

UiO : **Det juridiske fakultet**

Hensynet til barnets beste i EMD sin vurdering av utvisning etter EMK art. 8

En fremstilling av de momenter domstolen finner relevant i vurderingen av inngrepets styrke overfor barnet.

Kandidatnummer: 558

Leveringsfrist: 25. november 2014

Antall ord: 16 614



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Den videre fremstilling	3
2	KILDER OG METODE	4
2.1	Kilder	4
2.2	Den europeiske menneskerettskonvensjon	4
2.2.1	EMD sin metode	5
2.2.2	Praksis fra EMD	7
2.3	Barnekonvensjonen	7
2.4	Forholdet mellom EMD og Barnekonvensjonen	12
3	EMK ART. 8	14
3.1	EMK art. 8(1)	14
3.2	EMK art. 8(2)	15
3.2.1	Generelt om vurderingen etter art. 8(2)	15
3.2.2	Generelt om barneperspektivet i EMD sine dommer	18
4	PROPORSJONALITETSVURDERINGEN	22
4.1	Innledning	22
4.2	Fastlegging av statens inngrepsbehov	23
4.3	Hvilke momenter er relevante i vurderingen av inngrepets styrke overfor barnet	25
4.3.1	Forholdet mellom utviste og barna	25
4.3.2	Om barnet kan følge med utviste til utvisningslandet	27
4.3.3	Om barnet kan holde kontakt med utvist forelder	32
4.3.4	Statsborgerskap	35
4.3.5	Tidligere stress og sårbarhet	35
4.3.6	Barnets behov for særlig omsorg	36
4.3.7	Tid	37
4.3.8	Oppsummering	38
4.4	Forholdet mellom inngrepsbehov og inngrepsintensitet	38
4.4.1	Splittelse av familien	39
4.4.2	Spesielle omstendigheter	41
4.4.3	Betydningen av splittelse og spesielle omstendigheter – en sammenligning	42
4.4.4	Oppsummering	43

5 AVSLUTNING	45
LITTERATURLISTE.....	47

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne oppgaven er barnets plass i utvisningssaker som kommer opp for den europeiske menneskerettsdomstol (EMD), ved påstand om brudd på den Europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) art. 8.¹ Det er domstolens vurdering av en utvisning der barnet er indirekte berørt gjennom foreldrenes utvisning, som skal være temaet i det videre. En utvisning kan gjelde et barn direkte, ved at barnet selv blir utvist. Dette vil ikke bli tatt opp nærmere i denne oppgaven.

Problemstillingen som skal drøftes er hvordan domstolen vurderer hensynet til barnets beste i denne type saker. Gjennom en analyse av EMD sin praksis, vil jeg se på hvilke omstendigheter ved barnets situasjon domstolen trekker inn i vurderingen av hvor sterkt inngrepet er overfor barnet, og hvilke av disse momentene som har størst betydning i fastleggingen av inngrepets styrke.

Utvisning er en sanksjon som benyttes overfor utlendinger som av en eller annen grunn ikke er ønsket i det landet de oppholder seg. Utvisning vil si at en person blir bedt om å forlate landet, og at tillatelsen til å oppholde seg i landet opphører. I Norge er det utlendingsloven² (utl.) som oppstiller reglene for utvisning. Etter lovens § 5 er en utlending en person som oppholder seg i Norge, og som ikke er norsk statsborger. Disse personene kan etter nærmere bestemte regler utvises fra Norge, jf. utl. § 66-70. Det er etter utlendingsloven § 69 ikke tillatt å utvise norske statsborgere. Dette følger også av internasjonale forpliktelser.³ Også barn som ikke er norske statsborgere kan utvises. Personene kan utvises fra Norge på grunn av overtredelser av straffelovgivningen eller av utlendingsloven.⁴ En utvisning vil som regel fattes med et innreiseforbud. Det vil si et forbud mot å senere reise inn i landet. Dette forbudet kan være tidsbegrenset, men kan også gjelde uten noen bestemt varighet, jf. utl. § 71(2).

Utlendingsloven § 70 har en regel om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker som berører barn. Dette gjelder både for de som treffer vedtak om utvisning, og dersom saken kommer inn for norske domstoler. Utvisning av en forelder vil gripe inn i barnets liv, og hensynet til barnet må derfor vurderes i utvisningssakene. Også Grunnloven § 104 har en regel om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Den samme regel følger av Bar-

¹ Konvensjonen gjelder som norsk lov, se Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

² Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15. mai 2008 nr. 35

³ Se fjerde tilleggsprotokoll til den europeiske menneskerettskonvensjon art. 3.

⁴ Utlendingsloven kap. 8

nekonvensjonen art. 3, jf. menneskerettsloven § 2. Etter norsk rett er det altså et krav om at hensynet til barnet blir vurdert, og er et grunnleggende hensyn i slike saker.

En utvisning av en forelder vil være et inngrep i barnets liv, og er derfor et inngrep i den grunnleggende retten til respekt for familieliv og privatliv etter EMK art. 8. Denne konvensjonen gjelder som norsk lov, og skal ved motstrid gå foran denne, jf. menneskerettsloven § 2 og 3. Det er derfor relevant å se hvilke rettsregler EMK oppstiller i disse sakene. Jeg vil ikke gå nærmere inn på de norske reglene i denne oppgaven.

EMK gjelder etter art. 1 ”enhver” innenfor statenes jurisdiksjon. Dette innebærer at konvensjonen gjelder alle, både voksne og barn.⁵ Konvensjonen er heller ikke begrenset til de med statsborgerskap, men gjelder alle som oppholder seg i konvensjonslandet.⁶ En utlending som oppholder seg i en konvensjonsstat vil derfor være vernet av konvensjonens bestemmelser.

EMK har ingen særskilte regler om barn, og det er heller ikke nedfelt i konvensjonen at man skal ta spesielt hensyn til barnets beste. Etter EMK er barnet et selvstendig rettssubjekt,⁷ og er vernet av konvensjonens bestemmelser. Etter konvensjonen er det mulig med individuelle klager, og en konkret overprøving av de beslutninger medlemslandene treffer.⁸ Dette skjer ved den europeiske menneskerettsdomstol. Domstolen skal sikre at medlemslandene overholder de forpliktelser de er bundet av gjennom konvensjonen.⁹ En utvisning av en forelder vil gripe inn i barnets rett til respekt for familieliv og privatliv etter EMK art. 8. En slik avgjørelse om utvisning kan derfor vurderes i forhold til konvensjonens bestemmelser.

EMD forvalter ikke nasjonal rett eller Barnekonvensjonens bestemmelser. Domstolen er derfor ikke forpliktet etter disse reglene til å vurdere hensynet til barnets beste.¹⁰ Praksis viser at domstolen likevel trekker inn hensynet til barnets beste i sine vurderinger,¹¹ og barnets stilling i disse sakene har i de senere år fått en mer fremtredende plass i domstolens vurderinger.

Som jeg vil vise nedenfor, er en viktig del av EMD sin vurdering å fastlegge hvor sterkt inngrep utvisningen er. Spørsmålet er hvilke momenter domstolen benytter for å fastlegge dette i forhold til barnet, og hvilke momenter som har størst betydning i vurderingen.

⁵ Høstmælingen (2010) s. 61

⁶ EMK art. 1

⁷ Meidell (2013) s. 383

⁸ EMK art. 34

⁹ Høstmælingen (2010) s. 378

¹⁰ Meidell (2013) s. 391

¹¹ Se for eksempel Nunez v. Norway (2011)

1.2 Den videre fremstilling

Jeg vil først si litt om hvilke kilder jeg har benyttet meg av for å skrive denne oppgaven. Dette er i hovedsak EMK og EMD sin praksis. Jeg skal også si noe kort om EMD sin metode.

Deretter vil jeg si litt om Barnekonvensjonen art. 3(1), innholdet i denne bestemmelsen og forholdet til utvisningsaker. EMD er ikke bundet av Barnekonvensjonens bestemmelser, men konvensjonen er likevel interessant med tanke på fremveksten av barns rettigheter.

Videre vil jeg si litt om EMK art. 8 generelt, som er den relevante bestemmelsen hva gjelder utvisning. Jeg vil si noe om det vern som følger av bestemmelsen, og hvordan EMD foretar en vurdering av utvisning etter art. 8.

Hovedfokuset i denne oppgaven vil være de momenter EMD bruker for å fastlegge hvor sterkt utvisningen griper inn i barnets liv. Jeg vil gå gjennom hvilke momenter domstolen anser relevante i denne sammenheng, og hvilke av momentene som har betydning i klarleggingen av dette.

2 Kilder og metode

2.1 Kilder

Denne oppgaven skal ta for seg hvordan EMD vurderer hensynet til barnets beste i utvisningssaker etter EMK art. 8. Konvensjonens bestemmelser, og domstolens praksis rundt tolkingen av art. 8, er derfor viktige kilder. Jeg vil si litt om konvensjonen, domstolen og den metode EMD bruker i sin tolkning av konvensjonen.

For å kunne si noe om hensynet til barnets beste, har jeg også sett hen til Barnekonvensjonen. Selv om konvensjonen ikke er bindende for EMD, kan konvensjonen si noe om hvordan begrepet barnets beste generelt blir forstått.

2.2 Den europeiske menneskerettskonvensjon

EMK er en regional menneskerettighetskonvensjon. Konvensjonen ble vedtatt i 1950, og trådte i kraft i 1953. EMK beskytter sivile og politiske rettigheter. Norge gjorde konvensjonen til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2. EMK gir en rekke rettigheter til de som er beskyttet av konvensjonen, og forplikter statene til å gi innbyggerne disse rettighetene, jf. art. 1.

Del II av EMK omhandler Den europeiske menneskerettsdomstol. EMD skal sikre at medlemslandene overholder de forpliktelser de er bundet av gjennom konvensjonen.¹² Etter art. 32 omfatter domstolens jurisdiksjon alle saker om tolkning og anvendelse av konvensjonens bestemmelser.

Både stater og individer kan klage saker inn for domstolen.¹³ En person som mener at hans rettigheter etter konvensjonen er krenket, kan klage saken inn for domstolen på nærmere bestemte vilkår. Den som mener at en utvisning krenker en rettighet etter konvensjonen, kan derfor klage beslutningen inn for EMD.

Domstolens kompetanse begrenses av flere avvisningsgrunner. Konvensjonen stiller krav til de klager som kommer inn, og domstolen kan avvise saken dersom disse vilkårene ikke er oppfylt.¹⁴ Etter art. 35 er det blant annet et krav om at nasjonale rettsmidler er uttømt, og at

¹² Høstmølingen (2010) s. 378

¹³ EMK art. 33 og art. 34

¹⁴ EMK art. 27, art. 28 og art. 29

klagen ikke er anonym. Den som hevder at en utvisning krenker vedkommendes rettigheter, må altså ha prøvd saken for nasjonale domstoler først.¹⁵

Dersom det besluttes at klagen skal realitetsbehandles, kan domstolens sammensetning variere, jf. art. 26. Domstolen kan avgjøre en sak i komité, bestående av 3 dommere.¹⁶ Videre kan saken settes i kammer med 7 dommere. Etter art. 29 har kammeret myndighet til å avvise saken, samt behandle realiteten.

Domstolen kan også settes ved storkammer, bestående av 17 dommere, jf. art. 26. De behandler klager i to tilfeller. For det første kan kammeret avstå fra å realitetsbehandle saken etter art. 30. Dette kan skje dersom kammeret mener at saken reiser alvorlige spørsmål om tolkingen av konvensjonen, eller at beslutningen kan få et annet resultat enn tidligere avsatte avgjørelser.¹⁷ De kan da sende saken videre til storkammeret, som behandler saken og avsier dom, jf. art. 31. For det andre kan kammeret ha behandlet saken og avsagt dom. Partene i saken har da mulighet til å bringe saken videre til storkammeret etter art. 43. Det vil da bli foretatt en vurdering av om sakens spørsmål krever videre behandling. En klage kan gå videre til storkammeret dersom den reiser alvorlige spørsmål om tolkingen av konvensjonen, eller andre alvorlige spørsmål, jf. art. 43. Etter art. 44(1) er en avgjørelse fra storkammeret da endelig.

Virkingen av den avgjørelse domstolen kommer med, følger av art. 46. Bestemmelsen slår fast at statene må rette seg etter domstolens beslutninger. Etter art. 41 har EMD også mulighet til å tilkjenne erstatning på nærmere bestemte vilkår.

Dersom en person klager inn en sak om utvisning til EMD, og domstolen avgjør saken, må altså nasjonale myndigheter rette seg etter denne beslutningen.

2.2.1 EMD sin metode

I denne oppgaven vil jeg vise til praksis fra EMD. Domstolen kan vurdere om en beslutning om utvisning er i overenstemmelse med art. 8. Det er i forhold til konvensjonens bestemmelser EMD skal vurdere sakene. Domstolens tolkning av art. 8 er sentral. Jeg vil derfor si litt generelt om domstolens metode ved tolkingen av konvensjonen. Det er skrevet mye om EMD sin metodebruk,¹⁸ og jeg vil bare si noe kort om temaet.

¹⁵ EMK art. 35

¹⁶ EMK art. 28

¹⁷ EMK art. 30

¹⁸ Se blant annet Høstmælingen (2010) s. 101-104 og Elgesem sin fremstilling i Lov og rett nr.4/5 2003

EMK er en folkerettslig konvensjon. Wien-konvensjonen¹⁹ om traktatretten sier noe generelt om tilblivelse og tolkning av konvensjoner. Mange av bestemmelsene i konvensjonen er å regne som folkerettslig sedvanerett.²⁰ Domstolen har sagt noe om sitt forhold til konvensjonen. I saken *Bankovic and others v. Belgium* sa EMD at EMK må tolkes i lys av denne konvensjonen.²¹

Wien-konvensjonen art. 31 sier at utgangspunktet for tolkningen er den alminnelige betydning av ordene. Konvensjonens ordlyd er viktig for EMD sin tolkning av EMK. I tillegg er det viktig å se på sammenhengen mellom reglene, og konvensjonens formål. Konvensjonen skal leses som en helhet, og bestemmelsene må ses i sammenheng. For EMD vil konvensjonens formål ha betydning for tolkningen av EMK.²² Konvensjonens sentrale formål er å beskytte de rettighetene konvensjonen gir. Bestemmelsene i konvensjonen skal derfor tolkes med denne bakgrunn.

En rekke begreper i konvensjonen blir tolket autonomt av EMD.²³ Det vil si at domstolen ikke er bundet av hva begrepene betyr i nasjonal rett.²⁴ Den forståelsen EMD legger i ordene er altså gjeldende for konvensjonen, ikke det begrepene sier i nasjonal rett. Begrepene familieliv og privatliv i EMK art. 8 er eksempler på slike begreper. Jeg vil komme tilbake hvordan EMD tolker disse begrepene nedenfor punkt 3.1.

