

Terskelen for utvisning i saker som berører barn

En utredning av forholdsmessighetsvurderingen med særlig henblikk på barnets beste i saker der en av foreldrene blir utvist som følge av brudd på utlendingsloven

Utredning fra arbeidsgruppe oppnevnt 2. juni 2021.

Avgitt til Justis- og beredskapsdepartementet 24. januar 2022.

Siste versjon: 7. februar 2022

Innhold

1. Sammenfatning av mandat og sentrale problemstillinger, samt kapitteloversikt.....	9
1.1. Mandatet	9
1.2. Utvalgets sammensetning og arbeid	10
1.3. Sentrale problemstillinger.....	11
1.4. Kapitteloversikt	14
2. Mandatets rekkevidde, definisjoner, avgrensninger og metodiske spørsmål.....	15
2.1. Mandatforståelsen.....	15
2.2. Utvalgets oppgaver og konklusjoner	16
2.3. Valg av saker fra forvaltningspraksis i UNE og UDI.....	18
2.4. Arbeidsmetoder	18
2.5. Avgrensninger	18
2.6. Definisjoner og begreper	19
2.7. Rettskilder.....	20
2.7.1. Oversikt	20
2.7.2. Lovvalg og tolkningsspørsmål	20
3. Oversikt over gjeldende rett	23
3.1. Nærmere om temaet.....	23
3.2. Prinsippet om barnets beste	23
3.3. Utvisningsreglene	26
3.3.1. Hjemmelen for utvisning.....	26
3.3.2. Utvisning er ikke straff.....	27
3.3.3. Formålet bak reglene om utvisning.....	27
3.4. Nærmere om brudd på utlendingsloven og hvem som kan utvises	28
3.4.1. Innledning.....	28
3.4.2. Objektive vilkår.....	29
3.4.3. Brudd på utlendingsloven § 66 første ledd a.....	29
3.5. Kravet om forholdsmessighet ved utvisning	34
3.5.1. Innledning.....	34
3.5.2. Forarbeidene til utlendingsloven § 70.....	36
3.5.3. Statens interesser ved brudd på utlendingsloven.....	37
3.5.4. Uforholdsmessighet overfor utlendingen selv.....	38

3.5.5.	Uforholdsmessighet overfor familien.....	38
3.5.6.	Særlig om saker som berører barn.....	39
3.5.7.	Vilkåret om uvanlig store belastninger	40
4.	Barnets stilling i utvisningssaker.....	43
4.1.	Innledning.....	43
4.2.	FNs barnekonvensjon	43
4.2.1.	Innledning.....	43
4.2.2.	Konvensjonens innhold	44
4.3.	Barnekonvensjonens artikkel 3 om barnets beste.....	46
4.4.	På hvilken måte er barnekomiteens kommentarer til barnekonvensjonen bindende for norske myndigheter?	47
4.5.	Barnekonvensjonen og utvisningssaker.....	49
4.6.	Grunnleggende rettigheter og behov for barn, knyttet opp til rettigheter i barnekonvensjonen.....	50
4.6.1.	Liv og utvikling.....	50
4.6.2.	Seminar med eksperter	53
4.6.3.	Barns rett til familie og språklig, kulturell og religiøs identitet.....	53
4.6.4.	Barnets rett til ikke å bli diskriminert.....	55
4.6.5.	Barnets rett til å uttale seg. Informasjon og deltakelse.....	56
4.6.6.	Andre rettighetsrelaterte behov som kan bli berørt.....	57
4.7.	Oppsummering og drøftelse av barnekonvensjonen	57
4.8.	Grunnlovsvernet	58
4.8.1.	Innledning.....	58
4.8.2.	Tolkning av Grunnloven	59
4.8.3.	Gjennomføring og sikring	60
4.8.4.	Grunnloven § 104.....	61
4.8.5.	Grunnloven § 102 om rett til familieliv	64
4.8.6.	Barnet prosessuelle stilling i utvisningssaker.....	65
4.9.	Barnets rett til rettshjelp	67
4.10.	Rapporter om barn i utvisningssaker fra NOAS, Redd Barna og Barneombudet .	67
4.10.1.	Rapporten fra NOAS og Redd Barna	67
4.10.2.	Barneombudet: Barn med utviste foreldre.....	69
4.10.3.	Utvalgets vurdering av rapportene	70

5.	EMK-retten som skranke for utvisning i saker som berører barn	70
5.1.	Innledning	70
5.2.	EMK artikkel 8 som skranke	72
5.2.1.	Innledning	72
5.2.2.	Når foreligger det en krenkelse?	73
5.2.3.	Lovskravet og kravet om legitimitet	73
5.2.4.	Forholdsmessighetsvurderingen	74
5.2.5.	Betydningen av statenes skjønnsmargin	75
5.2.6.	EMDs vektlegging av barnets beste i utvisningssaker	76
5.2.7.	EMDs vektning av statens interesser	77
5.2.8.	Oppholdets grunnlag	78
5.3.	Krenkelsen av familielivet	80
5.3.1.	Innledning	80
5.3.2.	Hvilke vansker barnet vil få dersom det følger foreldrene ut av landet, og er en slik retur mulig? (insurmountable obstacles)	81
5.3.3.	Muligheten for kontakt med den utviste forelder	82
5.3.4.	Gjenværende omsorgspersons omsorgsevne	82
5.3.5.	Hvilken vekt tillegges barnets alder i forhold til en mulig flytting?	83
5.3.6.	Innreiseforbudets lengde	84
5.3.7.	Lang saksbehandlingstid	85
5.4.	Kort oversikt over dommer mot Norge	86
5.4.1.	Innlending	86
5.4.2.	Darren Omoregie mot Norge	86
5.4.3.	Nunez mot Norge 2011	87
5.4.4.	Antwi med flere mot Norge 2012	89
5.4.5.	Butt med flere mot Norge 2012	89
5.4.6.	Kaplan med flere mot Norge	91
5.4.7.	Sak for EMD vedrørende HR-2019-2286-A (Yasmin)	92
5.5.	Oppsummering og vurdering	96
6.	Norsk rettspraksis	99
6.1.	Innledning	99
6.2.	Rettslige utgangspunkter	99
6.2.1.	Hva kan domstolene avgjøre?	99

6.2.2.	Hvilke rettskilder bygger Høyesterett på?.....	100
6.2.3.	Forholdsmessighetsvurderingen.....	100
6.3.	«Barnets beste» i Høyesteretts praksis	102
6.4.	Begrepene uvanlig store belastninger.....	103
6.5.	Enkelte avgjørelser fra Høyesterett	103
6.5.1.	Innledning.....	103
6.5.2.	Forholdets alvor – i hvilken grad bruddet på utlendingsloven utfordrer myndighetenes kontrollbehov	104
6.5.3.	Barns tilknytning til forelderen og behov for å fortsette å bo sammen.....	105
6.5.4.	Hvorvidt familielivet ble etablert på et tidspunkt da utlendingen hadde en berettiget forventning om å fortsette å bo i riket.....	107
6.5.5.	Andre momenter.....	108
6.5.6.	Praksis fra lagmannsretten	108
7.	Forvaltningspraksis	110
7.1.	Statistikk og utviklingstrekk.....	110
7.2.	Nærmere om statistikk for saker som berører barn	111
7.3.	Særlig om forholdsmessighetsvurderingen	113
7.3.1.	Innledning.....	113
7.3.2.	Nærmere om forholdsmessighetsvurderingen og tilknytning til barn i riket ...	113
7.3.3.	Vurderingen av barnets beste i UDI rundskriv 2010-024	114
7.3.4.	Utlendingsforskriftens § 14-1 - Ulovlig opphold eller arbeid når utlendingen har barn i Norge.....	115
7.4.	Bruk av tilleggstid for permanent oppholdstillatelse ved brudd på utlendingsloven	115
7.4.1.	Om tilleggstid.....	115
7.4.2.	Nærmere om når det kan ilegges tilleggstid i stedet for utvisning.....	116
7.4.3.	Tidspunkt for å vurdere tilleggstid	117
7.5.	Innreiseforbudets varighet	117
7.5.1.	Innledning.....	117
7.5.2.	Historikk - innreiseforbudets varighet.....	117
7.5.3.	Hovedregelen ved utvisning for brudd på utlendingsloven	119
7.5.4.	Tidspunkt for beregning av innreiseforbudets varighet	120
7.6.	Kort om returdirektivet.....	120

7.6.1.	Innledning.....	120
7.6.2.	Hovedpunkter ved innholdet i Returdirektivet i norsk rett.....	120
7.7.	Forvaltningspraksis i Danmark og Finland	121
7.7.1.	Overordnede trekk ved dansk og finsk praksis i utvisningssaker der barn blir berørt.	121
7.8.	Gjennomgang av forvaltningspraksis	124
7.8.1.	Innledning.....	124
7.8.2.	Sakenes bakgrunn/sakshistorikk	125
7.8.3.	Utfallet av sakene	126
7.8.4.	Rettsvirkningene av et vedtak om utvisning.	126
7.8.5.	Barns rett til å bli hørt	128
7.8.6.	Saksutredning	128
7.8.7.	Betydningen av utvisningsgrunnlaget i sakene	129
7.8.8.	Forholdsmessighetsvurderingen.....	136
7.8.9.	Nærmere om de konkrete vurderingene i sakene	138
7.8.10.	Oppsummering	150
7.9.	Flertallets vurdering av vedtakene.....	151
8.	Utvalgets avsluttende merknader og anbefalinger	156
8.1.	Flertallets oppsummering	156
8.2.	Flertallets syn på om barnets rettigheter er tilstrekkelig ivaretatt i gjeldende regelverk og praksis.....	156
8.3.	Særvotum fra mindretallet	158
8.3.1.	Innledning.....	158
8.3.2.	Bakgrunn og rammene for utvisning.....	159
8.3.3.	Utviklingstrekk i saker som berører barn	160
8.3.4.	Særlig om brudd på utlendingslovgivningen som utvisningsgrunnlag	161
8.3.5.	De samfunnsmessige hensynene	162
8.3.6.	Nærmere om forholdsmessighetsvurderingen i saker om utvisning der barn blir berørt	162
8.3.7.	Hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen	163
8.3.8.	Gjennomgangen av de 30 forvaltningssakene i perioden 2019-2021	164
8.3.9.	Generelt om saksutredning	167
8.3.10.	Særlig om høring av barn	168

8.3.11.	Forvaltningens begrunnelser i utvisningssaker som berører barn	168
8.4.	Flertallets kommentar til særvotumet	169
9.	Forslag til endringer og merknader til forslagene	170
9.1.	Innledning	170
9.2.	Felles forslag fra det samlede utvalget	171
9.2.1.	Tilleggstid som hovedregel der et vedtak om utvisning vil innebære et reelt brudd mellom den utviste og barnet, ved at en ikke kan hen vise til at de kan bo sammen i den utvistes hjemland i tiden innreiseforbudet varer.....	171
9.2.2.	Adgang til å søke fra riket der en har funnet at det ikke skal fattes vedtak av hensyn til utlendingens barn (uf § 10-1)	173
9.2.3.	Regulering av situasjonen der en utlending har forlatt Norge før det fattes vedtak om utvisning	173
9.2.4.	Økte satser for rettshjelp	174
9.2.5.	Fremheving i utlendingsloven § 70 av det overordnede prinsippet om at avveiningen mellom de motstridende interessene (forholdets alvor/samfunnets interesser opp mot individet) må bero på en «fair balance».....	175
9.2.6.	Mekanismer som gjør at et vedtak «ligger klart» når innreiseforbudet har løpt ut, der en klager har barn i Norge som vedkommende tidligere har bodd sammen med eller utøvd samvær med, jf. § 14.1 a og b.	175
9.2.7.	Tillatelse til gjenforening med barn, også der en ikke har kunnet utøve samvær i utvisningsperioden.	175
9.2.8.	Innføre bruk av en standardisert liste over momenter som beskriver barnets situasjon som inntas i forhåndsvarsel om utvisning.....	176
9.3.	Forslag fra utvalgets flertall (Baumann, Cameron, Halvorsen).....	176
9.3.1.	Forslag om at utlendinger med barn i Norge som hovedregel ikke utvises ved brudd på utlendingsloven, og/eller at tilleggstid skal være hovedregelen i slike tilfeller....	176
9.3.2.	Tydeliggjøring av barns rett til å bli hørt i utvisningssaker i forskrift	178
9.3.3.	Ratifisering av tredje tilleggsprotokoll til barnekonvensjonen	179
9.3.4.	Ny utredning av bruk av andre alternative reaksjoner	179
9.3.5.	Unntak fra underholds krav ved søknad om familieinnvandring.....	180
10.	Vedlegg	182
10.1.	Kort oppsummering av sakene i forvaltningspraksis.....	182
10.2.	Statistikk fra UDI.....	223
11.	Kilderegister	225

DEL I. Introduksjon

1. Sammenfatning av mandat og sentrale problemstillinger, samt kapitteloversikt

1.1. *Mandatet*

Utvalget er opprettet av Justisdepartementet den 2. juni 2021 med følgende bakgrunnsbeskrivelse:

«Utvisning er et inngripende tiltak, særlig i saker som berører barn. Disse utvisningssakene er krevende og tidvis kontroversielle, og enkelte vedtak overprøves i domstolene. Noen saker, fra Norge og andre land, har også blitt behandlet i Den europeiske menneskerettsdomstolen.

I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Sakene som berører barn kan gjelde svært ulike situasjoner, og det kan variere sterkt både hvor inngripende utvisning vil virke overfor barn som blir berørt og hvilke belastninger for barnet som kan regnes som forholdsmessige. I noen tilfeller er vedtakene lite inngripende, f.eks. fordi det er liten eller ingen kontakt mellom barnet og forelderen som skal utvises, eller fordi tilknytningen til Norge er så svak at det uansett er uproblematisk for barnet og den andre forelderen å følge med tilbake til den utvistes hjemland. I andre tilfeller vil vedtaket innebære en familiesplittelse. I noen tilfeller har utvisningsgrunnlaget også et slikt alvor at det er klart at utvisning er en nødvendig og riktig reaksjon selv om det rammer barnet hardt.

Regelverket for utvisning legger opp til en streng praksis. Det er samtidig innført unntaksordninger og gitt instruksjer med særlige føringer for visse sakstyper. Samtidig er det tale om utpreget individuelle vurderinger i den enkelte sak, slik at saker som får stor oppmerksomhet ikke nødvendigvis er representative. Både Stortinget og humanitære organisasjoner tar jevnlig opp spørsmål knyttet til utvisningssaker som berører barn. For eksempel har NOAS og Redd barna i 2020 utgitt en rapport om barnets beste i i saker om utvisning på grunn av brudd på utlendingsloven, og det er fremsatt flere representantforslag om temaet.

Departementet ønsker en bredt sammensatt arbeidsgruppe med eksterne deltakere til å utrede spørsmål knyttet til terskelen for utvisning i saker som berører barn. Gjennomgangen vil kreve både barnefaglig og juridisk kompetanse. Det er også ønskelig at medlemmene har god kjennskap til utlendingsforvaltningen. Arbeidsgruppen skal gjennomgå bl.a. norsk og folkerettslig regelverk, samt domstols- og forvaltningspraksis i Norge og utvalgte land. Formålet med arbeidet er først og fremst å få en grundig analyse og fremstilling av gjeldende praksis, med særlig vekt på utvisning på grunnlag av brudd på utlendingsloven. På bakgrunn av utredningen skal arbeidsgruppen også vurdere behovet for endringer i norsk regelverk og praksis, og fremme konkrete endringsforslag dersom det er behov for dette.»

Utvalget er gitt følgende mandat:

Det er behov for en helhetlig gjennomgang og analyse av hvordan terskelen for utvisning praktiseres i dag, av forvaltningen og i domstolene.

Utvalget skal gi

- en beskrivelse av gjeldende rett om hvordan hensynet til barn skal vektlegges i utvisningssaker som gjelder (én av) barnets foreldre, med hovedvekt på saker om utvisning på grunn av brudd på utlendingsloven:
 - Norsk regelverk
 - Folkerettslig regelverk, særlig Den europeiske menneskerettskonvensjonen, barnekonvensjonen, returdirektivet og om betydningen av bestemmelsen i direktivet om fri bevegelighet artikkel 28 nr. 1 og nr. 3 bokstav b i saker som nevnt
 - Norsk forvaltningspraksis og praksis fra norske domstoler
 - Rettspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol og EU-domstolen om hensynet til barnets beste

Utvalget skal gi

- en vurdering av kvaliteten på forvaltningsvedtakene fra UDI og UNE, særlig med tanke på synliggjøringen av barnets beste i vedtakene. Det forutsettes at det gjennomgås et begrenset og tilfeldig utvalg av forvaltningsavgjørelser fra både UDI og UNE.
- en beskrivelse av overordnede trekk ved utvalgte lands regelverk og praksis, først og fremst Danmark og Sverige, men også andre land dersom det anses hensiktsmessig.
- en vurdering av om det er behov for endringer i norske regler eller retningslinjer mv.

Dersom arbeidsgruppen foreslår endringer i eksisterende regelverk, eller innføring av nye hjemler, skal gruppen utforme et utkast til nytt regelverk.

1.2. Utvalgets sammensetning og arbeid

Utvalget er opprettet av Justis- og beredskapsdepartementet 2. juni 2021 og har følgende sammensetning:

- *Lagdommer i Borgarting lagmannsrett, Elizabeth Baumann (leder)*
- *Seksjonssjef i UDI Kontroll, Camilla Torgersen*
- *Nemndleder i UNE, Stine Alræk Iversen*
- *Seniorrådgiver i Barne- og familiedepartementet, Anders Prydz Cameron¹*
- *Advokat Olga Halvorsen*

¹ Var ved oppnevningen ansatt i Barneombudet, og har deltatt i utvalget på denne bakgrunn, ikke som representant for BFD.

Utvalget hadde sitt første møte 19. august 2021 og har høsten 2021 avholdt en rekke utvalgsmøter, samt innhentet informasjon fra barnefaglig sakkyndige, forvaltningen og organisasjoner², samt danske og finske utlendingsmyndigheter. Siste møte er avholdt 24. januar 2022.

1.3. Sentrale problemstillinger

Utvalget anbefaler at lesingen starter her, idet mange av de problemstillinger som tas opp, går som en rød tråd gjennom rapporten. Samtidig har rapporten en detaljert og innholdsrik innholdsfortegnelse, slik at det skal være lett for leseren å slå opp på de enkelte temaer. Avslutningsvis gis det anbefalinger til regelendringer.

Utvalget er gitt et bredt mandat som gjennomgås nærmere i punkt 2.2. I fokus for rapporten er barnets beste i saker der barn berøres ved utvisning av en forelder. Temaet er begrenset til terskelen for utvisning ved *brudd på utlendingsloven*, der utvisningen fører til at foreldre og barn splittes. Den sentrale problemstillingen er hvordan barnets beste skal forstås og vektlegges som ledd i den forholdsmessighetsvurderingen myndighetene må foreta, mellom på den ene siden, inngrepets formål, og på den andre siden, inngrepsintensiteten over barnet, sett i lys av gjeldende regelverk.

Utvisning er et strengt inngrep, og ikke enhver overtredelse kan føre til utvisning. Et gjennomgående spørsmål er om det er nødvendig å gripe inn med utvisning når dette rammer barn og er i strid med deres beste, og om de vurderinger som gjøres i forvaltningen og norsk domstoler er i overensstemmelse med en slik begrensning i nødvendigheten. Fordi barnets beste er et grunnleggende hensyn og *skal* vurderes i enhver sak, er det enda større grunn til å reise spørsmålet om når utvisning kan anses som nødvendig.

Barn har et selvstendig krav på rett til respekt for sitt privatliv og sitt familieliv. Barn er også generelt sett sårbare for en tvungen separasjon fra sine sentrale omsorgspersoner, slik utvisning vil utgjøre dersom en av foreldrene må forlate landet varig eller tidsbegrenset. Barnets beste er dessuten gitt en bestemt vekt i loven, i form av et grunnleggende hensyn, jf. Grunnloven § 104 og utlendingsloven § 70 første ledd annet punktum. Barn har rett til å bli hørt og til å uttale seg.

I saker om utvisning vil barnets interesser stå i motsetning til samfunnsmessige interesser i en effektiv immigrasjonskontroll. Statene har nok en suveren rett til å regulere hvem som skal kunne ankomme og oppholde seg på deres territorium, og hvem som må forlate landet. Statene må imidlertid overholde de folkerettslige forpliktelsene for statene innen migrasjons- og asylfeltet som blant annet følger av de internasjonale menneskerettighetene og dessuten

² NOAS, Barneombudet, Redd Barna.

håndtere den økte globaliseringen i verden og den bevegelse av personer dette medfører. Innvandringspolitikken i den enkelte stat skal balansere alle disse delvis motstridende hensyn.

Utlendingslovverket er et av de virkemidler statene har. I den norske utlendingslovens formålsbestemmelse inntatt i § 1 heter det:

Loven skal gi grunnlag for regulering av og kontroll med inn- og utreise, og utlendingers opphold i riket, i samsvar med norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser.

Loven skal legge til rette for lovlig bevegelse over landegrensene, og ivareta rettssikkerheten til utlendinger som reiser inn i eller ut av riket, som oppholder seg her, eller som søker en tillatelse etter loven.

Loven skal gi grunnlag for vern for utlendinger som har krav på beskyttelse etter alminnelig folkerett eller internasjonale avtaler som Norge er bundet av.

Blant de tiltak utlendingsloven hjemler, er nettopp utvisningsinstituttet, et tiltak som norske borgere nyter et absolutt vern mot, men som utlendinger, også de som har gyldig oppholdstillatelse og har bodd lenge i landet, kan rammes av. Et vedtak om utvisning innebærer en plikt til å forlate landet i kombinasjon med varig eller tidsbegrenset innreiseforbud. Utvisning er en forvaltningsmessig sanksjon, ment å besørge tilliten til kontroll av innvandringsregelverket og skal også ivareta allmennpreventive hensyn. Hvilke brudd på utlendingsloven som er så alvorlige som kan føre til utvisning, løses forskjellig i mange europeiske land. I Norge vurderes slike brudd strengt, og som vi skal se, også i saker der barn er involvert.

Et naturlig utgangspunkt i EMK-retten er at enhver stat har både rett og behov for egne regler som regulerer immigrasjonen og hjemmel for ulike tiltak som ledd i innvandringskontroll. Utvalget kan ikke se at utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a – som hjemler utvisning ved brudd på utlendingsloven – strider mot eksempelvis EMK artikkel 8. EMD har i en rekke avgjørelser anerkjent statenes behov for slike regulerende tiltak. Det norske systemet er heller ikke funnet i strid med EMK-retten i de saker der Norge har vært innklaget. Norge er likevel de senere år dømt flere ganger for krenkelse av EMK artikkel 8 i slike saker, der konklusjonen fra EMD har vært at barnets interesser ikke har vært tilstrekkelig ivaretatt i avveiningen mellom statens behov for tiltak og barnets beste.³ Det er ikke noen helt entydig praksis fra EMD på dette feltet, men EMD foretar i flere saker en bredere proporsjonalitetsvurdering enn det som følger av utlendingsloven § 70 og har utviklet en del momenter som det er naturlig for utvalget å se nærmere på. Denne vurderingen kan bero på en rekke faktorer knyttet til barnets situasjon, som alder, modenhet, sårbarhet, ressurser, tilknytning til den som utvises og den som blir igjen, og varighet av utvisningen.

³ *Nunez mot Norge* avsnitt 84.

En avveining mellom barnets interesser på den ene siden, og statens interesser på den andre, må også inneholde en vurdering av hvordan og med hvilken *vekt* barnets interesser skal fremmes. Spørsmålet om hvordan en slik vurdering skal gjennomføres, og hvilke krav som må stilles til utredning og begrunnelse, både i forvaltningen og hos domstolene, står sentralt i utvalgets arbeid. Noen av spørsmålene som dette temaet reiser, kan relateres til om det er utilstrekkelige prosesser for å sikre at barnets beste ivaretas og at barnet blir hørt under prosessen. Dette er prosessuelle forhold som kan svekke avgjørelsens innhold og kvalitet.

Et annet sentralt spørsmål er om et strengt syn på brudd på utlendingsloven kan virke inn. Når grunnlaget for utvisningen er brudd på utlendingsloven, er det presisert både i forarbeidene og i rettspraksis at vurderingen av forholdets alvor skal ses i et *forvaltningsrettslig perspektiv*. Som særlig relevant fremheves at utlendingsforvaltningen er basert på tillit, og at en reaksjon i form av utvisning er nødvendig for å opprettholde respekten for regelverket og å motvirke fremtidige lovbrudd, jf. hensynet til allmennprevensjonen. Jo alvorligere forholdet er, jo tyngre vil dette momentet veie i helhetsvurderingen, jf. HR-2019-2286-A (Yasmin) avsnitt 48. Utvalget mener at noe av undersøkelsen av en mulig for høy terskel i norsk rett bør rettes mot denne avveiningen. Av en viss interesse her er at det er påvist krenkelse i avgjørelsene der denne avveiningen var særlig fremtredende, jf. *Nunez-saken* og *Kaplan-saken*. Dommen i *Yasmin-saken*, som inngående behandler denne avveiningen, er dessuten tatt inn til behandling i EMD.⁴ Det kan reises spørsmål om at det forvaltningsrettslige sporet, i kombinasjon med den knappe ordlyden i utlendingsloven § 70, i noen tilfeller kan lede til strengere reaksjon enn de mer lempelige virkemidler som staten rår over, skulle tilsi, som straff og tilleggstid. Det er særlig når barn berøres, at dette temaet får en egen betydning. Barn kan ikke lastes for sine foreldres feilgrep. Tyngden av de allmennpreventive hensyn som tilsier strenge reaksjoner overfor foreldrene – for å kunne ivareta en effektiv innvandringskontroll – har følgelig ikke samme gjennomslagskraft overfor barn som i disse sakene er bosatt i Norge, ofte er norske statsborgere og som oppholder seg lovlig her i landet.

Også rekkevidden av vilkåret om «uvanlig store belastninger» i rettspraksis dersom hensynet til barnet skal tillegges avgjørende vekt, reiser en del spørsmål som det er naturlig for utvalget å behandle. Dette vilkåret – som anvendes ved de brudd på utlendingsloven som anses som særlig alvorlige – gir grunnlag for et visst paradoks. Hvor store belastninger barnet «normalt» skal tåle, og når det skal kreves at disse belastningene er uvanlige store, beror da i all hovedsak på hvordan myndighetene bedømmer alvoret i overtredelsen, og ikke på hva som er barnets beste i henhold til barnekonvensjonen artikkel 3 og Grunnloven § 104. Barnets

⁴ Se for eksempel Rt. 2010 s. 1430 A (Kaplan) avsnitt 79 og Rt. 2009 s. 534 A (Nunez) avsnitt 49. Norge ble i *Kaplan-saken* den 24. juli 2014 dømt i EMD for brudd på artikkel 8, fordi inngrepet ikke var proporsjonalt, se EMDs dom *Kaplan mot Norge* Application [no. 32504/11](#). EMD vurderte utvisning med 5 års innreiseforbud til å være et "very far-reaching measure", spesielt i forhold til deres datter med spesielle omsorgsbehov, jf. avsnitt 93. Middelet som ble brukt, sto derfor ikke i forhold til inngrepsintensiteten i saken. EMD konstaterte i *Nunez-saken* krenkelse av EMK artikkel 8, og sluttet seg i stor grad til vurderingen fra Høyesteretts mindretall.

selvstendige rett etter barnekonvensjonen kan da lett bli satt til side. Det kan være lite forenlig med barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 2 sammenholdt med de relevante uttalelser fra barnekomiteen at forpliktelsen for norske myndigheter ikke strekker seg lenger enn til at det ikke påføres uvanlig store belastninger for barnet.⁵ I tillegg er det vanskelig å måle hvor grensen går for slike «normalbelastninger», bevismessig og sett i forhold til det enkelte barns tålegrense.

1.4. Kapitteloversikt

Del I Introduksjon

I kapittel 2 behandles temaet og problemstillinger, mandatet, utvalgets sammensetning, hvilke avgrensninger og definisjoner utvalget vil basere seg på, kildevalg og tolkning, prinsippet om barnets beste, rettskilder og tolkningsprinsipper, valg av saker fra forvaltningen samt arbeidsmetoder.

I kapittel 3 gis det en relativt grundig oversikt over gjeldende rett. Her beskrives hjemmelen og bakgrunnen for utvisning, forholdsmessighetsprinsippet, og de ulike interesser som berøres, samt prinsippet om barnets beste. Her beskrives inngående hva som er alvorlige brudd på utlendingsloven og statens interesser i et effektivt immigrasjonsregelverk.

Del II Internasjonale rammer

I kapittel 4 behandles barnets stilling i utvisningssaker med særlig vekt på innholdet i barnekonvensjonen og FNs barnekomités uttalelser, samt vernet av barnets beste i § 104 og 102. Det gis en beskrivelse av hvilke innvirkning og betydning disse overordnede normene har i myndighetens praksis. Her behandles også barnets status i prosessuelle spørsmål og adgangen til rettshjelp.

I kapittel 5 gjennomgås de menneskerettslige rammer som følger av EMK artikkel 8 og utvalgt praksis fra EMD i den sammenheng, sammenholdt med norsk praksis. Det gis også en kortfattet oversikt over dommer fra EMD mot Norge i utvisningssaker der barna er berørt.

Del III Norsk praksis

I kapittel 6 gis en kort oversikt over norsk rettspraksis og gjennomgang av sentrale avgjørelser i utvisningssaker der barn er berørt, og typiske problemstillinger.

⁵ Se også Søvig (2011) s. 293 og Havre (2018) s. 365.

I kapittel 7 gis en oversikt over forvaltningspraksis, rundskriv og retningslinjer, de nye reglene om tilleggstid, samt gjengivelse og drøftelse av innholdet av en omfattende undersøkelse av 30 saker fra forvaltningen fra UDI og UNE. Sakene er inntatt som vedlegg

Del IV Vurderinger og forslag

I kapittel 8 gis en oppsummering og utvalgets vurderinger.

I kapittel 9 presenteres utvalgets anbefalinger. Utvalget har sett nærmere på bruk av tilleggstid og behovet for en nyansering i vurderingen av sakens alvor, og hvorvidt statens interesser kan ivaretas ved mindre inngripende sanksjoner, gjennom alternativer som tilleggstid og straff. I tillegg vil utvalget vurdere tiltak for hvordan barnets rettigheter ivaretas prosessuelt, herunder barnets rett til å bli hørt og tilgang på rettshjelp.

2. Mandatets rekkevidde, definisjoner, avgrensninger og metodiske spørsmål

2.1. *Mandatforståelsen.*

Mandatet er av utvalget tolket slik at i tillegg til å gi en fremstilling av gjeldende nasjonal rett og de folkerettslige forpliktelser Norge har, skal utvalget også foreta en *vurdering* av om reglene bør endres og eventuelt foreslå mulige endringer i regelverket, sett på bakgrunn av hva som – ut fra en nåtidig forståelse og kunnskap om barns interesser og rettigheter både nasjonalt og folkerettslig – bør inngå i en forsvarlig vurdering av barnets beste.

Utvalget vil på denne bakgrunn foreta en gjennomgang av forholdsmessighetsvurderingen både sett i forhold til regelverkets utforming, lovforarbeider, rettspraksis og forvaltningspraksis, og av den tolkning som er lagt til grunn i avgjørelser fra EMD og uttalelser fra FNs barnekomité. Et sentralt tema for utvalget er om barnets beste vektlegges tilstrekkelig i avgjørelser fra UDI og UNE. Utvalget vil gjennomgå slik praksis i 30 tilfeldig utvalgte saker. Høyesterett har i en rekke saker prøvd forholdsmessigheten i utvisningssaker av foreldre med henblikk på barnets beste. Utvalget vil også gjennomgå i korte trekk utviklingen i rettspraksis.

Et utvisningsvedtak kan medføre en lengre eller varig adskillelse mellom foreldre og barn, noe som potensielt kan få svært negative konsekvenser for barnet, både for dets emosjonelle, sosiale og psykiske fungering og utvikling. Utvalget har tolket sitt mandat dithen at å innhente fagkunnskap om slike konsekvenser, herunder fra forskning innen tilknytningspsykologi, har vært en relevant del av kartleggingsgrunnlaget.

Utvalget bemerker at mandatet ikke omfatter utlendinger med oppholdstillatelse (settled immigrants i EMDs terminologi) som utvises pga straffbare forhold. Utvalget har underveis i arbeidet har funnet dette skillet nokså kunstig, når det er barnets beste som skal evalueres og

for eksempel om kravet til at Barents beste skal vektes og barnet høres. Også hva gjelder forholdsmessighetsvurderingen, er det mange sammenfallende punkter. I disse sakene har dessuten ikke familielivet nødvendigvis blitt påbegynt etter at det var klart at utlendingen ikke hadde oppholdstillatelse.

2.2. Utvalgets oppgaver og konklusjoner

Oppgaven med å undersøke terskelen for når det legges avgjørende vekt på barnets beste reiser både rettslige, etiske og moralske dilemmaer. Vurderingen er i kjernen av en forholdsmessighetsvurdering der barnets interesser i å vokse opp med begge sine foreldre skal veies mot statens interesse i en effektiv innvandringskontroll. Dette er motstridende interesser som i liten grad er sammenlignbare størrelser, og der konsekvensene av inngrep fra staten griper sterkt inn i barns liv, som er regnet som en særlig sårbar fase av livet, blant annet slått fast av FNs barnekomité.

Utvalget har foretatt en gjennomgang av gjeldende regelverk og forvaltningspraksis i utvisningssaker der barn er berørt, med hovedvekt på å undersøke terskelen for å utvise. Sakene på dette feltet er ofte svært forskjellig, og de gjøres til gjenstand for konkrete og individuelle vurderinger. Noen likhetstrekk er det imidlertid. I forholdsmessighetsvurderingen legges det betydelig vekt – både på lovgivernivå, i forvaltningspraksis og i rettspraksis – på rene innvandringsregulerende interesser, også i de utvisningssaker som rammer barn. Dette står i et visst motsetningsforhold til de senere års fremvekst av et overordnet regelverk, både nasjonalt og internasjonalt, som beskytter barn og setter hensynet til barnet i en prioritert posisjon.

Undersøkende spørsmål ved vurderingen av terskelen har vært følgende:

- *Har norsk praksis ved bruk av utvisning der barn berøres utviklet seg i utakt med folkeretten, herunder praksis fra EMD og FNs barnekomité?*
- *Kan, eventuelt bør det, kreves «uvanlig store belastninger» for at hensynet til barnets beste skal veie tyngre enn innvandringsregulerende hensyn?*
- *Bør man i større grad sikre en prosess i forvaltningen og domstolene som er i overensstemmelse med barnekonvensjonen og Grunnloven § 104? Dette kan for eksempel være strengere krav til avgjørelsesgrunnlaget, nye prosessuelle regler som bedre sikrer barnets rett til å bli hørt og bedre tilgangen til rettshjelp.*
- *Er dagens lovverk tilstrekkelig? Særlig gjelder dette spørsmålet om utlendingsloven § 70 slik den nå er utformet, i forsvarlig grad bidrar til å sikre at barnets beste balanseres mot sakens alvor, annet enn i helt særlige tilfeller.*

På en del punkter har utvalget delt seg.

Utvalgets flertall, (Baumann, Cameron og Halvorsen) mener at mange av de forvaltningsavgjørelsene som gjennomgås (gjengitt i rapportens kapittel 7) speiler en relativt høy terskel for å legge avgjørende vekt på barnets beste, og som fellestrekk at vektleggingen av sakens alvor er inngående drøftet og fremhevet i vedtaket, selv i de saker inngrepsintensiteten overfor barnet er høy og til dels meget høy. En relevant problemstilling for flertallet er om en strengere behandling av barn kan ha slått varig rot i det norske systemet, i lys av politiske endringer, med blant annet den konsekvens at barnekonvensjonens bestemmelser om å ivareta barnets beste i praksis ikke følges opp tilstrekkelig. Til tross for inkorporeringen av barnekonvensjonen som norsk rett og vedtakelsen av Grunnloven § 104, samt den iboende forståelsen hos myndighetene av at barnets beste er et grunnleggende hensyn, er det i den avgjørende argumentasjonen i mange saker fremholdt at hensynet til barnet *likevel ikke er avgjørende*, og sakens alvor og de samfunnsmessige hensyn viser seg å veie tyngre. Det samme er synlig i gjeldende rettspraksis. Utvalgets flertall foreslår blant annet endringer i lovverket for å sikre at vurderingen av barnets beste i større grad får status som en grunnleggende interesse i selve avveiningen.

Utvalgets mindretall, (Torgersen og Iversen), har inngitt eget særvotum som er inntatt i kapittel 8. 3. Deres syn er i hovedsak at behandlingen i praksis av sakene er forsvarlig, og at de ikke kan dele alle konklusjonene underveis, men at oppmyking på flere felt kan vurderes.

Hele utvalget har fremmet en rekke felles og separate forslag til endringer, samlet i kapittel 9. Å endre reglene er i første rekke et lovgiveransvar. Forvaltningen og domstolene har lojalt fulgt forarbeidene til utlendingsloven, som gir relativt snevre rammer for når barnets beste er utslagsgivende ved utvisning. Det er gledelig at det allerede har skjedd synlige oppmykninger i senere tid. Utvalget viser blant annet til at det har skjedd en justering av innreiseforbudets lengde i UDI og UNEs praksis. Innreiseforbudet blir ofte satt til to år eller redusert av UNE fra fem til to år, av hensyn til den utvistes barn.⁶ Det er også gjennom gjeldende rundskriv, retningslinjer og praksisnotater for forvaltningen i større grad sikret en fast praksis, der barnets interesser belyses og hensynstas ved avgjørelsen. Den 10. september 2021 trådte det videre i kraft en endring i utlendingsloven § 70 annet ledd som innebærer at det ved alvorlige brudd på utlendingsloven som normalt gir grunnlag for utvisning, i stedet kan fastsettes et krav til *tilleggstid* for å få permanent oppholdstillatelse ut over det ordinære kravet til tre eller fem års botid. Dersom denne regelen kan brukes konsekvent i saker som berører barn, noe som ikke er klart etter forarbeidene eller praksis, kan den føre til en mykere linje. Dette kommer utvalget tilbake til i sine endringsforslag i kapittel 9.

⁶ Innreiseforbudet satt til to år av UDI, eller redusert fra fem til to år av UNE, i vedtakene som ble prøvd i Rt-2011-948 (Kosovo) og HR-2019-2296-A (Yasmin). Se også LB-2018-74953, LB-2018-99200, LB-2018 172335, og LB-2019-125485.

2.3. *Valg av saker fra forvaltningspraksis i UNE og UDI*

Utvalget har fått i mandat å gjennomgå et begrenset og tilfeldig utvalg forvaltningsavgjørelser om utvisning der barn berøres og har i denne forbindelse sett nærmere på 30 vedtak og beslutninger fattet i 2020 og 2021. Sakene ble basert på UNEs praksisbase som omfatter alle utvisningssaker, der barnet er berørt med det formål å belyst saker med ulike typer brudd på utlendingsloven og grovhet av bruddene. Tilfeldighetsprinsippet ble ivaretatt ved at sakene deretter ble identifisert gjennom loddtrekning.

Fire av sakene er eksempler på saker, der UDI har fattet vedtak om *ikke* å utvise. Utvalget inneholder også seks vedtak og beslutninger etter anmodninger om omgjøring av UNEs vedtak for å illustrere vurderingene der det har kommet anførsler om etterfølgende omstendigheter etter endelige vedtak om utvisning. Sakene behandles i kapittel 7.

2.4. *Arbeidsmetoder*

Rapporten bygger først og fremst på en rettslig tolkning av forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaker som berører barn men vil også ta opp i seg mer barnerettslige perspektiver og prosessuelle rammer. Undersøkelsen av forvaltningspraksis har også en empirisk og statistisk side. Rapporten vil dessuten vekse mellom beskrivelser av rettstilstanden *lege lata* og mer rettpolitiske vurderinger *lege ferenda*.

2.5. *Avgrensninger*

Utvalget behandler kun de tilfeller der den ene av foreldrene er vurdert utvist og der barnet selv har norsk statsborgerskap eller oppholdstillatelse. Saker der hele familien sendes ut, faller utenfor mandatet.

Rapporten er etter mandatet avgrenset til å gjelde de saker der utvisningsvedtak fattes som følge av brudd på utlendingsloven. Utvisning som følge av straffbare forhold behandles ikke. Utredningen er dermed begrenset til å omfatte utvisning etter utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a, som hjemler utvisning av utlendinger uten gyldig oppholdstillatelse. Det er tre alternative situasjoner som kan føre til utvisning etter denne bestemmelsen: i), grove eller gjentatte brudd på utlendingsloven, ii) opplysningsfeil og iii), unndragelse fra utreiseplikt.

Rapporten omhandler hovedsakelig forholdsmessighetsvurderingen overfor barnet, jf. utlendingsloven § 70 første ledd annet punktum, og ikke overfor utlendingen selv, eller øvrige familiemedlemmer. Hensynet til barnet påberopes imidlertid ofte i en helhetsvurdering av forholdsmessigheten, særlig sett til forhold til retten til å utøve et familieliv i territoriet etter EMK artikkel 8.

Hovedtyngden av fremstillingen vil gjelde de saker der bruddene regnes som så alvorlige at de kan medføre utvisning, selv om utlendingen har barn. I de mindre alvorlige sakene vil det normalt være uforholdsmessig å beslutte utvisning dersom utlendingen er bosatt i Norge og har barn. Noen av disse sakene er likevel behandlet, men da for å skape et helhetlig bilde av forvaltningspraksis.

Utvisning som følge av at det er begått straffbare handlinger fra utlendingens side behandles ikke, men også i disse sakene gjelder et forholdsmessighetsprinsipp, jf. utlendingsloven § 70. Behandlingen av reglene for utvisning er begrenset til en kortfattet beskrivelse av hvilke brudd på utlendingsloven som kan føre til utvisning og alvorlighetsgraden av disse, samt hvilke samfunnsinteresser adgangen til utvisning ivaretar.

2.6. *Definisjoner og begreper*

Med utlending menes «enhver som ikke er norsk statsborger», jf. utlendingsloven § 5.

«**Utvisning**» er en forvaltningsmessig reaksjon, ikke en straff, som ledd i regulering av og kontroll med inn- og utreise og utledningers opphold i riket, med det formål å utvise utlendinger som begår kriminalitet eller truer nasjonal sikkerhet, bevare tilliten til innvandringspolitikken og dessuten å ivareta allmennpreventive hensyn. Utvisning kan skje dersom utlending bryter utlendingsloven eller begår straffbare handlinger. For utvalget er det den første gruppen som er relevant.

Konsekvensen av utvisning er at utlendingen er forpliktet til å forlate landet, at enhver gyldig oppholdstillatelse bortfaller, og at utlendingen samtidig ilegges et tidsbegrenset eller varig innreiseforbud til Norge. Innreiseforbudet gjelder som hovedregel ikke for et kortere tidsrom enn to år. Utvisning fra Norge innebærer som hovedregel også utestengning fra hele Schengen-området og innreiseforbud til Schengen-landene. En utvist kan etter søknad få adgang til landet, men som hovedregel ikke tidligere enn to år fra utreisetidspunktet.

Også en utlending som befinner seg utenfor Norge, kan bli utvist.

Norske statsborgere kan ikke utvises. Det samme gjelder utlendinger som er født i riket og har hatt uavbrutt opphold her.

Med foreldre regnes både biologiske foreldre og adoptivforeldre. Også steforeldre og fosterforeldre kan omfattes, dersom de inngår i en familiær relasjon til barnet.

Som barn regnes alle mindreårige, dvs de som er under 18 år.

