

UiO • **Det juridiske fakultet**

Hensynet til Barnets Beste ved utvisningen av foreldrene

Kandidatnummer: 723

Leveringsfrist: 25 november 2013

Antall ord: 15709



Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING	1
1.1 Terminologi	2
1.2 Videre fremstilling.....	3
2 METODE OG RETTSKILDER	4
2.1 Metode.....	4
2.2 Rettskilder.....	6
3 BARNETS BESTE	8
3.1 Innledning.....	8
3.2 Barnekonvensjonen artikkel 3	8
3.2.1 Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1	8
3.3 Små barns spesielt sårbare stilling ved utvisning av foreldrene.....	10
4 UTVISNING ETTER UTLENDINGSLOVEN	12
4.1 Innledning.....	12
4.2 Vilkår for utvisning	13
4.2.1 Objektive vilkår for utvisning	13
4.2.2 Forholdsmessighetsvurderingen.....	15
4.2.3 Barn i riket.....	17
4.3 Saksgangen ved utvisning	18
5 UTLENDINGSNEMNDA.....	19
5.1 Innledning.....	19
5.2 Hvilke momenter har vært relevante ved vektleggingen av barnets beste	21
5.2.1 Forholdets alvor	21
5.2.2 Barnets tilknytning til forelderen	22
5.2.3 Muligheten til å opprette familielivet i hjemlandet/familiesplittelse	23
5.2.4 Barnets interesse i å opprettholde kontakt med forelderen	24

5.2.5	Tilfredsstillende omsorg.....	25
5.3	Delkonklusjon.....	26
6	NORSK HØYESTERETTSPRAKSIS	30
6.1	Innledning.....	30
6.2	Relevante momenter ved vektleggingen av hensynet til barnets beste	30
6.2.1	Barnets tilknytning til forelderen	32
6.2.2	Muligheten til å opprette familielivet i hjemlandet/familiesplittelse	34
6.2.3	Tilfredsstillende omsorg.....	36
6.2.4	Forholdets alvor	37
6.3	Delkonklusjon.....	40
7	EMDS RETTSPRAKSIS	41
7.1	Innledning.....	41
7.2	EMK artikkel 8	41
7.2.1	Artikkel 8 nr. 1	41
7.2.2	Artikkel 8 nr. 2	42
7.3	Momenter ved hensynet til barnets beste	43
7.4	Delkonklusjon.....	48
8	KONKLUSJON	49
	LITTERATURLISTE	51
	BØKER:	51
	ARTIKLER:	51
	DOMMER:.....	51
	UNE AVGJØRELSER.....	52
	ANNET:.....	54

1 Innledning

Temaet for oppgaven er hensynet til barnets beste ved utvisning av foreldrene. En stor del av oppgaven min er sentrert rundt Utlendingsloven § 70 om forholdsmessighetsvurderingen. Denne sier at en utlending ikke kan utvises hvis utvisningen vil være et *”uforholdsmessig tiltak”* ovenfor utlendingen selv eller dennes familie. Videre i § 70 er det skrevet at hvis et utvisningsvedtak vil berøre et barn, skal barnets beste være *”et grunnleggende hensyn”*.¹ Det spørsmålet jeg skal ta for meg i oppgaven er

1. Hvilken vekt tillegges ulike momenter i barnets beste vurderingen opp mot hensyn som taler for utvisning av foreldrene?

Med det mener jeg at jeg vil finne ut hvilke momenter som kommer opp ved barnets beste vurderingen ved utvisningen av foreldrene, og hvilken vekt som blir tillagt disse når man skal vurdere om sakens fakta er slik at man ikke kan utvise en forelder.

For å kunne svare på dette spørsmålet, vil jeg første redegjøre for hva som ligger i uttrykket barnets beste etter barnekonvensjonen artikkel 3 og utlendingsloven § 70. Uttrykket barnets beste er et uttrykk som kan bety så mangt, og som jeg føler bør forklares litt nærmere for å kunne svare på hvordan barnets beste blir vektlagt ved utvisning av foreldrene.

Videre skal jeg redegjøre for hva som menes med utvisning og reglene som gjelder ved utvisning, etter utl. kapittel 14.

Når dette er gjort tenker jeg å gå igjennom forarbeidene og utvalgte dommer. Til slutt ser jeg på EMDs avgjørelser, med vekt på forskjellene og likhetene i vektleggingen i forhold til de foregående dommene fra Norge.

¹ Utlendingsloven § 70

Da en forholdsmessighetsvurdering etter utlendingsloven § 70 ved utvisning av foreldre som regel blir en drøftelse av i allmennpreventive hensyn mot barnets beste vurderingen i slike saker, blir begge hensyn redegjort for. Barnets beste vil derimot bli en større del av oppgaven, da det er flere momenter som faller innunder barnets beste vurderingen enn det er i vurderingen av allmennpreventive hensyn.

Det er en uttalelse i Ot.prp. nr. 75 (2006-07) angående Barnekonvensjonens inkorporering i norsk rett som kom i forbindelse med forarbeidene til den nye utlendingsloven av 2008.

Det var reist et spørsmål om det burde være en egen henvisning til Barnekonvensjonen i den nye loven, i et forsøk på å understreke at man må ta spesiell hensyn til barn og deres interesser i saker som omhandler utlendingsloven. Man kom frem til at det ikke var ønskelig i den nye utlendingsloven. Det ble sagt:

”Departementet er enig med utvalget i at det ikke er hensiktsmessig med en generell henvisning til barnekonvensjonen i en egen paragraf. Det vises til at barnekonvensjonen allerede er gjort til norsk lov med forrang foran annen lovgivning gjennom menneskerettsloven, og at man også viderefører den generelle bestemmelsen i gjeldende lov § 4 om betydningen av folkerettslige regler som gir individet styrkede rettigheter.

Departementet foreslår derimot særskilte bestemmelser for å styrke og sikre barns rettsposisjon flere steder i loven. Gjennom departementets merknader i proposisjonen er det også flere steder gitt føringer som skal ivareta hensynet til barnets beste mv. i praksis.”²

1.1 Terminologi

”Utlending” vil si enhver person som ikke er norsk statsborger, jf. Utlendingsloven § 5, 1.ledd.

² Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)

”Utvisningslandet” er landet som utviser utlendingen, jf. utlendingsloven §.... I disse tilfeller vil det si Norge

”Hjemlandet” vil si det landet utlendingen opprinnelig kommer fra. Som regel det landet utlendingen blir utvist til ved utvisning.

”Utvisningstiden” vil si den perioden innreiseforbudet i utvisningsvedtaket er satt til

1.2 Videre fremstilling.

I kapittel 2 går jeg igjennom metode og de rettskilder som er brukt. I kapittel 3 redegjør jeg for barnets beste og hva som legges i uttrykket. Kapittel 4 blir utlendingslovens regler om utvisning gjennomgått.

I kapittel 5 gjennomgår jeg Utlendingnemdas avgjørelser og uttalelser vedrørende utvisning av foreldre. Kapittel 6 dreier seg om Høyesteretts uttalelser og avgjørelser om samme tema. Kapittel 7 tar for seg relevante avgjørelser av den Europeiske menneskerettighets domstol (EMD) angående utvisning av foreldre. Hovedfokuset i kapittel 7 ligger på avgjørelser der Norge er klagd inn for EMD i saker der barnas beste har vært omtalt. Til slutt kommer konklusjonen i Kapittel 8.

2 Metode og rettskilder

2.1 Metode

I oppgaven bruker jeg vanlig rettsdogmatisk metode som omtalt i boken 'Rettskildelære' av Eckhoff.

Når jeg har gått frem for å besvare hvilken vekt forskjellige momenter i barnets beste vurderingen får ved utvisning av foreldrene i forhold til allmennpreventive hensyn, har jeg brukt rettskilder som lovtekst, forarbeider, UNE avgjørelser og dommer fra både Høyesterett og EMD. I samsvar med rettsdogmatisk metode har de høyere rettsinstanser mer kraft enn lavere instanser, og jeg har derfor primært holdt min fremstilling til Høyesteretts avgjørelser og EMD avgjørelser. Ett unntak fra dette er Lagmannsrettens avgjørelse LB-2008-84594, da denne avgjørelsen senere ble klaget inn for EMD og ble vurdert der. Da denne saken ble avvist av Høyesteretts klageutvalg, finnes det ingen Høyesterettsdom angående saken. Siden denne saken etter hvert kom opp for EMD, har jeg valgt å også ta for meg lagmannsrettens avgjørelse for å belyse hvilke eventuelle forskjeller som kan finnes mellom den norske retts syn på saken og EMDs oppfatning.

Når jeg har besvart oppgaven, har jeg valgt å unnlate UDI avgjørelser og heller fokusere på UNE avgjørelser. Når jeg har tatt dette valget, er det primært med bakgrunn i at jeg ikke har hatt tiden eller plassen i oppgaven for å ta opp avgjørelser av både UDI og UNE. Når jeg har valgt å ta for meg UNE avgjørelsene, er det med bakgrunn i flere momenter. For det første er UNE et domstolslignende forvaltningsorgan, som tar for seg klager på UDIs vedtak. Med bakgrunn i rettsdogmatikken har saker fra det høyere organ, som i dette tilfellet er UNE, større vekt enn ved de lavere instanser. Videre er det i UNE akkurat klagen på vedtakene kommer opp, vedtakene blir satt litt mer på spissen ved klager enn ved generelle utvisningsvedtak som man finner i UDI. Til slutt er omfanget av saker i UNE mindre enn i UDI. Hvis jeg skulle tatt for meg UDI avgjørelser istedenfor UNE avgjørelser, hadde oppgaven blitt betraktelig større enn det den er nå, og tatt lengre tid enn det jeg hadde hatt muligheten til med tanke på den tid jeg har hatt på oppgaven.

Når det gjelder UNE avgjørelsene, er det en ting jeg vil bemerke angående disse. Selv om en del sammendrag av avgjørelser er publisert på UNEs praksisdatabase, er UNE underlagt taushetsplikt og derfor er det få detaljer å finne i sammendragene av avgjørelsene. Det er for eksempel ikke noen spesifikk dato på noen av avgjørelsene, bare måned og år. Det er derimot referansenummer til avgjørelsene, som jeg vil referere til i oppgaven. Videre, når de omtaler hvilke brudd på utlendings- eller straffeloven som er begått, går UNE sjelden i detaljer om dette. Dette er spesielt tydelig i saker der utlendingen har brutt utlendingsloven. Det står gjerne om bruddene er regnet som grove eller ikke, men ikke hvilke brudd som er begått. Når det gjelder hensynet til barnas beste, blir også disse sjelden gått i detalj, annet enn å konstatere hvordan situasjonen til barna foreligger i forhold til saken. Disse tingene vil til en viss grad prege redegjørelsen om UNEs avgjørelser i kapittel 5, da sakene kan virke forenklet i min fremstilling. Det er med bakgrunn i den informasjonen som er til stedet for meg at det kan virke slik.

Et uttrykk som blir brukt ofte gjennom oppgaven er 'eksepsjonelle omstendigheter'. Jeg skal gå nærmere inn på hva som ligger i dette uttrykket i løpet av oppgaven, men jeg vil oppklare noe angående dette først. Det er flere måter 'eksepsjonelle omstendigheter' blir omtalt som i flere av rettskildene jeg har brukt. I tillegg til 'eksepsjonelle omstendigheter' blir blant annet 'ekstraordinære omstendigheter' og 'uvanlig store belastning' brukt i flere av rettskildene. Jeg har valgt å holde meg til uttrykket 'eksepsjonelle omstendigheter' også der hvor den omtalte rettskilden bruker et annet uttrykk. Essensen i alle uttrykkene går ut på det samme, det har bare blitt uttrykt på forskjellige måter. Jeg gjør dette fordi jeg mener at det er mer forståelig å holde seg til et uttrykk enn å bruke flere forskjellige gjennom hele oppgaven.

Når jeg har tatt for meg reglene i utl. kapittel 14 om utvisning har jeg valgt å holde fokuset på utlendingslovens §§ 66-68 og § 70, mens jeg har utelatt utl. § 69 og §§ 71-72. Jeg finner at utl. § 69 og §§71-72 ikke har noen nevneverdig relevans for min oppgave. Utl. § 69 omhandler vern mot utvisning for norske statsborgere og utlendinger som er født i riket, og tar

altså for seg de borgere som ikke kan utvises. Så lenge kravene til statsborgerskap i § 69 er oppfylt, kan man ikke utvises, og forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70 blir ikke relevant. Da det er ved forholdsmessighetsvurderingen barnets beste blir relevant, har utl. § 69 derfor blitt utelatt fra min fremstilling. Videre tar utl. §§ 71 og 72 for seg utvisningens virkning og varighet, og vedtaksmyndighet. Igjen er verken utl. § 71 eller § 72 regler som omhandler forholdsmessighetsvurderingen, og barnets beste er ikke spesielt relevant for noen av reglene for seg selv. Disse er derfor også utelatt fra min fremstilling.

Et annet uttrykk som blir jevnlig brukt gjennom oppgaven er 'allmennpreventive hensyn'. Hva som ligger i dette uttrykket tar jeg for meg litt nærmere i kapittel 4. Det jeg vil bemerke med dette uttrykket er at det er et uttrykk som i flere av rettskildene som jeg har brukt også blir referert til som allmennpreventive hensyn. Jeg har valgt å holde meg til det ene uttrykket allmennpreventive hensyn for å unngå forvirring.

2.2 Rettskilder

Reglene om utvisning er regulert etter Lov 15 mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) kapittel 8. Med utlendingsloven (utl.) tilhører det en Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskrift)³ der kapittel 14 tar for seg utvisningsreglene i detalj.

