

Når er EMK artikkel 8 en skranke for utvisning av utlendinger som har barn, der familielivet er etablert under ulovlig opphold?

Retten til familieliv etter EMK artikkel 8 og hensynet til barnets beste

Kandidatnummer: 252281

Antall ord: 14 348



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.2022

Innholdsfortegnelse

1.	<i>Innledning</i>	3
1.1	Tema og bakgrunn for oppgaven	3
1.2	Problemstilling og aktualitet	4
1.3	Avgrensning og videre fremstilling	5
2	<i>Rettskilder</i>	5
2.1	Internasjonale rettskilder	5
2.2	Nasjonale rettskilder	5
3	<i>Medlemslandenes internasjonale forpliktelser etter EMK artikkel 8</i>	6
3.1	Innledning	6
3.2	Retten til respekt for familieliv etter EMK art. 8	7
3.3	EMDs konkrete forholdsmessighetsvurdering	9
3.3.1	<i>Nunez mot Norge</i> 2011	9
3.3.2	<i>Kaplan m.fl. mot Norge</i> 2014	11
3.3.3	<i>Jeunesse mot Nederland</i> 2014	14
3.3.4	<i>Darren Omoregie m.fl. mot Norge</i> 2008	16
3.3.5	<i>Antwi m.fl. mot Norge</i> 2012	18
3.3.6	<i>Alleleh m.fl. mot Norge</i> 2022	19
3.4	Oppsummering	21
4	<i>Norges internasjonale forpliktelser etter EMK artikkel 8</i>	24
4.1	Innledning	24
4.2	Objektive vilkår for utvisning etter utlendl. § 66	24
4.3	Krav til forholdsmessighet etter utlendl. § 70	25
4.4	Høyestrettspraksis om utvisningsvedtaket er forholdsmessig etter utlendl. § 70	25
4.4.1	Generelle momenter i forholdsmessighetsvurderingen	25
4.4.2	Rt. 2011 s. 948 (Kosovo-dommen)	26
4.4.3	Rt. 2015 s. 93 (Maria-dommen)	28
4.4.4	HR-2019-2286-A	29
4.5	Oppsummering	32
4.6	Lagmannsrettspraksis om utvisningsvedtaket er forholdsmessig etter utlendl. § 70.	34
4.6.1	LB-2016-159970	34
4.6.2	LB-2019-161634	37
4.6.3	LB-2022-46100	39
4.7	Oppsummering	41
5	<i>Avsluttende bemerkninger</i>	46
6	<i>Kilder</i>	46
7	<i>Litteraturliste</i>	48

1. Innledning

1.1 Tema og bakgrunn for oppgaven

Utvisning av utlendinger er et tema som vekker et sterkt engasjement hos mange. Ikke sjeldent blir utlendinger utvist etter mange års ulovlig opphold i Norge, hvor tiden har gjort det mulig å etablere sterke sosiale og kulturelle røtter til landet, i tillegg til etablering av et familieliv. Ofte er de øvrige familiemedlemmene norske statsborgere, slik at det ikke er realistisk at resten av familien vil flytte med til utlendingens hjemland. I slike situasjoner fører utvisning til en splittelse av familien, og går særlig hardest ut over barn.

En utlending er en person som oppholder seg i Norge uten å være statsborger.¹ Til forskjell fra statsborgere, som har en ubetinget rett til opphold i eget land og et ubetinget vern mot utvisning, nyter ikke utlendinger den samme rettigheten.² Utvisning innebærer at personen må forlate landet og får i tillegg et innreiseforbud for en kortere eller lenger periode.

I Norge er overtredelser av utlendingsloven ansett som et stort samfunnsproblem. I 2020 ble 1101 personer utvist fra Norge som følge av brudd på utlendingsloven. I 2019 var tallet 1721. De fleste vedtak fattes overfor personer som ikke har oppholdstillatelse. Typiske årsaker er at utlendingen ikke har reist ut av landet etter avslag på søknad om asyl, eller har oppgitt uriktig identitet i søknad om asyl.³

Når utlendingen har barn, kommer retten til familieliv etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 8, inn som skranke ved utvisning. Rettigheten gir enhver rett til å utøve familielivet sitt i fred, uten forstyrrelser fra offentlige myndigheter. Rettigheten er imidlertid ikke absolutt, og åpner for at statene, under nærmere angitte vilkår, kan gjøre inngrep i familielivet.

Utvisning er et typisk eksempel på et mulig inngrep i familielivet, dersom det er etablert en familierelasjon som nyter EMK-rettslig vern. Skal utvisning være i tråd med artikkel 8 i disse

¹ Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) § 5 første ledd.

² Jørgen All, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utg / 1. opplag 2018, side 243.

³ Vegard Bø Bahus, «*utvisning – utlendingsrett*» i Store norske leksikon, 4. januar 2022, [https://snl.no/utvisning - utlendingsrett](https://snl.no/utvisning_-_utlendingsrett) (lest 17. oktober 2022)

tilfellene, oppstiller EMK som krav at utvisningen må være begrunnet i et legitimt formål, ha hjemmel i lov, være nødvendig og forholdsmessig.

Etter barnekonvensjonen artikkel 3 skal barnets beste være et grunnleggende hensyn i alle handlinger fra staten som berører barn.⁴ Ettersom utvisning av en forelder påvirker barn i svært stor grad, er hensynet til barnets beste sentralt i norske og internasjonale domstolars vurderinger av om utvisning er i tråd med EMK art. 8.

1.2 Problemstilling og aktualitet

Masteroppgaven skal besvare to spørsmål. Det første spørsmålet er å avklare hvor stort handlingsrom medlemsstatene til EMK, har til å utvise utlendinger som har barn, når utlendingen har etablert familieliv under ulovlig opphold. Spørsmålet skal besvares gjennom en analyse av EMK art. 8, først og fremst Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) sine forholdsmessighetsvurderinger (se punkt 3).

Det andre spørsmålet er om Norge overholder sine internasjonale forpliktelser etter EMK art. 8, ved utvisningen av en forelder i disse tilfellene. Spørsmålet skal besvares gjennom en analyse av et utvalg rettspraksis fra Høyesterett og lagmannsretten, sammenholdt med analysen av EMK-retten (se punkt 4).

En analyse av rettspraksis fra EMD og norske domstoler, har vist at i de fleste sakene har spørsmålet vært om utvisningen er forholdsmessig overfor utlendingens barn, noe som viser at utvisning har størst negative konsekvenser for barn. For EMD har det vært oppe flere saker mot Norge om problemstillingen. Senest i år, hvor Norge ikke ble dømt for brudd på art. 8. Norge har imidlertid blitt dømt i to andre saker fra 2011 og 2014.

Spørsmålet om hvorvidt utvisningen av en forelder er i strid med EMK art. 8, er hyppig oppe for norske domstoler. Her har spørsmålet knyttet seg til gyldigheten av Utlendingsdirektoratet (UDI) og Utlendingsnemnda (UNE) sine vedtak. Dersom vedtaket er i strid med art. 8, vil vedtaket være ugyldig og forvaltningen må behandle saken på nytt. Dette viser at oppgavens tema er aktuelt. Det er derfor viktig å forsøke å avklare statens handlingsrom etter art. 8, særlig når barn er involvert, ettersom barn også har egne beskyttede interesser.

⁴ Convention on the Rights of the Child (entered into force 2 September 1990) article 3. Nr 1. (FNs konvensjon om barnets rettigheter)

1.3 Avgrensning og videre fremstilling

Masteroppgaven avgrenses mot utvisning av utlendinger som har oppholdstillatelse, og som er utvist på bakgrunn av overtredelser av straffeloven.

2 Rettskilder

2.1 Internasjonale rettskilder

EMK, vedtatt 4. november 1950 og trådte i kraft 3. september 1953, er en internasjonal avtale mellom 46 av medlemslandene i Europarådet, der statene forplikter seg overfor hverandre til å respektere og sikre menneskerettighetene i konvensjonen, blant annet retten til respekt for familielivet etter art. 8.⁵ EMK er derfor en helt sentral rettskilde for å besvare oppgavens problemstilling.

I FNs konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen) artikkel 3 nr. 1, står det at «[i]n all actions concerning children [...], the best interest of the child shall be a primary consideration».⁶ EMK har ingen egne rettigheter som vedrører barn. Det er derfor nødvendig å supplere tolkningen av EMK med barnekonvensjonen, for å klarlegge hvilket vern art. 8 gir ved utvisning av utlendinger som har barn.

EMD har ansvaret for å tolke og utvikle rettighetene i EMK. Domstolen trådte i kraft 3. september 1953 og ble ratifisert av Norge samme år. Domstolen avgjør saker fra personer som mener at rettighetene deres etter EMK er krenket, etter at alle nasjonale rettsmidler er uttømt.⁷ Statene har forpliktet seg til å innrette seg etter dommer som de er part i.⁸ Rettspraksis fra EMD er derfor den mest sentrale rettskilden for å besvare oppgavens problemstilling.

2.2 Nasjonale rettskilder

⁵ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS NO. 005) Rome 4 November 1950 (entered into force 3 September 1953) (Den europeiske menneskerettskonvensjonen)

⁶ FNs konvensjon om barnets rettigheter artikkel 3 nr.1.

⁷ Sten Lundbo, *Den europeiske menneskerettighetsdomstolen* i *Store norske leksikon* på snl.no, https://snl.no/Den_europeiske_menneskerettighetsdomstolen, (lest 6. desember 2022).

⁸ EMK art. 46

Utlendingsloven (Lov 15. mai 2008 nr. 35) regulerer utvisning av utlendinger som ikke har oppholdstillatelse. Utlendl. § 70 oppstiller et forholdsmessighetskrav om at utvisning bare kan gjennomføres dersom utvisning er forholdsmessig overfor utlendingen selv og dennes familiemedlemmer.

Ved spørsmålet om et utvisningsvedtak fra forvaltningen er forholdsmessig etter utlendl. § 70, vil Grunnloven (Lov 17. mai 1814) være en viktig rettskilde. Grl. § 102 fastsetter at «[e]nhver har rett til respekt for sitt [...] familieliv [...]».⁹ Bestemmelsen er utformet etter inspirasjon fra EMK art. 8 og skal styrke retten til familieliv i norsk rett, uten at rettigheten gir et utvidet vern i forhold til EMK.¹⁰ Grl. § 104 angår barns rettigheter og fastsetter at «ved alle handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn».¹¹

EMK og FNs barnekonvensjon er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven og er gitt forrang fremfor kolliderende lovbestemmelser. Skal et utvisningsvedtak stå seg etter norsk rett, må vedtaket derfor prøves opp mot både utlendingsloven, Grunnloven og de inkorporerte folkerettslige forpliktelsene.¹²

Ved prøvingen av om forvaltningens utvisningsvedtak er i tråd med EMK art. 8, har Høyesterett sist ord nasjonalt. Høyesterettspraksis er derfor en viktig rettskilde for å besvare oppgavens andre problemstilling. Rettspraksis fra lagmannsretten vil også være en sentral rettskilde i spørsmålet om Norge overholder sine internasjonale forpliktelser.

3 Medlemslandenes internasjonale forpliktelser etter EMK artikkel 8

3.1 Innledning

I denne delen av oppgaven skal jeg undersøke hvor stort handlingsrom medlemsstatene til EMK, har til å utvise utlendinger som har barn etter art. 8, når utlendingen har etablert familieliv med barnet under ulovlig opphold. Jeg skal besvare problemstillingen gjennom en analyse av EMK-retten, først og fremst gjennom EMD sine forholdsmessighetsvurderinger. Jeg var valgt ut seks dommer fra EMD som er sentrale for å belyse problemstillingen.

⁹ Lov 17. Mai 1814 Kongerike Norges Grunnlov (Grl) § 102.

¹⁰ All (2018) s. 37.

¹¹ Grl § 104.

¹² Lov 21. Mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2 nr. 1. og 4.

Dommene er valgt ut på bakgrunn av å klarlegge den mest aktuelle rettstilstanden og er avgrenset fra 2008.

3.2 Retten til respekt for familieliv etter EMK art. 8

3.2.1 Begrepet familieliv

EMK art. 8 fastsetter at «(E)veryone has the right to respect for his (...) family life (...)».¹³ Ordlyden «right to respect» innebærer at enhver har rett til å utøve familielivet sitt i fred uten forstyrrelser fra offentlige myndigheter. Etter EMDs praksis er formålet bak rettigheten å beskytte familielivet mot vilkårlige inngrep fra staten.¹⁴

EMK definerer ikke når det foreligger et beskyttet familieliv i art. 8 sin forstand. Etter juridisk teori, forutsetter «family life» at det er etablert en eksisterende enhet, som for eksempel kan etableres ved ekteskap, samboerskap av en viss varighet, eller mellom foreldre og barn.¹⁵

3.2.2 Vilkår for inngrep i familielivet

I artikkel 8.2 fremgår det at «(t)here shall be no interference by a public authority with the exercise of this right (...)».¹⁶ Ordlyden «interference» betyr at staten ikke skal iverksette handlinger som griper inn i utøvelsen av familielivet. Utvisning er et typisk eksempel på et mulig inngrep i familielivet.¹⁷

Art. 8.2 åpner for at statene kan gjøre inngrep i familielivet i tråd med rettigheten, dersom inngrepet er «in accordance with the law» og «necessary in a democratic society» av hensyn til «national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others».¹⁸

¹³ EMK art. 8.

¹³ *Nunez mot Norge* 2011, no. 55597/09 avs. 72.

¹⁴ *Nunez mot Norge* 2011, no. 55597/09 avs. 68.

¹⁵ All, (2018) side 234-236.

¹⁶ EMK art. 8.