Om familieliv har utvalget lagt til grunn den forståelse som er lagt til grunn i NOU 2020: 14. *Ny barnelov. Til barnets beste*, pkt 5.3.1:

EMD har gjennom en lang rekke saker tatt stilling til hva som utgjør «familieliv», også med henvisning til at retten til familieliv ikke skal bli gjenstand for diskriminering på noe grunnlag, i henhold til EMK artikkel 14. Forståelsen av begrepet har utviklet seg over tid og i samsvar med endrede syn på ulike samlivsformer. Utgangspunktet for «familielivet» har vært kjernefamilien, herunder relasjonene mellom gifte foreldre og deres barn. Men begrepet rekker lenger enn dette: Samboende foreldre er beskyttet. Det er også relasjonen mellom foreldre og barn selv når de ikke bor sammen. Likekjønnede forhold kan utgjøre «familieliv» og selvsagt også forholdet mellom homofile foreldre og deres barn. Forholdet mellom mindreårige søsken vil utgjøre «familieliv», og det kan også relasjonen mellom barn og andre voksenpersoner etter omstendighetene. I alle tilfeller vil det avgjørende være om relasjonen gir uttrykk for nære personlige bånd («close personal ties»), noe som må avgjøres konkret.

Barn har også rett til respekt for **sitt privatliv**. Her heter det i NOU 2020: 14. *Ny barnelov. Til barnets beste*, pkt 5.3.1:

EMK artikkel 8 opererer ikke med aldersgrenser i så måte. Begrepet «privatliv» favner svært vidt og innebærer blant annet krav på beskyttelse av fysisk, psykisk og moralsk integritet, vern om personlig informasjon av ulike slag og ulike identitetsuttrykk. «Privatliv» innebærer også en viss grad av beskyttelse av sosiale relasjoner. EMK artikkel 8 representerer med andre ord rammer for lovgivers regulering av en rekke aspekter av forholdet mellom barnet på den ene siden og foreldre eller andre omsorgspersoner på den andre siden.

2.7. Rettskilder

2.7.1. Oversikt

I norsk rett finnes det en rekke regler som beskytter hensynet til barnets beste, herunder Grunnloven §§ 104 og 102. De relevante internasjonale rettskildene som også er inkorporert i norsk rett er særlig FNs barnekonvensjon og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8. Barnets beste også er beskyttet av EUs charter om grunnleggende rettigheter artikkel 24. Praksis fra den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) er bindende for norsk rett. Praksis fra Barnekomiteen er viktige tolkningsfaktorer.

Av utlendingsloven § 3 følger direkte at «loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling». Bestemmelsen angir forrang til de folkerettslige regler Norge er bundet av, i favør av individet. Dette gjelder også rekkevidden av kravet om forholdsmessighet i § 70.

2.7.2. Lovvalg og tolkningsspørsmål

2.7.2.1. Forholdet mellom nasjonale og internasjonale rettskilder

Fremstillingen av terskelen for utvisning i saker som berører barn tar utgangspunkt i et kompleks rettkildebilde. Prinsippet om barnets beste er forankret både i folkeretten, konvensjonsretten og i nasjonal lovgivning på grunnlovsnivå og i den alminnelige lovgivning.

Norge har tradisjonelt et dualistisk system. Det innebærer et krav om implementering i norsk rett. Domstolene tar utgangspunkt i menneskerettighetene slik de er forankret i norsk rett. Denne forankringen skjer ved at norsk internrett gir rettslig status til internasjonale menneskerettslige konvensjoner, eller at rettighetene er direkte formulert i Grunnloven eller annet lovverk. EMK er inkorporert ved menneskerettsloven av 1999. Grunnloven har i 2014 fått sin egen menneskerettighetskatalog, jf. kapittel E om menneskerettigheter.

I 2003 ble barnekonvensjonen inkorporert med forrang gjennom menneskerettsloven. I tillegg ble det foretatt endringer i flere lover for å synliggjøre de menneskerettighetene som følger av barnekonvensjonen gjennom annet regelverk. Norge har foreløpig ikke ratifisert barnekonvensjons tredje tilleggsprotokoll om individuell klagerett.

Konvensjonsrettighetene og protokollene nevnt i menneskerettsloven § 2 gjelder som norsk lov i den utstrekning de er bindende for Norge. Dette gjelder både EMK og barnekonvensjonen. De har ved motstrid forrang foran annen lovgivning uten grunnlovs rang. EMDs rettspraksis er retningsgivende, jf. forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3. Bak forrangsbestemmelsen i § 3 ligger det en klar lovgivervilje om å styrke menneskerettighetene i norsk rett.

Grunnloven § 92 pålegger myndighetene å håndheve menneskerettighetskonvensjoner på det nivå de er gjennomført i norsk rett. Dette gjelder både EMK og barnekonvensjonen.

I tillegg vil gjennomslagskraften i norske domstoler avhenge av *presumsjonsprinsippet*, som går ut på at norsk rett så langt som mulig skal presumeres å være i samsvar med Norges forpliktelser etter folkeretten, og da slik at rettighetene håndheves på det nivå de er anerkjent i norsk rett.

2.7.2.2. Tolkningsspørsmål

Folkerettens tolkningsprinsipper er relevante rettskilder også for saker i norske domstoler, herunder prinsippene nedfelt i Wien-konvensjonen om traktatretten fra 1969, artikkel 31 til 33. Prinsippene anses som folkerettslig sedvane og er dermed bindende for alle stater. Tolkningen beror på ordlyd, formål, kontekst, statspraksis og traktatsforarbeider. Både EMK og barnekonvensjonen tolkes i lys av traktatretten.

Bestemmelsene i Grunnloven §§ 102 og 104 bygger i stor grad på EMK og barnekonvensjonen og tolkes i lys av disse. Høyesterett har et særlig ansvar for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettigheter, noe som begrenser hvilken vekt Høyesterett legger på fremtidig praksis fra internasjonale håndhevingsorganer, jf. særlig Rt-2015-93 (Maria), avsnitt 57.

Om forholdet til EMK og EMDs rettspraksis fastslår forarbeidene til menneskerettighetsloven: «...det overordnede mål er at norsk rettspraksis i størst mulig grad samsvarer med den til enhver tid gjeldende internasjonale tolkningspraksis». Norske domstoler må følgelig forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser.

Ved anvendelse av EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen. Dette oppsummeres slik i Rt-2005-833 avsnitt 45:

«Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.»

Når det tas stilling til betydningen av EMDs praksis, skal det tas hensyn til om saksforholdet i saker som er behandlet av EMD kan jevnføres med saken som Høyesterett skal behandle.

Et annet tolkningsspørsmål er hvordan norske domstoler skal forholde seg til konvensjonen, der man ikke kan bygge på gjeldende praksis fra EMD. EMD betrakter EMK som et *living instrument* som tilpasses endrede samfunnsforhold og nye utfordringer og tolkes i lys av *present day conditions*. Denne dynamiske tolkningsmodellen har særlig betydning for spørsmål knyttet til konvensjonspartenes suverenitet og ivaretagelse av individets vern. I Rt-2000-996 (Bøhler) side 1007-1008 fastslås at det ikke skal legges inn noen sikkerhetsmargin mot at Norge dømmes i fremtidige saker. Dersom norske domstoler skulle vært like dynamiske i sin tolkning som EMD er, ville man risikere at norske domstoler i enkelte tilfeller går lenger enn det som er nødvendig i forhold til EMK. Denne forståelsen er fulgt i senere rettspraksis.

Hva gjelder barnekonvensjonen vil avgjørelser og uttalelser fra overvåkningsorganet til konvensjonen, FNs barnekomité, ha betydning for tolkningen av konvensjonen, herunder særlig kommentarene i General Comments og rapportene om nasjonal gjennomføring (Concluding Observations) i forbindelse med statenes rapporteringer til komiteen hvert femte år. Høyesterett i en rekke saker har lagt til grunn at General Comments fra barnekomiteen er en relevant rettskilde når innholdet av konvensjonsforpliktelsene skal fastlegges. Hvilken vekt som skal legges på uttalelsene, beror blant annet på hvor godt de er forankret i konvensjonsteksten. Et sentralt moment er om det dreier seg om tolkningsuttalelser, eller om uttalelsen mer må sees som en tilrådning om optimal praksis på konvensjonens område, jf. Rt-2015-1388, avsnitt 151 følgende med videre henvisning til Rt-2009-1261 avsnitt 44. I HR-2018-2096-A avsnitt 16 heter det:

«Denne uttalelsen fremstår etter sitt innhold som en klar konvensjonstolkning, og må derfor, etter mitt syn, ha betydelig vekt når konvensjonens innhold på dette punkt skal

fastlegges, jf. Rt-2009-1261 avsnitt 41 med videre henvisning til Rt-2008-1764. Den forståelse som her kommer til uttrykk er også godt forankret i konvensjonens tekst.”

Bruken av General Comments er også berørt i Rt-2015-93 (Maria) som omhandlet tolkning av blant annet Grunnloven § 104 om hensynet til barnets beste. I premiss 63 og 64 uttales at §104 andre ledd har sin parallell i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og a «... det Barnekomiteen gir uttrykk for her, utgjør etter mitt syn et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av artikkel 3 nr. 1 - og dermed også ved tolkningen av Grunnloven § 104 andre ledd.»

3. Oversikt over gjeldende rett

3.1. *Nærmere om temaet*

Utvisningsinstituttet griper inn både i barnets rett til familieliv og barnets beste som et grunnleggende hensyn. Et naturlig utgangspunkt for besluttede myndigheter vil gjennomgående være at barnets beste normalt er å opprettholde sitt familieliv. Barnets beste er imidlertid – som utvalget skal komme tilbake til ved flere anledninger – ikke en absolutt rettighet og undergitt en omfattende prøving.⁷ Rettspraksis og forvaltningspraksis behandles også separat i del III kapittel 6 og 7.

3.2. *Prinsippet om barnets beste*

I alle saker som berører barn gjelder et overordnet prinsipp om at barnets beste er et grunnleggende hensyn, jf. Grunnloven §104 og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Disse bestemmelsene angir rammene for hva som må vurderes og vektlegges for å ivareta barnets interesser. Barnets beste, både som et overordnet rettsprinsipp av generell betydning av barnets beste som en grunnleggende verdi og som en rettighet, har dermed betydning både for fremgangsmåten og de materielle avgjørelsene. I saker som berører barn følger det av § 70 første ledd andre punktum at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Hvor tungt barnets beste skal veie, beror blant annet på hvor sterkt berørt barnet er og hvor alvorlig beslutningen er for barnet. Hensynet til barnet er som nevnt likevel ikke i alle tilfeller avgjørende. Avgjørelsen beror også på hvilke samfunnsinteresser utvisning skal ivareta og hvor tungtveiende disse er.

Konseptet om barnets beste stammer fra erklæringen om barnets rettigheter vedtatt av FN 20. november 1959. Den bestemmer som følger:

«Barnet skal nyte godt av særlig beskyttelse, og skal være gitt muligheter og fasiliteter, ved lov og på andre måter, for å sette ham i stand til å utvikle seg fysisk, mentalt, moralsk, åndelig og sosialt på en sunn og normal måte og under forhold med frihet og

⁷ HR-2019-2286-A (Yasmin) avsnitt 105.

verdighet. Ved vedtakelse av lover for dette formålet skal barnets beste være det viktigste hensynet.»

Begrepet ble brukt igjen i 1989 i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1:

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

Den Europeiske Unions Charter om grunnleggende rettigheter, som ble bindende med ikrafttreddelsen av Lisboa-traktaten 1. desember 2009, inneholder følgende artikkel:

Artikkel 24 – Barnets rettigheter “.

Barn skal ha rett til den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for deres trivsel. De kan uttrykke sine synspunkter fritt. Slike synspunkter skal tas i betraktning i saker som angår dem i samsvar med deres alder og modenhet.

Menneskerettigheter og internasjonale konvensjoner er sentrale i utviklingen og tolkningen av norsk rett. Det gjelder også i forhold til barnas rettsstilling. Utvisningsvedtak som berører barn, vil kunne medføre krenkelse av særlig to konvensjoner. Etter barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 skal barnets beste skal være et grunnleggende hensyn (*a primary consideration*), ved alle handlinger og avgjørelser som berører barn. Barnekomiteen forutsetter at hensynet til barnets beste må løftes i forgrunnen og ikke kan vurderes på samme nivå som alle andre hensyn, og at det skal foretas en nøye balansering av interessene og et passende kompromiss, dersom det er mulig.⁸ Utvisning av en forelder vil også kunne medføre krenkelse av barnets rett til et privatliv og familieliv. jf. Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8. EMD har ved vurderingen av forholdsmessighet i slike saker forutsatt at barnets beste er av vesentlig betydning (*paramount importance*):

“Where children are involved, their best interests must be taken into account.... On this particular point, the Court reiterates that there is a broad consensus, including in international law, in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests are of paramount importance.... Whilst alone they cannot be decisive, such interests certainly must be afforded significant weight. Accordingly, national decision-making bodies should, in principle, advert to and assess evidence in respect of the practicality, feasibility and proportionality of any removal of a non-national parent in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it.”⁹

Norsk praksis presumeres å være i overenstemmelse med denne vurderingsnormen. Selv om både barnekonvensjonen og EMK er implementert med lovs rang etter norsk rett, kan det dermed være en krenkelse dersom de tolkningsprinsipper og den praksis som kan utledes fra håndhevende kontrollorgan, ikke er fulgt i de avgjørelser som treffes av norske myndigheter.

⁸ Generell kommentar nr. 14 (2013) avsnitt 38.

⁹ Se EMDs avgjørelse i *Jeunesse mot Nederland* premiss 109.

Det finnes ingen uttømmende legaldefinisjon av barnets beste i norsk rett. Prinsippet om barnets beste er heller ikke entydig, men i større grad en dynamisk rettslig standard utviklet gjennom tid, og med et både materielt, prosessuelt og overordnet innhold. Ethvert tilfelle vil dessuten måtte vurderes konkret og individuelt. Det kan dermed ikke oppstilles noen absolutte terskler eller normer som kan styre forholdsmessighetsvurderingen i disse sakene.

Det norske regelverket bygger hovedsakelig på barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. og den fortolkning som er gjort av kontrollorganet FNs barnekomité. Barnekomiteen omtaler prinsippet om barnets beste som et tredelt konsept, som i) inneholder en selvstendig rett for barnet til å få vurdert hva som er barnets beste, og å få dette lagt til grunn som et grunnleggende hensyn, ii) et grunnleggende juridisk prinsipp som innebærer at tolkningen som best tjener barnets beste, skal legges til grunn, og iii) en prosedyreregulering som innebærer at alle beslutningsprosesser som påvirker barn, må inkludere vurderinger av effekter for barn.¹⁰ Barnekomiteen legger videre til grunn at begrepet «barnets beste» er fleksibelt og må vurderes fra sak til sak. Komiteen uttaler også at begrepets rettslige innhold er dynamisk. Komiteen har i tillegg utarbeidet en liste over momenter som kan tas i betraktning ved fastlegging av barnets beste. Her inngår barnets egne synspunkter, barnets identitet, sårbarhet, hensyn til familiemiljøet og rett til omsorg og beskyttelse som eksempler på momenter som kan være relevante å ta i betraktning.¹¹ Utvalget vil komme nærmere tilbake til disse spørsmålene i kapittel 4.

Hensynet til barnets beste er tillagt stor vekt i en rekke avgjørelser i EMD, der retten til et familieliv etter artikkel 8 er prøvd i forhold til utvisning. I flere saker mot Norge, der Norge ble dømt, var det nettopp i vektingen av hensynet til barna at brudd på artikkel 8 ble konstatert. Inngrepene ble sett på som uforholdsmessige – i strid med prinsippet om *fair balance* – fordi utvisning ble for tyngende for barnet, sett forhold til inngrepets formål. Myndighetene hadde ikke truffet rett balanse mellom de samfunnsmessige hensyn og konsekvensene for barnet. Dette vurderes i kapittel 5.

Det følger av Grunnloven § 104 at barn har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og at deres mening skal tillegges vekt i samsvar med deres alder og utvikling. Etter utlendingsforskriften § 17-3 skal barn som har fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, gis anledning til å bli hørt i saker som gjelder dem. Barns rett til å bli hørt er også nedfelt i FNs barnekonvensjon artikkel 12. Utvalget vil komme nærmere tilbake til dette spørsmålet i kapittel 4.

¹⁰ Generell kommentar nr. 14 (2013) avsnitt 6.

¹¹ Generell kommentar nr. 14 (2013) avsnitt 48 flg.

3.3. *Utvisningsreglene*

3.3.1. *Hjemmelen for utvisning*

Et utvisningsvedtak er et inngripende tiltak og krever derfor klar hjemmel i lov, jf. Grunnloven § 113. Vilkårene for å fatte utvisningsvedtak er regulert i utlendingsloven kapittel 8. Etter utlendingsloven §§ 66, 67 og 68 kan myndighetene vedta utvisning dersom vilkårene i utvisningsgrunnlagene er oppfylt. Inngrepets styrke tilsier en streng ordlydsfortolkning. Hjemmelen til å utvise er fakultativ, med unntak av tilfellene som omhandlet i § 66 annet ledd bokstav a og b. Bestemmelsen i § 70 setter opp et krav om at utlendingen bare kan utvises dersom inngrepet ikke fremstår som uforholdsmessig.

Det er Utlendingsdirektoratet (UDI) som er gitt kompetanse til å fatte vedtak om utvisning i første instans, og Utlendingsnemnda (UNE) er klageinstans. At utlendingsmyndighetene skal drive kontroll er forankret i Utlendingslovens formålsparagraf (utlendingsloven §1) som sier at:

Loven skal gi grunnlag for regulering av og kontroll med inn- og utreise, og utlendingers opphold i riket, i samsvar med norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser.

Utvisning på grunn av overtredelse av bestemmelser i utlendingsloven er regulert i utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a. Etter denne bestemmelsen kan en «utlending uten oppholdstillatelse» utvises i følgende tilfeller:

En utlending kan utvises når utlendingen grovt eller gjentatte ganger har overtrådt en eller flere bestemmelser i loven her, forsettlig eller grovt uaktsomt har gitt vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger i en sak etter loven, eller unndrar seg gjennomføringen av et vedtak som innebærer at vedkommende skal forlate riket.

Det er altså fire alternativer; grovhet og hyppighet, opplysningsfeil og manglende etterlevelse.

Etter utlendingsloven § 71 annet ledd annet punktum kan innreiseforbudet gjøres varig eller tidsbegrenset, men ikke for et kortere tidsrom enn ett år. Nærmere regler er gitt i utlendingsforskriften § 14-2. Bestemmelsens annet ledd første punktum lyder:

Innreiseforbud gitt i medhold av lovens § 66 første ledd bokstav a, d, f og annet ledd, kan gis for ett år, to år eller fem år. Dersom «utlendingen har barn i Norge som vedkommende i lengre tid har bodd fast sammen med eller har utøvd samvær med av et visst omfang, og utlendingen skal fortsette å bo sammen med eller videreføre samværet med barnet», skal innreiseforbudet som hovedregel ikke settes til mer enn to år, jf. utlendingsforskriften § 14-2 tredje ledd tredje punktum.

Ved ulovlig opphold eller ulovlig arbeid, følger det av utlendingsforskriften at det (under visse forutsetninger) ikke skal treffes vedtak om utvisning av utlendinger som har mindreårige

barn i Norge som de lever sammen med, med mindre det ulovlige oppholdet eller arbeidet har vart i mer enn to år.

Utlendingen er dessuten vernet mot utvisning dersom vedkommende ville blitt sendt til et land hvor vedkommende risikerer å bli utsatt for forfølgelse. Vernet mot retur vil også kunne gjelde i situasjoner hvor det foreligger ekstraordinære humanitære forhold som innebærer at utsendelsen i seg selv vil utgjøre umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

3.3.2. *Utvisning er ikke straff*

Utvisning er et administrativt tiltak – selv om det i mange tilfeller oppleves som mer inngripende enn straffereaksjoner – og ikke regnet som straff. Det er i dag sikker rett at EMK artikkel 6, som har regler om rettferdig rettergang i saker om borgerlige rettigheter og plikter og i forbindelse med en straffesiktelse, ikke får direkte anvendelse i saker om utvisning av utlendinger.¹² Fra norsk praksis vises det til HR-2016-1252-A avsnitt 32. Her slås det fast at utvisning ikke er å anse som straff etter Grunnloven § 95.

3.3.3. *Formålet bak reglene om utvisning*

Utvisning er som nevnt en forvaltningsmessig reaksjon på lovovertrедelser som utlendingen har begått, og er den strengeste sivile reaksjonen etter utlendingsloven. Reaksjonen innebærer et rettighetstap og kan være svært inngripende for den enkelte. Mange opplever utvisning som langt mer inngripende enn det å bli ilagt straff.

Begrepet utvisning brukes ofte feilaktig i media om utlendinger som har fått pålegg om å forlate Norge som følge av et avslag på en søknad om opphold i Norge. Et vedtak om utvisning innebærer (som regel) at utlendingen må forlate landet, men like essensielt er det at utlendingen blir ilagt et fremtidig innreiseforbud til Norge og i mange tilfeller også til Schengen, noe som er kjernen i utvisningsinstituttet.

Utvisning er dermed noe annet enn *bortvisning*. Bortvisning er en forvaltningsmessig reaksjon som innebærer at personen enten blir nektet innreise ved grensen, eller må forlate Norge og i utgangspunktet hele Schengen med mindre utlendingen har et oppholdsgrunnlag i et annet Schengenland. Et vedtak om bortvisning medfører imidlertid ikke noe forbud mot fremtidig innreise såfremt bortvisningsgrunnen er reparert.

Utvisning kan besluttes både når utlendingen er dømt for straffbare handlinger og ved overtrедelser av utlendingsloven. Overtrедelse av utlendingsloven er i seg selv straffbart, jf. utlendingsloven § 108. Ved at myndighetene er gitt en særskilt hjemmel i utlendingsloven for å utvise for brudd på utlendingsloven, kan det treffes vedtak om utvisning for slike lovbrudd uten å gå veien om tiltale og straff. Dette er godtatt av EMD, men trolig en særnorsk ordning.

¹² Se blant annet EMDs avgjørelser i *Maaouia mot Frankrike* og *Muhammad og Muhammad mot Romania*.

Utvisningsinstituttet er følgelig et middel for å beskytte samfunnet mot personer som kan utgjøre en samfunnsfare, og for å bidra til respekt for norske lover og regler. I forarbeidene til utlendingsloven er det trukket frem at det ville stride mot den alminnelige rettsfølelsen og svekke folks tillit til migrasjonspolitikken dersom det ikke skulle være rom for å utvise utlendinger som begår kriminalitet eller som truer grunnleggende samfunnsinteresser. Allmennpreventive hensyn er også en sentral begrunnelse for utvisning. Dette fremgår av forarbeidene til utlendingsloven og anses for å være legitime grunner, i henhold til EMK artikkel 8 (2) og praksis fra EMD.

Ved utvisning på grunn av straff vil individualpreventive hensyn ofte være med å begrunne utvisningen. Når det gjelder utvisning for brudd på utlendingsloven derimot, er formålet med utvisning i all hovedsak begrunnet i allmennpreventive hensyn. Utvisning for brudd på utlendingsloven anses for å fremme et legitimt formål, nemlig regulering og kontroll med at innvandringen skjer i legaliserte former. I Ot.prp. 75, 2006 -2007, Utlendingsloven, side 51 fremkommer:

«Norske myndigheter har et legitimt behov for å kjenne identiteten til alle utlendinger som oppholder seg i Norge og får tillatelse her. Den klare hovedregelen er at alle som søker om tillatelse til opphold i landet, skal dokumentere sin identitet.»

Dette følges opp på side 289:

«Norske myndigheter baserer seg på at alle utlendinger som kommer til Norge følger norsk lov og søker om de nødvendige tillatelser for opphold i riket, gir riktige opplysninger i forbindelse med søknader etter loven og etterkommer den lovpålagte plikten til å forlate landet etter avslag på søknad om opphold eller ved utløp av gjeldende oppholdstillatelse. Dette er i hovedsak et tillitsbasert system, fordi det ikke er mulig for myndighetene å ha effektiv kontroll med alle utlendingers innreise og opphold i Norge. ... Å gi uriktige og/eller villedende opplysninger i forbindelse med søknad og unndratt effektivering og ulovlig opphold, bidrar til å undergrave en regulert og kontrollert innvandring.»

3.4. *Nærmere om brudd på utlendingsloven og hvem som kan utvises*

3.4.1. *Innledning*

Generelt gjelder det visse absolutte skranker for utvisning. En norsk borger kan ikke utvises. Det kan heller ikke en utlending som er født i Norge og har bodd her uavbrutt. En utlending med et beskyttelsesbehov er også vernet mot utvisning.

Det er kun utlendinger *uten oppholdstillatelse* som kan utvises etter utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a for brudd på utlendingsloven. En utlending med gyldig tillatelse kan ikke utvises for brudd på utlendingsloven. Dersom vilkårene for å tilbakekalle tillatelsen er oppfylt, kan utlendingen likevel bli utvist for overtredelse av utlendingsloven.

Utvisning av EØS-borgere er særskilt regulert i kapittel 13 i utlendingsloven. De kan ikke utvises for brudd på utlendingsloven.

Det er ingen forutsetning for å kunne utvises for brudd på utlendingsloven at man har vært i Norge. I en rekke visumsaker for eksempel har det ved ambassadene vært avdekket at det er lagt frem falske dokumenter, gjerne id-dokumenter som har gitt grunnlag for vedtak om utvisning og innmelding i Schengen informasjonssystem (SIS). Det har vært et effektivt virkemiddel for å hindre visumshopping ved andre lands ambassader i det norske myndigheter ikke har myndighet til å beslaglegge de fremlagte dokumentene. Andre lands ambassader i Schengen-samarbeidet vil kunne fange opp Schengen-registreringen og avslå visum/tillatelse på det grunnlag. Også i andre saker hvor det blir fremlagt falsk dokumentasjon ved utenriksstasjonen blir det opprettet utvisningssak for vurdering.

Utlendingsloven har ingen nedre aldersgrense for utvisning. Det er ikke noe absolutt vern mot utvisning for utlendinger som kom til Norge i ung alder. I praksis vil det som den klare hovedregel anses som uforholdsmessig å utvise når utlendingen kom som barn og har flere års uavbrutt opphold i Norge.

3.4.2. Objektive vilkår

Grunnvilkårene eller de objektive vilkårene for utvisning fremgår av utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a. De fire alternative vilkårene for utvisning nevnt her danner hver selvstendig grunnlag for utvisning. Disse er grove eller gjentatte brudd på utlendingsloven, vesentlig uriktige og eller villedende opplysninger og unndratt effektivering

I praksis er det vanlig at overtredelsene faller inn under flere av alternativene. Grovt brudd på utlendingsloven og vesentlige uriktige og eller villedende opplysninger er de mest praktiske. Unndratt effektivering blir sjelden anvendt som utvisningsgrunnlag alene, men brukes ofte sammen med overtredelser som ulovlig opphold og eventuelt ulovlig arbeid.

Det er det sivilrettslige kravet til alminnelig sannsynlighetsovervekt som legges til grunn for å konstatere overtredelse av utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a.

3.4.3. Brudd på utlendingsloven § 66 første ledd a

3.4.3.1. Nærmere om grov overtredelse av utlendingsloven

For at overtredelsen av utlendingsloven skal gi grunnlag for utvisning er det et vilkår at overtredelsen må være grov. Utlendingsloven har ikke regulert nærmere hva som anses som «grov» overtredelse. Det fremgår av forarbeidene til utlendingsloven at overtredelsen ikke må være bagatellmessig, den må være av et viss alvorlighet for å nå opp til terskelen grov. Grensedragningene for hva som ligger i dette er utviklet gjennom langvarig og omfattende forvaltningspraksis.

Det ligger ikke noe skyldkrav i vilkåret til grov overtredelse. Det er fastslått av Høyesterett, Rt 2012 s.1943.

I UDIs retningslinje, UDI 2010-024, er det gitt en rekke typetilfeller som gir eksempler på praksis ved grov overtredelse av utlendingsloven og er retningsgivende for vurderingen av forholdets alvor i forholdsmessighetsvurderingen. Typiske grove brudd på utlendingsloven vil være ulovlig opphold og eller arbeid i ulike kombinasjoner og ofte i sammenheng med at utlendingen har unnlatt å forlate Norge etter avslag på en søknad om oppholds- eller arbeidstillatelse.

Ved ulovlig opphold angir retningslinjene detaljerte eksempler på praksis om brudd på utlendingsloven § 55 annet ledd, som sier: «En utlending som akter å ta opphold i riket utover tre måneder uten å ta arbeid, må ha oppholdstillatelse.» Personer som oppholder seg ulovlig i landet vil blant annet være personer som aldri har hatt oppholdstillatelse, eller oppholdstillatelsen ikke har blitt fornyet, oppholdstillatelsen er tilbakekalt, utlendingen forlater ikke riket etter endelig avslag på søknad, eller ikke fått samtykke til utsatt iverksetting av negativt vedtak.

Rundskrivet presiserer tilfeller der utlendingen uavhengig av utlendingsloven § 55 har lovlig opphold. En asylsøker vil ha lovlig opphold fra det tidspunkt vedkommende søker asyl, og en utlending har lovlig opphold om det er gitt utsatt iverksetting.

Innenfor de typiske bruddene og kombinasjoner av disse angis i retningslinjene ulike lengder av det ulovlige oppholdet eller arbeidet, som vil være retningsgivende for vurderingen av forholdets alvor og om det er grovt og veiledende for vurderingen av innreiseforbudets lengde, som varierer fra to år til ti år eller varig. Likevel er dette utgangspunkter for en vurdering. Forholdets alvor og andre skjerpene omstendigheter kan føre til at innreiseforbudet heves, eller motsatt settes ned dersom forholdet anses som mindre alvorlig.

På tilsvarende måte er praksis regulert ved ulovlig opphold ved fornyelse og førstegangs søknad, ulovlig arbeid, ulovlig opphold og arbeid, og ulovlig arbeid ved manglende fornyelse av tidligere oppholdstillatelse.

I 2008-2009 ble praksis ved manglende fornyelse av oppholdstillatelsen der utlendingen har hatt en tillatelse og vilkårene for ny tillatelse er oppfylt og har vært oppfylt siden utløpet av forrige tillatelse, endret. Terskelen for vurderingen av forholdets grovhet ble hevet. Et ulovlig opphold på inntil 6 måneder anses ikke som en grov overtredelse. De allmennpreventive grunnene for utvisning er ikke like sterke i disse sakene hvor utlendingen fortsatt fyller vilkårene. Manglende fornyelse er ikke begrunnet i at personen får en rett etter utlendingsloven som personen ellers ikke ville fått.

Dersom vilkårene for en ny tillatelse imidlertid ikke er oppfylt eller det ulovlige oppholdet er lengre enn 6 måneder, gir rundskrivet anvisning på at det må foretas en konkret vurdering av hvor grov overtredelsen anses. Det må da ses hen til hvordan det ulovlige opphold som helhet fremtrer. I rundskrivet angis en rekke momenter som er relevante ved vurderingen av forholdets grovhet.

Momenter i en slik vurdering vil være varigheten av det ulovlige oppholdet, om det er fremsatt ny søknad, hvor lang tid som er gått før søknad om fornyelse ble fremsatt, om den tidligere oppholdstillatelsen kan fornye, hvorvidt vilkårene for å kunne få en oppholdstillatelse var oppfylt i perioden uten oppholdstillatelse og om utlendingen fortsatt fyller vilkårene for fornyelse eller for å få en oppholdstillatelse på et nytt grunnlag. Retningslinjene gir altså momenter og veiledning for den konkrete vurderingen rettsanvenderen selv må foreta.

Praksis ved ulovlig arbeid er like nyansert som for ulovlig opphold. Det skilles mellom ulovlig opphold og arbeid og kun ulovlig arbeid. Ulovlig arbeid foreligger når personen har arbeidet uten å ha oppholdstillatelse som gir rett til arbeid eller har jobbet i større utstrekning enn tillatelsen gir grunnlag for. Typiske eksempler er der personen har jobbet som noe annet enn det faglærtillatelsen ga grunnlag for eller for en annen arbeidsgiver enn først avtalt. Siden 2014 har det vært et særlig fokus på arbeidsmarkeds kriminalitet og konsekvensene av dette for det norske samfunn. Utvisningspraksis ble etter dette skjerpet. I tilfeller der det er sannsynlig at utlendingens arbeid kan knyttes til et av kriteriene for arbeidslivskriminalitet, kan påbegynt arbeid i seg selv være tilstrekkelig til å vurdere 2 års utvisning. I andre tilfeller er utgangspunktet for vurderingen av forholdets alvor ved ulovlig opphold og arbeid på inntil en uke, at det reageres med bortvisning.

3.4.3.2. Nærmere om vesentlig uriktige og villedende opplysninger

Det tredje alternativet i utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a om vesentlig uriktige eller villedende opplysninger kom med ny lov inn som et nytt grunnlag i bestemmelsen om brudd på utlendingsloven. I tidligere lov var dette grunnlaget regulert i utlendingsloven § 47 og § 44, men er nå tydeliggjort som selvstendig vilkår i utlendingsloven av 2008.

Dette grunnlaget brukes selvstendig, men også i kombinasjon med de andre grunnlagene i bestemmelsen. Bestemmelsen omfatter det å positivt gi uriktige opplysninger, men også det å holde tilbake opplysninger av vesentlig betydning. Både det å gi uriktige opplysninger i egen utlendings sak, og andres, er omfattet.

Det er en forutsetning at overtredelsen er forsettlig eller grovt uaktsom, og opplysningene må være «vesentlig uriktig eller åpenbart villedende». Graden av utlendingens aktivitet og handling for å understøtte de uriktige opplysningene vil være av betydning for vurderingen av om forholdet anses forsettlig eller grovt uaktsomt. I den grad de uriktige opplysningene og utlendingens handlinger påvirker utlendingsforvaltningens ressursbruk og kontroll med å få

og klarhet i fakta, desto grovere vil overtredelsen være, men da ikke som en tolkning av selve grunnvilkåret, jf. Rt. 2011 s. 948 (Kosovo). Også graden av god tro og mulig klander vil virke inn.

Ikke alle uriktige opplysninger utlendingen gir utlendingsmyndighetene, gir grunnlag for utvisning. Det er en forutsetning for utvisning at det er en årsakssammenheng mellom de opplysninger som gis og det som ønskes oppnådd. Altså må opplysningene ha vært av «vesentlig» betydning for vedtaket.

I noen tilfeller vil viktige identitetslementer som navn og alder kunne være feil. Når dette skyldes forhold utenfor utlendingens kontroll som f.eks ved transkribering eller utlendingen kommer fra en kultur der det er manglende bevissthet rundt nøyaktig fødselsdato, og det er manglende registrering av fødselsdato i myndighetsregistre, vil dette ikke gi grunnlag for utvisning.

I utlendingsloven er det flere hjemler som regulerer en utlendings plikt til å medvirke til å gi korrekte opplysninger til utlendingsmyndighetene. Etter utlendingsloven § 83 har utlendingen en møte- og opplysningsplikt og en plikt til å medvirke til å avklare sin identitet inntil antatt korrekt identitet er registrert. Utlendingslovens § 93 pålegger en utlending som søker beskyttelse plikt til å medvirke til å innhente nødvendige opplysninger. Dette er overtredeshjemler som gir grunnlag for utvisning etter ul § 66 første ledd a første alternativ, grove brudd på utlendingsloven.

Typiske overtredelser av utlendingsloven § 83 og § 93 kan omfatte uriktige opplysninger om identitet, ekteskapsgrunnlaget, beskyttelsesbehov, falske/forfalskede dokumenter og reiserute og/eller søknad om beskyttelse i et annet land.

Retningslinjen UDI 2010-024 gir en rekke typeeksempler på uriktige og tilbakeholdte opplysninger (som kan være et utvisningsgrunnlag etter utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a tredje alternativ) og en vurdering av forholdets grovhet. Uriktige opplysninger ved ovennevnte overtredelser er ved kjernen av hva utlendingsmyndighetene skal kontrollere. I alle typetilfellene i retningslinjen er også utgangspunktet for vurderingen av forholdets grovhet 5 års innreiseforbud.

3.4.3.3. Nærmere om gjentatte brudd

Etter utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a annet alternativ vil *gjentatte* overtredelser av utlendingsloven kunne gi grunnlag for utvisning. Det fremkommer i forarbeidene at dette er ment å omfatte overtredelser som hver for seg ikke er så grove, men som samlet vil anses som et grovt forhold. Det er ikke krav om at overtredelsene knytter seg til samme forhold. Det er heller ikke krav om at det må ha gått en viss tid mellom overtredelsene, Bestemmelsen omfatter både overtredelser begått på samme tid og overtredelser som er tidsmessig atskilt.

Utgangspunktet i praksis er likevel at det ikke må ha gått mer enn 2 år mellom overtredelsene, med mindre det er klar sammenheng mellom overtredelsene. Det er ikke krav til antall overtredelser før utvisning kan være aktuelt. Det er heller ikke avgjørende at det har vært reagert tidligere for at man skal se dem i sammenheng. Typiske eksempler er der utlendingen har vært bortvist gjentatte ganger. Et utgangspunkt for vurderingen av forholdets alvor er utvisning med 2 års innreiseforbud.

3.4.3.4. Nærmere om unndratt effektuering og oversittet utreisefrist.

I tilfeller der en utlending har unndratt seg effektuering av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate Norge og Schengen, kan utvisning skje etter to bestemmelser. I noen tilfeller brukes bestemmelsene sammen, i andre separat.

Selv om myndighetene og politiet ofte vil være involvert i forbindelse med uttransport, og i noen tilfeller kan bruke tid på dette da utlendingen f.eks. kan ha «gått under jorden», så er det ikke relevant for om grunnlaget for utvisning er til stede. Det avgjørende er at utlending er gitt påbud om å forlate Norge og Schengen og således har en selvstendig plikt til å innrette seg etter vedtaket å forlate riket. Utlendingen har ingen valgmulighet til å bli i Norge etter et avslag på en søknad.

Som hovedregel skal utlendingsloven § 66 annet ledd bokstav a anvendes. Den kom som en følge av innføringen av returdirektivet i norsk rett 24. desember 2010.

Det følger av returdirektivet at det i vedtak som medfører en plikt til å forlate landet som hovedregel skal settes en utreisefrist på mellom syv og tretti dager. Dersom utlendingen ikke forlater Norge og Schengen innen denne fastsatte fristen, skal en utlending uten oppholdstillatelse utvises når utlendingen ikke har overholdt plikten til å forlate riket innen utreisefristen gitt i medhold av § 90 sjette ledd.

I motsetning til de andre utvisningshjemlene hvor det er et kan-skjønn, har Norge påtatt seg en plikt til å utvise når vilkårene er oppfylt. Selv om dette er en «skal-bestemmelse» må det imidlertid alltid foretas en forholdsmessighetsvurdering.

Grunnlaget for utvisning inntreffer idet utreisefristen oversittes, og ved oversittet utreisefrist med inntil en måned vurderes utvisning med 1 års innreiseforbud. Innreiseforbud med 1 års varighet ble innført for tilfeller omfattet av returdirektivet der utreisefristen oversittes. Dette fremgår av departementets rundskriv GI-17/2010:

«Lovens § 71 annet ledd annet punktum innebærer at det kan gis et tidsbegrenset innreiseforbud på ett år, men ikke for et kortere tidsrom. Ettårsgrensen er derfor tatt inn i § 14-2 annet ledd første punktum som et alternativ til innreiseforbud på to år eller fem år. Dersom grunnlaget for utvisningen er hjemlet i andre bestemmelser enn de som fremgår av første punktum, kan det ikke gis ett års innreiseforbud. Departementet presiserer at ettårsgrensen ikke er tatt inn blant alternativene i forskriftens § 14-2 første

ledd bokstavene a–c. To års innreiseforbud vil derfor fortsatt være den nedre grense for varigheten av innreiseforbudet i saker som ikke faller inn under § 14-2 annet ledd. Verken loven eller forskriften regulerer nærmere når det bør gis innreiseforbud på ett år. Departementet viser til proposisjonen, hvor det fremgår at ettårsgrensen ble tatt inn i loven av rimelighetsgrunner fordi man ved gjennomføring av direktivet fikk en lavere terskel enn tidligere for å fatte vedtak om utvisning. En utlending kan nå utvises etter bare få dagers ulovlig opphold eller der en utreisefrist ikke gis. Som nevnt ovenfor, var den nedre terskel for innreiseforbudets varighet tidligere to år, jf. § 14-2 første ledd. Departementet presiserer at senking av varigheten til ett år ikke er tilsiktet å skulle gjelde i andre tilfeller enn direktivtilfellene.»

Utvisning ved unndratt effektivering er også hjemlet i utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a fjerde alternativ. Den kommer til anvendelse der utlendingen har unnlatt å forlate Norge etter et vedtak som innebærer at vedkommende har en plikt til å reise ut og utlendingen ikke er gitt en utreisefrist. Utreisefrist kan blant annet unnlates der utlendingen bortvises eller utvises ved Schengenyttergrensen, eller der utlendingen er utvist på grunn av straff. I UDI 2010 - 024 er det gitt noen typeeksempler og utgangspunkt for vurderingen av forholdets alvor og innreiseforbudets lengde og forhold som kan virke skjerpene på vurderingen.

3.5. Kravet om forholdsmessighet ved utvisning

3.5.1. Innledning

Selv om de objektive vilkårene etter § 66 første ledd bokstav a er oppfylt, er det ikke dermed sikkert at utlendingen kan utvises. Det følger av utlendingsloven § 70 at det ved enhver utvisning gjelder et krav til forholdsmessighet som skal vurderes. Det kan ikke treffes vedtak om utvisning dersom et slikt vedtak er uforholdsmessig. Det skal altså foretas en interesseavveining mellom samfunnets behov for å foreta inngrepet og styrken av inngrepet overfor individet.

En bestemmelse om krav til forholdsmessighet fantes også i utlendingsloven 1988 § 29 annet ledd, se Ot.prp. nr. 46 (1986–87). Gammel utlendingslov hadde likevel ingen nærmere retningslinjer for forholdsmessighetsvurderingen og avveiningen mellom forholdets grovhet og utlendingens tilknytning til riket.

Utlendingsloven § 70 første ledd lyder slik:

En utlending kan ikke utvises dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

Forholdsmessighetsbestemmelsen må leses i sammenheng med de menneskerettslige forpliktelsene i Grunnloven § 102 første ledd første punktum, Grunnloven § 104 og

EMK artikkel 8 om rett til respekt for privatliv og familieliv. De norske reglene presumeres å være i samsvar med EMK.

Forholdsmessighetsvurderingen i EMK-retten forutsetter at et statlig inngrep er nødvendig i et demokratisk samfunn. Det er staten som må presentere og sannsynliggjøre at det foreligger relevante og tilstrekkelige grunner for inngrepet. Grunnene må være både relevante og tilstrekkelige og overgå den individuelle interessen. De sentrale elementene i forholdsmessighetsvurderingen utgjør fire elementer. Det må først vurderes om inngrepet bygger på et legitimt formål, jf. de opplistede formålene i EMK artikkel 8–11 andre ledd. For det andre må det foreligge et presserende samfunnsmessig behov som står i forhold til inngrepets styrke (proporsjonalitet). Inngrepet må dessuten være egnet til å realisere formålet. Domstolene må også ta stilling til om det er nødvendig å gå frem på en så inngripende måte, eller om målet kunne vært nådd med lempeligere midler. Det må i tillegg vurderes som formålet er tilstrekkelig tungtveiende. Det anvendes altså et konkret sammenlignende perspektiv, der inngrepets styrke overfor den som rammes, må veies opp mot de legitime samfunnsinteressene som tilsier inngrep. Utlendingslovens bestemmelser i §§ 66-68 angir ytterpunktene for interesseavveiningen.

