

sannsynlig at forstyrrelsen ville påvirke barnets utvikling og «be aggravated», noe som ville føre til «further burden to the mother, to the brothers and to others who assumed responsibilities for her».¹⁷¹ Uttalelsene vitner om at barnets spesielle omsorgsbehov og byrden gjenværende forelder og øvrige familie vil få ved utvisning, er relevant i forholdsmessighetsvurderingen. Det kan forstås som at barnets omsorgsbehov blir identifisert med familiens felles interesser ved fastsettelsen av inngrepets styrke.

Barnets sykdom ble trukket inn som et av de mest avgjørende momentene i forholdsmessighetsvurderingen,¹⁷² ettersom utvisning var «very far-reaching measure especially vis-à-vis her».¹⁷³ En naturlig tolkning er at barnets sykdom inngår i sårbarhetsvurderingen, selv om det ikke fremgår eksplisitt i domspremissene. Et spørsmål som kan stilles, er hvorfor EMD ikke uttaler uttrykkelig i domspremissene at barnet er sårbart i Kaplan. En mulig forklaring kan være at avgjørelsen dreier seg om brudd på straffeloven. Statene har en videre skjønnsmargin ved brudd på straffeloven. EMD vil være mer forsiktig med å utlede altfor generelle retningslinjer i slike saker. Likevel er det vanskelig å si ut ifra foreliggende rettskildematerialet hvorfor EMD ikke uttrykkelig vurderer barnets sårbarhet i Kaplan.

5.3.5 Lang saksbehandlingstid i Høyesterett

I Pakistanerdommen ble det anført av ankemotparten at tidsmomentet i saken måtte tillegges vekt i forholdsmessighetsvurderingen.¹⁷⁴ Anførselen ble ikke vurdert. Høyesterett tok dermed ikke standpunkt til om saksbehandlingstid var relevant i forholdsmessighetsvurderingen.

I Nunez-dommen ble saksbehandlingen innledet i to faser, hvor tilbakekalt oppholdstillatelse ble gjennomført før utvisningsaken ble påbegynt. Utlendingen ble pågrepet i desember 2001, og endelig utvisningsvedtak forelå i februar 2007. Førstvoterende la til grunn at lang saksbehandling ikke har betydning i forholdsmessighetsvurderingen overfor barna.¹⁷⁵

Lang saksbehandlingstid ble ikke anført i Maria-dommen, Høyesterett tok derfor ikke uttrykkelig stilling til momentet saksbehandlingstid. Likevel ble det uttalt at «det er en svakhet ved UDIs og UNEs vedtak at [Marias] faktiske situasjon er dårlig belyst». Utsagnet kan tyde på at utlendingsmyndighetene hadde brukt lang tid ved behandling av utvisningsvedtaket, slik at Maria hadde fått en sterkere tilknytning til Norge. Det kan forstås som at Høyesterett indirekte tar stilling til at lang saksbehandlingstid er inngripende for barnet. Høyesterett uttaler videre at «dette er det imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på».¹⁷⁶ Det er derfor vanskelig å si om momentet fikk nevneverdig betydning i forholdsmessighetsvurderingen.

Det kan tenkes at Høyesterett oppfatter at lang saksbehandlingstid er en normal konsekvens av en utvisningsprosess. Utlendingen har rett til flere klageomganger, og rett til å begjære

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Ibid. para.90 og 93.

¹⁷³ Ibid. para.93 og 98.

¹⁷⁴ Rt.2005 s.229 avsnitt 29.

¹⁷⁵ Rt.2009 s.534 avsnitt 78.

¹⁷⁶ Rt.2015 s.93 avsnitt 74.

utsatt iverksettelse og lignende.¹⁷⁷ Lang saksbehandlingstid blir derfor forankret i innvandringsregulerende hensyn. Likevel kan man stille seg kritisk til synspunktet. Fra et barnerettslig perspektiv vil en lang saksbehandlingstid medføre en mangeårig situasjon med risiko for utvisning. Et forhold som er inngripende for barnet. Det kan derfor argumenteres for at lang saksbehandlingstid bør få større betydning i forholdsmessighetsvurderingen, når det er barn i bildet. Ut ifra foreliggende rettskildemateriale, tyder det på at lang saksbehandlingstid ikke vektlegges hos de norske domstolene.