Fordi utlendingsloven ikke er eldre enn 2008, omtaler jeg nasjonale dommer i oppgaven som har sitt rettsgrunnlag i den gamle utlendingsloven fra 1988. Regler etter den gamle utlendingsloven fra 1988 og som er relevante for min oppgave er i stor grad inkorporert i den nåværende utlendingsloven under andre plasseringer, skal ikke det ha noen innvirkning på oppgaven, men det kan allikevel være verdt å merke seg. Reglene jeg nevner fra den gamle utlendingsloven fra 1988 er § 29 og § 30. Utlendingslovens forarbeider er også relevante ved forståelse av lovens regler. Jeg har anvendt forarbeidene til den gamle utlendingsloven, fordi disse gir allikevel en anvisning på lovgivers tanker bak forholdsmessig-

³ FOR-2009-10-15-1286

hetsvurderingen⁴ og hensynet til barnets beste, noe som er like relevant for tolkning av den någjeldende utlendingsloven.

Hensynet til barnets beste er nedfelt i barnekonvensjonen § 3. Barnekonvensjonen er etter Lov 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) inkorporert som norsk lov. I desember 2011 vedtok FN en tredje protokoll til barnekonvensjonen der de åpnet for en individuell klagerett på brudd på barnekonvensjonen. Da Norge ikke har ratifisert denne protokollen ennå, gjelder denne individuelle klageretten ikke for Norge per dags dato. Protokollen er derimot oppe til høring for stortinget høsten 2013, og er nå under behandling. Selv om statsborgere i Norge ikke har en individuell klagerett på brudd på barnekonvensjonen, er det et overvåkningsorgan for barnekonvensjonen. FNs overvåkningsorgan for barnekonvensjonen (omtalt i det følgende som FNs barnekomite), som overvåker de statene som har ratifisert barnekonvensjonen. Denne overvåkingen foregår ved at barnekomiteen får inn rapporter fra statene. Med bakgrunn i disse rapportene utarbeider FNs barnekomite anbefalinger til statene vedrørende tiltak som bør gjennomføres for å styrke barnas rettsstilling. I tillegg utarbeider FNs barnekomite såkalte General Comments eller Generell Kommentar, der de uttaler seg om Barnekonvensjonen.

Jeg tar også for meg noen dommer av den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) i oppgaven. EMD har den europeiske menneskerettighets konvensjon med protokoller (EMK) som rettsgrunnlag. EMK er etter menneskerettsloven § 2 norsk lov.

Det generelle utgangspunktet på utlendingsrettens område er at barnekonvensjonen og EMK skal ha forrang ved motstrid med norsk rett, i samsvar med utl. § 3.

⁴ utlendingslov av 2008 § 70, utleningslov av 1988 §

3 Barnets beste

3.1 Innledning

Det følger av utlendingsloven § 70, 1.ledd at ved utvisningssaker som berører barn ”skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.”⁵ Før jeg drøfter vekten av dette hensynet i utvisningssaker, kan det være en fordel å redegjøre for hva lovgiver mener med barnets beste i lys av utlendingsloven.

3.2 Barnekonvensjonen artikkel 3

3.2.1 Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1

I 1991 ratifiserte Norge barnekonvensjonen og fra og med 2003 ble konvensjonen del av norsk lov, i samsvar med menneskerettsloven § 2 nr. 1. Med dette forpliktet Norge seg til å sørge for at ”barnets beste skal være et grunnleggende hensyn” ved alle forvaltningsavgjørelser som *berører barn*.⁶ Barnets beste er et av fire generelle prinsipper i Barnekonvensjonen⁷, og et av de prinsippene som gjelder gjennomgående i hele konvensjonen.⁸ Det er ikke definert nærmere i artikkel 3 hva som er ment med barnets beste. Det er et uttrykk som favner ganske vidt, og i praksis blir det en skjønnsvurdering i den enkelte sak. Barnets beste er i den opprinnelige konvensjonsteksten på engelsk beskrevet som *’the best interest of the child’*⁹, men utover det er det heller ikke her en definisjon på hva barnets beste er. Barnekonvensjonens artikkel 3 om barnets beste har derfor blitt utsatt for kritikk. Kritikken går ut på at barnets beste er et åpent uttrykk som det er vanskelig å få ordentlig tak på og med ubestemmelige krav til hva som egentlig er barnets beste.¹⁰

⁵ Utlendingsloven § 70

⁶ Barnekonvensjonen artikkel 3, 1.ledd (norsk oversettelse)

⁷ De fire generelle prinsippene er artikkel 2 om ikke-diskriminering, artikkel 3 om barnets beste, artikkel 6 om retten til liv og utvikling og artikkel 12 om barnets rett til å bli hørt

⁸ General Comments nr. 5 (2003)

⁹ Convention on the Rights of the child art.3 nr 1

¹⁰ P. Alston, B. Gilmour-Walsh (1996)

I 2013 kom FNs overvåkningsorgan for Barnekonvensjonen med General Comment nr. 14 On the rights of the child to have his or hers best interest taken as a primary consideration, en kommentar som omhandler barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Komiteen gir her ikke en definisjon av hva som er ment med barnets beste, men sier at *”the concept of the child’s best interests is complex and its content must be determined on a case-by-case basis. (...) it’s flexible and adaptable. It should be adjusted and defined on an individual basis.* Utta- lelsen viser at barnets beste ikke er en såkalt smørbrøddliste som kan brukes for å finne hva som er det beste for barnet. Hva som er barnets beste kan, og vil, variere fra barn til barn og situasjon til situasjon, og bør derfor ikke defineres helt spesifikt.

Komiteen uttaler videre at barnets beste er et konsept med tre deler. Disse er:

a) *a substantive right (...) of the child to have his or her best interest assessed and taken as a primary consideration when different interests are being considered (...),*

b) *a fundamental, interpretive legal principle(...), og*

c) *a rule of procedure. Whenever a desicion is to be made that will affect a spesific child (...), the decision-making process must include an evaluation of the possible impact (positi- ve or negative) of the decision on the child or children concerned.* ¹¹

FNs barnekomite fremhever at prinsippet om barnets beste er en materiell rettighet som kan påberopes i enkeltsaker. Prinsippet om barnets beste skal være et primært hensyn ved av- veiing av andre interesser, eller momenter, som for eksempel ved forholdsmessighetsvurde- ringen ved utvisning. Prinsippet om barnets beste er en rettighet, og skal som en rettighet ha stor vekt ved interesseavveininger. ¹²

¹¹ General Comment No. 14 (2013) del I A

¹² Nærmere om forholdsmessighetsvurderingen i kapittel 4.3

Videre at barnets beste er et tolkningsprinsipp. Det vil si at alle øvrige bestemmelser skal tolkes slik at barnets beste er ivaretatt.

Prinsippet om barnets beste er også en prosessuell rettighet. Komiteen omtaler dette som en *rule of procedure*.¹³ Direkte oversatt betyr dette at prinsippet inneholder en prosedyreregulering. Det skal gjøres en ordentlig utredning av hvilken innvirkning et vedtak har på involverte barn, som for eksempel et vedtak om utvisning. En slik utredning skal foretas hver gang det blir truffet vedtak som har en innvirkning på et barn. Det er sendt et signal om at en slik vurdering av barnets beste skal være en obligatorisk del av den saksbehandlingen man går igjennom når man skal fatte et vedtak. Det er en vurdering rettsanvenderen alltid skal ta, for å se de eventuelle konsekvensene vedtaket har for involverte barn.

3.3 Små barns spesielt sårbare stilling ved utvisning av foreldrene

Som nevnt er det ikke definert nærmere i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 hva som menes med barnets beste. Det finnes derimot en kommentar fra FNs barnekomite om små barns rettigheter som viser at barnets beste er spesielt viktig å legge vekt på i saker der barnet er under 8 år.

I 2005 kom FNs barnekomite med General Comment nr. 7 om gjennomføring av barns rettigheter i tidlig barndom. Det er en oppfordring til medlemslandene å være oppmerksom på at små barn er spesielt sårbare, og derfor skal statene legge spesiell vekt på små barns rettigheter.¹⁴ Tidlig barndom er definert som tiden ”*under en alder av åtte år.*”¹⁵ Videre uttaler komiteen ”*By virtue of their relative immaturity, young children are reliant on re-*

¹³ General Comment No. 14 (2013) del I A

¹⁴ General Comment nr. 7 (2005) kap. III, punkt 3

¹⁵ General Comment nr. 7 (2005) kap. III, punkt 4

*sponsible authorities to assess and represent their right and best interests in relation to decisions and actions that affect their well-being, while taking account of their views and evolving capacities.*¹⁶ Komiteen mener med andre ord at siden små barn spesielt ikke har muligheten til å hevde sine egne rettigheter, er de helt avhengige av at deres interesser, behov og rettigheter blir tatt vare på av myndighetene og dette må medlemsstatene være meget oppmerksomme på.

Komiteen uttaler seg også om om små barn og eventuell separasjon fra foreldrene: *”Young children are especially vulnerable to adverse consequences of separations because of their physical dependence on and emotional attachment to their parents/primary caregivers. They are also less able to comprehend the circumstances of any separation. Situations which are most likely to impact negatively on young children include (...) situations where children experience disrupted relationships (including enforced separations) (...).*¹⁷ Komiteen er av den oppfatning at små barn er spesielt sårbare i situasjoner der de blir skilt fra sine foreldre, fordi de i så stor grad er avhengige av sine foreldre både fysisk og psykisk. Dette skal ikke oppfattes som at eldre barn ikke også er avhengige av sine foreldre. Tanken er at barn under åtte år ikke har det samme nettverket som eldre barn gjerne får i forbindelse med at de begynner på skolen.¹⁸

I tillegg er det vanskeligere for små barn å forstå hvorfor de plutselig blir skilt fra sine foreldre, og kan oppleve en adskillelse særdeles opprivende. Vanskeligheten små barn kan ha for å skjønne grunnen til at de blir separert fra foreldrene sine var et moment i Nunez v. Norway som var oppe for EMD i 2012. Der kom EMD til slutt fram til at et utvisningsvedtak av mor var ugyldig da hensynet til barna i saken måtte gå foran statens ønske

¹⁶ General Comment nr. 7 (2005) kap. III, punkt 13

¹⁷ General Comment nr. 7 (2005) kap. III, punkt 18

¹⁸ General Comment nr. 7 (2005) kap. III punkt 4. Ved definisjon av tidlig barndom setter komiteen tidlig barndom til under åtte, med henvisning til at skolealder varierer fra land til land så det er mer relevant å sette en spesifikk alder.

om å utvise mor.¹⁹ Nunez v. Norway er nærmere utredet i kapittel 6.2.1. Det kan derfor legges i barnets beste forståelsen at atskillelse fra foreldrene ikke er i barnets beste.

4 Utvisning etter utlendingsloven

4.1 Innledning

Etter utlendingsloven er det to reaksjoner på lovbrudd av en utlending. Reaksjonene er bortvisning og utvisning. Bortvisningsreglene er regulert av utl. §§ 17 og 18. Med bortvisning menes det at utlendingen enten blir nektet innreise eller bedt om å forlate landet.²⁰ Bortvisning er et midlertidig vedtak. Når grunnen til bortvisningen ikke lenger er til stedet, faller bortvisningsvedtaket vekk og utlendingen kan igjen ankomme Norge. Mens ved utvisning er det ikke bare en plikt for utlendingen å forlate Norge, men det foreligger også et enten midlertidig eller permanent innreiseforbud. Minimumslengden for et innreiseforbud er 2 år. Blir man utvist i Norge, blir man også gjerne utvist i Schengen-området. Av disse to er det utvisning som er den sterkeste reaksjon. Utvisning er et vedtak som er meget inn-
gripende, ikke bare for vedkommende som blir utvist, men også for den eventuelle familie utlendingen har.

Å regulere innvandring er på et generelt basis omfattende å gjennomføre for en hver stat. Det er derfor meget viktig for myndighetene at de kan stole på at de opplysninger de får av utlendingen i forbindelse med søknad om bosettingstillatelse er korrekte. Bosettingstillatel-
ser er i stor grad basert på tillit fra de norske myndigheter at utlendingen gir korrekte opp-
lysninger. I lys av dette kan brudd på utlendingsloven være spesielt graverende om de bry-
ter dette tillitssystemet. Muligheten til å utvise utlendinger som bryter reglene i utlendings-
loven er derfor et av de viktigste verktøy de norske myndigheter har når det kommer til utlendingsrett.

¹⁹ Nunez v. Norway (2013) EMD nr. 55597/09 avsnitt 81

²⁰ Et eksempel på bortvisningsgrunn er at utlendingen ikke har gyldig pass fra hjemlandet

De norske myndigheter har en stor interesse i å ha muligheten til å utvise utlendinger som bryter utlendingsloven eller straffeloven. Hvis utlendingen vet at konsekvensen av å bryte utlendingsloven meget godt kan være at utlendingen blir utvist, og får et innreiseforbud av varierende lengde, er det ikke fordelaktig for vedkommende å bryte utlendingsloven. Det samme kan sies om brudd på straffeloven. Ved større forbrytelser kan jeg ikke tenke meg at risikoen for å bli utvist kan ha en veldig stor innvirkning på om utlendingen velger å foregå forbrytelsen. Konsekvensene av slike forbrytelser kan være andre mer alvorlige konsekvenser i form av fengselsstraff. Derimot ved mindre alvorlige forbrytelser, som for eksempel nasking eller butikktveri, kan nok risikoen for mulig utvisning veie tyngre. Myndighetenes mulighet til å utvise kan med andre ord oppfordre til å følge utlendingsloven og ikke bryte straffeloven.