¹⁶ *Nunez mot Norge* 2011, no. 55597/09 avs. 72.

¹⁷ All (2018) side 243.

¹⁸ EMK art. 8.

3.2.3. Særlig om forholdsmessighetsvilkåret

I begrepet «necessary in a democratic society» ligger det implisitt to vilkår. Inngrepet må være nødvendig, av hensyn til ett eller flere av formålene opplistet. EMD har presisert nødvendighetskravet som at inngrepet må være foranlediget av et «pressing social need».¹⁹

I tillegg må inngrepet være forholdsmessig. Forholdsmessighetskravet innebærer at statene må foreta en konkret og balansert avveining av samfunnshensynene som begrunner inngrepet på den ene siden, opp mot konsekvensene for familiemedlemmene på den andre siden.²⁰ Ved utvisning, vil hensynet til barnets beste stå helt sentralt i forholdsmessighetsvurderingen.

3.2.3.1. Generelle momenter i forholdsmessighetsvurderingen

Et viktig utgangspunkt i EMDs forholdsmessighetsvurdering, er at statene har rett til å kontrollere utlendingers innreise og opphold i landet, se blant annet *Nunez mot Norge* 2011.²¹ Videre gir EMK ikke utlendinger en automatisk rett til å oppholde seg i et bestemt land. Statene har derfor i utgangspunktet ingen plikt til å respektere utlendingens valg av hvor vedkommende har valgt å etablere familieliv.²²

Dersom utlendingen har etablert familieliv i landet på et tidspunkt hvor oppholdsgrunnlaget var usikkert, typisk fordi utlendingen ikke har oppholdstillatelse eller har en oppholdstillatelse som er innvilget på bakgrunn av uriktige opplysninger, legger EMD til grunn at utlendingen ikke kan ha noen legitim forventning om at familielivet kan utøves der. Utvisning av et familiemedlem vil i disse tilfellene derfor bare være i strid med EMK art. 8 i «exceptional circumstances».²³

Sentrale faktorer i forholdsmessighetsvurderingen er i hvilken grad familien vil bli splittet, hvilke bånd utlendingen har til oppholdsstaten, om det er uoverstigelige hindringer i veien for å videreføre familielivet i utlendingens hjemland og hvorvidt det foreligger faktorer for innvandringskontroll.²⁴

¹⁹ All (2018) s. 153.

²⁰ All (2018) s. 151.

²¹ *Nunez mot Norge* 2011, no. 55597/09 avs. 66.

²² *Jeunesse mot Nederland* 2014, no. 12738/10 avs. 100.

²³ *Antwi m.fl. mot Norge* 2012, no. 26940/10 avs. 89, med henvisning til tidligere uttalelse i *Nunez mot Norge* 2011, no. 55597/09 avs. 68-70.

²⁴ *Nunez mot Norge* 2011, no. 55597/09 avs. 70.

Der utvisning involverer barn, skal hensynet til barnets beste tillegges betydelig vekt. EMD forutsetter at statene foretar en grundig vurdering av hvordan utvisning påvirker barnet, for å gi barnet effektiv beskyttelse etter art.8.²⁵

3.3 EMDs konkrete forholdsmessighetsvurdering

Dommene som skal gjennomgås i det følgende, er valgt ut på bakgrunn av at utlendingen har etablert familieliv på et tidspunkt hvor oppholdsgrunnlaget var usikkert. EMDs utgangspunkt i disse sakene, har derfor vært om det forelå slike «exceptional circumstances» som nevnt.

3.3.1 *Nunez mot Norge 2011*

3.3.1.1 Bakgrunn for saken

Klageren var en statsborger fra den Dominikanske republikk, som kom til Norge på turistvisum i 1996. Under oppholdet begikk klageren et butikktveri, og fikk et forelegg på rundt 5000 kroner. Som følge av forelegget, ble klageren utvist med to års innreiseforbud og uttransportert samme år.

Fire måneder senere kom klageren tilbake til Norge i strid med innreiseforbudet, ved bruk av et falskt pass. Klageren fikk innvilget arbeidstillatelse og permanent oppholdstillatelse, på bakgrunn av den uriktige identiteten og andre uriktige opplysninger om at hun ikke tidligere hadde besøkt Norge eller var tidligere straffedømt.²⁶

I 2001 inngikk klageren samliv med en mann som også var fra den Dominikanske republikk. Samme år ble klageren konfrontert av politiet om sin riktige identitet, og innrømmet identiteten sin. Som følge av dette, tilbakekalte UDI oppholdstillatelsene hennes i 2002, og fattet vedtak om utvisning med to års innreiseforbud i 2005. Vedtaket ble opprettholdt av Høyesterett i 2009.

²⁵ *Jeunesse mot Nederland* 2014, no. 12738/10 avs. 120.

²⁶ *Nunez mot Norge* 2011, no. 55597/09 avs. 6-7.

I mellomtiden hadde paret fått to barn i 2002 og 2003, og senere separert seg. Etter samlivsbruddet bodde barna fast hos klageren, inntil faren overtok foreldreansvaret og den daglige omsorgen i 2007.

3.3.1.2 EMDs konkrete forholdsmessighetsvurdering

I saken kom EMD i kammer, til at utvisningen av klageren krenket artikkel 8. Årsaken var at det forelå eksepsjonelle omstendigheter i saken, hvor hensynet til barnets beste ble utslagsgivende. I det følgende skal jeg gjennomgå de momentene som EMD la avgjørende vekt på i forholdsmessighetsvurderingen.

3.3.1.3 Vektleggingen av innvandringsregulerende hensyn

Alvorligheten av bruddet på utlendingsloven

I saken forelå det sterke innvandringsregulerende hensyn for å utvise klageren. EMD var enig i Høyesteretts vurderinger om at overtredelsene var alvorlige, og at hensynene som talte for å utvise klageren veide tungt i forholdsmessighetsvurderingen.²⁷ Klageren hadde brutt innreiseforbudet bare fire måneder etter at hun var blitt utvist for første gang, og hadde i tillegg oppgitt falsk identitet og brukt et falskt pass. Hun hadde så skaffet seg flere oppholdstillatelser ved bruk av den falske identiteten og andre uriktige opplysninger.

EMD legger særlig vekt på at det ikke vil være mulig for myndighetene å utøve effektiv kontroll med alle innvandreres innreise og opphold i Norge, slik at systemet i stor grad måtte bygges på tillit til at utlendingsloven respekteres. Særlig kunne det forventes at utlendinger gir riktige opplysninger i søknader om opphold. Utvisning som reaksjon, var derfor et viktig middel til generell avskrekking mot grove eller gjentatte brudd på loven.²⁸

Effektivitet fra myndighetene

Domstolen legger videre stor vekt på at myndighetene brukte fire år på å fatte vedtak om utvisning, fra tidspunktet de hadde fått kjennskap til klagerens riktige identitet i 2001. Dette

²⁷ *Nunez mot Norge* 2011, no. 55597/09 avs. 72-73.

²⁸ *Nunez mot Norge* 2011, no. 55597/09 avs. 71.

tydet på at utvisning ikke var nødvendig ut fra formålet om føre en effektiv innvandringskontroll.²⁹

3.3.1.4 Vektlegging av hensynet til barnets beste

EMD la videre til grunn at det ikke var rimelig å forvente at familielivet kunne fortsettes i klagerens hjemland, ettersom faren var en etablert utlending og barna kom til å bli boende i Norge sammen med han.

Klageren hadde vært barnas viktigste omsorgsperson hele livet og de var sterkt knyttet til henne. Barna som var henholdsvis fire og fem år da utvisningsvedtaket ble fattet i 2007, hadde opplevd samlivsbrudd mellom foreldrene og flytting av fast bosted, først til moren, og så senere til faren. EMD mente barna hadde vært utsatt for mye stress og forstyrrelser i forkant av utvisningsvedtaket, noe som gjorde barna særlig sårbare fra å bli separert fra klageren. En utvisning av moren med to års innreiseforbud, ville innebære et svært vidtrekkende tiltak overfor barna, sett i lys av alderen og sårbarheten deres.³⁰ EMD la også vekt på at det var usikkert om klageren kunne returnere til Norge etter at innreiseforbudet hadde opphørt og om barna kunne besøke henne i hjemlandet.

EMD mente derfor at Norge ikke i tilstrekkelig grad hadde tatt hensyn til barna innenfor den skjønnsmarginen de hadde, og hensynet til barnets beste fikk utslagsgivende vekt i forholdsmessighetsvurderingen. Dette selv om klageren hadde begått alvorlige brudd på utlendingsloven, og de allmennpreventive hensynene for utvisning var sterke.³¹

3.3.2 *Kaplan m.fl. mot Norge 2014*

3.3.2.1 Bakgrunn for saken

Bakgrunnen for saken var en statsborger fra Tyrkia, som kom til Norge i 1998, hvor han søkte om asyl. Asylsøknaden ble avslått og opprettholdt av UNE i 2000, hvor klageren ble forpliktet til å forlate Norge. Klageren forlot imidlertid ikke Norge og myndighetene gjorde heller ingen tiltak på å få han uttransportert før utvisningsvedtak ble fattet i 2006.

²⁹ *Nunez mot Norge* 2011, no. 55597/09 avs. 82.

³⁰ *Nunez mot Norge* 2011, no. 55597/09 avs. 83-84.

³¹ *Nunez mot Norge* 2011, no. 55597/09 avs. 81-84.

I 1999 ble klageren dømt til 90 dagers fengsel for grov kroppskrenkelse, etter å ha stukket en mann i skulderen med en kjøkkenkniv.³² Selv om UDI fikk kjennskap til hendelsen samme år, ble klageren ikke besluttet utvist før i 2006, hvor han fikk fem års innreiseforbud. Vedtaket var i tillegg begrunnet med ulovlig opphold i nærmere seks år og perioder med ulovlig arbeid. Klageren hadde i tillegg begått mindre overtredelser av veitrafikkloven.³³ Vedtaket ble opprettholdt av Høyesterett i 2011.

Før klageren kom til Norge, hadde han inngått ekteskap med en kvinne som også var fra Tyrkia. Paret fikk tre barn, hvor to av barna ble født i Tyrkia og hadde deler av barndommen sin der. Klagerens familieliv hadde så fortsatt i Norge på et tidspunkt hvor han ikke hadde lovlig opphold. Det yngste barnet som ble født i Norge i 2005, hadde en kronisk og veldig alvorlig form for autisme. Barnet var helt avhengig av foreldrenes omsorg, og var spesielt knyttet til klageren.³⁴

3.3.2.2 EMDs konkrete forholdsmessighetsvurdering

I saken kom EMD i kammer, til at utvisningen av klageren innebar en krenkelse av art. 8, på bakgrunn av at det forelå eksepsjonelle omstendigheter i saken. Også her ble hensynet til barnets beste utslagsgivende, ettersom det ene barnet hadde særskilte omsorgsbehov. I det følgende vil jeg gjennomgå de momentene som EMD la avgjørende vekt på i forholdsmessighetsvurderingen.

3.3.2.3 Vektleggingen av innvandringsregulerende hensyn

Alvorligheten av bruddet på utlendingsloven

I saken så EMD ingen grunn til å stille spørsmål ved nasjonale domstolars vurdering av overtredelsene av utlendingsloven som grove,³⁵ og mente at «[...] the public interest in favour of ordering the [...] applicant's expulsion weighed heavily in the balance [...]».³⁶ Klageren ble besluttet utvist på bakgrunn av straffedommen fra 1999, for å ha oppholdt seg ulovlig i Norge i seks år, og for å ha jobbet ulovlig i perioder av det ulovlige oppholdet. EMD

³² Kaplan m.fl. mot Norge 2014, no. 32504/11 avs. 11.

³³ Kaplan m.fl. mot Norge 2014, no. 32504/11 avs. 12 og 13.

³⁴ Kaplan m.fl. mot Norge 2014, no. 32504/11 avs. 90.

³⁵ Kaplan m.fl. mot Norge 2014, no. 32504/11 avs. 83.

³⁶ Kaplan m.fl. mot Norge 2014, no. 32504/11 avs. 83.

mente at myndighetenes mulighet til å reagere med utvisning, ville være et viktig middel til generell avskrekking mot grove eller gjentatte brudd på utlendingsloven.

På en annen side trekker EMD frem at selv om overtredelsen av straffeloven var alvorlig, var det formidlende omstendigheter i saken. Klageren hadde heller ikke, bortsett fra et par mindre overtredelser av veitrafikkloven, begått nye lovbrudd. Straffedommen var derfor i seg selv ikke en faktor som veide tungt i forholdsmessighetsvurderingen.³⁷

Effektivitet fra myndighetenes side

I forholdsmessighetsvurderingen la EMD videre stor vekt på at staten hadde innvilget ektefellen og barna oppholdstillatelse i 2008, selv om de hadde oppholdt seg ulovlig i overkant av tre år. Selv om klageren hadde hatt et betydelig lengre ulovlig opphold og i perioder også jobbet ulovlig, var EMD ikke overbevist om at statens behov for effektiv innvandringskontroll veide tyngre i klagerens tilfelle enn i ektefellens, særlig sett i lys av at det hadde gått seks år før klagere ble utvist.³⁸

3.3.2.4 Vektlegging av hensynet til barnets beste

Klagerens familieliv kunne isolert sett opprettholdes i Tyrkia. Ektefellen var fra Tyrkia, og to av barna var født der og hadde tilbrakt mesteparten av barndommen sin der. Det samme synspunktet la EMD til grunn overfor datteren, selv om helsetilbudene i Tyrkia ville være dårligere enn i Norge.³⁹

Utslagsgivende for at utvisningen av klageren ble ansett som et uforholdsmessig inngrep i familielivet, var særlig omstendighetene knyttet til det yngste barnet. Datteren hadde en kronisk og veldig alvorlig form for autisme, og var helt avhengig av foreldrenes hjelp. Barnet var spesielt knyttet til faren, ettersom det var han daglig aktiverte datteren. Moren var utslitt og hadde et marginalt funksjonsnivå, og dersom klageren skulle bli utvist ville det påføre de øvrige familiemedlemmene en omsorgsoppgave langt ut over det normale. Det var sannsynlig

³⁷ *Kaplan m. fl. mot Norge* 2014, no. 32504/11 avs. 94.