5.3.6 Lang saksbehandlingstid i EMD

Lang saksbehandlingstid har, i motsetning til Høyesterett, betydning i forholdsmessighetsvurderingen hos EMD.

Da Nunez-dommen kom opp for EMD, hadde EMD en viss forståelse for at utlendingsmyndighetene foretok saksbehandling i to faser og ikke parallelt. Likevel ble det lagt til grunn at: «[...] it 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 measure».¹⁷⁸ Det synes som EMD begrunner betydningen av lang saksbehandlingstid med prosessøkonomiske hensyn og effektiv utlendingskontroll. EMDs flertall la imidlertid vekt på at lang saksbehandling hadde betydning for hensynet til barnets beste.¹⁷⁹ Begrunnelsen kan være at jo lengre saksbehandlingstid, jo mer inngripende er det for barnet, da barnet må leve lenger i usikkerhet i påvente på forelderen sitt endelige utvisningsvedtak. Dette momentet inngikk ikke i vurderingen av hvor «vulnerable» barna var, men var et av flere selvstendige momenter som gjorde at utvisningen var uforholdsmessig overfor barna.¹⁸⁰

Tilsvarende ble «immigration authorities' unexplained inactivity» lagt vekt på i forholdsmessighetsvurderingen i Kaplan.¹⁸¹ Lang saksbehandlingstid fikk i likhet som i Nunez en selvstendig betydning ved vektlegging av hensynet til barnets beste. Momentet saksbehandlingstid ble også fremholdt i Antwi som et selvstendig argument, men her ble momentet brukt motsatt. Antwi ble pågrepet i oktober 2005 og utvisningsvedtaket ble fattet i mai 2006. EMD uttalte at saksbehandlingstiden «was not so long» sammenlignet med Nunez.¹⁸²

At saksbehandlingstid ble behandlet isolert, vitner om at momentet i seg selv har betydning i vurdering av hensynet til barnets beste. Det er likevel usikkert, ut ifra rettskildemateriale, å si hvor avgjørende momentet er i forholdsmessighetsvurderingen.

En mulig årsak for at Høyesterett og EMD har ulike syn på betydningen av lang saksbehandlingstid, er at domstolene har ulike skjæringstidspunkter ved domstolsprøving av forvaltningsvedtaket. Blir saken vurdert ved domstidspunktet vil barnet ha en sterkere

¹⁷⁷ Forvaltningsloven § 28 og § 42 og Utl. § 90.

¹⁷⁸ Nunez v. Norway para 82.

¹⁷⁹ Ibid. para. 83

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Kaplan v. Norway para. 96.

¹⁸² Antwi v. Norway para. 102.

tilknytning til den utviste, og følgelig er momentet saksbehandlingstid et tyngre argument for at det er inngripende for barnet.

5.3.7 Statsborgerskap i Høyesterett

I verken Pakistaner- eller Nunez-dommen ble barnets statsborgerskap anført eller vurdert av Høyesterett som et selvstendig moment i forholdsmessighetsvurderingen. Til tross for at barna i sakene var norske statsborgere.

Barnets statsborgerskap ble imidlertid anført i Maria-dommen. Spørsmålet er hvor avgjørende momentet er i forholdsmessighetsvurderingen. Førstvoterende fremhever at: «et norsk statsborgerskap er ikke bare en formalitet»¹⁸³ og uttaler videre at «[...] statsborgerskapet har [en] spesiell betydning ved forholdsmessighetsvurderingen[...].»¹⁸⁴ Høyesterett tar likevel et forbehold om at «[det] norske statsborgerskap trumfer ikke alt».¹⁸⁵ Utsagnene tyder på at statsborgerskap har en selvstendig og betydelig vekt i vurdering av hensynet til barnet beste i forholdsmessighetsvurderingen, men at det likevel skal tas en konkret vurdering i den enkelte sak. Statsborgerskap har dermed ikke en absolutt prioritert.