Ordlyden i utlendingsloven § 70 innebærer at det ved ethvert vedtak foreligger en plikt til å foretas en konkret avveining, der «forholdets alvor», og dermed de samfunnsmessige behov for å utvise, veies mot utlendingens tilknytning til riket. Forholdsmessighetsvurderingen må altså ta utgangspunkt i grunnlaget for utvisning. Dette gjelder også ved utvisning på grunn av overtredelse av bestemmelser i utlendingsloven følger av utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a. Jo alvorligere bruddet er, jo tyngre vil dette momentet veie i helhetsvurderingen. jf. HR-2019-2286-A (Yasmin) avsnitt 49. Når grunnlaget for utvisningen er brudd på utlendingsloven, er det fremhevet i rettspraksis at vurderingen av forholdets alvor må ses i et forvaltningsrettslig perspektiv.

I tillegg oppstilles et krav om at der utvisning berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn, jf. § 70 første ledd annet punktum.

Bestemmelsen gir anvisning på et rettsanvendelsesskjønn. Ved vurderingen av vedtakets forholdsmessighet har domstolene dermed full prøvingskompetanse, jf. Rt. 1998 s. 1794. Høyesterett kan da prøve om rettskildene – norske og internasjonale – er riktig forstått og anvendt. Dette omfatter også den konkrete, skjønsmessige avveiningen av de hensyn som gjør seg gjeldende, jf. for eksempel Rt-2005-229 avsnitt 34, Rt-2009-546 avsnitt 26 og HR-2016-2286-A avsnitt 37. I Rt-2015-93 (Maria), avsnitt 60, uttaler Høyesterett i denne forbindelse:

«Forholdsmessighetsvurderingen må ha for øye balansen mellom de beskyttede individuelle interessene på den ene siden og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltaket på den andre.»

Prøvingen skal ta utgangspunkt i forholdene på vedtakstidspunktet, men det er adgang til å se hen til etterfølgende forhold som kaster lys over den faktiske situasjonen på vedtakstidspunktet, jf. *Yasmin-dommen*, avsnitt 37 og Rt-2012-1985 avsnitt 81.

En oppsummering av de rettslige utgangspunktene for forholdsmessighetsvurderingen er gitt i *Yasmin-dommen*, avsnitt 105-110.

Den 10. september 2021 trådte det i kraft en endring ved innføring av utlendingsloven § 70 annet ledd. Denne bestemmelsen innebærer at det ved alvorlige brudd på utlendingsloven som gir grunnlag for utvisning, kan fastsettes et krav til tilleggstid for å få permanent oppholdstillatelse ut over det ordinære kravet til tre eller fem års botid. Utvalget vil beskrive denne regelen nærmere i punkt 7.5.

3.5.2. Forarbeidene til utlendingsloven § 70

De sentrale forarbeidene til § 70 første til annet ledd finnes i Ot.prp. nr 75 (2006-2007) s. 281, s 291-293 og s 453. Tredje ledd i bestemmelsen om barnets beste kom inn ved lov 7. mai 2012 nr. 32 l og er omhandlet i Prop. 83 L (2020-2021) og Innst. 343 L (2020–2021). Hvordan hensynet til barnet skal vektes, er nærmere regulert i forskriften § 14-1 og § 14-2, som kodifiserte i all hovedsak tidligere retningslinjer fra Justisdepartementet (IM 1999-036) om utvisning av utlendinger med barn i Norge.

Det følger av forarbeidene at spørsmålet om utvisning er uforholdsmessig, beror på en avveining av alle relevante hensyn med utgangspunkt i alvoret av det lovbruddet utvisningsvedtaket bygger på og utlendingens tilknytning til riket, jf. Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 291:

I hver enkelt sak må det foretas en avveining av alle relevante hensyn med utgangspunkt i forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket, samt konsekvensene for familien og barna.

De relevante momentene i forholdsmessighetsvurderingen har sitt utgangspunkt i forarbeidene til utlendingsloven Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 292. Her heter det;

«Når det er slått fast at de objektive kriteriene for utvisning er til stede, må det foretas en vurdering av om utlendingen likevel ikke bør utvises. Utvisning skal ikke besluttes dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familie-medlemmene, jf. § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd. Hvorvidt utvisning er et uforholdsmessig tiltak, beror på en sammensatt vurdering. Viktige momenter her er blant annet

- forbrytelsens art,
- den utmålte straffen,
- straffebudets øvre strafferamme,

- ved overtredelse av utlendingsloven; i hvilken grad utlendingen selv kan bebreides eller om det forelå aktsom god tro,
- utlendingens tilknytning til Norge vurdert i forhold til tilknytningen til hjemlandet, der momenter som botid og slektninger i hhv. Norge og hjemlandet, alder ved ankomst til Norge, grunnlaget for oppholdet i Norge, reiser til hjemlandet og lengden av eventuelle opphold der, språkferdigheter mv. er relevant,
- om utlendingen har familie og eventuelt mindreårige barn i Norge, og hensynet til dem, herunder om utlendingen bor sammen med sin familie, har omsorgsansvar for barn mv.,
- hvorvidt familielivet ble etablert før eller etter at utlendingen burde forstått at utvisning kunne være aktuelt,
- muligheten for fortsettelse av familieliv i hjemlandet,
- utlendingens eller familiemedlemmenes helsetilstand og konsekvenser ved utvisning av denne grunn,
- graden av integrering gjennom blant annet utdanning og arbeid»

3.5.3. *Statens interesser ved brudd på utlendingsloven*

Forholdsmessighetsvurderingen inneholder også en vurdering av styrken av statens interesser. Her vil innvandringsregulerende hensyn og allmennpreventive hensyn stå sentralt. Ordlyden i utlendingsloven § 70 peker på «forholdets alvor» og dermed selve utvisningsgrunnlaget i saken. Alvorlighetsgraden ved brudd på utlendingsloven skal etter sikker rett vurderes ut fra et forvaltningsmessig perspektiv, jf. Rt-2011-948 (Kosovo) avsnitt 47. Lovbrudd som i sterk grad rammer de kontrollhensyn og den tillit til innvandringskontrollen som utlendingsloven skal ivareta, regnes normalt av norske myndigheter som alvorlige, jf. HR-2019-2286-A avsnitt 50-51 med videre henvisning til Rt-2009-534 avsnitt 49:

«Ved vurderingen av alvorret i disse forholdene kan det ikke legges vesentlig vekt på hvorledes de skal bedømmes strafferettslig. Overtredelsene av utlendingsloven må snarere ses i et forvaltningsrettslig perspektiv. Med det store antall søknader som fremmes etter loven, må myndighetene i stor grad basere sin kontroll på at søkere gir riktige opplysninger og for øvrig forholder seg lojalt til loven og de vedtak som fattes i medhold av den. Systemet bygger således på tillit. Allmennpreventive hensyn tilsier derfor at overtredelser bør få konsekvenser for søkerens muligheter til å oppnå de rettigheter loven gjelder.»

Om bedømmelsen av brudd på utlendingsloven heter det i Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 289:

«Departementet mener at det er viktig å kunne reagere med utvisning ved gjentatt og/eller grov overtredelse av utlendingsloven... Det bemerkes at det ikke vil være mulig for myndighetene å ha effektiv kontroll med alle utlendingers innreise og opphold i Norge. Systemet må i stor grad baseres på tillit til at utlendingsloven følges av de den gjelder for, herunder at de som trenger oppholdstillatelse søker om dette og gir korrekte opplysninger til myndighetene. Ulovlig innreise, opphold/arbeid uten nødvendig tillatelse eller det å gi uriktige opplysninger bryter med dette tillitsforholdet og vanskeliggjør myndighetenes håndhevelse av norsk innvandringspolitikk. Det kan undergrave respekten for regelverket og virke urettferdig overfor alle de som er lovlige, dersom grove eller gjentatte brudd på utlendingsloven ikke kan få

konsekvenser. Fordi en søknad vil bli avslått uansett dersom utlendingen ikke fyller vilkårene for opphold i Norge, vil et negativt vedtak i seg selv ikke være en reaksjon ved uriktige opplysninger. Departementet mener derfor at det er viktig av allmennpreventive grunner å kunne reagere med utvisning ved grove/gjentatte overtredelser av utlendingsloven.»

Departementet fremhever her at utlendingsforvaltningen er basert på tillit, og at en reaksjon i form av utvisning er nødvendig for å opprettholde respekten for regelverket, samt at allmennpreventive hensyn taler for at overtredelser av utlendingsloven får konsekvenser. De samfunnsmessige hensyn skal altså veies mot hensynet til enkeltindividet.

De mest alvorlige overtredelsene av utlendingsloven er de som særlig utfordrer utlendingsmyndighetenes kontrollmulighet, blant annet ved å unnlate å oppgi riktig identitet, å gi uriktige opplysninger eller å benytte falske dokumenter. Ulovlig opphold anses i denne sammenheng ikke like alvorlig, jf. Rt-2011-948 avsnitt 47 og 48. Dette belyses også av at det følger av utlendingsforskriften § 14-1 at det først er når ulovlig opphold overstiger to år at det etter praksis skal vurderes utvisning av en utlending med barn i Norge.

3.5.4. Uforholdsmessighet overfor utlendingen selv

I denne delen av forholdsmessighetsvurderingen skal det foretas en vurdering av utlendingens tilknytning til riket. Det er en konkret, skjønsmessig helhetsvurdering, hvor det ses hen til individuelle forhold hos utlendingen. Relevante momenter i en slik vurdering vil blant annet kunne omfatte alder ved ankomst, tilknytning opparbeidet under opphold med tillatelse, hvorvidt familielivet ble etablert før eller etter at utlendingen burde forstått at utvisning ville være aktuelt, om utlendingen har ektefelle eller samboer og/eller mindreårige barn i Norge som han eller hun har omsorgsansvar for, og mulighetene for å fortsette familielivet i hjemlandet. I vurderingen av tilknytningen til opprinnelseslandet ses det blant annet hen til personens alder ved ankomst til Norge, senere opphold og besøk i hjemlandet, om utlendingen snakker hjemlandets språk og kjenner kulturen og om utlendingen har familie i hjemlandet.

3.5.5. Uforholdsmessighet overfor familien

Utlendingsforvaltningen vil vurdere om et vedtak om utvisning vil være uforholdsmessig overfor utlendingens familie dersom utlendingen har familie i Norge. Som nær familie regnes barn, ektefelle og samboer. Andre relasjoner vil etter omstendighetene også vurderes, som der det er nær knytning til et særkullsbarn.

Det forhold at familien vil bli splittet ved et utvisningsvedtak er ikke i seg selv et tilstrekkelig grunnlag for å anse vedtaket for uforholdsmessig. Forvaltningspraksis har fulgt opp de uttalelser som er kommet fra Høyesterett om dette. se Rt. 2000 s. 591:

«...det normale er at en utvisning vil gripe inn i et etablert familieliv på en belastende måte, i særdeleshet når man må legge til grunn at familien blir atskilt ved utvisningen. For at utvisningen skal fremstå som et uforholdsmessig tiltak, må det kreves uvanlig store belastninger.»

Dette har også lovgiver vært seg bevisst ved utforming av ny utlendingslov i 2004, se NOU 2000:20 side 307, hvor det henvises til dommen.

I vurderingen av om et vedtak om utvisning er uforholdsmessig overfor familien, ses det for eksempel hen til hvorvidt barn har samvær med utlendingen dersom utlendingen ikke bor sammen med barnet, omfanget av samværet, hvorvidt familielivet ble etablert før eller etter at ektefellen burde forstått at utvisning kunne være aktuelt, muligheten for å fortsette familielivet i utlendingens hjemland, familiemedlemmenes helsetilstand og konsekvenser av utvisning på bakgrunn av dette og familiens tilknytning til hjemlandet.

3.5.6. Særlig om saker som berører barn

Barnets beste skal på selvstendig grunnlag være tas med forholdsmessighetsvurderingen, noe som er uttrykkelig fremhevet i § 70 første ledd andre punktum, og da som et krav: «I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». Her angis også hvilken vekt hensynet skal ha. Ifølge forarbeidene er denne formuleringen valgt for å sikre særskilt bevissthet omkring hensynet til barnet. Dette innebærer at barnets beste skal tillegges betydelig vekt i vurderingen. Bestemmelsen bygger på barnekonvensjonen artikkel 3, der det heter at «the best interest of the child shall be a primary consideration».

I Ot.prp.nr.75 (2006–2007) side 160, peker departementet på at det «ville innebære en krenkelse av konvensjonen å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn dersom dette ikke er forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste». I forarbeidene fremheves at det nettopp ved forholdsmessighetsvurderingen der barn er berørt, må tas hensyn til Norges internasjonale forpliktelser, jf. side 292. Særlig sentralt står beskyttelsen av familielivet etter EMK artikkel 8 og Barnekonvensjonen artikkel 3. Det samme er sagt i Meld.St.27 (2011–2012) side 11.

Barnets beste er likevel ikke til hinder for at andre hensyn kan få betydning. Selv om hensynet til barnets beste skal være grunnleggende og tungtveiende, vil det ikke nødvendigvis være avgjørende, jf. blant annet HR-2019-2286-A (Yasmin).

Når barnet er berørt i en utvisningssak vil vurderingen og vektingen av barnets interesser dermed inngå som en integrert og pliktig del av forholdsmessighetsvurderingen. Å vurdere hensynet til barnets beste er altså en plikt pålagt de besluttende myndigheter. Barn er en sårbar gruppe, og dermed er inngrepsintensiteten høyere overfor dem. Adskillelse mellom foreldre og barn kan – som konsekvens av et relasjonsbrudd og tap av omsorgsperson – medføre en risiko for psykisk skade hos barnet, særlig for mindre barn som normalt regnes som særlig sårbare for relasjonsbrudd.¹³ Overfor små barn har dessuten tidsperspektivet langt større betydning. FNs barnekomité har i generell kommentar nr. 7 (2005) avsnitt 18 pekt på at små barn, dvs under 8 år, er spesielt sårbare for de negative konsekvenser av adskillelse fra

¹³ Se for eksempel Smith (2019).

foreldrene. De kan heller ikke opprettholde den nødvendige kontakten over landegrensene, slik eldre barn gjerne i større grad kan, for eksempel gjennom sosiale medier og reiser. Hvorvidt inngrepet er uforholdsmessig, må vurderes individuelt for det enkelte barn i den konkrete saken. Utvisning vil for øvrig kunne være uforholdsmessig overfor den utvistes barn, også uten å være uforholdsmessig overfor den utviste selv.

I rettspraksis og teori reises også spørsmål om det er riktig å «straffe» barnet for de feil foreldrene har begått, og hvilken styrke statens interesser da skal gis. for eksempel i kombinasjon med at det har gått lang tid siden lovbruddene fant sted. Dette tas blant annet opp i Rt-2015-93 (Maria). I avsnitt 81 heter det:

«Det er en åpenbar spenning mellom behovet for en effektiv og rettferdig utlendingsforvaltning på den ene siden, og kravet etter Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn på den andre siden. Jeg har imidlertid vondt for å se at de grunnene som uten tvil taler for at det reageres overfor A og hennes lovbrudd, i dette tilfellet har den tyngden som skal til for å oppveie de individuelle byrdene for B ved at moren utvises til Kenya. **Det har for meg betydning ved den samlede avveiningen her at det er den aldeles uskyldige parten – B – som rammes hardest av sanksjonen.** (uthevet her)»

Hensynet til den utvistes barn tillegges også betydelig vekt i EMD. Norge ble dømt for krenkelse i *Nunez-saken* og *Kaplan-saken*. I begge disse sakene var det utilstrekkelig hensyn til barnas behov som utgjorde krenkelse.

Selve skjæringspunktet i avveiningen mellom interessene er ikke regulert i utlendingsloven § 70. EMD legger til grunn at det er staten som må godtgjøre inngrepsbehovet og at det er sterkt nok til å legitimere utvisning.

3.5.7. *Vilkåret om uvanlig store belastninger*

Anvendelsesområdet for å kreve «uvanlig store belastninger» for barnet dersom barnets beste skal være avgjørende, er i norsk rettspraksis utvidet fra opprinnelig å gjelde utvisning av utlending som har begått alvorlig kriminalitet til å også gjelde utvisning når utlendingen har begått meget alvorlige overtredelser av utlendingsloven.¹⁴

Denne terskelbruken følger også bekreftet av Høyesterett i HR-2019-2286-A (Yasmin). Tilsvarende følger av UDI, med særlig vekt på terskler for utvisning.¹⁵ For brudd på utlendingsloven som ikke er meget alvorlige, men som ligger i nedre sjikt av skalaen, brukes ikke terskelen «uvanlig store belastninger». Det skal her mindre til for at utvisning er uforholdsmessig i slike saker. I saker som befinner seg i et mellomsjikt, foretas det en konkret interesseavveining av forholdets alvor opp mot utlendingens tilknytning til

¹⁴ Se for eksempel Rt-2011-948 (Kosovo) avsnitt 38 og HR-2019-2286-A (Yasmin) avsnitt 95 og 107.

¹⁵ Hovedrundskrivet (UDI 2010-024).

Norge, og hensynet til barnas beste, og hvor det sentrale vil være om barnet har en tilfredsstillende omsorgssituasjon ved en eventuell utvisning.

Norge ble i *Nunez-saken* dømt for ha lagt for stor vekt på samfunnets behov og for liten på inngrepets styrke overfor barna. Det kan reises spørsmål om norsk rett fortsatt anvender enn anna norm enn EMD.

I den nærmere redegjørelsen for rettstilstanden i HR-2019-2286-A (Yasmin) viser Høyesterett til Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 292, hvor det fremgår at et moment i forholdsmessighetsvurderingen i EMK-retten er om «familielivet ble etablert før eller etter at utlendingen burde forstått at utvisning kunne være aktuelt». I denne saken var familielivet etablert på et tidspunkt da utlendingen visste at oppholdsgrunnlaget var usikkert, og det var begått overtredelser av utlendingsloven som ble ansett som så alvorlige at kravet om «uvanlig store belastninger» uansett kom til anvendelse. Hva er så uvanlig store belastninger? Om dette uttaler Høyesterett i avsnitt 107:

«... Et utgangspunkt ved denne vurderingen er at der alvorlige brudd på utlendingsloven fører til at oppholdsgrunnlaget faller bort, vil utvisning i alminnelighet bare være uforholdsmessig overfor barna dersom det medfører *uvanlig store, eller ekstraordinære, belastninger for dem*. Inngrep i familielivet som ikke går utover det som må antas å være en alminnelig konsekvens av et utvisningsvedtak – økonomisk, sosialt og følelsesmessig – er ikke i seg selv tilstrekkelig til at inngrepet anses uforholdsmessig.»

Videre heter det i avsnitt 110:

«Det kan vanskelig angis generelt i hvilke situasjoner utvisning vil føre til uvanlig store eller ekstraordinære belastninger for barn. Dette må vurderes individuelt for det enkelte barn i den konkrete situasjon.»

I subsumsjonen i avsnitt 122 heter det:

«Barna er ifølge lagmannsrettens dom normalt utviklede og i hovedsak velfungerende. Før utvisningssaken har de ikke vært utsatt for brudd med noen av foreldrene eller utsatt for andre spesielt belastende forhold. Lagmannsretten legger imidlertid til grunn at tvillingene D og E var «noe sårbare», på litt ulike måter. Men utviklingen ser ut til å være positiv, og jeg forstår lagmannsretten slik at i alle fall en del av dette skyldes den usikkerhet og uro som naturlig følger av utvisningssaken. Det er videre lagt til grunn at særlig de tre yngste barna vil bli «sterkt følelsesmessig preget» dersom moren utvises. Men det er ikke opplysninger om at dette går utover det som må forventes i en slik situasjon.»

Kjernen i de to uttrykksmåtene «uvanlig store belastninger» og EMs vilkår om «exceptional circumstances», antas i samme dom å være langt på vei sammenfallende, jf. avsnitt 109. Likevel velger Høyesterett å bruke begge, i sin oppsummering i avsnitt 127:

«Jeg kan etter dette ikke se at barna vil bli utsatt for uvanlig store belastninger, eller at det foreligger ekstraordinære omstendigheter som tilsier at utvisning av A i to år vil være et uforholdsmessig inngrep overfor noen av barna.»

Utvalgets flertall bemerker at EMD først og fremst i de tilfeller oppholdsgrunnlaget er usikkert (*precarious*), og foreldrene ikke hadde noe berettiget håp om å kunne bli i landet da familielivet ble etablert, bygger på utvisning bare være uforholdsmessig for barnet dersom det foreligger «exceptional circumstances», se særlig storkammeravgjørelsen fra EMD, *Jeunesse mot Nederland*, avsnitt 103. I norsk rettspraksis har ikke spørsmålet om hvorvidt familielivet ble etablert på et usikkert oppholdsgrunnlag hittil vært avgjørende for om vurderingsnormen «uvanlig store belastninger» har kommet til anvendelse, men i større grad spørsmålet om utlendingen har begått meget alvorlige overtredelser av utlendingsloven.¹⁶ EMD ser videre ut til å vektlegge i større grad om familielivet kan opprettholdes tross utvisning og hvordan den brutte kontakten kan kompenseres, basert på barnas alder og modenhet, sett i et mer helhetlig perspektiv, jf. særlig storkammersaken *Neulinger og Shuruk mot Sveits*, enn at barnet skal tåle en uvanlig stor belastning. Spørsmålet drøftes nærmere blant annet i punkt 5.4.7. Det bemerkes også at mindretallets syn er inntatt i særvotum i punkt 8.3

¹⁶ Rt. 2011 s. 948 avsnitt 39.

DEL II. Internasjonale rammer

4. Barnets stilling i utvisningssaker

4.1. *Innledning*

I dette kapitlet drøftes det regelverket både nasjonalt og internasjonalt, som særlig regulerer barnets stilling, med hovedvekt på barnets rettigheter. En sentral problemstilling er hvilke skranker dette regelverket oppstiller av betydning for forholdsmessighetsvurderingen.

4.2. *FNs barnekonvensjon*

4.2.1. *Innledning*

FNs konvensjon om barnets rettigheter ble vedtatt i FNs generalforsamling 20. november 1989. Konvensjonen trådte i kraft i 1990 etter å ha blitt ratifisert av 20 stater.

Barnekonvensjonen er nå ratifisert av alle verdens land med unntak av USA, som har signert, men ikke ratifisert den. Tre tilleggsprotokoller er senere kommet til, i 2000 og 2011. De to første ble vedtatt i 2000 og omhandler henholdsvis barn i væpnet konflikt og salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi. Den tredje tilleggsprotokollen om individuell klagerett ble vedtatt i 2011. Norge ratifiserte barnekonvensjonen i 1991. Norge har sluttet seg de to tilleggsprotokollene fra 2000, men ikke protokollen fra 2011.¹⁷

Barnekonvensjonen ble inkorporert i menneskerettsloven ved lov 1. august 2003 nr. 86 med virkning fra 1. oktober 2003. Ved dette ble konvensjonens bestemmelser ved motstrid gitt forrang foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. På utlendingslovens område fikk konvensjonen imidlertid umiddelbar rettslig virkning fra ratifiseringen gjennom daværende § 4, som bestemmer at loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke utlendingens stilling. Inkorporasjonen ga konvensjonen høyere rettskildestatus enn norske særlover gjennom forrangsbestemmelsen.

Barnekonvensjonen som sådan, med sitt fulle folkerettslig forpliktende innhold, er følgelig, i kraft av menneskerettsloven, norsk rett.

I 2014 ble sentrale bestemmelser i barnekonvensjonen tatt inn i Grunnloven § 104.

Grunnlovsendringene var ikke ment å føre til materielle endringer i rettstilstanden, men har ytterligere hevet barnekonvensjonens status som rettskilde i Norge, særlig i forhold til betydningen av barnets beste.

¹⁷ Meld. St. 39 (2015–2016) *Individklageordningene til FNs konvensjoner om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, barnets rettigheter og rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne*. I stortingsmeldingen innstilte regjeringen på å ikke tilslutte seg noen av tilleggsprotokollene, og dette fikk tilslutning i stortingsbehandlingen.

I NOU 2020: 14, *Ny barnelov — Til barnets*, punkt 3.4 beste heter det:

«I forhold til tidligere, der «barnets beste» var en understrekning av at også barns interesser skulle tas hensyn til, innebar barnekonvensjonen en betydelig utvidelse til «all actions concerning children». Fra å være en av flere faktorer som skulle tas i betraktning, er barnets beste blitt et hovedhensyn.¹⁸ Prinsippet om hensynet til barnets beste har utviklet seg fra å være et moralsk og politisk ønsket prinsipp i tidligere erklæringer til at barnekonvensjonen nå gjør hensynet til barnets beste til en rettslig forpliktelse. Barnekonvensjonen fra 1989 er et både rettslig og kulturelt paradigmeskifte.»

Utvalget er enig i denne beskrivelsen. Avgjørelsen fra Høyesterett i Rt-2005-229, som er fra utlendingsrettens område, er den første dommen der konvensjonsregelen synes å ha fått en selvstendig betydning for Høyesteretts vurdering. Barnekonvensjonen er påberopt i nyere tid i en rekke utlendingssaker og nevnes og drøftes hyppig i premissene. Plenumsdommene i Rt-2012-1985 (lengeværende barn I), RT-2012-2039 (lengeværende barn II) og i Rt-2015-1388 (internflukt) samt *Maria-saken*, viser at problemstillingen om hvilken vekt konvensjonen skal ha, og tolkningen av konvensjonen, er gjenstand for utførlige drøftelser. Dette gjelder særlig rekkevidden av artikkel 3 nr. 1 om barnets beste.

4.2.2. Konvensjonens innhold

Barnekonvensjonen består av tre deler. Del I omhandler barns rettigheter og friheter. Del II og del III har bestemmelser om gjennomføring av konvensjonen og administrative bestemmelser. Barnekonvensjonen artikkel 4 pålegger statene å treffe «alle egnede lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak» for å gjennomføre rettighetene i konvensjonen.

Barnekonvensjonen består til sammen av 54 artikler, og en rekke av disse er relevante i utvisningssaker som medfører atskillelse av barn fra omsorgspersoner. Barnekonvensjonen har riktignok ikke en egen bestemmelse om utvisning. Det heter imidlertid i artikkel 9 nr. 1 at barn ikke skal skilles fra sine foreldre mot deres vilje, unntatt når det er nødvendig av hensynet til barnets beste. Artikkel 9 nr. 4 første punktum forutsetter likevel at statene kan treffe vedtak om utvisning, selv om det skulle innebære at et barn blir atskilt fra en forelder.

FNs barnekomité som er satt til å tolke konvensjonen, overvåke gjennomføringen av den i statene som er part i konvensjonen og behandle individklager etter konvensjonens tredje tilleggsprotokoll, har fremhevet fire av artiklene som grunnleggende prinsipper¹⁹ som ved siden av å være materielle rettigheter i seg selv, er å anse som tolkningsprinsipper for andre bestemmelser i konvensjonen og annet regelverk i saker som gjelder barn. Disse er:

- Prinsippet om ikke diskriminering (artikkel 2)

¹⁹ Generell kommentar nr 4 (CRC/GC/2003/4).

- Prinsippet om at barns beste skal være et grunnleggende hensyn i alle handlinger som berører barn (artikkel 3)
- Prinsippet om barns rett til utvikling (artikkel 6)
- Prinsippet om barns rett til å bli hørt i saker som angår dem (artikkel 12)

De fire grunnprinsippene er også av komiteen fremhevet som prosessuelle rettigheter i saker som gjelder barn. Når det gjelder forståelse og implementering av konvensjonen har komiteen også understreket viktigheten av en holistisk tilnærming²⁰: Konvensjonen skal forstås som en helhet, og det er en sterk indre sammenheng mellom de ulike rettighetene. Dette taler for en bred tilnærming når man skal vurdere eksisterende regelverk og praksis og eventuelle endringer i lys av konvensjonen.

I 2011 vedtok FNs generalforsamling en tredje tilleggsprotokoll til barnekonvensjonen om en individklageordning. Protokollen trådte i kraft i 2014 etter at den var signert av ti stater. Norge har vurdert å tilslutte seg protokollen, men har foreløpig ikke gjort dette. Protokollen åpner for at komiteen kan motta klager fra barn eller representanter for barn i Norge, og behandle dem etter komiteens egne retningslinjer. Staten får mulighet til å fremme sitt syn på saken gjennom partsinnlegg for komiteen. Komiteens uttalelse i saken er ikke rettslig bindende, men vil antakeligvis kunne ha stor vekt som rettskilde ved tolkningen av konvensjonen i nasjonal rett. I en juridisk utredning avlevert til Utenriksdepartementet i 2013 vurderte daværende advokat, nå lagdommer, Frode Elgesem hva en norsk tilslutning til tilleggsprotokollen ville kunne bety.²¹ Elgesem fremhever at tilslutning til protokollen vil kunne gi barn et sterkere rettsvern og en mer tilgjengelig klagemulighet internasjonalt. Kravet til å uttømme nasjonale rettsmidler før en klage til komiteen vil kanskje også kunne medføre at norske myndigheter styrker barns klagemuligheter, partsstatus og retts hjelp nasjonalt, for å unngå at barn i praksis i en del saker vil ha nærmest direkte tilgang til å klage til FNs barnekomité fordi de mangler tilgang til effektive rettsmidler nasjonalt. Dette vil trolig også kunne være en mulighet i noen utvisningssaker. Elgesem peker på utlendingsfeltet og vurderinger av barnets beste (da riktignok i asylsaker) som et område der det er sannsynlig at det vil komme klager mot Norge som kan føre frem.

I Mld. St. nr 39 (2015-2016) vurderte Utenriksdepartementet norsk tilslutning til flere av individklageordningene knyttet til FN-konvensjonene, herunder barnekonvensjonens tredje tilleggsprotokoll. Departementet uttrykte skepsis til norsk tilslutning, blant annet fordi komiteen ikke hadde avgitt uttalelse i noen saker på dette tidspunktet, at flere av rettighetene i barnekonvensjonen er typiske økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) som ikke er godt egnet for en slik internasjonal klageordning, og fordi det var usikkerhet knyttet til komiteens kompetanse (det er ikke et krav om å være jurist for å være medlem av komiteen, selv om et flertall av medlemmene faktisk er det).

²¹ https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ud/vedlegg/fn/konvensjon_barn.pdf?id=2135083.

I årene som har gått siden Mld. St. nr 39 (2015-2016) har det skjedd en del endringer i forutsetningene som lå til grunn for vurderingene som ble gjort den gangen. For det første har 46 land²², en rekke av dem vest-europeiske, signert og ratifisert protokollen, blant annet Danmark, Finland, Tyskland, Frankrike, Italia og Spania. Det finnes nå en rekke uttalelser fra komiteen, slik at man i større grad vet hvordan komiteen vil tolke konvensjonsbestemmelsene i klagesaker.

Utvalget har gått gjennom Barnekomiteens uttalelser i klagesaker, men vi har ikke funnet noen uttalelser som er direkte relevant for sakene som er omfattet av utvalgets mandat.

4.3. *Barnekonvensjonens artikkel 3 om barnets beste*

Barnekonvensjonen artikkel 3 lyder i norsk oversettelse slik:

1. Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.
2. Partene påtar seg å sikre barnet den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for barnets trivsel, idet det tas hensyn til rettighetene og forpliktelsene til barnets foreldre, verger eller andre enkeltpersoner som har det juridiske ansvaret for ham eller henne, og skal treffe alle egnede, lovgivningsmessige og administrative tiltak for dette formål.
3. Partene skal sikre at de institusjoner og tjenester som har ansvaret for barns omsorg eller beskyttelse, retter seg etter de standarder som er fastsatt av de kompetente myndigheter, særlig med hensyn til sikkerhet, helse, personalets antall og kvalifikasjoner samt kvalifisert tilsyn.

Den sentrale bestemmelsen er inntatt i artikkel 3 nr 1. I en stor del av sakene for Høyesteretts som gjelder barnekonvensjonen er det nettopp artikkel 3 nr. 1 om «barnets beste» som berøres. Også i lagmannsrettenes praksis går artikkel 3 nr. 1 igjen. Særlig praksis knyttet til denne konvensjonsregelen er derfor relevant.

I bestemmelsen heter det at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle handlinger som berører barn– i originalversjonen på engelsk «the best interests of the child shall be a primary consideration». Dette gjelder også for utvisningssaker. Uttrykket «a primary consideration» innebærer rent språklig at hensynet til barnets beste ikke er det eneste relevante hensynet og heller ikke alltid det avgjørende hensynet i saker som berører barns interesser. Dette bekreftes også av konvensjonens forarbeider. Formuleringen er generelt utformet, idet bestemmelsen tar sikte på enhver beslutningssituasjon som direkte eller indirekte involverer en mindreårig. Hovedpoenget er at myndighetene har plikt til å avklare hva som er barnets interesser og hvordan disse best ivaretas. For det andre må man sørge for

²² Nettsiden til FNs høykommissær for menneskerettigheter (ohchr.org) 13.12.2021.

at resultatet om barnets interesser i saken bringes sentralt inn i selve beslutningsgrunnlaget. For det tredje skal hensynet til det som best tjener barnets interesser tillegges stor vekt ved avveining mot andre interesser.

FNs barnekomité har ved flere anledninger avgitt generelle kommentarer til barnekonvensjonen, herunder at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Særlig sentral er General Comment No. 14 (2013), on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)

Det at hensynet til barnets beste «shall be a primary consideration», innebærer altså at i møte med konkurrerende hensyn skal barnets ha svært stor vekt, selv om det ikke alltid vil være det eneste eller avgjørende hensynet. Ved forholdsmessighetsvurderingen av utvisningssaker må rettsanvenderen derfor konkretisere hvorfor innvandringsregulerende hensyn skal tillegges større vekt enn hensynet til barnets beste i den konkrete saken.

Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 2 er behandlet av Høyesterett i en rekke utlendingssaker. De to seneste sakene som omhandler utvisning er Rt-2015-93 (Maria) og HR-2019-2286-A (Yasmin).

4.4. På hvilken måte er barnekomiteens kommentarer til barnekonvensjonen bindende for norske myndigheter?

Ved fortolkningen av barnekonvensjonen og andre FN-konvensjoner må norske domstoler foreta en alminnelig folkerettslig fortolkning av bestemmelsen. Dette innebærer blant annet at barnekomiteens generelle kommentarer og uttalelser fra komiteen i vurderinger av rapporter fra statene er relevante rettskilder for å forstå konvensjonsteksten. Andre relevante kilder er rettsavgjørelser, også fra EMD, og de interesser og verdier som ligger under den relevante rettigheten.

Barnekomiteens generelle kommentarer har en viktig tolkningsfunksjon, men er ikke folkerettslig bindende. Uttalelsene fra FNs barnekomité utgjør viktige holdepunkter og retningslinjer for gjennomføring av forpliktelsene etter konvensjonen. Dette er lagt til grunn både av lovgiver og i rettspraksis.

Høyesterett har tatt stilling til spørsmålet i en rekke avgjørelser.²³ Uenigheten med hensyn til betydningen i disse sakene gjaldt nettopp hva som kunne utledes av kommentarene med hensyn til gjeldende konvensjonsrett.

²³ Se for eksempel Rt-2009-1261 avsnitt 28–44, Rt-2012-1985-P (lengeværende barn I), avsnitt 135–139, Rt-2015-1388-P (internflukt) avsnitt 150–155 og HR-2019-2301-A avsnitt 78. Se også Rt-2015-93 (Maria) avsnitt 64.

I Rt-2009-1261 (Ashok) fastslo Høyesterett at General Comments fra FNs barnekomité kun er veiledende for statene, og at de heller ikke er folkerettslig bindende. I HR-2016- 2592-A, avsnitt 57, heter det:

«Det er på det rene at komitéuttalelser generelt ikke er folkerettslig bindende, jf. Rt-2009-1261 avsnitt 41 (Sri Lanka). Synspunktet er senest lagt til grunn i Rt-2015-1388 avsnitt 151 (lengeværende barn II). Samtidig er det klart at slike uttalelser kan ha betydelig vekt som rettskilde, jf. Rt-2008-1764 avsnitt 81 om konvensjonstolking foretatt av FNs menneskerettskomité, eventuelt vekt etter en mer sammensatt og konkret vurdering, jf. Rt-2015-1388 avsnitt 151 flg. med ytterligere henvisninger.»

I forhold til prinsippet om barnets beste er det særlig Barnekomiteens General Comment No. 14 [GC-2013-14-CRC] som har størst betydning. I Rt-2015-93 (Maria) avsnitt 64 sier Høyesterett følgende om bruken av Barnekomiteens General Comment No. 14 [ved tolkningen av Grunnloven § 104 andre ledd:

«I *General Comment No. 14* (2013) 'on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration', har FNs Barnekomité redegjort for regelens bakgrunn og funksjon, og foretatt en konsoliderende gjennomgang av en rekke tolkningsspørsmål. Det Barnekomiteen gir uttrykk for her, utgjør etter mitt syn et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av artikkel 3 nr. 1.

Når barnekomiteens generelle kommentarer gir grunnlag for en tolkning om hva konvensjonen krever, vil altså komiteens syn tillegges stor vekt. Den generelle formen disse uttalelsene gir likevel utfordringer. Det kan være uklarheter og motsetninger i kommentaren selv og vanskelig å avgjøre om det komitéen sier er uttrykk for gjeldende rett eller er ment som en anbefaling.²⁴

Tingrettsdommer Thom Arne Hellerslia har oppsummert og drøftet hvordan uttalelser fra FN-komiteene skal vektas i tolkning av konvensjonsbestemmelsene.²⁵ Gjennomgangen bygger blant annet på norsk domstolspraksis. Hans konklusjon er at uttalelsene må tillegges vekt, men ikke alene. Både uttalelsenes forhold til selve konvensjonsteksten og relevans for den aktuelle problemstillingen, hvorvidt uttalelsen bør anses som en *tolkningsuttalelse* eller en erklæring om beste praksis og kunnskapsgrunlaget og andre forutsetninger som uttalelsen bygger på, er relevante momenter her.

Ved vurderingen av de ulike bestemmelsene i barnekonvensjonen har utvalget tatt inn en rekke uttalelser fra FNs Barnekomité i generelle kommentarer, der vi mener disse er klart relevante. Innholdet i rettighetene i barnekonvensjonen er ikke definert av de juridiske rammene alene. Noe av det som kjennetegner rettighetene til barn er at forståelse og anvendelse av rettighetene krever faglig kunnskap om barns behov, utvikling og særlige

²⁴ Bårdsen (2016).

²⁵ Hellerslia (2018).

sårbarhet. I dette kapitlet vil utvalget komme inn på noen grunnleggende sider ved barns behov og utvikling relatert til rettigheter i barnekonvensjonen, og konsekvenser dette har for de vurderingene som må gjøres knyttet til barnets beste, retten til deltakelse og barnets rettsikkerhet.

4.5. *Barnekonvensjonen og utvisningssaker*

I saker der barnets beste ikke kan harmoniseres med statens interesser slik det er utvisningssaker, uttaler Barnekomiteen i General Comment no. 14 (2013) avsnitt 39:

«...authorities and decision-makers will have to analyse and weigh the rights of all those concerned, bearing in mind that the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration means that the child's interests have high priority and not just one of several considerations. Therefore, a larger weight must be attached to what serves the child best.»

Dette innebærer at *generelle henvisninger* til at motstridende offentlige interesser veier tyngre enn hensynet til barnets beste ikke er tilstrekkelig. De ulike hensynene i den konkrete saken skal vektas, og barnets beste skal ha høy prioritet. Barnekomiteens tolkningsuttalelser er i tråd med konvensjonens ordlyd og formål og må etter utvalgets syn tillegges stor vekt i vurderingen av hvordan «shall be a primary consideration» skal forstås.

Barnekomiteen har også uttalt seg om hvordan barnekonvensjonen skal anvendes i saker der foreldre og barn blir atskilt fordi forelderen utvises.. Barnekomiteens uttrykkelige syn er at når *en eller begge foreldre* utvises på grunn av brudd på utlendingsregelverket, vil separasjon av barn og foreldre ikke være forholdsmessig- det anses for å ha en for stor innvirkning på barnets liv og utvikling.²⁶ Disse kommentarene regnes som nevnt ikke som folkerettslig bindende. Betydningen avhenger særlig av hvor godt kommentaren er forankret i konvensjonsteksten. Uttalelsen kan neppe forankres direkte i barnekonvensjonen artikkel 3 eller 9, men gir likevel et viktig signal på hvordan Barnekomiteen vurderer tyngden av barnets beste sett opp mot de hensynene som begrunner utvisning for brudd på utledningsregelverket. Den gir et budskap om at «barnets beste» skal være mer tungtveiende enn hensynet til innvandringspolitikk. I Concluding Observations vedrørende Norge fra 2018 anbefaler Barnekomiteen om barnets beste følgende:

“Best interests of the child 13. ...

(b) Ensure that this right is appropriately integrated and consistently interpreted and applied in all legislative, administrative and judicial proceedings and decisions, as well

²⁶ Joint General Comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return, avsnitt 29.

as in all policies, programmes, projects and international cooperation relevant to and having an impact on children.

(c) Strengthen the implementation of the child's right to be heard in asylum and expulsion procedures affecting children, particularly with respect to younger children, and ensure that children are given the possibility to be heard individually in all instances in all cases affecting them."

Uttalelsene i punkt b kan gi visse indikasjoner om at Norges praksis i utlendingsaker ikke i tilstrekkelig grad har utviklet et regelverk som vektlegger hensynet til barnets beste og "the child's right to be heard".

4.6. *Grunnleggende rettigheter og behov for barn, knyttet opp til rettigheter i barnekonvensjonen*

4.6.1. *Liv og utvikling*

I FNs barnekonvensjon artikkel 6 er statenes plikter hva gjelder retten til liv og utvikling nedfelt slik:

States Parties shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child.

Retten til liv og utvikling er identifisert av FNs barnekomité som ett av de fire grunnprinsippene som både i seg selv er grunnleggende og som skal være tolkningsprinsipper for øvrige artikler i konvensjonen og bestemmelser i annet regelverk som gjelder barn. FNs barnekomité har pekt på at *utvikling* i denne sammenhengen må tolkes vidt, som et holistisk konsept som omfatter barnets fysiske, mentale, åndelige, moralske, psykologiske og sosiale utvikling. Komiteen påpeker videre at tiltak for å implementere konvensjonen bør ta sikte på å oppnå "optimal utvikling" for alle barn (jf. FNs barnekomité, generell kommentar nr 5 (2003)). I andre generelle kommentarer har barnekomiteen gått inn på ulike sider ved barnets utvikling.

I generell kommentar nr 7 (2005) om implementering av barns rettigheter i *tidlig barndom*, knytter FNs barnekomité barnets rettigheter, herunder retten til utvikling og prinsippet om barnets beste, direkte til foreldrene og deres rolle ved barnets oppdragelse og utvikling (artikkel 18 nr. 1), den veiledning som skal gjøre barnet i stand til å realisere rettighetene sine (artikkel 5) samt konvensjonens forbud mot å atskille barn fra foreldre med mindre det er til barnets beste (artikkel 9 nr 1). I punkt 13 heter det:

"Best interests of the child. Article 3 [of the CRC] sets out the principle that the best interests of the child are a primary consideration in all actions concerning children. By virtue of their relative immaturity, young children are reliant on responsible authorities to assess and represent their rights and best interests in relation to decisions and actions that affect their well-being, while taking account of their views and evolving capacities. The principle of best interests appears repeatedly within the Convention (including in

articles 9, 18, 20 and 21, which are most relevant to early childhood). The principle of best interests applies to all actions concerning children and requires active measures to protect their rights and promote their survival, growth, and well-being, as well as measures to support and assist parents and others who have day-to-day responsibility for realizing children's rights and best interests of individual children. All decision-making concerning a child's care, health, education, etc. must take account of the best interests principle, including decisions by parents, professionals and others responsible for children.”