EMK inneholder vage ord og uttrykk. Når domstolen skal tolke disse uttrykkene, må dette gjøres i forhold til dagens situasjon. EMD tolker konvensjonen dynamisk. Dette betyr at innholdet av konvensjonens begreper kan endres og utvikles over tid.²⁵

Wien-konvensjonen regulerer ikke direkte betydningen av rettspraksis.²⁶ I saken *Goodwin v. The United Kingdom*²⁷ sier EMD noe om dette. Domstolen sier at de ikke formelt er bundet av tidligere avgjørelser, men at hensynet til blant annet forutberegnelighet tilsier forsiktighet

¹⁹ Vienna convention on the law of treaties av 23. mai 1969

²⁰ Høstmølingen (2010) s. 86

²¹ *Bankovic and others v. Belgium* (2001) avsnitt 55

²² Elgesem (2003) s. 214

²³ Ibid. s. 213

²⁴ Ibid. s. 213

²⁵ Barnerett i et internasjonalt perspektiv (2008) s. 40

²⁶ Elgesem (2003) s. 210

²⁷ *Goodwin v. The United Kingdom* (2002)

med å fravike uten gode grunner.²⁸ EMD legger stor vekt på egen rettspraksis i sin rettsanvendelse, og viser regelmessig til tidligere avgjørelser.²⁹

EMD sin tolkning av konvensjonens bestemmelser tar altså utgangspunkt i konvensjonstestens ordlyd. Domstolen vil tolke bestemmelsene i tråd med konvensjonens formål, og begrepene kan utvikle seg over tid. EMD vil også tillegge sin egen rettspraksis stor betydning.

2.2.2 Praksis fra EMD

For å si noe om hvilke momenter EMD bruker i sin vurdering av en utvisning der barnet er indirekte berørt etter EMK art. 8, har jeg gått gjennom praksis fra domstolen.³⁰ Totalt foreligger det 151 avgjørelser. Jeg har tatt for meg de avgjørelsene der barna er en del av EMD sin vurdering. Jeg har både sett på avgjørelser der domstolen tar opp hensynet til barnet, og der barnet er selvstendige klager. For å begrense antall saker, har jeg sett på de avgjørelsene som er avsagt etter 2001. Bakgrunnen for denne avgrensningen er at domstolen i 2001 avsa en avgjørelse som klargjorde hvordan utvisningssakene skal vurderes etter art. 8.³¹ Jeg vil komme tilbake til denne avgjørelsen nedenfor i punkt 3.2.

EMD sin praksis kan si noe om hvilke momenter domstolen anser relevante når de fastlegger inngrepets styrke i forhold til barnet. Praksisen kan også si noe om hvilke av disse momentene som har størst betydning i EMD sin vurdering.

2.3 Barnekonvensjonen

Barnekonvensjonen trådte i kraft 2. september 1990. I dag er konvensjonen ratifisert av alle FNs medlemsland, bortsett fra USA og Somalia.³² Bakgrunnen for konvensjonen var at man ville trekke frem barnets særlige behov for beskyttelse og omsorg.³³ Det er statene som har ratifisert konvensjonen som er bundet av dens bestemmelser, og som skal sørge for at barna innenfor deres jurisdiksjon får de rettigheter konvensjonen gir.³⁴

²⁸ Goodwin v. The United Kingdom (2002) avsnitt 74

²⁹ Elgesem (2003) s. 210

³⁰ Søkene er basert på databasen hudoc.echr.coe.int, med søkeordet "expulsion" og begrenset til de saker som gjelder art. 8. Jeg ser bare på de engelskspråklige avgjørelsene, og avgjørelser fra storkammer og kammer.

³¹ Se Boultif v. Switzerland (2001)

³² Barnerett i et internasjonalt perspektiv (2008) s. 131

³³ Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge (2012) s. 18

³⁴ Barnekonvensjonen art. 2

Barnekonvensjonen er bygget opp på samme måte som de fleste andre menneskerettighetskonvensjoner. Det som skiller konvensjonen er at rettighetene er tilpasset barn.³⁵

Barnekonvensjonens overvåkingsorgan er FNs komité for barnets rettigheter, også kalt Barnekomiteen. Komiteen skal sørge for tilsyn med statenes gjennomføring av sine forpliktelser etter konvensjonen.³⁶ Overvåkingen skjer ved at medlemslandene sender inn rapporter om sin gjennomføring av konvensjonen, dette skjer hvert femte år.³⁷ Barnekomiteen utarbeider så en rapport med anbefalinger til den enkelte stat. Disse konklusjonene er ikke juridisk bindende, men i praksis blir de tillagt vekt.³⁸

FNs barnekomité utgir også generelle kommentarer om tolkningen av de ulike bestemmelsene i konvensjonen. Foreløpig har komiteen gitt 17 slike generelle kommentarer om forskjellige rettigheter og bestemmelser i konvensjonen. Disse kommentarene er heller ikke rettslig bindende, men kan gi god veiledning ved tolkningen av konvensjonen.³⁹ Norsk praksis kan vise at Høyesterett viser til de generelle kommentarer i sine avgjørelser. Dette skjedde blant annet i RT 2009 s. 1261.⁴⁰ I denne saken går Høyesterett gjennom en generell uttalelse gitt av Barnekomiteen.⁴¹

Barnekomiteen har blant annet gitt 2 generelle kommentarer som omhandler art. 3(1), og hensynet til barnets beste, sist i mai 2013.⁴² Kommentarene kan gi god veiledning på hvordan denne bestemmelsen skal forstås. Det er å anta at disse retningslinjene blir vektlagt både av EMD og av norske domstoler. I saken *Antwi and others v. Norway* trekker for eksempel mindretallet inn Barnekomiteens generelle kommentar i sin drøftelse.⁴³

Barnekonvensjonen fikk i 2011 en tilleggsprotokoll som oppretter en individuell klageordning.⁴⁴ Protokollen trådte i kraft 14. april 2014, da tilstrekkelig antall stater ratifiserte tillegget.⁴⁵ Norge har ikke ratifisert denne tilleggsprotokollen. Barn som berøres av norske myndigheters beslutning har derfor bare mulighet til å bringe saken inn for EMD.

³⁵ Barnerett i et internasjonalt perspektiv (2008) s. 132

³⁶ Ibid. s. 132

³⁷ Barnekonvensjonen art. 44

³⁸ Barnerett i et internasjonalt perspektiv (2008) s. 181

³⁹ Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge (2012) s. 25

⁴⁰ RT 2009 s. 1261

⁴¹ Se også RT 2010 s. 1313 som trekker inn barnekomiteens general comment i vurderingen

⁴² Barnekomiteens general comment no. 6 (2005) og general comment no. 14 (2013)

⁴³ *Antwi and others v. Norway* (2012) Mindretallet, avsnitt 2

⁴⁴ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4&lang=en

⁴⁵ Ibid.

Barnekonvensjonen inneholder blant annet fire generelle prinsipper.⁴⁶ Disse har betydning for tolkingen av de andre artiklene i konvensjonen.⁴⁷ De fire generelle prinsippene fremkommer i hver sin bestemmelse. Dette er art. 2 om ikke-diskriminering, art. 3 om hensynet til barnets beste, art. 6 om rett til liv og utvikling og art. 12 om barnets rett til å bli hørt.

Barnekonvensjonen art. 3(1) omhandler barnets beste. Bestemmelsen slår fast at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle saker som omhandler barn. I saker om utvisning som vedrører barn, skal nasjonale myndigheter og domstoler ta hensyn til Barnekonvensjonen og barnets beste.⁴⁸

Barnets beste regnes som et grunnleggende prinsipp i Barnekonvensjonen.⁴⁹ Det vil si at prinsippet får betydning for tolkingen av de andre artiklene i konvensjonen. I tillegg har FNs barnekomité uttalt at bestemmelsen gjelder som en rettighet med selvkraft,⁵⁰ og som et hensyn i vurderingen av andre regler.⁵¹

Barnekonvensjonen art. 3(1) sier at barnets interesser skal være et grunnleggende hensyn i alle saker som berører barn. I konvensjonens forstand er barn alle personer under 18 år, jf. art. 1. Dersom en beslutning vedrører en person under 18 år, får altså art. 3(1) anvendelse. Bestemmelsen gjelder ikke bare for barn som individ. Retten gjelder også for barn generelt eller barn som gruppe.⁵² Om det er det enkelte barn eller barn som gruppe som kommer inn i vurderingen, avhenger av hva beslutningen går ut på.⁵³ For eksempel vil nye lovbestemmelser gjelde barn som gruppe. En utvisning av et barn, eller barnets forelder vil berøre det individuelle barnet. I utvisningssaker viser norsk rettspraksis at hensynet til barn som gruppe og det individuelle barnet har sammenheng. I RT 2012 s. 1985, som gjaldt oppholdstillatelse, drøfter Høyesterett dette.⁵⁴ Domstolen viser til at barn ikke skal lide av foreldrenes ulovlig i opphold. Det kan imidlertid være slik at foreldre ”bruker” barna som argument for å kunne få oppholdstillatelse. Høyesterett mener at dersom enkeltbarn får oppholdstillatelse på bakgrunn av dette, vil det kunne ramme andre barn i samme situasjon, ved at foreldrene utnytter barna. Domstolen mener derfor at man i slike saker må legge vekt på konsekvensene dette kan få for andre barn.

⁴⁶ Barnekomiteens general comment no. 5 (2003) avsnitt 12

⁴⁷ Stang (2008) s. 27

⁴⁸ Barnekonvensjonen art. 3

⁴⁹ Barnekomiteens general comment no. 5 (2003) avsnitt 12

⁵⁰ Barnekomiteens general comment no. 14 (2013) avsnitt 6

⁵¹ Ibid. avsnitt 6

⁵² Ibid. avsnitt 23

⁵³ Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge (2012) s. 53

⁵⁴ RT 2012 s. 1985 avsnitt 114 og 115

Art. 3(1) gir barn en rett til å få sine interesser vurdert i alle "actions" som berører barn. I sin generelle kommentar nr. 14 har Barnekomiteen sagt noe om hva "actions" omfatter. Det er ikke bare beslutninger i enkeltsaker som krever at hensynet til barnets beste blir trukket inn, men også ved andre forslag, tjenester eller avgjørelser. Også i tilfeller der myndighetene unnlater å handle kan bestemmelsen komme inn. En utvisning av et barn vil være en "action" som krever at hensynet til barnet blir vurdert. Det samme gjelder der barnets forelder blir utvist, da dette vil berøre barnet.

Plikten til å vurdere barnets beste gjelder der handlingen direkte eller indirekte retter seg mot barn.⁵⁵ Det kan være handlinger som er direkte rettet mot det enkelte barn eller barn generelt. Det kan også være at beslutningen har betydning for ett barn eller barn generelt, selv om dette ikke var utgangspunktet for avgjørelsen. Begrepet "concerning" skal tolkes vidt.⁵⁶ Utvisning av en forelder vil være en handling som berører barnet indirekte.

Barnekonvensjonen forplikter i utgangspunktet de stater som er bundet av konvensjonen. Det er statens oppgave å overholde konvensjonen, og sørge for at de rettigheter som oppstilles blir realisert, jf. BK art. 1 og mrl. § 2. Art. 3(1) sier noe om hvem som er forpliktet til å vurdere barnets beste. Dette er domstoler og lovgivende organer, men også offentlige og private velferdsorganisasjoner. I henhold til Barnekomiteens generelle kommentar nr. 14, vil dette si alle institusjoner som arbeider og tar beslutninger som berører barn. De nasjonale myndigheter og domstoler som vurderer utvisning vil være en del av dette.

Norske myndigheter og andre land som er bundet av Barnekonvensjonen er altså forpliktet til å vurdere hensynet til barnets beste i utvisningssaker. Spørsmålet er hva som ligger i begrepet barnets beste, og hvordan man fastlegger hva som er til barnets beste i den enkelte sak.

I den generelle kommentar nr. 14 understreker Barnekomiteen at dette må avgjøres fra sak til sak. Begrepet barnets beste er fleksibelt, og innholdet må avgjøres individuelt. Ved utvisning vil handlingen rette seg mot et bestemt barn, og hva som er til barnets beste må da vurderes ut fra dette barnets individuelle omstendigheter. Det må skje en konkret vurdering av hva som er til akkurat dette barnets beste.⁵⁷ Barnekomiteen sier i sin generelle kommentar nr. 14, at man blant annet må ta hensyn til barnets alder, kjønn, modenhet og erfaring. I tillegg vil det ha betydning om barnet tilhører en spesiell minoritet, eller har fysiske eller psykiske vanskeligheter. Videre må man ta hensyn til den situasjonen barnet befinner seg i, både sosialt og kulturelt. Barnets familiesituasjon må også vurderes, blant annet dets forhold til foreldrene. Barn

⁵⁵ Barnekomiteens general comment no. 14 (2013) avsnitt 19

⁵⁶ Ibid. avsnitt 19

⁵⁷ Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge (2012) s. 65

har et grunnleggende behov for omsorg, beskyttelse og et stabilt forhold til sin familie.⁵⁸ Hva som er til barnets beste er altså en bred vurdering.

I den generelle kommentar nr. 14 har Barnekomiteen kommet med en ikke-uttømmende liste over de momenter de anser relevante i fastleggingen av hva som er til barnets beste.⁵⁹ Det kan imidlertid være andre relevante momenter.

I de fleste tilfeller vil spørsmålet kanskje ikke være om utvisningen er til barnets beste eller ikke. Ved utvisning av en forelder er det to mulige utfall for barnet. Barnet kan enten følge med den utviste forelder til utvisningslandet, eller blir skilt fra den utviste forelder. I de tilfeller der barnet kan følge med forelderen, kan utvisningen gripe inn i barnets liv på andre måter. Barnet kan være sterkt knyttet til oppholdslandet, og flyttingen kan innebære vanskeligheter for barnet på en måte som gir barnet store interesser i å få bli. Barnet kan for eksempel være født og oppvokst i oppholdslandet, gå på skole og ha venner der. I tilfeller der barnet av forskjellige grunner vil bli skilt fra den utviste forelder, er det som regel ikke til barnets beste at utvisning skjer. Barnekomiteen legger stor vekt på viktigheten av familieliv for barnet og dets oppvekst. Dette må ses i sammenheng med art. 9, som sier at barn ikke skal bli skilt fra sine foreldre, med mindre dette er til barnets beste. Barnekomiteen har uttalt at splittelser av familier er svært alvorlig, og at dette må være siste utvei.⁶⁰ Med dette utgangspunktet er det vanskelig å forsvare at en utvisning kan være til barnets beste.

I en vurderingen av hva som er til barnets beste, kan de ulike momentene Barnekomiteen har oppstilt ha varierende betydning og viktighet. Det er ikke sikkert at alle momentene er like relevante i alle saker. Barnekomiteen understreker at man ved en vurdering må se konvensjonen som en helhet. Målet er å sikre barnet alle de rettigheter konvensjonen oppstiller.

I mange tilfeller vil det isolert sett ikke være til barnets beste at forelderen blir utvist. Spørsmålet er heller hvilke vekt hensynet til barnet skal ha i slike saker, og hvordan vurderingen skal skje i forhold til andre hensyn i saken.

I alle saker må det foretas en konkret vurdering av vekten.⁶¹ Barnekomiteen har kommet med generelle uttalelser om vekten av hensynet til barnets beste, men har ikke sagt noe konkret om utvisningssaker. Denne avveiningen skjer i de institutter som avgjør sakene.