At Maria var «norsk statsborger»¹⁸⁶ ble fremholdt som et av de mest sentrale momentene i forholdsmessighetsvurderingen. Førstvoterende uttaler videre hva slags forventninger man har som norsk statsborger. «[Maria] har rett til opphold og beskyttelse i Norge, [Maria har også] rett til å få nyte godt av å vokse opp og etter hvert virke i det norske samfunnet, med alt hva det innebærer av muligheter og tilgang til sosialt sikkerhetsnett, velferds- og helsetilbud.»¹⁸⁷ Det synes som at Høyesterett mener at barn med norsk statsborgerskap har særlige rettigheter til beskyttelse, sammenlignet med barn uten norsk statsborgerskap.

Maria-dommen presenterte et nytt vurderingstema i forholdsmessighetsvurderingen, nemlig tilfeller hvor den utviste har foreldreansvaret alene for barn med norsk statsborgerskap. Et spørsmål som har blitt stilt er om resultatet i dommen ville blitt det samme dersom barnet ikke var norsk statsborger.¹⁸⁸ Høyesterett gir momentet særskilt fokus i domspremissene, og tillegger momentet stor vekt.¹⁸⁹ Det trekker i retning av at resultatet i dommen ikke ville blitt det samme dersom barnet ikke var norsk statsborger. Det må sies at det bra at Høyesterett vektlegger barnets statsborgerskap, i forholdsmessighetsvurderingen. Det synes som at Høyesterett ser bort fra formaliteter, og ser hva det faktisk innebærer å være en norsk statsborger. Samtidig er det grunn til å stille seg noe kritisk til dommen. Høyesterett synes å legge stor vekt på barn med norsk statsborgerskap, noe som vil føre til en ulempe for barn uten norsk statsborgerskap. Barn i seg selv bør kunne være et tungt argument for at det skal tillegges stor vekt. Barn er som regel sårbare og må vanligvis følge etter den ene eller den andre forelder.

¹⁸³ Rt.2015 s.93 avsnitt 76.

¹⁸⁴ Ibid.avsnitt 75.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Ibid. avsnitt 77.

¹⁸⁸ Aasen (2015) s.201.

¹⁸⁹ Rt.2015 s.93 avsnitt 75-77.

5.3.8 Statsborgerskap i EMD

I både Nunez, Antwi og Kaplan var barna norske statsborgere. Det fremgår imidlertid ikke av EMDs argumentasjon at barnas statsborgerskap ble tillagt selvstendig vekt.

En nylig storkammeravgjørelse, Jeunesse, dreide seg om en utlending som hadde reist til Nederland på turistvisum. Utlendingen giftet seg og fikk tre barn med en nederlandsk statsborger. Utlendingen søkte om oppholdstillatelse, men fikk avslag. Spørsmålet var om det å nekte utlendingen oppholdstillatelse utgjorde en krenkelse av art. 8. EMD kom frem til at det forelå krenkelse av EMK art. 8 som følge av at barnets beste ikke hadde blitt tilstrekkelig vektlagt.¹⁹⁰ Dissens 15-3. Saken dreier seg om statens positive forpliktelser, oppholdstillatelse, og ikke utvisning. Alvoret i saken er derfor ikke like alvorlig som å oppgi uriktige opplysninger til myndighetene. Til tross for ulikt faktum, vil likevel statsborgerskapsmomentet ha overføringsverdi til barnets beste vurderingen ved utvisningssaker.

Utlendingen hadde opprinnelig nederlandsk statsborgerskap, men fikk surinamsk statsborgerskap, på grunn av at Surinam ble uavhengig. EMD uttaler at utlendingens posisjon kan ikke anses å være på linje med andre utlendinger som «never held Netherlands nationality».¹⁹¹ EMDs argumentasjon tyder på at en utlending som har hatt vertslandets statsborgerskap har et sterkere vern, enn andre utlendinger som ikke har hatt det. En slik argumentasjon har likehetstrekk til Høyesteretts argumentasjon om barnets statsborgerskap i Maria-dommen.