4.2 Vilkår for utvisning

For å kunne utvise en utlending er det noen objektive vilkår som må oppfylles. De objektive vilkårene er å finne i utl. §§ 66-68. Hvis de objektive kravene er oppfylt, er det fortsatt et krav til forholdsmessighet etter utl. § 70 som må oppfylles før man kan utvise utlendingen. Bare hvis de objektive vilkårene og kravet til forholdsmessighet er oppfylt, kan rettsanvenderen utvise utlendingen.

4.2.1 Objektive vilkår for utvisning

De objektive vilkår for utvisning er som nevnt nedfelt i utl. §§ 66-68. Disse paragrafene er fordelt mellom hva slags oppholdsgrunnlag utlendingen har. Videre viser bestemmelsene også at det er to grunner til utvisning: brudd på utlendingsloven eller brudd på straffeloven. Hvor alvorlige disse bruddene må være før utvisning er et alternativ, varierer etter hva slags oppholdsgrunnlag utlendingen har. I saker som omhandler EØS-borgere som skal utvises, er de objektive vilkårene strengere enn i saker med tredjelandsborgere.

Utl. § 66, 1.ledd konstaterer at en utlending uten oppholdstillatelse kan utvises for brudd på utlendingsloven. Det er verdt å merke seg at det er snakk om grove eller eventuelle gjentatte overtredelser på utlendingsloven som kreves for at det skal være mulig å utvise. Hva som er en grov overtredelse av utlendingsloven blir en skjønnsvurdering fra sak til sak. Det er i NOU 2004:20 ”Endringer i utlendingsloven” uttalt: ”Hvilke overtredelser som kan anses som grove, beror på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle”.²¹

Når det gjelder utvisning ved strafferettslige overtredelser, er det strafferammen for forbrytelsen som er begått som er retningsvisende for om utvisning er et alternativ. Etter utl. § 66, 1.ledd, bokstav c kan en utlending uten oppholdstillatelse utvises hvis han ”er ilagt straff eller særreaksjon²² for et forhold som kan føre til fengselsstraff i mer enn tre måneder”. Videre kan man også utvises hvis man i løpet av en tre års periode har fått flere fengselsstraffer.

Når utlendingen har midlertidig oppholdstillatelse øker terskelen for å utvise på grunnlag av brudd på straffeloven. Etter Utl. § 67, 1.ledd bokstav b kan en utlending blir utvist hvis denne ”for mindre enn et år siden her i riket har sonet eller er ilagt særreaksjon for et forhold som kan føre til fengselsstraff i *mer enn ett år*”.

Utl. § 68 gjelder utvisning av utlendinger som har permanent oppholdstillatelse. Igjen ser vi at strafferammen som kreves for utvisning stiger når utlendingens tilknytning til landet blir sterkere, her i forbindelse med at man nå har fått en permanent oppholdstillatelse. Etter Utl. § 68, 1.ledd, bokstav b kan en utlending med permanent oppholdstillatelse utvises når han i løpet av det siste året ”har sonet eller er ilagt straff for et forhold som etter norsk lov kan føre til fengselsstraff i *to år eller mer*”.

²¹ NOU 2004:20 Ny utlendingslov. Kapittel 12.3.1.1 (Lovdata)

²² En særreaksjon er her ment som tvungen psykisk helsevern eller eventuelt tvungen omsorg, jf. Straffeloven § 39 og § 39a

Det er verdt å merke seg at strafferammen som kreves før man kan utvise en utlending stiger i forhold til hvilket oppholdsgrunnlag utlendinger har i Norge. Når oppholdsgrunnlaget, og tilknytningen til landet, blir sterkere, jo høyere krav er det før man kan begynne å snakke om utvisning. Som det er uttalt i *Lærebok i Utlendingsrett*, ”Loven er bygget opp slik at den differensierer utvisningsgrunnene etter tilknytningen til riket. Jo svakere tilknytning man har desto mindre kan overtredelsen som danner grunnlaget for utvisning være”.²³

4.2.2 Forholdsmessighetsvurderingen

Om de objektive vilkårene i utl. §§ 66-68 er oppfylt, må det i tillegg være en forholdsmessighetsvurdering før man eventuelt kan treffe et utvisningstiltak. Reglen om forholdsmessighetsvurderingen følger av utl. § 70. Det er uttalt i Prop.3 L ’Endringer i utlendingsloven’ at ”i alle saker om utvisning, skal det foretas en forholdsmessighetsvurdering i medhold av utl. § 70.”²⁴ Det kan ikke treffes et utvisningsvedtak hvis ” det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak ovenfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene.”²⁵ Videre er det i utl. § 70, 1.ledd presisert at ” i saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.”

I forarbeidene til utlendingsloven finner man en ikke-uttømmende liste over momenter det kan være relevant å se på i forholdsmessighetsvurderingen. Det er en forholdsvis lang liste, som jeg har valgt å avgrense til de momenter jeg mener er relevante for min oppgave, forbrytelsenes art og straff

I saker som gjelder brudd på utlendingsloven er det relevant hvis utlendingen eventuelt ikke kan bebreides eller om det forelå god tro. Disse momenter må ses i lys av hensyn til utlendingens tilknytning til Norge, utlendingens tilknytning til hjemlandet og utlendingens

²³ Havre Meidell (2013) s. 371

²⁴ Endringer i utlendingsloven. Prop.3 L (2012-2011) Kapittel 14 Merknader til de enkelte bestemmelsene i lovforslaget. Til § 66. (Lovdata)

²⁵ Utlendingsloven § 70, 1.ledd

familieliv.²⁶ Utgangspunktet ved en forholdsmessighetsvurdering er at utvisning er et sterkt inngrep for alle.²⁷

Når det skal vurderes utlendingens tilknytning til Norge, ser man blant annet på botid og alder til utlendingen når vedkommende kom til Norge²⁸ Ved utlendings tilknytning til hjemlandet, har det vært relevant hvor lang tid det har gått siden utlendingen dro fra hjemlandet, språk, om man har familie i hjemlandet og om det er mulig for utlendingen å få arbeid i hjemlandet.²⁹ Ved vurdering av utlendingens familieliv er barn og deres alder og samværet med forelderen som kan utvises og om det blir vesentlig forverret ved utvisningen et viktig moment.

Angående forholdsmessighetsvurderingen av barnets beste ved utvisningen av foreldre, er det uttalt i forarbeidene: *”Med hensyn til den forholdsmessighetsvurderingen som alltid skal foretas, foreslår utvalget å fastsette i utlendingsloven at hensynet til barnets beste skal tillegges vekt som et grunnleggende hensyn i saker som berører barn, jf. lovutkastet § 81. Det forutsettes imidlertid at det fortsatt skal kunne fattes vedtak om utvisning i alvorlige tilfeller, selv om dette kan innebære at familier blir splittet.”*³⁰ Det er altså tenkt i forarbeidene at barnets beste skal tillegges vekt i saker som omhandler utvisning. Dette synet er igjen bekreftet i NOU 2004: 20 Ny utlendingslov der man kan lese *”Hvis den utviste også har fått barn i det nye forholdet, kan i midlertidig forholdsmessighetsvurderingen falle annerledes ut, først og fremst av hensyn til barnet, men også dette må bero på en konkret vurdering av alle relevante hensyn.”*³¹

²⁶ Ot.prp. nr 75 kapittel 15.1.3

²⁷ Havre Meidell (2013) s. 385

²⁸ Rt. 2005 s 238

²⁹ Butt v Norway

³⁰ Ot.prp. nr 75 kapittel 15.4

³¹ NOU 2004:20 Ny utlendingslov s. 308

4.2.3 Barn i riket

Det finnes et unntak for de foregående regler i situasjoner der utlendingen som risikerer å bli utvist har barn i riket som er norske statsborgere. Jeg finner at dette unntaket kan være interessant da det omhandler akkurat barn og utvisning av deres foreldre, og velger derfor kort å redegjøre for dette.

I 2009 kom det ut Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften), og denne ble satt i kraft i 2010.³² Denne omhandler en del paragrafer i utlendingsloven. Det finnes i utlendingsforskriften et unntak for utvisning ved ulovlig opphold eller ulovlig arbeid hvis utlendingen har barn i riket som er norsk statsborger. Som hovedregel skal en utlending som har vært eller arbeidet ulovlig i Norge i mindre enn to år, og som har barn her, ikke utvises.³³ Det skal allikevel ses i lys av graden av samvær utlendingen har hatt med barna. Det står i utlendingsforskriften § 14-1 *”barn i Norge som vedkommende har bodd fast sammen med eller har utøvd samvær med av et visst omfang (...)”*. Hva som tilsvarende et visst omfang er videre utdypet i Utlendingsforskriften § 9-3, 2.ledd. I tillegg kan det være relevant for vurderingen hvis samværet med barna kan fortsette i et annet land ved utvisningen. Det følger av utlendingsforskriften § 14-1, 2.ledd bokstav b at bestemmelsen over ikke gjelder *”dersom det ikke er uforholdsmessig å forutsette at familielivet kan videreføres i et annet land enn Norge.”* Unntaket etter utlf. § 14-1 gjelder også bare hvis utlendingen ellers oppfylder vilkårene for å få oppholdstillatelse.

Da den nåværende utlendingsforskriften bare har vært i kraft fra 2010 er det lite informasjon å finne hva slags effekt dette unntaket har hatt. UNE utgir praksisrapporter hvert år, blant annet om utvisning, som kan gi en liten pekepinn. Det står ikke noe nevneverdig om hvor mange som har fått et utvisningsvedtak omgjort med bakgrunn i utlendingsforskriften §14-1 i praksisrapporten fra 2011. I praksisrapporten fra 2012 kan man derimot lese at: *”en vesentlig del av sakene hvor innreiseforbudet ble satt ned fra henholdsvis varig og fem år,*

³² FOR-200-10-15-1286

³³ Utlendingsforskriften § 14-1 1.ledd

*var utlendingen som hadde brutt utlendingsloven forelder til barn bosatt i riket (...).*³⁴ Det jeg leser av dette er at det i de siste år har foregått en liten innsnevring av hvilke utlendinger man kan utvise. I tillegg tilsier forskriften at barn som blir rammet av et utvisningsvedtak har fått en noe sterkere posisjon når barnet selv er et såkalt ”barn av riket”. Det virker som at tanken er at når barna er norske statsborgere, så har de allerede en såpass sterk tilknytning til Norge at det er å foretrekke å ikke utvise foreldrene. Det blir allikevel ikke utelukket at man skal ha muligheten for å utvise, hvis man kan opprettholde familielivet et annet sted.

Jeg vil bemerke at selv om praksisrapporten fra 2012 sier at en vesentlig del av sakene hvor utvisningen gjaldt for fem år eller varig ble satt ned, så er det ikke omtalt hvor mye de ble satt ned. Det fremkommer at innreiseforbudet ble kortere, men ikke noe nærmere om hva som blir lagt i ordet kortere. Jeg skal ikke spekulere noe mer i dette, annet enn å bemerke igjen at det virker som om det i realiteten kan foreligge noe tolkningsrom for utlendingsforskrift § 14-1.

4.3 Saksgangen ved utvisning

I de kommende kapitler kommer jeg til å ta for meg uttalelser og utvalgte avgjørelser fra Utlendingsnemnda, Høyesterett og EMD angående utvisning av foreldre. I den anledning kan det være fordelaktig å kort redegjøre for saksgangen ved utvisning, og hvilke instanser et utvisningsvedtak kan være innom.

Ved utvisning er det Utlendingsdirektoratet (UDI) som oppretter et utvisningsvedtak. Klager på utvisningsvedtak tatt av UDI blir tatt hånd om av Utlendingsnemnda (UNE). UNEs avgjørelse er endelig innenfor forvaltningssystemet. UDI og UNEs kompetanse til å ta forvaltningsavgjørelser følger av forvaltningsloven §..... Etter at en avgjørelse av UNE er tatt, kan utlendingen eventuelt ta saken opp for domstolene. Domstolenes kompe-

³⁴ <http://une.no/no/Praksis2/Praksisrapporter/Utvisning-2012/>

tanse til å prøve gyldigheten av forvaltningsvedtak følger av rettspraksis og er en konstitusjonell sedvanerett.³⁵ I de tilfeller der utvisningsavgjørelsen kommer opp for domstolene, kommer saken først opp for tingretten. Anker på disse avgjørelsene kommer så opp for Lagmannsretten. Anker på Lagmannsrettens avgjørelse blir eventuelt tatt opp for Høyesterett, etter en vurdering gjort av Høyesteretts klageutvalg. I enkelte tilfeller har man også sett at klager på konsekvensene av et utvisningsvedtak kan komme opp for EMD.

5 Utlendingsnemnda

5.1 Innledning

Samtidig som man ser at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved utvisning etter utlendingsloven, i samsvar med Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, er ikke dette det samme som at myndighetene ikke har mulighet til å utvise foreldre med barn i landet. Det følger verken av loven, forarbeider eller rettspraksis. Det er som nevnt UDI som treffer utvisningsvedtak, og klager på disse vedtakene blir behandlet av UNE.