³⁸ *Kaplan m. fl. mot Norge* 2014, no. 32504/11 avs. 96.

³⁹ *Kaplan m. fl. mot Norge* 2014, no. 32504/11 avs. 87.

at barnets utvikling ville bli negativt forstyrret, og EMD mente en utvisning av faren i fem år, ville være et svært vidtrekkende tiltak overfor særlig datteren.⁴⁰

På bakgrunn av barnets spesielle omsorgsbehov og den sterke tilknytning hun hadde til faren, ble det avgjørende for EMD at «[...] in as much as the measure deprived her of the care she needed from her father it does not appear to have been accompanied by reasons that were sufficient to show that the disputed interference was necessary [...]».⁴¹

3.3.3 Jeunesse mot Nederland 2014

3.3.3.1 Bakgrunn for saken

Klageren var en statsborger fra Suriname, som kom til Nederland i 1997 på turistvisum. Klageren var opprinnelig Nederlandsk statsborger fra fødsel, men hadde mistet statsborgerskapet sitt automatisk da Suriname ble selvstendig. Etter at turistvisumet hennes utløp, fortsatte hun å oppholde seg i landet uten oppholdstillatelse i en årrekke, til sammen rundt 16 år da saken var oppe for EMD.⁴²

I starten av oppholdet inngikk klageren samliv med en mann som også var fra Suriname, og som senere ble nederlandsk statsborger. Til sammen fikk paret tre barn som også var nederlandske statsborgere. Klageren søkte uten hell en rekke ganger om ulike oppholdstillatelser for å kunne bo med familien sin i Nederland, som ble avslått av myndighetene hver gang. Myndighetene hadde i perioder tillatt klageren i å bli værende i landet imens hun ventet på utfallet i sakene, og hadde heller ikke gjort noen aktive tiltak på å uttransportere henne. Klageren hadde i tillegg bodd på den samme adressen under hele det ulovlige oppholdet.⁴³

3.3.3.2 EMDs konkrete forholdsmessighetsvurdering

⁴⁰ *Kaplan m. fl. mot Norge* 2014, no. 32504/11 avs.97-98.

⁴¹ *Kaplan m. fl. mot Norge* 2014, no. 32504/11 avs. 97.

⁴² *Jeunesse mot Nederland* 2014, no. 12738/10 avs. 8-13.

⁴³ *Jeunesse mot Nederland* 2014, no. 12738/10 avs. 12-42.

Saken ble avgjort av EMD i storkammer, hvor Domstolen kom til at art. 8 var krenket fordi det forelå eksepsjonelle omstendigheter i saken. I det følgende vil jeg gjennomgå de momentene som ble lagt avgjørende vekt på i forholdsmessighetsvurderingen.

3.3.3.3 Vektleggingen av innvandringsregulerende hensyn

Alvorligheten av bruddet på utlendingsloven

For EMD, var spørsmålet om staten hadde krenket klagerens rett til familieliv etter art. 8, ved å nekte henne oppholdstillatelse i Nederland. EMD la vekt på at klageren hadde oppholdt seg ulovlig i landet siden turistvisumet hennes utløp i 1997, og hun hadde ikke begått noen straffbare handlinger. EMD la også stor vekt på at selv om hun ikke hadde overholdt plikten til å forlate Nederland, hadde myndighetene tolerert oppholdet hennes i betydelige perioder ved å gi henne tillatelse til å oppholde seg i landet imens hun ventet på utfallet i klagesakene. Dette tilrettela for at klageren kunne etablere sterke sosiale, kulturelle og familiære røtter til landet. Adressen hennes hadde også alltid vært kjent for myndighetene, slik at hun over et betydelig tidsrom hadde vært tilgjengelig for uttransportering.⁴⁴

Effektivitet fra myndighetene

EMD anså det som tvilsomt om generelle innvandringspolitiske hensyn kunne anses som en tilstrekkelig begrunnelse for å nekte søkeren opphold, særlig sett i lys av den sterke tilknytningen hun hadde fått til Nederland gjennom 16 år. EMD påpekte særlig at staten i en betydelig tidsperiode hadde tolerert oppholdet hennes, imens hun ventet på utfallet av søknadene sine. Toleransen fra myndighetene hadde lagt til rette for at klageren kunne etablere sterke familiære, sosiale og kulturelle bånd til Nederland, og klagerens adresse hadde i tillegg alltid vært kjent for myndighetene.

3.3.3.4 Vektlegging av hensynet til barnets beste

EMD påpeker at det ikke var noen uoverstigelige hindringer i veien for ektemannen og barna kunne flytte med klageren til Suriname, selv om de ville oppleve det som vanskelig hvis de

⁴⁴ *Jeunesse mot Nederland* 2014, no. 12738/10 avs. 116.

ble tvunget til å flytte, ettersom barna var Nederlandske statsborgere og hadde ingen tilknytning til landet verken sosialt eller kulturelt.⁴⁵

EMD foretok videre en konkret vurdering av hvordan en utvisning av moren ville påvirke barna med utgangspunkt i spesielt alderen, situasjonen til barna og i hvilken grad barna var avhengig av foreldrene.⁴⁶

I saken la EMD stor vekt på at det var klageren som tok vare på barna og at hun var deres primære omsorgsgiver. Faren jobbet heltid for å forsørge barna, en jobb som også krevde at han var borte noen kvelder i uken. Det var åpenbart ikke til det beste for barna å forstyrre tilværelsen deres med å tvangsflytte moren til Suriname. EMD mente at nasjonale domstoler ikke hadde vurdert hvordan en utvisning av moren ville påvirke barna, og at hensynet til barnets beste derfor ikke var tilstrekkelig vektlagt i beslutningen om å nekte klageren oppholdstillatelse. Dette synes å ha fått stor vekt for hvorfor EMD kom til krenkelse av art. 8.

3.3.4 *Darren Omoregie m.fl. mot Norge 2008*

3.3.4.1 Bakgrunn for saken

Klageren som var en mann fra Nigeria som kom til Norge i 2001, og søkte på asyl. Søknaden ble endelig avslått i 2002, hvor klageren ble forpliktet til å forlate landet. Klageren forlot imidlertid ikke Norge, og giftet seg i 2003 med en norsk statsborger. Samme år fattet UDI vedtak om utvisning med fem års innreiseforbud, på bakgrunn av ulovlig opphold i fire og en halv måned etter avslaget på asylsøknaden og ulovlig arbeid i ni måneder. Utvisningsvedtaket ble opprettholdt av Høyesterett i 2006.

I 2006 fikk paret et barn som ble norsk statsborger.

3.3.4.2 EMDs konkrete forholdsmessighetsvurdering

⁴⁵ *Jeunesse mot Nederland* 2014, no. 12738/10 avs. 117.

⁴⁶ *Jeunesse mot Nederland* 2014, no. 12738/10 avs. 118.

I saken kom EMD i kammer til at utvisningen av klageren ikke krenket artikkel 8, som følge av at det ikke var noen eksepsjonelle omstendigheter i saken som gjorde utvisningen uforholdsmessig overfor særlig barnet hans.

I det følgende vil jeg gjennomgå de momentene som EMD la avgjørende vekt på i forholdsmessighetsvurderingen.

3.3.4.3 Vektleggingen av innvandringsregulerende hensyn

Alvorligheten av bruddet på utlendingsloven

I saken hadde klageren arbeidet ni måneder uten arbeidstillatelse og oppholdt seg fire måneder ulovlig. Han hadde heller ikke overholdt utreisefrister etter avslag på søknad om asyl og familiegjenforening. EMD sluttet seg til nasjonale domstolars vurderinger av at klageren hadde «[...]seriously or repeatedly violated the Immigration Act [...]».⁴⁷

Effektivitet fra myndighetenes side

Videre la EMD særlig vekt på at utlendingsmyndighetene hadde vært aktive i sitt forsøk på å få klageren til å reise ut av landet, ved å stadig avslå nye søknader fra klageren, etter at han var forpliktet til å forlate landet. Utvisningsvedtaket var begrunnet i «the purpose of which was to ensure that resilient immigrants do not undermine the effective implementation of rules on immigration control. Statens aktivitet tilsa derfor etter EMD sitt syn at utvisning var «necessary».⁴⁸

3.3.4.4 Vektlegging av hensynet til barnets beste

EMD la stor vekt på at ektefellen og barnet kunne bli med klageren til Nigeria. Selv om begge var norske statsborgere, mente EMD at det ikke forelå noen uoverstigelige hindringer i veien for at familielivet kunne utøves i Nigeria. Ektefellen hadde tidligere bodd perioder i afrikanske land, og barnet på ett år var i en tilpasningsdyktig fase. I tillegg var engelsk det offisielle språket, slik at språkbarriere ikke var en stor utfordring. EMD mente også at

⁴⁷ Darren Omoregie m.fl. mot Norge 2008, no. 265/07, avs. 62-63.

⁴⁸ Darren Omoregie m.fl. mot Norge 2008, no. 265/07, avs. 68.

nasjonale domstoler hadde foretatt en balansert avveining av innvandringsregulerende hensyn og hensynet til barnets beste.⁴⁹

3.3.5 *Antwi m.fl. mot Norge 2012*

3.3.5.1 Bakgrunn for saken

Klageren var en mann fra Ghana som kom til Norge i 1999 under en falsk identitet om at han var en portugisisk statsborger. Klageren brukte den uriktige identiteten til å få innvilget arbeidstillatelse, og brukte også identiteten til å søke om fornyelse, samt familieinnvandring og norsk statsborgerskap. UDI oppdaget klagerens riktige identitet i 2005 og fattet vedtak om utvisning med fem års innreiseforbud i 2006. Vedtaket ble opprettholdt av Høyesterett i 2010.
50

I 2005 giftet klageren seg med en kvinne som også var fra Ghana og som var norsk statsborger. Paret fikk et barn i 2001 som også ble norsk statsborger.

3.3.5.2 EMDs konkrete forholdsmessighetsvurdering

I saken kom EMD i kammer til at utvisningen i frem år ikke var en krenkelse av EMK. art 8, på bakgrunn av at det ikke forelå noen eksepsjonelle omstendigheter i saken. I det følgende vil jeg gjennomgå de momentene som EMD la avgjørende vekt på i forholdsmessighetsvurderingen.

3.3.5.3 Vektleggingen av innvandringsregulerende hensyn

Alvorligheten av bruddet på utlendingsloven

I saken var det sterke allmennpreventive hensyn som veide tungt for å utvise klageren. Klageren hadde brukt falsk identitet og et falskt pass til å skaffe seg arbeidstillatelse i fem år, samt brukt den uriktige identiteten til å søke om fornyelse av arbeidstillatelsen, ved søknad om familiegjenforening og norsk statsborgerskap.

⁴⁹ *Darren Omoregie m.fl. mot Norge 2008*, no. 265/07, avs. 66-68.

⁵⁰ *Antwi m.fl. mot Norge 2012*, no. 26940/10, avs. 6-14.

EMD var enig i nasjonale domstolars vurderinger om at klagerens brudd på utlendingsloven var av alvorlig karakter og mente at «[...] the public interest in favour of ordering the first applicant's expulsion weighed heavily in the balance when assessing.»⁵¹

Effektivitet fra myndighetene

I saken oppdaget UDI klagerens riktige identitet i 2005 og fattet vedtak om utvisning i 2006. EMD uttalte at varigheten av saksbehandlingstiden ikke var så lang at det var grunn til å stille spørsmålet ved om vedtaket oppfylte formålet om en raskt og effektiv innvandringskontroll, noe som tilsa at utvisning var nødvendig.⁵²

3.3.5.4 Vektlegging av hensynet til barnets beste

EMD la vekt på at klageren spilte en viktig rolle i datterens daglige omsorg og oppdragelse, og at hun var like sterkt knyttet til faren som hun var til moren. For EMD ble det likevel avgjørende at det ikke var noen uoverstigelige hindringer i veien for at ektefellen og datteren kunne flytte med klageren til Ghana.

Ektefellen var opprinnelig fra Ghana og barnet kunne tilpasse seg et liv i Ghana. Barnet var norsk statsborger og hadde tilbrakt hele livet sitt i Norge. Hun var fullt integrert i det norske samfunnet og snakket kun norsk med foreldrene sine hjemme. Hun hadde besøkt Ghana tre ganger på ferie og hadde liten kunnskap om språket. Tilknytningen hennes til Ghana var svært begrenset. EMD la imidlertid stor vekt på barnet ikke hadde blitt utsatt for tidligere stressende hendelser eller hadde særlige omsorgsbehov. Moren ville også kunne ta tilstrekkelig omsorg for barnet alene. Det var derfor ingen eksepsjonelle omstendigheter som gjorde seg gjeldene i saken.

3.3.6 *Allele m.fl. mot Norge 2022*

3.3.6.1 Bakgrunn for saken

Klageren kom til Norge i 2001 hvor hun søkte om asyl. I asylsøknaden ga hun en falsk historie om at hun var fra Somalia og trengte behov for beskyttelse som flyktning. Søknaden

⁵¹ *Antwi m.fl. mot Norge* 2012, no. 26940/10, avs. 90.