EMD tar både utlendingens og familiens statsborgerskap med i vurderingen av om det foreligger krenkelse av EMK art. 8. Spørsmålet som stilles er om barnets statsborgerskap i Jeunesse ble vektlagt like tungt som det ble i Maria-dommen. I Jeunesse avgjørelsen fremgår det ikke hvor tungt statsborgerskapet ble vektlagt. EMD legger til grunn at det foreligger en krenkelse av EMK art. 8 etter «viewing the relevant factors cumulatively»,¹⁹² og foretar en helhetsvurdering av alle omstendighetene i saken. Det er følgelig vanskelig, ut ifra rettskildematerialet, å si hvor avgjørende momentet er i forholdsmessighetsvurderingen.

5.4 Sammenligning av Høyesteretts- og EMDs praksis

Det er vanskelig å fastsette en helt klar terskel eller en generell retningslinje for hvordan hensynet til barnets beste skal vektes opp mot oppgivelse av uriktige opplysninger. Imidlertid viser analysen av den utvalgte domsmaterien fra Høyesteretts- og EMDs praksis noen klare holdepunkter. Domstolene har forskjellige fremgangsmåter og ulike momenter for å fastsette styrken av hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen.

Familiesplittelse tillegges av Høyesterett ikke særlig stor vekt i vurderingen av hensynet til barnets beste. Begrunnelsen er fordi det er normalt at utvisning vil gripe inn i familielivet på

¹⁹⁰ Jeunesse v. The Netherlands para.120.

¹⁹¹ Ibid para. 115.

¹⁹² Jeunesse v. The Netherlands 122.

en belastende måte. EMD på sin side vil legge stor vekt på om det foreligger en familiesplittelse.

Vurderingen av om familiemedlemmene kan følge med den utviste til dennes hjemland står sentralt i forholdsmessighetsvurderingen. Hvor inngripende utvisning er vil avhenge av hvor store vanskeligheter det vil være for barnet å følge med. Både Høyesterett og EMD ser på barnets subjektive forhold, og de faktiske virkningene ved fastsettelsen av inngrepets styrke. Hvem som har foreldreansvar vil etter EMD ha betydning i vurderingen, men det er usikkert hvor mye dette momentet vektlegges. EMD vil som regel i realiteten uansett konstatere at barnet ikke følger med, selv om det ikke foreligger uoverstigelige hindringer i saken, og vil da vurdere om det foreligger «exceptional circumstances», se kap.5.3.2. Det tilsier at EMD tillegger familiesplittelse større vekt enn det Høyesterett gjør.

For begge domstoler, både Høyesterett og EMD, vil barnets tilknytning til den utviste, og den utvistes rolle som omsorgspersonen, angi terskelen ved vektlegging av hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen. Jo sterkere tilknytning til den utviste, jo større vekt får hensynet til barnets beste opp mot utlendingens oppgivelse av uriktige opplysninger.

For Høyesteretts vedkommende er det sentrale og avgjørende barnets totale omsorgssituasjon i forholdsmessighetsvurderingen. Vesentlig i vurderingen er den gjenværende forelder sin omsorgsevne og barnets særlig omsorgsbehov. Dersom gjenværende forelders omsorgsevne er mangelfull, vil det være lettere å konstatere at utvisningen er uforholdsmessig. EMD tillegger også stor vekt på gjenværende forelders omsorgsevne. Det som imidlertid skiller Høyesteretts og EMDs praksis, er at EMD ikke vurderer tilfredsstillende omsorgssituasjon som avgjørende hvis barnet er vurdert sårbart.

For EMD vil lang saksbehandlingstid gjøre utvisning mer inngripende for barnet, mens det i Høyesterett på nåværende tidspunkt ikke har betydning. Lang saksbehandlingstid vektlegges selvstendig i EMD, men det er usikkert hvor stor vekt den har i forholdsmessighetsvurderingen.