Utlendingsnemnda (UNE) er et domstolliknende forvaltningsorgan som behandler klager over avslag om oppholdstillatelse gitt av Utlendingsdirektoratet. UNE behandlet i 2012 over 18.000 klager på Utlendingsdirektoratets vedtak, og av disse dreide cirka 1200 seg om utvisning. UNE har uttalt angående barnekonvensjonens artikkel 3 om barns beste at *”Barnekonvensjonen er ikke til hinder for at det fattes vedtak om utvisning som medfører en splittelse av familielivet. Barnets beste er imidlertid et viktig hensyn ved vurderingen,”*³⁶ Dette er i samsvar med forarbeidene. Det følger av NOU 2004:20 at *”ingen av bestemmelsene i Barnekonvensjonen er imidlertid i seg selv til hinder for at det treffes vedtak om utvisning. Tvert imot forutsetter artikkel 9 nr. 4³⁷ at statene kan treffe vedtak om utvisning selv om det skulle innebære at et barn blir atskilt fra sin far eller mor”.*³⁸

³⁵ Eckhoff/Smith (2010) s. 539

³⁶ <http://une.no/no/Menneskerettigheter/Menneskerettighet1/>

³⁷ Barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 4

For å finne ut hvordan UNE vektlegger barnets beste ved utvisning av foreldrene har jeg tatt utgangspunkt i 51 avgjørelser fra UNEs praksisbase, i tillegg til generelle uttalelser av UNE om utvisning av foreldre veid opp mot hensynet til barnets beste. Praksisdatabase er fordelt mellom tidsperioden 2001-2009 og 2010-td. Jeg har valgt å avgrense meg til avgjørelser gjort fra 2010 og fremover til dags dato. Jeg har gjort dette med tanke på at jeg finner at det er de nyeste dommene som best viser hvordan vektlegging av hensynet til barnets beste foregår i dagens samfunn da de tross alt er relativt nye. I tillegg ville bli en overveldende mengde avgjørelser å ta for seg hvis jeg skulle inkludere årene 2001-2009. Det er dessuten etter 2010 at EMD har hatt oppe flere utvisingssaker mot Norge som har hatt innvirkning på utvisning av foreldre.

Som sagt har UNE en praksisdatabase der det publiseres anonymiserte sammendrag av UNEs avgjørelser. Når man søker på ordene ”utvisning” og ”barnets beste” får man 51 avgjørelser opp som omhandler begge. Da praksisdatabase ikke utgir alle avgjørelsene som blir tatt, men bare et utvalg er det ikke en base som kan brukes for statistiske formål. Jeg kan heller ikke finne noe som omtaler hvorfor enkelte avgjørelser blir lagt ut mens andre ikke blir det og hva tanken bak dette er. Ut ifra de tallene som blir oppgitt i UNEs praksisrapporter³⁹, er det ikke vanskelig å tenke seg til at avgjørelser om utvisning og barns beste fra og med 2010 er betraktelig høyere enn 51. Allikevel gir disse 51 avgjørelsene en viss antydning over hvilke hensyn som har blitt sett på som relevante ved avgjørelser angående utvisning av foreldre. Det er viktig å bemerke at dette gir ikke et helhetlig bilde av en praksis ved utvisning av foreldre i UNE, og at ingen av avgjørelsene skaper noen presedens ved utvisning av foreldre.

³⁸ NOU 2004: 20 Ny utlendingslov s. 310

³⁹ UNE behandlet 1200 utvisingssaker i 2012 og i overkant av 1100 i 2011, men uvist hvor mange saker hvor barns beste var relevant

Av de 51 avgjørelsene som er publisert i UNEs praksisdatabase, omhandler 29 av disse brudd på utlendingsloven. De resterende 22 avgjørelsene dreier seg om utvisning på grunn av brudd på straffeloven. Av 29 avgjørelsene der utlendingen hadde brutt utlendingsloven ble 12 avgjørelser omgjort og 9 avgjørelser delvis omgjort ved at innreiseforbudet ble senket. Alle avgjørelsene som ble omgjort ble det med hensyn til barnas beste. Det kom i et flertall av de omgjorte avgjørelsene til en avveining av sakens alvor mot hensynet til at barnets beste generelt er at foreldrene ikke skal bli utvist. Det må bemerkes før jeg går videre at bruddene på utlendingsloven i så godt som alle sakene var grove brudd.

De resterende 22 av de 51 avgjørelsene fra UNEs praksisdatabase som omhandlet utvisning og barnets beste, dreide seg om utvisning på bakgrunn av brudd på straffeloven. Det er varierende grovhet av forbrytelse og lengde på straffen utlendingen har fått, men felles for alle var at det dreide seg om relativt grove forbrytelser.⁴⁰ Av disse 22 avgjørelsene ble en klage tatt til følge og utvisningsvedtaket ble vurdert som uforholdsmessig. To av sakene ble klagen delvis tatt til følge ved at innreiseforbudet ble satt ned fra henholdsvis varig til fem år og fem år til to års innreiseforbud.

5.2 Hvilke momenter har vært relevante ved vektleggingen av barnets beste

5.2.1 Forholdets alvor

Som nevnt er blir det gjerne en avveining mellom allmennpreventive hensyn og hensynet til barnets beste i saker om utvisning av foreldrene. Allmennpreventive hensyn går gjerne hånd i hånd med forholdets alvor. Alvoret og grovheten av den kriminelle handling som er begått, enten ved brudd på utlendingsloven eller straffeloven, har en innvirkning på om de allmennpreventive hensyn er såpass sterkt at hensynet til barnas beste ikke kan veie tyngre. Hvis en kriminell handling er spesiell grov, er det allmennpreventive hensyn og interessen i

⁴⁰ Så godt som alle forbrytelsene omhandlet narotikaforbrytelser eller voldsforbrytelser. 2 dreide seg om pengeforbrytelser

å utvise utlendingen så sterke at barnets beste generelt ikke er nok. Da må det i så fall eksepjonelle omstendigheter til.

5.2.2 Barnets tilknytning til forelderen

Et viktig moment som ofte kom opp i når UNE skulle avgjøre om hensynet til barnets beste var såpass sterkt at hensynet til allmennpreventive hensyn og sakens alvor måtte vike, var barnets tilknytning til forelderen som skulle bli utvist. Hvis barnet er spesielt nært knyttet til forelderen, kan det lett være uforholdsmessig ovenfor barnet å utvise mor eller far. Et eksempel på dette er en sak fra mai 2012⁴¹ der en kvinne som var utvist på grunn av grove brudd på utlendingsloven fikk vedtaket opphevet da man fant at utvisningen ville være uforholdsmessig for hennes sønn. Det var dissens i saken, da bruddene på utlendingsloven var særdeles grove, men da sønnen var sårbar og meget sterkt knyttet til sin mor, mente flertallet at å utvise kvinnen ville være uforholdsmessig ovenfor sønnen.

Det er også en avgjørelse fra august 2011⁴² der barnas tilknytning til den utviste måtte gå foran myndighetenes interesse i å utvise en kvinne som grovt hadde brutt utlendingsloven. Det var på det rene at bruddene var så grove at hun burde utvises, men da faren hadde helseproblemer og moren var en veldig nær omsorgsperson for barnet, ville en utvisning av moren være så belastende for barnet at det måtte være uforholdsmessig å utvise kvinnen.

Til gjengjeld gikk avgjørelsene også andre veien. Hvis man finner at barnet har hatt lite til ingen kontakt eller samvær med forelderen som skal blir utvist, er det heller ikke noen grunn til at forelderen skal få bli i landet. Slike tilfeller kom spesielt opp der den utviste forelder hadde lange fengselsstraffer bak seg, og barna hadde derfor hatt lite kontakt med forelderen. Det kan også være et moment hvis barnet ikke er spesielt nærmere knyttet en av foreldrene enn den andre.

⁴¹ N12161988

⁴² N1181401110

5.2.3 Muligheten til å opprette familielivet i hjemlandet/familiesplittelse

Muligheten til å opprette familielivet på nytt er et moment som kommer opp til diskusjon i flere avgjørelser her. Det er et spørsmål om hvilke muligheter barna har til å bli med den utviste forelderen til hjemlandet istedenfor å bli værende i Norge. Det følger av EMK artikkel 8 at enhver har rett til respekt for sitt familieliv. Det finnes EMD dommer som omtaler akkurat utvisning av foreldre og EMK artikkel 8, men disse skal jeg gå inn på senere. Hvis det ikke er noe i veien for at familien kan følge med til hjemlandet, så taler det for at allmennpreventive hensyn til å utvise står sterkt, da barnas interesse i å ha kontakt med den utviste forelder i så tilfelle ikke blir brutt og retten til familieliv blir opprettholdt. Hvis det er grunner som taler mot at barna skal måtte bli med til hjemlandet og familien så må splittes, kan saken stille seg annerledes. Relevant i denne vurderingen blir blant annet barnets tilknytning til Norge.

I en sak fra Mars 2011⁴³ ble et utvisningsvedtak mot en kvinne som hadde brutt utlendingsloven opphevet med bakgrunn i hennes datters nære tilknytning til Norge. Det ble poengtert at datteren hadde vært i Norge nesten hele sitt liv, at jenta var av ung alder og at hun hadde skolegangen sin i Norge. Det var enighet om at morens brudd på utlendingsloven var grove og at allmennpreventive hensyn talte for utvisning, men barnas nære tilknytning til Norge tilsa at det ville være uforholdsmessig å utvise da dette klart ikke ville være til jentas beste. Det ville være såpass inngripende for datteren å måtte bli med sin mor til et land hun ikke hadde noen spesiell tilhørighet med fra et land der hun var nært tilknyttet, at barnets interesser ville ikke være ivaretatt hvis hun måtte flytte fra Norge. Dette er i samsvar med UNES uttalelse at hvis ut i fra *“forholdets alvor og utlendingens tilknytning til Norge vil være et uforholdsmessig inngrep overfor utlendingen eller dennes nærmeste familiemedlemmer, er det vanlig at foreldre i slike saker får en mildere reaksjon enn de ville fått dersom de ikke hadde hatt barn.”*⁴⁴

⁴³ N11445359

⁴⁴ <http://une.no/Aktuelt/Redegjorelser/Utvisning-av-foreldre/>

Noe som kan være relevant ved vurdering av om familielivet kan opprettes i hjemlandet er statsborgerskapet til barna. Dette var saken i en avgjørelse fra desember 2012⁴⁵. Her ble utvisningsvedtaket opphevet da det var usikkert om kone og barn realistisk kunne bli med far til hans hjemland. Barna var her så små at de hadde ikke noe spesiell tilknytning til Norge som UNE kunne se. Både mor og de to små barna var norske statsborgere, og det var sannsynlig at de ville etter en kort tid bli sendt hjem fra fars hjemland hvis de flyttet med han. Det forelå sterk tvil i saken, da mannens brudd på utlendingsloven var grovt, men med hensyn til barnas interesse i å ha kontakt med faren og at familien sannsynligvis ville bli splittet ved utvisning, ble utvisningsvedtaket opphevet. Det ble også lagt vekt på at barna i sin unge alder ville ha vanskelig for å opprettholde kontakten med faren via andre metoder som telefon, skype, etc.

Et annet moment ved denne vurderingen er om barnet har annen familie denne vil bli skilt fra hvis barnet flytter fra Norge. Det har spesielt vært spørsmål om barnet vil bli skilt fra søsken i utvisningslandet. Dette kan skje hvis søsknene er myndige og har en slik tilknytning til utvisningslandet at de velger å bli, eller hvis de har halvsøsken som kommer til å bli igjen i Norge fordi halvsøsknene ikke har muligheten til å flytte fra sin andre forelder. Hvis et barn, ved å bli med til den utvistes hjemland vil miste eller betydelig minske kontakten med søsken som blir i landet av forskjellige grunner, er dette et moment som vil tale for at utvisningen er uforholdsmessig ovenfor barnet. Selv om barnet teknisk sett kan flytte med den utviste forelder, vil barnet allikevel bli splittet fra familien i form av søsken.

5.2.4 Barnets interesse i å opprettholde kontakt med forelderen

Et hensyn som hører til under hva som er barnets beste er barnets interesse i å opprettholde kontakt med foreldre. Hvis et forelder blir utvist, og barnet og forelderen har hatt et samvær av visst omfang, er det klart at en utvisning vil ha en betydelig inngripen i deres kontakt. Selv om man kan ha mange muligheter til å beholde kontakt mellom barn og foreldre, ved

⁴⁵ N138891114

besøk og telefonkontakt, er det fortsatt inngripende for et barn å ha en forelder i et annet land.

En av sak der hensynet til barnet og dennes interesse i å ha kontakt med faren måtte gå foran det allmennpreventive hensyn til å utvise straffedømte utledninger er fra november 2010⁴⁶. Faren ble utvist etter å ha svindlet NAV for et betydelig pengebeløp. Mannen fikk med utvisningen et fem års innreiseforbud. Innreiseforbudet ble satt ned fra 5 år til 2 år av UNE, da de fant at å utvise utlendingen i 5 år ville være et meget uforholdsmessig inngrep i sønnens liv. Det var bemerket at mannen hadde regelmessig og positivt samvær med sønnen. Selv om dette samværet hadde vært betraktelig avkortet i den perioden faren var i fengsel hadde de etter at han ble opprettet samværet på nytt, et samvær som var under regelmessig opptrapping. UNE mente at bruddet på straffeloven var såpass alvorlig at mannen måtte utvises av hensyn til allmennpreventive hensyn, spesielt fordi det viste en liten respekt for norske regler, men et fem års innreiseforbud ville effektivt kutte den positive kontakten mellom far og sønn i de fem årene far var utvist. Det ble også bemerket at sønnen var av ung alder, og ville ved utvisningen av far fått et kraftig redusert forhold til far i sønnens barndom. Av hensyn til sønnen og hans beste ble innreiseforbudet derfor kortet ned til 2 år.

5.2.5 Tilfredsstillende omsorg

Et viktig moment som blir omtalt i så godt som alle avgjørelsene er om den gjenværende forelderen kan gi tilfredsstillende omsorg for barna hvis den andre forelderen blir utvist. I så godt som alle sakene fant UNE at den gjenværende forelderen var kapabel til å gi barna tilfredsstillende omsorg mens den andre forelderen var utvist. Dette gjaldt også i en sak der den utviste faren var den som stod for mesteparten av forsørgelsen av familien da moren

⁴⁶ N1017181214

var hjemmeværende mens far jobbet. Far klagde på utvisningsvedtaket da han mente det ville være i strid med barnas interesser å utvise han når han stod for en såpass stor del av forsørgeransvaret. Han mente også at det ville være vanskelig for han å få en jobb i hjemlandet som kunne gi han muligheten til å forsørge sin familie på avstand. UNE fant at det ikke var noe i veien i familiens situasjon for at mor selv skulle kunne jobbe og forsørge familien i den perioden far var utvist, og at barnas omsorg i så tilfelle ville være opprettholdt. Utvisningsvedtaket ble stående.