⁵⁸ Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge (2012) s. 53

⁵⁹ Se Barnekomiteens general comment no. 14 avsnitt 52-79

⁶⁰ Barnekomiteens general comment no. 14 (2013) avsnitt 61

⁶¹ Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge (2012) s. 293

Art. 3(1) sier at barnets beste skal være et ”primary consideration”, det vil si grunnleggende hensyn. Dette betyr at hensynet ikke skal likestilles med alle andre hensyn i saken.⁶² Utgangspunktet er at hensynet til barnets beste skal ha større vekt enn alle andre relevante hensyn.⁶³ Det er imidlertid behov for fleksibilitet, og i noen tilfeller vil hensynet til barnets beste stå i konflikt med andre hensyn. Når dette er tilfelle, må konflikten løses fra sak til sak, med det viktige utgangspunkt at hensynet til barnet er grunnleggende.⁶⁴ I utvisningssaker vil nasjonale myndigheter ofte begrunne utvisningen med innvandringsregulerende hensyn, som da står imot barnets beste. Innvandringsregulerende hensyn kan ikke generelt gå foran hensynet til barnets beste.⁶⁵ Man må vurdere hvor viktige de innvandringsregulerende hensyn er i saken, opp mot hensynet til barnets beste.⁶⁶

Norge og andre land som er bundet av Barnekonvensjonen er altså forpliktet til å vurdere hensynet til barnets beste i saker om utvisning, jf. art. 3(1). Hva som er til barnets beste må avgjøres konkret og individuelt. Hvor sterkt utvisningen griper inn i barnets beste, og hvor sterke hensyn som står imot, må også avgjøres fra sak til sak. Etter art. 3(1) er utgangspunktet at hensynet til barnet skal ha større vekt enn andre hensyn.⁶⁷

2.4 Forholdet mellom EMD og Barnekonvensjonen

EMD ikke bundet av Barnekonvensjonen, og behøver ikke å vurdere konvensjonens bestemmelser i sine avgjørelser.⁶⁸ Barnekonvensjonens rettighet om hensynet til barnets beste i art. 3(1), binder derfor ikke domstolen.

Praksis fra EMD viser at domstolen vurderer hensynet til barnet i saker der forelderen blir utvist.⁶⁹ Dette er imidlertid ikke det samme som at domstolen bruker Barnekonvensjonen. Dette betyr heller ikke at domstolens vurdering av hensynet til barnet, sammenfaller med Barnekonvensjonens betydning av begrepet. Hvilke hensyn som kan stå i mot barnets beste, behøver heller ikke være overens. Dette betyr at saker som EMD mener står seg i forhold til EMK art. 8, ikke nødvendigvis trenger å være i overenstemmelse med Barnekonvensjonen art. 3. De land som er bundet av begge konvensjoner må derfor sørge for at begge oppfylles.

⁶² Barnekomiteens general comment no. 14 (2013) avsnitt 37

⁶³ Stang (2008) s. 30

⁶⁴ Barnekomiteens general comment. 14 (2013) avsnitt 39

⁶⁵ Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge (2012) s. 293

⁶⁶ Ibid. s. 294

⁶⁷ Stang (2008) s. 30

⁶⁸ Meidell (2013) s. 391

⁶⁹ Se for eksempel Udeh v. Switzerland (2013), Kaplan and others v. Norway (2014)

Det er eksempler på at EMD viser til Barnekonvensjonen i praksis. Dette ble blant annet gjort i saken *Nunez v. Norway*.⁷⁰ I avgjørelsen viser domstolen til barnekonvensjonen art. 3, som sier at hensynet til barnet skal være grunnleggende, men går ikke nærmere inn på betydningen av dette. Også i saken *M.P.E.V and others v. Switzerland* viser domstolen til Barnekonvensjonen art. 3.⁷¹ Dette sier imidlertid ingenting om hvordan domstolen har benyttet bestemmelsen, om det i det hele tatt er gjort. EMD kan vurdere utvisningen fra et barneperspektiv, og komme frem til en avgjørelse av om utvisningen er legitim eller ikke. Denne avgjørelsen sier ikke om Barnekonvensjonens krav er oppfylt.

EMD sin vurdering av en utvisning i forhold til barnet, gir altså ikke svar på om Barnekonvensjonens krav er oppfylt. Domstolens vurdering er selvstendig, og dens hensyntagen til barnet behøver ikke å være sammenfallende med Barnekonvensjonen.

⁷⁰ *Nunez v. Norway* (2011) avsnitt 84

⁷¹ *M.P.E.V and others v. Switzerland* (2014) avsnitt 57

3 EMK art. 8

3.1 EMK art. 8(1)

EMK gir en rekke rettigheter til de personer konvensjonen verner. I saker om utvisning vil EMK art. 8 være relevant. Bestemmelsen beskytter retten til respekt for privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse. En utvisning kan altså være et inngrep i et barns rett til familieliv og privatliv i EMK art. 8(1). Også utvisning av voksne er vernet etter bestemmelsen. I denne vurderingen kan det trekkes inn at den voksne har barn i utvisningslandet. Barna kan på denne måten komme inn i vurderingen av utvisningen i forhold til den voksne.

Ut fra EMD sin praksis kan det se ut til at utviklingen går i retning av å se barna mer og mer som selvstendige rettssubjekter. Nyere praksis viser at domstolen kan foreta en egen vurdering av hensynet til barnet, og om utvisningen står seg i forhold til barnet.⁷² Barn er selvstendige rettssubjekter, og har selvstendig klagerett etter konvensjonen.⁷³ Dette vises gjennom domstolens praksis ved at barn omtales som klager.⁷⁴

De som er dekket av bestemmelsens rekkevidde, har rett til beskyttelse mot inngrep fra offentlige myndigheter i disse rettighetene.⁷⁵ De to begrepene som er av betydning i utvisningsspørsmål, er privatliv og familieliv. En utvisning kan være et inngrep i vedkommendes privatliv eller familieliv i det land man blir utvist fra. Hva disse begrepene inneholder er det ikke lett å angi konkret. Begrepene er ikke uttømmende definert, og det er i utgangspunktet opp til EMD å fastlegge hvordan begrepene skal forstås.⁷⁶

I en sak om utvisning vil EMD i første rekke vurdere om den som har klaget saken inn for domstolen nyter vern etter art. 8. Det vil si om de har et privatliv eller familieliv som er beskyttet av konvensjonen. Domstolen har gjennom sin praksis kommet frem til hvilke forhold som faller inn under bestemmelsen.⁷⁷ For eksempel vil en person som er gift og har barn født i dette ekteskapet, ha et familieliv som beskyttes av bestemmelsen.⁷⁸ I saken *M.P.E.V v. Switzerland* uttaler domstolen at forholdet mellom barn og forelder utgjør familieliv frem til barnet

⁷² Se blant annet *Nunez v. Norway* (2011)

⁷³ Meidell (2013) s. 383

⁷⁴ Se blant annet *Kaplan and others v. Norway* (2014) avsnitt 1

⁷⁵ *Barnerett i et internasjonalt perspektiv* (2008) s. 38

⁷⁶ *Ibid.* s. 40

⁷⁷ Se blant annet *M.P.E.V and others v. Switzerland* (2014)

⁷⁸ *M.P.E.V and others v. Switzerland* (2014) avsnitt 31

blir voksent.⁷⁹ Domstolens praksis viser at også andre former for familieliv faller inn under bestemmelsen.

I tillegg kan en person ha tilknytning til oppholdslandet på annen måte, noe som kan utgjøre et privatliv i bestemmelsens forstand.⁸⁰ Vurderingen består da i om det foreligger sosiale bånd mellom "...settled migrants..."⁸¹ og samfunnet. Uttrykket retter seg mot etablerte innvandre-re.

I saken *Butt v. Norway*⁸² diskuterte domstolen om de to utviste personene i saken var vernet av art. 8. Norske myndigheter hevdet at de ikke hadde familieliv eller privatliv i Norge. De viste til at man bare kunne ha et privatliv i oppholdslandet, dersom man ble regnet som en etablert innvandrer. De hevdet at man ikke kunne være etablert innvandrer dersom oppholdet hadde vært ulovlig. Dette var EMD ikke enige i, og mente at de utvistes tilknytning til Norge utgjorde privatliv i art. 8 sin forstand. Dette konkluderte domstolen med selv om personene ikke ble regnet for å være "...settled migrants..."⁸³ Også personer uten lovlig opphold kan altså ha et privatliv i art. 8 sin forstand.

3.2 EMK art. 8(2)

3.2.1 Generelt om vurderingen etter art. 8(2)

Art. 8(1) omhandler retten til respekt for privatliv og familieliv. Retten til respekt for privatliv og familieliv er imidlertid ikke absolutt. Art. 8(2) oppstiller en inngrepshjemmel, der visse vilkår må være oppfylt for at man kan gjøre lovlige inngrep i rettighetene. Dersom et barn nyter familieliv med en person som blir utvist, vil utvisningen være et inngrep overfor barnet. Vilkårene i art. 8(2) må derfor være oppfylt for at utvisningen skal være legitim overfor barnet.

Det første vilkåret i art. 8(2) er at inngrepet har hjemmel. Etter EMK kreves det ikke nødvendigvis formell lov, da de ulike medlemsland har forskjellige rettssystemer.⁸⁴ Det som kreves

⁷⁹ *M.P.E.V and others v. Switzerland* (2014) avsnitt 31

⁸⁰ *Ibid.* avsnitt 32

⁸¹ *Ibid.* avsnitt 32

⁸² *Butt v. Norway* (2012)

⁸³ *Ibid.* avsnitt 78

⁸⁴ Meidell (2013) s. 369

er at utvisningen har hjemmel i nasjonal ”law”, og at hjemmelen er tilstrekkelig klar.⁸⁵ I norsk rett kreves formell lov.⁸⁶

Videre må inngrepet forfølge en legitim målsetning. Disse målsetningene er ramset opp i bestemmelsen. Inngrepets målsetning kan være nasjonal sikkerhet, offentlig trygghet eller økonomisk velferd, jf. art. 8(2). Videre kan utvisningens formål være å forebygge kriminalitet, beskytte helse og moral, og for å beskytte andres rettigheter og friheter.⁸⁷ Myndighetenes begrunnelse for utvisning må altså ha bakgrunn i en av disse målsetningene. Når det gjelder saker om utvisning, vil nasjonale myndigheter ofte begrunne utvisningen med beskyttelse av økonomisk velferd eller forebygging av kriminalitet.⁸⁸ At utvisning på generelt grunnlag kan ha denne målsetningen er godtatt av EMD.⁸⁹

Til slutt sier art. 8(2) at utvisningen må være nødvendig i et demokratisk samfunn. Konvensjonen har ingen nærmere regler om hva dette går ut på, eller hvordan vurderingen skal foretas. EMD har gjennom sin praksis oppstilt rammer for hvordan vurderingen skal gjennomføres. I saken *Dalia v. France* sier domstolen at inngrepet må være ”...necessary in a democratic society, that is to say justified by a pressing social need and, in particular, proportionate to the legitimate aim pursued...”⁹⁰ Det er i denne vurderingen det tas stilling til om inngrepet overfor barna er nødvendig for å oppfylle formålet.

Dette betyr for det første at det må foreligge et tvingende samfunnsmessig behov for å utvise. Det er et proporsjonalitetskrav i forholdet mellom statens behov og inngrepet i rettigheten. EMD vil vurdere hvor stort samfunnets behov for utvisning er, og om det står i et rimelig forhold til inngrepets styrke. At utlendingen har barn, eller at utvisningen berører barnet, vil komme inn i denne vurderingen som en forsterkende faktor i forhold til inngrepets styrke.

EMD sier, blant annet i *Boultif v. Switzerland*, at domstolens oppgave er å vurdere om det foreligger en ”fair balance”⁹¹ mellom partenes interesser. Samfunnets interesser og behov for å utvise vedkommende, må balanseres mot den utvistes interesse i å ikke bli utvist, eller barnas interesse i at vedkommende ikke blir utvist.

⁸⁵ Killkelly (1999) s. 200

⁸⁶ Dette følger av legalitetsprinsippet

⁸⁷ EMK art. 8(2)

⁸⁸ Killkelly (1999) s. 219

⁸⁹ Ibid. s. 219

⁹⁰ *Dalia v. France* (1998) avsnitt 52

⁹¹ *Boultif v. Switzerland* (2001) avsnitt 47

Gjennom EMD sin praksis har domstolen kommet frem til en rekke momenter de finner relevante i vurderingen etter art. 8(2). Dette fremkommer blant annet i avgjørelsen *Boultif v. Switzerland*.⁹² I denne saken oppstiller domstolen noen generelle prinsipper for forholdsmessighetsvurderingen, i tilfeller der utvisning vil medføre vanskeligheter for en familie å holde sammen. Disse momentene kan si noe om samfunnets behov og interesse for å utvise. Videre kan de si noe om den utviste og familiens interesse i at vedkommende forblir i oppholdslandet og unngår utvisning. Senere praksis viser at domstolen bruker disse momentene i sine vurderinger i forhold til utviste selv.

I dommen viser de først til at arten og alvorligheten av den handling som fører til utvisning vil være relevant.⁹³ Dette kan si noe om samfunnets behov for å utvise vedkommende.

Videre vil vedkommendes oppholdstid i utvisningslandet være et moment.⁹⁴ Lang oppholdstid kan si noe om hvilken tilknytning den utviste har til landet, og dermed hvor sterkt inngrep utvisningen vil være.

Domstolen vil også ta hensyn til hvor lang tid det har gått siden handlingen, og vedkommendes oppførsel i denne perioden.⁹⁵ Hvordan utviste har oppført seg vil kunne ha betydning for å vurdere om utviste utgjør en risiko for samfunnet.

Også nasjonaliteten til de parter som er involvert vil ha betydning. Videre nevner EMD familiesituasjonen som et relevant kriterium. Her vil de se på lengden av ekteskap, om det er et reelt familieliv og om ektefellen visste om handlingene da familien ble etablert. Om det er barn og deres alder vil være relevant.⁹⁶

Til slutt nevner domstolen at de vil vurdere hvilke vanskeligheter ektefellen vil ha ved å flytte til utvistes hjemland.⁹⁷ Om ektefellen kan følge med utviste kan belyse hvor sterkt inngrepet vil være overfor utviste selv og ektefellen.

Praksis viser at domstolen også vil vurdere lengden av det innreiseforbudet den utviste er pålagt.⁹⁸ Et lenger eller varig innreiseforbud er strengere overfor den utviste og familien, enn et

⁹² *Boultif v. Switzerland* (2009)

⁹³ *Ibid.* avsnitt 48

⁹⁴ *Ibid.* avsnitt 48

⁹⁵ *Ibid.* avsnitt 48

⁹⁶ *Ibid.* avsnitt 48

⁹⁷ *Ibid.* avsnitt 48

⁹⁸ Se blant annet *Antwi and others v. Norway* (2012) avsnitt 104

kortere innreiseforbud. Et innreiseforbud vil gjøre det umulig for den utviste å besøke sine barn i utvisningslandet, og hindre at barnet får ha kontakt med forelderen i sitt hjemland.