I Maria-dommen henviser Høyesterett til Jeunesse-avgjørelsen ved utgreiing av forholdsmessighetsvurderingen under EMK art. 8.¹⁹³ Det kan derfor synes som at Høyesterett bygger på statsborgerskapselementet i Jeunesse-avgjørelsen, når Høyesterett tilegger Marias statsborgerskap stor vekt i forholdsmessighetsvurderingen. Det kan tyde på at Høyesterett går i samme retning som, og kanskje lenger enn EMD, i vektleggingen av statsborgerskap.

5.5 Har hensynet til barnets beste blitt endret som følge av Grunnlovsrevisjonen?

Grunnloven § 104 2.ledd lyder: «Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». Det samme prinsippet, at hensynet til barnets beste skal vektlegges i saker som berører barn, følger også av utl. §§ 3 og 70 og etter BK art. 3 nr. 1. Plikten til å ta hensyn til barnets beste ved myndighetsutøvelse om saker som angår

¹⁹³ Rt.2015 s.93 avsnitt 67.

barn, har imidlertid nå fått konstitusjonell forankring. Innføringen av Grl § 104 2.ledd var ikke ment å endre gjeldende rettstilstand, men å gjøre det klart at barn står i en særstilling.¹⁹⁴ Det kan stilles spørsmål om hvorvidt den nye Grunnlovsbestemmelsen og Høyesterett sin tolkning av bestemmelsen har medført en endring av vektleggingen av hensynet til barnets beste i den juridiske argumentasjon ved myndighetsutøvelse.

Forholdet til Grunnlovsbestemmelsene, retten til familieliv i § 102 og barns rettigheter i § 104 ble aktualisert i Maria-dommen. Det ble fastslått at «Grl. §§ 102 og 104 er [i utvisningssaker] komplementære slik at barnets interesser inngår som et tungtveiende element ved forholdsmessighetsvurderingen etter Grunnloven § 102». Begge Grunnlovsbestemmelsene vil «virke styrende for forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70».¹⁹⁵

Ved vektingen av hensynet til barnets beste, uttaler førstvoterende i Maria-dommen, etter en gjennomgang av norske, herunder Grl. § 104 og internasjonale kilder, at: «barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen.»¹⁹⁶ Ordlyden av utgangspunkt tilsier at hensynet tillegges stor vekt. Graver fremholder samme synspunktet at «det er en viss spenning mellom førstvoterendes uttalelse og formulering i Grunnloven § 104 som sier at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. At det er *grunnleggende* er nødvendigvis ikke det som er *utgangspunktet* for vurderingen. Det kan tyde på at avgjørelsen innebærer noe nytt i forhold til tidligere rettstilstand».¹⁹⁷ (min kursivering).

Maria-dommen viser et markant skille i forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70. Ut ifra domsanalysene i kap.5.3, fremgår det en tydelig rettsutvikling fra Pakistanerdommen i 2005 og frem til Maria-dommen i 2015. Hensynet til barnets beste, har som følge av folkerettslige forpliktelser og lovfesting av hensynet, fått viet mer plass og tyngde i domstolenes rettslige argumentasjon. Barnets statsborgerskap ble for eksempel ikke fremhevet i Pakistanerdommen, til tross for at barna var norske statsborgere. Mens Marias norske statsborgerskap ble fremhevet som et av de mest bærende momentene mot utvisning i forholdsmessighetsvurderingen. Tilsvarende ble ikke lang saksbehandling i Pakistanerdommen nevnt i domspremissene, selv om det ble anført av ankemotparten. I Maria-dommen ble momentet saksbehandlingstid indirekte trukket frem i domspremissene, til tross for at momentet ikke ble anført av partene. Den tradisjonelle belastningsnormen og familiesplittelsesvurderingen ble heller ikke oppstilt i Maria-dommen. På bakgrunn av domsanalysen kan det se ut til at det i dag har skjedd en nyansering av ulike sider av hensynet til barnets beste, hvor Høyesterett går bort fra stramme generelle utgangspunkter og over til å se på hva som er det beste for barnet i den konkrete sak. At barnet har fått et særlig rettslig vern etter Grunnloven ser vi allerede i Maria-dommen.