Det er også saker der omsorgen for barnet ville ha vært såpass dårlig hvis forelderen hadde blitt utvist, at vedtak har blitt opphevet. Saken kom opp for UNE september 2011. Det var hensynet til utlendingens barn som var det avgjørende moment. Utlendingen var dømt for grov vold mot et annet menneske på et asylmottak og skulle derfor bli utvist. Etter at utvisningsvedtaket ble fattet forandret derimot omsorgssituasjonen til barnet seg drastisk. Moren hadde mistet omsorgsretten for barnet da hun var psykisk syk og ikke lenger kunne ha omsorg for barnet på en tilfredsstillende måte. Da faren en periode var på en mottak i avventing av å bli utvist hadde barnet i mellomtiden vært i et fosterhjem. Faren fikk til slutt omsorgen for barnet i vente på avgjørelsen på klagen til UNE. Barnevernet var på regelmessige besøk for å sørge for at barnets omsorgssituasjon var adekvat hos faren, og de var fornøyde med forholdene der. Da morens situasjon sannsynligvis ikke ville endre seg i den nærmeste fremtid ville barnet havne i fosterfamilie igjen hvis faren ble utvist. I lys av den spesielle situasjonen og hensynet til at barnet ikke skulle havne i fosterhjem men være hos en av foreldrene, kom UNE frem til at det ville være uforholdsmessig å utvise faren. Det var altså meget spesielle omstendigheter inne i bildet som gjorde at klagen på utvisning ble tatt til følge. I tillegg ble det lagt vekt på at voldsepisoden utlendingen var dømt for sannsynligvis var et situasjonspreget engangstilfelle.

5.3 Delkonklusjon

Et punkt som kan være verdt å merke seg er at i avgjørelsene er det aldri uforholdsmessig for foreldrene å bli utvist siden de da vil få betraktelig mindre kontakt med barna sine, men

det var uforholdsmessig fordi barna mistet kontakt med foreldrene. Forholdsmessighetsvurderingen ble altså sentrert på barnas interesser.

Det jeg har observert når jeg har tatt for meg disse avgjørelsene, er at barnets beste består av flere momenter, ikke bare et. For å komme til en konklusjon angående hva som er barnets beste ved utvisningen av foreldre, og hvilken vekt dette hensynet må få, skal man se på alle aspekter ved barnets situasjon. Det er relevant å se på barnas tilknytning til forelderen, da en strek tilknytning til forelderen kan tyde på at barnet vil lide spesielt mye hvis forelderen blir utvist og at utvisningen i så fall vil være uforholdsmessig.

Hvis familien har en realistisk mulighet til å opprette familielivet i hjemlandet til den utviste forelder, og slik unngå at familien blir splittet, taler dette for at utvisningen er forholdsmessig og at utlendingen kan utvises uten at hensynet til barnets beste lider. Hvis det derimot vil være vanskelig for barna å flytte med forelderen av forskjellige grunner, taler dette for at hensynet til barnets beste bør gå foran statens interesse i å utvise utlendingen. Dette kan også bli sett i lys av lengden på utvisningstiltaket. Hvis familien ikke har anledning til å flytte med den utviste forelder, og denne igjen er utvist i fem år eller permanent, er det er stor inngripen i familiens liv. Det betyr mer eller mindre at barnet vil være uten en av sine hovedomsorgspersoner i store deler av barndommen sin. Det er klart at det ikke er i barnets beste interesse. I enkelte tilfeller har man derfor valgt å sette ned utvisningstiden, av hensyn til at barnet ikke skal måtte vokse opp uten en av omsorgspersonene sine.

Barnets interesse i å opprettholde kontakten med forelderen kan også være relevant. Det er et utgangspunkt at alle barn har interesse i å opprettholde kontakten med foreldrene uansett hvor lenge utvisningstiden varer. Hvis det foreligger elementer i saken som tilsier at det vil være særdeles vanskelig for forelder og barn å opprettholde denne kontakten i utvisningstiden, taler dette for at utvisningen er uforholdsmessig. I de fleste situasjoner er dette elementet ikke oppe for særlig diskusjon, da det i det moderne samfunn er forholdsvis enkelt å holde kontakten med telefon, skype, etc.

Om barnets daglige omsorg vil være tilfredsstillende i den tid forelderen er utvist, taler dette for at utvisningen ikke er uforholdsmessig. I så godt som alle saker der tilfredsstillende omsorg ble nevnt, fant UNE at omsorgen ville være adekvat ivare tatt i den periode utvisningen gjaldt, og så derfor ingen grunn til at forelderen ikke skulle kunne utvises. I saker der barnets daglige omsorg ville lide sterkt hvis forelderen ble utvist, ble dette elementet meget relevant for saken. Utvisningsvedtaket ble da opphevet i tråd med hensynet til barnets beste.

Det jeg vel kan konkludere med ut ifra disse 51 avgjørelsene, er at det er sjelden at en utvisningssak der utlendingen er utvist på grunn av brudd på straffeloven blir omgjort. Det er betydelig flere utvisningsvedtak der utlendingen har brutt utlendingsloven som blir omgjort, enn de utvisningsvedtak der utlendingen grovt har brutt straffeloven. Felles for alle avgjørelsene som ikke har blitt omgjort er at de alle tar opp om utvisning er til barnas beste, men finner at de allmennpreventive hensyn må gå foran hensynet til barnas beste. I enkelte tilfeller blir individualpreventive hensyn som taler for utvisning også relevante i tillegg til de allmennpreventive hensyn, da utlendingen er dømt og straffet for vold i nære relasjoner. Ved vold i nære relasjoner kan UNE også utvise utlendinger raskere enn ved andre forbrytelser, i tråd med de individualpreventive hensyn ovenfor den som har blitt utsatt for volden.

Det må med andre ord gjerne være noe eksepsjonelt ved barnets situasjon for at utvisning av en forelder skal være uforholdsmessig, og dette gjelder spesielt i saker hvor forelderen er utvist på grunn av brudd på straffeloven. Brudd på straffeloven tyder på at utlendingen har såpass lite respekt for lover og regler i landet, at det ikke er ønskelig å ha utlendingen her. For at dette skal kunne overses må det svært eksepsjonelle omstendigheter til som gjør at barnet vil lide svært under utvisningsvedtaket, og at det derfor er i barnets interesse å la forelderen bli i landet til tross for lovbruddene.

Når det gjelder utvisning på grunn av brudd på utlendingsloven, fremkommer det som at man lettere tar hensyn til barnets interesser i at forelderen ikke skal bli utvist. Terskelen

ligger lavere for at barnets beste skal gå foran allmennpreventive hensyn. Det er ikke en like høyt krav til eksepsjonelle omstendigheter, selv om det må være en grunn til at utvisningen er uforholdsmessig. Det blir uttalt i flere avgjørelser der utvisningsvedtaket blir stående at barna kommer ikke til å lide mer enn det som er normalt ved utvisning. Det er klart at barn generelt lider ved at foreldrene blir utvist, men denne generelle lidelsen er ikke nok. Det må noe mer til i barnets situasjon, men gjerne mindre til ved brudd på utlendingslov enn ved brudd på straffeloven.

6 Norsk Høyesterettspraksis

6.1 Innledning

Det følger av rettspraksis at domstolene har kompetanse til å prøve gyldigheten av utvisningsvedtak.⁴⁷ Det er flere dommer som har vært oppe for Høyesterett som har tatt for seg problemstillingen man gjerne kommer over når det er spørsmål om utvisning av foreldrene og hva som er til det beste for deres barn. Når en utvisningssak kommer opp for høyesterett, vil domstolen avgjøre om utvisningsvedtaket er i strid med utl. § 70, barnekonvensjonen artikkel 3 og EMK artikkel 8. Som jeg har vært inne på tidligere, blir avgjørelsen om et utvisningsvedtak er uforholdsmessig etter utl. § 70 en avveining av forskjellige hensyn. Når det er et barn involvert, så skal et av disse hensynene være barnets beste. Dette følger av både lov, forarbeider og dommer. Forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70 blir en skjønnsvurdering gjort av forvaltningen, av forholdenes situasjon. Det følger av Rt-2009-546 at domstolene har full rett til å prøve forholdsmessighetsvurderingen.⁴⁸

Spørsmålet jeg vil finne et svar på er hvilken vekt de forskjellige momenter i barnets beste vurderingen i virkeligheten får ved utvisningsvedtak, i sammenligning med andre hensyn. For å gjøre dette har jeg lest en del norske dommer, sett på hvilke hensyn ved sakene retten har ment er relevante og hvilken betydning de forskjellige hensynene fikk.

6.2 Relevante momenter ved vektleggingen av hensynet til barnets beste

Ved utvisningsvedtak der barn er involvert, blir det gjerne ved forholdsmessighetsvurderingen etter § 70 et spørsmål om det er noe spesielt ved barnas situasjon som tilsier at allmennpreventive hensyn ikke kan gå foran barnas interesser i saken. Høyesterett har flere ganger uttalt at utvisning av foreldrene bare vil være uforholdsmessig når det er noe eksepsjonelle

⁴⁷ Eckhoff/Smith (2010) s 539

⁴⁸ Rt-2009-546 avsnitt 26

sjonelt ved barnas situasjon som gjør at utvisning av foreldrene vil være imot barnas beste.⁴⁹

Utgangspunktet er at utvisninger må være en mulighet i dagens samfunn for å ha en viss kontroll på hvem som kommer til landet. Når man må ha muligheten til å utvise, kommer man i realiteten til å utvise en viss andel mennesker som har barn her i landet. Å utvise disse foreldrene kommer alltid til å ramme barna i større eller mindre grad, men å ikke utvise disse på grunn av at de har barn i Norge er ikke mulig. Det ville ha uønskede konsekvenser i forhold til innvandringskontroll og . Men det at man ikke kan la være å utvise på grunnlag av at de har barn i Norge, er ikke det samme som at man alltid skal utvise selv om utlendingen har barn i Norge. Det kan komme opp tilfeller der omstendighetene i saken er av såpass alvor at å utvise forelderens vil klart være så i strid med barnets beste at det vil være uforholdsmessig å utvise. Det vil være et krav om eksepsjonelle omstendigheter i barnets situasjon.

Hva som Høyesterett vil kvalifisere som eksepsjonelle omstendigheter er ikke nærmere definert, men det er derimot klart at det kreves mer enn de normale negative innvirkninger en utvisning av forelder vil ha på et barn. Det var det avgjørende moment når Høyesterett i Rt.2005 s. 229 kom frem til at utvisningen av en utlending med tre barn i Norge ville være uforholdsmessig ovenfor barna.

Saken Rt. 2005 s. 229 gjaldt en utlending som var dømt for legemsfornærmelse mot sin fem år gamle nevø, og dokumentfalsk, og skulle utvises med to års innreiseforbud. Mannen hadde tre barn fra ni år og nedover som alle var født i Norge. Både faren og moren hadde ved en tidligere anledning vært i fengsel for de overnevnte forhold, og barna hadde vært sterkt preget av denne adskillelsen fra foreldrene. Høyesterett mente at det var en vanskelig sak, da de kriminelle handlingene faren var dømt for var av svært alvorlig art, men kom under tvil frem til at ”belastningene i dette tilfellet vil bli så store for barna at utvisning vil

⁴⁹ Rt. 2000 s.591 og Rt. 2005 s. 229

*være uforholdsmessig.*⁵⁰ Når Høyesterett kom frem til dette, var det med bakgrunn i at barna allerede hadde vært utsatt for mye stress og ville havne i en veldig sårbar situasjon hvis faren ble utvist. Det ble lagt vekt på det at barna fra før av hadde vært adskilt fra foreldrene i lengre tid og hadde lidd bevisst under denne perioden. Barna hadde også i ettertid vist redsel for at foreldrene skulle forsvinne igjen. Det var klart for retten at faren var en viktig omsorgsperson for barna som var meget involvert i barnas skole og fritid. Barnas mor led også av reaktiv depressiv tilstand, som hadde stor innvirkning på morens liv. Alle disse momentene under ett gjorde barnas situasjon såpass sårbar at far ikke kunne utvises uten at dette gikk kraftig ut over barnas beste. Det var ikke et spesielt moment alene ved som ble avgjørende da utvisningsvedtaket ble opphevet, men mange forskjellige momenter til sammen. Det er sjelden det er et spesielt moment ved barnets situasjon som alene fører til at utvisningsvedtaket er uforholdsmessig etter utl. § 70. Det blir heller en kombinasjon av flere momenter, sett i lys av alvoret i det lovbrudd utlendingen har gjort seg skyldig i. Hvis lovbruddet er grovt, må det som regel mer til for at barnets situasjon er såpass eksepsjonell at hensynet til barnets beste må få forrang i utvisningsavgjørelsen. Mens vi har saker for høyesterett der forholdets alvor har vært såpass lite grovt at når barna involvert var meget knyttet til sin mor og mulig ville få problemer hvis utvisningen fortsatt ble vedtatt gyldig, så måtte hensynet til barna gå foran myndighetenes interesse i å utvise kvinnen.