⁵² *Antwi m.fl. mot Norge* 2012, no. 26940/10, avs. 102.

ble avslått og opprettholdt av UNE i 2003. I en omgjøringsbegjæring til UNE oppga klageren at hun tidligere hadde gitt uriktig informasjon og ga en ny falsk forklaring, hvor hun også la frem falske identitetsdokumenter. Omgjøringen ble avslått i 2005.

I mellomtiden i 2002, møtte klageren ektefellen som var norsk statsborger. Paret giftet seg i 2004, på et tidspunkt hvor klageren ikke hadde oppholdstillatelse. Klageren fikk samme år innvilget familiegjeforeningstillatelse og senere norsk statsborgerskap, begge på bakgrunn av å ha oppgitt de samme uriktige opplysningene som ved omgjøringsbegjæringen til UNE.

I 2005 fikk paret sitt første barn. I 2009 fikk de tvillinger og i 2013 fikk de sitt fjerde barn.

I 2014 ble klageren konfrontert av politiet om sin riktige identitet, noe klageren benektet. Klageren innrømmet for første gang identiteten sin ved varsel om utvisning samme år. I 2015 ble klageren besluttet utvist med to års innreiseforbud. Vedtaket ble opprettholdt av UNE i 2016.⁵³

3.3.6.2 EMDs konkrete forholdsmessighetsvurdering

I saken kom EMD i kammer til at art. 8 ikke var krenket, som følge av at det ikke forelå noen eksepsjonelle omstendigheter i saken. I det følgende skal jeg gå igjennom de momentene som EMD la avgjørende vekt på.

3.3.6.3 Vektleggingen av innvandringsregulerende hensyn

Alvorligheten av bruddet på utlendingsloven

I saken hadde klageren oppgitt uriktige opplysninger i søknad om asyl og bruk av falske identitetsdokumenter. Etter avslaget på asylsøknaden hvor hun i utgangspunktet var forpliktet til å forlate landet, hadde hun på nytt gitt uriktige opplysninger i søknad om familiegjeforeningstillatelse og norsk statsborgerskap og fått innvilget disse. EMD støttet seg til Høyesteretts begrunnelse om at det forelå tunge innvandringsregulerende hensyn i saken som talte for utvisning, og at utvisning var viktig ut fra allmennpreventive hensyn.⁵⁴

⁵³ *Alleleh m.fl. mot Norge* 2022, no. 569/20 avs. 5-42.

⁵⁴ *Alleleh m.fl. mot Norge* 2022, no. 569/20 avs. 97.

Effektivitet fra myndighetene

EMD la stor vekt på at det ikke var noe å bebreide myndighetene for lang saksbehandlingstid før klageren ble besluttet utvist.

3.3.6.4 Vektlegging av hensynet til barnets beste

EMD uttaler at hvorvidt det foreligger uoverstigelige hindringer i veien for at familielivet kan opprettholdes i utlendingens hjemland, er «highly relevant» i forholdsmessighetsvurderingen, og la stor vekt på at ektefellen og barna kunne flytte med klageren til hjemlandet, selv om det ville innebære en betydelig ulempe for barna. Barna var norske statsborgere som hadde bodd i Norge hele livet og de snakket ikke språket i Djibouti. Barna kunne imidlertid også bli boende i Norge med faren, som var en god omsorgsperson for barna.

EMD la stor vekt på at barna ikke hadde blitt utsatt for stress i forkant av utvisningsvedtaket, sammenliknet med barna til *Nunez*.⁵⁵ Det var ingen omstendigheter rundt barna som gjorde dem særlige sårbare for en separasjon fra moren, ut over den normale påvirkningen et utvisningsvedtak ville ha på barn.

Det ble også lagt vekt på at innreiseforbudet var satt til to år av hensyn til barna, og at domstolen i tidligere saker, hadde akseptert innreiseforbud på fem år.⁵⁶ Barna kunne også besøke klageren i hjemlandet imens innreiseforbudet varte, eller klageren kunne søke om å få innreiseforbudet opphevet dersom det ble behov for det av hensyn til en negativ utvikling hos barna.

EMD la videre vekt på at Høyesterett hadde foretatt en grundig og balansert vurdering av hvordan barna ville påvirkes av utvisningsvedtaket. EMD foretok derfor en lite inngående prøving av disse vurderingene.

3.4 Oppsummering

I *Nunez mot Norge 2011* og *Kaplan m.fl. mot Norge 2014*, ble hensynet til barnets beste utslagsgivende for at EMD kom til at det forelå «exceptional circumstances» i sakene og en krenkelse av art. 8 å utvise klagerne. I *Nunez* var barna små og hadde opplevd mye stress i

⁵⁵ *Alleleh m.fl. mot Norge 2022*, no. 569/20 avs. 102.

⁵⁶ *Alleleh m.fl. mot Norge 2022*, no. 569/20 avs. 103, med henvisninger til *Antwi* og *Darren Omoregie*.

forkant av utvisningen av moren, noe som gjorde barna spesielt sårbare for å bli separert fra sin hovedomsorgsperson, som de var sterkt knyttet til. I *Kaplan* hadde det ene barnet alvorlig og kronisk autisme, var sterkt knyttet til klageren og klageren spilte en spesielt stor rolle i den daglige omsorgen av barnet. Utvisning av faren i fem år ville derfor påvirke barnets utvikling særlig negativt, og ville også påføre resten av familien omsorgsoppgaver langt ut over det normale.

I begge dommene forelå det sterke innvandringsregulerende hensyn som talte for utvisning, spesielt i *Nunez*. Dommene viser derfor at hensynet til barnets beste i særskilte tilfeller kan overkjøre innvandringsregulerende hensyn. EMD la i tillegg vekt på lang saksbehandlingstid fra myndighetene, noe som gjorde at utvisning ikke fremstod som nødvendig ut fra formålet om effektiv innvandringskontroll. Barna i sakene hadde derfor et særlig behov for beskyttelse under artikkel 8.

I *Antwi m.fl. mot Norge 2012* og *Alleleh mot Norge 2022* kom EMD til at art. 8 ikke var til hinder for utvisning, fordi hensynet til barnets beste ikke gjorde seg gjeldene med samme styrke som i *Nunez* og *Kaplan*, og det forelå sterke innvandringsregulerende hensyn i sakene. Ingen av barna hadde blitt utsatt for stress i forkant av utvisningsvedtaket, eller hadde spesielle omsorgsbehov. Barna var derfor ikke spesielt sårbare for en separasjon fra en viktig omsorgsperson, noe EMD påpekte var en sentral forskjell fra barnets sårbarhet i *Nunez*. Selv om barna i *Alleleh* hadde utvist stress og angst i forbindelse med utvisningen av moren, var reaksjonene deres etter EMD sitt syn en naturlig og normal reaksjon og gikk ikke ut over det man kunne forvente ved utvisningen av en forelder. I sakene kunne barna i tillegg bli godt ivaretatt av den andre forelderens i Norge og familielivet kunne også videreføres i klagernes hjemland. Det var derfor ingenting ekstraordinært i sakene som gjorde at barna hadde et særlig behov for beskyttelse under artikkel 8.

I *Darren Omoregie mot Norge 2008*, gjorde det seg heller ikke gjeldene noen spesielle omstendigheter rundt barnet og familielivet kunne også videreføres i den utvistes hjemland. Momentet har likevel ikke nødvendigvis utslagsgivende effekt, ettersom det ble konstatert krenkelse av art. 8 i *Kaplan* og *Jeunesse*, hvor familielivet også kunne videreføres i hjemlandet til klageren. I *Jeunesse* var alle barna nederlandske statsborgere uten noen tilknytning til Suriname, og EMD mente det ville være vanskelig for dem å etablere seg der. Det samme var situasjonen for barna i *Antwi* og *Alleleh*, hvor barna også var norske statsborgere uten noen tilknytning til forelderens hjemland. De var sterkt integrert i det norske

samfunnet, og snakket heller ikke språket i forelderens hjemland. Situasjonen til barna var derfor relativt lik som situasjonen til barna i *Jeunesse*, men med forskjellig utslagsgivende effekt.

Forskjellig resultat i dommene kan forklares med at de innvandringsregulerende hensynene i *Jeunesse* var svakere. I *Jeunesse* hadde myndighetene vært passive til det ulovlige oppholdet hennes i 16 år, og hadde tolerert oppholdet i betydelige perioder. Myndighetene hadde hele tiden kjent til adressen hennes, slik at hun når som helst kunne blitt uttransportert. Utvisning fremstod derfor som mindre nødvendig, ut fra formålet om å føre en effektiv innvandringskontroll. EMD la derfor større vekt på hensynet til barna i forholdsmessighetsvurderingen, særlig ettersom staten ikke hadde vurdert grundig hvilke konsekvenser utvisning ville få for barna. Klageren var i imidlertid opprinnelig Nederlandsk statsborger, noe som gjorde saken spesiell.

Jeunesse tyder på at statens skjønnsmargin er snever der nasjonale domstoler ikke har vurdert hensynet til barnets beste tilstrekkelig grundig og balansert, slik art. 8 krever. I *Alleleh* foretok EMD en lite inngående prøving av Høyesteretts vurderingen av hvordan barna ble påvirket, ettersom Høyesterett hadde vurdert hensynet til barna særlig grundig.

I *Alleleh* la EMD i tillegg vekt på at innreiseforbudet var satt til to år av hensyn til barna. Det samme synspunktet synes imidlertid ikke å ha fått like tungt vekt i *Antwi* eller *Darren Omoregie*, hvor barna også var små og et innreiseforbud på fem år ble akseptert. Ettersom det var minst like sterke innvandringsregulerende hensyn i *Alleleh*, som i spesielt *Antwi*, tyder det på at EMD hadde en strengere tilnærming i favør av staten i *Antwi*.

På bakgrunn av rettspraksis, er EMK art. 8 bare til hinder for utvisning av en utlending som har barn, og som har etablert familieliv under ulovlig opphold, dersom det foreligger «exceptional circumstances» i saken. Etter rettspraksis tilsier begrepet at det må foreligge særlige omstendigheter rundt barnet, sammenliknet med hvordan et normalt barn i samme situasjon blir påvirket av utvisningen. Begrepet er imidlertid ikke bare begrenset til omstendigheter rundt barnet, og kan bero på konkrete omstendigheter i saken. Rettspraksis illustrerer imidlertid at det skal svært mye til før hensynet til barnets beste overkjører innvandringsregulerende hensyn. Statene synes dermed å ha et betydelig handlingsrom til å utvise i disse tilfellene, selv om utlendingen har barn som påvirkes av utvisningen.

4 Norges internasjonale forpliktelser etter EMK artikkel 8

4.1 Innledning

I denne delen skal jeg undersøke om Norge holder seg innenfor det tilkjente handlingsrommet etter EMK art. 8, ved en analyse av et utvalg Høyesterettspraksis og lagmannsrettspraksis. Jeg har valgt ut tre Høyesterettsdommer som jeg mener er representative for å belyse problemstillingen. Til slutt vil jeg også vurdere noen utvalgte nyere dommer fra lagmannsretten, som muligens kan befinne seg i en gråsoner for gjeldende norsk rett, sett i lys av høyesterettspraksis sammenholdt med EMD-praksis.

EMK art. 8 angir prinsipielt sett en folkerettslig minimumsregel. Det betyr at nasjonal utvisningspraksis gjerne kan være gunstigere for en utlending og utlendingens familie enn hva som representerer den EMK-rettslige yttergrensen. Folkerettslig er det opp til norske myndigheter, inklusive Høyesterett, å bestemme hvor nært opp til yttergrensen norsk lov og praksis skal legges.

4.2 Objektive vilkår for utvisning etter utlendl. § 66

Utlendl. § 66 regulerer utvisning av utlendinger uten oppholdstillatelse. Etter første ledd bokstav a, kan en utlending utvises dersom utlendingen “[...] grovt eller gjentatte ganger har overtrådt en eller flere bestemmelser i loven her [...] forsettlig eller grovt uaktsomt har gitt vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger i en sak etter loven, eller unndrar seg gjennomføringen av et vedtak som innebærer at vedkommende skal forlate riket”.⁵⁷

Etter § 66 første ledd bokstav c, kan en utlending uten oppholdstillatelse også utvises dersom utlendingen «[...] her i riket er ilagt straff [...]».⁵⁸

I forarbeidene fremheves det at det er viktig å kunne reagere med utvisning på gjentatte og alvorlige brudd på utlendingsloven. Det vil ikke være mulig for myndighetene å ha kontroll med alle utlendingers innreise og opphold i landet, slik at systemet i stor grad må baseres på

⁵⁷ Utlendl. § 66 første ledd bokstav a.

⁵⁸ Utlendl. § 66 første ledd bokstav c.

tillitt. Særlig uriktig opplysninger utfordrer kontrollmulighetene i stor grad. Utvisning som sanksjon, er derfor viktig for å opprettholde utlendingers respekt for utlendingsloven.⁵⁹

4.3 Krav til forholdsmessighet etter utlendl. § 70

Selv om utlendingen objektivt sett oppfyller vilkårene for utvisning etter utlendl. § 66, fastsetter utlendl. § 70 første ledd, at en utlending ikke kan utvises dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket, vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv, eller de nærmeste familiemedlemmene. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn i forholdsmessighetsvurderingen.⁶⁰

Etter utlendl. § 71 får utlendingen i tillegg et innreiseforbud, som er til hinder for senere innreise til landet. Innreiseforbudet kan gjøres varig eller tidsbegrenset, men ikke for et kortere tidsrom enn ett år.⁶¹

I utvisningssaker har domstolene full prøvingskompetanse i spørsmålet om utvisningsvedtaket er forholdsmessig. Prøvingen tar utgangspunktet i hvordan forholdene var på vedtakstidspunktet, noe som innebærer at dersom nye omstendigheter har trådt til etter vedtaket, kan domstolene ikke ta opplysningene til vurdering.⁶²

4.4 Høyestrettspraksis om utvisningsvedtaket er forholdsmessig etter utlendl. § 70

4.4.1 Generelle momenter i forholdsmessighetsvurderingen

Før jeg går nærmere inn på de konkrete forholdsmessighetsvurderingene i de norske dommene, kan det være hensiktsmessig å angi noen generelle utgangspunkter for vurderingene i disse saken, med utgangspunkt i HR-2019-2286-A.