I *Üner v. The Netherlands*⁹⁹ kom domstolen med noen presiseringer til *Boultif*-avgjørelsen. EMD uttaler at også helhet av tilknytning til oppholdsland og utvisningsland må ha betydning.¹⁰⁰ I tillegg satte domstolen fokus på barnets plass i vurderingen.¹⁰¹

3.2.2 Generelt om barneperspektivet i EMD sine dommer

I *Üner*-avgjørelsen uttaler EMD at barnets beste og barnets velferd er et moment som må tas i betraktning.¹⁰² Domstolen viser til at hvilke vanskeligheter barnet vil møte ved flytting til utvisningslandet må være viktig i forholdsmessighetsvurderingen. *Üner*-avgjørelsen slår direkte fast at hensynet til barnet skal vurderes i utvisningssaker. I tillegg vil barn som blir berørt av et utvisningsvedtak kunne klage saken inn for domstolen, og bli ansett som klager i saken.¹⁰³ Hensynet til barnets beste tas inn som et moment i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK art. 8(2).

I saken *M.P.E.V and others v. Switzerland* sier domstolen at "...when families with children are involved, the best interests of the child shall be a primary consideration for the public authorities in the assessment of the proportionality..."¹⁰⁴ Dette viser at hensynet til barnet skal være et viktig i hensyn i forholdsmessighetsvurderingen.

I en vurdering av utvisning etter art.8(2) kan domstolen se hen til om hensynet til barnets beste i det hele tatt er vurdert av nasjonale myndigheter. Det kan være at nasjonale myndigheter ikke har tatt opp hensynet til barnet i sin vurdering av utvisningen. Dette kan komme av at nasjonale myndigheter mener at utviste ikke har et familieliv som er vernet av art. 8.

Dette var tilfelle i saken *M.P.E.V and others v. Switzerland*.¹⁰⁵ Sveitsiske myndigheter mente at den utviste mannen ikke hadde et familieliv i Sveits. Mannen var separert fra sin kone, og bodde ikke sammen med sin datter. EMD kom til at mannens forhold til sin fraseparerte kone og datter var beskyttet av EMK art. 8. Domstolen sier i sin vurdering av saken at sveitsiske

⁹⁹ *Üner v. The Netherlands* (2006)

¹⁰⁰ *Ibid.* avsnitt 58

¹⁰¹ *Ibid.* avsnitt 58

¹⁰² *Ibid.* avsnitt 58

¹⁰³ Se blant annet *M.P.E.V and others v. Switzerland* (2014) og *Antwi and others v. Norway* (2012)

¹⁰⁴ *M.P.E.V and others v. Switzerland* (2014) avsnitt 52

¹⁰⁵ *M.P.E.V and others v. Switzerland* (2014)

myndigheter ikke har vurdert hensynet til barnets beste i saken, og at dette er noe de "...puts emphasis on..."¹⁰⁶ EMD mener derfor at sveitsiske myndigheter ikke har lagt tilstrekkelig vekt på hensynet til barnets beste i sin vurdering, og at det derfor foreligger et brudd på EMK art. 8. Det er altså viktig at nasjonale myndigheter tar stilling til dette i sin beslutning.

Det samme ble vurdert av EMD i saken *Alim v. Russia*.¹⁰⁷ Der ble en mann utvist fra Russland på grunn av brudd på reglene for opphold. Den utviste hevdet at russiske myndigheter ikke hadde vurdert hans familieliv når de fattet sin beslutning. EMD sier at "...the national authorities should have given consideration to this question, as well as to the matters pertaining to the best interests and well-being of the children..."¹⁰⁸ Dette var noe av bakgrunnen for at domstolen konkluderte med at det forelå brudd på EMK art. 8.

De nasjonale myndigheter som fatter avgjørelse om utvisning må altså ta hensyn til barnets beste og barnets interesser i sin vurdering av saken. Dersom dette ikke er gjort på en tilstrekkelig måte kan EMD konkludere med brudd på EMK art. 8.

Praksis fra EMD kan vise en utvikling av domstolens måte å vurdere hensynet til barnet på. De siste årene har barnet fått en mer fremtredende plass i EMD sin vurdering, der utvisningen blir vurdert konkret ut fra barnets ståsted.

Tidligere praksis kan vise at EMD har trukket inn hensynet til barnet i sin vurdering i forhold til utviste selv. Domstolen har ikke vurdert saken med utgangspunkt i barnet, men hensynet til barnet har kommet inn i vurderingen av utvistes familieforhold. EMD kan ha vurdert inngreps styrke i forhold til barnet, men det er ikke blitt foretatt en splittet vurdering som senere praksis kan vise. Som eksempel kan *Joseph Grant v. The United Kingdom*¹⁰⁹ nevnes. Domstolen går her gjennom Boultif-kriteriene systematisk, og vurderer utvisningen i forhold til utviste selv. EMD viser til at den utviste har barn, og kommer så inn på barnas mulighet til å holde kontakt med utviste. Domstolen sier at de ikke undervurderer den innvirkning utvisningen vil ha på den yngste datteren, men mener det vil være mulig å ha et forhold. Etter å ha sagt dette går domstolen videre i sin vurdering av utvisningen i forhold til mannen.

Senere praksis kan vise at domstolen vurderer utvisningen i forhold til barnet, og med barnet som utgangspunkt. Det blir foretatt en splittet vurdering, der de først vurderer utvisningen i forhold til den utviste selv, deretter konkret i forhold til barnet.

¹⁰⁶ *M.P.E.V and others v. Switzerland* (2014) avsnitt 57

¹⁰⁷ *Alim v. Russia* (2011)

¹⁰⁸ *Ibid.* avsnitt 97

¹⁰⁹ *Joseph Grant v. The United Kingdom* (2009)

Som eksempel kan Kaplan and others v. Norway nevnes.¹¹⁰ Her ble en kurdisk mann fra Tyrkia utvist fra Norge. Mens han oppholdt seg ulovlig i Norge ble han dømt for legemsbeskadigelse. Familien hadde fått opphold i Norge, men mannen fikk ikke oppholdstillatelse. EMD starter sin vurdering med å se på utvisningen i forhold til den utviste selv. De går gjennom utvisningsgrunnen og mannens egen tilknytning til Norge. Videre vurderer domstolen familiens mulighet til å følge med til Tyrkia. De kommer frem til at det ikke foreligger noen alvorlige hindringer for dette. Domstolens vurdering så langt ser ut til å trekke i retning av at utvisningen ikke er et brudd på EMK art. 8. Deretter sier domstolen at ”The court will nonetheless consider whether the removal of the first applicant from Norway was incompatible with Article 8 of the Convention on account of exceptional circumstances pertaining in particular to the best interests of the youngest child...”¹¹¹ Det ser ut til at domstolen deretter vurderer saken ut fra dette barnets ståsted, og hennes interesse i at faren ikke skal bli utvist. Det skjer altså en egen vurdering av utvisningen i forhold til barnet, og med barnet som utgangspunkt.

Det samme skjedde i saken Nunez v. Norway.¹¹² I saken ble en kvinne fra Den dominikanske republikk utvist på grunn av brudd på utlendingsloven. Hun hadde to barn med sin tidligere ektemann, som nå hadde omsorgsrett for barna. I sin vurdering av EMK art. 8(2), går domstolen først gjennom de generelle kriterier som gjelder for sakene. De vurderer deretter handlingens art og alvorlighet, og kommer frem til at det offentliges interesse i å utvise må veie tungt i denne saken. Videre går de gjennom utvistes tilknytning til Norge. I forhold til utviste selv ser det ikke ut til å foreligge grunner som gjør utvisningen uforholdsmessig. Deretter sier domstolen ”However, the Court will examine whether particular regard to the children’s best interest would nonetheless upset the fair balance under Article 8.”¹¹³ Domstolen vil altså vurdere om hensynet til barna gjør utvisningen uforholdsmessig. Videre vurderer domstolen barnas situasjon og kommer frem til at utvisning av mor er et sterkt inngrep overfor dem. Også her blir utvisningen vurdert utfra barnas ståsted, og om inngrepet er uforholdsmessig i forhold til barna.

Avgjørelsene viser at domstolen kan vurdere utvisningen i forhold til barnet, og med barnet som utgangspunkt. Det viktige i domstolens vurdering er å fastlegge inngrepets styrke. Gjennomgangen av Boultif-avgjørelsens momenter viser hvilke kriterier domstolen bruker for å vurdere inngrepets styrke overfor den utviste. I det videre vil jeg ta for meg hvilke momenter domstolen bruker for å fastlegge inngrepets styrke overfor barnet som rammes av utvisningen, som får betydning for den forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas mellom størrelse-

¹¹⁰ Kaplan and others v. Norway (2014)

¹¹¹ Ibid. avsnitt 88

¹¹² Nunez v. Norway (2011)

¹¹³ Ibid. avsnitt 78

ne. Der EMD konkluderer med at utvisning er et sterkt inngrep overfor barna, må dette medføre tilsvarende sterke samfunnsmessige grunner for utvisning. Det er flere dommer i EMD sitt materiale hvor inngrepet blir ansett uforholdsmessig fordi de er for tyngende for barna, i forhold til statens inngrepsbehov.¹¹⁴

¹¹⁴ Se for eksempel Kaplan and others v. Norway (2014), M.P.E.V and others v. Switzerland (2014), Udeh v. Switzerland (2013), Nunez v. Norway (2011), Zakayev and Safanova v. Russia (2010), Omojudi v. The United Kingdom (2009), Keles v. Germany (2005) og Amrollahi v. Denmark (2002)

4 Proporsjonalitetsvurderingen

4.1 Innledning

Proporsjonalitetsvurderingen etter art. 8(2) består av å fastlegge hvor stor behov samfunnet har for å utvise, og hvor sterkt utvisningen griper inn i barnets liv. Inngrepets styrke overfor barnet må deretter balanseres mot statens behov for inngrep.

EMD vil vurdere hvor sterkt behov samfunnet har for å utvise i den enkelte sak. Hvilke momenter som er relevante i denne avgjørelsen har jeg nevnt kort i punkt 3.2.1 og følger blant annet av *Boultif*-avgjørelsen.¹¹⁵ Jeg vil gå nærmere inn på dette nedenfor.

Domstolen må deretter vurdere hvor sterkt utvisningen griper inn i barnets liv. En gjennomgang av praksis viser at domstolen trekker inn en rekke momenter vedrørende barnet i sin vurdering av inngrepets styrke. Ved å vise til EMD sin praksis på området, vil jeg ta for meg hvilke omstendigheter ved barnet domstolen bruker ved fastleggingen av dette. Dette er ikke en uttømmende oversikt, da også andre momenter kan komme inn i vurderingen avhengig av den enkelte sak.

Domstolen tar blant annet opp utvistes forhold til sine barn, og hvilke del utviste har hatt i barnas oppdragelse. Videre ser domstolen på om barna kan flytte med utviste til utvisningslandet, og eventuelt hvilke vanskeligheter de vil møte der. Dersom dette ikke kan skje, vurderer domstolen om den utviste kan holde kontakten med barna på annen måte. Praksis viser også at domstolen vurderer om det i det hele tatt er til barnas beste at forelderen ikke blir utvist. Vurderingen av inngrepets styrke er en helhetsvurdering, der flere momenter tillegges vekt samlet.

Når domstolen har klarlagt hvor sterkt inngrepet er overfor barnet, og hvor stort samfunnets behov for utvisning er, må disse størrelsene balanseres mot hverandre. Det må være interesseovervekt på samfunnets side for at utvisningen skal være i overensstemmelse med EMK art. 8. Jo sterkere inngrepet er overfor barnet, jo sterkere interesser må samfunnet ha for at utvisningen er forholdsmessig.

Jeg vil først si litt om hvilke momenter domstolen bruker for å fastlegge samfunnets behov for utvisning. Deretter vil jeg gå gjennom de momenter domstolen anser relevante i avgjørelsen

¹¹⁵ *Boultif v. Switzerland* (2001) avsnitt 48

av inngrepets styrke overfor barnet. Videre vil jeg forsøke å si noe om hvilke av disse momentene som ser ut til å ha størst betydning i denne vurderingen.

4.2 Fastlegging av statens inngrepsbehov

Når domstolen vurderer samfunnets behov for å utvise, vil de først og fremst se på handlingens art og alvorlighet. Der handlingen blir ansett for å være alvorlig, kan man si at samfunnet har et stort behov for å utvise.

Når det gjelder handlingens art, ser EMD særlig alvorlig på handlinger som retter seg mot vold og narkotika. I saken *Chair and J.B v. Germany*¹¹⁶ ble en mann utvist etter en domfellelse for voldtekt. Mannen hadde truet en kvinne til seksuell omgang ved hjelp av kniv. For dette ble han dømt til over 5 år i fengsel. EMD uttaler at handlingen er av en ”...extremely serious nature...”¹¹⁷

Praksis viser at domstolen også ser alvorlig på narkotikakriminalitet. I *A.W Khan v. The United Kingdom*¹¹⁸ ble en mann utvist på grunn av forsøk på innførsel av 2.5 kg heroin. Om dette sier domstolen at ”...in view of the devastating effects of drugs on people’s lives, it understands why the authorities show great firmness with regard to those who actively contribute to the spread of this scourge...”¹¹⁹

Også der handlingen består av overtredelser av utlendingslovgivningen, kan domstolen mene at handlingen er å anse som alvorlig. Dette var tilfellet i *Nunez v. Norway*,¹²⁰ der kvinnen var utvist på grunn av ulovlig opphold og ulovlig arbeid. Domstolen mente at hennes overtredelser av utlendingslovgivningen måtte veie tungt på samfunnets side i vurderingen.

Når domstolen vurderer samfunnets behov for utvisning, vil den straff vedkommende har fått for sin handling kunne ha betydning. I saken nevnt overfor, *A.W Khan v. The United Kingdom*,¹²¹ ble mannen dømt til 7 år i fengsel. Domstolen mente at alvorligheten av handlingen ble reflektert gjennom den straffen han fikk fra britiske myndigheter. EMD sier derfor at den kriminelle handlingen må veie tungt i vurderingen på samfunnets side.

¹¹⁶ *Chair and J.B v. Germany* (2007)

¹¹⁷ *Ibid.* avsnitt 61

¹¹⁸ *A. W Khan v. The United Kingdom* (2010)

¹¹⁹ *Ibid.* avsnitt 40

¹²⁰ *Nunez v. Norway* (2011)

¹²¹ *A. W Khan v. The United Kingdom* (2010)

Også antallet kriminelle handlinger kan her ha betydning. Dersom vedkommende har begått flere kriminelle handlinger, kan dette si noe om faren for gjentakelse, og derved risikoen for nye lovbrudd.

I saken *Joseph Grant v. The United Kingdom*¹²² ble en mann utvist på grunn av en rekke kriminelle forhold. De kriminelle handlingene var knyttet til hans narkotikaavhengighet. Domstolen mente at handlingene individuelt ikke var av den mest alvorlige sorten. EMD legger imidlertid vekt på at mannen hadde begått mange handlinger. Det hadde ikke vært noen lengre periode der han ikke hadde sonet, eller begått nye kriminelle forhold. Antall handlinger sa noe om risikoen for gjentakelse. Der man forventer nye kriminelle handlinger, kan samfunnet ha et større behov for å utvise vedkommende.

Også omstendighetene rundt kriminaliteten kan trekkes inn. Om handlingene er begått under formildende eller skjerpene omstendigheter, sier noe om handlingens alvorlighet, og derved samfunnet behov for utvisning.