Komiteen uttaler blant annet at et særtrekk ved *tidlig barndom* er at “barna knytter sterke følelsesmessige bånd til sine foreldre og eventuelle andre omsorgspersoner, som de har behov for stimulering, omsorg, veiledning og beskyttelse fra, på en måte som tar hensyn til deres individualitet og utvikling.” Komiteen uttaler videre at “disse relasjonene gir barna en fysisk og følelsesmessig trygghet (...). Gjennom disse relasjonene utvikler barna en personlig identitet og tilegner seg ferdigheter, kunnskap og en atferd som er verdsatt i deres kultur. Foreldrene (og andre omsorgspersoner) er derfor normalt den viktigste kanalen som små barn kan realisere sine rettigheter gjennom.” Viktigheten er understreket av EMD i *Jeunesse mot Nederland*:

“In its General Comment No. 7 (2005) on Implementing child rights in early childhood, the Committee on the Rights of the Child – the body of independent experts that monitors implementation of the CRC by its State Parties – wished to encourage recognition by States Parties that young children are holders of all rights enshrined in the said Convention and that early childhood is a critical period for the realisation of these rights to be heard in all cases where they are capable of expressing their opinions or preferences; ...”

Komiteen har gitt uttrykk for at stabile og gode relasjoner til voksne også er viktig i *ungdomstiden*. I generell kommentar nummer 20 (2016) (Om retten til utvikling for ungdom (CRC GC 20 para. 17) understreker komiteen at en kjent faktor for å sikre sunn utvikling hos ungdom er sterke bånd til sentrale voksenpersoner og støtte fra dem i livet. Komiteen har knyttet foreldrekontakt og kontinuitet i foreldrekontakt til en rekke andre rettigheter i konvensjonen også – særlig gjelder dette retten til språk, kultur, religion og identitet. Det er gjennom foreldre, familie og foreldrenes nettverk at barna kan bygge en tilknytning til foreldrenes og dermed barnas kulturelle bakgrunn.

Uttalelser fra Barnekomiteen om betydningen av stabile omsorgspersoner bygger på et solid faglig grunnlag. Psykologisk tilknytningsteori,²⁷ som er forskningsbasert og svært mye brukt, blant annet i foreldretvistsaker og barnevernssaker, beskriver nettopp viktigheten av trygg tilknytning for alle barn, og særlig for de minste. For eldre barn er også denne tilknytningen viktig, men arter seg annerledes, blant annet fordi eldre barn har en mer utviklet evne til abstraksjon og forståelse for tid og rom. Tilknytningsteorien, slik den opprinnelig ble utviklet av psykologen Bowlby og anvendt i senere forskning, beskriver både hvordan den nære

²⁷ Se for eksempel Smith (2019).

tilknytningen til en eller flere omsorgspersoner er en forutsetning for barnets utvikling, og hvordan usikker tilknytning eller tap av en viktig omsorgsperson kan ha negative konsekvenser for barnets utvikling. Dette bekreftes også av psykologene utvalget har hatt møte med i arbeidet med denne utredningen.

Psykologisk forskning kan ikke gi et fasitsvar på nøyaktig hvordan det å først kjenne på usikkerhet for om det vil skje en atskillelse fra en viktig omsorgsperson, og deretter selve atskillelsen, virker inn på ett enkelt barn. Dette vil være en individuell vurdering som det er svært vanskelig å gjøre i forkant, fordi den avhenger av mange faktorer ved barnet selv og ved barnets livssituasjon. Faglitteratur og møtet utvalget hadde med psykologer slår imidlertid klart fast at det ikke er omstridt at langvarig atskillelse fra, eller tap av relasjonen til, en sentral omsorgsperson, vil utgjøre en stor risikofaktor for et barns utvikling. Faglitteratur og psykologene utvalget hadde møte med peker på en rekke mulige reaksjoner på langvarig atskillelse og tap av en viktig omsorgsperson, blant annet:

- Skade på relasjonen mellom omsorgspersonen og barnet, også etter gjenforening
- Forsinket emosjonell utvikling
- Forsinket kognitiv utvikling
- Sterk og vedvarende og/eller komplisert sorg
- Angstuttrykk hos barnet
- Sinnesuttrykk hos barnet
- Varige skader på barnets tilknytningssystem som vil kunne medføre manglende tillit til relasjoner senere i livet.

Listen over mulige skadevirkninger her må igjen settes inn i den holistiske konteksten som FNs barnekomité har understreket viktigheten av. Angst, sinne, sorg og andre reaksjoner vil over tid kunne ha mer varige konsekvenser for barnets utvikling når det gjelder oppfyllelsen av sentrale rettigheter som utdanning og helse. Dersom barnet ikke får god hjelp og støtte i å håndtere sine reaksjoner fra gjenværende omsorgsperson og andre nære omsorgspersoner kan de også i seg selv medføre varig skade, for eksempel på psykisk helse.

Barneombudets rapport "Barn med utviste foreldre" (2012)²⁸ bygger på samtaler med en gruppe barn med erfaring fra utvisningssaker. Barna forteller at de ikke tør å snakke med vennene sine om hvor faren er og at de gruer seg til store festdager som bursdag, høytider og konfirmasjon. Rapporten gir et bilde på den usikkerheten og utryggheten barn som opplever familiesplittelse i utvisningssaker kjenner på i sin hverdag, og hvordan hverdagen er preget av usikkerhet, savn og stigma.

²⁸²⁸ Barneombudet (2012).

4.6.2. Seminar med eksperter

Psykologene som utvalget hadde et ekspertseminar sammen med, listet opp ulike faktorer som kan være med på å påvirke hvilken betydning en familiesplittelse kan ha for et barns videre utvikling.²⁹ En del av disse momentene er også drøftet i UNEs veiledningsnotat for saker som gjelder mulig familiesplittelse (2019).

De momenter som ble drøftet, er faktorer som for det enkelte barn enten kan øke risikoen for varige skadevirkninger ved en familiesplittelse, eller som kan bidra til at konsekvensene av en familiesplittelse for barnet reduseres:

- barnets tilknytning til omsorgsperson(er)
- egenskaper ved barnet
- varighet av brudd (korte brudd er lettere å håndtere, men ikke for de yngste)
- mulighet for kontakt (men ikke for de yngste)
- hvordan bruddet oppleves for omsorgspersonen.
- har den gjenværende omsorgspersonen familie og øvrig nettverk?
- opplevd fare for den omsorgspersonen som sendes ut av landet
- barnets eventuelle tidligere traumatiske/dramatiske opplevelser
- medfødte sårbarheter hos barnet
- barnets hjerneutvikling
- barnets tilknytning til kulturen det vokser opp i eller opplevelse av fremmedhet i denne kulturen
- gjenværende omsorgspersons ressurser og omsorgsevne

Utvalgets flertall mener at disse faktorene i for liten grad anerkjennes, utredes og vektlegges i avgjørelsesgrunnlaget.

4.6.3. Barns rett til familie og språklig, kulturell og religiøs identitet

Retten til foreldreomsorg er ikke regulert i én enkelt artikkel i barnekonvensjonen, men den direkte retten til omsorg, veiledning og til ikke å atskilles vilkårlig fra sine foreldre er spredt på flere artikler (5, 7, 8, 9, 10, 16 og 18). Familiens betydning er også omtalt i konvensjonens fortale:

"familien, som den grunnleggende enhet i samfunnet og den naturlige ramme for (...)barns vekst og trivsel, bør gis den nødvendige beskyttelse og hjelp slik at den fullt ut kan påta seg sine forpliktelser i samfunnet (...) barn bør vokse opp i et familiemiljø (...) for å sikre full og harmonisk utvikling av deres personlighet".

²⁹ De sakkyndige var psykologene Cecilie Kolflaath Larsen, Judith van der Weele og Gunnar Ekeid. Også advokat Arild Humlen deltok.

Sitatet fra fortalen rommer mye av innholdet i de artiklene der retten til familieliv er omtalt direkte. Man kan også utlede av konvensjonsteksten at retten til familieliv i barnekonvensjonen består av følgende sentrale elementer:

- Barn har en selvstendig rett til vern om sitt privat- og familieliv (artikkel 9, 10 og 16) Denne rettigheten må antas å være sammenfallende med tilsvarende rettigheter i andre konvensjoner, der EMK artikkel 8 er den viktigste kilden på grunn av at den er grundig behandlet i både norsk rett og EMD
- Foreldrene har en sentral rolle i å sikre virkeliggjøringen av barnets rettigheter etter konvensjonen (artikkel 5)
- Foreldrene har hovedansvaret for barnets oppdragelse i tråd med prinsippet om barnets beste. Dette innebærer å gi barnet veiledning og støtte i tråd med dets alder og utvikling. (artikkel 5, 14 og 18)
- Å kjenne sitt opphav, sin identitet og kultur (artikkel 8 og 16).

I henhold til artikkel 30 skal ikke minoritetsbarn nektes retten til å leve i pakt med sin kultur, religion og språk. Denne bestemmelsen aktualiserer seg i flere utvisnings- og barnevernssaker.

Staten skal respektere foreldrenes rett og plikt til å veilede barna, og særlig i den typen spørsmål som også for voksne er skjernet mot innblanding fra statens side, slik som religion, kultur, språk og tradisjoner. Dette er rettigheter barn har, men som staten vanskelig kan oppfylle uten at barnets foreldre, eventuelt nettverk nær foreldrene, spiller en sentral rolle. I utvisningssaker er dette særlig viktig i de tilfellene der den utviste omsorgspersonen ikke har samme kulturelle bakgrunn som den omsorgspersonen som blir igjen i Norge med barnet. Avstand vil kunne gjøre det svært krevende for barnet å opparbeide seg eller opprettholde de sidene ved sin religion, identitet eller språk som er knyttet til den utviste forelder.

Konvensjonsteksten gir også en del andre rettigheter der foreldrene er helt sentrale i å oppfylle barnets grunnleggende rettigheter, slik som tankefrihet, samvittighetsfrihet og religionsfrihet (artikkel 14), minoritetsbarns rett til kultur, religion og språk. FNs barnekomité har uttalt seg forholdsmessigheten av utvisning som fører til familiesplittelse i utvisningssaker. Komiteens oppfatning er at familiesplittelse som følge av utvisning på grunn av brudd på utlendingslovgivningen alltid vil være uforholdsmessig, fordi et innreiseforbud og eventuelle positive virkninger av dette for staten aldri kan veie opp for tapet av familieliv og virkningen det har på barnets liv og utvikling³⁰.

³⁰ CRC/C/CG/23 para 29: The Committees are of the view that the rupture of the family unit by the expulsion of one or both parents based on a breach of immigration laws related to entry or stay is disproportionate, as the sacrifice inherent in the restriction of family life and the impact on the life and development of the child is not outweighed by the advantages obtained by forcing the parent to leave the territory because of an immigration-related offence.

4.6.4. Barnets rett til ikke å bli diskriminert

Barnekonvensjonen art. 2 handler om retten til ikke-diskriminering. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

«De stater som er part i denne konvensjon, skal respektere og sikre de rettigheter som er fastsatt i denne konvensjon for ethvert barn innenfor deres jurisdiksjon, uten diskriminering av noe slag og uten hensyn til barnets, dets foreldres eller verges rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politiske eller annen oppfatning, nasjonale, etniske eller sosiale opprinnelse, eiendomsforhold, funksjonshemming, fødsel eller annen stilling. Partene skal treffe alle egnede tiltak for å sikre at barnet beskyttes mot enhver form for diskriminering eller straff på grunn av sine foreldres, sin verges eller familiemedlemmers stilling, virksomhet, meningsytringer eller tro.»

Diskriminering betyr utestenging eller urimelig forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn, etnisitet, språk, religion, funksjonshemming mm. En aktuell problemstilling når det gjelder diskriminering av barn er f.eks. diskriminering av minoritetsbarn, barn med funksjonshemming og jenter.

Retten til ikke-diskriminering er ett av fire grunnleggende prinsipper i konvensjonen, på lik linje med art. 3 om barnets beste, art. 6 om liv og utvikling og art. 12 om deltakelse. Dette innebærer at alle rettigheter i barnekonvensjonen må tolkes i lys av diskrimineringsvernet.

Art. 2 i barnekonvensjonen innebærer barns rett til å få oppfylt sine rettigheter etter barnekonvensjonen uten urimelig eller usaklig forskjellsbehandling. Bestemmelsen innebærer en plikt for staten til å avstå fra å diskriminere, men også en plikt til aktivt å gjennomføre tiltak for å forebygge og forhindre diskriminering. Denne aktivitetsplikten betyr bl.a. at staten må gjennomføre vernet mot diskriminering i nasjonal lovgivning.

I Norge finnes det en egen likestillings- og diskrimineringslov som trådte i kraft 1. januar 2018. Loven forbyr direkte og indirekte diskriminering blant annet på grunn av etnisitet (herunder nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk), religion og livssyn. Lovens formål er å fremme likestilling, sikre like muligheter og rettigheter og å hindre diskriminering. Loven gjelder på alle samfunnsområder, men håndheves ikke i familielivet og andre personlige forhold.

Det er videre flere håndhevende organer og ombud som har som oppgave å påse at det ikke skjer diskriminering i samfunnet. Disse er bl.a. Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda og Stortingets ombudsmann for forvaltningen (Sivilombudsmannen). Barneombudet har et særlig ansvar for å følge med på at barns interesser blir ivaretatt i lovgivningen og at Norge overholder barnekonvensjonen.

4.6.5. *Barnets rett til å uttale seg. Informasjon og deltakelse*

Barnets rett til å si sin mening og bli hørt, jf. barnekonvensjonen artikkel 12, herunder retten til å motta informasjon som gjør barnet i stand til å uttale seg om en sak som gjelder det, er også et av grunnprinsippene i barnekonvensjonen. Barnekonvensjonen artikkel 12 gir barn rett til fritt å gi uttrykk for sine synspunkter i alle forhold som vedrører dem, og disse synspunktene skal tillegges behørig vekt i samsvar med barnets alder og modenhet. Det er imidlertid ikke noe krav etter denne bestemmelsen at høring av barnet må skje gjennom direkte kommunikasjon med barnet selv. Barnet kan høres gjennom en representant for barnet, f.eks. barnets foreldre. Det er heller ikke noe krav til muntlig høring, retten til å bli hørt kan ivaretas gjennom muligheten for skriftlige innspill.

Retten til å bli hørt er tatt inn i Grunnloven § 104 og i en lang rekke særlover. I utlendingsloven er den nevnt i § 83 som gjelder alle utlendingers rett til å uttale seg i saker som angår dem. Videre er det gitt en egen forskriftsbestemmelse om barnets rett til å bli hørt i uf § 17-3.

Retten til å bli hørt etter barnekonvensjonen gjelder "i alle forhold som berører barnet". Om rekkevidden av dette uttaler FNs barnekomité i sin generelle kommentar nr 12³¹ (2009) at: "barnet skal bli hørt dersom den aktuelle saken vedrører ham/henne. Denne grunnleggende forutsetningen skal respekteres og tolkes vidt". Utvalget forstår komiteens uttalelser slik at de innebærer en rett for barn til å bli hørt, også i utvisningssaker som gjelder foreldre, noe utvalget heller ikke oppfatter er kontroversielt.

Om barn faktisk blir hørt, måten det skjer på og dokumentasjon av barnets synspunkter, er derimot et tema som har vært gjenstand for kritikk og uenighet. Dette er blant annet tematisert av Redd Barna og NOAS i rapporten "Barnets beste i utvisningssaker"³² Det samme gjelder hvor langt statens plikt til å legge til rette for at barnet blir hørt går.

FNs barnekomité har uttalt seg om barns rett til å bli hørt i utlendingssaker som omhandler foreldrene i generell kommentar nr. 22 (2018):

“States parties should take all appropriate measures aimed at ensuring children’s right to be heard in the immigration procedures concerning their parents, in particular where the decision could affect the children’s rights, such as the right to not be separated from their parents, except when such separation is in their best interests (see art. 9 of the Convention on the Rights of the Child).”³³

Utlendingsdirektoratet har utlyst et forskningsoppdrag om å vurdere hvordan utlendingsforvaltningen best kan ivareta barns rett til å bli hørt i utvisningssaker som berører dem. Oppdraget ble gitt til FAFO, som i henhold til oppdragsbeskrivelsen skal levere en rapport i mai 2022.

³¹ CRC/C/CG/12 20. juli 2009.

³² Se NOAS og Redd Barna (2020)

³³ CRC/C/CG/22 16. november 2017 para 38.

4.6.6. Andre rettighetsrelaterte behov som kan bli berørt

FNs barnekomité har gjentatte ganger understreket at barnekonvensjonen må sees som et hele, at rettighetene i konvensjonen har mange indre sammenhenger og må forstås i lys av hverandre. Utvisning av en forelder med påfølgende familiesplittelse gjelder direkte først og fremst retten til foreldreomsorg og privat- og familieliv. Indirekte vil imidlertid konsekvensene av utvisning av en forelder kunne ha negative konsekvenser på flere områder der barnet har sterke rettigheter, slik som helse og utdanning.

4.7. Oppsummering og drøftelse av barnekonvensjonen

I vår gjennomgang av barnekonvensjonen har vi trukket frem ulike aspekter ved konvensjonen som er relevante for å belyse barns rettigheter i utvisningssaker som innebærer familiesplittelse. Gjennomgangen viser at barnekonvensjonens bestemmelser er mer detaljerte og i større grad enn EMK er tilpasset barn som en gruppe med egne sårbarheter og behov.

Det er klare holdepunkter for at barnekonvensjonen på en del punkter, slik som vernet om retten til familieliv, er noe mer omfattende enn vernet om retten til familieliv etter EMK artikkel 8. I en rekke artikler i barnekonvensjonen er det gitt uttrykk for den positive betydningen av foreldreomsorg for barn, og betydningen det har for virkeliggjørelsen av de andre rettighetene etter konvensjonen. Dette er noe annet enn det noe smalere vernet mot vilkårlige inngrep i retten til familie- og privatliv som følger av EMK art. 8. En slik forståelse er også i tråd med uttalelsene fra FNs barnekomité om utvisning av en forelder for brudd på utlendingsloven. Utvalget mener at det å i større grad legge til grunn den svært positive og viktige betydningen familien har for barns utvikling, og den helt spesielle rollen nære omsorgspersoner spiller i barns liv vil kunne gi et annet, mer barnesensitivt, utgangspunkt for vurderingen av barns stilling, barnets beste og forholdsmessigheten i utvisningssaker.

I retts- og forvaltningspraksis som er gjennomgått i denne rapporten, er barnekonvensjonen omtalt og nevnt som en viktig rettskilde, men samtidig kan vurderingene være relativt knappe – det er ofte vurderingene knyttet til EMK som er de mest detaljerte og som får størst betydning for utfallet av saken. For eksempel er det helt sentrale begrepet "exceptional circumstances" hentet fra EMDs praksis³⁴. Dette er en logisk konsekvens av at man har rettspraksis fra EMD som er bindende for Norge og som gir et mer tilgjengelig og konkret innhold i bestemmelsene etter EMK, i dette tilfellet særlig EMK artikkel 8. Siden EMD inkluderer barnekonvensjonen, og særlig artikkel tre, i sin vurdering av artikkel 8, blir det EMDs rammer som setter standarden. Vår gjennomgang har imidlertid vist at FNs barnekomités forståelse av konvensjonen godt kan være en annen enn EMDs, både ved at de i større grad tilnærmer seg konvensjonen fra et holistisk perspektiv, og ved at de med et barnefaglig grunnlag fyller de enkelte rettighetene med et annet innhold.

³⁴ Se mer om dette i kapittel 5 nedenfor.

Retten til å bli hørt er en annen rettighet som er særegne for barnekonvensjonen, og som er helt sentral i både barnets beste-vurderingen og som en rettighet i seg selv. Men henvisning til det mer spesifikke forskningsoppdraget om temaet som FAFO utfører på vegne av UDI, går ikke utvalget i detalj når det gjelder anbefalinger for å styrke barns rett til å bli hørt. Utvalget vil imidlertid påpeke at retten til å bli hørt er en grunnlovfestet og konvensjonsbasert rett, og at det er behov for at regelverk og praksis sikrer barns rett til å bli hørt i større grad enn i dag.

Utvalgets flertall foreslår endringer i regelverket som vi mener at vil fremheve barnekonvensjonen, særlig prinsippet om barnets beste og den brede vurderingen som følger at dette. Vi anbefaler også at staten ratifiserer barnekonvensjonens tredje tilleggsprotokoll, slik at barn i Norge får klagerett til barnekomiteen. En klagerett vil trolig både kunne styrke barns rettigheter i saksbehandlingen i Norge og dersom utvisningssaker fra Norge blir klaget inn og tatt til behandling i komiteen, vil dette kunne gi forvaltningen og norske domstoler viktige tolkningsmomenter når de skal anvende barnekonvensjonen i slike saker.

4.8. *Grunnlovsvernet*

4.8.1. *Innledning*

Barnets beste er beskyttet i Grunnloven. Grunnloven er den øverste rettskilden i norsk rett, jf. prinsippet om *lex superior*. Kun de menneskerettighetene som er inntatt i Grunnloven har grunnlovs rang. Grunnloven som rettskilde er oftere i bruk av domstolene etter reformen i 2014 og etableringen av menneskerettighetskatalogen i kapittel E. Grunnloven tolkes i lys av det som følger av forarbeidene og praksis fra de internasjonale organene. Ettersom Grunnloven ved motstrid skal gå foran annen formell lovgivning, må utvisningsreglene praktiseres innenfor rammer som følger av Grunnloven.

Grunnloven hadde lenge ingen bestemmelser om barns rett til omsorg og beskyttelse og heller ikke nedfelt prinsippet om barnets beste. Ved grunnlovsrevisjonen 6. mai 2014 ble grunnlovsteksten endret og utvidet.

I Grunnloven § 104 fikk barnas rettigheter fikk en egen bestemmelse. Bestemmelsens utforming ble sentrert rundt noen sentrale prinsipper og rettigheter, i stor grad inspirert av barnekonvensjonen.³⁵ Barns rett til respekt for sitt menneskeverd og vern om sin personlige integritet er inntatt i § 104 første og tredje ledd. Barnets beste som et grunnleggende hensyn er dessuten nedfelt direkte i Grunnloven § 104 andre ledd. Grunnloven § 104 er ment å ha politisk betydning ved at «den lovgivende og den utøvende makt vil se hen til [den] når det treffes beslutninger», og en symbolsk betydning ved at «barn synliggjøres i den norske konstitusjonen».

³⁵Dokument 16 (2011–2012), s. 189–190, og Innst. 186 S (2013–2014), s. 29–31.

I tillegg vil bestemmelsen fungere som et tolkningsmoment ved fortolkningen av annen lovgivning og en skranke for lovgiver. En egen grunnlovsbestemmelse om barns rettigheter fremhever den delen av barnas behov som ikke dekkes av øvrige menneskerettsbestemmelser. Den grunnlovsfester også de rettigheter som følger av FNs barnekonvensjon.

Grunnloven § 102 knesetter retten til respekt for privatliv og familieliv, som også omfatter barnet.

Hovedansvaret for gjennomføringen av de menneskerettslige forpliktelser ligger nettopp hos domstolene, jf. menneskerettsloven av 1999 og gjennom vedtakelsen av grunnlovsreformen i 2014 og 2015. Mange av grunnlovsbestemmelsene har knapp ordlyd, og Høyesterett skal her bidra til rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling. Høyesterett kan altså korrigere lovgivers virksomhet og forvaltningens rettsanvendelsesskjønn i saker der Stortinget og forvaltningen ikke har tatt tilstrekkelig hensyn til den beskyttelse menneskerettighetene og grunnloven gir.

Et utvisningsvedtak som fører til familiesplittelse vil komme i konflikt med barnets rett til respekt for et privatliv og familieliv etter Grunnloven § 102, jf. EMK artikkel 8, og kan også være i strid med hensynet til barnets beste, jf. Grunnloven § 104. Bestemmelsene har utvilsomt en sentral lovgivningsmessig og fortolkende funksjon.

Utvalgets flertall mener likevel at selv om at barnets beste er grunnlovsfestet, og dermed er et overordnet og grunnleggende hensyn, gis ikke barnets interesser nødvendigvis et tilstrekkelig effektivt vern i disse sakene, sett i forhold til hvilken betydelig vekt som nokså stabilt legges på statens interesser.

4.8.2. *Tolkning av Grunnloven*

De nye grunnlovsbestemmelsene om menneskerettigheter tolkes i samsvar med alminnelige prinsipper for grunnlovstolkning. Forarbeidene til de nye menneskerettsbestemmelsene er relativt utførlige. Det gjelder særlig Lønning-utvalgets rapport og innstillingen fra Kontroll- og konstitusjonskomiteen. Dessuten er bestemmelsene i Grunnloven i stor utstrekning utformet etter mønster fra internasjonale traktatbestemmelser, herunder EMK og Barnekonvensjonen. De internasjonale forbildene, herunder praksis fra EMD, har følgelig stor betydning som tolkningsbidrag.

Foreløpig er det relativt lite rettspraksis knyttet til tolkningen av Grunnloven § 102 og 104 som grunnlovsbestemmelser. Det er imidlertid slått fast at de tilsvarende konvensjonsbestemmelsene som allerede er gjeldende norsk rett i medhold av menneskerettsloven § 2, skal danne utgangspunkt for grunnlovstolkningen, jf. HR-2015-206-A (sak nr. 2014/1583) avsnitt 57 og 64. Videre har Høyesterett i hovedsak tolket de nye menneskerettsbestemmelsene i Grunnloven på samme måte som de internasjonale konvensjonene og med samme begrensning for staten til å gjøre inngrep i disse. I Rt-2015-

93 (Maria) har Høyesterett likevel formulert en viktig begrensning knyttet til Høyesteretts rolle som statens øverste domstol: «Jeg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.» EMDs fremtidige avgjørelser vil dermed ikke få samme prejudikatsvirkning ved prøving av Grunnloven. Dette får først og fremst betydning som en grense mot den dynamiske tolkningsmodellen som EMD benytter og som en garanti for demokratiet.

Det er videre lagt til grunn i rettspraksis at Grunnloven §§ 102 og 104 ikke gir noe utvidet vern sammenliknet med EMK artikkel 8 og BK artikkel 3 nr 1:

“Grunnloven § 102 om rett til respekt for familielivet og § 104 om barns rettigheter skal tolkes i lys av de tilsvarende konvensjonsbestemmelsene og gir ikke her noe utvidet vern sammenliknet med konvensjonsbestemmelsene, se HR-2018-2133-A avsnitt 47 med videre henvisinger.»³⁶

4.8.3. Gjennomføring og sikring

Både Grunnloven og de internasjonale konvensjonene har innledende bestemmelser om sikringsplikten, jf. blant andre Grunnloven § 92, EMK artikkel 1, SP artikkel 2 og BK artikkel 4. Grunnloven § 92 lyder slik:

Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.

Det følger altså av Grunnloven at statens myndigheter plikter å respektere og sikre internasjonale menneskerettighetsforpliktelser. Dette gjelder også ved tolkningen og anvendelsen av nasjonalt lovverk. Dermed foreligger en positiv plikt til å sikre barnets interesser, både prosessuelt, materielt og som tolkningsprinsipp. Utvalget mener at særlig ved bedømmelsen av hvilken vekt som tillegges statens interesser når disse strider mot barnets, slik dette fremkommer i gjeldende praksis, foreligger det et sammensatt og varierende bilde av hvordan en rettighetskollisjon avveies.

Grunnloven § 92 kan neppe forstås som en selvstendig inkorporeringsbestemmelse som gir traktater med menneskerettslig innhold grunnlovs rang. Bestemmelsen kan likevel sies å gi presumpsjonsprinsippet en grunnlovsmessig forankring. Det har en viss betydning. Som lovgiver står Stortinget formelt sett fritt til å gi lover og regler som kan være i strid med landets internasjonale forpliktelser. I seg selv er dette et lite sannsynlig scenario men i politisk styrte områder med stor spenning kan det likevel oppstå konkurrerende hensyn. Ved

³⁶HR-2019-2286-A (Yasmin) avsnitt 42.

uklarheter må loven da presumeres å være i samsvar med konvensjonsbestemmelsen, eller settes til side i medhold av menneskerettsloven § 3 ved inkorporasjon.

4.8.4. *Grunnloven § 104*

Grunnloven § 104 lyder slik:

Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. De har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling.

Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Barn har rett til vern om sin personlige integritet. Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie.

Også denne paragrafen kom inn i Grunnloven ved reformen i 2014. I Dok. 16 (2011–2012) side 192 går det frem at man valgte å utforme § 104 andre ledd etter mønster av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, for å kunne trekke veksler på internasjonal tolkningspraksis. I Innst. 186 S (2013–2014) side 29 gir kontroll- og konstitusjonskomiteen en slik forklaring:

«Komiteen mener det er en svakhet ved den norske grunnloven at den ikke speiler det særlige vern barn har i norsk og europeisk rett. Alle sårbare grupper kan ikke ha særvern i en grunnlov. Barn er imidlertid i en særstilling. Ikke bare er de sårbare og har særlige behov for vern for å kunne leve frie, trygge og verdige liv; de er også i en spesiell avhengighetsstilling, og det i en særlig formativ fase av det liv de skal bruke til å utøve de friheter og rettigheter som tilkommer alle. Barndommens særlige avhengige stilling angår oss alle ...»

Grunnloven § 104 første ledd annet punktum behandler barnets rett til medbestemmelse. Det samme følger av barnekonvensjonen artikkel 12 og flere lovbestemmelser, blant annet barneloven § 31. Bestemmelsen gir for det første en rett for barnet til å ytre seg i saker som angår dem. Ifølge forarbeidene gjelder denne overfor offentlige myndigheter, foreldre og andre privatpersoner. For det andre gir bestemmelsen en rett for barn til å øve innflytelse på beslutninger som angår dem. Vekten av barnets mening må vurderes i lys av barnets alder og utvikling og hvilken type sak man står overfor.³⁷

Grunnloven § 104 annet ledd formulerer *prinsippet om barnets beste*. Bestemmelsen har to internasjonale forbilder: FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1 og EUs charter om grunnleggende rettigheter artikkel 24. Prinsippet er kommet til uttrykk i flere lover, blant annet barneloven § 48 og utlendingsloven § 70. Meningen med Grunnloven § 104 annet ledd er å synliggjøre prinsippet uten at gjeldende rett dermed ble endret. Grunnloven § 104 andre

³⁷Dokument 16 (2011–2012), s. 191, og Innst. 186 S (2013–2014), s. 30.

ledd angir at barnets beste skal være *et grunnleggende hensyn*, noe som er sentralt for forholdsmessighetsvurderingen. Bestemmelsen må tolkes i lys av barnekonvensjonen artikkel 3 nr 1 og EMDs praksis. Dette er behandlet overfor i punkt 4.1. Barnekomiteen fremhever i General Comment No. 14 at artikkel 3 nr. 1 gir en rett for det enkelte barn som er «directly applicable (self-executing) and can be invoked before a court», jf. avsnitt 6. Samme sted fremheves en preferanse for «the interpretation which most effectively serves the child's best interests».³⁸ Artikkel 3 nr. 1 er også en prosedyrebestemmelse, slik at avgjørelser må vise *at* barnets interesser er identifisert, og *hvordan* de er veiet mot andre hensyn.³⁹ I tråd med barnekonvensjonen art 3 nr 1 uttalte førstevoterende i Rt-2015-93 (Maria) avsnitt 66 at «barnets interesser inngår som et tungtveiende element ved forholdsmessighetsvurderingen. Videre uttales i avsnitt 56 at «barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen». Et vedtak som ikke inneholder en drøftelse av barnets beste, vil altså kunne være grunnlovsstridig,

Grunnloven § 104 tredje ledd første punktum gir barnet rett til vern om sin personlige integritet. Bestemmelsen er ment å synliggjøre barns sårbarhet og særlige behov for beskyttelse. Forarbeidene peker på at bestemmelsen gir statens myndigheter plikt til å sørge for et regelverk og håndhevelse som på best mulig måte beskytter barnet fra utnyttelse, vold og mishandling. Her heter det:

Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie.

Grunnloven § 104 andre ledd er utformet etter mønster fra tilsvarende internasjonale bestemmelser i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og EU-pakten artikkel 24 nr 2. Grunnloven § 104 tredje ledd inneholder følgelig en *forpliktelse* for staten til å legge forholdene til rette for barnets utvikling. I den engelske originalteksten lyder barnekonvensjonen artikkel 6 nr. 2 slik:

State parties shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child.

Barnekomiteen forutsetter at statspartene tolker «utvikling» helhetlig og i videste betydning, noe som omfatter barnets fysiske, psykiske, åndelige, moralske, psykologiske og sosiale utvikling. Gjennomføringstiltakene skal ha som siktemål å skape en optimal utvikling for alle barn.⁴⁰ I begrunnelsen for forslaget til bestemmelsen i Grunnloven § 104 viste Lønning-utvalget til at staten som part i barnekonvensjonen forpliktet seg til å legge forholdene til rette

³⁸ General Comment No. 14.

³⁹ General Comment No. 14.

⁴⁰ Generell kommentar nr. 5 (2003), avsnitt 12. Den norske oversettelsen av den generelle kommentaren benytter begrepet «utvikling», mens den offisielle oversettelsen av konvensjonsteksten som nevnt benytter begrepet «vokser opp».

for barnets utvikling, og at dette ikke gjenspeiles tilstrekkelig i de øvrige menneskerettighetene. Lønning-utvalget uttalte videre at tilretteleggingsplikten er ment å favne om opplæring og utdanning, helsetjenester, gode oppvekstvilkår, økonomisk og sosial trygghet samt omsorg og tilhørighet i familien.⁴¹

Hensynet til barnets beste er som nevnt ikke det eneste hensynet, og heller ikke alltid det avgjørende ved motstridende interesser. I plenumsdommen Rt. 2012 -1985 (Lengeværende barn I), avsnitt 134, slås følgende fast:

«... Hensynet til barnets beste kan imidlertid avveies mot eventuelle motstridende interesser. Innvandringsregulerende hensyn kan være så tungtveiende at de må gå foran hensynet til barnets beste, jf. det tidligere sitatet fra Ot.prp.nr.75 (2006–2007) side 160. Men jo tyngre hensynet til barnet er, jo mindre rom vil det bli for andre hensyn, og hensynet til barnet kan etter omstendighetene være så tungtveiende at det må slå igjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende.»⁴²

Barnekomiteen har understreket at ved avveiningen mot andre interesser skal hensynet til barnets beste ha stor vekt. I Rt-2015-93 (Maria) avsnitt 65, legges en slik tolkning til grunn:

«Barnekomiteen fremhever i General Comment No. 14 at artikkel 3 nr. 1 gir en rett for det enkelte barn som er «directly applicable (self-executing) and can be invoked before a court», jf. avsnitt 6. Det fremheves samme sted at bestemmelsen dessuten virker som et tolkningsprinsipp, og gir preferanse for «the interpretation which most effectively serves the child's best interests». Artikkel 3 nr. 1 er også en prosedyrebestemmelse, i den forstand at avgjørelser som gjelder barn, både må vise at barnets interesser er identifisert, og hvordan de er veiet mot andre hensyn. I avsnitt 36-40 utdyper Barnekomiteen selve normen. Det fremgår at hensynet til barnet ikke er det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende, jf. her også plenumsdommen i Rt-2012-1985 avsnitt 134-136. Men komiteen understreker at ved avveiningen mot andre interesser skal hensynet til barnets beste ha stor vekt – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen.»⁴³

Mellom respekten for familielivet og regelen om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, er det en tett sammenheng. Bestemmelsen må anses som *komplementære*, slik at barnets interesser inngår som et tungtveiende element ved forholdsmessighetsvurderingen også etter Grunnloven § 102. I Rt-2015-93 (Maria) gikk Høyesterett inn på relasjonen mellom forholdsmessighetsvurderingen under Grunnloven § 102 og regelen om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn etter § 104 andre ledd (avsnitt 60):

«Det er en nær forbindelse mellom privat- og familielivet og regelen om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Grunnloven § 102 og § 104 er på dette området

⁴¹ Dok.nr.16 (2011–2012) s. 194.

⁴² Rt. 2012 -1985 avsnitt 134.

⁴³ Maria-dommen avsnitt 65.

komplementære, slik at barnets interesser inngår som et tungtveiende element ved forholdsmessighetsvurderingen etter Grunnloven § 102.»

At § 102 og § 104 andre ledd her er *komplementære* er gjentatt og lagt til grunn i Rt-2015-155 (Rwanda) avsnitt 61.

«Høyesteretts forståelse av sammenhengen mellom Grunnloven § 102 og § 104 andre ledd, ligger tett opp til det som EMD har kommet frem til for så vidt gjelder relasjonen mellom EMK artikkel 8 om privat- og familieliv og det alminnelige rettsprinsippet om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn.»

Barnets oppvekst er også beskyttet ved andre konvensjonsbestemmelser.

Barnekonvensjonens artikkel 6 nr. 1 fastsetter at barnet har en «iboende rett til livet», mens artikkel 6 nr. 2 pålegger statene «så langt det er mulig, sikre at barnet overlever og vokser opp». Retten til liv innebærer både et krav om at statene må avstå fra å ta liv og søke å forhindre at liv går tapt. Virkeliggjøring av retten til overlevelse krever aktive tiltak fra statene. En rekke faktorer påvirker barns overlevelse i statene. Retten til overlevelse henger også nært sammen med retten til helse som følger av barnekonvensjonen artikkel 24. Retten til liv er også beskyttet av Grunnloven § 93.

4.8.5. Grunnloven § 102 om rett til familieliv

Grunnloven § 102 første ledd første punktum slår fast:

Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon.

Bestemmelsen kom inn ved grunnlovsreformen i mai 2014, og bygger blant annet på FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter SP artikkel 17 og EMK artikkel 8. Likhetstrekkene med EMK er fremtredende. Bestemmelsen skal tolkes i lys av de folkerettslige forpliktelsene, herunder konvensjonen og avgjørelser fra EMD, jf. Rt-2015-93 (Maria) avsnitt 57:

«Jeg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.»

Uttrykket «privatliv» griper bredt. Det finnes ikke noen fullstendig definisjon, jf. plenumsdommen RT-2012-2039 avsnitt 70. Sentralt i praksis fra EMD står menneskets fysiske og psykiske integritet, de ulike elementene i den enkeltes identitet og den personlige autonomi. Med «familieliv» vises det som i EMDs praksis til spesifikke relasjoner mellom

mennesker, eksempelvis etablerte parforhold og båndene mellom foreldre og barn. Grensen mellom de relasjoner som utgjør et familieliv, og de som inngår i privatlivet, er ikke skarp.

Retten til «respekt» for privatliv og familieliv innebærer vern mot offentlige inngrep som krenker denne retten. Også barnet har rett til en slik respekt. Vernet inneholder positive forpliktelser, i den forstand at myndighetene må iverksettes tiltak for å sikre mot inngrep. Sikringsplikten for staten er som nevnt forankret i Grunnloven § 92.

Grunnlovsvernet etter § 102 er til tross for sin ordlyd ikke absolutt. I tråd med regelen i EMK artikkel 8 vil det være tillatt å gripe inn i rettighetene etter første ledd første punktum dersom tiltaket har tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig, jf. RT-2014-1105 avsnitt 28. Førstvoterende uttaler her at det gjelder en alminnelig forholdsmessighets-begrensning «for lovhjemlede og saklig begrunnede inngrep i rettighetene og frihetene fastsatt i Grunnlovens menneskerettsbestemmelser». I Rt-2015-93 (Maria) formuleres forholdsmessighetsvurderingen slik:

«Forholdsmessighetsvurderingen må ha for øye balansen mellom de beskyttede individuelle interessene på den ene siden og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltaket på den andre.»

Utvalget bemerker at hvilken vekt familielivet tillegges målt mot statens behov inngrep også har visse kulturelle og verdibaserte aspekter. Hvor viktig det er å holde familien sammen og å la barnet vokse opp hos sine foreldre kan virke inne. Utvalget viser her til storkammerdommen fra EMD i *Strand-Lobben*-saken, der Norge ble dømt for ikke i tilstrekkelig grad har utredet og vektlagt barnets familiære bånd ved vedtak om adopsjon. Senere er Norge dømt en reke ganger for tilsvarende barnevernsaker. I utvisningssaker er problemstillingen hvor stor vekt det skal legges på barnets interesser ved adskillelse av familien når statlige interesser tilsier utvisning. Dommene har en klar overføringsverdi hva gjelder plikten til å ha et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag om barnets beste.

4.8.6. *Barnet prosessuelle stilling i utvisningssaker*

Barns partsrettigheter i saker etter utlendingsloven er regulert i forvaltningsloven og utlendingsloven. Den som har partsstatus i forvaltningssaken vil også ha selvstendig søksmålsrett i henhold tvisteloven § 1-3.

I utlendingsaker gjelder som utgangspunkt forvaltningslovens regler, jf. utlendingsloven § 80. I den grad utlendingslovgivningen har særreguleringer, går imidlertid disse foran. En slik særregulering er definisjonen av hvem som er «part» i utlendingsforskriften § 17-1 første ledd. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

Søkeren anses som part i saker etter loven og forskriften, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e. I saker som ikke beror på søknad vil det kun være den som saken retter seg mot som er å anse som part.

Forvaltningslovens definisjon av part i § 2 første ledd bokstav e er «part, person som en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder.»

Status som part innebærer en rekke rettigheter etter forvaltningsloven, derunder bl.a. klagerett, jf. forvaltningsloven § 28, krav på veiledning, jf. § 11, krav på forhåndsvarsel og underretning om vedtak, jf. §§ 16, 27, krav på innsyn i saksdokumenter, jf. § 18 flg., og krav på fullmektig, jf. § 12.

Etter utlendingsforskriften § 17-1 er det kun den utviste som er part under behandlingen i UDI og UNE. Dette er bl.a. begrunnet med at utvisningsvedtak og liknende avgjørelser anses å være av såpass personlig karakter at det ikke er naturlig å gi andre partsrettigheter.

Forskriftsbestemmelsen § 17-1 er foreslått lovfestet i utlendingsloven § 80.

Det er ingen tvil om at barn ofte berøres sterkt av vedtak om utvisning av foreldre. Det har derfor fra flere hold vært reist bekymringer om hvorvidt barns interesser blir tilstrekkelig ivaretatt uten at de gis egen partsstatus.

I Rt. 2015 s. 93 (Maria) ble det gjort et unntak fra praksis om at kun den som er utvist, kan være part. Høyesterett fant i denne saken at datteren til en utvist kvinne skulle vært gitt partsrettigheter under utlendingsmyndighetenes behandling av saken. Hun hadde derfor også rettslig interesse i å få prøvd vedtaket for domstolen. Saken var spesiell, ettersom den utviste kvinnen var barnets eneste omsorgsperson.

I en senere avgjørelse HR-2017-1130-A som gjaldt spørsmålet om søksmålsinteresse og partsstatus for den utvistes ektefelle og barn, uttalte Høyesterett; «...at avgjørelsen i Maria-saken ikke kunne tas til inntekt for et generelt endret syn på reglene om hvem som er part i en utlendingssak for forvaltningen».

Det er for øvrig flere bestemmelser i utlendingsloven og utlendingsforskriften som er rettet mot å ivareta barns rettigheter. Disse er bl.a. utlendingsloven §§ 70 og 49 om at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker som berører barn og utlendingsforskriften § 17-1a om krav til begrunnelse i vedtak som berører barn.

Utlendingsforskriften § 17-3 har dessuten en egen bestemmelse om at barn skal informeres og gis anledning til å bli hørt før det treffes avgjørelse i saker som vedrører dem etter utlendingsloven, uavhengig av sakstype. Den lyder slik:

Barn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å bli hørt før det treffes avgjørelse i saker som vedrører dem etter utlendingsloven.