6.2.1 Barnets tilknytning til forelderen

I likhet med flere av avgjørelsene i UNE, er barnas tilknytning til foreldrene også et moment Høyesterett skal ta hensyn til når de skal vurdere gyldigheten av utvisning av foreldre. Hvis barnet er spesielt nært knyttet til den forelderen som skal utvises, og ved splittelse sannsynligvis vil lide veldig, er det relevant for vurderingen om utvisningen er uforholdsmessig for barnet. Barnets tilknytning til forelderen var i Rt-2011-948 grunnen til at utvisningen av en kvinne ble dømt uforholdsmessig.

⁵⁰ Rt 2005 s. 229 avsnitt 55

Kvinnen hadde etter flere brudd på utlendingsloven, blitt utvist med fem års innreiseforbud. Høyesterett mente at utvisingen ville være uforholdsmessig, spesielt med tanke på hennes barn, og derfor var ugyldig. Barnas tilknytning til mor var derimot ikke det eneste moment som til slutt ble avgjørende for at utvisningsvedtaket ble dømt ugyldig. Det faktum at morens brudd på utlendingsloven var så lite grove at hun ikke hadde blitt utvist hvis hun ble utvist etter utlendingsloven slik den stod når saken kom opp for høyesterett ble til slutt det avgjørende. Barnas tilknytning til moren var allikevel relevante for saken.

Da saken hadde vært oppe for lagmannsretten, hadde barna blitt observert over tid av sakkyndig som var spesialist i klinisk psykologi. Rapporten fra sakkyndige og uttalelsene i denne angående barnas tilknytning var viktige når høyesterett kom frem til at utvisningsvedtaket var et uforholdsmessig tiltak. Det ble lagt vekt på at moren var barnas primære omsorgsgiver og at de var klart veldig sterkt knyttet til henne. Barna var unge og ville ha problemer med å forstå grunnene bak morens utvisning. Spesielt det yngste barnet var meget knyttet til sin mor. Angående barnas tilknytning til mor uttalte han at *”Mor er den primære omsorgsgiveren for barna. Barna har fungert godt tidligere og dette tyder på en trygg tilknytning. Et brudd i samværet (...) vil medføre konsekvenser for tilknytningen til barna.”*⁵¹ Videre mente sakkyndig at selv om han ikke kunne forutse hvilke konsekvenser en utvisning ville ha for barnas tilknytning til moren, mente han at *”atskillelse fra mor sannsynligvis vil føre til en avvikende tilknytning (...)”*⁵²

I lys av at bruddene på utlendingsloven var mindre grove, var høyesterett av den oppfatning at man ikke kunne *”tilsidesette de små barns sterke interesse i å få fortsette å vokse opp sammen med sin hovedomsorgsperson.”*

⁵¹ Rt-2011-948 avsnitt 58

⁵² Rt-2011-948 avsnitt 61

6.2.2 Muligheten til å opprette familielivet i hjemlandet/familiesplittelse

I likhet med UNE praksis, er muligheten for å opprette familielivet i hjemlandet et relevant moment for vurderingen av barnets beste ved utvisningen av foreldre. Hvis det ikke er noe i veien for at barna skal kunne følge den utviste forelder tilbake til hjemlandet ved utvisning, vil familien ikke bli splittet og barnets interesse i å opprettholde kontakten med forelderen er oppfylt. Det vil med andre ord ikke være en familiesplittelse. Det er flere ting ved barnets situasjon som vil tale for at familielivet uten problemer kan opprettes i hjemlandet. Det blir et spørsmål om barnets tilknytning til forelderens hjemland. Hvis barnet har en tilknytning til forelderens hjemland i form av at barnet har tilbrakt en viss mengde tid der, kan språket og ikke har noen spesifikke helseproblemer som gjør at det vil være imot barnets interesse å følge forelderen til hjemlandet, taler dette for at utvisningen ikke vil være uforholdsmessig etter utl. § 70. Men hvis barnet har en sterk tilknytning til Norge, som at barnet har tilbrakt mesteparten av livet sitt her, har skolegangen sin her, helsemessige grunner som gjør at å følge forelderen blir vanskelig og kanskje nær familie som ikke kommer til å bli med til hjemlandet, taler det for at utvisningen vil være uforholdsmessig. Familien vil i så tilfelle sannsynligvis bli splittet. Også her kreves det eksepsjonelle omstendigheter ved barnets situasjon som gjør at muligheten til å opprette familielivet i hjemlandet vil være meget vanskelig, og at separasjonen vil gå utover barnets beste på en slik måte at det er i strid med barnets beste etter barnekonvensjonen artikkel 3.

I Rt-2010-1430 var gyldigheten av et utvisningsvedtak av en far til tre barn oppe for Høyesterett. Mannen hadde brutt både straffeloven og utlendingsloven, og på bakgrunn av dette var det blitt fattet utvisningsvedtak mot mannen med fem års innreiseforbud. Saken kom så opp for domstolen da mannens datter var diagnostisert med autisme og med bakgrunn i dette kunne ikke den resterende familie følge far tilbake til hjemlandet. Familien ville derfor bli splittet, og familien ville miste en viktig omsorgsperson i faren, noe som var spesielt graverende i lys av datterens tilstand. Lagmannsretten var da saken kom opp her derfor av den oppfatning at utvisningen ville være uforholdsmessig da familien ikke ville ha mulighet til å opprette familielivet i hjemlandet etter utvisning, noe som spesielt den yngste datteren ville lide sterkt av. Lagmannsrettens avgjørelse ble så klaget inn for Høyesterett av staten. I

mellomtiden fikk datteren en annerledes diagnose enn den hun hadde hatt da de foregående avgjørelsene hadde vært oppe for klage. Legen mente nå at datteren ikke hadde autisme, men isteden led av en uspesifisert gjennomgripende utviklingsforstyrrelse. Høyesterett var av den mening at utvisningen ikke ville være uforholdsmessig ovenfor mannens andre to barn da det ikke var noe eksepsjonelt ved deres situasjon, men fant det relevant å vurdere om utvisningen var uforholdsmessig ovenfor den yngste datteren. Høyesterett var klar over at datteren hadde en utviklingsforstyrrelse, og på bakgrunn av dette ville familien ikke kunne bli med faren til hans hjemland og fortsette deres familieliv der. Innreiseforbudet varte også i fem år, en lang periode der ingen av barna ville ha kontakt med faren annet enn ved å besøke han i hjemlandet. Familien ville i realiteten bli splittet. Høyesterett mente allikevel ikke at utvisningen ville være uforholdsmessig. ” *Utvisninga gjeld for ein tidsperiode på fem år, der A ikkje vil ha høve til å gi hjelp og støtte til dottera ved besøk her i landet. Familiekontakten vil i staden som nemt måtte oppretthaldas ved besøk i Tyrkia. Heller ikkje her kan eg sjå at det er tale om ei uvanleg stor belastning. At temaet er at far ikkje kan kome på besøk hit og ikkje om han skal kunne bu her, gjer elles at spørsmålet ikkje er så grunnleggjande som det i første omgang kanskje kunne synest å vere.* ”⁵³ Til tross for at datteren led av en utviklingsforstyrrelse som gjorde det vanskelig for familien å følge far til hjemlandet, og datteren ville i fem år miste farens hjelp og støtte gjennom lidelsen, var det ikke noe i veien for at familien skulle ha muligheten for å opprettholde familielivet ved jevnlig besøk til fars hjemland. Så selv om familiens mulighet til å følge far til hjemlandet var begrenset, fant Høyesterett at det ikke forelå noen momenter som gjorde det eksepsjonelt vanskelig å opprettholde kontakten med far ved besøk. I tillegg var fars lovbrudd såpass grove at allmennpreventive hensyn klart talte for utvisning. Utvisningsvedtaket var derfor gyldig, og far ble utvist med fem års innreiseforbud.

I situasjoner der utlendingen har inngått familielivet på et tidspunkt der utledingen var klar over at dennes oppholdssituasjon var usikker, og at utlendingen kunne risikere utvisning, kan utlendingen som hovedregel ikke forvente å bli i landet. Dette gjelder også selv om

⁵³ Rt-2010-1430 avsnitt 90 og 91

utlendingen har barn i Norge som slik vil bli skilt med den utviste forelder. Dette følger av både Høyesteretts- og EMD-praksis.

6.2.3 Tilfredsstillende omsorg

Den omsorgen barna vil ha hvis forelderen blir utvist er et relevant moment ved forholdsmessighetsvurderingen. Hvis barna vil få tilfredsstillende omsorg av den forelderen som blir igjen i Norge i utvisningstiden, vil det tale for at utvisningsvedtaket ikke er uforholdsmessig i forhold til barna.

I Rt 2009 s 534⁵⁴ hadde faren på domstidspunktet den daglige omsorgen for barna etter dom fra tingretten. Tingretten hadde funnet at faren var den som var best egnet til å ta vare på barna i det daglige liv. Denne avgjørelsen baserte Høyesterett seg på seg på når de skulle avgjøre om det forelå omstendigheter i barnas situasjon som ville gjøre utvisningsvedtaket uforholdsmessig. ”Etter dette legger jeg til grunn at barnas omsorgssituasjon vil være tilfredsstillende selv om vedtaket blir stående. I hvert fall vil den ikke fravike det som er normalt når en av foreldrene utvises fra riket.”⁵⁵ Høyesterett fant etter vurdering av fakta i saken at det ikke var noe eksepsjonelt ved barnas situasjon som tydet på at faren ikke ville gi barna den omsorgen de trengte i den perioden mor var utvist. Ingen av barna hadde noen spesielle behov som far alene ikke ville klare å dekke. I tillegg hadde barna på avgjørelses-tidspunktet bodd hos far i lengre tid etter tingrettsdommen der han fikk daglig omsorg for barna, uten at dette hadde skapt noen store problemer. Det at han var åpen for at barna skulle fortsette å ha jevnlig kontakt med moren i form av besøk til hennes hjemland talte også for at utvisningen ikke var uforholdsmessig.

I de tilfeller der utvisning vil føre til at barna ikke vil få tilfredsstillende omsorg i hverdagen, skal det mye til for at utvisningen av forelderen ikke vil være uforholdsmessig. Hvis

⁵⁴ En avgjørelse som senere ble klaget inn for EMD, der EMD mente at utvisningen var uforholdsmessig ovenfor barna i saken. EMDs avgjørelse ble kalt Nunez v. Norway.

⁵⁵ Rt 2009 s 534 avsnitt 72

barnet klart ikke vil få en tilfredsstillende omsorg av den gjenværende forelderen, bryter utvisningen kravet til barnets beste etter barnekonvensjonen artikkel 3. Barnets beste interesser er da såpass i retning ugyldig utvisning at det blir vanskelig å argumentere for at myndighetene har oppfylt kravet til at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved forholdsmessighetsvurderingen, og barnekonvensjonen artikkel 3.

6.2.4 Forholdets alvor

Jo mer alvorlige brudd på norsk lov det er snakk om, jo mer skal til for at det foreligger så spesielle omstendigheter at utlendingen ikke kan utvises med hensyn til hva som er barnas beste. Dette har rot i de allmennpreventive hensyn.

Som jeg kort har nevnt tidligere blir forholdsmessighetsvurderingen etter utl § 70 er avveining av forskjellige hensyn som taler for og imot utvisning. I saker som dreier seg om utvisning av foreldre som har brutt utlendingsloven, blir forholdsmessighetsvurderingen en avveining av hensynet til barnets beste og allmennpreventive hensyn. Det er klart at å regulere innvandringen til landet er en omfattende oppgave, som krever sitt. Systemet vi har i dag er avhengig av at myndighetene får korrekte opplysninger. Derfor blir det slått hardt ned på i de tilfeller der man oppdager at myndighetene har fått falske opplysninger, eller at deres vedtak ikke har blitt fulgt. Høyesterett uttalte i Rt-2009-534 angående reaksjoner på brudd på utlendingsloven ”*Et vesentlig formål med utlendingsloven er at den skal ’gi grunnlag for kontroll med inn- og utreise og utlendingers opphold i riket i samsvar med norsk innvandringspolitikk’ jf. § 2 første ledd. Med det store antall søknader som fremmes etter loven, må myndighetene i stor grad basere sin kontroll på at søkere gir riktig opplysninger og for øvrig holder seg lojalt til loven og de vedtak som fattes i medhold av den. Systemet bygger således på tillit. Allmennpreventive hensyn tilsier derfor at overtredelser bør få konsekvenser for søkerens mulighet til å oppnå de rettigheter loven gjelder.*”⁵⁶ Allmennpreventive

⁵⁶ Rt-2009-534 avsnitt 49

hensyn altså for at brudd på utlendingsloven skal tas seriøst og få en konsekvens for den som har begått bruddet, uansett forholdets alvor.