I *Onur v. The United Kingdom*¹²³ ble en mann utvist på grunn av ran. EMD viser til de nasjonale domstolers vurdering av handlingen. Under ranet var det blitt benyttet våpen, noe som gjorde ranet til en skremmende opplevelse for de involverte. I tillegg ble mannen regnet for å være en av hovedpersonene bak handlingen. Domstolen mener derfor at handlingen var "...particularly serious..."¹²⁴

Når domstolen vurderer samfunnets behov for å utvise, kan det være spørsmål om hvilke handlinger som skal være relevante. Den utviste kan ha begått flere handlinger, på forskjellig tidspunkt i sitt liv. I saken *Omojudi v. The United Kingdom*¹²⁵ hadde en mann begått flere kriminelle handlinger. Noen av disse var begått før mannen hadde fått permanent oppholdstillatelse, noe myndighetene var klar over. Spørsmålet var da om britiske myndigheter kunne bruke disse handlingene til å forsvare utvisningen. EMD mente at "...the only relevant offences are those committed after the applicant was granted Indefinite Leave to Remain."¹²⁶ De handlingene mannen var dømt for, og som myndighetene var klar over da oppholdstillatelse ble gitt, skulle altså ikke tas med i vurderingen. Dersom samfunnet hadde hatt stor interesse i utvisning på bakgrunn av disse handlingene, burde oppholdstillatelse ikke vært gitt.

¹²² *Joseph Grant v. The United Kingdom* (2009)

¹²³ *Onur v. The United Kingdom* (2009)

¹²⁴ *Ibid.* avsnitt 55

¹²⁵ *Omojudi v. The United Kingdom* (2009)

¹²⁶ *Ibid.* avsnitt 43

I tillegg til handlingens art og alvorlighet, kan den utvistes oppførsel i ettertid ha betydning for å fastlegge samfunnets behov for utvisning. Dersom vedkommende har begått kriminelle handlinger, vil landet som utviser ofte begrunne dette med forebygging av kriminalitet. Hvordan utviste har oppført seg i ettertid vil da kunne si noe om den risiko vedkommende utgjør for samfunnet. Er det liten risiko for nye lovbrudd, vil samfunnets behov for utvisning kunne være mindre.

EMD kan se på hvordan den utviste har forholdt seg under soning av straff, og om han har begått nye kriminelle handlinger.

I saken *Udeh v. Switzerland*¹²⁷ ser domstolen på utvistes oppførsel etter domfellelse. Mannen var dømt til 42 måneder i fengsel for narkotikakriminalitet. Han hadde oppført seg bra i fengsel, og hadde blitt løslatt før tiden. Han hadde heller ikke begått nye lovbrudd. Domstolen mente at dette talte for en positiv utvikling, og sa at det ”... can be taken into account in weighing up the interests at stake...”¹²⁸ Utvistes positive utvikling kunne altså trekke i retning av at det ikke var behov for utvisning.

I noen tilfeller vil styrken av det samfunnsmessige behov komme klart frem av EMD sine uttalelser. Som eksempel kan *Antwi and others v. Norway*¹²⁹ nevnes. Domstolen uttaler der at kvinnens handlinger må veie tungt på samfunnets side i proporsjonalitetsvurderingen.¹³⁰

Det er altså en rekke momenter som inngår i domstolens vurdering av samfunnets behov for utvisning. Både forholdets art og alvorlighet, og om det er begått flere kriminelle handlinger kan ha betydning. Hvordan utviste har oppført seg i ettertid kan også si noe om dette.

4.3 Hvilke momenter er relevante i vurderingen av inngrepets styrke overfor barnet

4.3.1 Forholdet mellom utviste og barna

Det første momentet som kan si noe om inngrepets styrke overfor barnet, er forholdet mellom barnet og den utviste forelder. Dersom barnet er sterkt knyttet til den utviste, vil utvisningen være inngripende, og det kan være at utvisning ikke er til barnets beste. Hvor sterkt inngrepet er overfor barnet kan variere.

¹²⁷ *Udeh v. Switzerland* (2013)

¹²⁸ *Ibid.* avsnitt 49

¹²⁹ *Antwi and others v. Norway* (2012)

¹³⁰ *Ibid.* avsnitt 90

I saken *Nunez v. Norway*¹³¹ vurderer domstolen hvilke forhold den utviste har til sine barn. Den utviste kvinnen var skilt fra barnas far, og hadde vært gjennom en omsorgssak. Før denne saken hadde barna bodd med sin mor, og hun hadde vært deres primære omsorgsperson. Faren hadde nå omsorgsrett, og barna bodde sammen med han. Moren hadde besøksrett. Norske domstoler som hadde behandlet saken, uttalte at moren fremdeles var en av barnas viktigste omsorgspersoner. Dette var EMD enig i. De var også enige i norske domstolars vurdering i at "...the applicant's expulsion with a two-year re-entry ban would no doubt constitute a very far-reaching measure vis-à-vis the children."¹³² Hennes sentrale rolle i barnas liv bidro til at utvisningen var et sterkt inngrep overfor barna.

Domstolen vurderer også den utvistes forhold til sitt barn i saken *Antwi and others v. Norway*.¹³³ Her ble en mann utvist fra Norge til Ghana. EMD viser til at den utviste mannen ikke lenger arbeidet, og at han derfor var hjemme med datteren. Han hadde en viktig rolle i barnets dagligliv og oppdragelse. Det var han som hjalp til med skolearbeidet og fulgte opp datterens fritidsaktiviteter. EMD mener derfor at datteren er sterkt knyttet til faren.

Også i saken *Udeh v. Switzerland*¹³⁴ kommer domstolen inn på forholdet mellom barna og den utviste. Domstolen mener det ikke er tvil om at den utviste har hatt et tett forhold til sine barn. EMD viser til at den utviste har forsøkt å holde regelmessig kontakt med sine barn, også etter at han ble skilt fra barnas mor.

I forholdet mellom barnet og den utviste, kan det ha betydning om barna har bodd sammen med den utviste. Dette kan illustreres ved saken *Joseph Grant v. The United Kingdom*.¹³⁵ Saken gjaldt en mann som ble utvist til Jamaica. Mannen hadde 4 barn, og 3 av disse var nå voksne. EMD mener at de 3 eldste barna ikke lenger var avhengig av sin far. Mannen hadde også en datter på 12 år. Domstolen viser til at hun bor med moren og hennes nye ektemann. De sier at utvisningen er "...unlikely to have had the same impact as it would if the applicant and his daughter had been living together as a family."¹³⁶ Domstolen mener altså at utvisningen ikke er et like stort inngrep overfor datteren som det hadde vært dersom de bodde sammen. Tidligere i saken hadde domstolen konkludert med at deres kontakt var tilstrekkelig til å utgjøre familieliv. Far og datter hadde regelmessig kontakt 3 ganger i uken. Likevel mener domstolen at utvisning ikke er like inngripende overfor datteren.

¹³¹ *Nunez v. Norway* (2011)

¹³² *Ibid.* avsnitt 83

¹³³ *Antwi and others v. Norway* (2012)

¹³⁴ *Udeh v. Switzerland* (2013)

¹³⁵ *Joseph Grant v. The United Kingdom* (2009)

¹³⁶ *Ibid.* avsnitt 40

Det samme var tilfelle i saken *Onur v. The United Kingdom*.¹³⁷ Domstolen viser til at den utviste mannen hadde ett tett forhold til sin eldste datter, og at de var sammen 2-3 dager i uken. Likevel mener domstolen at utvisningen av mannen ikke er et like sterkt inngrep overfor datteren, fordi de aldri har bodd sammen som en familie.

I de tilfeller der barnet ikke bor med den utviste forelder, kan EMD se på hvilke rettigheter den utviste har i forhold til kontakt og besøk. I *M.P.E.V and others v. Switzerland*¹³⁸ var den utviste skilt fra barnets mor, og barnet bodde hos moren. Domstolen uttaler at utvistes besøksrett viser at han fremdeles er involvert i datterens liv. I denne saken hadde den utviste tidligere bodd sammen med datteren og hennes mor, noe som skiller den fra de to overnevnte sakene.

I saken *A.H Khan v. The United Kingdom*¹³⁹ vurderer EMD også den utvistes forhold til sine barn. Den utviste mannen hadde 6 barn med to forskjellige kvinner. Domstolen viser til at mannen på utvisningstidspunktet ikke hadde bodd med noen av barna sine på flere år. Han hadde heller ikke sett barna på svært lenge. EMD mener det er tvil om mannen i det hele tatt utgjør noe positivt i barnas liv. Flere av barna hadde i perioder vært i myndighetenes søkelys grunnet velferdsproblemer. Domstolen mener derfor at mannen ikke har bevist at det vil være til barnas beste at han får bli i Storbritannia. Selv om den utviste har barn i oppholdslandet, er det ikke gitt at utvisningen er et sterkt inngrep i deres liv.

Domstolen vil vurderer barnas forhold til den utviste konkret i hver enkelt sak. Ut fra praksis ser det ut til at det har betydning hvor mye kontakt de har, og hvor stor del den utviste har i barnas liv. Der barnet ikke bor med den utviste, viser praksis at domstolen da kan vurdere inngrepet til å være mildere overfor barnet.

4.3.2 Om barnet kan følge med utviste til utvisningslandet

I punkt 3.2.1 kom det frem at ektefellens mulighet til å følge med utviste til utvisningslandet, er et relevant moment i forholdsmessighetsvurderingen i forhold til utviste. Utvisningslandet vil som regel være den utvistes hjemland. I *Üner*-avgjørelsen gjorde EMD det klart, at man også må vurdere barnets mulighet til dette.¹⁴⁰ Hensynet til barnet kan altså få betydning for familiens mulighet til å etablere seg i et annet land.

¹³⁷ *Onur v. The United Kingdom* (2009)

¹³⁸ *M.P.E.V and others v. Switzerland* (2014)

¹³⁹ *A.H Khan v. The United Kingdom* (2011)

¹⁴⁰ *Üner v. The Netherlands* (2006) avsnitt 58

I de tilfeller det vil være umulig eller svært vanskelig for barnet å følge med til utvisningslandet, vil utvisningen i realiteten føre til en splittelse av familien. Dette kan gjøre utvisningen til et sterkt inngrep overfor til barnet, som må leve adskilt fra en av foreldrene.

Når EMD skal vurdere hvordan barna vil takle en flytting til utvisningslandet, kan de trekke frem flere forhold ved barnets situasjon. Et moment av betydning er hvilke tilknytning barnet har til de forskjellige land. I tillegg vil barnets alder her ha betydning. Domstolen kan foreta en vurdering av om det er i barnets interesse å få bli i oppholdslandet.

4.3.2.1 Etablering der det er i barnets interesse å få bli i oppholdslandet

Domstolen kan foreta en vurdering av om det er til barnets beste å få bli i oppholdslandet. Dersom dette er konklusjonen, er det imidlertid ingen automatikk i at domstolen kommer frem til at etablering i et nytt land blir for vanskelig.

I saken *Zakayev and Safanova v. Russia*¹⁴¹ vurderte domstolen om det var til barnas beste å få bli i Russland. I saken var barnas far utvist til Kazakhstan, mens resten av familien fremdeles bodde i Russland. Faren hevdet at en flytting av barna ville være imot deres interesse. Han hevdet også at en slik flytting ville risikere deres velferd. EMD mener at disse anførselene ikke er grunnløse, og at utvisningen er et sterkt inngrep overfor barna.

I *Bajsultanov v. Austria*¹⁴² bodde en familie sammen i Østerrike. Mannen hadde fått asylstatus på grunn av frykt for forfølgelse i hjemlandet Tsjetsjenia, mens familien hadde fått asylstatus på selvstendig grunnlag. Mannen blir deretter utvist, og EMD vurderer om familien kan følge med mannen. Kona var også av tsjetsjensk opprinnelse, og barna var fremdeles i en tilpassningsdyktig alder. Dette talte for at familien kunne følge med mannen til hjemlandet. EMD uttaler likevel at barna ”...might have a considerable interest in not returning to Chechnya.”¹⁴³ Familien kunne altså ha en betydelig interesse i å få bli i Østerrike. Likevel kommer domstolen frem til at det ikke foreligger noen uovervinnelige hindringer for familien å følge med til utvistenes hjemland. At barna har en interesse i å få bli i oppholdslandet er altså ikke tilstrekkelig. Det skal mye til før domstolen mener det er umulig for barnet å følge med.

Også i saken *Antwi and others v. Norway*¹⁴⁴ tar EMD opp dette. I saken ble en mann utvist fra Norge. EMD viser til at datteren er godt integrert i det norske samfunnet, og at hennes forhold

¹⁴¹ *Zakayev and Safanova v. Russia* (2010)

¹⁴² *Bajsultanov v. Austria* (2012)

¹⁴³ *Ibid.* avsnitt 90

¹⁴⁴ *Antwi and others v. Norway* (2012)

til utvistes hjemland er svært begrenset. Domstolen mener at det mest sannsynlig vil bli svært vanskelig for henne å etablere seg i Ghana, der faren kom fra. Videre uttaler domstolen at en utvisning ikke vil være til datterens fordel, men at de likevel ikke ser noen grunn til at familien ikke kan flytte med utviste til Ghana. Selv om det er i barnets interesse å få bli i oppholdslandet, kan EMD altså konkludere med at barnet likevel kan flytte til utvisningslandet.

4.3.2.2 Barnas tilknytning til oppholdsland og utvisningsland

Hvilke tilknytning barnet har til oppholdslandet og utvisningslandet, kan si noe om hvor store vanskeligheter barnet vil ha for å etablere seg i et annet land. Dersom barnet er sterkt integrert i det samfunnet de bor i, vil det kunne være vanskelig å flytte. Utvisningen kan da være et sterkt inngrep i barnets liv.

I *Kaplan and others v. Norway*¹⁴⁵ ble barnas tilknytning til oppholdsland og utvisningsland vurdert. Domstolen viser til at to av barna var født i utvisningslandet Tyrkia. De ankom Norge i en alder av 8 og 10 år, og hadde derfor tilbrakt store deler av barndommen sin i Tyrkia. I vurderingen av deres tilknytning til Norge, sier EMD at barnas foreldre hele tiden var klar over deres usikre rett til opphold i Norge. Domstolen konkluderer med at barnas tilknytning til Norge er sterkere enn til Tyrkia. Likevel mener EMD at barna kan flytte tilbake til Tyrkia uten for store vanskeligheter. At barna har sterkere tilknytning til oppholdslandet enn til utvisningslandet får altså ikke avgjørende betydning i vurderingen av muligheten for å flytte.

Barnets tilknytning til de forskjellige land ble også tatt opp i *Antwi and others v. Norway*.¹⁴⁶ Domstolen viser til at utvistes datter var født og oppvokst i Norge. De mener hun er integrert i det norske samfunnet. Når det gjaldt hennes forhold til farens hjemland Ghana, sier EMD at dette er svært begrenset. Hun hadde besøkt landet ved tre anledninger, men kunne ikke språket. Dette trekker i retning av at hennes tilknytning til Norge er sterkere. Likevel mener domstolen at hun kan følge med faren til Ghana. Det ser ut til at det skal svært mye til før domstolen mener det er umulig for barna å følge med til utvisningslandet.