Det ble uttalt i Maria-dommen at det er «Høyesterett og ikke de internasjonale håndhevsorganene som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser».¹⁹⁸ Med den uttalelsen etablerer Høyesterett et tosporet

¹⁹⁴ Dok.nr.16 (2011-2012) s.189.

¹⁹⁵ Rt.2015 s.93 avsnitt 66.

¹⁹⁶ Ibid. avsnitt 65.

¹⁹⁷ Graver (2016) s.247.

¹⁹⁸ Rt.2015 s.93 avsnitt 57.

menneskerettsvern. Høyesterett kan følgelig utvikle menneskerettsvernet i en annen retning enn det vernet som fremgår av tilsvarende konvensjonsbestemmelse. Strand har uttalt at Maria-dommen har gitt «barnet som individ en stemme, med en [enda] større plass i den rettslige argumentasjonen enn tidligere».¹⁹⁹ Aas på sin side har kommentert at «Dommens klare forankring i Grl. § 104 bærer bud om at Grunnloven etter 2014-reformen vil få økt betydning som rettskilde. Dette må antas å være i tråd med grunnlovsreformens intensjon om å gjøre Grunnloven mer «levende» og relevant i dagens samfunn».²⁰⁰ Det taler for at hensynet til barnets beste har blitt endret som følge av Grunnlovsrevisjonen.

Selv om det kan argumenteres for at hensynet til barnets beste har endret seg, vet man at rettskildesituasjonen i dag er mer sammensatt og uoversiktlig enn tidligere. Som følge av rettens internasjonalisering er retten i stadig endring. Det er fastslått at Grunnloven §§ 102 og 104 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene.²⁰¹ Maria-dommen bygger på et samspill mellom ulike internasjonale kilder.²⁰² Det kan således fremstå som uklart hvorvidt den sterkere vektleggingen av hensynet til barnets beste er en følge av andre rettsgrunnlag enn Grunnloven. Derfor kan det ikke sies at Grl. §104 2.ledd *alene* har bidratt til å endre rettstilstanden, og det er følgelig for tidlig å konstatere helt klart at hensynet til barnets beste har endret seg som følge av Grunnlovsrevisjonen.

¹⁹⁹ Strand, Ikke kun en Grunnlov på papiret – Barns menneskerettigheter er styrket, (2015).

²⁰⁰ Aasen (2015) s.201.

²⁰¹ Ibid. avsnitt 57 og 64.

²⁰² *Jeunesse v. The Netherlands* (avsagt oktober 2014) og Barnekomiteen «General Comment No. 14» (mai 2013) ble brukt inngående ved utgreiing av innholdet av Grl. § 104 2.ledd i Maria-dommen avsnitt 64-65 og 67.

6 Avsluttende bemerkninger

Målet med avhandlingen var å identifisere og analysere Høyesteretts- og EMDs praksis ved tilnærmingen og vektlegging av hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen, når foreldre oppgir uriktige opplysninger til myndighetene. Kildeundersøkelsen har vist at Høyesterett og EMD har ulike skjæringstidspunkt, se kap.4.4, ulike fremgangsmåter, se kap.5.2, ulike syn på inngrepets styrke og ulike momenter som tillegges vekt i forholdsmessighetsvurderingen, se kap.5.3. Det er i utgangspunktet ikke noe i veien for at Høyesterett og EMD vurderer inngrepet styrke ulikt, hvis resultatet er i samsvar med EMK art. 8 og BK art 3 nr. 1. Domsanalysen har imidlertid presentert flere saker hvor Høyesterett og EMD har kommet til forskjellige resultater. Det tyder på at Høyesteretts metode i noen tilfeller har vektlagt hensynet til barnets beste for lite i forholdsmessighetsvurderingen, noe som medfører brudd på våre internasjonale forpliktelser.

Til tross for hensynet til barnets beste har blitt styrket og fått større gjennomslag i Høyesterett de siste årene, se kap.5.5, viser foreliggende domsmaterie at hensynet til barnets beste er grunnleggende, men ikke nødvendigvis avgjørende. Vurderingen er til syvende og sist en «avveiningsnorm» hvor de konkrete forholdene avgjør om en utvisning er uforholdsmessig overfor barnet eller ikke.