I dommen tar Høyesterett som et viktig utgangspunkt, at forholdsmessighetsvurderingen etter utlendl. § 70, må ta hensyn til Norges internasjonale forpliktelser, hvor EMK art. 8 og

⁵⁹ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) (utlendingsloven), s. 290.

⁶⁰ Utlendl. § 70 første ledd.

⁶¹ Utlendl. § 71 andre ledd.

⁶² HR-2019-2286-A avsnitt 37.

barnekonvensjonen art. 3 står særlig sentralt. Videre skal Grl. § 104 om retten til familieliv og § 102 om barnets beste, tolkes i lys av konvensjonsbestemmelsene.⁶³

Forholdsmessighetsvurderingen må ta videre ta utgangspunkt i alvoret i overtredelsen av utlendingsloven. Jo alvorligere lovbruddet er, jo tyngre vil momentet veie i helhetsvurderingen. Alvoret i lovbruddet må imidlertid veies opp mot utlendingens familiemedlemmer, hvor særlig hensynet til barnets beste står helt sentralt.⁶⁴

Høyesterett uttaler så at dersom familielivet er etablert på et tidspunkt hvor oppholdsgrunnlaget var usikkert, vil utvisning bare komme i konflikt med EMK art. 8 dersom det foreligger «exceptional circumstances» i saken.⁶⁵ Norsk rettspraksis bygger på et rettslig utgangspunkt om at der alvorlige brudd på utlendingsloven fører til at oppholdsgrunnlaget faller bort, vil utvisning bare være uforholdsmessig overfor utlendingens barn dersom utvisning fører til uvanlig store, eller ekstraordinære belastninger. Høyesterett legger til grunn at kjernen i de to uttrykksmåtene «exceptional circumstances» og «uvanlig store belastninger», langt på vei er sammenfallende.⁶⁶

4.4.2 Rt. 2011 s. 948 (Kosovo-dommen)

4.4.2.1 Bakgrunn for saken

Bakgrunnen for saken var en kvinne fra Kosovo, som ble utvist i 2006. Utvisningsvedtaket var begrunnet i at kvinnen hadde oppholdt seg ti måneder ulovlig i Norge etter avslag på søknad om asyl, jobbet ett år uten arbeidstillatelse og oppholdt seg syv uker i landet uten visum før hun søkte om asyl. Kvinnen fikk to barn med en irakisk statsborger i 2006 og 2007. Ektefellen hadde permanent oppholdstillatelse og barna hadde oppholdstillatelse gjennom faren. Barna var sterkt knyttet til kvinnen som hadde vært barnas hovedomsorgsperson hele livet.

Utvisningsvedtaket ble opprettholdt av UNE i 2009, hvor innreiseforbudet ble satt til to år av hensyn til barna.

⁶³ HR-2019-2286-A, avsnitt 41.

⁶⁴ HR-2019-2286-A, avsnitt 43-59.

⁶⁵ HR-2019-2286-A, avsnitt 75.

⁶⁶ HR-2019-2286-A, avs. 107.

4.4.2.2 Høyesteretts konkrete forholdsmessighetsvurdering

Høyesterett kom enstemmig til at utvisningsvedtaket var uforholdsmessig etter utlendl. § 70, hvor hensynet til barnas beste ble utslagsgivende. I det følgende vil jeg peke på de mest avgjørende momentene som Høyesterett la vekt på i forholdsmessighetsvurderingen.

4.4.2.3 Vektleggingen av innvandringsregulerende hensyn

Alvoret i overtredelsene av utlendingsloven

Høyesterett anså overtredelsene av utlendingsloven som mindre alvorlige, fordi overtredelsene ikke var de som i størst grad utfordret myndighetenes kontrollmuligheter, slik som å unnlate å oppgi identitet, å gi uriktige opplysninger og benytte falske dokumenter.⁶⁷ Høyesterett la også vekt på at kvinnen hele tiden hadde bodd på asylmottak, og selv hadde oppsøkt myndighetene, slik at de fant ut av lovbruddene hennes. Hun hadde derfor ikke i særlig stor grad vanskeliggjort myndighetenes arbeid.

Høyesterett la også betydelig vekt på at utlendingsforskriften § 14-1 hadde blitt endret i etterkant av lovbruddene i saken. Etter endringen skulle utvisning av utlendinger med barn i riket, normalt ikke skje ved ulovlig opphold eller ulovlig arbeid i inntil to år. Overtredelsene ville derfor ikke ført til utvisning i dag, slik at det ville være feil å karakterisere de som særlig alvorlige.⁶⁸

4.4.2.4 Vektleggingen av hensynet til barnets beste

I saken sluttet Høyesterett seg til UNEs synspunkt om at det var urealistisk at et samlet familieliv kunne videreføres i Kosovo, ettersom ektefellen ikke snakket språket.

Forholdsmessighetsvurderingen tok derfor utgangspunkt i at barna ville bli separert fra deres primære omsorgsperson.

Barna som var henholdsvis to og tre år gamle da UNE opprettholdt utvisningsvedtaket i 2009, var sterkt knyttet til moren, ettersom det var hun som hadde vært mest hjemme med barna. En psykolog uttalte at «As barn vil oppleve det som meget belastende å skilles fra sin mor. De er små, og i en alder hvor det er vanskelig å forklare dem både lengden av og midlertidigheten

⁶⁷ Rt. 2011 s. 948 avs. 48.

⁶⁸ Rt. 2011 s. 948 avsnitt 36 og 51.

ved atskillelsen».⁶⁹ Barna hadde blant annet endret atferd på bakgrunn av den usikkerheten som hadde oppstått ved utvisningsvedtaket, og særlig det yngste barnet ville bli sterkest påvirket av en separasjon.

Høyesterett sluttet seg til det fremlagte materialet som belyste barnas atferd og la avgjørende vekt på at barna hadde sterke interesse i å få fortsette å vokse opp med sin hovedomsorgsperson. Ettersom overtredelsene av utlendingsloven var mindre alvorlige, mente Høyesterett at hensynene som talte for utvisning ikke kunne tilsesette hensynet til barna, og utvisningsvedtaket var derfor uforholdsmessig overfor barna.

4.4.3 Rt. 2015 s. 93 (Maria-dommen)

4.4.3.1 Bakgrunn for saken

En kvinne fra Kenya kom til Norge i 2007 og søkte på asyl under falsk identitet. Etter avslaget på søknaden i 2010, fortsatte kvinnen å oppholde seg i Norge ulovlig, i perioder i skjul for utlendingsmyndighetene. I 2010 fikk hun en datter som ble norsk statsborger. I 2012 ble kvinnen utvist med fem års innreiseforbud, på bakgrunn av uriktige opplysninger i asylsøknaden, og senere i søknad om familiegjenforening. Vedtaket ble opprettholdt av UNE i 2013.

Barnet hadde ingen alternativ omsorgsperson i Norge. Dersom moren ble utvist, måtte barnet derfor enten bli tatt hånd om av barnevernet eller returnere med moren til Kenya. I Kenya ville barnet møte en usikker fremtid som følge av at moren var HIV-positiv, uten utdanning og familienettverk og ville derfor havne i en vanskelig omsorgssituasjon overfor barnet. (kilde)

4.4.3.2 Høyesteretts konkrete forholdsmessighetsvurdering

Høyesterett kom enstemmig til at utvisningsvedtaket var ugyldig. I det følgende vil jeg peke på de momentene som Høyesterett la avgjørende vekt på.

4.4.3.3 Vektleggingen av innvandringsregulerende hensyn

⁶⁹ Rt. 2011 s. 948 avsnitt 57.

Alvorligheten av overtreddelsene av utlendingsloven

I saken var kvinnen besluttet utvist som følge av uriktige opplysninger, ulovlig opphold i litt over ett år og for å ikke ha forlatt Norge etter utreiseferien. Høyesterett mente overtreddelsen av utlendingsloven var typiske, men at de hadde reell betydning for utlendingsmyndighetenes kontrollmuligheter, og at overtreddelsene derfor uten tvil talte for utvisning.⁷⁰

4.4.3.4 Vektleggingen av hensynet til barnets beste

Høyesterett påpeker at «[d]et er en åpenbar spenning mellom behovet for en effektiv og rettferdig utlendingsforvaltning på den ene siden, og kravet etter Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 1[sic!] nr. 1 om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn på den andre siden».⁷¹ Høyesterett mente det var uaktuelt at barnet skulle bli tatt hånd om av barnevernet i Norge dersom moren ble utvist.⁷² Utgangspunktet for forholdsmessighetsvurderingen var derfor at barnet måtte returnere med moren til Kenya.

Kvinnen var HIV-positiv, uten utdanning og familienettverk og hun hadde derfor dårlige utsikter til å forsørge barnet i Kenya. Høyesterett mente derfor at en retur til Kenya ville innebære massive utfordringer for barnet og moren,⁷³ og det var en reell mulighet for at de ville ende opp i slumområdene i Nairobi. Det ble ansett som helt sentralt at barnet var norsk statsborger og hadde en ubetinget rett til å bo i Norge. Utvisningen av moren satte barnet i en tvangssituasjon, hvor barnet i realiteten ble tvunget til å gi slipp på sin rett til å bo i Norge, i minimum fem år og i praksis kanskje for alltid.⁷⁴ Høyesterett mente derfor at hensynet til barnets talte med stor tyngde for at moren ikke kunne utvises, når omsorgssituasjonen i Kenya ville innebære «[...]vidtrekkende konsekvenser [...] for Bs sikkerhet, utdanning og velferd».⁷⁵

4.4.4 HR-2019-2286-A

4.4.4.1 Bakgrunn for saken

⁷⁰ Rt. 2015 s. 93 avs. 80.

⁷¹ Rt. 2015 s. 93 avs. 81.

⁷² Rt. 2015 s. 93 avs. 73.

⁷³ Rt. 2015 s. 93 avs. 78.

⁷⁴ Rt. 2015 s. 93 avs. 77.

⁷⁵ Rt. 2015 s. 93 avs. 78.

Kvinnen kom til Norge i 2001, hvor hun søkte om asyl under falsk identitet og asylhistorie. Søknaden ble avslått, og i klage på avslaget innrømmet kvinnen at hun hadde gitt usanne opplysninger. Samtidig ga hun en ny falsk historie og la også frem falske identitetsdokumenter. UNE avslo klagen i 2003, hvor kvinnen fikk utreisefrist samme år.

Kvinnen forlot imidlertid ikke Norge og giftet seg i 2004 med en norsk statsborger. Sammen fikk paret fire barn som også ble norske statsborgere. Senere fikk kvinnen innvilget familiegjenforeningstillatelse og norsk statsborgerskap på bakgrunn av å ha gitt de samme uriktige opplysningene som i klagen til UNE.

I 2014 fikk politiet mistanke om at kvinnen hadde oppgitt falsk identitet. Ved forhåndsvarsel om utvisning, oppga kvinnen for første gang å ha løyet om identiteten sin. I 2015 fattet UDI vedtak om utvisning med to års innreiseforbud. Vedtaket ble opprettholdt av UNE i 2016.

4.4.4.2 Høyesteretts konkrete forholdsmessighetsvurdering

I saken kom Høyesterett enstemmig til at utvisningen av kvinnen med to års innreiseforbud, ikke var et uforholdsmessig tiltak overfor noen av barna. Avgjørende i saken var at barna ikke hadde blitt påvirket av utvisningen på en ekstraordinær eller uvanlig belastende måte. I det følgende vil jeg peke på de mest sentrale momentene som Høyesterett la vekt på i forholdsmessighetsvurderingen.

4.4.4.3 Vektleggingen av innvandringsregulerende hensyn

Alvorligheten av bruddene på utlendingsloven

I saken forelå det særlig sterke innvandringsregulerende hensyn. Kvinnen hadde bevisst forsøkt å utnytte asylinstituttet ved to anledninger, den siste gangen hvor hun også la frem falske identitetsdokumenter. Etter avslaget på asylsøknaden, hvor hun var forpliktet til å forlate Norge, hadde hun på nytt oppgitt de samme uriktige opplysningene og fått innvilget familiegjenforeningstillatelse og norsk statsborgerskap. Totalt hadde kvinnen oppholdt seg ulovlig i Norge i ti år. Overtredelsene av utlendingsloven lå i kjernen av de kontrollhensyn som loven skulle ivareta og var etter Høyesterett sitt syn «utvilsomt meget alvorlige».⁷⁶

⁷⁶ HR-2019-2286-A avs. 113.

Høyesterett påpeker at oppholdstillatelsene hennes var innvilget på uriktig grunnlag og var svært usikkert. Videre etablerte hun familieliv med ektefellen året etter at hun hadde fått avslag på asylsøknaden og i utgangspunktet var forpliktet til å forlate landet. Hun kunne derfor ikke ha noen berettiget forventning om å kunne utøve familielivet sitt i Norge.⁷⁷

Høyesterett la også vekt på at effektiviteten i prosessen med å få utvist kvinnen hadde vært rask og effektiv. UDI fattet forhåndsvarsel om utvisning i 2014, samme år som de fikk kjennskap til mistanken om at kvinnen hadde oppgitt falsk identitet og fattet utvisningsvedtak året etter, i 2015.