Barnets manglende tilknytning til den utvistes hjemland kan få betydning. Dette kan vises ved saken *M.P.E.V and others v. Switzerland*.¹⁴⁷ Her var en mann utvist til Ecuador på grunn av kriminalitet. De nasjonale domstoler hadde tatt stilling til datterens tilknytning til de forskjellige land, og EMD viser til denne vurderingen. Datteren hadde kommet til Sveits når hun var 2 år, og var vel integrert i det sveitsiske samfunnet. Videre hadde hun liten kjennskap til

¹⁴⁵ Kaplan and others v. Norway (2014)

¹⁴⁶ Antwi and others v. Norway (2012)

¹⁴⁷ M.P.E.V and others v. Switzerland (2014)

Ecuador, og kunne nesten ikke spansk. Hun hadde heller ikke vært i Ecuador siden hun kom til Sveits. De nasjonale domstoler hadde derfor konkludert med at en flytting til Ecuador ville føre til en ”...uprooting of excessive rigidity...”¹⁴⁸ Domstolen konkluderer ikke direkte med at hun ikke vil ha mulighet til å følge med faren, men sier at utvisningen sannsynligvis vil medføre at kontakt mellom far og datter blir svært begrenset. Dette hadde de nasjonale myndighetene ikke lagt tilstrekkelig vekt på i saken.

Barnas manglende tilknytning til utvisningslandet kan føre til en konklusjon om at det vil være for vanskelig for barna å etablere seg der. I saken *Keles v. Germany*¹⁴⁹ ble en tyrkisk mann utvist fra Tyskland. Mannen hadde 4 sønner, som enten var født i Tyskland eller kom dit i svært ung alder. Alle barna hadde hatt all sin skolegang i Tyskland, og hadde liten kjennskap til det tyrkiske språket. EMD mener at barna vil møte store vanskeligheter dersom de måtte flytte til Tyrkia. Det ble vist til at de ville ha vanskeligheter med språket og å tilpasse seg tyrkisk skole. I saken konkluderer domstolen med at utvisningen var uforholdsmessig i forhold til art. 8. Barnas vanskeligheter ved flytting var ett av momentene som talte for denne konklusjonen.

Gjennomgangen av praksisen overfor viser at det skal svært mye til før EMD konkluderer med at barna ikke kan følge med utviste. Selv om domstolen mener at barnas tilknytning er sterkere til oppholdslandet enn til utvisningslandet, kan de konkludere med at flytting er mulig.

4.3.2.3 Etablering der foreldrene er skilt

Der barnas foreldre er skilt, vil utvisningen som regel føre til en splittelse av familien. Man kan ikke kreve at den fraskilte forelder vil følge med til utvisningslandet. Dersom domstolen mener at barnet kan flytte sammen med den utviste, vil barnet da bli skilt fra den forelder som blir igjen i oppholdslandet. Der domstolen kommer frem til at barnet ikke kan etablere seg i et annet land, vil utvisningen føre til at barnet blir separert fra den utviste.

I saken *Udeh v. Switzerland*¹⁵⁰ ble en mann fra Nigeria utvist fra Sveits. Han hadde to barn, men var skilt fra sin sveitsiske kone. EMD sier at utvisningen mest sannsynlig vil føre til at de to barna vokser opp uten faren, da ”...the mother could not be expected to follow him to Nigeria with their two children.”¹⁵¹ Det ser ut til at domstolen kommer til denne beslutningen

¹⁴⁸ *M.P.E.V and others v. Switzerland* (2014) avsnitt 57

¹⁴⁹ *Keles v. Germany* (2005)

¹⁵⁰ *Udeh v. Switzerland* (2013)

¹⁵¹ *Ibid.* avsnitt 52

fordi foreldrene er skilt. Det kan da ikke forventes at kvinnen skal følge med mannen til hans hjemland. Uansett hvilke av foreldrene barna bor med, vil det føre til at de blir skilt fra den ene forelderen. At utviste ikke er i et forhold med den annen forelder kan altså ha betydning for utvisningsspørsmålet.

Det samme var tilfelle i saken *Nunez v. Norway*.¹⁵² Den utviste kvinnen var der skilt fra barnas far, og faren hadde omsorgsretten for barna. Dette førte til at barna ville bli i Norge mens moren var utvist. Barna hadde altså ikke mulighet til å følge med moren til utvisningslandet. Domstolen vurderer derfor om det er mulig for barna å holde kontakten med mor under utvisningsperioden.

4.3.2.4 *Barnets alder*

Når domstolen vurderer om familielivet kan etableres i utvisningslandet, viser praksis at barnets alder kan ha betydning. EMD er opptatt av om barnet er i en tilpasningsdyktig alder. Dersom domstolen mener dette, vil barnet lettere kunne etablere seg i et nytt land.

I saken *Palanci v. Switzerland*¹⁵³ ble ektefellens mulighet til å følge med utviste vurdert. I den samme saken ble barnas vanskeligheter ved en flytting tatt opp. EMD mener at barna var i en tilpasningsdyktig alder. På det tidspunkt mannen ble deportert, var barna mellom 8 og 13 år. Domstolen vurderer altså dette til å være en tilpasningsdyktig alder, og mener at barna på grunn av dette kan etablere seg i Tyrkia uten for store problemer. I saken var det også andre momenter som trakk i retning av at barna ikke ville ha for store vanskeligheter. De hadde tidligere besøkt Tyrkia ved flere anledninger, og kunne også språket. Deres tilknytning til utvisningslandet trakk også i retning av at de kunne etablere seg der. Domstolen sier derfor at selv om flytting kan føre til noen vanskeligheter, ”...it cannot be said that their interests as children were not duly taken into account.”¹⁵⁴ At barna kan møte noen vanskeligheter ved etablering i et nytt land er altså ikke tilstrekkelig.

Også i saken *Üner v. The Netherlands*¹⁵⁵ mener domstolen at barna er i en tilpasningsdyktig alder, og at de derfor kan følge med utviste. På det tidspunkt utvisningsvedtaket ble endelig var barna 1 og 6 år, og ”...thus of an adaptable age...”¹⁵⁶

¹⁵² *Nunez v. Norway* (2011)

¹⁵³ *Palanci v. Switzerland* (2014)

¹⁵⁴ *Ibid.* avsnitt 61

¹⁵⁵ *Üner v. The Netherlands* (2006)

¹⁵⁶ *Ibid.* avsnitt 64

I *Palanci v. Switzerland* ble barnas unge alder brukt som et argument for at de ville kunne tilpasse seg livet i et nytt land. I *Omojudi v. The United Kingdom*¹⁵⁷ var fakta annerledes. Her hadde den utviste mannen 3 barn, der den ene sønnen var over myndighetsalder. Denne sønnen hadde også en datter. De to andre barna var tenåringer. I saken viser EMD til at de to tenåringsbarna ikke er i en tilpasningsdyktig alder, og at de sannsynligvis vil møte store vanskeligheter ved en flytting til Nigeria. Når det gjelder den eldste sønnen, mener domstolen at det nærmest er umulig for han å følge med til farens hjemland. Dette begrunner domstolen med at han selv har barn i Storbritannia. At barna var eldre hadde altså betydning for vurderingen av deres mulighet til å etablere seg i Nigeria.

4.3.2.5 *Om barna kan følge med til et tredjeland*

Dersom domstolen konkluderer med at barna ikke kan følge med til utvistes hjemland, kan de vurdere om familielivet kan etableres i et annet land. I noen tilfeller vil den utviste hatt opphold også i andre stater. Dette var tilfellet i saken *Amrollahi v. Denmark*.¹⁵⁸ En mann fra Iran var gift med en dansk statsborger, og hadde to barn. Domstolen mener at det ikke var sannsynlig at familien kunne følge med mannen til Iran, og vurderer derfor andre muligheter. Mannen hadde i en periode bodd i Hellas, og EMD vurderer om barna og den utviste kan etablere seg der. Mannen hadde imidlertid oppholdt seg i Hells ulovlig, og det var ingenting som tilsa at han og barna ville få oppholdstillatelse der. Domstolen konkluderer derfor med at det er "...impossible for them to continue their family life outside Denmark."¹⁵⁹

4.3.2.6 *Oppsummering*

Domstolen vil konkret vurdere barnas mulighet til å følge med den utviste forelder til utvisningslandet. Barnas tilknytning til oppholdslandet og utvisningslandet vil da ha betydning. Ut fra EMD sin praksis ser det ut til at det skal mye til før domstolen mener flytting er umulig. Selv om barna anses å ha sterkere tilknytning til oppholdslandet, kan EMD komme frem til at det er mulig å flytte. Barnas alder har her betydning for barnas mulighet til å tilpasse seg et nytt hjemland.

4.3.3 *Om barnet kan holde kontakt med utvist forelder*

Domstolen vurderer altså om barnet kan følge med til utvisningslandet. Det kan være domstolen konkluderer med at dette er mulig, og at hele familien kan etablere seg i hjemlandet. Det

¹⁵⁷ *Omojudi v. The United Kingdom* (2009)

¹⁵⁸ *Amrollahi v. Denmark* (2002)

¹⁵⁹ *Ibid.* avsnitt 43

kan imidlertid være slik at det ikke er sannsynlig eller rimelig at familien skal etablere seg i utvistes hjemland. Domstolen kan da vurdere om familien kan opprettholde kontakten på annen måte, og om denne måten i så tilfelle er tilstrekkelig. Muligheten for kontakt vil komme inn i vurderingen av inngrepets styrke overfor barnet.

Saken Udeh v. Switzerland,¹⁶⁰ handler om en mann som ble utvist på grunn av narkotikakriminalitet. Han var skilt og hadde to døtre. EMD mener at utvisningen mest sannsynlig vil føre til at barna vokser opp uten faren, da det ikke kan forventes at mor og barn skal følge med faren til Nigeria. Domstolen sier at det er i døtrenes beste interesse å vokse opp med begge foreldrene. De hevder at den eneste muligheten for regelmessig kontakt mellom far og barn, er å la mannen bli i Sveits. I saken kommer EMD til at det forelå et brudd på EMK art. 8, og begrunner dette blant annet med hensyn til de to døtrene.

Domstolen tar opp problemstillingen i Nunez v. Norway.¹⁶¹ Der hadde far fått omsorgsrett for barna, mens den utviste moren hadde fått besøksrett. Konsekvensen av dette var at barna ville bli boende i Norge sammen med faren. EMD mener at utvisningen og et 2-årig innreiseforbud, medfører at moren sannsynligvis ikke kan besøke barna i Norge. Faren hadde uttalt at han ville legge til rette for besøk til morens hjemland, men domstolen mener det er usikkert om dette kan gjennomføres. De norske domstoler hadde konkludert med at det ikke ville være umulig for familien å holde kontakten. EMD mener likevel at utvisningen i realiteten vil føre til at barna blir skilt fra sin mor i 2 år. Domstolen sier at dette er "...a very long period for children of the ages in question."¹⁶² I sin konklusjon uttaler EMD at de blant annet har lagt vekt på dette i sin vurdering av saken, og at dette bidrar til at det foreligger et brudd på EMK art. 8.

Også i saken Husseini v. Sweden¹⁶³ er utvistes kontakt med barna et tema. Den utviste mannen var dømt for vold og krenkelser av sin egen kone. De var nå skilt, og kvinnen og barna bodde på hemmelig adresse. De nasjonale domstoler hadde vurdert utvisningen i forhold til barna, og konkludert med at barna ikke hadde et så sterkt behov for kontakt at utvisning ikke kunne skje. EMD mener at mannen kan utvises, og likevel ha et forhold til sine barn. De viser til at barna fremdeles vil være unge når mannens innreiseforbud blir opphevet, og at de da kan få et forhold. At de senere kunne få kontakt med faren var altså tilstrekkelig.

¹⁶⁰ Udeh v. Switzerland (2013)

¹⁶¹ Nunez v. Norway (2011)

¹⁶² Ibid. avsnitt 81

¹⁶³ Husseini v. Sweden (2011)

I *Omojudi v. The United Kingdom*¹⁶⁴ mente domstolen at barna ikke kunne forventes å følge med utviste. I denne saken sier EMD også noe om muligheten for annen kontakt. Domstolen mener at barna kan holde kontakten med faren gjennom telefon og brev, og at de også kan besøke han. EMD uttaler likevel at "...the disruption to their family life should not be underestimated."¹⁶⁵ Det ser ut til at domstolen mener at kontakt er mulig, men at dette ikke er tilstrekkelig for å opprettholde familielivet.

I saken *Joseph Grant v. The United Kingdom*¹⁶⁶ ble en mann utvist til Jamaica. Mannen hadde 4 barn, 3 av de var nå voksne. Det er særlig forholdet til det yngste barnet EMD vurderer. De sier at de vil ha muligheten til å holde kontakten via telefon og e-post, og at det heller ikke er noe i veien for at datteren kan besøke faren på Jamaica. Domstolen fant at det ikke forelå noe brudd på EMK art. 8.

4.3.3.1 *Barnets alder*

Også her kan barnets alder komme inn i vurderingen. Barnet må være i en alder der det har muligheten til å holde kontakt med den utviste på annen måte. Dette vil være vanskelig der barna er svært små.

I *Antwi and others v. Norway*¹⁶⁷ var datteren 9 år da avgjørelse om utvisning var endelig behandlet i norske domstoler. Da saken var oppe for EMD var datteren 11 år. I saken uttaler domstolen at det ikke er noen hindringer for at datteren kan ha regelmessig kontakt med faren. 11 år blir altså ansett tilstrekkelig til å kunne opprettholde kontakten på andre måter.

Det samme ble konklusjonen i saken *Onur v. The United Kingdom*.¹⁶⁸ Det eldste barnet var 8 år, og domstolen mener dette er tilstrekkelig til at datteren kan holde kontakten med utviste gjennom telefon og besøk.

I *Joseph Grant v. The United Kingdom*¹⁶⁹ var den yngste datteren 12 år. Domstolen mener at hun er gammel nok til å kunne opprettholde kontakten med faren. Dette kunne skje ved telefon, e-post og ved besøk til farens hjemland.

¹⁶⁴ *Omojudi v. The United Kingdom* (2012)

¹⁶⁵ *Ibid.* avsnitt 46

¹⁶⁶ *Joseph Grant v. The United Kingdom* (2009)

¹⁶⁷ *Antwi and others v. Norway* (2012)

¹⁶⁸ *Onur v. The United Kingdom* (2009)

¹⁶⁹ *Joseph Grant v. The United Kingdom* (2009)

Selv om barna ikke kan flytte til utvistes hjemland, vurderer EMD altså om de kan holde kontakten på annen måte. I visse tilfeller vil kontakt mellom familien være vanskelig. Utvisningen kan da være et sterkt inngrep overfor barna, som mister kontakt med den ene forelder. I andre tilfeller mener domstolen at kontakt gjennom telefon og besøk er tilstrekkelig, og utvisning vil da ikke anses like inngripende.

4.3.4 Statsborgerskap

I sin vurdering av muligheten for om barnet kan følge med til utvisningslandet kan EMD trekke inn barnets statsborgerskap. At barnet har statsborgerskap i utvisningslandet kan si noe om deres tilknytning. Statsborgerskapet kan også ha betydning for hvor enkelt det vil være for barnet å besøke den utviste forelder, dersom de ikke kan etablere seg i utvisningslandet. Dersom barna har statsborgerskap i oppholdslandet, kan det være enklere for dem å besøke den utviste.¹⁷⁰

I saken *Onur v. The United Kingdom*¹⁷¹ ble dette brukt som argument. Mannens barn hadde britisk statsborgerskap. Domstolen mener at barna kan følge med den utviste mannen til Tyrkia. På grunn av sitt statsborgerskap ville barna ikke ha problemer med å returnere til Storbritannia for å besøke annen familie.