Når det er sagt, finnes det også grader av alvoret på brudd på utlendingsloven. Som vi allerede har sett, er det flere avgjørelser for Høyesterett der de allmennpreventive hensyn har måttet vike for hensynet til barnets beste. Ved slike avgjørelser har man sett på forholdets alvor, men funnet at forholdet ikke var grovt nok til at de allmennpreventive hensyn må gå foran hensynet til barnets beste. I Rt-2011-948 uttalte Høyesterett at ”*overtredelser av utlendingsloven er i seg selv et betydelig samfunnsproblem som medfører store kostander for samfunnet og har en rekke negative konsekvenser. Det er av allmennpreventive grunner nødvendig med reaksjoner som i det enkelte tilfellet kan fremstå som urimelig strenge. Dette forhindrer likevel ikke at overtredelser av kan ha svært ulik karakter, og at overtredelsene, selv om grunnvilkåret for utvisning må anses oppfylt, etter omstendighetene må vike for barnas interesser. Dette gjelder også der belastningen for barna ikke kan sies å være uvanlig stor. Særlig vil dette være aktuelt er utlendingen har utvist en mindre grad av skyld.*”⁵⁷

Uttalelsen om at overtredelser kan komme å måtte vike for barnas interesser selv om belastningen på barna ikke kan sies å være særlig stor er ikke samsvar med uttalelser gjort i Rt. 2005 s. 229 og Rt. 2000 s. 591. Annenvoterende uttalte for Høyesterett i Rt. 2000 s. 591 at ”*det normale vil være at en utvisning griper inn i et etablert familieliv på en belastende måte, i særdeleshet når man må legge til grunn at familien blir atskilt ved utvisningen. For at utvisningen skal fremstå som et uforholdsmessig tiltak, må det kreves uvanlig store belastninger.*” Rt. 2005 s. 229 baserte seg videre på dette og uttalte i avsnitt 36 av dommen at ”*Når en utlending har begått meget alvorlig kriminalitet, vil utvisning bare være uforholdsmessig når den fører til alvorlig store belastninger.*” Det må merkes at begge disse to

⁵⁷ Rt-2011-948 avsnitt 35

dommene gjaldt grov kriminalitet, men begge dommene ble sitert og merket som relevante også for alvorlige brudd på utlendingsloven av førstvoterende i Rt. 2009 s. 534.⁵⁸

Kravet til alvorlig store belastninger for kan derimot stille seg annerledes i de tilfeller der utlendingen blir utvist med bakgrunn i at det er begått brudd på utlendingsloven. I Rt. 2011. S. 948 sa Høyesterett seg uenig i Lagmannsrettens avgjørelse om å opprettholde utvisningen av en kvinne som gjentatte ganger hadde brutt utlendingsloven. Lagmannsrettens avgjørelse ble her tatt med henvisning til Rt. 2009 s. 534 og Rt. 2010 s. 1430, at et utvisningsvedtak bare vil være ugyldig hvis barna ville bli utsatt for uvanlig store belastninger ved å opprettholde utvisningsvedtaket. Høyesterett mente derimot at utlendingsloven ikke kan tolkes på en slik måte.⁵⁹ Høyesterett bemerket at i Rt. 2005 s.229 og Rt. 2009 s.704 var kravet til eksepsjonelle omstendigheter ved barnas situasjon direkte knyttet opp til den alvorlige kriminaliteten som var begått av utlendingen. Det ble uttalt: *”Høyesteretts bruk av kriteriet ’uvanlig stor belastning’ må forstås på bakgrunn av de meget alvorlige forhold som har vært til prøving’.*⁶⁰ Det var klart at i saker der utlendingen var skyldig i alvorlig kriminalitet eller alvorlige og massive overtredelser av utlendingsloven følger det av rettspraksis at det kreves uvanlig store belastninger for at et utvisningsvedtak er uforholdsmessig. Men ved mindre overtredelser at utlendingsloven så er det ikke *”nødvendigvis et vilkår at barna vil bli utsatt for uvanlig store belastninger, og at det særlig vil være aktuelt å gi fortrinn til barnas interesser ved relativt sett mindre alvorlige overtredelser av utlendingsloven som i mindre grad rammer de kontrollhensyn loven skal ivareta.”*⁶¹

Jeg vil ikke uttale meg noe nærmere om vekten forholdets alvor får ved utvisning av foreldre i forhold til barnets beste, annet enn å konstatere at det er forskjellige Høyesterettsdommer som trekker i begge retninger for den relevansen forholdets alvor skal ha ved for-

⁵⁸ Rt 2009 s 534 avsnitt 65

⁵⁹ Rt. 2011 s. 948 avsnitt 32

⁶⁰ Rt. 2011 s. 948 avsnitt 33

⁶¹ Rt. 2011 s. 948 avsnitt 39

holdsmessighetsvurderingen ved utvisning av foreldre. Det som kan ses som klart er at etter Høyesterettspraksis blir kravet til eksepsjonelle omstendigheter ved barnas situasjon høyere i situasjoner der lovbruddet er grovt.

6.3 Delkonklusjon

Når Høyesterett tar for seg utvisning av utlendinger som er foreldre, er det med grunnlaget at det ikke er lovstridig å utvise foreldre, så lenge det ikke foreligger eksepsjonelle omstendigheter i barnas situasjon som gjør at å utvise foreldrene klart vil bryte hensynet til barnets beste. I saker der Høyesterett skal avgjøre om et utvisningsvedtak av foreldre er ugyldig grunnet hensynet til barnets beste, er det flere momenter i barnets situasjon som kan være relevante for å finne ut hva som er barnets beste, og om hensynet til barnet er så sterkt at det må gå foran allmennpreventive hensyn. Disse hensynene kan dreie seg om barnas tilknytning til den forelder som risikerer utvisning, om familien har muligheten til å flytte med den utviste forelder til dennes hjemland så barnet ikke opplever at familien blir splittet og om barnet vil få en tilfredsstillende omsorg hvis utvisningen er gyldig og forelderen må forlate landet. Disse momentene må igjen ses i forhold til den grovheten lovbruddene den utviste forelder har gjort seg skyldig i. Det følger både av lovforarbeider og rettspraksis at i tilfeller hvor lovbruddet som er begått er grovt, skal det mer til for at de allmennpreventive hensyn kan tilsidesettes av hensyn til barnets beste.

Det er naturlig nok ingen fasit for hvilke momenter som er avgjørende i de tilfeller der barnets beste får forrang over allmennpreventive hensyn. Det blir en avveining av de forskjellige momentene i saken. En avveining av alle aspekter ved barnets situasjon som har en innvirkning på barnets beste og utvisningen opp mot de allmennpreventive hensyn.

7 EMDs rettspraksis

7.1 Innledning

Den europeiske menneskerettskonvensjonen med protokoller (EMK) ble inkorporert som norsk lov menneskerettsloven i 1999, og i ettertid har flere protokoller blitt lagt til konvensjonen.

Det har vært 36 saker mot Norge oppe for EMD siden 1990. Av disse omhandlet 2 av avgjørelsene utvisning av en forelder hvor barnets beste i tillegg har vært en tema for dommen. Når saker om utvisning og barnets beste er oppe for EMD er det Artikkel 8 Retten til familieliv som eventuelt er krenket.

Før jeg går nærmere inn på vektleggingen av forskjellige hensyn i EMD ved saker om utvisning og barnets beste, vil jeg først ta for meg EMK artikkel 8. Som nevnt er det brudd på denne artikkelen som kommer opp når EMD har tatt for seg om utvisningsvedtak er uforholdsmessige. For fullt å forstå de dommene som blir tatt opp i dette kapitlet, er det hensiktsmessig å ha en kort redegjørelse av artikkel 8.

7.2 EMK artikkel 8

7.2.1 Artikkel 8 nr. 1

Ordlyden i EMK artikkel 8 nr. 1 lyder ”*Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse*”. Det meste relevante for min oppgave er retten til familieliv, og det er det jeg har fokus på her. Det som legges i retten til familieliv i sammenheng med utvisning, er at ethvert menneske har rett til å ha et familieliv ved at familien ikke splittes opp. Dette blir bare relevant i de saker der man ikke kan forvente at familien kan følge med den utviste til utvisningslandet, så familien faktisk blir splittet. EMK artikkel 8 nr. 1 gjelder ikke bare for den som risikerer å bli utvist, men også for den utvistes familie.

*”Utlendingens rett til familieliv må sees i sammenheng med familiemedlemmenes rett til familieliv med henne eller ham”.*⁶²

EMK artikkel 8 nr. 1 er for så vidt ikke i veien for at man kan utvise en forelder, som det følger av EMDs rettspraksis.

Angående forholdet mellom EMK artikkel 8 og forholdsmessighetsvurderingen i utl. § 70 er det uttalt i forarbeidet NOU 2004:20 at *”vilkåret i utlendingsloven § 29 annet ledd og § 30 annet ledd*⁶³ *om at utvisning ikke må være et uforholdsmessig tiltak, reflekterer den tolkning av EMK artikkel 8 som er lagt til grunn av Den europeiske menneskerettsdomstol.”*⁶⁴ Det er altså norske myndigheters oppfatning at forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70 reflekterer den oppfatningen EMD har uttrykt angående artikkel 8.

7.2.2 Artikkel 8 nr. 2

Regelen i EMK artikkel 8 nr. 1 har et unntak i artikkel 8 nr. 2. Der står det at rettigheten til familieliv etter artikkel 8 nr. 1 ikke skal brytes unntatt hvis det *”er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.”* Så lenge utvisning er i samsvar med reglene i utl. kapittel 14, så er de i samsvar med loven og oppfyller vilkårene i artikkel 8 nr. 2. Det har derimot vært saker oppe for EMD der EMD mener at utvisningen ikke har vært i samsvar med kravene til forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70, og at de derfor bryter den utvistes rett til familieliv.

⁶² Rt-1996-551 (s.559)

⁶³ § 29 og § 30 som er omtalt her, refererer til utvisningsreglene i den gamle utlendingsloven. Disse tilsvarer nå §§ 66-68 og § 70 i utlendingsloven av 2008

⁶⁴ NOU 2004: 20 Ny utlendingslov 4.2 Forholdet mellom norsk rett og folkeretten s. 73

7.3 Momenter ved hensynet til barnets beste

I likhet med UNE og Høyesterett, faller klager på utvisning av en forelder som kommer opp for EMD gjerne på en avveining mellom statens interesse i å utvise en forelder og hva som er barnets beste i saken. Det følger av EMDs rettspraksis at staten har en rett til å utvise som EMK artikkel 8 nr. 1 som oftest ikke kommer i veien for. Også i likhet med UNE og Høyesterett, blir avgjørelsen av hva som er til barnets beste en skjønnsavgjørelse basert på forskjellige momenter ved barnets situasjon. Hvis det er eksepsjonelle omstendigheter ved barnets situasjon så skal det mye til for at man skal kunne utvise en forelder og splitte opp familien. Dette var tilfellet i *Nunez v. Norway* som kom opp for EMD i 2011.

Saken *Nunez v. Norway* omhandlet spørsmål om utvisningsvedtak med to års innreiseforbud var brudd på EMK artikkel 8⁶⁵. I begynnelsen av 1996 kom Nunez til Norge, og ble kort tid senere dømt for butikktyveri og deponert. Hun kom tilbake til Norge i slutten av 1996 med falsk pass, og fikk oppholdstillatelse i 2000. Myndighetene ble i 2001 klar over at kvinnen hadde falsk pass og var tidligere straffedømt i Norge, og i 2005 ble utvisningsvedtaket truffet. I mellomtiden hadde kvinnen fått to barn. I 2007 ble det avgjort i domstolen av barnas far skulle få daglig omsorg, spesielt siden moren hadde et utvisningsvedtak mot seg. I 2009 avgjorde høyesterett at utvisningsvedtaket var gyldig⁶⁶, og i 2011 kom saken opp for EMD.

EMD fant at utvisningsvedtaket ikke var uforholdsmessig ovenfor kvinnen selv, men hensynet til hennes to barns situasjon måtte gå foran de norske myndigheters interesse i å utvise Nunez. Domstolen mente at skulle utvisningsvedtaket bli stående, ville det vært såpass inngripende for barna i syn av deres foregående familiesituasjon og deres beste at det ville være et brudd på barnas rett til familieliv, jf. EMK artikkel 8. Det ble lagt vekt på at barna

⁶⁵ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, LOV-1999-05-21 nr. 30

⁶⁶ Rt. 2009 s. 534

allerede var utsatt for mye stress i forbindelse med foreldrenes separasjon og flytting fra mor til far. I tillegg kommer den vedvarende risikoen for at moren skulle ble utvist. Doms-tolen mente i tillegg at barna vanskelig ville forstå grunnen til at moren ble utvist, og at det to år lange innreiseforbudet var et meget omfattende tiltak ovenfor barna. Den norske stat får kritikk for at de ikke hadde foretatt en rimelig avveining mellom den offentlige interessen i å kunne utvise ved brudd på utlendingsloven og barnas beste i form av deres behov for å fortsette kontakt med sin mor. I tillegg mente domstolen at det ikke var lagt tilstrekkelig vekt på barnas beste ved tolkning av EMK artikkel 8, og at saksbehandlingstiden hadde vært uforsvarlig lang.⁶⁷

Da Høyesterett tok for seg Nunez' sak, mente de at barnas daglige omsorgssituasjon ikke ville lide nevneverdig av at moren ble utvist. De var enige om utvisningen av moren ville ha en innvirkning på barna, men ikke mer enn det som er vanlig ved utvisning av foreldrene. De mente at det måtte foreligge eksepsjonelle omstendigheter i barnas omsorgssituasjon for at utvisningen skulle være uforholdsmessig etter utl. § 70.⁶⁸ Da faren hadde hatt den daglige omsorg siden omsorgsspørsmålet hadde vært oppe for Tingretten i 2007 og i all sannsynlighet kom til å fortsette å ha dette hvis moren fikk bli i Norge ville ikke utvisningsvedtaket ha noen eksepsjonell innvirkning på barna. EMD derimot var av en annen oppfatning enn Høyesterett. De var av den oppfatning at barna ved å oppleve foreldrenes separasjon og å bli flyttet fra mor til far allerede var omstendigheter som i seg selv burde gjøre at de norske myndigheter måtte utvise spesiell tanke til hva som er barnas beste. I tillegg hadde de levd lenge under den påkjenning som kommer ved et mulig utvisning av deres mor. EMD pekte på at barna frem til 2007 hadde hatt moren som den primære omsorgsperson og at flyttingen fra far til mor hadde sannsynligvis vært en stor omveltning for barna.