4.4.4.4 Vektleggingen av hensynet til barnas beste

I saken forelå det ingen uoverstigelige hindringer i veien for at familielivet kunne videreføres i Djibouti, selv om ektefellen og barna var norske statsborgere og barna ikke snakket det lokale språket. Flytting ville også skape utfordringer for familien med tanke på skolegang, kulturforskjeller, økonomiske forhold og foreldrenes arbeidssituasjon.

Forholdsmessighetsvurderingen tok derfor primært utgangspunkt i at barna ville bli boende i Norge med faren og ville bli separert fra sin hovedomsorgsperson.

Barna var henholdsvis tre, seks og elleve år da moren ble besluttet utvist. Barna var normalt utviklet og i hovedsak velfungerende. Høyesterett la stor vekt på at barna, til forskjell fra barna i *Nunez*, ikke hadde vært utsatt for brudd med noen av foreldrene, eller vært utsatt for andre spesielt belastende forhold.⁷⁸ Høyesterett understreker videre at forholdene ved barna også var annerledes enn forholdene i *Kaplan*, uten å gå nærmere inn på dette, noe som kan synes å være fordi ingen av barna hadde spesielle omsorgsbehov i saken.

Ettersom moren hadde tatt stor del av den daglige omsorgen for barna, var barna sterkest knyttet til moren. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at tvillingene var noe sårbare, men at en del av dette skyldtes den usikkerhet og uro som utvisningssaken hadde skapt for barna. Videre hadde lagmannsretten lagt til grunn at særlig de tre yngste barna ville bli sterkt følelsesmessig preget av utvisningen av moren.⁷⁹

⁷⁷ HR-2019-2286-A avs. 115 og 116.

⁷⁸ HR-2019-2286-A avs. 124.

⁷⁹ HR-2019-2286-A avs. 121.

Selv om barna hadde utvist stress og angst i forbindelse med utvisningen av moren, la Høyesterett avgjørende vekt på at utvisningen ikke påførte barna uvanlig store, eller ekstraordinære belastninger.⁸⁰ Faren var i tillegg en god omsorgsperson, som kunne ta vare på barna i Norge i et trygt og etablert miljø. Høyesterett påpekte også at omsorgsoppgaven for faren ville bli betydelig i de to årene innreiseforbudet varte, men at heller ikke dette kunne karakteriseres som uvanlig eller ekstraordinært.

Høyesterett la i tillegg vekt på at innreiseforbudet var redusert til to år av hensyn til barna og at barna kunne besøke moren i hjemlandet eller i et tredjeland.⁸¹

4.5 Oppsummering

Høyesterettspraksis oppsummert, tyder på at norsk rett i praksis holder seg innenfor det gjeldende handlingsrommet etter EMK art. 8. Det synes i alle fall å være hovedlinjen og tilfellet i dag, selv om Norge tidligere har blitt dømt for brudd på art. 8, senest i *Kaplan* i 2014. Et uttrykk for at gjeldene praksis ligger innenfor det tilkjente handlingsrommet er HR-2019-2286-A, hvor Høyesterett kom til at utvisningen av en firebarnsmor ikke var et uforholdsmessig tiltak overfor barna. Her kom EMD i etterkant tilsvarende til at utvisningen ikke var i strid med EMK art. 8.⁸²

I saken var det ingen særskilte omstendigheter rundt barna som gjorde seg gjeldene, verken for tilfellet at barna ble boende i Norge med faren, eller dersom de flyttet med moren til Djibouti. Barna kunne bli ivaretatt av faren, som var en god omsorgsperson og de ville også ha et familienettverk å støtte seg på i morens hjemland. Selv om det yngste barnet og tvillingene var relativt små, henholdsvis tre og seks år, og hadde utvist stress og angst i forbindelse med at moren skulle bli utvist og det var uomtvistet at særlig det yngste barnet ville bli sterkt følelsesmessig preget ved en separasjon, hadde ingen av barna blitt utsatt for stress i forkant av utvisningssaken. Barna var derfor ikke særlig sårbare for en separasjon fra deres primære omsorgsperson, slik at saken skiller seg klart fra *Nunez*.

Saken skiller seg også klart fra *Kaplan*, ettersom ingen av barna hadde særlige omsorgsbehov som gjorde det nødvendig at kvinnen ble værende i Norge. I tillegg hadde myndighetene vært

⁸⁰ HR-2019-2286-A avs. 121.

⁸¹ HR-2019-2286-A avs. 125.

⁸² *Alleleh mot Norge* 2022, no. 569/20.

effektive med å utvise klageren. Det var derfor ingenting uvanlig eller ekstraordinært i saken som gjorde at det forelå «exceptional circumstances» slik begrepet brukes i EMDs praksis. I EMDs praksis synes begrepet å bli brukt i et større samfunnsmessig perspektiv. For de enkelte barn som utsettes for tvungen adskillelse fra foreldre gjennom inngripen fra offentlige myndigheter, altså i et individuelt barneperspektiv, vil oppfatningen om hva som er uvanlig eller ekstraordinært naturlig nok kunne være en ganske annen.

Ettersom de innvandringsregulerende hensynene i saken var svært sterke, og hensynet til barnets beste ikke gjorde seg spesielt sterkt gjeldene, synes Høyesteretts konklusjon klart å være i tråd med EMDs praksis.

I «Maria-dommen» og «Kosovo-dommen» ble hensynet til barnets beste utslagsgivende for at Høyesterett kom til at utvisningsvedtakene var uforholdsmessige etter utlendl. § 70. I «Maria-dommen» ga Høyesterett i tillegg dom for at vedtaket var i strid med EMK art. 8. Også disse sakene tyder på å ligge innenfor det tilkjente handlingsrommet, hvor Høyesterett særlig i «Kosovo-dommen» synes å legge seg på en mildere linje enn EMD.

I «Maria-dommen» synes det klart at de konsekvensene som barnet ville møte dersom moren ble utvist, ved enten å bli tatt hånd om av barnevernet i Norge eller risikere store sosiale utfordringer i Kenya, som følge av at moren var HIV-positiv, uten familienettverk og utdanning, å ville påføre barnet uvanlig store belastninger. Forholdene i saken synes klart å nå opp til den høye terskelen «exceptional circumstances», i tråd med EMDs praksis. Saken har klare forskjeller fra både *Darren Omoregie*, *Antwi* og *Alleleh*, hvor barna kunne bli boende i Norge med en god omsorgsperson, eller velge å bli med til den utviste forelderens sitt hjemland, hvor barnet også ville få tilstrekkelig omsorg og det heller ikke var noen andre uoverstigelige hindringer i veien for at familielivet kunne videreføres der. I sakene fra EMD var barna også norske statsborgere, men hvor barnets statsborgerskap ikke kom på spissen fordi barnet kunne bli boende i Norge.

At Høyesterett la avgjørende vekt på hensynet til barnets beste, selv om det forelå tunge hensyn for utvisning ved at kvinnen flere ganger og over lenger tid hadde oppgitt uriktige opplysninger i søknader om opphold, samt oppholdt seg ulovlig, synes Høyesteretts vurderinger å være i tråd med vurderingene til EMD i *Nunez*. Ettersom saken er avgjort etter EMD-dommen, kan det tyde på at Høyesterett i saken innrettet seg etter EMDs avgjørelse.

I «Kosovo-dommen» kom Høyesterett til at utvisningsvedtaket var uforholdsmessig overfor barna, selv om det ikke gjorde seg gjeldene noen særskilte omstendigheter i saken. Barna hadde ingen spesielle omsorgsbehov slik forholdene var i *Kaplan*, og de hadde heller ikke blitt utsatt for stress i forkant av utvisningsvedtaket. Barna var derfor ikke spesielt sårbare for en separasjon fra moren, sammenliknet med barna i *Nunez*. Det synes derfor ikke å ha vært noen «exceptional circumstances» i saken. Likevel fikk hensynet til barna avgjørende vekt i forholdsmessighetsvurderingen, ettersom de innvandringsregulerende hensynene som talte for utvisning ikke var særlig sterke.

Overtredelsene av utlendingsloven var mindre alvorlige og lå ikke i kjernen av de lovbruddene som i størst grad utfordret utlendingsmyndighetenes kontrollmuligheter, sammenliknet med lovbruddene i for eksempel *Nunez*, *Alleleh* og *Antwi*. Det var også vesentlig at lovbruddene ikke ville ført til utvisning i dag, etter en endring av utlendingsforskriften. Kvinnen hadde heller ikke vanskeliggjort myndighetenes arbeid med å oppdage overtredelsene hennes. Høyesterett synes å anlegge det samme perspektivet som EMD anla i *Jeunesse*, hvor hensynet til barnets beste fikk større vekt i forholdsmessighetsvurderingen, fordi de innvandringsregulerende hensynene som talte for utvisning ikke var særlig sterke.

I saken synes Høyesterett imidlertid å legge seg på en mildere linje enn EMD, og dommen ligger følgelig godt innenfor det tilkjente handlingsrommet etter art. 8. Som sagt er det opp til norske myndigheter å bestemme hvor tett opp til yttergrensen etter art. 8, de ønsker å legge norsk utvisningspraksis.

4.6 Lagmannsrettspraksis om utvisningsvedtaket er forholdsmessig etter utlendl. § 70.

4.6.1 LB-2016-159970

4.6.1.1 Bakgrunn for saken

Bakgrunnen for saken var en kvinne fra Zambia, som kom til Norge i 2008 og søkte om asyl. I asylsøknaden oppga hun uriktige opplysninger om identitet og asylhistorie. Søknaden ble avslått i 2009, hvor hun ble forpliktet til å forlate Norge. Kvinnen forlot imidlertid ikke landet

og fikk ett barn i 2009 som ble norsk statsborger. Kvinnen søkte så om familiegjenforening med barnet, hvor hun også oppga de samme uriktige opplysningene.

I forbindelse med søknaden, fikk UDI kjennskap til kvinnens riktige identitet og fattet vedtak om utvisning med to års innreiseforbud i 2012. Vedtaket ble endelig opprettholdt av UNE i 2015, hvor barnet var fem år og tre måneder.

Under klagebehandlingen opphørte samlivet mellom kvinnen og barnets far. Barnet flyttet fast til moren og faren hadde samvær hver helg. Barnet hadde bodd i Norge hele livet og behersket engelsk dårligere enn norsk. Hun var sterkt knyttet til begge foreldrene, men sterkest til moren. På vedtakstidspunktet hadde barnet hadde risiko for utvikling av elektiv mutisme, en diagnose som innebar at barnet ufrivillig ikke snakket og som hang tett sammen med sosial angst.⁸³

4.6.1.2 Lagmannsrettens konkrete forholdsmessighetsvurdering

I saken kom lagmannsretten dissens 2-1, til at utvisningsvedtaket ikke var uforholdsmessig overfor datteren. Avgjørende ble at datteren kunne returnere med moren til Zambia eller bli boende med faren i Norge. I det følgende skal jeg peke på de mest sentrale momentene som flertallet og mindretallet la vekt på i forholdsmessighetsvurderingen.

4.6.1.3 Vektleggingen av innvandringsregulerende hensyn

Alvoret i overtredelsene av utlendingsloven

I saken hadde kvinnen oppgitt uriktige opplysninger i søknad om asyl og hadde i tillegg fastholdt opplysningene ved flere senere anledninger i forbindelse med søknader og klager. Flertallet så på bruddene på utlendingsloven som alvorlige, fordi uriktige opplysninger lå i kjernen av de overtredelsene som i størst grad utfordret utlendingsmyndighetenes kontrollmuligheter med hvem som har rett til lovlig innreise og opphold i landet. Også selve asylinstituttet kunne bli undergravd. Alvoret i overtredelsene talte sterkt for at utvisning var nødvendig, for å sanksjonere lovbruddene ut fra viktige allmennpreventive hensyn.⁸⁴

⁸³ LB-2016-159970

⁸⁴ LB-2016-159970

Mindretallet var enig i flertallets vurdering på dette punkt, men mente samtidig at kvinnen ikke hadde begått andre kritikkverdige forhold og at overtredelsen ikke var uvanlig. Det kan derfor synes som at mindretallet la noe mindre vekt på alvorligheten av overtredelsen.⁸⁵

I saken var det ingenting å utsette på utlendingsmyndighetenes saksbehandlingstid. Etter at UDI fikk kjennskap til kvinnens riktige identitet i 2010, fattet de forhåndsvarsel om utvisning i 2011 og vedtak om utvisning i 2012.

4.6.1.4 Vektlegging av hensynet til barnets beste

Flertallet mente utvisningen av moren ikke var uforholdsmessig overfor barnet, verken for tilfellet at barnet ble boende i Norge med faren, eller dersom hun returnerte med moren til Zambia.

Flertallet mente barnet ville få en tilstrekkelig omsorgssituasjon i Zambia, fordi kvinnen i en tidligere barnefordelingssak hadde oppgitt å ha storfamilien sin der, en datter som gikk på privatskole og at hun og barnet ville få tilgang til et hus å bo i med eget soverom og bad. Kvinnen hadde i tillegg utdanning fra hjemlandet og hadde tidligere vært i jobb der. Flertallet mente dette gjorde det sannsynlig at hun ville klare å få seg jobb ved en retur, og kunne forsørge barnet.