Det samme var tilfellet i *Üner v. The Netherlands*,¹⁷² der domstolen sier at barna kan følge med den utviste til Tyrkia. Barna til den utviste mannen hadde nederlandsk nasjonalitet. EMD mener derfor at barna kan reise tilbake til Nederland uten problemer for å besøke familie der.

4.3.5 Tidligere stress og sårbarhet

Praksis viser at tidligere stress og sårbarhet kan trekkes inn i EMD sin vurdering. Barna som er involvert kan være i en sårbar situasjon, noe som kan gjøre utvisningen spesielt inngripende overfor barnet.

I saken *Zakayev and Safanova v. Russia*¹⁷³ kom EMD inn på dette temaet. Den utviste i saken hevdet at det ville være imot sine barns interesser om han ble utvist, og at det ville risikere barnas velferd. Grunnen til dette var at barna tidligere hadde vært tvunget til å flytte fra hjemstedet Tsjetsjenia på grunn av uroligheter. Dette hadde påført barna stress, og ytterligere flytting

¹⁷⁰ Meidell (2013) s. 393

¹⁷¹ *Onur v. The United Kingdom* (2009)

¹⁷² *Üner v. The Netherlands* (2006)

¹⁷³ *Zakayev and Safanova v. Russia* (2010)

ville ikke hjelpe situasjonen. EMD mener at disse påstandene ikke "...appear ill-founded in such circumstances."¹⁷⁴ I saken konkluderer EMD med at utvisningen av faren vil ha store negative konsekvenser for klagerne og for deres barn.

Også i *Nunez v. Norway*¹⁷⁵ ble dette tatt opp. EMD viser til norske domstolars vurdering av barnas situasjon. De mente at barna tidligere hadde vært utsatt for stressende situasjoner. Dette kom av at foreldrene hadde separert seg. Etter en omsorgssak måtte barna flytte fra mor til far. Også beslutningen om morens utvisning hadde bidratt til stress for barna. Det blir også vist til at barna vil ha vanskeligheter med å forstå hvorfor de blir separert fra moren. Domstolen sier at "...it could be assumed that the children were vulnerable..."¹⁷⁶ I saken mener domstolen at utvisningen er et sterkt inngrep overfor barna. Vurderingen viser at domstolen kan legge vekt på hvordan barna tidligere har hatt det, og om de har vært utsatt for situasjoner som har gjort de særlige sårbare. Dette kan ha betydning for inngrepets styrke i forhold til barna.

4.3.6 Barnets behov for særlig omsorg

Et barn kan ha helseproblemer eller behov for særlig omsorg. Også dette kan komme inn i EMD sin vurdering av inngrepets styrke overfor barnet. Helseproblemene kan føre til at det er vanskeligere for barnet å følge med til utvisningslandet, fordi helsetilbudet der er dårligere. Det kan også være at barnets behov for særlig omsorg legger en større byrde på familien som eventuelt blir igjen i oppholdslandet. Videre kan barn med behov for særlig omsorg ha større behov for kontakt med sine foreldre. Utvisning av en forelder kan derfor være et sterkt inngrep overfor barnet.

I saken *Kaplan and others v. Norway*¹⁷⁷ ble en mann utvist fra Norge. Familien hans hadde fått opphold i Norge av humanitære grunner. Dette ble blant annet begrunnet i datterens helse-situasjon. Mannen fikk imidlertid ikke oppholdstillatelse. I sin vurdering av farens utvisning kommer EMD inn på datterens helsesituasjon. De viser til at barnet har alvorlig autisme, og at hun er svært avhengig av sine foreldre. Hennes sykdom legger en ekstra byrde både på mor og far. Norske domstoler hadde uttalt at en utvisning av faren ikke ville være det beste for datterens utvikling. I tillegg ville utvisningen medføre vanskeligheter for moren og resten av familien som ble igjen i Norge. Moren var allerede sliten av ansvaret, og utvisningen ville påvirke hennes omsorgsevne. Det var den utviste faren som tok en stor del av ansvaret for datteren i hverdagen. EMD tar dette med i vurderingen av utvisningens virkning overfor datteren.

¹⁷⁴ *Zakayev and Safanova v. Russia* (2010) avsnitt 46

¹⁷⁵ *Nunez v. Norway* (2011)

¹⁷⁶ *Ibid.* avsnitt 81

¹⁷⁷ *Kaplan and others v. Norway* (2014)

Også i saken *Antwi and others v. Norway*¹⁷⁸ ble barnets helsesituasjon tatt opp. Foreldrene mente at datteren ved tidligere besøk til Ghana hadde fått utslett som reaksjon på varmen. De mente dette var et argument mot at datteren kunne flytte med utviste til Ghana. EMD viser til norske domstolers vurdering av datterens helsesituasjon. Flertallet i Lagmannsretten mente at datterens reaksjon på varme ikke var tilstrekkelig bevist. EMD sa at klagerne ikke hadde klart å bevise dette ytterligere når saken stod overfor EMD. Datterens helsesituasjon ved en flytting til Ghana ser derfor ut til å ha liten betydning i saken.

Barnets helsesituasjon kan altså ha betydning i vurderingen av hvor avhengig barna og resten av familien er av den utviste. Dette vil kunne si noe om hvor sterkt inngrepet er overfor barnet.

4.3.7 Tid

Tid kan komme inn på flere måter i vurderingen av hvor sterkt inngrepet er i forhold til barnet. Saksbehandlingstiden av utvisningen kan ha vært lang, noe som kan medføre en større usikkerhet for barnet. Også lengden av det innreiseforbud den utviste har fått pålagt kan ha betydning. Tiden på innreiseforbudet er avgjørende for familiesituasjonen der barnet ikke flytter med utviste. Det er da et spørsmål om hvor lenge familien er splittet.

I *Nunez v. Norway*,¹⁷⁹ kom domstolen til at barna ikke kunne følge med den utviste moren. De mente også at det ville være vanskelig for barna å holde kontakten på annen måte. Moren hadde fått et innreiseforbud på to år. Domstolen sier at barna "...in all likelihood be separated from their mother practically for two years, a very long period for children of the ages in question."¹⁸⁰ At innreiseforbudet gjaldt i 2 år var altså med på gjøre inngrepet sterkt overfor de to barna.

I noen tilfeller vil EMD mene at nasjonale myndigheter har brukt for lang tid på å avgjøre utvisningen endelig. Der dette er tilfelle kan den lange ventetiden medføre stress og usikkerhet for den utvistes barn, som må leve med dette over lang tid. Dette ble det også tatt hensyn til i saken overfor. Norske myndigheter hadde fått informasjon om kvinnens ulovlig opphold i Norge i 2001. Hun ble likevel ikke utvist før i 2005. Det gikk altså 4 år før myndighetene foretok seg noe i saken. Stresset barna ble påført ved å vente på morens oppholds status hadde betydning for vurderingen av deres sårbarhet.

¹⁷⁸ *Antwi and others v. Norway* (2012)

¹⁷⁹ *Nunez v. Norway* (2011)

¹⁸⁰ *Ibid.* avsnitt 81

Det samme var tilfellet i saken Kaplan and others v. Norway.¹⁸¹ I saken hadde norske myndigheter forholdt seg passive i lang tid etter at den utviste hadde begått en kriminell handling. Domstolen viser til at utvisning skal sørge for effektiv innvandringskontroll, og mener at dette ikke blir oppfylt når myndighetene bruker så lang tid på å reagere.

Også i denne saken vurderte domstolen lengden på det innreiseforbud den utviste var pålagt. I saken var dette 5 år. EMD viser til at den syke datteren ville være uten støtte og omsorg fra faren i denne perioden, og mener at denne påkjeningen ikke blir møtt med tilsvarende sterke grunner for utvisning.

Der nasjonale myndigheter bruker lang tid på å avgjøre saken, kan dette altså bidra til å gjøre inngrepet sterkt overfor barnet, som må leve i usikkerhet. I tillegg vil lengden av innreiseforbudet ha betydning, særlig der familien blir splittet ved utvisningen.

4.3.8 Oppsummering

Gjennomgangen av praksis viser at domstolen tar hensyn til en rekke momenter i vurderingen av inngrepets styrke overfor barnet. Forholdet mellom barnet og den utviste kan si noe om hvor tett knyttet barnet er til sin forelder, og dermed hvor sterkt utvisningen vil påvirke barnet. Videre vil barnets mulighet til å følge med utviste til utvisningslandet ha betydning, eventuelt hvilke andre muligheter det er for barnet til å holde kontakten med den utviste. Det kan også være andre individuelle omstendigheter ved barnets situasjon som kan gjøre utvisningen inngripende overfor barnet. Domstolen må foreta en samlet vurdering, der alle momenter kan ha betydning for inngrepets styrke overfor barnet.

4.4 Forholdet mellom inngrepsbehov og inngrepsintensitet

Overfor i punkt 4.3 har jeg sagt noe om hvilke momenter som er relevante i domstolens vurdering av inngrepets styrke. Ved en gjennomgang av EMD sin praksis, vil jeg nå forsøke å si noe om hvilke av momentene som ser ut til å ha størst betydning i balanseringen mellom samfunnets behov for inngrep, og inngrepets styrke overfor barnet.

Alle saker for EMD er forskjellige, og har forskjellige fakta. Hvor sterkt inngrepet er overfor barnet må vurderes konkret i hver sak, og vil variere. Det kan også være flere momenter ved barnets situasjon som tilsier at utvisningen er et sterkt inngrep overfor barnet. I tillegg kan det

¹⁸¹ Kaplan and others v. Norway (2014)

være momenter både i forhold til utviste og i forhold til barnet som tilsier at utvisningen samlet er et uforholdsmessig inngrep. Jeg skal i dette punktet oppsummere hvilke momenter som ser ut til å bli utslagsgivende i forholdet mellom størrelsene. Jeg vil da sammenligne sakene som er vurdert som proporsjonale, og ikke en krenkelse av art. 8(2), med de dommene hvor utvisningen er blitt ansett som uforholdsmessig tyngende og en krenkelse av art. 8(2).

EMD sin praksis viser at sakene som anses uforholdsmessig tyngende har noen fellestrekk på inngrepsintensitetsiden. På bakgrunn av disse fellestrekene kan det se ut til at domstolen tillegger disse momentene stor betydning i vurderingen av inngrepets styrke.

4.4.1 Splittelse av familien

Likhetene nevnt overfor retter seg mot familiens mulighet til å holde sammen. Der familien vil bli splittet ved en utvisning, kan domstolen mene at inngrepet er sterkt overfor barnet. I flertallet av de avgjørelsene jeg har gått gjennom, som har ført til brudd på EMK art. 8, har utvisningen ført til en splittelse av familien. Dette kan tale for at momentet har stor betydning i vurderingen av inngrepets styrke, som har fått gjennomslag i saken.

Dette var situasjonen i saken *Omojudi v. The United Kingdom*.¹⁸² En mann var her utvist på grunn av flere kriminelle forhold, blant annet seksuelle overgrep. EMD omtalte mannens handlinger som alvorlige lovbrudd. Domstolen mente at barna ikke kunne forventes å følge med utviste, og at utvisningen ville føre til en splittelse av familien. I saken konkluderte domstolen med at utvisningen ikke var forholdsmessig, og sier at de har lagt vekt på barnas vanskeligheter ved en flytting.¹⁸³ Det var ingen andre særlige omstendigheter ved barnas situasjon som tilsa at inngrepet var spesielt sterkt i forhold til dem. Det ser ut til at splittelse fra faren var det som gjorde inngrepet sterkt overfor barna.

I saken *Amrollahi v. Denmark*¹⁸⁴ var en mann utvist på grunn av narkotikakriminalitet. Domstolen mente at utvisningen var basert på alvorlige handlinger. Videre sa EMD at utvisningen ville føre til en splittelse av familien, da familielivet ikke kunne opprettholdes dersom mannen ble utvist. I saken vurderte domstolen ikke andre hensyn i forhold til barna. Også i denne saken konkluderte domstolen med brudd på EMK art. 8.

¹⁸² *Omojudi v. The United Kingdom* (2009)

¹⁸³ *Ibid.* avsnitt 48

¹⁸⁴ *Amrollahi v. Denmark* (2002)

Det samme var tilfellet i *Udeh v. Switzerland*.¹⁸⁵ En mann var her utvist på grunn av narkotikakriminalitet, og domstolen uttalte at hans handlinger veide tungt imot han. Barnas foreldre var skilt, og det var ikke sannsynlig at de ville følge med til utvistenes hjemland. Domstolen konkluderte med at utvisningen var et brudd på EMK art. 8, og viste i sin konklusjon til barna.¹⁸⁶

I alle sakene overfor mente domstolen at de kriminelle handlinger måtte anses som alvorlige. Det kan med andre ord sies at samfunnet hadde et stort behov for utvisning. Domstolen kommer likevel frem til at utvisningen er uforholdsmessig. Domstolen må derfor ha vurdert inngrepet til å være sterkere enn samfunnets interesser. Likhetstrekket mellom avgjørelsene er splittelse av familien.¹⁸⁷ Det kan derfor se ut til at familiesplittelse er av stor betydning i vurderingen av inngrepets styrke. I de tilfeller der barnet vil bli skilt fra den utviste forelder, blir utvisningen ansett så inngripende at samfunnets interesser må vike.

Som vist overfor, kan praksis fra EMD vise at familiesplittelse er et fellestrekk ved de saker som fører til brudd på art. 8. Omvendt viser mange av de avgjørelser som ikke fører til brudd på art. 8, at barna kan følge med til utvisningslandet, eller i det minste holde kontakten med utviste.

I saken *Üner v. The Netherlands*¹⁸⁸ mente domstolen at barna kunne følge med til Tyrkia. EMD konkluderte med at utvisningen ikke var uforholdsmessig.

Også i *Darren Omoregie and others v. Norway*¹⁸⁹ kom domstolen frem til at datteren kunne følge med utviste. I alle tilfelle ville datteren ha muligheten til å holde kontakten med den utviste. Heller ikke her mente EMD at det forelå brudd på art. 8.

I saken *Onur v. The United Kingdom*¹⁹⁰ sa EMD at datteren kunne holde kontakten med den utviste faren gjennom telefon og besøk. Heller ikke her kom domstolen til at det forelå brudd på EMK art. 8.

Det samme var tilfellet *Palanci v. Switzerland*,¹⁹¹ der EMD mente at det ikke forelå noen alvorlige hindringer for at barna kunne følge med.¹⁹²

¹⁸⁵ *Udeh v. Switzerland* (2013)

¹⁸⁶ *Ibid.* avsnitt 54

¹⁸⁷ Se også blant annet *M.P.E.V v. Switzerland* (2014), *Nunez v. Norway* (2011) og *Keles v. Germany* (2005)

¹⁸⁸ *Üner v. The Netherlands* (2006)

¹⁸⁹ *Darren Omoregie and others v. Norway* (2008)

¹⁹⁰ *Onur v. The United Kingdom* (2009)

Der barna kan følge med den utviste eller holde kontakt, ser det altså ut til at utvisningen ikke griper like sterkt inn i barnas liv, slik at samfunnets interesser går foran. Det kan derfor se ut til at familiesplittelse muligens har stor betydning i avgjørelsen av inngrepets styrke overfor barnet.