Barnet kan høres muntlig eller skriftlig eller gjennom foreldre, representant eller andre som kan uttale seg på vegne av barnet. På hvilken måte barnet skal høres, må vurderes ut fra sakens art og søknadssituasjonen. Utlendingsdirektoratet gir utfyllende retningslinjer om hvordan barnets uttalerett skal gjennomføres, tilpasset de ulike sakstyper og søknadssituasjoner.

Barnets syn skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet

4.9. Barnets rett til rettshjelp

I saker som gjelder utvisning på grunn av brudd på utlendingsloven har utlendingen rett til fritt rettsråd uten behovsprøving.⁴⁴ I henhold til stykkprisforskriften § 5 innebærer dette tre timer fritt rettsråd etter forhåndsvarsel om utvisning, ytterligere en time ved en eventuell klage og fem timer fritt rettsråd ved personlig fremmøte i UNE. Disse satsene gjelder uavhengig av om utlendingen har barn eller ikke. Hvis faktisk samlet timeforbruk i saken er eller vil bli over det dobbelte av fastsatt stykkpris på grunn av særlige omstendigheter ved oppdraget, kan statsforvalteren utvide bevillingen til fritt rettsråd. Utvalget har ikke kjennskap til hvor ofte det blir innvilget utvidet bevilling i utvisningssaker som gjelder barn.

Rettshjelpsutvalget leverte *NOU 2020: 5 – Likhhet for loven* i april 2020. Utredningen har vært på høring, og saken er for tiden under behandling i Justis- og beredskapsdepartementet.

Rettshjelpsutvalget vurderer det slik at dagens rettshjelpssatser i utvisningssaker er for lave, gitt sakenes kompleksitet og den store betydningen saken har for utlendingen selv og dennes familie. De foreslår å utvide satsen til 5 timer ved forhåndsvarsel med et tillegg på tre timer ved klage og salær for medgått tid i møte ved personlig fremmøte i UNE. I saker som gjelder familier foreslår utvalget at det gis et tillegg i stykkprisen på to ganger rettshjelpssatsen for samboere og på to ganger rettshjelpssatsen for hvert barn over sju år.

4.10. Rapporter om barn i utvisningssaker fra NOAS, Redd Barna og Barneombudet

4.10.1. Rapporten fra NOAS og Redd Barna

Utvalget finner det naturlig å foreta en gjennomgang av NOAS og Redd Barna publiserte rapport "*Barnets beste i utvisningssaker*" i 2020. Rapporten er basert på NOAS' erfaringer fra deres rettshjelpsarbeid. Den bygger på en analyse av regelverket for utvisning, praksis når det gjelder rettshjelp i utvisningssaker og en gjennomgang av ti vedtak som er fattet av UDI. NOAS og Redd Barna skriver tydelig i innledningen til rapporten at den ikke er ment som en helhetlig gjennomgang av regelverk og praksis i utvisningssaker, men at den skal løfte fram utfordringer knyttet til særlig vurderingen av barnets beste etter barnekonvensjonen artikkel 3 i disse sakene. UDI hadde flere kommentarer til rapporten. Det er også gjort enkelte endringer f.eks. knyttet til informasjonsinnhenting og det er i ettertid foretatt endringer i regelverket om tilleggstid.

⁴⁴ Utlendingsloven § 92.

Rapporten peker på en rekke sider ved saksbehandlingen som forfatterne mener er mangelfull eller i strid med våre forpliktelser etter barnekonvensjonen. Disse gjengis kort her:

- *Mangelfull utredning av barnets beste:*

I de ti vedtakene som er gjennomgått, finner forfatterne at det mangler vesentlige opplysninger for å vurdere barnets beste i saken. De mener at UDI i flere saker ikke har gjort nok for å innhente opplysninger om sentrale sider ved barnets situasjon, slik som gjenværende forelders omsorgsevne, barnets helse, nettverk og skolegang. Forfatterne peker også på at UDI tilsynelatende bruker manglende opplysninger som begrunnelse i barnets beste-vurderingen, for eksempel ved at det ikke har fremkommet opplysninger som tilsier at barna ikke vil ha en forsvarlig omsorgssituasjon sammen med gjenværende forelder. Forfatterne mener man ikke kan slutte fra at man ikke har fått opplysninger om noe, til at barnet faktisk vil få en forsvarlig omsorgssituasjon. NOAS viser videre til erfaringer fra sitt rettshjelpsarbeid som tyder på at barnets beste-vurderingene i UDIs vedtak er preget av å være standardformuleringer som i liten grad inneholder konkrete vurderinger av enkeltbarns situasjon.

NOAS foreslår også i tråd med barnekomitéens syn at det burde undersøkes hvorvidt det i utvisningssaker burde være mulig for forvaltningen å innhente vurdering av barnets beste fra en ekstern sakkyndig, slik det er i saker etter barneloven og barnevernloven, noe som kunne bidra til en bedre utredning av at barnets faktiske situasjon og hva som vil være til barnets beste i den enkelte sak.

- *Barnets beste tillegges ikke behørig vekt i avveiingen opp mot kontrollhensyn.*

Rapporten peker på det forfatterne mener er en urimelig streng praksis der "kun oversittet utreisefrist" fører til utvisning og familiesplittelse til tross for at barnefaglige sakkyndige har levert godt begrunnede uttalelser om hvordan en familiesplittelse vil kunne ha svært alvorlige konsekvenser for barnet.

- *Barn høres sjelden muntlig i UDI og UNE:*

Rapporten viser til gjennomgangen av ti saker og at ingen av barna i disse sakene er hørt av UDI. Forfatterne viser videre til UNEs egen gjennomgang av 54 utvisningssaker som berører barn der ingen barn ble hørt direkte i UNE.

- *Urimelig forskjellsbehandling av barn født etter UDIs vedtak:*

Vedtak omgjøres ikke i UNE på grunn av etterfølgende omstendigheter, slik at foreldre til barn som er født etter utvisningsvedtak i UDI kan ende opp med en utvisning med fem års varighet også etter behandling i UNE, selv der varigheten ville blitt satt til to år av hensyn til barnet hvis barnet var født før tidspunkt for opprinnelig vedtak.

- *Manglende rettshjelp i saker som gjelder barn:*

Rapporten peker på at det ikke blir gitt ekstra rettshjelp i saker som gjelder barn, og at timetallet i utgangspunktet er lavt. Ifølge forfatterne er det mulig å legge til grunn at advokaten skal gjøre en grundig nok jobb med innhenting av opplysninger om barnet og å formidle barnets synspunkter med dagens praksis når det gjelder rettshjelp i disse sakene.

Rapporten inneholder også en rekke anbefalinger om endringer i regelverk, praksis og rettshjelpsordninger. De kan grupperes slik:

- Økt rettshjelp i saker som gjelder barn (minimum tre timer per barn)
- Barnets situasjon og konsekvensene for barnet må være godt nok opplyst. Dette kan blant annet sikres gjennom mer direkte høring av barn, tydeligere informasjon i forhåndsvarsel og økt bruk av sakkyndige.
- Utvide og endre utlendingsforskriften § 14-1 slik at den gjelder i alle utvisningssaker som gjelder brudd på utlendingsloven og der barn er berørt. Forfatterne foreslår i innta en momentliste og et krav til vurdering av om vedtaket er forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste etter modell fra bestemmelser om lengeværende barn og enslige mindreårige asylsøkere.
- Finne alternative reaksjonsformer til utvisning for utlendinger med barn i Norge.
- Korte ned varigheten fra ett til to år, sørge for rask saksbehandling i saker om opphevelse av innreiseforbudet og gjøre unntak fra hovedregelen om at det må ha gått to år før man kan søke om opphevelse av innreiseforbudet når utlendingen har barn i Norge.
- Rettshjelp og vurdering av barnets beste på nytt i både UDI og UNE i saker der barn er født etter at UDI har fattet vedtak om utvisning.

4.10.2. Barneombudet: Barn med utviste foreldre

I 2012 ga Barneombudet ut rapporten "Barn med utviste foreldre". Rapporten bygger på samtaler med seks barn som har opplevd å ha en forelder utvist fra Norge over tid. En stor del av rapporten handler om barnas opplevelser av både det å ha en utvist forelder, hva det gjør med familien og den gjenværende forelderen og om saksbehandlingen sett fra barnas perspektiv.

Barna forteller om stigma knyttet til å ha en utvist forelder, at dette er noe de ikke forteller til noen. De forteller også om at den gjenværende omsorgspersonen er sliten og syk på grunn av bekymringer og mye arbeid for å skaffe inntekter til familien. Videre opplever de å få for lite informasjon om saken og at de ikke har blitt hørt. Dette til tross for at de får med seg veldig mye av det som skjer uansett, men de må "finne ut av det selv". Barna etterlyser blant annet en støttekontakt til familien som kan avlaste gjenværende forelder og klare krav om at de må få informasjon og bli hørt i saken.

4.10.3. Utvalgets vurdering av rapportene

NOAS og Redd Barnas rapport fra 2020 løfter frem viktige problemstillinger og peker på mulige svakheter ved både regelverk og praksis i utvisningssaker som gjelder barn. Samtidig er kunnskapsgrunnlaget i rapporten relativt smalt, og selv om de ti sakene som er gjennomgått spesielt i arbeidet med rapporten er supplert med NOAS' erfaringer fra rettshjelpsarbeidet mer generelt, er det grunn til å tro at utvalget er for smalt til å gi et helhetlig bilde av denne sakstypen. Utvalget har likevel hatt med seg både funn og anbefalinger fra rapporten i arbeidet.

Flertallet bemerker at i utvalgets saksgjennomgang av forvaltningspraksis i 30 saker er det gjort enkelte liknende funn. Barnet er ikke hørt direkte i noen av sakene og det er få indikasjoner på at det er vurdert en egnet måte å innhente barnets syn på. Videre synliggjør gjennomgangen et behov for rettshjelp i saker som gjelder barn og behovet for å se på muligheten for raskere og mer reelle muligheter for å samle familien igjen, enten ved å gjøre det enklere å søke om opphevelse av innreiseforbudet, eller ved å sikre at utlendingen kan få behandlet en søknad om familiegjening raskere enn i dag. Utvalget har tatt med seg enkelte av anbefalingene i rapporten videre, og drøfter disse i kapittel 8 om anbefalinger.

Barneombudets rapport fra 2012 er gammel og forholder seg til saker og regelverk som ligger noe tilbake i tid. Likevel peker rapporten på viktige punkter sett fra barnas perspektiv, både når det gjelder hvordan den faktiske familiesplittelsen oppleves for barna og familiene og når det gjelder retten til informasjon og til å bli hørt i saken.

I det pågående Fafø-prosjektet om barns rett til å bli hørt i utvisningssaker skal det opprettes en ekspertgruppe med barn og unge med erfaringer fra utvisningssaker. Kunnskapen fra denne gruppa vil kunne kaste nytt lys over barnas egne opplevelser i utvisningssaker og vil kunne danne et viktig bakteppe for forbedringer på dette området.

5. EMK-retten som skranke for utvisning i saker som berører barn

5.1. Innledning

Menneskerettighetene setter skranke for adgangen til å utvise. I kapittel 4 forankringen av barnets beste i FNs barnekonvensjon og Grunnloven gjennomgått. I dette kapitlet er det EMK og avgjørelser fra EMD som er hovedtemaet. Av særlig betydning ved utvisningssaker er EMK artikkel 8 om rett til respekt for familieliv og privatliv. EMK er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 3, jf. § 2 nr. 1 og har forrang fremfor annen norsk lovgiving herunder utlendingsloven. Idet EMK bygger på et subsidiaritetsprinsipp, er det først og fremst opp til den nasjonale stat å håndheve menneskerettighetene, både ved å forhindre brudd og å sikre rettighetene gjennom den positive sikringsplikten. I forhold til utvisning er det særlig sikringsplikten som slår inn.

Praksis fra EMD er den viktigste kilden til å fastlegge innholdet av statenes forpliktelser og individenes rettigheter etter EMK. Utvalget vil se nærmere på hvilke momenter vedrørende barnet som særlig er vektlagt av EMD som grunnlag for at utvisning kan være uforholdsmessig, og om den er sammenfallende med utviklingen i norsk rettspraksis.

EMK har ingen egen bestemmelse om barnets beste. Prinsippet om barnets beste og beskyttelse av barnets interesser er imidlertid en sentral del av EMDs avgjørelsesgrunnlag i saker om utvisning som berører barn. I tråd med et dynamisk tolkningsprinsipp, ikke-diskrimineringsprinsippet og proporsjonalitetsprinsippet, samt ved å fremheve statens sikringsplikter og plikter etter barnekonvensjonen, har EMD løftet frem og tolket barnets beste i utvisningssaker, både på et prinsipielt grunnlag og helt konkret, i en rekke saker.⁴⁵

Prinsippet om barnets beste er gitt en overordnet betydning i nyere praksis fra EMD. I flere saker uttaler EMD at barnets interesser er av «*paramount importance*» med klare røtter i barnekonvensjonens ordlyd. EMD utaler dessuten at barnets interesser må tillegges «*significant weight*». Det klare utgangspunktet etter EMD-praksis er altså at barnets beste skal tillegges særlig og overordnet vekt ved forholdsmessighetsvurderingen. Dette innebærer både en aksept av behovet for beskyttelse av barnet som særlig sårbart og avhengig (barnets rettigheter) og en plikt til å anse barnets beste som et grunnleggende hensyn i avgjørelser som berører barn.⁴⁶ Prinsippet omhandler også respekten for barnets rettigheter på et selvstendig grunnlag. Det er noen nyanser i terminologien, men utvalget går ikke nærmere inn på dette her.

Det er ikke omtvistet at utvisning i utgangspunktet vil komme i konflikt med barnets beskyttelsesbehov i forhold til å vokse opp hos sin familie og motta omsorg fra sin biologiske mor eller far. Det legges til grunn at barnets beste normalt tilsier at utvisning ikke benyttes. Et utvisningsvedtak som medfører familiesplittelse vil utvilsomt kunne medføre krenkelse av barnets rettigheter. Særlig gjelder dette ved lengre eller varig innreiseforbud. Her krysser altså barnets grunnleggende interesser i å vokse opp med sin familie, med statenes behov for å kunne iverksette effektive innvandringsregulerende tiltak.

Ethvert inngrep skal være proporsjonalt. I EMDs praksis oppstilles en rekke momenter som tillegges vekt i proporsjonalitetsvurderingen. I utvisningssaker gjelder de såkalte *Boutif*-kriteriene som er videreutviklet i storkammersaken *Uner mot Nederland*. Her oppstilles en rekke momenter som skal vektlegges ved forholdsmessighetsvurderingen.

Hensett til at innvandringsregulerende lovverk ikke i seg selv kan regnes som uforholdsmessig, vil konvensjonsbrudd først og fremst gjelde selve vektingen eller det som etter EMDs praksis omtales som «*the balancing test*». Men også prosessuelle forhold, som et

⁴⁵ Se for eksempel EMDs avgjørelser i storkammersakene *Uner mot Nederland* avsnitt 58, *Neulinger og Shuruk mot Sveits*, *X mot Latvia* og *Jeunesse mot Nederland*.

⁴⁶ Se *Osman mot Danmark* avsnitt 72.

tilstrekkelig og forsvarlig avgjørelsesgrunnlag om barnets interesser og barnets rett til å bli hørt, vil være typisk gjenstand for prøving.

5.2. *EMK artikkel 8 som skranke*

5.2.1. *Innledning*

EMK artikkel 8 lyder slik:

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others:

EMK artikkel 8 beskytter retten til privatliv og familieliv. Bestemmelsen er viktig nettopp i utvisningssammenheng fordi utvisning i mange tilfeller innebærer et inngrep i utlendingens privatliv eller familieliv. Retten til privatliv og familieliv er imidlertid ikke absolutt. Etter artikkel 8 nr. 2 kan det gjøres unntak når inngrepet er i samsvar med loven og er «nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til nasjonal sikkerhet, offentlig trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter». Kravet til nødvendighet vurderes i praksis som et krav til forholdsmessighet mellom hvordan utvisning rammer individet på den ene side, og hensynet til samfunnets interesser på den annen side.

Kjernen i EMDs prøving er altså om den nasjonale stat har foretatt en rimelig avveining mellom klagernes personlige interesser og statens interesse i en effektiv immigrasjonskontroll. EMD godtar at alvorlige brudd på regelverket vil virke inn på forholdsmessighetsvurderingen. EMD uttaler også i flere saker at dersom hensynet til en preventiv funksjon og effektiv håndheving av regelverket ikke skal undergraves, må dette tillegges betydelig vekt ved statenes skjønnsmargin. Ingen har noe automatisk rett til opphold med sin familie etter EMK artikkel 8.

Først og fremst er det EMD som utvikler innholdet i konvensjonsbestemmelsene.⁴⁷ Selv om norske domstoler finner at et utvisningsvedtak ikke krenker EMK artikkel 8, utelukker ikke det at EMD vil komme til en annen konklusjon.

Hvorvidt utvisningsvedtaket skal vurderes som et urettmessig inngrep eller som mislighold av statens positive forpliktelser, har liten praktisk betydning. For eksempel i *Nunez-saken* fant EMD det ikke nødvendig å ta stilling til om det var tale om et spørsmål om urettmessig

⁴⁷ Rt-2005-833 avsnitt 45 og Elgesem (2003).

inngrep eller mislighold av positive forpliktelser til å sikre opphold, under henvisning til at vurderingstemaet for konvensjonsmessighet var det samme i begge tilfeller.⁴⁸ Uttalelsene i *Nunez-saken* er fulgt opp i senere praksis fra EMD.⁴⁹ Heller ikke Høyesterett vektlegger dette.⁵⁰ Som påpekt av Høyesterett i avsnitt 66 i *Yasmin-saken* har EMD i flere saker at de relevante prinsippene for utvisningsvurderingen er de samme: «Det sentrale er uttalt om myndighetene etter en samlet vurdering har truffet en ‘fair balance’ mellom samfunnsinteressene og hensyn til de berørte enkeltindividene».

5.2.2. Når foreligger det en krenkelse?

Hvorvidt utvisning som griper inn i et beskyttet familieliv er forenlig med EMK artikkel 8, avhenger av unntaksvilkårene i EMK artikkel 8 nr. 2. I utgangspunktet skal myndighetene ikke gjøre inngrep i konvensjonsrettighetene, men inngrep er likevel konvensjonsmessige dersom de er i samsvar med loven og dens formål, og dessuten forholdsmessige. Dersom utvisning griper inn i retten til respekt for familielivet, er vedtaket altså bare konvensjonsmessig dersom utvisningsadgangen er «necessary in a democratic society», med det mål for å ivareta et av de opplistede formålene.

5.2.3. Lovkravet og kravet om legitimitet

For å være forenlig med EMK artikkel 8, må utvisning være «*in accordance with the law*». Lovkravet innebærer etter en alminnelig språklig forståelse at myndighetenes adgang til å fatte vedtak om utvisning må være hjemlet i nasjonal rett. Lovkravet skal gjennomgående beskytte borgerne mot vilkårlige inngrep. Det er derfor i EMD-praksis oppstilt visse *vilkår* til hjemmelen. Loven må være så tilgjengelig og presist formulert at borgerne kan forutberegne hvilke handlinger som gir myndighetene rett til å gripe inn i rettighetene.

Utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a regulerer de objektive vilkårene for utvisning av utlendinger «uten oppholdstillatelse». Bestemmelsen åpner for utvisning ved grove eller gjentatte brudd på utlendingsloven, vesentlige opplysningsfeil og unndragelse fra utreiseplikt. Systemet i utlendingsloven er godkjent av EMD. Det må derfor legges til grunn at utvisningshjemmelen i utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a tilfredsstiller lovkravet.⁵¹ Det er heller ikke tvilsomt at slik utvisning må anses som legitime hensyn, jf. formålene listet i EMK art. 8 nr. 2, jf «the prevention of disorder or crime».

EMD anerkjenner også de nasjonale staters rett til innvandringsregulerende tiltak, herunder sanksjoner av allmennpreventiv art. I *Antwi-saken* heter det i avsnitt 90:

“Moreover, as already held on previous occasions, the possibility for the authorities to react with expulsion would constitute an important means of general deterrence against gross or repeated violations of the Immigration Act ... A scheme of implementation of

⁴⁸ EMD i *Nunez mot Norge* avsnitt 69.

⁴⁹ Storkammeravgjørelsen *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 106.

⁵⁰ HR-2019-2286-A (*Yasmin*) avsnitt 66.

⁵¹ Se *Kaplan mot Norge* og *Nunez mot Norway*.

national immigration law which, as here, is based on administrative sanctions in the form of expulsion does not as such raise an issue of failure to comply with Article 8 of the Convention (see Nunez and Darren Omoregie and Others, cited above, *ibidem*.”

Avgjørelsen er omtalt av Høyesterett i *Yasmin-saken*, avsnitt 54 og 55:

«EMD anerkjenner her – som i de tidligere avgjørelsene det vises til – myndighetenes mulighet til å bruke utvisning som virkemiddel, jf. også EMDs dom i saken *Kaplan med flere mot Norge* 24. juli 2014 [EMD-2011-32504]¹. Sanksjonens viktige avskrekkende effekt ved alvorlige brudd på utlendingsloven fremheves. Generelt fastslås at en ordning med administrativ utvisning ikke i seg selv er problematisk holdt opp mot vernet etter artikkel 8

Når EMD i *Nunez* og *Kaplan* kom til at det forelå en krenkelse av artikkel 8, var det følgelig ikke fordi domstolen hadde et annet syn på betydningen av forholdets alvor og utvisning som sanksjon enn de norske rettsinstansene. Krenkelse ble konstatert først og fremst fordi EMD vurderte de konkrete omstendighetene annerledes.»

5.2.4. Forholdsmessighetsvurderingen

Selv om utvisningsvedtaket har tilstrekkelig forankring i lov og er begrunnet i legitime hensyn, er utvisning bare konvensjonsmessig dersom det samtidig er «necessary in a democratic society». Kravet om nødvendighet tilsier at tungtveiende interesser må begrunne inngrep. Praksis fra EMD viser at myndighetene må foreta en forsvarlig avveining mellom statens interesser som taler for utvisning og individenes interesser.⁵² I storkammersaken *X v. Latvia* fremholder EMD at det avgjørende er at myndighetene har funnet en «fair balance» mellom de motstridende interessene, der barnets interesser må være av «primary consideration»:

“The decisive issue is whether the *fair balance* that must exist between the competing interests at stake – those of the child, of the two parents, and of public order – has been struck, within the margin of appreciation afforded to States in such matters ..., taking into account, however, that the *best interests of the child* must be of *primary consideration*”⁵³

I storkammersaken *Uner mot Nederland*, avsnitt 58, drøftet domstolen først de generelle utgangspunktene vedrørende EMK artikkel 8 og utvisning. Domstolen viste til de retningsgivende prinsippene utformet i *Boultif mot Sveis*. Domstolen fant grunn til å utdype disse prinsippene videre, i saker som gjelder barn, slik at prinsippene nå består av ti konkrete momenter for forholdsmessighetsvurderingen. Disse er:

- “- the nature and seriousness of the offence committed by the applicant;
- the length of the applicant’s stay in the country from which he or she is to be expelled;

⁵² Se blant annet *Kaplan mot Norge* avsnitt 81.

⁵³ Se om dette *X. mot Latvia* avsnitt 95.

- the time that has elapsed since the offence was committed and the applicant's conduct during that period;
- the nationalities of the various persons concerned;
- the applicant's family situation, such as the length of a marriage, and other factors expressing the effectiveness of a couple's family life;
- whether the spouse knew of the offence at the time when he or she entered into a family relationship;
- whether there are children from the marriage and, if so, their age;
- the seriousness of the difficulties which the spouse is likely to encounter in the country to which the applicant is to be expelled;
- the best interests and well-being of the children, in particular the seriousness of the difficulties which any children of the applicant are likely to encounter in the country to which the applicant is to be expelled; and
- the solidity of social, cultural and family ties with the host country and with the country of destination."

På samme måte som EMD legger Høyesterett til grunn at det må foretas en avveining av alle relevante forhold. Statens interesser må veies mot hensynet til de berørte enkeltindividene.⁵⁴ Barnets interesser må alltid vurderes, og da slik at barnets beste skal være et «grunnleggende hensyn»⁵⁵. Det er imidlertid sikker rett at samfunnsinteressene kan være så tungtveiende at barnets beste må vike.⁵⁶

Utvalget mener at det er vanskelig å slå fast med noen nevneverdig sikkerhet om norske myndigheters vektlegging av statens interesser er strengere enn det som følger av EMD. Dommene på krenkelse i tre norske saker tyder mer spesifikt på at det er barnets interesser ikke er blitt tilstrekkelig vektlagt.

5.2.5. *Betydningen av statenes skjønnsmargin*

Statene er tilkjent en skjønnsmargin, «a margin of appreciation», ved vurderingen av om utvisning er «necessary in a democratic society».⁵⁷ Det gjelder både vekten av barnets interesser og av de samfunnsmessige interessene. Omfanget av skjønnsmarginen avhenger etter EMD-praksis av en rekke ulike forhold, herunder graden av konsensus om rettstilstanden. Det foreligger utvilsomt en bred konsensus, både i medlemsstatenes nasjonale lovgivning og etter internasjonal rett, om at barnets beste er av «paramount importance»⁵⁸. Norske myndigheter kan derfor ikke fatte utvisningsvedtak der det legges for liten vekt på hensynet til barnets interesser. Dette var tilfelle blant annet i *Nunez-saken*. EMD fant at barnets beste ikke var tillagt tilstrekkelig vekt, og utvisning var følgelig konvensjonsstridig.⁵⁹

⁵⁴Se om interesseavveiningen blant annet Rt-2015-93 (Maria) avsnitt 54-68, Rt-2011-948 (Kosovo) avsnitt 31 og HR-2019-2286-A (Yasmin) avsnitt 43-44.

⁵⁵ Se Grunnloven § 104 andre ledd, utlendingsloven § 70 første ledd annet pkt., BK art. 3 nr. 1.

⁵⁶ Se HR-2019-2286-A (Yasmin) avsnitt 61-62 og Rt-2012-1985 (Lengeværende barn I) avsnitt 134-135.

⁵⁷ Se *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 106, *Neulinger og Shuruk mot Sveits* avsnitt 134,

⁵⁸ Se særlig *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109.

⁵⁹ Se *Nunez mot Norg*, avsnitt 84.

EMD vil likevel sjelden ignorere nasjonale myndigheters vurderinger dersom myndighetene har foretatt en grundig vurdering av sakens faktiske omstendigheter, og på en tydelig måte anvendt rettsprinsippene slik de følger av EMDs praksis og dessuten foretatt en forsvarlig og rimelig avveining av individenes personlige interesser, herunder barnets beste som et grunnleggende hensyn.⁶⁰

5.2.6. EMDs vektlegging av barnets beste i utvisningssaker

Prinsippklæringen i storkammeravgjørelsen *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109, er brukt som utgangspunkt for senere praksis, jf. avsnitt 109:

“On this particular point, the Court reiterates that there is a broad consensus, including in international law, in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests are of paramount importance (see *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, cited above, § 135, and *X v. Latvia*, cited above, § 96). Whilst alone they cannot be decisive, such interests certainly must be afforded significant weight. Accordingly, national decision-making bodies should, in principle, advert to and assess evidence in respect of the practicality, feasibility and proportionality of any removal of a non-national parent in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it.”⁶¹

Klageren hadde opprinnelig nederlandsk statsborgerskap, men fikk surinamsk statsborgerskap i 1975. Hun innledet i 1987 et forhold til Mr. W. Han flyttet i 1991 til Nederland, og fikk nederlandsk statsborgerskap. I 1997 reiste klageren til Nederland på turistvisum, men reiste ikke ut da dette gikk ut. Klageren giftet seg med Mr. W i 1999, og de fikk tre barn. De tre barna er nederlandske statsborgere. Klageren søkte om oppholdstillatelse fem ganger, men fikk avslag. Staten tok skritt for å sende ut klageren i 2010. Hun ble løslatt fordi hun var gravid med sitt tredje barn.

Problemstillingen var om staten var forpliktet til å innvilge klageren oppholdstillatelse slik at hun kunne utøve sin rett til respekt for sitt familieliv på statens territorium. Vernet etter artikkel 8 ble ansett å være svakere dersom oppholdsgrunlaget er usikkert, for eksempel fordi tillatelsen til å være i landet er basert på uriktige opplysninger fra utlendingen. I avsnitt 108 heter det:

“Another important consideration is whether family life was created at a time when the persons involved were aware that the immigration status of one of them was such that the persistence of that family life within the host State would from the outset be precarious. It is the Court's well-established case-law that, where this is the case, it is likely only to be in exceptional circumstances that the removal of the non-national family member will constitute a violation of Article 8”

Det sentrale her er at hvis grunlaget for oppholdet i landet fra begynnelsen av er usikkert – «precarious» – vil utvisning vanligvis bare komme i konflikt med artikkel 8 dersom det

⁶⁰ Se blant annet *Salem mot Danmark*.

⁶¹ Se *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109 og *Assem Hassan Ali mot Danmark* avsnitt 55.

foreligger «*exceptional circumstances*». Også i flere av dommene mot Norge anvender EMD lignende formuleringer, se eksempelvis *Nunez-saken*, avsnitt 70.

EMD påpekte at klagerens ektemann og barn var nederlandske statsborgere, med rett til å nyte familielivet sammen i Nederland. EMD la også vekt på at klageren hadde vært nederlandsk statsborger, før Surinam ble selvstendig. Domstolen påpekte videre at klageren hadde bodd i landet i 16 år. Staten hadde tolerert at hun oppholdt seg i landet, noe som gjorde det mulig for klageren å utvikle sterke bånd til landet.

EMD anså hensynet til barna som en viktig side av denne saken. Barnas beste kunne ikke være avgjørende, men måtte tillegges betydelig vekt. Domstolen påpekte at klageren var barnas primære omsorgsperson, og at barna var tett knyttet til Nederland, hvor de også var statsborgere. EMD fant videre at familien ville få det vanskelig dersom de måtte bosette seg i Surinam, og understrekte at artikkelen medførte en beskyttelse av familien som helhet. Domstolen fant at staten hadde tatt for lite hensyn til barnas beste, når de vurderte klagerens søknader om oppholdstillatelse.

Selv om oppholdsgrunnlaget var usikkert, slo altså hensynet til barnets beste gjennom. EMD slo fast at det avgjørende var om det var oppnådd en rimelig balanse mellom interessene til klageren og hennes familie om å fortsette familielivet på den ene siden, og hensynet til statens kontroll av innvandring på den andre, sett i sammenheng med statens skjønnsmargin. Domstolen fant at det forelå særlige omstendigheter i denne saken, etter en samlet vurdering av alle forhold, og at det derfor ikke hadde blitt oppnådd en rimelig balanse mellom partenes interesser. Etter dette konkluderte Domstolen med at det forelå en krenkelse av artikkel 8.

Oppsummert, utvisningsvedtak som utgjør inngrep i barnets rett til vern, er bare konvensjonsmessige dersom myndighetene har truffet en «*fair balance*» mellom de motstridende interessene. Utvisning er derfor i strid med barnets konvensjonsrettigheter dersom inngrepsintensiteten overfor barnet ikke står i et rimelig forhold til statens behov i utvisning i den konkrete saken. Tilsvarende er lagt til grunn av Høyesterett.⁶²

5.2.7. EMDs vekting av statens interesser

Utvisning på grunnlag av brudd på utlendingsloven er hovedsakelig begrunnet i hensynet til allmennprevensjon. EMD anerkjenner de allmennpreventive hensyn slike brudd medfører. I *Nunez-saken* slutter EMD seg til lovgivers vurdering av forholdets alvor, og at utvisning som viktig allmennpreventivt virkemiddel for å forhindre nye overtredelser. EMD uttalte følgende:

“If serious or repeated violations of the immigration law were to be met with impunity, it would undermine the public’s respect for that law. ... Therefore, the possibility for the

⁶² HR-2019-2286-A (Yasmin) avsnitt 66.

authorities to react with expulsion would constitute an important means of general deterrence against gross or repeated violations of the Immigration Act.”

Høyesterett har i flere avgjørelser ansett statens interesser ved brudd på utlendingsloven som mer tungtveiende, særlig der disse er i kjernen av kontrollhensyn og tillit.⁶³ I de sakene Norge er dømt, er det ikke denne vurderingen i seg selv som er konvensjonsstridig, men at barnets beste ikke var tillagt tilstrekkelig vekt.

5.2.8. Oppholdets grunnlag

EMD skiller i utvisningssaker mellom de utlendinger som anses for å være «*settled migrants*», dvs de som har gyldig oppholdstillatelse, og de som har et mer usikkert oppholdsgrunnlag, ansett som «*precarious*», i EMDs terminologi. Dette omfatter karakteristisk dem som har fått oppholdstillatelse innvilget på et feilaktig grunnlag eller som oppholder seg ulovlig i riket. Utlendingen var dermed – da familielivet ble etablert – klar over at det usikre oppholdsgrunnlaget kunne føre til stans i familielivet.⁶⁴

Dersom utlendingens oppholdsgrunnlag er usikkert når familielivet blir etablert, vil utvisning etter EMDs praksis bare i konflikt med EMK artikkel 8 ved «*exceptional circumstances*». Begrunnelsen synes å være at utlendingen da ikke har noen rimelig forventning om å kunne forbli i landet. I slike situasjoner skal det mindre til før samfunnsinteressene blir utslagsgivende ved forholdsmessighetsvurderingen.⁶⁵

Høyesterett har lagt til grunn et tilsvarende skjerpet krav om *uvanlig store belastninger*. Denne vurderingsnormen ble først lagt til grunn i saker vedrørende utvisning for alvorlig kriminalitet, men har i nyere rett også blitt lagt til grunn i saker som gjelder alvorlige overtredelser av utlendingsloven.⁶⁶ Det er først og fremst overtredelser som vanskeligjør kontrollmuligheter, herunder å unnlate å oppgi identitet, å gi uriktige opplysninger eller å benytte falske dokumenter, som regnes som alvorlige.⁶⁷ I *Yasmin-saken* gjennomgås EMD-retten også på dette punkt grundig.⁶⁸ Om *Nunez-saken* heter det i avsnitt 78 til 81:

I EMDs dom i *Nunez-saken* følger drøftelsen av hensynet til barna fra avsnitt 78. Av oppsummeringen i avsnitt 84 fremgår det at domstolen særlig la vekt på følgende konkrete momenter:

«Having regard to all of the above considerations, notably the children's long lasting and close bonds to their mother, the decision in the custody proceedings, the disruption and stress that the children had already experienced and the long period that elapsed before the immigration authorities took their decision to order the applicant's

⁶³ Ibid avsnitt 113, Rt-2010-1430 (Kaplan) avsnitt 79-80 og Rt-2009-534 (Nunez) avsnitt 51.

⁶⁴ Se EMDs avgjørelse i *Pormes mot Nederland* avsnitt 57 og 60.

⁶⁵ Se *Nunez mot Norge* avsnitt 74, *Kaplan mot Norge* avsnitt 84 og *Antwi mot Norge* avsnitt 91.

⁶⁶ HR-2019-2286-A (*Yasmin*) avsnitt 107.

⁶⁷ Ibid avsnitt 95 og Rt-2011-948 (Kosovo) avsnitt 48.

⁶⁸ Se HR-2019-2286-A (*Yasmin*) avsnitt 75 og 83.

expulsion with a reentry ban, the Court is not convinced in the concrete and exceptional circumstances of the case that sufficient weight was attached to the best interests of the children»

Til tross for at Nunez aldri hadde hatt lovlig opphold i Norge, se avsnitt 67 i EMDs dom, og dermed ikke en berettiget forventning om å få bli, var altså barnas interesser så tungtveiende at de utgjorde «exceptional circumstances».

Også i EMDs dom 31. juli 2008 i saken Darren Omoregie med flere mot Norge [EMD-2007-265-2]¹ var utlendingenes oppholdsgrunnlag usikkert, se avsnitt 59 følgende. Selv om en av klagerne også i den saken var et barn, forelå det ikke slike «exceptional circumstances» at artikkel 8 var brutt, se avsnitt 68.

EMDs dom i Antwi [EMD-2010-26940]¹ følger det samme argumentasjonsmønsteret. Konklusjonen ble også her at det ikke forelå noen «exceptional circumstances», og at «sufficient weight was attached to the best interests of the child in ordering the first applicant's expulsion», se avsnitt 103.⁹⁹

Høyesterett konkluderte med at «exceptional circumstances» beror på en konkret vurdering som tilsvarer «særlig store belastninger» og må forstås slik at utvisning må ramme de involverte barna hardere enn normaltifellene ved utvisning, jf. avsnitt 109:

«I alle fall i en sammenheng som i saken her – vurdering av barns interesser opp mot innvandringsregulerende hensyn – antar jeg at kjernen i de to uttrykksmåtene – «uvanlig store belastninger» og «exceptional circumstances» – langt på vei er sammenfallende. Er oppholdsgrunnlaget usikkert, typisk fordi utlendingen har oppgitt falsk identitet og gitt uriktige opplysninger til utlendingsmyndighetene, må det komme noe særskilt til – noe utover den belastningen som må antas å være vanlig når en av foreldrene blir utvist – for at utvisning er uforholdsmessig overfor barna etter utlendingsloven § 70 og i strid med EMK artikkel 8.»

Utvalgets flertall mener at det ikke er innlysende at dette alltid er sammenfallende, idet kravet i EMK-retten om «exceptional circumstances» gjelder ved usikkert opphold, mens «særlig store belastninger» slik det er utviklet, tolket og anvendt av norske myndigheter, gjelder bruddets alvor. Dermed er det en risiko for at Norge kan komme til å anvende en for streng norm, selv om meget alvorlig brudd på utlendingsloven som regel også innebærer at oppholdet er «precarious».

Det er uavklart hvordan EMD vektlegger de øvrige familiemedlemmenes kunnskap om oppholdsgrunnlaget i familiens favør. I *Pormes-saken*⁶⁹ uttalte EMD at tungtveiende innvandringsregulerende hensyn tilsier at barn bør identifiseres med foreldrene sine, for slik å avverge risikoen for at foreldrene utnytter barnas posisjon for å sikre oppholdstillatelse for seg selv og barna, jf. debatten om de såkalte ankerbarna. Et annet tema er om den andre

⁶⁹ Se *Pormes mot Nederland* avsnitt 57.

omsorgspersonen var informert. Dette spørsmålet er til prøving i EMD i *Yasmin-saken*. Barnas far har anført at han ikke visste at moren hadde ugyldig oppholdstillatelse.

Utvalget gjennomgår *Yasmin-saken* mer inngående i punkt 5.4.7.

5.3. *Krenkelsen av familielivet*

5.3.1. *Innledning*

Beskyttelsen av barnets beste innebærer å holde familien samlet, så langt det er mulig.⁷⁰ Barnet har rett til omsorg fra sine foreldre.

Det følger av EMDs praksis at spørsmålet om konsekvensene for familielivet, «*the extent to which family life is effectively ruptured*»,⁷¹ er av avgjørende betydning for om det foreligger krenkelse etter artikkel 8. Det har altså stor betydning i hvilken grad utvisningsvedtaket fører til reell familiesplittelse, herunder hvorvidt familielivet kan fortsette i forelderens opprinnelsesland, om kontakten mellom barn og forelder kan opprettholdes etter utvisning og hvordan kontakten mellom barnet og den utviste foreldereren var før utvisning, dvs graden av relasjonsbrudd. Statene må foreta en grundig undersøkelse av konsekvensene og gjennomføring av utvisning, med den målsetting å beskytte barnets interesser og gi barnet et tilstrekkelig og effektivt vern.

Utvalget vil se nærmere på de viktigste momentene som er utviklet i EMDs praksis, med utgangspunkt i *Jeunesse mot Nederland*, særlig avsnitt 104 og 105, der det henvises til *storkammersaken Uner mot Nederland* og de der nevnte og utvidede *Boutif*-kriteriene, gis anvendelse også i saker der utlendingen ikke har fått innvilget oppholdstillatelse. Sentrale momenter er spørsmålet om familielivet kan videreføres i opprinnelseslandet, barnets omsorgssituasjon hos gjenværende foreldre, innreiseforbudets lengde og saksbehandlingstiden kan virke inn på vurderingen av graden av krenkelse. Momentene er godt oppsummert i avsnitt 107 og 108:

“107. Where immigration is concerned, Article 8 cannot be considered to impose on a State a general obligation to respect a married couple's choice of country for their matrimonial residence or to authorise family reunification on its territory. Nevertheless, in a case which concerns family life as well as immigration, the extent of a State's obligations to admit to its territory relatives of persons residing there will vary according to the particular circumstances of the persons involved and the general interest. Factors to be taken into account in this context are the extent to which family life would effectively be ruptured, the extent of the ties in the Contracting State, whether there are insurmountable obstacles in the way of the family living in the country of origin of the alien concerned and whether there are factors of immigration control (for example, a history of breaches of immigration law) or considerations of public order weighing in favour of exclusion (see *Butt v. Norway*, cited above, § 78).

⁷⁰ Se *Popop mot Frankrike* avsnitt 141.

⁷¹ Se *Kaplan mot Norge* avsnitt 81 og *Nunez mot Norge* avsnitt 70.

108. Another important consideration is whether family life was created at a time when the persons involved were aware that the immigration status of one of them was such that the persistence of that family life within the host State would from the outset be precarious. It is the Court's well-established case-law that, where this is the case, it is likely only to be in exceptional circumstances that the removal of the non-national family member will constitute a violation of Article 8 (see *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, p. 94, § 68; *Mitchell v. the United Kingdom* (dec.), no. 40447/98, 24 November 1998; *Ajayi and Others v. the United Kingdom* (dec.), no. 27663/95, 22 June 1999; *M. v. the United Kingdom* (dec.), no. 25087/06, 24 June 2008; *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands*, cited above, § 39; *Arvelo Aponte v. the Netherlands*, cited above, §§ 57-58; and *Butt v. Norway*, cited above, § 78.”⁷²

5.3.2. *Hvilke vansker barnet vil få dersom det følger foreldrene ut av landet, og er en slik retur mulig? (insurmountable obstacles)*

EMD har i en rekke avgjørelser konkret vurdert hvorvidt familielivet kan videreføres i den utvistes opprinnelsesland uten at det medfører «insurmountable obstacles». Det er altså av vesentlig betydning hvorvidt det foreligger uoverstigelige hindringer i veien for reetablering i opprinnelseslandet. Det forutsettes at barnas stilling vurderes selvstendig. Dersom barna kan bosette seg sammen med foreldrene i opprinnelseslandet uten noen større problemer, vil ikke utvisningsvedtaket være like krenkende. For barna er temaet særlig hvor store problemer det er sannsynlig at barna vil få, ved å måtte bosette seg i forelderens opprinnelsesland. EMD vektlegger også om det – for større barn- er mulig å opprettholde kontakt for eksempel ved sosiale medier.

I *Amrollahi mot Danmark*, som gjaldt utvisning av en far, ble det trukket frem at barnas mor aldri hadde vært i Iran, ikke snakket språket og ikke var muslim. Amrollahi, iransk statsborger bosatt i Danmark, ble dømt til tre års fengselsstraff og utvisning i 1997 for narkotikasmugling. Klager hadde to barn med en dansk statsborger, og hadde også et nært forhold til et stebarn. Klager hadde ingen kontakt med sin familie i Iran fordi han flyktet til Danmark i 1986 etter å ha desertert fra den iranske hæren. Det ble lagt til grunn at selv om det ikke var umulig for moren og de to barna på seks og ett år å følge med faren, ville det gi dem åpenbare og alvorlige vansker. Vurderingen så langt knyttet seg først og fremst til moren. Moren hadde i tillegg et særkullsbarn, en tretten år gammel jente. Hun hadde bodd med moren siden hun ble født, og nektet å flytte. Dette ble tillagt vekt som ytterligere et moment som talte for at moren og barna ikke kunne flytte til Iran. Her ble dermed det ene *barnets mening vektlagt*. Når det er flere barn i familien, kan det tenkes at barna har ulik mening og ulike interesser. Ettersom det heller ikke var i de yngste barnas beste interesse å følge med faren, var ikke dette en problemstilling i denne saken.