Det blir derfor interessant å se om utviklingstrekket, at hensynet til barnets beste får større gjennomslag, vil fortsette ved utvisningssaker i fremtiden.

7 Kilder

7.1 Litteraturliste:

Bårdsen, Arnfinn «Høyesteretts utfordringer – med en reformert grunnlov og i en mer internasjonalisert verden» I: *Norges Høyesterett (Artikler og foredrag 2015)* 2015 s.1-12 <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/castbergs-minneforelesning-2015.pdf> (Sjekket 9.desember 2016).

Bårdsen, Arnfinn «Barnekonvensjonen i Høyesteretts praksis» I: *Norges Høyesterett (Artikler og foredrag 2016)*, 2016 s.1-23 <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/barnerettsdagen-2016.pdf> (Sjekket 10.desember 2016).

Eckhoff, Torstein, Eivind Smith «*Forvaltningsrett*» 10.utgave., 2014 s.515-539.

Graver, Hans Petter «Høyesterett og rettsutviklingen- førti år etter» I: *Lov, liv og lære, festskrift til Inge Lorange Backer*, Bugge, Hans Christian, Hilde Indreberg, Aslak Syse og Arnulf Tverberg (red.), 2016 s.242-254.

Haugli, Trude «*Hensynet til barnets beste*» I: Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge, Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 3.utgave., 2016, s.51-73.

Holdø, Håvard H og Tolle Stabell «Faktumtidspunktet ved «håndhevelsessøksmål – omkamp om plenumsdommen i Rt.2012 s.1985?» » I: *Lov og rett, 04/2015* (vol. 54, 4), 2015, s.250–257. (Lest på www.idunn.no).

Humlén, Arild, «*Kapittel 8 utvisning*» I: Utlendingsloven kommentarutgave, Vevstad, Vigdis (red.) 2010, s. 422- 447.

Høstmælingen, Njål, «*internasjonale menneskerettigheter*» 2.utgave., 2012, s.38- 85.

Jacobs, Francis G., Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks, and Clare Ovey, «*The European Convention on Human Rights*» sixth edition, Oxford, 2014 s. 3-82 og s.307-334.

Meidell, Merete Havre, «*Utvisning av utlendinger*» I: Lærebok i utlendingsrett, Dybvik Øyen, Øyvind (red.) 2013, s.357- 400.

Meidell, Merete Havre, «*Brutte bånd ved utvisning av foreldre – rettferdighet for hvem?*» I: Rettferdighet, Halsaa, Beatrice og Anne Hellum,(red.) 2010, s.169-185.

Smith, Lucy, «*FNs konvensjon om barnets rettigheter*» I: Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge, Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 3.utgave., 2016, s.17-30.

Strand, Vibeke Blaker «Ikke kun en Grunnlov på papiret – Barns menneskerettigheter er styrket», 20 februar 2015, https://morgenbladet.no/debatt/2015/ikke_kun_en_grunnlov_pa_papiret_barns_menneskerettigheter_er_styrket (Sjekket 10.desember)

Stub, Marius «Noen kommentarer til Rt.2015 s.1388» I: *Jussens Venner 02/2016 (Volum 51)*, 2016, s.92-117 (Lest på www.idunn.no).

Sundsdal, Anders «*Forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning av utlendinger i utlendingsloven § 70*» I: *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Søvig, Karl Harald (red.) 2015, s.261-289.

Søvig, Karl Harald «FNs barnekonvensjon i Høyesterett» I: *Lov, liv og lære, festskrift til Inge Lorange Backer*, Bugge, Hans Christian, Hilde Indreberg, Aslak Syse og Arnulf Tverberg (red.), 2016 s.533-547.

UDI, Utvisningsvedtak etter statsborgerskap og grunnlag (2015), <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/utvisningsvedtak-etter-statsborgerskap-og-grunnlag-2015/> (Sjekket 13.september 2016),

UDI, Utvisningsvedtak etter statsborgerskap og grunnlag (2014) <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/utvisningsvedtak-etter-statsborgerskap-og-grunnlag-2014/> (Sjekket 14.september 2016).