Barnet hadde risiko for utvikling av elektiv mutisme. Diagnosen ble beskrevet som å «[...] henge sammen med sjenanse, overfølsomhet til sosiale situasjoner og sosial angst. Den kan forverres av psykososialt stress. [...] B sjenanse og kommunikasjonsform i barnehagen menes å utgjøre en risiko for at hun kan utvikle elektiv mutisme ved ekstremt psykososialt stress. Dette kan være tapet av en omsorgsperson og / eller å skulle tilpasse seg annen kultur og tilegne seg et nytt språk. Sistnevnte utfordrer direkte hennes kommunikative sårbarhet».⁸⁶ Flertallet påpeker at dette var en sårbarhet hos barnet, uten å kommentere forholdet nærmere.

Mindretallet mente derimot at det var stor risiko for at barnet ville rammes av fattigdom og nød i Zambia, og at opplysningene fra kvinnen i stor grad var påvirket av barnefordelingssaken mellom foreldrene. I Norge hadde kvinnen bodd i en kummerlig kjellerleilighet etter samlivsbruddet og jobbet frivillig, hun hadde ingen oppsparte midler og var avhengig av offentlige stønader. Mindretallet mente derfor at kvinnen åpenbart hadde

⁸⁵ LB-2016-159970

⁸⁶ LB-2016-159970

vurdert levekårene i Norge for henne og barnet som vesentlig bedre enn i Zambia, og at det da fremstod selvmotsigende at staten mente hun ville ha tilgang på et stort hus med soverom og bad, familienettverk og arbeid ved en retur til hjemlandet.

Flertallet mente imidlertid at barnet også kunne bli boende i Norge med faren, som ble ansett som en likeverdig omsorgsperson som moren.

For lagmannsretten, hadde det fremkommet opplysninger om at faren hadde hatt en ustabil tilknytning til arbeidslivet, et problematisk alkoholforbruk og at kvinnen og barnet flere ganger under samlivet hadde måttet flytte ut av parets felles bolig «på grunn av beruselse og aggressiv oppførsel fra A».⁸⁷ Opplysningene avvek fra det partene tidligere hadde fortalt og var særlig gitt av kvinnen. Flertallet mente det var «betydelig usikkerhet rundt hva som er de faktiske forholdene rundt dette», og la til grunn at faren var en god omsorgsperson, på bakgrunn av en sakkyndig uttalelse i en tidligere familiesak, hvor det fremkom at «[u]ndertegnede støtter foreldrene i at de begge er gode omsorgspersoner for B [...]».⁸⁸

Mindretallet mente derimot at utvisningen av moren satte barnet i en tvangsaktiv situasjon, hvor hun måtte gi slipp på sin rett til å bo i Norge som norsk statsborger, fordi det var lite sannsynlig at faren kunne ta omsorgen for barnet alene i Norge. Mindretallet fremhevet at «[i] lange perioder har far ikke betalt bidrag, slik at mor og barn har vært avhengig av offentlige stønader. Han har for øvrig ikke omsorgen for egne barn og har ingen kontakt med ett av barna som har vært plassert av barnevernet».⁸⁹ Mindretallet la også vekt på at barnets oppvekst hadde vært preget av familiekonflikten mellom foreldrene og utvisningssaken og at hun derfor hadde behov for stabile omgivelser.

4.6.2 LB-2019-161634

4.6.2.1 Bakgrunn for saken

En kvinne fra Etiopia kom til Norge i 2010 og søkte på asyl. Kvinnen fikk endelig avslag på asylsøknaden i 2012, hvor hun fikk frist til å forlate landet. Etter en omgjøringsbegjæring ble beslutningen opprettholdt i 2014.

⁸⁷ LB-2016-159970

⁸⁸ LB-2016-159970

⁸⁹ LB-2016-159970

Kvinnen forlot imidlertid ikke Norge og bodde på asylmottak hele det ulovlige oppholdet. I 2016 og 2017, fikk hun to barn som ble norske statsborgere. I 2017 fattet UDI vedtak om utvisning med to års innreiseforbud, på bakgrunn av ulovlig opphold i Norge. Vedtaket ble opprettholdt av UNE siste gang i 2019, hvor det ulovlige oppholdet var på nærmere syv år, regnet fra avslaget i 2012. Barna var på dette tidspunktet to år og ni måneder og ett år og tre måneder. Barna hadde bodd fast med moren hele livet og hadde aldri bodd sammen med faren. Faren hadde hatt samvær med barna, men mindre enn avtalt. Videre hadde barna ingen relasjon til farens øvrige familie.⁹⁰

4.6.2.2 Lagmannsrettens konkrete forholdsmessighetsvurdering

Lagmannsretten mente enstemmig at utvisningsvedtaket ikke var uforholdsmessig overfor barna. Avgjørende var at barna ikke hadde blitt utsatt for noen uvanlige store eller ekstraordinære belastninger. I det følgende vil jeg gjennomgå de momentene som lagmannsretten la vekt avgjørende vekt på i forholdsmessighetsvurderingen.

4.6.2.3 Vektleggingen av innvandringsregulerende hensyn

Alvoret i overtredelsene av utlendingsloven

Lagmannsretten mente kvinnens overtredelse ved ulovlig opphold på mer enn seks år, var et alvorlig brudd på utlendingsloven. Hun hadde heller ikke overholdt utreisefristen etter avslag på asylsøknaden. Lagmannsretten trakk samtidig frem at ulovlig opphold ikke anses som like alvorlig som det å oppgi uriktig identitet, uriktige opplysninger eller bruk av falske dokumenter. Lagmannsretten mente imidlertid at varigheten av det ulovlige oppholdet skjerpet overtredelsen. Kvinnen hadde imidlertid ikke gjort noe for å vanskeliggjøre utlendingsmyndighetenes arbeid, ettersom hun hele tiden hadde oppholdt seg på asylmottak.

4.6.2.4 Vektlegging av hensynet til barnets beste

Lagmannsretten mente barna kunne returnere med kvinnen til Etiopia, hvor familien mest sannsynlig ville forsøke å hjelpe til med å dekke barnas behov. I saken var det usikkert hva

⁹⁰ LB-2019-161634.

som ville bli det mest sannsynlige utfallet for barna ved utvisning, ettersom faren vurderte å bruke sin rett etter barneloven til å nekte kvinnen å ta med barna til Etiopia.

Kvinnen hadde vært barnas primære omsorgsgiver hele livet, og de hadde aldri bodd sammen med faren eller hatt noen relasjon til hans øvrige familie. Faren hadde i tillegg i perioder hatt mindre samvær med barna enn avtalt, spesielt overfor det yngste barnet. Dersom barna skulle bli boende i Norge, mente lagmannsretten at en separasjon fra moren ville bli en stor følelsesmessig belastning for så små barn. Lagmannsretten mente videre at kontakt gjennom sosiale medier kunne ikke avhjelpe manglende fysisk kontakt med moren. I tillegg var det klart at det ville bli en stor overgang for barna å flytte bosted til faren. Lagmannsretten la imidlertid avgjørende vekt på at faren var en kjent omsorgsperson og det ikke var opplysninger om mangler ved farens omsorgsevner. Belastningene som barna ble utsatt for, skilte seg ikke i tilstrekkelig stor grad fra hva som ville gjelde for alle barn på deres alder. Barna ble derfor ikke utsatt for noen uvanlige store belastninger og utvisning av moren i to år var forholdsmessig.

4.6.3 LB-2022-46100

4.6.3.1 Bakgrunn for saken

En irakisk statsborger kom til Norge for første gang i 2008 og søkte på asyl. Søknaden ble endelig avslått i 2010, hvor mannen fikk frist til å forlate landet. Mannen forlot imidlertid ikke Norge og giftet seg i 2014 med en kvinne som også opprinnelig var fra Irak og som senere ble norsk statsborger. I 2015 fikk de en sønn og i 2019 fikk de en datter.

I 2016 ble mannen utvist med fem års innreiseforbud på bakgrunn av ulovlig opphold i to perioder, på til sammen fire år. Mannen reiste frivillig fra Norge, men kom tilbake igjen i strid med innreiseforbudet i 2018. Dette førte til at han ble dømt til ti måneders ubetinget fengsel.⁹¹

I 2019 fattet UDI nytt utvisningsvedtak med fem års innreiseforbud, på bakgrunn av at mannen hadde brutt innreiseforbudet. Vedtaket ble prøvd av lagmannsretten i 2019, hvor

⁹¹ LB-2022-46100

domstolen kom til at vedtaket var delvis ugyldig, og mente innreiseforbudet ikke burde overstige to år.⁹²

I 2021 fattet UDI et nytt utvisningsvedtak med to års innreiseforbud, og som ble opprettholdt av UNE år. Dette vedtaket ble prøvd av lagmannsretten i denne saken. På vedtakstidspunktet hadde det eldste barnet fått diagnosen tilpasningsforstyrrelse, på bakgrunn av sterk separasjonsangst i forbindelse med utvisningen av faren. Barnet var spesielt knyttet til faren, og hadde opplevd tidligere separasjonsbrudd i forbindelse med at faren ble varetekstfengslet og senere ved soning av straffedommen for brudd på innreiseforbudet.

I etterkant av utvisningsvedtaket, ble barnet diagnostert med post-traumatisk stressreaksjon (PTSD), blant annet med risiko for psykose, etter en forverring av symptomene som forelå på vedtakstidspunktet. Barnet hadde i tillegg fått diagnosen epilepsi. Dette var imidlertid nye omstendigheter som lagmannsretten ikke kunne ta i betraktning.

4.6.3.2 Lagmannsrettens konkrete forholdsmessighetsvurdering

Lagmannsretten mente enstemmig at utvisningsvedtaket med to års innreiseforbud, var forholdsmessig overfor barna. Avgjørende var at barna ikke ble utsatt for noen uvanlige store eller ekstraordinære belastninger ved utvisningsvedtaket. I det følgende vil jeg gjennomgå de mest avgjørende momentene som lagmannsretten la vekt på i forholdsmessighetsvurderingen.

4.6.3.3 Vektleggingen av innvandringsregulerende hensyn

Alvoret i overtredelsene av utlendingsloven

Lagmannsretten mente det mer alvorlig å reise ulovlig inn i landet i strid med et uttrykkelig innreiseforbud, enn å bare reise inn ulovlig. Bruddet på innreiseforbudet ble derfor ansett som alvorlig, men i nedre sjikt.⁹³

4.6.3.4 Vektlegging av hensynet til barnets beste

Lagmannsretten vurderer ikke om familielivet kan fortsettes i farens hjemland, slik at forholdsmessighetsvurderingen tok utgangspunkt i at barna kom til å bli boende med moren i

⁹² LB-2019-180348

⁹³ LB-2022-46100

Norge. Lagmannsretten mente utvisningsvedtaket ikke var uforholdsmessig overfor det yngste barnet, ettersom barnet ikke hadde vist noen reaksjoner ut over det vanlige.

Det eldste barnet på seks år, hadde derimot fått diagnosen tilpasningsforstyrrelse på vedtakstidspunktet, en diagnose som ble betegnet som situasjonsbetinget stressreaksjon ut over det vanlige.⁹⁴ Det var frykten for å bli separert fra faren, som hadde utløst stressreaksjonen hos gutten. Barnet hadde opplevd tidligere separasjonsbrudd med faren, i forbindelse med at faren ble varetektsfengslet for brudd på innreiseforbudet og ved soning av straffedommen. Den siste delen av dommen ble sonet med fotlenke i hjemmet, på grunn av hensynet til sønnen. På vedtakstidspunktet opplyste barnets behandlede psykolog ved BUP, at barnet hadde utvist en sterkere reaksjon på separasjon enn det som er forventet av barn på samme alder. Blant annet under henvisning til en konkret episode hvor faren måtte ta et kort opphold på et karantenehotell, vurderte psykologen det som «stor risiko for store psykiske konsekvenser for barnet å bli separert fra faren.»⁹⁵

Lagmannsretten kom under noe tvil til at det var forsvarlig av UNE å vurdere prognosene til barnet på vedtakstidspunktet, på at barnet ikke kom til å få en så alvorlig utvikling som PTSD, slik at utgangspunktet for forholdsmessighetsvurderingen var at barnet hadde diagnosen tilpasningsforstyrrelse. Lagmannsretten mente hensynet til barna var tilstrekkelig ivaretatt, når innreiseforbudet var redusert til to år av hensyn til barna. Moren hadde vært barnas primære omsorgsperson hele livet, og man kunne anta at symptomene til barnet ville dempe seg når situasjonen fikk sin endelige avklaring gjennom at faren forlot landet. Selv om det ville bli mer enn vanlig krevende for moren å ivareta særlig sønnen, mente lagmannsretten at barnas omsorgssituasjon likevel ville bli akseptabel.

4.7 Oppsummering

En oppsummering av rettspraksis fra lagmannsretten, etterlater et inntrykk av at resultatene i dommene ligger i gråsonen av det tilkjente handlingsrommet Norge har etter EMK art. 8. Resultatet er problematisk, ettersom utvisning rammer barn aller hardest. Særlig kan det

⁹⁴ LB-2022-46100

⁹⁵ LB-2022-46100

stilles spørsmål ved om Norge i realiteten bryter menneskerettighetene i LB-2022-46100, som synes å være det klareste grensetilfellet.

I saken hadde barnet separasjonsangst ut over det vanlige og var sårbar etter tidligere relasjonsbrudd med faren. I tillegg forelå det en uttalelse fra barnets behandlede psykolog, om at det var stor risiko for store psykiske konsekvenser dersom barnet ble separert fra faren. Det var også opplysninger om at barnet hadde hatt en unormal sterk reaksjon på at faren måtte ta opphold på et karantenehotell. Reaksjonene fra barnet, og opplysningene som forelå, tydet klart på at barnet var spesielt sårbart fra å bli separert fra faren, i likhet som barna i *Nunez* og barnet i *Kaplan*. Det tyder på at det forelå «exceptional circumstances» i saken og i strid med art. 8 å utvise faren.