⁷² *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 107 og 108.

I HR-2019-2286-A (Yasmin) tok Høyesterett stilling til forholdsmessigheten av et utvisningsvedtak rettet mot en mor med fire barn i Norge på henholdsvis elleve, seks, seks og tre år. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at det var urealistisk at barna kunne bosette seg i morens opprinnelsesland, sett hen til barnas skolegang og at de ikke behersket de lokale språkene. Høyesterett drøfter dette i avsnitt 117:

«Lagmannsretten legger til grunn at det er en «mulighet for» at resten av familien kan bli med A til Djibouti og fortsette familielivet der. Men denne muligheten anses som «urealistisk» ut fra hensynet til barnas skolegang og at de ikke snakker de lokale språkene. Av domspremissene ellers forstår jeg det slik at dette nok også har sammenheng med kulturforskjeller, økonomiske forhold og ektefellens arbeidssituasjon. Etter EMDs praksis er det et viktig moment om det foreligger en «insurmountable obstacle» for å fortsette familielivet i utlendingens opprinnelsesland. Selv om familiens valg er forståelig, kan jeg ikke se at det er situasjonen her.»

Selv om det ikke direkte sies, må antagelig Høyesteretts standpunkt tolkes slik at barnas unge alder, og dermed begrensede tilknytning til Norge, gjorde dem så vidt tilpasningsdyktige at flytting ikke ville medføre større problemer. Hvilken vekt dette har hatt, sier Høyesterett ikke noe ytterligere om.

5.3.3. Muligheten for kontakt med den utviste forelder

Dersom barnet ikke kan flytte til utlendingens opprinnelsesland, har EMD i flere saker vurdert om familielivet kan bevares på andre måter, som ved kontakt gjennom teknologiske hjelpemidler eller besøk i den utvistes opprinnelsesland. Dersom slik kontakt er mulig, har EMD i flere nyere avgjørelser ikke funnet utvisning uforholdsmessig.⁷³ Det gjelder likevel ikke ved langvarige innreiseforbud.

EMD la i *Nunez-saken* til grunn at det var høyst usikkert om barna kunne besøke moren under utvisningsperioden og at barna sannsynligvis ville bli adskilt fra henne i to år.⁷⁴ Domstolen fant at slik utvisning var konvensjonsstridig, og Norge ble dømt for menneskerettighetsbrudd. Disse barna var preget av samlivsbruddet og dermed sårbare for splittelsen.

I HR-2019-2286-A (Yasmin) la Høyesterett til grunn at utvisningsvedtaket med to års innreiseforbud ikke var uforholdsmessig overfor de fire barna, blant annet under henvisning til at de kunne holde kontakt over telefon og sosiale medier, og dessuten besøke moren utenfor Schengen-området. Her ble barna ikke ansett å lide uvanlig store belastninger.⁷⁵

5.3.4. Gjenværende omsorgspersons omsorgsevne

Utvisning kan føre til at den gjenværende forelderen blir alene om omsorgen for barnet under utvisningsperioden. Spørsmålet er hvilken betydning EMD tillegger dette. Terskelen synes å

⁷³ Se *Antwi mot Norge* avsnitt 98 og *Salem mot Danmark* avsnitt 81.

⁷⁴ *Nunez mot Norge* avsnitt 81.

⁷⁵ HR-2019-2286-A (Yasmin) avsnitt 125.

være praktiser trestriktivt. EMD ser ut til å kreve at gjenværende forelders omsorgsevne blir betydelig svekket, eller at barnet har spesielle omsorgsbehov.

I *Kaplan-saken* hadde den utviste faren hovedansvaret for å følge opp den alvorlig syke datteren i hverdagen. Datteren hadde særskilte omsorgsbehov som følge av alvorlig autisme. Sykdommen hennes ville gjøre henne avhengig av oppfølging fra familien i årene som kom, og påføre familien stor omsorgsbyrde, som EMD anså som «far beyond the normal level». I tillegg var moren utmattet og hadde derfor svekket omsorgsevne. Etter den konkrete vurderingen av morens omsorgsevne sett i sammenheng med barnets særlige omsorgsbehov og farens rolle som omsorgsperson, fant EMD at utvisning av faren var konvensjonsstridig. I *Antwi-saken* fant EMD derimot at moren var i stand til å gi datteren tilfredsstillende omsorg under den femårige utvisningsperioden, selv om faren hadde hatt omsorgsoppgaver. Datteren hadde ingen særskilte omsorgsbehov. Den endrede situasjonen for moren ble ikke tilstrekkelig tyngende for barnet til å konstatere krenkelse.

At utvisning medfører en belastende omsorgssituasjon, er følgelig ikke alene tilstrekkelig. Det kreves noe mer enn at den gjenværende foreldre for eksempel må trappe ned arbeidet eller får en svekket økonomi. Dette ble lagt til grunn i HR-2019-2286-A (Yasmin), der betydningen av utvisning av moren for gjenværende fars arbeidssituasjon og aleneomsorg for fire barn ikke var utslagsgivende.⁷⁶ Rettspraksis for øvrig viser at omsorgssituasjonen for de gjenværende omsorgsperson underlegges en meget streng vurdering.

Utvalgets flertall mener at en så vidt streng norm kan være på kollisjonskurs med oppdatert kunnskap om hva som særlig skader barn og at EMD viser en utvikling i forhold til anerkjenne dette. Barnekomiteen har fremholdt at små barn er særlig sårbare for skadevirkninger ved adskillelse fra foreldrene.⁷⁷ Dersom familielivet er etablert, er det dette som er avgjørende for barnet.

5.3.5. Hvilken vekt tillegges barnets alder i forhold til en mulig flytting?

EMD har vektlagt i hvilken grad et barn kan tilpasse seg en flytting. Mindre barn på den ene siden anses mer tilpasningsdyktige. I *Üner-saken* ble barna på seks og ett og et halvt år, vurdert til å være i «adaptable age».⁷⁸ Tilsvarende gjaldt barnet i *Omoregie-saken*, som var et halvt år gammel da utvisningsvedtaket ble endelig.⁷⁹ Dette står i motsetning til eldre barn, men gjelder ikke unntaksvis. Barna på 14, 8 og 3 år i *Jeunesse-saken* ble vurdert som så vidt tilpasningsdyktige at reetablering ikke utgjorde uoverstigelige hindringer men at utvisning likevel var uforholdsmessig.⁸⁰

⁷⁶ HR-2019-2286-A (Yasmin), avsnitt 123.

⁷⁷ UN Committee on the Rights of the Child, 2013, s. 8-9 punkt 1.1.

⁷⁸ *Üner mot Nederland* avsnitt 64.

⁷⁹ *Omoregie mot Norge* avsnitt 66.

⁸⁰ *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 117.

I Rt-2015-93 (Maria) tok Høyesterett blant annet stilling til om det var mulig for den treårige datteren å reetablere seg i morens opprinnelsesland. Høyesterett la til grunn at dette ville føre til «massive utfordringer» for datteren. Retten fant også at fremtiden hennes i opprinnelseslandet var usikker og trolig ville bli «barsk, risikofylt og i alle fall høyst uviss».⁸¹ Høyesterett tok dermed ikke hensyn til tilpasningsevne ved lav alder og vurderte hennes levekår i opprinnelseslandet som så dårlige at utvisning var uforholdsmessig. Høyesterett synes indirekte å ha vektlagt barnas alder i HR-2019-2286-A (Yasmin) i deres disfavør.

Utvalgets flertall mener at små barns sårbarhet bør vektlegges i langt større grad.

5.3.6. *Innreiseforbudets lengde*

EMDs storkammer har i *Maslov v. Austria*, avsnitt 98, har uttalt at lengden på eventuelle innreiseforbud inngår i vurderingen av utvisningsvedtakets forholdsmessighet.

Ved varige innreiseforbudene der barnet ikke kan følge forelderen, tilsier praksis i EMD at utvisning vurderes som uforholdsmessig.⁸² Dersom innreiseforbudet er tidsbegrenset, vektlegger EMD hvilken innvirkning dette har på omsorgsbyrden for den gjenværende forelderen. I *Nunez-saken* la EMD til grunn at det var lite sannsynlig at barna kunne besøke moren under det toårige innreiseforbudet.⁸³ Gitt barnas alder og sårbarhet, var dette for lenge å være adskilt fra moren.

Også i *Kaplan-saken* fant EMD innreiseforbudet på fem år som skjerpene for utvisningsvedtakets konsekvenser for barnet, herunder særlig omsorgssituasjonen for gjenværende forelder og barnets særskilte sårbarhet. Utvisningen og innreiseforbudet var som følge av datterens pleiebehov som autist og farens rolle som omsorgsperson en krenkelse.

I saker der retur i opprinnelsesland ikke er forbundet med «insurmountable obstacles» for barnet, har EMD ofte funnet utvisning innenfor skjønnsmarginen, se for eksempel *Antwi-saken* og *Omoriegie-saken*. Dersom utvisning ikke i vesentlig grad vanskeliggjør barnets omsorgssituasjon eller hindrer familielivet, blir altså ikke vedtaket konvensjonsstridig selv om innreiseforbudet varer i flere år.

Spørsmålet er så hva som er situasjonen i norske domstoler. Utvalget viser til at det har skjedd en praksisendring i UDI og UNE. Innreiseforbudet blir ofte satt til to år eller redusert av UNE fra fem til to år av hensyn til den utvistes barn. I Rt-2011-948 (Kosovo) hadde UNE redusert

⁸¹ Rt-2015-93 (Maria) avsnitt 78.

⁸² *Samsonnikov mot Estonia*, avsnitt 91.

⁸³ *Nunez mot Norge* avsnitt 81, 84-85.

innreiseforbudet til to år av hensyn til den utvistes to sønner i vedtaket som ble prøvd.⁸⁴ Høyesterett vurderte likevel utvisning som uforholdsmessig, ettersom familielivet ikke kunne videreføres, og to års adskillelse fra moren var tyngende for barna. Når familielivet ikke kunne videreføres i morens opprinnelsesland, ville utvisning i realiteten avskjære kontakten mellom mor og barn i to år. Også i *Yasmin-saken* var innreiseforbudet blitt satt til to år av hensyn til den utvistes barn. Høyesterett vektla dette slik i avsnitt 145:

«Jeg legger også vekt på at innreiseforbudet er begrenset til to år. Det fremgår at dette er fastsatt av hensyn til barna. Selv om det ikke har stor vekt, peker jeg videre på muligheten for at familien kan ha kontakt i toårsperioden i ferier, i Djibouti eller andre steder utenfor Schengen-området, og at de kan kommunisere løpende via telefon og sosiale medier.»

Innreiseforbudets lengde synes derfor å ha størst betydning, både i praksis fra EMD og norsk rett, der mulighetene for å holde kontakt under utvisningsperioden er begrenset eller i de tilfeller dersom utvisningen fører til for store belastninger for gjenværende foreldre.

5.3.7. *Lang saksbehandlingstid*

EMD tar ofte stilling til om saken er blitt behandlet med tilstrekkelig «swiftness and efficiency». I saker der familielivet er befestet mens utlendingens oppholdsgrunnlag var usikkert, er det som nevnt bare i «exceptional circumstances» at utvisning er uforholdsmessig overfor barna. EMD synes likevel å vektlegge tilknytningen barnet har fått i tiden der myndighetene har opptrådt passivt, til barnas fordel. Dersom det har gått lang tid fra forholdene som begrunner utvisningen ble avdekket til det fattes utvisningsvedtak, vil utviklingen i familierelasjonen og barnas tilknytning til oppholdslandet under denne perioden tillegges vekt i forholdsmessighetsvurderingen. Dessuten vil statens interesser veie mindre når staten har forhold seg passiv over lengre tid, og hensynene ikke l ha samme legitimitet. Både i *Nunez-saken* og *Kaplan-saken* var myndighetenes saksbehandlingstid gjenstand for vurdering og en del av krenkelsen.

I *Kaplan-saken* ble Norge dømt for konvensjonsbrudd, blant annet fordi EMD kom til myndighetene hadde vært passive etter årsakene til utvisningsvedtaket var avdekket. EMD fant følgelig at myndighetene ikke hadde handlet med tilstrekkelig effektivitet. Også i *Nunez-saken* ble myndighetenes passivitet tillagt vekt da EMD konkluderte med krenkelse. Selv om myndighetene allerede i 2001 avdekket at oppholdstillatelse var gitt på grunnlag av falsk identitet, ble ikke utvisningsvedtak fattet før i 2005. Barnas interesser synes dermed å gå foran de samfunnsmessige hensyn som taler for utvisning, ved at tilknytningen som oppnås under saksbehandlingsperioden tillegges vekt ved vurderingen av utvisningens uforholdsmessighet. I *Antwi-saken* og *Omoriegje-saken* hadde EMD ikke noe å utsette på saksbehandlingstiden. Oppholdsgrunnlaget var hele veien usikkert. Familiene hadde følgelig ikke berettiget forventning om at familielivet kunne videreføres i Norge.

⁸⁴ Rt-2011-948 (Kosovo) avsnitt 55, 57 og 63.

Etter EMD-praksis forventes altså myndighetene raskt å ha brakt saken inn i et utvisningsspor. Dersom myndighetene har fulgt opp saken og vært i løpende dialog med den utviste, uten lange avbrekk i saksbehandlingen, er det normalt tilstrekkelig til at saksbehandlingen har vært tilstrekkelig rask og effektiv. Ved passivitet er domstolen mer tilbøyelig til å vektlegge relasjonen barnet har fått til forelderen og vertslandet, til tross for usikkert oppholdsgrunnlag.

Spørsmålet er så om passivitet fra myndighetenes tillegges tilsvarende vekt av norske domstoler. I Rt-2009-534 (Nunez) la mindretallet betydelig vekt på den langvarige tilknytningen barna hadde fått til moren som følge av den lange saksbehandlingstiden. Mindretallet anførte at når barnas relasjon til moren var styrket som følge av treig saksbehandling, måtte myndighetene bære ansvaret. Norsk praksis antas nå å være i samsvar med EMD. Bare der det går lang tid fra de forhold som begrunner utvisning er klarlagt, til det fattes utvisningsvedtak, og det ikke har vært løpende dialog med varsler, kan tilknytning utviklet under saksbehandlingstiden tillegges vekt. Lang saksbehandlingstid har gjenstand for vurdering i flere avgjørelser fra Borgarting lagmannsrett, jf. for eksempel LB-2017-198603.

5.4. Kort oversikt over dommer mot Norge

5.4.1. Innledning

Utvalget vil i korte trekk gjennomgå de i alt fem dommene er avsagt mot Norge som relaterer seg til forholdsmessighetsvurderingen der barn er berørt av utvisningsvedtak mot forelder. Norge ble dømt for brudd på EMK artikkel 8 i sakene *Nunez mot Norge*, *Kaplan mot Norge* og *Butt mot Norge*, mens domstolen fant ikke krenkelse i *Omoregie mot Norge* og *Antwi mot Norge*. En sak, HR-2019-2286-A (Yasmin), er til behandling.

5.4.2. Darren Omoregie mot Norge

Klageren, en nigeriansk statsborger, kom til Norge 22 år gammel i august 2001. Han søkte samme dag om asyl. I oktober 2001 inngikk han samboerskap. I september 2002 fikk han endelig avslag på asylsøknaden. Frem til endelig avslag forelå, var han gitt utsatt iverksettelse av utvisningsvedtaket og midlertidig arbeidstillatelse. I februar 2003 giftet han seg. I august 2003 vedtok UDI å utvise for grovt å ha brutt utlendingsloven og unndratt seg effektivering ved å ha arbeidet etter endelig avslag. Med utvisningen fulgte også et innreiseforbud på fem år. Vedtaket ble opprettholdt av UNE i juli 2004. Han fikk medhold av Oslo tingrett i dom 15. februar 2005. Staten påanket til Borgarting lagmannsrett, som kom til et annet resultat i dom 27. februar 2006. Utvisningsvedtaket ble ikke ansett uforholdsmessig etter utlendingsloven eller i strid med EMK. Dommen ble nektet fremmet av Høyesteretts kjæremålsutvalg i kjennelse. I september 2006 fikk han et barn. I mars 2007 ble han utvist til Nigeria.

EMD fant at utvisningen utgjorde et inngrep i klagernes rett til respekt for sitt familieliv etter artikkel 8 1. EMD la videre til grunn som uomstridt at inngrepet hadde grunnlag i nasjonal lovgivning og søkte å oppnå de legitime formålene å forebygge «uorden eller kriminalitet» og å beskytte «landets økonomiske velferd». Domstolen uttalte at staten måtte ha foretatt en rimelig avveining av hensynet til individet overfor hensynet til samfunnet. Videre bemerket den at artikkel 8 ikke påla staten en generell plikt til å respektere utlendingers valg av land for å bosette seg eller en generell plikt til å tillate familiegjenforening. Domstolen viste til EMs avgjørelse i Üner (avsnitt 57 – 59) for en opplisting av de øvrige relevante faktorene i vurderingen av inngrepets nødvendighet. I den konkrete vurderingen konstaterte EMD at da søkeren søkte om asyl, var han voksen og uten tilknytning til landet. Familiebåndene ble stiftet i ettertid. Ifølge EMD måtte det allerede fra begynnelsen ha fremstått som klart at muligheten for å slå seg ned i Norge var usikre. Denne situasjonen ble ikke endret. Videre påpekte EMD at han hadde bodd i Nigeria fra han var 6 år til han forlot landet da han var 22 år, studert der i fire år, og hadde brødre der. Tilknytningen til opprinnelsesstaten ble ansett å være spesielt sterk sammenlignet med hans svake tilknytning til Norge. Ifølge EMD var det ikke uoverkommelige hindringer («*insurmountable obstacles*») for at familien kunne etablere et familieliv i hans opprinnelsesland. Vedrørende innreiseforbudet på fem år bemerket EMD at dette var en administrativ sanksjon som følge av at han for en periode hadde oppholdt seg ulovlig i Norge. Formålet var å hindre at den effektive gjennomføringen av reglene for immigrasjonskontroll ikke ble undergravet. EMD fant etter dette at de nasjonale myndighetene ikke hadde overskredet sin skjønnsmargin ved avgjørelsen og foretatt en rimelig avveining mellom klagernes personlige interesser og den offentlige interesse i å besørge en effektiv gjennomføring av immigrasjonskontrollen. Domstolens flertall konkluderte etter dette med at det ikke forelå krenkelse.

5.4.3. Nunez mot Norge 2011

EMDs dom i Nunez mot Norge 28. juni 2011 gjaldt prøving av Høyesteretts dom i Rt-2009-534(dissens). Utlendingen hadde reist inn i Norge i 1996 i strid med innreiseforbud på to år. Hun ga uriktige og villende opplysninger om sin identitet, og tidligere opphold og hadde ulovlig opphold og arbeid her. Hun fikk to døtre i 2002 og 2003. Det var ikke opplyst om spesielle omsorgsbehov. I 2007 vedtok UNE at UDIs utvisningsvedtak skulle opprettholdes. Høyesteretts flertall på tre dommere fant at vedtaket var forholdsmessig. Mindretallet på to dommere mente at utvisning av moren ikke var forholdsmessig.

EMD konstaterte brudd på EMK artikkel 8. EMD tok utgangspunkt i at moren ikke på noe tidspunkt med rimelighet kunne forvente å få etablere et familieliv i Norge, jf. avsnitt 74-74. Utvisning kunne ifølge EMD ikke som sådan være i strid med artikkel 8. EMD var enig i at klagerens brudd på utlendingslovgivningen var av alvorlig art. EMD slo fast at hun ikke med rimelighet kunne forvente å få bli i landet. Videre hadde klageren inntil første innreisen til Norge bodd hele livet i hjemlandet. EMD mente at klagerens tilknytning til hjemlandet veide tyngre enn den tilknytning hun hadde opparbeidet seg i Norge gjennom ulovlig opphold.

EMD fant det ikke utslagsgivende i forhold til klageren selv at det hadde gått nesten fire år fra det ulovlige forholdet ble oppdaget til avgjørelsen ble fattet.

EMD vurderte deretter om hensynet til klagerens to små døtre likevel førte til et annet utfall av interesseavveiningen i artikkel 8. Barna hadde bodd permanent hos moren fra fødselen inntil barnefaren ble tilkjent foreldreansvaret og fikk den daglige omsorgen i mai 2007. I perioden fra separasjonen i oktober 2005 og frem til mai 2007 hadde hun den daglige omsorgen alene. Som følge av avgjørelsen om foreldreansvaret ville de to barna, forbli i landet for å bo med faren. EMD la til grunn at barna allerede hadde blitt utsatt for stress som følge av foreldrenes separasjon, ved å ha blitt flyttet fra morens hjem til farens og som følge av at moren risikerte utvisning. Ifølge EMD ville det være vanskelig for barna å forstå hvorfor dersom de skulle bli skilt fra moren. Videre vektla EMD at myndighetene, som var kjent med det ulovlige forholdet allerede i desember 2001, ikke utviste klageren før i april 2005. Selv om dette til dels kunne tilskrives tilbakekallelsen av arbeids- og bosettingstillatelsen, fant EMD at kravet til tilstrekkelig hurtig og effektiv immigrasjonskontroll ikke var overholdt sett i lys av hensynet til barnets beste.

EMD uttalte at en utvisning av klageren med toårs innreiseforbud utgjorde et svært vidtrekkende tiltak overfor barna. I lys av klagerens konkrete og eksepsjonelle omstendigheter var hensynet til barnets beste ikke tillagt tilstrekkelig vekt ved tolkningen av artikkel 8. EMD vektla barnas sterke bånd til moren, stresset barna ble utsatt for, samt den lange tiden det hadde tatt for myndighetene etter at de ble kjent med de ulovlige forholdene. Videre viste EMD ti barnekonvensjonen artikkel. EMD fant at myndighetene ikke hadde foretatt en rimelig avveining mellom den offentlige interesse i effektiv innvandringskontroll og morens behov for å forbli i landet av hensyn til sine barn. På denne bakgrunn konkluderte EMD med fem mot to stemmer med at utvisningen og ileggelse av toårs innreiseforbud ville innebære en krenkelse av artikkel 8. EMD sammenfattet sine vurderinger i avsnitt 84:

“Having regard to all of the above considerations, notably the children's long lasting and close bonds to their mother, the decision in the custody proceedings, the disruption and stress that the children had already experienced and the long period that elapsed before the immigration authorities took their decision to order the applicant's expulsion with a re-entry ban, the Court is not convinced in the *concrete and exceptional circumstances* of the case that sufficient weight was attached to the best interests of the children for the purposes of Article 8 of the Convention. Reference is made in this context also to Article 3 of the UN Convention on the Rights of the Child, according to which the best interests of the child shall be a primary consideration in all actions taken by public authorities concerning children (see *Neulinger and Shuruk v. Switzerland [GC]*, no. 41615/07, § 135, ECHR 2010-...). The Court is therefore not satisfied that the authorities of the respondent State acted within their margin of appreciation when seeking to strike a fair balance between its public interest in ensuring effective immigration control, on the one hand, and the applicant's need to be able to remain in Norway in order to maintain her contact with her children in their best interests, on the other hand.”

Etter at Nunez-saken var oppe for Høyesterett, ble utlendingsforskriften endret på to punkter. Den første endringen kom i form av et tillegg til utf § 14-1 om utvisning når utlendingen har barn i riket. Bestemmelsen ga før endringen anvisning på at utvisning normalt ikke skulle skje overfor utlending med barn i riket, selv om utlendingen hadde oppholdt seg ulovlig i Norge i inntil to år. Ordningen ble utvidet til også å omfatte ulovlig arbeid i inntil to år.

Den andre endringen knytter seg til saksbehandlingen og kom i form av en egen bestemmelse om begrunnelsesplikt i saker som berører barn.

5.4.4. *Antwi med flere mot Norge 2012*

EMD fant at det ikke var noen grunn til å tvile på norske myndigheters vurdering om at det ikke eksisterte uoverstigelige hindringer mot at familielivet kunne reetableres i Ghana, eller at familien kunne opprettholde kontakten. Videre fremgikk det ikke at datteren hadde noen særlige omsorgsbehov, eller at moren hennes ikke var i stand til å dekke omsorgsbehovet på en tilfredsstillende måte. Domstolen pekte videre på at den aktuelle saken på flere punkter skilte seg grunnleggende fra *Nunez-saken*. I motsetning til hva som var situasjonen for barna der, var barnet ikke blitt gjort sårbar av tidligere forstyrrelser og stress i omsorgssituasjonen. Saksbehandlingstiden var heller ikke så lang i den aktuelle saken. Ifølge EMD forelå det ikke noen eksepsjonelle omstendigheter i denne saken, og den anså det derfor bevist at tilstrekkelig vekt var tillagt barnets beste ved avgjørelsen om utvisning. Dette standpunktet ble ikke endret av illegalsen av fem års innreiseforbud. Domstolen anså at lovbruddene som dannet grunnlag for utvisningen i dette tilfellet var mer alvorlige enn i Omoregie-saken. Domstolen fant at nasjonale myndigheter ikke hadde overtrådt statens skjønnsmargin ved avveiningen mellom offentlige interesser i saker om innvandringskontroll, og klagers behov for å fortsette familielivet i Norge. På denne bakgrunn fant EMD med fem mot to stemmer, at utvisning ikke innebar en krenkelse av artikkel 8.

5.4.5. *Butt med flere mot Norge 2012*

I den foreliggende sak hadde norske utlendingsmyndigheter innvilget klagernes mor, og i forlengelsen av dette også barna, oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn den 28. februar 1992, og deretter bosettingstillatelse den 2. august 1995. Som en følge av familiens opphold i Pakistan, opphørte deres rett til opphold i Norge. Da de kom tilbake til Norge i 1996, var deres opphold i realiteten ulovlig.

EMD påpekte innledningsvis at klagerne kom til Norge i 1989 i en alder av henholdsvis tre og fire år, og at de bortsett fra et opphold på tre og et halvt år i Pakistan mellom 1992 og 1996, hadde bodd i Norge siden. Under oppholdet i Norge hadde klagerne i hovedsak bodd hos morens bror og søster og deres familier i Oslo. Klagerne måtte anses å ha utviklet sterke følelsesmessige bånd til denne delen av familien. Det var også i Norge de hadde sine venner og sosiale nettverk. De hadde mottatt den grunnleggende delen av sin utdanning og oppdragelse i Norge og mestret det norske språk til det fulle. Det var åpenbart at klagerne med tiden hadde utviklet sterke og personlige forhold til Norge. Domstolen fant ingen grunn til å betvile at de begge hadde slikt «familieliv» og «privatliv» i Norge som omfattes av artikkel 8.

Domstolen var derfor enig med staten i at klagerne ikke kunne anses som «settled migrants», slik dette begrepet hadde blitt anvendt i rettspraksis. EMD viste til *Nunez-saken*. Selv om hovedformålet med artikkel 8 er å beskytte individet mot vilkårlige inngrep fra statens side, kan et effektivt vern av familielivet i tillegg pålegge staten enkelte positive forpliktelser. I begge tilfeller er det en god balanse mellom individets interesser og samfunnet som helhet må søkes oppnådd; samt at staten i denne sammenheng har en viss skjønnsmargin. Ettersom prinsippene er de samme uansett, fant ikke EMD det nødvendig å ta stilling til hvorvidt utvisning ville medføre en krenkelse av retten til et familieliv, eller om det ville innebære manglende oppfyllelse av en positiv forpliktelse. EMD uttalte videre at i saker som angår både familieliv og innvandring, vil rekkevidden av statenes forpliktelser til å tillate familiegjenforening variere i forhold til de individuelle forholdene i saken og de almene interesser. Relevante momenter i denne sammenheng vil være i hvilken grad familielivet er avbrutt, hvor sterke båndene til vertsstaten er, hvorvidt det eksisterer uoverkommelige hindringer for å reetablere familielivet i hjemlandet, samt om det eksisterer relevante innvandringspolitiske hensyn.

Et annet sentralt tema var om familielivet ble etablert på et tidspunkt da de involverte personene var kjent med at immigrasjonsstatusen til en av dem var slik at utsiktene til å opprettholde familielivet i vertstaten var uviss. Dersom dette var tilfellet, ville utvisning bare være i strid med artikkel 8 i eksepsjonelle tilfeller. Ved vurderingen av hvorvidt det forelå slike eksepsjonelle omstendigheter bemerket EMD at behovet for å identifisere barn med foreldrenes atferd ikke alltid kunne tillegges avgjørende vekt. Domstolen viste videre til den lange tiden som hadde gått siden myndighetene ble klar over at familien hadde oppholdt seg i Pakistan mellom 1992 og 1996. Videre bemerket EMD at det ikke var før pågripelsen i mai 2001 at barna ble klar over deres illegale status i landet. Deres familie- og andre sosiale bånd i vertsstaten syntes dermed allerede å ha blitt formet da de ble klar over at opphold var uvist.

EMD viste videre til lagmannsrettens observasjon at det i lys av den uvanlig lengden på klagernes ulovlige opphold i Norge, var tvilsomt hvorvidt innvandringspolitiske hensyn ville ha tilstrekkelig vekt til at et avslag på oppholdstillatelse kunne anses «nødvendig i et demokratisk samfunn». Det talte sterkt for at barnas atferd ikke burde identifiseres med moren, slik at man unngikk å la barna bære byrden av de negative konsekvensene situasjonen medførte. EMD var ikke enig i at det fantes holdepunkter for å si at klagerne hadde sterke bånd til Pakistan. De hadde ikke sett faren siden de returnerte til Norge i 1996, og moren var død. EMD uttalte at til tross for at det forelå visse bånd til Pakistan, og at det ikke syntes uoverkommelig for klagerne å returnere til landet, kunne de komme til å møte store sosiale og profesjonelle utfordringer.

EMD behandlet avslutningsvis statens påstand om at det i lys av alvorlighetsgraden av rettsbruddene måtte være klart at utvisning ikke ville være i strid med artikkel 8. EMD bemerket at saken gjaldt én hendelse av grov legemsbeskadigelse, og at det var lenge siden

handlingen ble begått. Det var ikke begått nye lovbrudd siden. På denne bakgrunn fant EMD at dette moment ikke burde tillegges nevneverdig vekt.

Samlet fant EMD at omstendighetene i saken var «eksepsjonelle». Den kunne ikke se at staten hadde handlet innenfor sin skjønnsmargin i forsøket på å oppnå en rimelig balanse mellom statens interesse i å sikre effektiv innvandringskontroll på den ene siden, og barnas interesse i å bli i Norge for å utøve sin rett til privat- og familieliv på den andre. Alt i alt konkluderte Domstolen med at utvisningen ville innebære en krenkelse artikkel 8.

5.4.6. Kaplan med flere mot Norge

EMD viste innledningsvis til prinsippene som fremgår i *Nunez-saken* og uttalte at et nasjonalt immigrasjonsregelverk basert på administrative sanksjoner ikke som sådan er i strid med artikkel 8. Etter EMDs syn veide den offentlige interesse i favør av å utvise faren tungt i avveiingen. Båndene som faren hadde etablert, kunne ikke anses å veie opp for de som han hadde i hjemlandet og var dannet ved ulovlig opphold. Domstolen uttalte at til tross for at moren hadde fått oppholdstillatelse i 2008, var det ikke noe spesielt som hindret henne i å følge med faren og etablere seg på nytt i hjemlandet.

Når det gjaldt den yngste datteren, nevnte EMD at en avgjørelse om å flytte en utlending som lider av en alvorlig psykisk eller fysisk lidelse, til et land der behandlingsfasilitetene er dårligere, kan reise spørsmål etter artikkel 3, men kun i helt eksepsjonelle tilfeller. Videre uttalte EMD i avsnitt 88 at den ville vurdere hvorvidt utvisningen var uforenlig med artikkel 8 på bakgrunn av de eksepsjonelle omstendighetene («*exceptional circumstances*») relatert særlig til hensynet til det yngste barnets beste:

“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 (see *Nunez*, cited above, §§ 78 and 84; *Antwi*, cited above, §§ 100-101; *Butt*, cited above § 79).”

I denne forbindelse, pekte EMD på at myndighetene hadde lagt avgjørende vekt på ny informasjon vedrørende datterens helse sammenholdt med lengden på barnas opphold i den innklagede staten, da arbeids- og oppholdstillatelse ble innvilget i 2008. Videre viste den til at det i lagmannsretten ble lagt til grunn at datterens kroniske og alvorlige grad av barneautisme og oppfølgingsbehov ville prege de øvrige familiemedlemmer sterkt i år fremover og påføre en belastning langt utover det normale.⁸⁵ Etter Høyesteretts syn ville imidlertid ikke utvisning av faren påføre datteren en uvanlig stor belastning.⁸⁶ Med bakgrunn særlig i lagmannsrettens vurdering av tiltakets følger for det yngste barnet, fant EMD at utvinning av faren sammenholdt med innreiseforbudet på fem år, utgjorde et svært vidtrekkende tiltak særlig overfor den yngste datteren.

⁸⁵ LB-2009-102660.

⁸⁶ HR-2010-2033-A.

Domstolen viste videre til den lange tidsperioden frem til myndighetene varslet i 2006, og uttalte at den ikke var overbevist om at tiltaket ivaretok hensynet til hurtighet og effektivitet. Domstolen viste til at moren hadde fått innvilget oppholdstillatelse til tross for at hun hadde oppholdt seg ulovlig i Norge. EMD var ikke overbevist om at en forskjellsbehandling mellom foreldrene kunne rettferdiggjøres i den foreliggende proporsjonalitetsvurderingen.

EMD konstaterte krenkelse av EMK artikkel 8. Ved sin vurdering tok EMD i betraktning det yngste barnets forhold til sin far, hennes spesielle omsorgsbehov, og den lange perioden uten aktivitet fra myndighetenes side frem til de varslet og vedtok å utvise faren. EMD var ikke overbevist om at det var lagt tilstrekkelig vekt på hensynet til barnets beste. Den fant derfor ikke at myndighetene hadde handlet innenfor sin skjønnsmargin da de forsøkte å finne en rimelig balanse mellom farens behov for å bli værende i landet for å opprettholde kontakten med sin datter i hennes beste interesse, og på den andre siden, statens offentlige interesse i å sikre effektiv immigrasjonskontroll.

5.4.7. Sak for EMD vedrørende HR-2019-2286-A (Yasmin)

5.4.7.1. Sakens bakgrunn

Spørsmålet for Høyesterett var om utvisningsvedtaket var forholdsmessig overfor utlendingens fire barn. Saken reiser mange prinsipielle spørsmål.

Saksforholdet i saken var et en kvinnelig asylsøker ved ankomst til Norge hadde oppgitt uriktig opprinnelsesland, fremlagt falske identitetsdokumenter og forklart seg usant om asylgrunnet. Etter avslag på asylsøknaden fikk hun oppholdstillatelse på grunnlag av ekteskap, og fikk fire barn med ektefellen. Etter ti års opphold ble identitet og opprinnelsesland klarlagt, og utlendingsmyndighetene besluttet kvinnen utvist for to år, jf. utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a. Høyesterett kom til at utvisningen ikke var uforholdsmessig overfor de fire barna. Overtredelsene var ansett som *meget alvorlige*. Hun hadde ingen berettiget forventning om å bli i Norge og etablere et beskyttet familieliv her. Det forelå ingen uoverkommelig hindring for å fortsette familielivet i hjemlandet. Selv om utvisningen ville medføre vanskeligheter for barna, forelå ikke opplysninger om at dette ville gå ut over det som må forventes i en slik situasjon. Det forelå ikke slike ekstraordinære forhold som i de tilfellene der EMD har kommet til at EMK artikkel 8 er brutt. Høyesterett kunne etter dette ikke se at barna ville bli utsatt for uvanlig store belastninger, eller at det forelå ekstraordinære omstendigheter som tilsa at utvisning i to år ville være et uforholdsmessig inngrep overfor noen av barna, jf. utlendingsloven § 70, EMK artikkel 8 og barnekonvensjonen artikkel 3.

Høyesterett uttaler bl.a. at noen gjennomgående elementer/momentene vanligvis vil være sentrale i forholdsmessighetsvurderingen og at denne vurderingen må ta utgangspunkt i grunnlaget for utvisningen. Jo alvorligere forholdet er, jo tyngre vil dette momentet veie i helhetsvurderingen.

Videre påpeker Høyesterett under henvisning til Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I) avsnitt 134 at hensynet til barnets beste er et grunnleggende hensyn, men ikke det eneste. Det skal veie tungt, men må avveies mot eventuelle motstridende interesser. Innvandringsregulerende hensyn kan være så tungtveiende at de må gå foran hensynet til barnets beste. Men jo tyngre hensynet til barnet er, jo mindre rom vil det bli for andre hensyn, og hensynet til barnet kan etter omstendighetene være så tungtveiende at det må slå gjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende.

Høyesterett drøfter i avsnitt 106 og 107 det rettslige utgangspunkt som har utviklet seg i norsk rettspraksis ved utvisning på grunn av meget alvorlig kriminalitet, jf. Rt. 2009 s. 534 avsnitt 63-64, og ved *meget alvorlige eller «massive» overtredelser* av utlendingsloven i saker som berører barn, jf. Rt. 2010 s. 1430 og Rt. 2011 s. 948 (Kosovo), hvor det er slått fast at utvisning bare vil være uforholdsmessig dersom den vil føre til «uvanlig store belastninger» for barna. I avsnitt 106 og 107 i dommen heter det:

«Ved brudd på utlendingsloven som må betraktes som meget alvorlige, vil de samfunnsmessige hensyn ha betydelig vekt ved forholdsmessighetsvurderingen.

Dersom et utvisningsvedtak vil få betydning for barn, må det foretas en inngående, konkret og individuell vurdering av barnets interesser. Hensynet til barnets beste skal være grunnleggende og veie tungt, men er ikke alene nødvendigvis avgjørende. Et utgangspunkt ved denne vurderingen er at der alvorlige brudd på utlendingsloven fører til at oppholdsgrunnlaget faller bort, vil utvisning i alminnelighet bare være uforholdsmessig overfor barna dersom det medfører uvanlig store, eller ekstraordinære, belastninger for dem. Inngrep i familielivet som ikke går utover det som må antas å være en alminnelig konsekvens av et utvisningsvedtak – økonomisk, sosialt og følelsesmessig – er ikke i seg selv tilstrekkelig til at inngrepet anses uforholdsmessig. Både de forarbeidene jeg tidligere har vist til, og den praksis jeg har gjennomgått fra Høyesterett og EMD, gir nærmere veiledning for hvilke momenter som her skal tas i betraktning, og vekten av enkelte mer typiske forhold.»

Høyesterett uttaler følgende om betydningen av at utlendingens opphold er usikkert, i avsnitt 109 i dommen:

«I alle fall i en sammenheng som i saken her – vurdering av barns interesser opp mot innvandringsregulerende hensyn – antar jeg at kjernen i de to uttrykksmåtene – «uvanlig store belastninger» og «exceptional circumstances» – langt på vei er sammenfallende. Er oppholdsgrunnlaget usikkert, typisk fordi utlendingen har oppgitt falsk identitet og gitt uriktige opplysninger til utlendingsmyndighetene, må det komme noe særskilt til – noe utover den belastningen som må antas å være vanlig når en av foreldrene blir utvist – for at utvisning er uforholdsmessig overfor barna etter utlendingsloven § 70 og i strid med EMK artikkel 8.»

Hensynet til de fire norske barn født og oppvokst i Norge måtte i denne saken vike for myndighetenes behov for å benytte utvisning i dette konkrete tilfellet. Moren var ikke

straffedømt, men hun oppga feil identitet da hun kom til landet ni år før. Det var dermed gått betydelig tid siden lovbruddet. Det var neppe lenger noen nærliggende sikkerhetsrisiko eller administrative hensyn knyttet til forholdet. Det gjensto kun en allmennpreventiv effekt da sett i et forvaltningsmessig perspektiv som etter så lang tid må sies normalt sett å være svekket. Dette ble ikke vektlagt. Reaksjonen innebar videre i realiteten en «straff» for forhold begått av forelderen som rammet barna aller mest. Likevel ble ikke barnas interesser ansett å være «*uvanlig store belastninger*». Et avgjørende moment for Høyesterett synes å ha vært at EMD i flere avgjørelser har hatt en tilsvarende terskel i utvisningssaker, der familielivet er etablert selv om vilkårene for opphold ikke var oppfylt.

Saken reiser videre spørsmål betydningen av at ektemannen ikke kjente til at kvinnen hadde oppgitt uriktige opplysninger om opprinnelseslandet og hvorvidt utvisning kunne erstattes med alternative reaksjonsmåter, f.eks. hjemmesoning eller betinget fengsel. I dommen, avsnitt 85, uttalte Høyesterett at EMD ikke har tatt stilling til spørsmålet om hvem som hadde slik kunnskap og at det ikke er noe krav for anvendelse av kriteriet «*exceptional circumstances*» at alle de involverte hadde kunnskap om at utlendingen har et usikkert oppholdsgrunnlag, men at det kan være et moment i helhetsbedømmelsen. I EMD er det ikke tatt stilling til spørsmålet, slik Høyesterett påpeker. I EMDs behandling av saken kan denne problemstillingen bli avklart.

5.4.7.2. Betydningen av barnekonvensjonen

I avsnitt 58-64 klarlegger Høyesterett de rettslige utgangspunktene for betydningen av hensynet til barnets beste i spørsmål om utvisningsvedtak er uforholdsmessig overfor utlendingens barn. Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 nevnes men uten en nærmere analyse av ordlyden i bestemmelsen. Videre viser Høyesterett til EMDs avgjørelse *Jeunesse mot Nederland*, hvor det fremgår at «*childrens best interests must be taken into account*» i saker som angår dem, og er av «*paramount importance*». Ifølge Høyesterett gir de generelle uttalelsene i dommen imidlertid lite veiledning om hvilke tilfeller barnets interesser er så tungtveiende at de må slå igjennom overfor motstående interesser. Så heter det: «Høyesteretts og EMDs dommer gir imidlertid nærmere veiledning gjennom den konkrete bedømmelsen av enkelttilfeller», jf avsnitt 64. Hverken barnekomiteens General Comments eller Concluding Observations i forhold til det nærmere innhold i artikkel 3 nr 1 er utdypet i dommen.

Utvalgets flertall mener at dommen på flere punkter reiser spørsmål om vektning av barnekonvensjonen. Som beskrevet i kapittel 4.2, er barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 både en selvstendig rettighet for barnet og et viktig tolkningsprinsipp.⁸⁷ I Rt. 2015 s. 93 (Maria) viste Høyesterett til barnekomiteens General Comment no. 14, hvor det følger at bestemmelsen gir en rett for barn som er «*directly applicable*». Høyesterett konkluderer i avsnitt 129 med at det etter en «samlet vurdering av alle de faktorene som etter mitt syn er relevante – hvor hensynet til barnas beste har vært det grunnleggende – er jeg kommet til at

⁸⁷ General Comment no. 14 (2013) avsnitt 6.

utvisningsvedtaket er gyldig». Det er imidlertid vanskelig å lese noe sted i domspremissene at «hensynet til barnets beste» i tråd med barnekonvensjonen faktisk har vært grunnleggende. Det måtte etter Høyesteretts syn vurderes på bakgrunn av hvordan barn normalt reagerer på å bli separert fra forelderen. Kun belastninger utover dette vil utgjøre en «uvanlig stor belastning». Høyesterett fant at det ikke var «noen faktorer som i særlig grad atskiller seg fra det som i alminnelighet må antas å følge av en utvisning av en av foreldrene for en relativt kort periode». Høyesterett vektla også at det var tale om en kort periode, dvs to år. Etter utlendingsforskriften § 14-2 andre ledd kan innreiseforbud gitt i medhold av utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a som hovedregel gis for ett år, to år eller fem år. To år er etter flertallets syn ikke nødvendigvis en kort periode for et barn. Barn har ikke samme tidsperspektiv som voksne, jf. General Comment no 14 (2013), avsnitt 93.