Aall, Jørgen «*Rettsstat og menneskerettigheter*» 4.utgave., 2015, s.91-117 og s.149-165.

Aasen Sinding, Henriette «Grunnloven § 104 og barnets beste: Høyesterett viser vei» I: *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 03 / 2015 (Volum 13)*, 2015 s. 197- 201.

7.2 Register over forkortede lover og forarbeider

7.2.1 Lover:

Grunnloven (Grl.)	LOV-1814-05-17 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven- Grl.)
Menneskerettsloven (mrl.)	LOV- 1999- 05-21-30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven- mrl.)
Utlendingsloven (utl.)	LOV-2008-05-15-35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven- utl.)
Forvaltningsloven (fvl.)	LOV-1967-02-10 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven- fvl.)
Utlendingsloven	Lov av 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) og endringer i lov om fri rettshjelp.

7.2.2 Konvensjoner

Barnekonvensjonen (BK)	Convention on the Rights of the Child, 20th. november 1989 .
Menneskerettskonvensjonen (EMK)	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4thh.november 1950.
Wien-konvensjonen (WK)	Vienna Convention on the Law of Treaties, 23th. may 1969.
Konvensjonen om sivile og politiske og rettigheter (SP)	International Covenant on Civil and Political rights, 16 December 1966.
Konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966 (ØSK)

7.2.3 Forskrift:

Utlendingsforskrift (uf.)	Forskrift av 15 oktober Nr. 1286 2009 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskrift). Fastsatt av Arbeids- og inkluderingsdepartementet (nå Justis- og beredskapsdepartementet og Arbeids- og sosialdepartementet) med hjemmel i utl.
---------------------------	--

7.2.4 Forarbeider:

Ot.prp.nr.75 (2006-2007)	Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) s. 280-294.
--------------------------	--

7.3 Register over rettspraksis:

7.3.1 Nasjonale avgjørelser:

Rt.2015 s.1388

Rt.2015 s.93 (Maria-dommen)

Rt.2012 s.1985

Rt.2012 .2039

Rt.2011 s.948

Rt.2009 s.534 (Nunez-dommen)

Rt.2009 s.1261

Rt.2005 s.229 (Pakistanerdommen)

Rt.2000 s.996

Rt.2000 s.591

Rt.1998 s.1795

LB-2014-116444-2

TOSLO-2015-61746.

7.3.2 Internasjonale avgjørelser:

A.A v. The United Kingdom

Application no. 8000/08 20, September 2011

Antwi and others v. Norway

Application no. 26940/10, 14 Februray 2012

Berrehab v. The Netherlands

Application no. 10730/84, 21 June 1988

Butt v. Norway	Application no. 47017/09, 4 December 2012
Maslov v. Austria	Application no. 1638/03, 23 June 2008
Nunez v. Norway	Application no. 55597/09, 28 June 2011
Neulinger and Shuruk v. Switzerland	Application no. 41615/07, 6 July 2010
Olsson v. Sweden	Application no. 10465/8324, March 1988
Jeunesse v. The Netherlands	Application no. 12738/10, 3 October 2014
Joseph Grant v. United Kingdom	Application no. 10606/07, 8 January 2009
Kaplan and others v. Norway	Application no. 32504/11, 24 July 2014
Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. The Netherlands	Application no. 50435/99 31 January 2006
Stafford v. The United Kingdom	Application no. 46295/99, 28 May 2002
Tyrer v. The United Kingdom	Application no. 5856/72, 25 April 1978

7.4 Kommentarer:

FNs barnekomité, General Comment No. 12 (2009), The right of the child to be heard (CRC/C/GC/12)

FNs barnekomité, General Comment No. 14 (2013), The right of the child to have his or her best interest as a primary consideration (art. 3, para. 1) 4. «Shall be a primary consideration» (UN. doc. CRC/C/GC/14)

7.5 Rundskriv

UDI Rundskriv: RS 2010-024 «*Utvisning etter utlendingsloven §§ 66, 67 og 68 - brudd på utlendingsloven og/eller straffbare forhold*» (01.01.2010)