⁶⁷ Nunez v. Norway (2011) EMD nr. 55597/09 (originalversjon og lovdatas oppsummering)

⁶⁸ Rt-2009-534

Som man ser, var barnas situasjon det avgjørende i saken da EMD fant at utvisningen var uforholdsmessig. Det kom til en skjønnsavveining der flere aspekter ved barnas situasjon var relevante. Spesielt det at barna hadde vært utsatt for mye omveltninger i sin hverdag de siste årene ble relevant. Det er altså ikke bare de forhold som har oppstått for barna i forbindelse med selve utvisningsvedtaket som skal tas med i en uforholdsmessighetsvurdering, i følge EMD. Det at foreldrene de siste årene har separert seg og at barna har flyttet fra mor til far, en situasjon som i det store og hele ikke egentlig har noe relasjon til utvisningen, kan være relevant. Det taler om at barna har vært i en meget omveltende situasjon, og allerede på bakgrunn av dette er sårbare. Når man legger til den usikkerheten som har ligget rundt mors utvisning, kan man så smått begynne å se eksepsjonelle omstendigheter i barnas omsorgssituasjon. Det at saksbehandlingen har vært en meget lang prosess, har også skapt en usikker situasjon for barna, der de vet at mor sannsynligvis skal utvises, men ikke når det skjer. De har hatt utvisningen hengende over hodet sitt lenge. Mye lengre enn man vel egentlig kan kreve av en forsvarlig saksbehandling.

Det som er spesielt interessant i denne saken, i forhold til spørsmålet om hvordan barnets beste blir vektlagt i utvisningssaker, er forskjellene i vektleggingen mellom Høyesterett og EMD i Nunez-saken. Både Høyesterett og EMD er enige i at man skal kunne utvise en forelder selv om denne har barn i utvisningslandet. Både Høyesterett og EMD opererer med at det må foreligge 'eksepsjonelle omstendigheter' eller som Høyesterett kalte det, 'uvanlige store belastninger', i barnets situasjon for at man ikke skal kunne utvise forelderen fordi det ikke er i barnets interesse. Allikevel kom Høyesterett og EMD frem til to forskjellige resultater når de avgjorde forholdsmessigheten av utvisningen av Nunez. Mens Høyesterett ikke fant noe eksepsjonelt ved barnas situasjon, annet enn det som var vanlig ved utvisningen av en forelder, var EMD klare på at det gjorde det. At utvisningen av Nunez var i strid med barnets beste etter Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og ville bryte barnas rett til familieliv etter EMK artikkel 8 nr. 1. Mens Høyesterett uttalte at de i saken mot Nunez "*stod ovenfor en normalsituasjon*"⁶⁹ var EMD klar på at " Vil det si at Høyesterett og EMD har en

⁶⁹ Rt-2009-534 avsnitt 77

ulik vektlegging av hva som skal til for at en situasjon er såpass uvanlig at barnets beste vil så lide at man ikke kan utvise foreldrene? Det som i hvert fall er klart er at Høyesterett mente at så lenge barna ikke hadde noen *”særlige behov”* og faren kunne opprettholde en god omsorgssituasjon og jevnlig kontakt med mor for barna i de to år hun var utvist, så kunne ikke de se at det forelå noe spesielt ved saken som gjorde at å utvise ville bryte med barnas beste etter Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Saksbehandlingen kunne de heller ikke se at var en relevant faktor i saken, da man kunne *”ikke se at denne skal ha betydning for hensynet til dem(barna)”*⁷⁰. EMD derimot var klare på at barna hadde blitt utsatt for et sånt stress både i lys av belastningen ved en eventuell utvisning, den lange saksbehandlingstiden og foreldrenes separasjon, at å utvise såpass ville bryte barnets interesser at man ikke kunne utvise moren. Det kan i hvert fall virke som om EMD vektlegger de forskjellige momentene ved situasjonen til barna som taler for at barnas interesse i saken må gå foran de allmennpreventive hensyn annerledes enn det Høyesterett gjør.

Selv om Høyesterett og EMD kom frem til forskjellige syn på utvisningsvedtaket til Nunez, da de vektla hensynet til barnas interesser forskjellig, vil ikke det si at de to domstolene alltid er uenige. I 2012 kom spørsmålet om et utvisningsvedtak mot en mann brøt utlendings og hans families artikkel 8 rett til familieliv. Saken omhandlet Henry Antwi, og hans kone og datter som anførte at statens vedtak om å utvise Antwi og ilegge han fem års innreiseforbud krenket deres rett til familieliv etter EMK artikkel 8. Antwi kom til Norge fra Ghana i 1999 med falsk pass, da hans fremtidige kone, også fra Ghana, var på vei til Norge for å gjenforenes med sin familie. De fikk en datter i 2001 og giftet seg i 2005. I 2005 ble han arrestert i Nederland da det ble oppdaget at han hadde falsk pass, med det resultatet at han i 2006 ble ilagt et vedtak om utvisning av norske myndigheter. I 2008 besluttet lagmannsretten at utvisningsvedtaket var gyldig⁷¹, og i 2010 bestemte høyesteretts

⁷⁰ Rt-2009-534 avsnitt 78

⁷¹ LB-2008-84594

ankeutvalg at saken ikke kunne ankes til høyesterett.⁷² Saken ble klaget til EMD, og kom opp for domstolen i begynnelsen av 2012.

EMD kom frem til at utvisningsvedtaket var gyldig og ikke brøt klagernes rett til familieliv etter EMK artikkel 8.

Datterens klage om at utvisningen av hennes far var uforholdsmessig ovenfor henne ble tatt opp, men etter en avveiing hennes situasjon fant EMD at det ikke forelå noen momenter som talte for at utvisningen var uforholdsmessig. I forhold til datterens klage uttalte EMD at selv om farens utvisning ikke ville være fordelaktig for henne, hadde de ikke noen grunn til å tvile på at de norske myndigheters vurdering om at familielivet kunne reetableres i Ghana var korrekt, eller eventuelt at kontakten mellom far og datter kunne opprettholdes i utvisningstiden. Det var også relevant at datteren ikke hadde noen spesielle omsorgsbehov, og at moren var absolutt kapabel til å dekke datterens omsorgsbehov.

Da saken hadde flere likhetstrekk med Nunez-saken ble denne også omtalt. Domstolen var enig i at selv om det var flere likheter mellom Nunez-saken og Antwi-saken, så var de også forskjellige på flere avgjørende måter. Det ble bemerket at i motsetning fra Nunez v. Norway var ikke datteren blitt gjort sårbar av tidligere forstyrrelser og stress i omsorgssituasjonen, men hadde derimot hatt et tilsynelatende rolig omsorgssituasjon i hjemmet. Saksbehandlingstiden var ikke så lang som den hadde vært i Nunez, så den vedvarende usikkerheten barna i Nunez-saken hadde levd med i lang tid i forbindelse med utvisning av en forelder forekom ikke her. Det forelå med andre ord ikke de samme eksepsjonelle omstendigheter i Antwi-saken, og domstolen var derfor av den oppfatning at barnets beste var tillagt tilstrekkelig vekt når myndighetene vurderte utvisningsvedtaket mot Henry Antwi.⁷³

⁷² HR-2010-711-U

⁷³ Antwi and others v. Norway (2012) EMD 26940/10 (originalversjonen og lovdatas oppsummering av saken)

Momentene jeg har vært inne på tidligere i oppgaven, datterens tilknytning til faren, muligheten til å opprette familielivet i farens hjemland, datterens interesse i å opprettholde kontakt med faren og om datteren ville ha tilfredsstillende omsorg om faren ble utvist ble alle tatt opp og diskutert. EMD kom allikevel til at det var ingenting ved noen av disse momentene som tilsa at hensynet til datterens beste måtte gå foran de allmennpreventive hensyn.

7.4 Delkonklusjon

Et sentralt punkt når man skal avgjøre uforholdsmessigheten av utvisningen av en forelder, er avveiningen mellom de allmennpreventive hensyn og hensynet til barnets beste. Som det ble uttalt i *Nunez v. Norway*: ”(...) *regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation*”.⁷⁴ Det er altså pålagt myndighetene foreta en avveining av forholdene i saken og de forskjellige interesser staten og utlendingen har i utvisningen. Men til gjengjeld er det åpent for de norske myndigheter å bruke skjønn i hver enkelt sak. Det er flere momenter ved barnets beste som kan være relevante ved en slik avveining, men det er sjelden at det er et moment alene som gjør at EMD finner at utvisningsvedtaket er uforholdsmessig og bryter EMK artikkel 8.

⁷⁴ *Nunez v. Norway* (2011) avsnitt 67

8 Konklusjon

Barnets beste ved utvisning av foreldrene er gjerne komplekst og består av mange momenter man må ta hensyn til. Hovedregelen er at alle barns beste er å ha begge foreldre til stede i hverdagen. Men at dette er barnets beste er ikke nok til at et utvisningsvedtak av en forelder skal være uforholdsmessig, som følger av både nasjonal og internasjonal rettspraksis. Det er et grunnlag i utlendingsretten at alle barn lider ved utvisning av foreldre, men at dette ikke er nok til at hensynet til barnets beste kan gå foran allmennpreventive hensyn i å utvise. Det er forelagt et krav både av rettspraksis fra Høyesterett og EMD, og lovforarbeider at det må foreligge noe eksepsjonelt ved barnets situasjon for at utvisning av en forelder skal være uforholdsmessig og i strid med reglene i utlendingsloven og EMK, samt barnekonvensjonen artikkel 3.

Ved vurderingen om barnets situasjon er eksepsjonell, er det flere momenter som til sammen blir en vurdering av hva som er det beste for barnet. Det blir sett på barnets tilknytning til forelderen, muligheten familien har til å opprette familielivet på nytt i den utvistes hjemland eller om familien vil bli splittet, barnets interesse i å opprettholde kontakt med forelderen og om barnet vil ha en tilfredsstillende omsorgssituasjon i den perioden forelderen er utvist.

I tillegg må disse momentene ses i lys av den allmennpreventive interesse staten har i å utvise en utlending som har begått lovbrudd. Ved avveiningen mellom de allmennpreventive hensyn og hensynet til barnets beste er forholdets alvor, i tillegg til momentene under hensynet til barnets beste, relevant. Jo grovere et lovbrudd er, jo mer eksepsjonell må barnets situasjon som hovedregel være for at de allmennpreventive hensyn må vike for hensynet til barnets beste.

Hensynet til barnets beste ved utvisningen av foreldrene er med andre ord et komplekst uttrykk som består av mange momenter. Vekten hensynet til barnets beste får opp mot all-

mennpreventive hensyn varierer etter momentene i saken og hvordan disse foreligger for det enkelte barn i saken. Det finnes ikke noe fasitsvar på hvilken vekt de forskjellige momentene får opp mot de allmennpreventive hensyn, det er en skjønnsavgjørelse som varierer i forhold til barnets situasjon og alvoret av lovbruddene som er begått.

Litteraturliste

Bøker:

- Høstmeling, Kjørholt, Sandberg. Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge. 2. Utgave. Oslo, 2012
- Meidell, Mette Havre. Brutte bånd ved utvisning av foreldre- rettferdig for hvem? Fra boken ”Rettferdighet” – Halsaa, Hellum. Oslo, 2010
- Dybvik Øyen, Øyvind (red.). Lærebok i utlendingsrett. Oslo, 2013.
- Detrick, Doek, Cantwell. The United Nations Convention on the rights of the child. Nederland, 1992.
- Eckhoff, Torstein. Rettskildelære. 5. utg ved Jan E. Helgensen. Oslo, 2001
- Smith, Eivind; Eckhoff, Torstein. Forvaltningsrett. 9 utgave. 2010.

Artikler:

- Søvig, Karl Harald. Hensynet til Barna ved utvisning av foreldrene. Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål nr. 4 2011 s. 281-301

Dommer:

- Butt v. Norway. EMD 55597/09, RT-2009-534
- Rt 2012-2039
- Rt 2013-449
- Nunez v. Norway
- Antwi & others v. Norway EMD 26940/10 (2012)
- Rt 2012-1943
- Rt 2009-546
- Rt 2012-1985
- Rt 2012-667
- Rt 2005-229

- Rt 1996-551
- Rt-2005-238

Une avgjørelser

<http://une.no/Praksis2/Praksisbase/>

- N108770316
- N1050361025
- -N105281025
- -N11789559
- N11078759
- N11445359
- N1178621110
- N1181401110
- N113166107
- N117334107
- N129406521
- N129705425
- N122302425
- N12161988
- N12439288
- N138891114
- N12210888
- N1107521110
- N10018162
- N1050361025
- N12161988
- N13306967
- N120680521

- N108939114
- N1384021011
- N13496331
- N124284521
- N13428431
- N13362271
- N12595988
- N125958521
- N114890623
- N1217821112
- N1397901011
- N127355425
- N124157214
- N111670623
- N1034751025
- N13596331
- N111639623
- N11861859
- N13827671
- N13875231
- N11024459
- N13409367
- N125329521
- N1017181214
- N1266541016
- N120329521
- N1283161016
- N1366931011
- N135431114

Annet:

- Barnperspektivet i mål om utvisning på grund av brott. (svensk, justitiedepartementet)
- NOU 2004:20. Endringer i utlendingsloven
- Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)
- Prop 3 L. (2012-2011)
- FOR-200-10-15-1286. Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (2009)
- GI-2011-14 Rundskriv fra Justis- og politidepartementet. Instruks om utøving av skjønn etter utlendingslova §70 – vurdering av forholdsmessighet i utvisningssaker som rårkar barn
- FNs barnekomite. General Comment nr. 14 on the rights of the child to have his or hers best interest taken as a primary consideration. 2013
- FNs barnekomite. General Comment nr. 7 om gjennomføring av barns rettigheter i tidlig barndom. 2005.
- <http://une.no/Aktuelt/Redegjorelser/Utvisning-av-foreldre/>
- <http://une.no/sakstyper/Utvisning-etter-utlendingslovens--29-OG-30/>
- <http://une.no/no/Praksis2/Praksisrapporter/Utvisning-2012/>
- <http://une.no/no/Menneskerettigheter/Menneskerettighet1/>