Høyesterett la til grunn i sin vurdering av uvanlig store belastninger at barna var «normalt utviklede og i hovedsak velfungerende» og at de derfor ikke var utsatt for noen andre spesielt belastende forhold for utvisningsaken. De tre yngste barna ville riktignok bli «sterkt følelsesmessig preget». Det var likevel ikke ansett som et uvanlig belastningsnivå utover det som må forventes i en slik situasjon. Utvalgets flertall mener at denne vurderingen ikke er til barnets beste. At barna var velfungerende kan ikke tas til inntekt for at de ikke kan bli utsatt for uvanlig store belastninger ved en adskillelse og mangler dessuten en vurdering av hvilke belastning et barn kan tåle uten å påføres risiko for skade på psykisk helse og utvikling.

Høyesterett påpekte i avsnitt 125 også muligheten for å ha kontakt med moren i Djibouti eller andre steder utenfor Schengenområdet i ferier, samt «de kan kommunisere løpende via telefon og sosiale medier». Det er her noe påfallende at Høyesterett ikke kommenterer nærmere hvordan slik form for kommunikasjon vil være for det yngste barnet, som på vedtakstidspunktet var tre år gammel. Dette barnet måtte anses særlig sårbart ved separeres fra forelderen, jf. General Comment nr. 7 (2005) avsnitt 18. Det er uklart om et lite barn vil kunne opprettholde den kontakt med mor som er nødvendig for et barn i denne alderen ved hjelp av sosiale medier.⁸⁸

5.4.7.3. Kravet om uvanlig store belastninger

Høyesterett viser til at det etter EMK-retten må foreligge «*exceptional circumstances*» for at et utvisningsvedtak mot en utlending som har hatt usikkert oppholdsgrunnlag skal anses uforholdsmessig og at «uvanlig store belastninger» og «*exceptional circumstances*» - langt på vei er sammenfallende. Utvalget har tidligere tatt opp spørsmålet om dette egentlig er sammenfallende begreper.

Hva er så «*exceptional circumstances*» i EMK-retten? I *Jeunesse-saken* ble det i vurderingen av om det forelå «*exceptional circumstances*» lagt vekt på at barna og ektefellen var

⁸⁸ Barneombudet (2012).

nederlandske statsborgere. Det forelå ikke «insurmountable obstacles» for å fortsette familielivet i Surinam, men familien ville kunne oppleve «a degree of hardship». ble det lagt vekt på at siden faren jobbet skift, var moren i realiteten hoved omsorgsperson. I *Nunez-saken* det lagt vekt på at barna opplevde stress ved foreldrenes skilsmisse. I *Kaplan-saken* legges vekt på barnas tilknytning til faren, hans omsorgsrolle og barnets sårbarhet. Også lang saksbehandlingstid kan virke inn.

I *Yasmin-saken* avsnitt 117 skriver Høyesterett at et viktig moment er om det foreligger «insurmountable obstacle» for å fortsette familielivet i utlendingens opprinnelsesland. Høyesterett påpeker at muligheten for å fortsette familielivet i Djibouti er «urealistisk», særlig av hensyn til barnas skolegang og at de ikke snakker de lokale språkene, samt kulturforskjeller, økonomiske forhold og ektefellens arbeidssituasjon. Høyesterett konkluderer – i motsetning til lagmannsretten som fant retur umulig– med at det ikke foreligger slike hindringer mot å fortsette familielivet i Djibouti. Påkjenninger for barnet ved «degree of hardship» som følge av statsborgerskap, flytting, nye forhold, ble ikke diskutert. Høyesterett kommenterer heller ikke betydningen av at barna og ektefellen til den utviste firebarnsmoren er norske statsborgere. Høyesterett uttaler at omsorgsoppgaven for barnas far vil bli betydelig, og antagelig føre til en endret økonomi og jobbsituasjon, men at dette ikke kan karakteriseres som uvanlig.

Utvalgets flertall mener at på flere punkter synes derfor momentene i «*exceptional circumstances*» å ha et større omfang og bredde enn kravet om «uvanlig store belastninger» og at det ikke er klart at dette er vurdert hver for seg.

5.5. Oppsummering og vurdering

Utvalget legger til grunn – etter å ha gjennomgått en rekke avgjørelser fra EMD sammenholdt med norske rettsavgjørelser – at norske domstoler i all hovedsak følger den rettspraksis som kommer fra EMD.⁸⁹ Utvalget har ikke kunnet konstatere noen vesentlige avvik. EMDs vurdering av konvensjonsstrid er dessuten nært knyttet opp til det som er konkret uforholdsmessig. Det legges videre til grunn at utlendingslovens regler om utvisning ikke avviker fra de myndighetsinngrep som kan hjemles i EMK artikkel 8 andre ledd.

EMDs praksis gir ikke noen helt klare svar på vektingen og er ikke alltid konsekvent i begrepsbruken. Det er derfor vanskelig å måle i hvilken grad det kan være en konflikt mellom praksis fra EMD og norsk rett.⁹⁰ Hovedinntrykket av EMDs praksis er at grensen mellom det konvensjonsmessige og det konvensjonsstridige først og fremst avhenger av de konkrete omstendighetene i sakene.

⁸⁹ Se gjennomganger av temaet i mastergradsavhandlinger fra Wollebæk (2020) og Wisting (2020) som begge gir grundige gjennomganger av EMDs praksis og refleksjoner.

⁹⁰ Se for eksempel Martnes (2019) punkt 9.2.

Etter utvalgets flertalls syn er likevel grunn til å peke på enkelte mulig avvikende forhold:

Gjennom *Boutif*-kriteriene har EMD utviklet en rekke momenter for forholdsmessigheten i utvisningssaker som berører barn som antakelig gir en større rekkevidde enn det som praktiseres i norsk rett. EMD praktiserer et mer helhetlig perspektiv som gjelder barnets beste, der hovedvekten er på om familieadskillelsen (rupture) kan avhjelpest, enten ved at barna kan reise med, eller kontakten kan holdes vedlike tross avstand, samt om belastningen på gjenværende forelder blir for stor. Barnas *alder og modenhet* vil da få større spillerom, enn der myndighetene skal bygge på en vurdering av normalbelastninger.

Det er uklart hvor stor betydning innreiseforbudets lengde skal tillegges. I flere saker har EMD konkludert med at også to år er lenge for et barn mens norske myndigheter synes å anse det som et tilstrekkelig lempelig tiltak. Det er også uklart om lang saksbehandlingstid tillegges større vekt. Her er Norge kritisert i flere avgjørelser.

Ved håndhevelsen av terskelen *uvanlig store belastninger* i saker som gjelder alvorlige brudd på utlendingsloven går Høyesterett ved å gi kriteriet anvendelse i saker som gjelder alvorlige brudd på utlendingsloven, antagelig noe lengre enn EMD, som kun for kategorien usikker oppholdstillatelse («*precarious*») har et klart krav om «*exceptional circumstances*» ved brudd på utlendingsloven. Hvilken betydning dette skal tillegges, er imidlertid mer usikkert. Utvalgets flertall mener videre at EMDs vurdering av «*exceptional circumstances*» er nærmere barnekonvensjonen. Kravet om uvanlig store belastninger, herunder hvor store belastninger barnet skal «normalt» tåle og hvorvidt det skal kreves at disse belastningene er *uvanlig store*, tolkes antakelig noe strengere enn «*exceptional circumstances*». Kravet om uvanlig store belastninger kan synes mer bundet opp til en sammenligning med barnets normalbelastninger og kan stille seg i veien for en bredere og mer barnefaglig forankret beskyttelse av barnets behov og interesser. Dette kan for eksempel være barnets statsborgerskap, tilknytning til Norge, belastningen ved å flytte og tapet av et samlet familieliv.⁹¹

Utvalgets flertall mener at denne problemstillingen gjør seg gjeldende i de sakene der Norge er dømt i EMD og at det ikke er klart. Etter domfellelsene mot Norge i EMD i *Nunez-saken* og *Kaplan-saken* ser det riktignok ut til å ha vært en justering i norsk praksis i forhold til å ta inn i avgjørelsene mer grundige vurderinger av barnets beste. I *Yasmin-saken* synes man muligens å ha gått tilbake til en mer bundet norm.

Utvalgets flertall mener oppsummert at norsk forvaltning og domstoler – i lys av EMK-retten – i større bredde bør utrede de konkrete konsekvensene ved adskillelse, også for to år, og foreta en grundigere vektlegging av barnets beste, selv om alvorret i saken og tidspunktet for familieetableringen innebærer at allmennpreventive hensyn støtter utvisning. De

⁹¹Se for eksempel *Jeunesse mot Nederland*.

menneskerettslige rammer som beskytter barnet, bør følgelig løftes frem i større grad i selve interesseavveiningen, jf. førstevoterende i Rt-2015-93 (Maria). Dette gjelder særlig de svært negative konsekvensene for barnet ved tvungen adskillelse fra en sentral omsorgsperson. Utvalget mener at EMD i *Jeunesse-saken* åpner for et mer nyansert og bredere skjønn, både i vurderingen av statens behov for utvisning og i vektingen av barnets interesser.

DEL III. Norsk praksis

6. Norsk rettspraksis

6.1. *Innledning*

I kapitlet gis en kort gjennomgang av nyere norsk rettspraksis for å belyse vektleggingen av hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaker for brudd på utlendingsloven, jf. lovens § 70. I fremstillingen behandles perioden 2009-2021 i saker som berører barn og hvor utvisningsgrunnlaget er brudd på utlendingsloven.

Domstolsprøving av forvaltningsvedtak på feltet menneskerettigheter har en viktig funksjon for å kontrollere om Norges menneskerettslige forpliktelser etterleves. Denne prøvingen blir særlig viktig i saker som berører barn, ettersom barn står i en særstilling som følge av sin sårbarhet og avhengighet og har behov for et særlig rettsvern. Det må foretas en inngående, konkret og individuell vurdering av barnets interesser.⁹² Formålet er særlig å belyse hvilken terskel domstolene anvender ved forholdsmessighetsvurderingen for å kjenne et utvisningsvedtak ugyldig der barn er berørt.

6.2. *Rettslige utgangspunkter*

6.2.1. *Hva kan domstolene avgjøre?*

Domstolenes prøvelsesrett har et konstitusjonelt grunnlag. De nærmere grenser for prøvingsretten fastlegges gjennom en tolking av kompetansegrunnlaget, innenfor de konstitusjonelle og folkerettslige skranker som gjelder på vedkommende område. Selv om de objektive vilkårene for utvisning i utlendingsloven §§ 66-68 er oppfylt, kan ikke utvisning besluttes dersom vedtaket er et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene, jf. utlendingsloven § 70. Høyesterett har i avgjørelsene Rt. 1998 s. 1795, Rt. 2000 s. 591 og Rt. 2007 s. 667 fastslått at vurderingen av forholdsmessighet etter utlendingsloven § 70 er et rettsanvendelsesskjønn som kan prøves fullt ut av domstolene.⁹³

Domstolskontrollen skal bygge på faktum på vedtakstidspunktet, jf. Rt. 2012 s. 1985 (lengeværende barn I) avsnitt 98 og Rt. 2012 s. 2039 (lengeværende barn II), også i saker hvor det gjøres gjeldende at det foreligger brudd på Norges menneskerettslige forpliktelser. Dette ble fulgt opp i Rt. 2013 s. 449 og Rt. 2013 s. 1424.

⁹² HR-2019-2286-A (Yasmin) avsnitt 107.

⁹³ Sammenlign utlendingsloven § 38.

6.2.2. Hvilke rettskilder bygger Høyesterett på?

De relevante rettskildene for barnets vern i forholdsmessighetsvurderingen i saker etter utlendingsloven er Grunnloven, menneskerettsloven, EMK, FNs barnekonvensjon, Generelle kommentarer fra Barnekomiteen, praksis fra EMD og rettspraksis.

Det falt to plenumsdommer fra Høyesterett i slutten av 2012, Rt. 2012 s. 1985 (lengeværende barn I) og Rt. 2012 s. 2039 (lengeværende barn II) med relevans for skjæringstidspunkter for faktiske omstendigheter og gjennomslagskraften til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen.⁹⁴ Det uttales bl.a. i Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 134 at hensynet til barn etter omstendighetene kan være så tungtveiende at det må slå gjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende.

I Rt. 2015 s. 93 (Maria) distanserte Høyesterett seg tilsynelatende fra disse plenumsavgjørelsene, blant annet under henvisning til Grunnloven § 104 og til en generell kommentar fra FNs barnekomité om rekkevidden av FNs barnekonvensjon artikkel 3. Denne dommen skapte uklarhet om hvilket faktumtidspunkt domstolsprøvingen skal bygge på i saker hvor det kreves dom for konvensjonsbrudd. Saken i Rt. 2015 s. 1388 Plenumsdom III (internflukt) gjaldt gyldigheten av vedtak om å nekte å omgjøre avslag på asyl og opphold på humanitært grunnlag, hvor særlig spørsmålet om internflukt var aktuelt. Dommen ble avsagt under dissens. Flertallet kom til at Utlendingsnemnda ikke hadde begått saksbehandlingsfeil ved at det eldste barnet ikke hadde fått anledning til å uttale seg direkte for nemnda. Begrunnelsen for vedtaket ble også ansett tilstrekkelig av flertallet. Det ble særlig uttalt at UNE hadde lagt til grunn rett forståelse av hensynet til barnets beste.

6.2.3. Forholdsmessighetsvurderingen

Forholdsmessighetsvurderingen som skranke for utvisning er omhandlet i en rekke dommer, og det er i Høyesteretts praksis utviklet et sett momenter som brukes ved den komplekse avveiningen som domstolene foretar. Som et utgangspunkt for forholdsmessighetsvurderingen fastslår Høyesterett i Rt. 1996 s. 551 at det avgjørende er om grunnlaget for utvisningen står i et rimelig forhold til de negative virkningene den har for familie og privatliv. I Høyesteretts vurderinger av hensynet til barnet vektlegges særlig barnets alder, modenhet, identitet, sårbarhet og konsekvenser av en eventuell utvisning for barnet.⁹⁵ Det legges også bl.a. vekt på hvorvidt reetablering i utlendingens hjemland er uoverkommelig og redusert omsorgssituasjon for barnet dersom forelderen utvises.⁹⁶ Høyesterett trekker også frem omsorgssituasjonen ved eventuell flytting til forelderens hjemland, derunder konsekvenser for barnets sikkerhet, utdanning og velferd, som for eksempel i Rt-2015-93 (Maria), avsnitt 78.

At hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i forholdsmessighetsvurderingen innebærer ikke at dette hensynet alltid vil være utslagsgivende. Høyesterett har i flere avgjørelser slått fast at hensynet til barnets beste skal

⁹⁴ Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I) og Rt. 2012 s. 2039 (Lengeværende barn II)

⁹⁵ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 74.

⁹⁶ Rt. 2011 s. 948 avsnitt 55, Rt. 2015 s. 93 avsnitt 78-79.

veie tungt, men at det må avveies mot eventuelle motstridende interesser. Jo tyngre hensynet til barnet veier, jo mindre rom vil det være for andre hensyn, og hensynet til barnet kan etter omstendighetene være så tungtveiende at det må slå gjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende.⁹⁷

Avveiningen mellom samfunnsmessige hensyn og barnets beste kan være en kompleks vurdering. Dette anerkjennes i rettspraksis. I RT-2009-534 (Nunez) kan de motstridende interesser ses tydelig i dissensen. I avsnitt 49 fremhever flertallet ved førstvoterende:

«...Med det store antall søknader som fremmes etter loven, må myndighetene i stor grad basere sin kontroll på at søkere gir riktige opplysninger og for øvrig forholder seg lojalt til loven og de vedtak som fattes i medhold av den. Systemet bygger således på tillit. Allmennpreventive hensyn tilsier derfor at overtredelser bør få konsekvenser for søkerens muligheter til å oppnå de rettigheter loven gjelder.»

I avsnitt 88 fra mindretallets votum i samme sak heter det:

«Det har ikke vært bevisføring om virkningene for små barn av at deres primære omsorgsperson gjennom tidlig barndom blir borte fra barnet i lengre tid. Jeg nevner imidlertid at FNs komité for barnets rettigheter i sin generelle kommentar nr. 7 (2005) avsnitt 18 (GC-2005-7-CRC) peker på at små barn, dvs. barn under 8 år, er spesielt sårbare når det gjelder de negative konsekvenser av atskillelse fra foreldrene.»

I Høyesteretts dom i Rt-2011-948 (Kosovo) uttales følgende om avveiningen og styrkeforholdet i avsnitt 35:

«Overtredelser av utlendingsloven er i seg selv et betydelig samfunnsproblem, som medfører store kostnader for samfunnet og har en rekke andre negative konsekvenser. Det er av allmennpreventive grunner nødvendig med reaksjoner som i det enkelte tilfellet kan fremstå som urimelig strenge. Dette forhindrer likevel ikke at overtredelser av utlendingsloven kan ha svært ulik karakter, og at overtredelsene, selv om grunnvilkåret for utvisning må anses oppfylt, etter omstendighetene må vike for barnas interesser. Dette gjelder også der belastningen for barna ikke kan sies å være uvanlig stor. Særlig vil dette kunne være aktuelt der utlendingen har utvist en mindre grad av skyld.»

Høyesterett la i denne saken til grunn at konsekvensene for barna veide tyngst. Høyesterett viste til at for den minste sønnen ville en adskillelse fra mor «sannsynligvis føre til en avvikende tilknytning for ham». I avsnitt 63 heter det:

«Når jeg etter dette skal foreta en samlet vurdering etter utlendingsloven § 29 andre ledd, er jeg kommet til at utvisningsvedtaket er et uforholdsmessig tiltak. A har brutt utlendingsloven ved ulovlig opphold og ulovlig arbeid. Disse bruddene på loven er ikke mer alvorlige enn at de i dag ikke ville medført utvisning. I tillegg kom hun til Norge i 2003 uten visum og oppholdt seg i landet i syv uker før hun innga søknad om asyl, men

⁹⁷ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 134.

dette tilleggselementet kan ikke føre til tilsidesettelse av de små barnas sterke interesse i å få fortsette å vokse opp sammen med sin hovedomsorgsperson.»

En oppsummering av de rettslige utgangspunktene for forholdsmessighetsvurderingen er gitt av Høyesterett i HR-2019-2286-A (Yasmin) avsnitt 105-110. Denne gjennomgangen legges i stor grad til grunn som et rettslig utgangspunkt for prøvingen i nye saker.⁹⁸

6.3. «Barnets beste» i Høyesteretts praksis

Hensynet til barnet står i en særlig stilling når avgjørelser skal treffes i avveiningen mot andre interesser og andres rettigheter. Høyesterett har uttalt seg om normens innhold på en måte som etter utvalgets syn ligger tett opp til Barnekomiteens syn. I Rt-2015-155 (Rwanda), sier Høyesterett sier følgende (avsnitt 47-48):

«Det nærmere innhold av artikkel 3 har vært behandlet i en rekke avgjørelser fra Høyesterett, senest i Rt-2015-93. Der heter det i avsnitt 65 at 'hensynet til barnet er ikke det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende', jf. også plenumsavgjørelsen i Rt-2012-1985 avsnitt 134-136. Videre uttales i 2015-avgjørelsen avsnitt 65 at 'ved avveiningen mot andre interesser skal hensynet til barnets beste ha stor vekt – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen.' Høyesterett bekrefter her det som – på noe ulikt vis – tidligere har vært uttrykt i Rt-2009-1261 avsnitt 85, Rt-2010-1313 avsnitt 13 og Rt-2012-1985 avsnitt 187.»

Rwanda-dommen slutter seg dermed til den prinsipielle formuleringen i Rt-2015-93 (Maria) avsnitt 65:

«ved avveiningen mot andre interesser skal hensynet til barnets beste ha **stor vekt** – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen».

Rt-2012-1985 (lengeværende barn I) som gjaldt gyldigheten av avslag på søknad om asyl og opphold i Norge for en iransk familie, som på vedtakstidspunktet hadde bodd i Norge i lang tid, heter det i andrevoterendes votum på vegne av et mindretall:

«Det er altså ikke slik at hensynet til barnets beste har absolutt prioritet. Men dette er heller ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering. Avveiningsnormen i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 går ut på at det som alt i alt best tjener barnets interesser, skal løftes spesielt frem og stå i forgrunnen; det skal være 'primary'. Imidlertid kan legitime og tungtveiende interesser – gode og sterke argumenter – altså åpne for andre løsninger enn den som er den beste for barnet. Kjernen i denne avveiningsnormen er slik sett et krav om saklighet og forholdsmessighet ved tilsidesettelse av barns interesser.»

I Rt-2010-1313 (barn i fengsel) avsnitt 13 heter det:

⁹⁸ LB-2020-162108, LB-2019-161634.

«Av bestemmelsen følger det, slik jeg ser det, en plikt til ... å avklare hva som er barnets interesser og hvordan disse kan ivaretas, og til å trekke resultatet av disse vurderingene sentralt inn i beslutningsgrunnlaget. Hva som best tjener barnets interesse er imidlertid ikke det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende hensynet. Formuleringen i artikkel 3 nr. 1 om at hensynet til det som best tjener barnets interesser skal være 'a primary consideration' ble valgt nettopp for å understreke dette ... Men bestemmelsen forutsetter at det legges stor vekt på det som best tjener barnet, ved avveiningen mot andre interesser.»

Myndighetene må altså ifølge Høyesterett sørge for at barnets beste er en del av selve beslutningsgrunnlaget. Det er dermed viktige forbindelseslinjer til de mer prosessuelle orienterte tema, herunder barnets rett til å bli hørt, jf. barnekonvensjonen artikkel 12 og Grunnloven § 104 første ledd andre punktum. Skal «barnets beste» kunne vektlegges på en meningsfull måte, må barnets situasjon og interesser først søkes avklart.

6.4. *Begrepene uvanlig store belastninger*

Høyesterett har i en rekke saker uttalt at familieliv etter at partene ble klar over at utvisning kan bli aktuelt, har liten vekt. I disse tilfellene legges det til grunn at partene ikke kan ha en berettiget forventning om et fremtidig samliv i Norge.⁹⁹ Dette prinsippet er også lagt til grunn i EMDs praksis.¹⁰⁰ I slike saker kreves det i EMD-retten at barnet ved utvisning blir utsatt for, «*exceptional circumstances*» dersom utvisningen skal anses som uforholdsmessig. Kjernen i de to uttrykksmåtene «*uvanlig store belastninger*» og «*exceptional circumstances*» antas i norsk rettspraksis å være langt på vei sammenfallende, jf. HR-2019-2286-A (Yasmin) avsnitt 109. Mot dette kan det innvendes at EMD legger til grunn at terskelen for vurderingen av den faktiske situasjonen er tidspunktet for iverksetting av vedtaket eller domstidspunktet dersom vedtaket ikke er effektivt, mens det i norsk praksis legges vedtakstidspunktet til grunn som skjæringstidspunkt, jf. *Maslov mot Østerrike* og *Jeunesse mot Nederland*.¹⁰¹ EMDs tilnærming på dette punkt er mer i samsvar med barnekonvensjonen, ettersom hensynet til barnets beste normalt vil tilsi at et så sent skjæringstidspunkt som mulig blir lagt til grunn, ettersom barnas tilknytning til foreldrene vanligvis vil øke jo lenger tid som går.¹⁰²

6.5. *Enkelte avgjørelser fra Høyesterett*

6.5.1. *Innledning*

I dette kapitlet fremheves enkelte høyesterettsavgjørelser, hvor hensynet til barn i utlendingssaker står sentralt, uavhengig om barnets beste blir utslagsgivende eller ikke. Utvalget skal se på hvor tydelig hensynet til barnets beste drøftes og hvordan det vektlegges., samt definere noen utviklingslinjer i praksis. Hovedspørsmålet vil være om hensynet til

⁹⁹ HR-2019-2286-A avsnitt 115-116.

¹⁰⁰ *Nunez mot Norge*, avsnitt 70

¹⁰¹ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 79.

¹⁰² Søvi g(2015) punkt 9.2.5.4.

barnets beste i tilstrekkelig grad får gjennomslag sett i lys av Grunnloven § 104 og konvensjonsbestemmelser.

6.5.2. Forholdets alvor – i hvilken grad bruddet på utlendingsloven utfordrer myndighetenes kontrollbehov

Det synes som at det differensieres mellom de ulike bruddene på utlendingsloven, avhengig av om i hvilken grad de utfordrer myndighetenes kontrollbehov.

Som de mest alvorlige bruddene regnes bl.a. uriktig identitet, uriktige opplysninger og fremleggelse av falske dokumenter. På en annen side regnes bl.a. ulovlig innreise, opphold og arbeid som mindre alvorlige brudd.¹⁰³

6.5.2.1. Rt. 2009: s. 534, Nunez-saken

Alvorsgraden av overtredelsene på utlendingsloven er behandlet i Rt. 2009 s. 534 (Nunez). Dommen ble avsagt under dissens. Saken gjaldt gyldigheten av vedtak om utvisning av en utlending som hadde oppgitt uriktige opplysninger om identitet, tidligere opphold i Norge og innreise i Norge til tross for innreiseforbud. Høyesteretts flertall fant at utvisningen ikke var uforholdsmessig tiltak overfor vedkommende eller hennes to barn. Det ble pekt på at utvisning normalt griper inn i et etablert familieliv på en belastende måte, og at det må kreves uvanlig store belastninger for at utvisning skal fremstå som uforholdsmessig.

Mindretallets votum, jf. avsnitt 83-92, som er i samsvar med en senere dom fra EMD, er av interesse. Mindretallet vektlegger barnas langvarige tilknytning til moren og peker på at det var gitt signaler om økt vekt på barnets beste ved vedtakelsen av den nye utlendingsloven. Mindretallet uttaler videre at det er vanskelig å sidestille bruddene på utlendingsloven med meget alvorlig kriminalitet.

EMD fant senere at det forelå en krenkelse av EMK art. 8 i denne saken (Nunez mot Norge saksnr. 55597/09).

6.5.2.2. Rt. 2011 s. 948 (Kosovo)

Det kan synes som at Høyesterett i Rt. 2011 s. 948 (Kosovo) la om kursen i retning av mer nyansering av sitt syn på brudd på utlendingslov og vektning av disse i forholdsmessighetsvurderingen.

Saken gjaldt en utlending som hadde oppholdt seg i ti måneder i landet på tross av at hun hadde fått pålegg om å forlate riket, søkte om asyl først syv uker etter ankomst til Norge uten visum og arbeidet ett år uten arbeidstillatelse etter at hun hadde fått avslag på søknad om asyl. Høyesterett la vekt på at utlendingsloven i dag ikke ville medført utvisning for disse forholdene og at hennes to barn hadde sterk interesse i å kunne fortsette å vokse opp sammen med sin hovedomsorgsperson, og kom til at utvisningsvedtaket var et uforholdsmessig tiltak.

¹⁰³ Rt. 2011 s. 948 (Kosovo) avsnitt 47-48.

I denne dommen ble det presisert at det kreves ««uvanlig store belastninger» for barna, hvor det er tale om alvorlig kriminalitet eller massive overtredelser av utlendingsloven, jf. avsnitt 32-33 og 38. Det fremkom videre en differensiering av brudd på utlendingsloven og deres betydning for myndighetenes kontrollmuligheter. Det ble uttalt at det å unnlate å oppgi identitet, å gi uriktige opplysninger og å benytte falske dokumenter ligger i kjernen av kontrollhensyn (i motsetning til ulovlig opphold, arbeid og innreise, jf. avsnitt 47-48. I avsnitt 39 fremgår det at «det særlig vil være aktuelt å gi fortrinn til barnas interesser ved relativt sett mindre alvorlige overtredelser av utlendingsloven som i mindre grad rammer de kontrollhensyn som loven skal ivareta». Ved den konkrete vurderingen av alvoret av overtredelsene i den saken fremheves i avsnitt 48 at det som særlig «utfordrer kontrollmulighetene» er «forhold som å unnlate å oppgi identitet, å gi uriktige opplysninger og å benytte falske dokumenter.

Barnas tilknytning til mor som sin primære omsorgsperson ble ansett som avgjørende. Barna var født i Norge og snakket ikke mors morsmål. Mors omsorgsrolle og barnas tilknytning ble belyst gjennom en psykolog-rapport, hvor også konsekvenser av mulig atskillelse for barnas utvikling og tilknytning ble vurdert. Høyesterett mente at mors brudd på utlendingsloven ikke kunne tilsidesette barnas interesse i å fortsette å vokse opp med sin hovedomsorgsperson, jf. avsnitt 63.

6.5.3. Barns tilknytning til forelderen og behov for å fortsette å bo sammen

6.5.3.1. Innledning

Barns tilknytning til den utviste forelderen og hvorvidt barnet blir skadelidende dersom utvisningen effektueres er et sentralt tema i de fleste utvisningssaker som berører barn. Dette er særlig viktig, ettersom barn står i en særstilling som følge av sin sårbarhet og avhengighet og har derfor behov for et særlig rettsvern.

I denne vurderingen vil slike forhold som barnets alder, lengden på tilknytningen, helse, omsorgsbehov, hvorvidt det finnes andre omsorgspersoner vil være relevante. Det pekes ofte på at små barn vil være mer avhengige av sine foreldre og at atskillelse kan få alvorlige følger for barna.

Et annet relevant moment er hvorvidt barnet allerede har opplevd atskillelse fra forelderen, f. eks. ved gjennomført soning, og hvilke negative konsekvenser en ny atskillelse kan føre til.

6.5.3.2. Rt-2015-93 (Maria)

Denne dommen inneholder prinsipielle uttalelser om vekting av hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaker. Dommen har mer fokus på barnets beste som et vesentlig moment enn andre avgjørelser fra Høyesterett.

Høyesterett uttaler bl.a. under henvisning til Grunnloven § 104, barnekonvensjonen artikkel 3 og Barnekomiteens General Comment No. 14 at selv om hensynet til barnets beste ikke er det

eneste, og heller ikke alltid det avgjørende, skal hensynet til barnet ved avveiningen mot andre hensyn *skal* ha stor vekt – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering. Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen, jf. avsnitt 65.

Høyesterett viser også til EMDs storkammerdom *Jeunesse mot Nederland* av 3. oktober 2014 avsnitt 109, hvor det fremgår at hensynet til barn er «of paramount importance». Dommen inneholder også viktige uttalelser om barnets prosessuelle rettigheter og statsborgerrettigheter.

Saken dreide seg om en enslig kvinnelig forsørger, kenyansk kvinne som oppholdt seg ulovlig i Norge etter å ha fått avslag på asylsøknad, og som ble utvist. Samtidig fikk hun avslag på søknad om oppholdstillatelse i familiegjengenforening med datteren på fem år, som er norsk statsborger. I søksmål fra mor og datter kjente Høyesterett begge vedtak ugyldige og avsa fastsettelsesdom for at vedtakene var i strid med EMK artikkel 8. Det ble konstatert at datteren hadde rettslig interesse både i gyldighetssøksmålet og i fastsettelsessøksmålet, jf. tvl. § 1-3. I gyldighetssøksmålet slo Høyesterett fast at det var en saksbehandlingsfeil at datteren ikke var part ved utlendingsmyndighetenes behandling, og at den faktiske tvangssituasjonen en utvisning av moren ville medføre for datteren, ikke kunne likestilles med et vedtak om å utvise egne statsborgere. Høyesterett viste deretter til Grunnloven § 102 og § 104, og konstaterte at barnets interesser inngår som et tungtveiende element ved forholdsmessighetsvurderingen etter Grunnloven § 102. I avveiningen mellom de innvandringsregulerende hensyn som tilsa utvisning av moren, og hensynet til jentas beste, konkluderte førstvoterende på følgende måte, jf. avsnitt 81:

«Det er en åpenbar spenning mellom behovet for en effektiv og rettferdig utlendingsforvaltning på den ene siden, og kravet etter Grunnloven § 104 andre ledd og barne- konvensjonen artikkel 3 nr. 1 om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn på den andre siden. Jeg har imidlertid vondt for å se at de grunnene som uten tvil taler for at det reageres overfor [moren] og hennes lovbrudd, i dette tilfellet har den tyngden som skal til for å oppveie de individuelle byrdene for [datteren Maria] ved at moren utvises til Kenya. Det har for meg betydning ved den samlede avveiningen her at det er den aldeles uskyldige parten – [datteren Maria] – som rammes hardest av sanksjonen.»

Ved den konkrete vurderingen ble det vist til at det for datteren ikke fantes noe alternativ til morens omsorg. Det ble ansett som sentralt at datteren er norsk statsborger, med de rettigheter dette innebærer, og til den vanskelige omsorgssituasjonen dersom moren måtte reise til Kenya med barnet. Datterens interesser talte klart for moren som eneste omsorgsperson ikke kunne utvises. De forhold som lå til grunn for utvisningsvedtaket – ulovlig opphold i riket og uriktige identitetsopplysninger i asylsøknaden – kunne ikke oppveie dette, særlig sett hen til at datteren som var en uskyldig part ble rammet hardest av utvisningsvedtaket. Det ble konstatert at datterens rettigheter etter EMK artikkel 8 ble krenket ved utlendingsmyndighetenes vedtak.

Høyesterett foretar en meget inngående vurdering av hensynet til utlendingens datter i tråd med EMDs praksis og uttalelser fra barnekomiteen og ser også på betydningen av barnets norske statsborgerskap i dommen.

6.5.3.3. Rt. 2015 s. 155 (Rwanda)

Saken gjelder utlevering av utlending som hadde oppholdt seg i Norge siden 1999 og hadde tre barn i riket. Høyesterett fastholdt at grunnleggende menneskerettigheter, slik de er nedfelt i Grunnloven § 102 og § 104, EMK artikkel 8 og barnekonvensjonen artikkel 3, har en sentral rolle og at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering mellom samfunnets interesse på den ene side, og betydningen av det inngrep dette representerer i de grunnlovsbestemte individrettigheter, på den annen side, jf. avsnitt 52. Høyesterett viste i avsnitt 47 i dommen til Rt-2015-93 (Maria), hvor det ble uttalt at hensynet til barnets beste ved avveiningen mot andre interesser skal ha stor vekt. Høyesterett sier følgende (avsnitt 47-48):

«Det nærmere innhold av artikkel 3 har vært behandlet i en rekke avgjørelser fra Høyesterett, senest i Rt-2015-93. Der heter det i avsnitt 65 at 'hensynet til barnet er ikke det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende', jf. også plenumsavgjørelsen i Rt-2012-1985 avsnitt 134-136. Videre uttales i 2015-avgjørelsen avsnitt 65 at 'ved avveiningen mot andre interesser skal hensynet til barnets beste ha stor vekt – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen.' Høyesterett bekrefter her det som – på noe ulikt vis – tidligere har vært uttrykt i Rt-2009-1261 avsnitt 85, Rt-2010-1313 avsnitt 13 og Rt-2012-1985 avsnitt 187.»

Rwanda-dommen gir med dette tilslutning til den prinsipielle formuleringen av normen i Rt-2015-93 (Maria) avsnitt 65 om at «ved avveiningen mot andre interesser *skal* hensynet til barnets beste ha *stor vekt* – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen. Etter en konkret vurdering ble det likevel besluttet utlevering. Høyesterett fant det ikke tvilsomt at hensynet til barnas beste isolert sett tilsa at faren ikke ble utlevert. Men hensynet til barna måtte likevel vike (avsnitt 76):

«Ved forholdsmessighetsvurderingen finner jeg det imidlertid avgjørende at vi ... står overfor en anklage om sjeldent alvorlige lovbrudd. I lys av dette og de øvrige forhold som begrunner utlevering, kan jeg da ikke se at det er grunnlag for å gi hensynet til barnas beste absolutt prioritet. Både hensynet til det internasjonale strafferettssamarbeidet og til en forsvarlig behandling av den alvorlige tiltalen gjør det etter mitt syn påkrevd at anklagen om folkemord blir prøvd i det land forbrytelsen er begått og som siktede har rømt fra. De individuelle byrdene et vedtak om utlevering får for [siktetes] barn, kan da ikke veie opp for de grunnene som uten tvil taler for at siktede utleveres.»

6.5.4. ***Hvorvidt familielivet ble etablert på et tidspunkt da utlendingen hadde en berettiget forventning om å fortsette å bo i riket***

6.5.4.1. HR-2019-2286-A (Yasmin).

En oppsummering av de rettslige utgangspunktene for forholdsmessighetsvurderingen i saker som berører barn er gitt av Høyesterett i HR-2019-2286-A (Yasmin), avsnitt 105-110. Saken er påklaget til EMD og er tatt til behandling der. Klagen for EMD reiser blant annet spørsmål om rekkevidden av begrepet «exceptional circumstances» sett i forhold til begrepet *uvanlig store belastninger*. Saken er allerede gjennomgått og analysert i punkt 5.4.7 i rapporten i forhold til den menneskerettslige skrankene. I den konkrete vurderingen fant Høyesterett at kvinnens overtredelser av utlendingsloven, derunder uriktige opplysninger om identitet og beskyttelsesbehov, utnyttelse av asylinstituttet og oppholdstillatelse på uriktige premisser, måtte regnes som *meget alvorlige*, jf. avsnitt 113. Videre fant Høyesterett at utvisning i to år ikke ville medføre *uvanlig store belastninger* for barna. Det ble bl.a. vist til at barna ikke tidligere hadde vært utsatt for brudd med foreldrene eller for andre spesielt belastende forhold.

6.5.5. *Andre momenter*

Høyesterett legger videre vekt på andre momenter, slike som hvorvidt det foreligger uoverkommelige hindringer til å fortsette familielivet i utlendingens hjemland¹⁰⁴ og betydningen av norsk statsborgerskap¹⁰⁵.

Når det gjelder det sistnevnte, påpeker Høyesterett i Rt-2015-93 (Maria) at spørsmålet om barnets faktiske situasjon, derunder norske statsborgerskap, var dårlig belyst i utvisningsvedtaket. Det fremheves videre at barnets norske statsborgerskap har en spesiell betydning i forholdsmessighetsvurderingen, ettersom barnet som norsk statsborger har rett til å nyte godt av å vokse opp i det norske samfunn med alt det innebærer av muligheter og tilgang til sosialt sikkerhetsnett, velferds- og helsetilbud.

6.5.6. *Praksis fra lagmannsretten*

I **LB-2021-18145** behandlet Borgarting lagmannsrett spørsmålet om hvorvidt et utvisningsvedtak om 5-års innreiseforbud var et uforholdsmessig inngrep overfor utlendingens stedatter på 15 år (på vedtakstidspunktet) med diagnose «lett grad av utviklingshemming». Utlendingen hadde oppholdstillatelse i Italia. Overtredelsen bestod i ulovlig opphold i Norge og Schengen på ca 4 mnd (overskridelse av tillatt periode på 90 dager ila 180 dager, jf. ul. § 9 fjerde, jf. annet ledd, og tre ulovlige innreiser. Ved vurderingen av forholdets alvor ble det bemerket at ulovlig innreise og opphold ikke er like alvorlig som å oppgi uriktig identitet, uriktige opplysninger eller fremlegge falske dokumenter Det ble vektlagt at utlendingen hadde gitt opplysninger frivillig under visumkontroll. I forholdsmessighet ble det trukket frem at det var en usedvanlig sterk tilknytning mellom stedatteren og utlendingen, til tross for sporadisk samvær. Andre relevante momenter var at barnets situasjon ble forverret og barnet utviste store atferdsproblemer etter utvisningen av stefaren. Barnet hadde videre tidligere separasjonstraumer etter tapet av kontakt med

¹⁰⁴ HR-2019-2286-A avsnitt 117.

¹⁰⁵ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 74-79.

biologisk far og storebror. Det forelå bekymring fra barnevernet for om mor maktet å ha omsorgen alene. Det forelå uoverstigelige hindringer for å kunne videreføre familielivet utenfor Norge. Det ble konstatert at det i denne konkrete saken forelå store belastninger for barnet langt utover det som er vanlig. Innreiseforbudets lengde ble funnet uforholdsmessig.

I **LB-2020-162108** ble utvisning med 2-års innreiseforbud funnet uforholdsmessig overfor utlendingens barn på henholdsvis 3 og 7 år. Saken gjaldt ulovlig opphold på over 6 år. Lagmannsretten mente at bruddet på utlendingsloven ikke var så alvorlig at det måtte kreves uvanlig store belastninger før utvisning var uforholdsmessig, jf. HR-2019-2286-A avsnitt 107. Det ble presisert at det ikke kan oppstilles noen absolutte kriterier for forholdsmessighetsvurderingen, jf. HR-2019-2286-A avsnitt 105 og at hver sak må vurderes konkret ut fra en helhetsvurdering av alle relevante forhold. UNE presiserte at de ikke benyttet terskelen «uvanlig store belastninger» i HR-2019-2286-A avsnitt 107 i vedtaket og de etterfølgende beslutningene. Utlendingen bodde på asylmottak og var tilgjengelig for uttransport under det ulovlige oppholdet, og myndighetene utviste inaktivitet under deler av det ulovlige oppholdet. Kontrollhensynet var ikke utfordret i særlig grad, jf. HR-2019-2286-A avsnitt 95, jf. Rt. 2011 s. 948 avsnitt 35. Det var videre vektlagt at barna var sårbare, basert på deres bakgrunn og alder, og at sønnens reaksjoner ved separasjonsangst kunne indikere økt risiko for negative reaksjoner ved en atskillelse. Det forelå uttalelser fra sakkyndig psykolog for lagmannsretten. Lagmannsretten uttalte at de samfunnshensyn som lå bak utvisningen ikke var tungtveiende nok til å tilsidesette barnas sterke interesse i å vokse opp med sin far.

Ytterligere en sak om utvisning var behandlet av lagmannsretten i **LB-2019-161634** som handlet om utvisning med 2-års innreiseforbud av en mor til to norske barn på henholdsvis 1 og 2 år i riket. Barna bodde ikke med far. Overtredelsen bestod i ulovlig opphold på over 6 år og oversittet utreisefrist. Lagmannsretten mente at ettersom saken både dreide seg om et alvorlig brudd på utlendingsloven og et familieliv som ble etablert under ulovlig opphold, måtte det stilles krav om uvanlig store belastninger, jf. HR-2019-2286-A. Det ble uttalt at barna ikke var særlig sårbare. Barnas lave alder medførte ikke i seg selv at utvisning innebar en uvanlig stor belastning. Lagmannsretten la til grunn at utvisningen ville medføre store følelsesmessige belastninger for barna, og at hensynet til barnets beste talt mot utvisning, men at belastningene for barna likevel ikke var ekstraordinære. Forholdsmessigheten ble vurdert både for det tilfelle at barna ble med mor til Etiopia og at de ble igjen i Norge. Vedtak var ikke uforholdsmessig.

I **LB-2019-180348** var vurderingstemaet hvorvidt utvisning med 5-års innreiseforbud for ulovlig opphold på nesten 4 år og oversittet utreisefrist var uforholdsmessig. Utlendingen var også straffet for brudd på innreiseforbud. Det forelå to utvisningsvedtak og en søknad om opphevelse av innreiseforbud. Lagmannsretten kom under en viss tvil til at ny utvisning i 5 år ville innebære en ekstraordinær belastning for sønnen, som hadde vist uvanlig sterke reaksjoner og var sårbar etter tidligere relasjonsbrudd med faren. Det forelå videre risiko for psykiske problemer. Innreiseforbudets lengde i 5 år etter det siste vedtaket ble funnet

uforholdsmessig, innreiseforbudet burde ikke overskride 2 år.

Utvisningsvedtak med 2-års innreiseforbud for en mor til et barn på under 1 år ble behandlet i lagmannsrettens avgjørelse **LB-2018-172335**. Utlendingen hadde oppgitt uriktig identitet og fått innvilget oppholdstillatelse på grunnlag av denne. Tillatelsen ble tilbakekalt.