I *Alleleh* la EMD stor vekt på at barnas reaksjoner på at moren skulle bli utvist, ikke gikk ut over hva man kunne forvente av hvordan et barn ville reagere på situasjonen. Barna hadde heller ikke opplevd stress i forkant av utvisningen, og var derfor ikke særlig sårbare for en separasjon fra moren. Saken skiller seg klart fra *Alleleh*, og det trekker videre i retning av at det forelå «exceptional circumstances» i saken og i strid med art. 8 å utvise faren.

Lagmannsretten begrunnet ikke hvorfor de mente barnets symptomer ville forsvinne ved en endelig avklaring av saken, sett i lys av opplysningene om konsekvensene av en separasjon som forelå. Når opplysningene tilsa at det var en stor risiko for at barnet ville få store psykiske problemer ved en separasjon fra faren, tyder det på at lagmannsretten ikke foretok en tilstrekkelig grundig og balansert vurdering av hensynet til barnets beste opp mot de innvandringsregulerende hensynene i saken, slik art. 8 krever når utvisning involverer barn. Statens skjønnsmargin synes å være snever i disse tilfellene, på bakgrunn av EMDs utfall i henholdsvis *Alleleh* sammenliknet med *Jeunesse*.

Ettersom barnet i etterkant av utvisningsvedtaket fikk diagnosen PTSD, er det uten tvil om at denne omstendigheten gjør at det foreligger «exceptional circumstances» i saken og i strid med art. 8 å utvise faren. Det mest sannsynlige utfallet synes derfor å være at UNE omgjør utvisningsvedtaket på bakgrunn av de nye opplysningene. I alle tilfeller må det være utfallet for at Norge skal overholde sine internasjonale forpliktelser etter EMK art. 8.

LB-2016-159970 tyder også på å være et grensetilfelle av «exceptional circumstances», fordi utvisningen av kvinnen tydet på å føre til en usikker omsorgssituasjon for barnet både i

Zambia og i Norge. Barnet hadde også tidligere vært utsatt for stress og var sårbar for å utvikle elektiv mutisme ved en flytting til Zambia.

I saken synes omsorgssituasjonen til barnet i Zambia, å være mer usikker enn det lagmannsrettens flertall la til grunn. I Norge var kvinnen avhengig av offentlige stønader, hadde ingen inntekt eller oppsparte midler, og bodde i en kummerlig kjellerleilighet, ifølge mindretallets syn. Flertallet vurderte omsorgssituasjonen til barnet blant annet på kvinnens tidligere opplysninger i barnefordelingssaken, hvor hun hadde uttalt at hun hadde et familienettverk å vende tilbake til i Zambia. De dårlige levekårene til kvinnen i Norge, kan imidlertid tyde på at hun ikke hadde det familienettverket å vende tilbake til i hjemlandet som flertallet la til grunn, og skiller saken fra omsorgssituasjonen til barna i klagerens hjemland i henholdsvis *Alleleh* og *Antwi*, hvor dette ikke var omtvistet.

På en annen side hadde kvinnen god helse, utdanning fra hjemlandet og hadde tidligere vært i jobb der. Mulighetene hennes til å forsørge barnet i Zambia, fremstod derfor som mer realistiske enn i «Maria-dommen», hvor kvinnen var HIV-positiv, uten familienettverk og utdanning. Det trekkes i retning av at barnet ville få en tilstrekkelig omsorgssituasjon i Zambia, og at dommen ligger innenfor det tilkjente handlingsrommet.

Barnet hadde imidlertid risiko for utvikling av elektiv mutisme ved en flytting til Zambia, en omstendighet som flertallet ikke vurderte. Diagnosen kunne utløses ved flytting til en ny kultur hvor barnet måtte lære et nytt språk. Engelsk utfordret direkte barnets kommunikative sårbarhet. I *Kaplan*, la EMD til grunn at selv om barnet hadde alvorlig og kronisk autisme og helsetilbudene i Tyrkia var dårligere enn i Norge, var det likevel ikke en uoverstigelig hindring for at barnet ikke kunne flytte til Tyrkia. I *Antwi* la EMD også til grunn at barnet kunne flytte til Ghana, selv om hun ikke kunne språket. EMDs praksis tyder på at det skal mye til før det foreligger uoverstigelige hindringer i hjemlandet. Barnets risiko for å utvikle elektiv mutisme, vil derfor mest sannsynlig ikke utgjøre et uoverstigelig hinder for at familielivet ikke kan opprettholdes i Zambia.

Barnet hadde også opplevd samlivsbrudd mellom foreldrene og flytting av fast bosted. Det var også opplysninger om at moren og barnet hadde måttet flytte ut av parets felles bolig under samlivet, på grunn av alkoholforbruk og aggressiv oppførsel fra faren. Barnet hadde derfor opplevd stress i forkant av utvisningssaken, i likhet som barna i *Nunez*. Dersom barnet skulle returnert med moren til Zambia, ville barnet imidlertid ikke blitt separert fra sin

primære omsorgsperson, og skiller saken fra *Nunez*. At barnet tidligere hadde blitt utsatt for stress, kan likevel gjøre en flytting til et helt nytt land til en større belastning, enn i normale situasjoner. Også sett i lys av barnets risiko for å utvikle elektiv mutisme ved flytting. Saken skiller seg derfor klart fra hva som var situasjonen for barna ved en eventuell flytting til klagerens hjemland i *Alleleh* og *Antwi*, som ikke tidligere hadde opplevd stress eller hadde andre spesielle sårbarheter.

I saken mente flertallet at barnet uansett kunne bli boende med faren i Norge, og at han var en god omsorgsperson. At faren i perioder ikke hadde betalt barnebidrag slik at barnet og moren var avhengig av offentlig støtte, at han ikke hadde omsorgen for sine andre barn, samt at ett av barna var plassert av barnevernet, gjør at det klart kan stilles spørsmål ved om barnet ville hatt en god omsorgssituasjon i Norge. Flertallet mente at barnet uansett ville ha en trygghet gjennom offentlige velferdsordninger. Omstendighetene i saken skiller seg klart fra *Alleleh*, *Antwi* og *Darren Omoregie*, hvor barna også var norske statsborgere og kunne velge å bli boende i Norge med en god omsorgsperson eller forsette samlivet i klagerens hjemland hvor omsorgssituasjonen også ville bli akseptabel. Det trekkes i retning av at det forelå «exceptional circumstances» dersom barnet skulle bli boende med faren i Norge.

I *Alleleh* var EMD tilbakeholden med å foreta en inngående prøving av de konkrete omstendighetene i saken, fordi Høyesterett hadde vurdert grundig og balansert hvordan barna ville bli påvirket av utvisningen. At flertallet i saken særlig ikke vurderte betydningen av at barnet hadde opplevd samlivsbrudd, flytting av fast bosted, og barnets risiko for utvikling av elektiv mutisme, kan tilsi at EMD ville konstatert krenkelse av art. 8 i saken.

I LB-2019-161634, vurderte faren å bruke sin rett etter barneloven til å nekte moren å ta med barna til Etiopia, slik at det var et realistisk scenario at barna kom til å bli boende i Norge. I saken er det barnas lave alder sammenholdt med at de aldri hadde bodd sammen med faren, som gjør saken til et grensetilfelle. Lagmannsretten mente barna ikke ble utsatt for uvanlig store belastninger av å bli separert fra moren i en toårsperiode, selv om barna var henholdsvis to år og ni måneder og ett år og tre måneder ved UNEs siste beslutning i 2019. Sett i lys av *Nunez* og *Kaplan*, er det klart at barna ikke hadde særlige omsorgsbehov eller hadde blitt utsatt for stress i forkant av utvisningssaken, slik at barna isolert sett var ikke spesielt sårbare for en separasjon fra moren.

I *Jeunesse* uttalte EMD imidlertid at «[t]he Court pays particular attention to the circumstances of the minor children concerned, especially their age, their situation in the country [...] concerned and the extent to which they are dependent on their parents».⁹⁶ Barns alder synes derfor å være et viktig moment, særlig når barnet er avhengig av utlendingen som utvises. Sett i lys av barnas lave alder, vil en separasjon fra deres viktigste omsorgsperson, kombinert med en flytting til et helt nytt omsorgsmiljø, være en betydelig belastning for så små barn. Særlig belastende vil situasjonen være overfor det yngste barnet på ett år og tre måneder, som må sies å være avhengig av moren. Faren hadde i tillegg utøvd mindre samvær overfor dette barnet, enn overfor det eldste.

I *Alleleh, Antwi og Darren Omoregie* hadde barna bodd fast sammen med begge foreldrene hele livet, og de kunne forbli boende i det samme miljøet ved utvisningen av den ene forelderen. Utvisning førte derfor ikke til at barna ble påvirket noe mer enn det normale i situasjonen. Situasjonen til barna i saken, skiller seg derfor klart fra hvordan situasjonen var for barna i EMD-dommene, og trekker i retning av at det forelå «exceptional circumstances» i saken.

På en annen side er det klart at barna i saken ville bli tatt hånd om av en god omsorgsperson, et moment som EMD har lagt stor vekt på i praksis. Innreiseforbudet var også redusert til to år av hensyn til barna, et moment som EMD la vekt på i *Alleleh*. Det trekker i retning av at dommen ligger innenfor det tilkjente handlingsrommet.

Lagmannsretten mente lengden på det ulovlige oppholdet tilsa at lovbruddet var alvorlig, og at lovbruddet derfor talte tungt for utvisning. I *Jeunesse* trakk imidlertid lengden av det ulovlige oppholdet i motsatt retning. EMD mente statens passivitet overfor klagerens langvarige ulovlige opphold som myndighetene hele tiden hadde kjent til, gjorde at utvisning ikke fremstod som nødvendig ut fra formålet om en effektiv innvandringskontroll.

På samme måte som i *Jeunesse*, hadde myndighetene i saken kjent til klagerens ulovlige opphold, ettersom hun hele tiden oppholdt seg på asylmottak. Det gikk også fem år mellom avslaget på asylsøknaden i 2012 og utvisningsvedtaket ble fattet i 2017. Lang saksbehandlingstid er et moment som EMD la vekt på i *Nunez og Kaplan*. I *Nunez* hadde myndighetene brukt fire år på å utvise klageren, og i *Kaplan* seks år. I likhet med dommene, taler derfor myndighetenes passivitet, særlig sett i lys av at kvinnen hele tiden bodde på

⁹⁶ *Jeunesse mot Nederland* 2014 no. 12738/10 avs. 118.

asylmottak, på at utvisning ikke var nødvendig ut fra hensynet til en effektiv innvandringskontroll. Det tilsier at hensynet til barnets beste burde fått større vekt i forholdsmessighetsvurderingen.⁹⁷

5 Avsluttende bemerkninger

Rettspraksis fra EMD, viser at det skal mye til før EMK art. 8 er en skranke for utvisning av utlendinger som har barn, når familielivet er etablert under ulovlig opphold. Når familielivet er etablert under ulovlig opphold, har ikke utlendingen en beskyttelsesverdig interesse i å få utøve familielivet sitt i landet. Dersom artikkel 8 skulle gitt et sterkt vern om familielivet i disse tilfellene, ville barn kunne bli brukt som middel for opphold i landet og det ville undergravid respekten for utlendingsloven. Etter EMDs praksis, vil utvisning av en forelder derfor bare være i strid med EMK art. 8 i «exceptional circumstances», og praksis viser at det skal mye til før hensynet til barnets beste tilsidesetter innvandringsregulerende hensyn.

En analyse av rettspraksis fra EMD og norsk rett, viser at utvisning og retten til familieliv reiser vanskelige grensespørsmål. Ethvert familieliv er forskjellig, og barns påvirkning ved utvisning er helt individuelt. Det vil derfor alltid være en gråsoner innenfor det tilkjente handlingsrommet. Gråsonen gir et rom for å tilsidesette hensynet til barnets beste, noe rettspraksis fra lagmannsretten viser tydelig. Det er problematisk når praksis viser at utvisning får størst konsekvenser for barn.

6 Kilder

Lov

Lov 17. mai 1814 Kongerike Norges Grunnlov

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

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

⁹⁷ Saken har likhetstrekk med LB-2020-152108, men hvor lagmannsretten kom til motsatt resultat. I denne saken synes lagmannsretten å legge seg på samme linje som Høyesterett gjorde i Kosovo-dommen.

Forarbeider

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

Dok.nr. 16 (2011/2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Norsk Retstidende

HR-2019-2286-A

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2011 s. 948

Lagmannsrett

LB-2022-46100

LB-2019-161634

LB-2016-159970

LB-2020-152108

Internasjonale konvensjoner

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS NO. 005)
Rome 4 November 1950 (entered into force 3 September 1953)

Convention on the Rights of the Child (entered into force 2 September 1990) article 3. Nr 1.

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)

Nunez mot Norge 2011, no. 55597/09

Kaplan m. fl. mot Norge 2014, no. 32504/11

Jeunesse mot Nederland 2014, no. 12738/10

Darren Omoregie m.fl. mot Norge 2008, no. 265/07

Antwi m.fl. mot Norge 2012, no. 26940/10

Allele h m.fl. mot Norge 2022, no. 569/20

7 Litteraturliste

All, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave / 1. opplag 2018

Lundbo, Sten, *Den europeiske menneskerettighetsdomstolen* i Store norske leksikon på snl.no, https://snl.no/Den_europeiske_menneskerettighetsdomstolen, (lest 6. desember 2022).

Bø Bahus, Vegard «*utvisning – utlendingsrett*» i Store norske leksikon, 4. januar 2022, https://snl.no/utvisning_-_utlendingsrett (lest 17. oktober 2022)