Det er imidlertid ikke slik at en splittelse av familien automatisk medfører at inngrepet er så sterkt overfor barnet, at samfunnets interesser må vike og det foreligger et brudd på EMK art. 8.

Et eksempel på at splittelse av familien ikke fikk avgjørende betydning, er saken *Chair and J.B v. Germany*.¹⁹³ En mann var her blitt utvist på grunn av voldtekt. EMD uttaler at dette er en ”...extremely serious...”¹⁹⁴ handling. Samfunnets behov for å utvise kan derfor sies å være stort. Videre kommer domstolen inn på den utvistes forhold til sine barn. Domstolen viser til at datteren har hatt kontakt med faren under fengselsstraffen. Det er ikke sannsynlig at datteren og moren vil følge med utviste til hans hjemland. EMD konkluderer derfor med at utvisningen vil føre til en splittelse av far og datter. Domstolen kommer likevel frem til at utvisningen ikke er et brudd på EMK art. 8. Dette begrunner de med handlingens svært alvorlige karakter. I tillegg hadde den utviste mannen i ettertid gått gjennom terapi og psykologiske tester, som ikke kunne utelukke at han ville gjenta sine handlinger. Samfunnets interesser i å beskytte sine borgere var derfor store. Dette betyr ikke nødvendigvis at familiesplittelsen har hatt mindre å si vurderingen av inngrepets styrke i forhold til barnet, men at samfunnet hadde et svært stor behov for å utvise.

4.4.2 Spesielle omstendigheter

I saker der domstolen mener at barnet er i en særlig sårbar situasjon, kan det se ut til at dette har stor betydning for vurderingen av inngrepets styrke overfor barnet. I saken *Kaplan and others v. Norway*¹⁹⁵ ble dette som nevnt i punkt 4.3.6 tatt opp. Datteren led av autisme, og hadde et spesielt behov for omsorg fra sine foreldre. I saken uttaler domstolen at de på grunn av dette mener at utvisningen vil være ”...a very far-reaching measure especially vis-à-vis

¹⁹¹ *Palanci v. Switzerland* (2014)

¹⁹² Se også blant annet *Bajsultanov v. Austria* (2012), *Antwi and others v. Norway* (2012) og *Joseph Grant v. The United Kingdom* (2009)

¹⁹³ *Chair and J.B v. Germany* (2007)

¹⁹⁴ *Ibid.* avsnitt 61

¹⁹⁵ *Kaplan and others v. Norway* (2014)

her.”¹⁹⁶ EMD sier videre at utvisningen medførte at datteren ikke fikk den nødvendige omsorg fra far, og at dette ikke var møtt med tilsvarende sterke grunner til utvisning. EMD konkluderte med at det forelå brudd på EMK art. 8.

Også i saken *Nunez v. Norway*¹⁹⁷ foreligger noen spesielle omstendigheter. Domstolen mente at barna av flere grunner hadde vært utsatt for stress, og at de måtte anta at barna var særlig sårbare. På bakgrunn av blant annet dette mente domstolen at utvisningen var svært inngripende overfor barna, og konkluderte med brudd på EMK art. 8.

Spesielle omstendigheter rundt barnas situasjon kan se ut til å ha stor betydning for hvor sterkt inngrepet anses overfor barnet. Der utvisningen anses som inngripende må samfunnet ha tilsvarende sterke interesser for å utvise.

4.4.3 Betydningen av splittelse og spesielle omstendigheter – en sammenligning

At splittelse av familien og særlige omstendigheter er noe domstolen tillegger betydning ved vurderingen av inngrepets styrke overfor barnet, kan vises ved en sammenligning av to avgjørelser. Det er imidlertid viktig å huske på at ingen saker er identiske, og at også andre hensyn har vært av betydning.

I saken *Nunez v. Norway*¹⁹⁸ kom domstolen til at det forelå brudd på EMK art. 8, og begrunnet dette med at utvisningen var meget inngripende overfor barna. I saken hadde den utviste kvinnen returnert til Norge på tross av et innreiseforbud. Hun hadde deretter oppgitt falsk identitet, og på denne måten fått opphold i Norge. Hun hadde i realiteten oppholdt seg og arbeidet ulovlig i Norge. Domstolen uttaler at det offentlige interesser i å utvise kvinnen ”...weighed heavily in the balance when assessing the issue of proportionality...”¹⁹⁹

I *Antwi and others v. Norway*²⁰⁰ kom domstolen til at det ikke forelå brudd på EMK art. 8. I saken var en mann utvist på grunn av overtredelser av utlendingsloven. Mannen hadde kommet til Norge med falsk pass, og fikk på bakgrunn av sin falske identitet opphold og arbeidstillatelse i Norge. Også her sier domstolen at hans handlinger må veie tungt imot han i proporsjonalitetsvurderingen.

¹⁹⁶ Kaplan and others v. Norway (2014) avsnitt 93

¹⁹⁷ Nunez v. Norway (2011)

¹⁹⁸ Nunez v. Norway (2011)

¹⁹⁹ Ibid. avsnitt 73

²⁰⁰ Antwi and others v. Norway (2012)

Lovovertrødelserne var ikke identiske, og samfunnets behov for utvisning behøver ikke å være likt i begge sakene. Men ut fra domstolens uttalelser, var det i begge tilfeller snakk om alvorlige overtrødelser. Forskjellene lå i inngrepets styrke overfor barna.

I begge sakene hadde barna et tett og nært forhold til den utviste forelderen. Forskjellen lå i at domstolen i den ene saken mente at det forelå eksepsjonelle omstendigheter i forhold til barna, mens dette ikke var tilfellet i den andre.

I *Nunez v. Norway* kom domstolen frem til at det forelå "...concrete and exceptional circumstances..."²⁰¹ i forhold til barna. Omstendighetene domstolen her viser til, er for det første at barna vil bli boende i Norge. Utvisningen førte altså til en splittelse av familien. I *Antwi*-saken kom domstolen til motsatt konklusjon, nemlig at datteren kunne følge med utviste.

Videre mente EMD at det i *Nunez*-saken forelå andre spesielle omstendigheter. Som tidligere nevnt hadde barna vært utsatt for stressende situasjoner, og ble regnet som sårbare. Dette var ikke tilfelle i *Antwi*-saken. Domstolen sier at datteren ikke har noen spesielle omsorgsbehov, og at hun ikke har vært utsatt for stress tidligere. De mente derfor at det ikke forelå noen eksepsjonelle omstendigheter i saken.

Et annet relevant moment i vurderingen, er barnas tilknytning til oppholdsland og utvisningsland. I *Antwi*-saken går domstolen gjennom datterens tilknytning til Norge, og viser til at hun er godt integrert. Hennes tilknytning til utvisningslandet er svært begrenset. EMD mener at hun har en interesse i å få bli i Norge, men dette er ikke tilstrekkelig.

Det kan med dette se ut til at det særlig er splittelse av familien og spesiell sårbarhet som skiller de to sakene. Det ser ut til at dette har hatt stor betydning i vurderingen av inngrepets styrke overfor barna, og i balanseringen mot samfunnets behov for utvisning.

4.4.4 Oppsummering

I den balanseringen EMD foretar kan det se ut til at splittelse av familien er et viktig moment i domstolens vurdering. I flertallet av de sakene der domstolen har konkludert med at utvisningen er uforholdsmessig og et brudd på EMK art. 8, har utvisningen ført til en splittelse av familien. Motsetningsvis viser EMD sin praksis at i saker der domstolen finner utvisningen forholdsmessig, har barna mulighet til å holde sammen med den utviste forelder eller holde kontakt på annen måte. Videre kan de se ut til at spesielle omstendigheter ved barnets situa-

²⁰¹ *Nunez v. Norway* (2011) avsnitt 84

sjon er viktig for domstolens vurdering. Barnet særlige sårbarhet vil være viktig for å fastlegge inngrepets styrke.

5 Avslutning

Formålet med denne oppgaven var å gi en fremstilling av de momenter domstolen trekker inn i vurderingen av hensynet til barnet i utvisningssaker etter EMK art. 8. En vurdering etter EMK art. 8 krever at utvisningen er ”nødvendig i et demokratisk samfunn.” Det er i denne forholdsmessighetsvurderingen barnet kommer inn. Domstolens oppgave er å fastsette inngrepets styrke overfor barnet, og balansere dette mot samfunnets behov for utvisning i den enkelte sak.

En gjennomgang av den praksis jeg har lest, viser at EMD vurderer en rekke omstendigheter ved barnets situasjon i fastsettelsen av inngrepets styrke overfor barnet. Jeg har gått gjennom disse momentene i punkt 4.3. Momentene retter seg mot barnets forhold til den utviste forelder, og muligheten for at barnet kan følge med den utviste til utvisningslandet. Også andre særlige omstendigheter ved barnets situasjon trekkes inn i denne vurderingen.

EMD sin praksis kan vise at barneperspektivet er i stadig utvikling. Dette kan ha en sammenheng med utviklingen av samfunnets syn på barns rettigheter og plass som egne rettssubjekter. Barnekonvensjonen har satt fokus på dette. Også EMD sin vurdering og hensyntaken til barnet vil utvikle seg videre, og andre momenter enn det som har fremkommet her kan komme til. Hvilke omstendigheter ved barnas situasjon EMD vil vurdere, avhenger av den enkelte sak.

Jeg har også forsøkt å vise til noen momenter som kan se ut til å være av særlig betydning. Dette er splittelse av familien, og andre spesielle omstendigheter ved barnets situasjon. Også her er det imidlertid viktig at alle saker for domstolen er forskjellig, og at resultatet i andre saker kan vise forskjeller.

Norge er flere ganger dømt for brudd på EMK art. 8 i utvisningssaker de senere årene. Selv om norske regler i utlendingsloven § 70 gir anvisning på en forholdsmessighetsvurdering, er det eksempler på at denne ikke er vurdert i overensstemmelse med EMK sin proporsjonalitetsvurdering. Norge ble blant annet dømt for brudd på EMK art. 8 i saken *Nunez v. Norway*.²⁰² I sin konklusjon uttaler domstolen at norske myndigheter ikke har lagt tilstrekkelig vekt på hensynet til barnet beste. Selv om Norge er bundet av Barnekonvensjonen art. 3(1), og norske domstoler vurderer utvisning med denne bakgrunn, er det ikke gitt at forpliktelsene etter EMK er overholdt. Det er derfor viktig at norske domstoler legger til grunn EMD sin proporsjonalitetsvurdering, og vurderer utvisning i overensstemmelse med denne.

²⁰² *Nunez v. Norway* (2011) se også *Kaplan and others v. Norway* (2014)

Det praksis fra EMD viser, er at domstolen vil vurdere hensynet til barnet der utvisningssaker indirekte berører barnets liv. Dette gjør domstolen både i saker der barnet er ansett som selvstendig klager, og i saker der det i utgangspunktet er utviste selv som omtales som klager for domstolen.

Litteraturliste

Litteratur:

- Elgesem, Frode
Tolking av EMK-Menneskerettsdomstolens metode.
I: Lov og rett. Årg. 2003 s.203-230
- Hedlund, Mary-Ann (red.)
Barnerett- i et internasjonalt perspektiv.
Oslo, 2008
- Høstmælingen, Njål
Internasjonale menneskerettigheter.
5 opplag. Oslo, 2010
- Kilkelly, Ursula
The Child and the European Convention on Human Rights.
England, 1999
- Meidell, Merete Havre
Utvisning. I: Lærebok i utlendingsrett.
Øystein Dybvik Øyen (red.)
Oslo, 2013, s. 357-400
- Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.)
Barnekonvensjonen, Barns rettigheter i Norge.
2 utgave. Oslo, 2012

Stang, Elisabeth Gording

Barn, tortur og retur.

Oslo, 2008.

(Institutt for offentlig retts skriftserie, nr. 4/2008)

Andre Kilder:

Barnekonvensjonen

FNs konvensjon om barnets rettigheter, 1989

Barnekonvensjonens tilleggsprotokoll om individuell klagerett

Barnekonvensjonens tilleggsprotokoll om individuell klagerett av 19. desember 2011
https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4&lang=en

EMK

Den europeiske menneskerettskonvensjon, Roma 1950

FNs barnekomité

General comment No. 14: the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (2013)
http://www.regjeringen.no/upload/BLD/FN_barnekonvensjon/CRC_C_GC_14__7202_E.pdf

FNs barnekomité

General comment No. 5: General measures of implementation of the Convention on the Rights of the (2003)
<http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Barnets%20rettigheter/General%20Comment%205%20-%20engelsk.pdf>

FNs barnekomité

General comment No. 6: Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin (2005)
<http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Barnets%20rettigheter/General%20Comment%206%20-%20engelsk.pdf>

FNs barnekonvensjons tredje tilleggsprotokoll om individuell klagerett	https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4&lang=en
Wien-konvensjonen	The Vienna convention on the law of treaties, Wien 1969
1814	Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) av 17. mai 1814
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr.30
2008	Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr.35

Avgjørelser:

A.H Khan v. The United Kingdom	European court of human rights, Strasbourg, 20. desember 2011
A.W Khan v. The United Kingdom	European court of human rights, Strasbourg, 12. januar 2010
Alim v. Russia	European court of human rights, Strasbourg, 27. september 2011
Amrollahi v. Denmark	European court of human rights, Strasbourg, 11. juli 2002
Antwi and others v. Norway	European court of human rights, Strasbourg, 14. februar 2012
Bajsultanov v. Austria	European court of human rights, Strasbourg, 12. juni 2012

Bankovic and others v. Belgium	European court of human rights, Strasbourg, 12. desember 2001
Boultif v. Switzerland	European court of human rights, Strasbourg, 2. august 2001
Butt v. Norway	European court of human rights, Strasbourg, 4. desember 2012
Chair and J.B v. Germany	European court of human rights, Strasbourg, 6. desember 2007
Dalia v. France	European court of human rights, Strasbourg, 19. februar 1998
Darren Omoregie and others v. Norway	European court of human rights, Strasbourg, 31. juli 2008
Goodwin v. The United Kingdom	European court of human rights, Strasbourg, 11. juli 2002
Husseini v. Sweden	European court of human rights, Strasbourg, 13. oktober 2011
Joseph Grant v. The United Kingdom	European court of human rights, Strasbourg, 8. januar 2009
Kaplan and others v. Norway	European court of human rights, Strasbourg, 24. juli 2014
Keles v. Germany	European court of human rights, Strasbourg, 27. oktober 2005
M.P.E.V and others v. Switzerland	European court of human rights, Strasbourg, 8. juli 2014
Nunez v. Norway	European court of human rights, Strasbourg, 28. juni 2011
Omojudi v. The United Kingdom	European court of human rights, Strasbourg, 24. november 2009
Onur v. The United Kingdom	European court of human rights, Strasbourg, 17. februar 2009
Palanci v. Switzerland	European court of human rights, Strasbourg, 25. mars 2014
Udeh v. Switzerland	European court of human rights, Strasbourg, 16. april 2013
Üner v. The Netherlands	European court of human rights, Strasbourg, 18. oktober 2006
Zakayev and Safanova v. Russia	European court of human rights, Strasbourg, 11. februar 2010

RT 2009 s. 1261

RT 2010 s. 1313

RT 2012 s. 1985