Lagmannsretten bemerket at det aktuelle bruddet var i kjerneområdet for myndighetenes kontrollhensyn. Det ble ikke funnet å foreligge uvanlig store belastninger for barnet. Det var ikke opplyst at far ikke hadde tilstrekkelig omsorgsevne, og det forelå ikke uoverstigelige hindringer for å kunne videreføre familielivet i morens hjemland Somalia. Barnet hadde liten tilknytning til Norge pga sin lave alder. Vedtaket ble opprettholdt.

I **LB-2018-99200** ble et vedtak om utvisning med 2-års innreiseforbud ikke kjent ugyldig. Saken gjaldt en mor til to barn, som var religiøst gift med barnas far, og hadde et ulovlig opphold i Norge på ca 6,5 år. Lagmannsretten mente at ettersom saken både dreide seg om et svært langvarig ulovlig opphold, og et familieliv som ble etablert under ulovlig opphold, måtte det stilles krav om uvanlig store belastninger. Det ble funnet at det ikke forelå uvanlig store belastninger for barna, og at far ikke hadde en svekket omsorgsevne til tross for at han var HIV-positiv.

7. Forvaltningspraksis

7.1. *Statistikk og utviklingstrekk*

Utvisningssaker omfatter både saker der grunnlaget for utvisning er straff og saker der grunnlaget for utvisning er brudd på utlendingsloven.

I 2015 ble det totalt fattet 6412 vedtak om utvisning, og er det året hvor det er fattet flest utvisningsvedtak. Etter 2015 har det vært en jevn nedgang i antall utvisningsvedtak, og i 2020 ble det totalt fattet 1883 vedtak om utvisning.

Variasjonene i antall utvisningsvedtak påvirkes av migrasjonssvingninger. I 2015 var det et høyt antall asylsøkere til Norge. Det året kom det 31 150 asylsøkere til Norge. Samme år ble det innvilget 7718 arbeidssøknader, og det ble gitt tillatelse til familieinnvandring i 12592 saker. I tillegg var det 41 349 EU/EØS-borgere som registrerte seg i Norge for å arbeide, studere eller bo med familien sin i Norge. Også i resten av Europa var det en uvanlig stor tilstrømning av asylsøkere. Flere land i Europa innførte midlertidig grensekontroll som var med å påvirke migrasjonsstrømmingene i Europa. I 2016 var antall arbeidssøknader i Norge redusert til 3460.

I 2020 hvor Norge var sterkt påvirket av den verdensomspennende corona-pandemien var antall asylsøkere ytterligere redusert til 1386. Fra 2015 var antall innvilgede arbeidstillatelser

reduisert til 6676. Førstegangstillatelser i familieinnvandringsaker var redusert til 5589, og antall registreringer av EU/EØS-borgere var mer enn halvert fra 2015 til 19 963.

En sammenlikning av årene 2015 og 2020 viser en forskjell i tilstrømningen til Norge basert på de ovennevnte hovedsakstypene beskyttelse, arbeid, familie og EØS med rundt 60 000 personer, og viser at det kan være store endringer i løpet av relativt kort tid.

Utvisningsaker som gjelder brudd på utlendingsloven har gjennomgående utgjort den største andelen utvisningsaker selv om antallet har vært synkende siden 2016. I 2016 ble det fattet 3929 vedtak om utvisning for brudd på utlendingsloven som er det høyeste antallet utvisningsvedtak for brudd på utlendingsloven noensinne. I 2020 ble det tilsvarende fattet 1079 utvisningsvedtak for brudd på utlendingsloven. Andelen utvisningsaker på grunnlag av brudd på utlendingsloven har fra 2015 til 2020 sunket til mindre enn 1/3 av nivået i 2015 og 2016.

Det er en forutsetning for å kunne vurdere utvisning på grunnlag av brudd på utlendingsloven at utlendingen ikke har en oppholdstillatelse i Norge. Utvisningsaker for brudd på utlendingsloven omfatter likevel et bredt spekter av saker og ulik tilknytning. Mange saker gjelder personer som nylig har kommet ulovlig inn i landet. Andre saker gjelder personer som har bodd her i mange år, etablert familie og fått innvilget norsk statsborgerskap, men som i ettertid har fått tilbakekalt sin tillatelse og blitt utvist fordi det er gitt uriktige opplysninger.

7.2. *Nærmere om statistikk for saker som berører barn*

I *UDI 2018-016 om barn berørt av utvisning* er det gitt retningslinjer om hvordan barn berørt av utvisning skal registreres. Formålet med registreringen er å gi oversikt og kontroll med hvor mange barn som blir berørt av utvisning og er grunnlag for UDIs statistikk om barn berørt av utvisning. Retningslinjene regulerer nærmere hvem som er omfattet av begrepet «barn berørt av utvisning».

Det er bare biologiske barn og adopterte barn som blir registrert og omfattes av begrepet *barn berørt av utvisning*. Stebarn og fosterbarn faller utenfor definisjonen i denne sammenheng. Videre vil registrering som barn berørt av utvisning omfatte norske og ikke-norske barn under 18 år som bor i Norge når forelderen vurderes utvist.

Barn som bor og skal fortsette å bo fast i utlandet når forelderen vurderes utvist, omfattes ikke av begrepet barn berørt av utvisning. Det gjør heller ikke barn hvor det fremkommer at barnet ikke har noen kontakt med forelder, og barn som ikke har tillatelse til opphold i Norge, og begge foreldre har en plikt til å forlate Norge eller alene forelder blir utvist. Bakgrunnen for det er at barnet skal returnere til hjemlandet med forelderen/foreldrene.

For å være omfattet av begrepet og registreres som *barn berørt* er det ikke krav om at forelderen som vurderes utvist har foreldreansvar for barnet, eller at utlendingen bor fast med

barnet. Utlendingen må imidlertid ha samvær eller en annen form for kontakt med barnet for at det skal anses som berørt av utvisningen. Dersom barnet er under barnevernets omsorg, men utlendingen har samvær med barnet, anses barnet å være berørt av utvisning. I særlige tilfeller hvor barnet bor på sperret adresse eller utlendingen har besøksforbud mot barnet, anses barnet ikke å være berørt av utvisning.

Det er vedtakstidspunktet som er avgjørende for vurderingen av om et barn anses som berørt av utvisning.

Begrepet *barn berørt av utvisning*, slik det registreres i UDI, vil i stor grad være sammenfallende med de saker hvor et mulig utfall av utvisningssaken vil kunne være en familiesplittelse. Det er disse sakene utvalget har gjort en nærmere gjennomgang av.

Statistikken viser at antall vedtak som berører barn er relativt lavt, og at de fleste utvisningssaker for brudd på utlendingsloven som UDI behandler ikke berører barn. Andelen vedtak som berører barn hittil i 2021 (rundt 10%) er imidlertid betydelig høyere enn andel vedtak som berørte barn i 2019 og 2020 (rundt 5-7%). Det er sannsynlig at det har en sammenheng med nedgangen i antall hastesaker.

Av utvisningssaker som berører barn er det en høyere andel, mer enn dobbelt så stor, som ender med ikke-utvisning enn med utvisning, i UDI. I tillegg er det noen utvisninger som senere blir omgjort i UNE. I 2020 var andelen barn berørt av ikke-utvisning 13%, mens andelen berørt av utvisning var 6%. Andelen barn berørt av ikke-utvisning i 2021 er hittil i år 15%, mens andelen barn berørt av utvisning så langt er 6%. Av totalt 179 barn berørt av utvisning for brudd på utlendingsloven i 2020, var resultatet i saken ikke-utvisning for 92 berørte barn, og utvisning for 87 berørte barn. Tilsvarende er det i 2021 190 barn som er berørt av utvisning for brudd på utlendingsloven, hvorav 108 barn har en forelder som har fått et vedtak om ikke-utvisning, mens 82 barn har en forelder som har fått et vedtak om utvisning.¹⁰⁶

I utvalget har vi også sett på antall vedtak som berører barn og antall barn fordelt på år og om barnet er norsk eller ikke. Tallene er ikke helt eksakte, da vi mangler registreringer på noen barn. Likevel gir tallene en klar pekepinn på fordelingen.

Blant utvisningsvedtak som berører barn, er det en relativt høy andel som berører norske barn, anslagsvis nesten halvparten de to siste årene. Av 107 og 109 saker i henholdsvis 2020 og 2021 var det 49 og 52 saker som berørte norske barn.

¹⁰⁶ Statistikken er inntatt som vedlegg.

7.3. *Særlig om forholdsmessighetsvurderingen*

7.3.1. *Innledning*

Temaet er grundig behandlet i punkt 3.3.4. Her gis en kort repetisjon.

Utlendingsmyndighetene må gjøre en vurdering av om utlendingens ulovlige handlinger er så alvorlige at vedkommende skal utvises, eller om hensynet til utlendingen eller den nærmeste familien eller barn veier så tungt at vedkommende likevel ikke bør utvises. Spørsmålet er allerede behandlet i punkt 3.2.3. Her er det særlig regelverket med tanke på skjønnet i forvaltningspraksis som gjengis. I utlendingsmyndighetenes vurdering av forholdets alvor ved overtredelse av utlendingsloven ses det hen til de føringer som er gitt i forarbeidene.

UDI 2010-024 har en rekke typetilfeller ved brudd på utlendingsloven som gir detaljert veiledning ved utlendingsmyndighetenes vurdering av forholdets grovhet.

7.3.2. *Nærmere om forholdsmessighetsvurderingen og tilknytning til barn i riket*

Det følger av utlendingsloven § 70 at I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 4 forutsetter i helt spesielle situasjoner at statene likevel kan treffe vedtak om utvisning selv om det skulle innebære at barn skilles fra sin mor eller far. Disse bestemmelsene danner utgangspunkt for utlendingsmyndighetene ved vurderingen av barnets beste som er en skjønnsmessig og konkret vurdering i den enkelte sak. Av UDI 2010-024 fremgår at følgende brudd på utlendingsloven som utgangspunkt anses meget alvorlige brudd:

- Saker der utlendingens brudd på utlendingsloven representerer en trussel mot offentlig orden,
- Saker der det er gitt uriktige opplysninger om identitet eller benyttet falske dokumenter
- Saker der det foreligger langvarig ulovlig opphold over 5 år, der flere av momentene i punkt 4.1.3 er oppfylt.
- Andre grove brudd på utlendingsloven kan etter en konkret vurdering også anses som meget alvorlig.

I disse sakene vil forvaltningen vurdere om utvisning vil føre til «uvanlig store belastninger» for berørte barn og om det er «ekstraordinære forhold» i saken. Det fremgår videre av retningslinjen at ved relativt sett mindre alvorlige brudd på utlendingsloven gjelder ikke dette utgangspunktet. I saker som ligger i den nedre del av alvorlighetsskalaen, skal det mindre til for at utvisning er uforholdsmessig. I Rt. 2011 s. 948 sies det at «det særlig vil være aktuelt å gi fortrinn til barnas interesser ved relativt sett mindre alvorlige overtredelser av utlendingsloven som i mindre grad rammer de kontrollhensyn som loven skal ivareta», se avsnitt 39. Det kreves ikke da at utvisning vil medføre en uvanlig stor belastning.

Brudd som etter retningslinjen anses å ligge i *nedre del av alvorlighetsskalaen* når saken berører barn vil være:

«Saker som faller innenfor ulf. § 14-1. Utvisning for ulovlig opphold eller arbeid når utlendingen har barn i Norge

Saker som kan sammenlignes med bruddene på utlendingsloven i Rt-2011- 948 i forhold til alvorlighetsgrad. Utlendingen i saken hadde brutt utlendingsloven ved å oversitte en utreisefrist og i etterkant oppholdt seg i nesten 10 måneder ulovlig i Norge. Hun reiste så inn igjen i Norge ulovlig og oppholdt seg her ulovlig i 7 uker før søknad om beskyttelse. I påvente av avgjørelse på søknad om familiegjeningforening arbeidet hun så ett år ulovlig

Saker der familielivet er etablert på et tidspunkt der oppholdsgrunnlaget i Norge var sikkert - før utlendingen burde forstått at utvisning kunne være aktuelt (berettiget forventning om å kunne bli i Norge og etablere et familieliv her). Ulovlig opphold ved fornyelse og førstegangs søknad.»

I saker som befinner seg i et mellomstjikt mellom meget alvorlige brudd og mindre alvorlige brudd, må utlendingsmyndighetene foreta en konkret interesseavveining av forholdets alvor opp mot utlendingens tilknytning til Norge, og hensynet til barnas beste.

7.3.3. *Vurderingen av barnets beste i UDI rundskriv 2010-024*

I UDI rundskriv 2010-024 er det inntatt en rekke momenter som er relevante i en vurdering av barnets beste i utvisningssaker, jf ul § 70. Listen er ikke uttømmende. Generelt vil urimelig lang saksbehandlingstid som skyldes forhold som utlendingsforvaltningen må ta ansvar for være relevant ved vurderingen av barnets beste. Videre skal det i vedtak som berører barn fremkomme hvilke vurderinger som er gjort av barnets situasjon, herunder hvordan hensynet til barnets beste er vektlagt, med mindre det anses unødvendig, se utlendingsforskriften § 17-1a. Momenter som er relevante ved vurderingen av barnets beste ved familiesplittelse er:

«Barnets alder

Relasjonsbrudd vil være mindre belastende når barnet er eldre og kan forstå situasjonen
Eldre barn kan lettere opprettholde kontakt med en forelder som ikke er direkte tilstede

Barnets sårbarhet

Har barnet spesielle omsorgsbehov som stiller ekstra krav til foreldrenes omsorgsevner

Er barnet særlig sårbart for relasjonsbrudd

Har barnet vært utsatt for relasjonsbrudd tidligere

Har barnet vært utsatt for omsorgssvikt

Har barnet vært utsatt for vold i nære relasjoner

Barnets helsesituasjon

Foreligger det andre større forandringer i barnets livssituasjon

Tidligere belastning på barnet, for eksempel ved skilsmisse, barnefordelingssak og/eller bytte av daglig omsorgsperson (se Nunez v Norway)

Omfanget av samvær mellom den utviste og barnet

Barnets grad av tilknytning til den utviste

Barnets tilknytning til gjenværende omsorgsperson

Gjenværende omsorgspersons omsorgskompetanse

Momenter i vurderingen av barnets beste ved familieetablering i annet land:

Barnets grad av nettverk og integrering i det norske samfunnet
Barnets alder ved flytting - små barn er tilpasningsdyktige til nye språk og kulturer
Hvor likt samfunnet og kulturen i landet er i forhold til det barnet er vant med i Norge
Foreldrenes kjennskap til kulturen i landet
Foreldrenes nettverk i hjemlandet
Barnets kjennskap til kulturen i landet
Foreldrenes kjennskap til språk i landet
Barnets kjennskap til språk i landet
Den reelle muligheten for at familien samlet kan fortsette familielivet i landet
Om barnet er norsk statsborger og utvisning skaper en tvangssituasjon som innebærer at barnet må forlate Norge fordi man ikke har en gjenværende omsorgsperson
Omsorgssituasjonen ved retur»

Utvalget kommer tilbake til praksis i punkt 7.7.

7.3.4. Utlendingsforskriftens § 14-1 - Ulovlig opphold eller arbeid når utlendingen har barn i Norge

Utlendingsforskriftens § 14-1 har en særskilt regel om at det *ikke skal utvises ved ulovlig opphold og ulovlig arbeid i mindre enn to år når utlendingen har barn i Norge*. Flere vilkår må være oppfylt for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Siden bestemmelsen ikke er absolutt, men fastsetter at utvisning ”som hovedregel” ikke skal skje, kan det være situasjoner hvor det ut fra forholdene vil være aktuelt å vurdere utvisning, selv om samtlige av vilkårene i utlf. § 14 -1 er oppfylt.

7.4. Bruk av tilleggstid for permanent oppholdstillatelse ved brudd på utlendingsloven

7.4.1. Om tilleggstid

Den 10. september 2021 trådte det i kraft en endring i utlendingsloven § 70 annet ledd som innebærer at det ved alvorlige brudd på utlendingsloven som gir grunnlag for utvisning, kan fastsettes et krav til tilleggstid for å få permanent oppholdstillatelse ut over det ordinære kravet til tre eller fem års botid. I Prop.83 L (2020–2021) Endringer i utlendingsloven (nytt tiltak ved brudd på utlendingsloven m.m) side 27 heter det:

«Formålet med bestemmelsen om å stille krav til tilleggstid er i henhold til forarbeidene å åpne for bruk av tilleggstid som et alternativ til utvisning i noen særlige tilfeller hvor det er tvil om utvisning vil være uforholdsmessig eller ikke. For det første åpnes det for bruk av tilleggstid som et alternativ til utvisning i noen særlige tilfeller hvor det ellers kan være uklart om utvisning vil være uforholdsmessig eller ikke. For det andre åpnes det for en utlendingsrettslig reaksjon i tilfeller hvor utlendingen har overtrådt utlendingsloven, men hvor vedkommende ikke blir utvist, og hvor det per i dag heller ikke treffes vedtak om noen annen forvaltningsreaksjon.

Når det gjelder vurderinger opp mot det første formålet, er det presisert i de alminnelige motivene at det er ønskelig med større grad av fleksibilitet for forvaltningen, men at det

ikke legges opp til en generell oppmyking av praksis. Det er særlig i tilfeller hvor det er spesielle forhold knyttet til barns situasjon som gjør seg gjeldende, at muligheten for en mer fleksibel vurdering har vært ønsket. Heller ikke for saker hvor utvisningsvedtaket berører barn, skal det imidlertid legges opp til en generell oppmyking. Det vises til de alminnelige motivene avsnitt 2.4.3.5 for en nærmere drøfting av når det er aktuelt å treffe vedtak om krav til tilleggstid som et alternativ til utvisning.

Når det gjelder vurderinger opp mot det første formålet, er det presisert i de alminnelige motivene at det er ønskelig med større grad av fleksibilitet for forvaltningen, men at det ikke legges opp til en generell oppmyking av praksis. Det er særlig i tilfeller hvor det er spesielle forhold knyttet til barns situasjon som gjør seg gjeldende, at muligheten for en mer fleksibel vurdering har vært ønsket. Heller ikke for saker hvor utvisningsvedtaket berører barn, skal det imidlertid legges opp til en generell oppmyking. Det vises til de alminnelige motivene avsnitt 2.4.3.5 for en nærmere drøfting av når det er aktuelt å treffe vedtak om krav til tilleggstid som et alternativ til utvisning.»

Det fremgår altså av forarbeidene at de nye reglene er ikke ment å føre til en generell oppmykning av praksis, men å gi større fleksibilitet i spesielle tilfeller, for eksempel hvis det er spesielle hensyn knyttet til barn i saken. Det er likevel verdt å merke seg avsnitt 2.4.3.5, hvor det heter, med utvalgets understrekning:

«... Det er i og for seg heller ikke noe vilkår for å anvende den nye bestemmelsen at saken gjelder barn. Bestemmelsen er generelt utformet, og dens anvendelse vil bero på en konkret helhetsvurdering. Den sentrale betydningen av lovforslaget er at forvaltningen får en ny reaksjonsmulighet som gir noe mer rom for fleksibilitet i særskilte tilfeller. Det følger likevel av det underliggende anmodningsvedtaket at det særlig er i saker hvor det gjør seg gjeldende spesielle hensyn knyttet til barn, at den nye reaksjonsmuligheten har vært ønsket fra Stortingets side.»

7.4.2. Nærmere om når det kan ilegges tilleggstid i stedet for utvisning

I UDIs rundskriv UDI 2010-024 er det gitt nærmere retningslinjer om når tilleggstid kan ilegges. Det skal vurderes å ilegge tilleggstid i følgende tilfeller:

«Som et alternativ til utvisning i tilfeller som ellers ender med utvisning, men som ligger nær grensen for at utvisning vil være uforholdsmessig, særlig i saker hvor det gjør seg gjeldende spesielle forhold knyttet til barn.

I tilfeller hvor det er begått særlig grove brudd på utlendingsloven, men hvor utvisning blir ansett uforholdsmessig eller i strid med returvernet i utlendingsloven § 73. Dette vil være saker som omfattes av uttrykket meget alvorlige brudd på utlendingsloven, se udi 2010-024 punkt 11.5.3.»

Bestemmelsen om tilleggstid er som nevnt ment å gi forvaltningen mulighet for større fleksibilitet i særlige tilfeller. Hvorvidt tilleggstid kan være et aktuelt alternativ til utvisning beror på en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak, men hensynet til barnet vil altså kunne stå sentralt.

Andre forhold det vil være forholdets alvor, om saken skiller seg fra andre sammenlignbare saker, tvil om utvisning er forholdsmessig og det forhold at utlendingen har barn i Norge.

7.4.3. Tidspunkt for å vurdere tilleggstid

I tilfeller der tilleggstid vurderes som et alternativ til utvisning skal tilleggstid vurderes på tidspunktet for utvisningsvurderingen. I tilfeller der det forekommer særlig grove brudd på utlendingsloven skal tilleggstid vurderes på tidspunktet for utvisningsvurderingen i saker der det er søkt oppholdstillatelse, eller det er grunnlag for å anta at utlendingen vil søke oppholdstillatelse, f.eks. på grunn av tilknytning til Norge.

I tilfeller der det forekommer særlig grove brudd på utlendingsloven skal det vurderes å ilegge tilleggstid ved søknad om oppholdstillatelse, når tilleggstid ikke er vurdert på utvisningstidspunktet.

7.5. Innreiseforbudets varighet

7.5.1. Innledning

Dersom de objektive vilkårene for utvisning er oppfylt og utvisning etter en helhetsvurdering anses å være et forholdsmessig tiltak, må det deretter foretas en skjønnsmessig vurdering ved fastsettelsen av innreiseforbudets varighet. Det fremgår av G- 07/2016:

«I henhold til utlendingsloven § 70 kan en utlending ikke utvises dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. Innreiseforbudets varighet er en del av denne forholdsmessighetsvurderingen.»

De forhold det skal legges vekt på i den skjønnsmessige vurderingen av innreiseforbudets varighet, er altså langt på vei de samme som er relevante ved vurderingen av om det subjektive vilkåret for å utvise er oppfylt.

7.5.2. Historikk - innreiseforbudets varighet

I utlendingsloven av 1988 kunne innreiseforbudet gjøres tidsbegrenset eller varig. Etter utlendingsforskriftens § 122 skule innreiseforbudet som hovedregel gjøres varig. Hvis det ble gjort tidsbegrenset skulle det som hovedregel settes til minst to år. For utviste utlendinger med barn skulle det i utgangspunktet ikke utvises med varig innreiseforbud. Mens utgangspunktet for vurderingen etter tidligere lov med noen unntak var varig innreiseforbud, ble alternativene for innreiseforbudets varighet etter ny lov gjort likeverdige, se ulf § 14-2.

I forarbeidene til ny lov NOU 2004:20 s. 317 ble det samtidig med denne oppmykede tilnærmingen til fastsettelsen av innreiseforbudets varighet foreslått en innskjerping:

«Utvalget foreslår å videreføre gjeldende regler om at innreiseforbudet gjøres varig eller tidsbegrenset, jf. beskrivelsen i kapittel 12.3.1.6. Ved en lovendring i 1999 ble adgangen til å gi tidsbegrenset innreiseforbud endret fra minimum

to år til ”som hovedregel” to år, jf. utlendingsloven § 29 fjerde ledd.40 Det betyr at man kan ilegge et innreiseforbud av kortere varighet. Utvalget mener at innreiseforbud for en kortere periode enn to år medfører en utvanning av skillet mellom bortvisning og utvisning. Utvalget foreslår derfor å gjeninnføre den tidligere ordning, slik at et innreiseforbud ikke kan gis med kortere varighet enn to år, jf. lovutkastet § 82. Utvisning er, og skal være, en alvorlig reaksjon. Hvis myndighetene mener det ikke bør reageres med utvisning på minimum to år, bør utvisning unnlates.»

I Ot.prp s. 21 følges dette opp:

«Mens det etter gjeldende utlendingslov er en hovedregel at innreiseforbudet ikke skal settes til kortere tidsrom enn to år, skal innreiseforbudet etter det nye lovforslaget aldri kunne settes til kortere tidsrom enn to år. Utvisning er en alvorlig reaksjon, og hvis myndighetene mener at det ikke er grunn til å reagere med utvisning for minimum to år, bør utvisning unnlates og det bør eventuelt velges en annen reaksjon.»

I utlendingsloven § 71 annet ledd står det nå:

Utvisningen er til hinder for senere innreise i riket. Innreiseforbudet kan gjøres varig eller tidsbegrenset, men ikke for kortere tidsrom enn ett år

Bakgrunnen for at det nå står ett år har sammenheng med innføringen av returdirektivet og utgangspunktet om at det skal reageres med utvisning ved oversittet utreisefrist. Loven ble på dette punkt endret 24.des. 2010. Det følger av ulf § 14-2 annet ledd at tidsbegrenset innreiseforbud på ett år kan gis dersom utvisningen er hjemlet i ul § 66 første ledd bokstav a, d og utlendingsloven § 66 annet ledd. I praksis vil dette gjelde ved kortvarig oversittelse av en utreisefrist fra én til 30 dager eller der det ikke er satt utreisefrist. Justisdepartementet har i G-07/2016 gitt nærmere presiseringer om begrensningen i adgangen til å anvende alternativet om ett års innreiseforbud der barn er berørt.

«Tidligere annet ledd i forskriftens § 14-2 er flyttet til tredje ledd som følge av at det er innført et nytt annet ledd, jf. pkt. 2 ovenfor. Bestemmelsen fastsetter at en utlending på nærmere vilkår som hovedregel ikke skal ilegges varig innreiseforbud dersom vedkommende har barn i riket. Det nye tredje leddet viderefører i all hovedsak tidligere annet ledd, men det gjort en endring for å harmonisere bestemmelsen med regelverket for øvrig, som følge av at loven nå gir adgang til å ilegge innreiseforbud på ett år. Bestemmelsen fastsatte tidligere en minstegrense på to års innreiseforbud (”to eller fem år”), mens den nå fastsetter at innreiseforbudet ”ikke gjøres varig”, for å kunne omfatte direktivets utvisningsgrunnlag. På samme måte som ellers, vil det bare være aktuelt å ilegge ett års innreiseforbud i tilfeller som er omfattet av forskriftens § 14-2 nytt annet ledd og hvor utvisning ikke vil være uforholdsmessig. Endringen i ordlyden er ikke ment å endre gjeldende praksis for øvrig i saker om utvisning av utlending med barn i riket.»

Utgangspunktet i ulf § 14-2 første ledd er at innreiseforbudet settes til 2 år, 5 år, 10 år eller varig.

10 års innreiseforbud kom inn i loven som en endring 20. juni 2016, og er hovedsakelig aktuelt i saker hvor et varig innreiseforbud vil være uforholdsmessig, for eksempel av hensyn til utlendingens familie i Norge, samtidig som et innreiseforbud på fem år ikke er tilstrekkelig ut fra de alvorlige straffbare forholdene som danner grunnlaget for at utlendingen utvises fra Norge. Ti års innreiseforbud kan også anvendes ved overtredelser av utlendingsloven, såfremt overtredelsen er av en slik karakter at offentlig orden gjør det nødvendig.

7.5.3. Hovedregelen ved utvisning for brudd på utlendingsloven

Innføringen av returdirektivet i 2010 medførte endringer i regelverket ved fastsettelsen av innreiseforbud som gjelder brudd på utlendingsloven. Hovedregelen er at det ved brudd på utlendingsloven etter utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a eller d, eller § 66 annet ledd ikke kan settes til mer enn fem år. Dette gjelder selv om utlendingen er straffet for bruddene på utlendingsloven etter utlendingsloven § 108. Når offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser gjør det nødvendig, kan innreiseforbudet likevel gjøres lengre enn 5 år. I disse tilfellene kan innreiseforbudet settes til 10 år eller varig.

Begrepet «offentlig orden» er ikke definert i returdirektivet eller i forarbeidene til utlendingsloven eller forskriften. Det fremgår av G-17/2010 at noen av typetilfellene som frem til returdirektivets ikrafttredelse kunne danne grunnlag for varig utvisning, ikke alene kan begrunne at utlendingen representerer en trussel mot offentlig orden:

«Direktivet fastsetter et krav om at utlendingen må representere ”en alvorlig trussel mot offentlig orden”. Dette er overført til norsk rett som ”når offentlig orden gjør det nødvendig” for å samsvare bedre med de øvrige beviskrav i utlendingsloven. Det vises til Prop. 3 L (2010-2011) kapittel 6.5 (s. 30) om dette.»

Det er ikke definert nærmere hva som ligger i begrepet ”offentlig orden” i returdirektivet. Departementet anser at en del av typetilfellene som kan danne grunnlag for varig innreiseforbud etter UDIs rundskriv RS 2010-024,^[1] ikke alene kan begrunne at utlendingen representerer en alvorlig trussel mot offentlig orden. Det å oppgi falsk identitet vil eksempelvis alene ikke være nok til å gi varig innreiseforbud ut fra hensynet til offentlig orden. Derimot kan nødvendighetskravet knyttet til offentlig orden være oppfylt dersom utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge identiteten, slik at det fortsatt er knyttet tvil til hvem vedkommende er. Utover dette må det i andre situasjoner hvor det er gitt falske identitetsopplysninger, foretas en helhetsvurdering av om det er grunnlag for varig utvisning. Ved denne vurderingen kan følgende forhold være av betydning:

- hvilke feil som heftet ved de tidligere opplysningene (fødselsdato, nasjonalitet, navn mv.)
- om utlendingen har operert med én eller flere uriktige identiteter
- hvilken betydning det har for saken at det er gitt feil opplysninger
- i hvilken grad utlendingen har samarbeidet om å avklare rett identitet.”

I alle saker må det altså foretas en helhetsvurdering av om nødvendighetskriteriet er oppfylt for å ilegge 10 år eller varig innreiseforbud.

I UDIs rundskriv UDI 2010 - 024 er det angitt en rekke momenter som vil være relevant ved en slik vurdering f.eks hvorvidt de uriktige opplysningene faktisk har ført til at det er gitt tillatelse på uriktige premisser, hvorvidt utlendingen fastholder og/eller gjentar de uriktige opplysningene, for eksempel gjennom flere søknader, hvorvidt utlendingen har oppgitt flere uriktige identiteter

For uriktige opplysninger og langvarig ulovlig opphold er det angitt en del typetilfeller hvor 10 år eller varig innreiseforbud vil kunne være aktuelt.

7.5.4. Tidspunkt for beregning av innreiseforbudets varighet

Innreiseforbudet gjelder fra det tidspunkt vedkommende forlater Norge.

7.6. Kort om returdirektivet

7.6.1. Innledning

I 1999 inngikk Norge avtale med EU om tilknytning til gjennomføring, anvendelsen og vurdereutviklingen av Schengenregelverket. Den 16. desember 2008 ble Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/11/EF om felles standarder og prosedyrer i medlemsstatene for retur av tredjelandsborgere med ulovlig opphold vedtatt. Returdirektivet ble implementert i norsk rett og trådte i kraft 24. desember 2010 og medførte endringer i utlendingsloven og utlendingsforskriften. Frem til returdirektivet ble vedtatt, var terminologi og regelverk knyttet til retur, tvangsmessig retur, bruk av makt, fengsling og utvisning veldig forskjellig innenfor medlemslandene i EU. Med økte migrasjonsstrømmer til Europa der mange ville få avslag og deretter måtte returnere til sine hjemland, og det innenfor Schengen-territoriet ikke er noen indre grenser og kontroll, var det behov for å etablere et felles sett med regler i forbindelse med retur.

Hovedformålet med returdirektivet var og er å harmonisere returpraksis av tredjelandsborgere som oppholder seg ulovlig innenfor EU og Schengen, og bidra til å løse utfordringene Europa står overfor i forbindelse med ulovlig migrasjon og ulovlig opphold. Samtidig var det et mål å stimulere til økt bruk av frivillig retur og sikre rettssikkerhet og verdighet for utlendinger i forbindelse med prosessen knyttet til retur. Det var også uttalt at en viktig hensikt med prosedyrene var å tydeliggjøre plikten for den enkelte til å returnere, samt forplikte medlemslandene til mer aktiv returpolitikk.

7.6.2. Hovedpunkter ved innholdet i Returdirektivet i norsk rett

Utgangspunktet er at direktivet gjelder for tredjelandsborgere som oppholder seg ulovlig på en medlemsstats territorium. Det var opp til det enkelte medlemsland om direktivet skulle få anvendelse overfor utlendinger som ble pågrepet eller stanset på yttergrensen uten å ha gyldig

tillatelse for innreise og utlendinger som skal returnere som følge av ilagt straff. Norge benyttet muligheten til å avgrense anvendelsen av direktivet i disse tilfellene.

Returdirektivet gjelder kun utlendinger som ikke er EU-borgere eller som har rett til fri bevegelse i henhold til EØS-regelverket. Direktivet får anvendelse ved retur til tredjeland, og omfatter ikke en utlendings forflytning innenfor Schengenområdet. Transitt innenfor Schengenområdet faller også utenfor returdirektivets anvendelsesområde.

Ved innføringen av direktivet var mange av bestemmelsene i direktivet gjeldene norsk rett. Sentralt i returdirektivet er at det ved avslag på opphold, og bort- og utvisningssaker skal fattes returbeslutninger, eller i norsk rett et returvedtak, som slår fast ulovlig opphold og plikt til å forlate Norge. Dette var også praksis i Norge før innføringen av returdirektivet. Etter norsk rett var det anledning til å iverksette vedtak som innebar retur straks. Returdirektivet innebar her en endring. Et returvedtak skal som hovedregel inneholde en periode for frivillig retur som kan settes mellom syv og tretti dager.

Returdirektivet regulerer utvisning for tilfeller av ulovlig opphold og medførte en strengere praksis. Nytt med returdirektivet var at personer som ikke gis periode for frivillig retur eller som ikke reiser innen perioden skal utvises, se utlendingsloven § 66 annet ledd. Samtidig ga returdirektivet føringer som resulterte i en oppmyking av praksis ved at utlendingsloven § 71 andre ledd ble endret. Det ble innført en maksgrense for utvisning i saker som gjelder brudd på utlendingsloven på 5 år med mindre det foreligger en alvorlig trussel mot offentlig orden, offentlig sikkerhet eller nasjonal sikkerhet. Nedre terskel for innreiseforbudets lengde ble også senket til 1 år for enkelte tilfeller omfattet av returdirektivet.

Ved tolkningen av direktivet slår direktivet fast at direktivet har forrang i forhold til gunstigere bestemmelser som fremgår av visse bilaterale og multilaterale avtaler, at direktivet må vike for bestemmelser i fellesskapsretten som er gunstigere for en tredjelandsborger og stadfester retten medlemslandene har til å ha gunstigere bestemmelser for tredjelandsborgere i nasjonal lovgivning, så lenge det er i tråd med direktivet.

7.7. Forvaltningspraksis i Danmark og Finland

7.7.1. Overordnede trekk ved dansk og finsk praksis i utvisningssaker der barn blir berørt.

Det bemerkes at utvalget har henvendt seg til svenske myndigheter for å få en beskrivelse av svensk regelverk og praksis i de aktuelle sakene. Vi har imidlertid dessverre ikke mottatt svar innen vår frist for levering av rapporten.

Danmark

Utvisningssakene som behandles av Udlændingestyrelsen/forvaltningen gjelder saker der utlendingen har hatt et ulovlig opphold på seks måneder eller mindre, og der straffbare forhold har ført til bøteleggelse. De øvrige sakene behandles i rettsapparatet. I sakene som går for domstolen, skriver Udlændingestyrelsen uttalelser som brukes av domstolen i deres

behandling av saken. Dette kan eksempelvis dreie seg om barnas situasjon, om barnet/barna bor sammen med eller har samvær med den som vurderes utvist, hvilken holdning foreldrene har til det å bosette seg sammen i et tredjeland, mv. I uttalelsene fra Utlendingestyrelsen er det fokus på å informere domstolen om Danmarks internasjonale forpliktelser. Generelt skal det mye til for at en ikke utviser der det foreligger et utvisningsgrunnlag. Etter ny regelendring innebærer at dette først kan skje i saker der det «med sikkerhet» vil være i strid med Danmarks internasjonale forpliktelser å utvise. Flere utvisningssaker nå er til prøving i Strasbourg.

Ved vurderingen av om en person skal utvises for ilagt straff, skal det mer til for å utvise jo lengre tid vedkommende har hatt lovlig opphold i Danmark.¹⁰⁷

Når det gjelder brudd på utlendingsloven, kan en person utvises for ulovlig arbeid og opphold. Det utvises ikke for uriktige opplysninger om identitet i forbindelse med søknad om beskyttelse. Dette straffes en ikke for. (Eksempelvis innreise med uriktig eller falskt pass). En kan bøtelegges (men ikke utvises) for fremleggelse av uriktige dokumenter i andre saker enn asylsaker (eksempelvis søknader om familieinnvandring).

Dersom en person har fått dansk statsborgerskap på uriktig grunnlag, kan dette tilbakekalles, men det må da samtidig vurderes om det skal innvilges en annen type tillatelse. Vurderinger om tilbakekall av dansk statsborgerskap foretas av departementet. I slike tilfeller blir en ikke utvist.

Barn blir ikke hørt direkte (muntlig) i saker der de berøres av et utvisningsvedtak. Opplysninger om barna gis hovedsakelig gjennom deres foreldre. Sakkyndige brukes ikke, men en interesseorganisasjon som jobber for barns rettigheter har i enkeltsaker avgitt uttalelser. Noen ganger ser en uttalelser fra kommunene hvor utlendingene er bosatt. En utvisningssak starter alltid hos politiet. Politiet opplyser saken og innhenter informasjon for forvaltningen. En har ikke rett til advokat knyttet til utlendingssaken, men til straffesaken.

Dansk regelverk inneholder ikke særlige bestemmelser for utlendinger med barns som berøres av et vedtak om utvisning slik en har i norsk utlendingslov § 14-1. Det forhold at en utlending har mindreårige barn i Danmark, vil imidlertid være et tungtveiende hensyn i utvisningssaken.

Det vanlige er å utvise med et innreiseforbud på 2 år for brudd på utlendingslovgivningen, men en kan etter en konkret vurdering sette dette ned til 1 år, og det ble vist til et tilfelle der en hadde gått helt ned til 3 måneder.

Vurderingstema i saker der barn blir berørt er blant annet;

¹⁰⁷ Den såkalte «trappestigemodellen», se dansk utlendingslov §§22-24 (og § 25).

- Om familielivet kan utøves i den utvistes hjemland. Dette beror på en konkret vurdering. Ved relasjonsbrudd og der det er manglende samarbeid mellom partene, vil konsekvensen være at utvisning innebærer fravær av samvær mellom den utviste forelderen og barnet i to år. En ser også på det praktiske – hvor langt unna ligger den utvistes hjemland? Hvor realistisk/mulig er det å flytte dit for den andre forelderen/barna? Hva er den samlede situasjonen for familien? Har for eksempel den gjenværende forelderen et særkullsbarn med en annen partner?
- Er de berørte danske borgere/EU borgere?
- Er den som vurderes utvist primæromsorgspersonen, tillegges dette vekt. Men det stilles strenge krav for å bli ansett som en primæromsorgsperson. Det skal mye til for å slå fast at dette er tilfellet der begge foreldre bor sammen og har felles foreldreansvar.
- EMK art. 8. Har den ene berørte part (ektefelle/samboer eller barn) fått beskyttelse?
- Har familien (de voksne) hatt en berettiget forventning om å kunne utøve familielivet i Danmark?

Dansk regelverk inneholder ikke bestemmelser om tilleggstid før permanent oppholdstillatelse som alternativ til utvisning slik norsk regelverk nylig har innført. Dersom det vurderes at en utlending ikke kan utvises, og vedkommende har en midlertidig oppholdstillatelse, kan en karenstid før permanent oppholdstillatelse være aktuell dersom det senere søkes om dette, men ikke som et alternativ til utvisning. Dersom en person er dømt for kriminell virksomhet, men likevel ikke blir utvist, kan dette medføre at vedkommende ikke innvilges senere søknad om permanent oppholdstillatelse. Det er heller ikke en mulighet å ilegge straff som alternativ til utvisning etter dansk regelverk.

Finland

Systemet i Finland er bygget opp med en delt kompetanse mellom Migrasjonsverket, politiet og grensekontrollmyndighetene.

Migrasjonsverket har kompetanse til å fatte vedtak dersom en EU-medborger skal ilegges et innreiseforbud, eller i saker der en person fra ett tredjeland har oppholdt seg i Finland over tre måneder eller i tilfeller der en ilegges et innreiseforbud på over to år. Migrasjonsverket kan fatte vedtak om utvisning etter at politiet eller grensekontrollmyndighetene har opprettet sak om dette, eller av eget initiativ.

I året 2020 fattet Migrasjonsverket 2379 vedtak knyttet til spørsmål om utvisning. 119 personer ble utvist på grunn av kriminelle handlinger og 1680 på grund av ulovlig opphold. 547 ble ikke utvist, og 33 saker ble henlagt. I samme år hadde Migrasjonsverket fattet vedtak i 4705 søknader om oppholdstillatelser hvorav den absolutt største andelen (2700 saker), gjaldt søknader om beskyttelse. I tillegg til ilagt straff, kan blant andre forhold ulovlig opphold danne grunnlag for utvisning. I likhet med norsk lov, kan en person ikke utvises til et område hvor vedkommende kan risikere slike reaksjoner som nevnt i EMK art. 3 (eller risikerer å bli videresendt til slikt område.)

Videre er prinsippet om at barnets beste skal tillegges grunnleggende vekt i saker som angår det lovfestet. Før vedtak fattes i en sak som berører et barn under 12 år, skal barnet høres

dersom det ikke er åpenbart unødvendig. En må også ellers se hen til barnets alder og utvikling, og også yngre barn kan høres dersom barnet er så utviklet at dets meninger bør tillegges vekt. Saker som omhandler barn skal videre prioriteres i saksbehandlingen.

Med hensyn til momenter som normalt inngår i forholdsmessighetsvurderingen, ses det blant annet hen til om den gjenværende forelderen kan ta vare på barnet og hvilken relasjon det er mellom dem. Oppholdstillatelse innvilges en omsorgsperson av hensyn til barnets beste dersom barnet allerede har oppholdstillatelse i Finland eller barnet er finsk borger.

Videre tillegges det blant annet vekt om det er mulig å utøve familielivet et annet sted enn i Finland. I vurderingen tas det blant annet hensyn til at barnet må kunne føle seg trygg (statlig trygghet, lokal trygghet, trygghet hjemme med familien osv.). Det tas også hensyn til om barnet har slekt og/eller andre personer som det står nær og som kan gi det tilstrekkelig støtte og omsorg. Det er også viktig å utrede om barnet har en mulighet til å gå på skole, utvikle seg, lære å kjenne sin kultur, snakke sitt morsmål eller annet språk barnet kan, om det kan utøve sin religion, og om det vil få tilstrekkelig helsetilbud osv.

Når det gjelder innreiseforbudets lengde, kan dette ikke settes lengre enn til fem år.

Med hensyn til saksutredning, etterspørres opplysninger fra foreldrene om barnet ved behov. Opplysninger kan også komme fra andre (sosialmyndighetene). Ved behov kan det også innhentes opplysninger om barnet fra sakkyndige. Der det anses nødvendig er det også mulig å høre barnet muntlig. En forutsetning er at barnet anses tilstrekkelig moden til å svare på de aktuelle spørsmålene.

Dersom det fattes vedtak om ikke å utvise en person som befinner seg i Finland, kan denne søke om oppholdstillatelse i Finland.

7.8. Gjennomgang av forvaltningspraksis

7.8.1. Innledning

Ved gjennomgangen av praksis har utvalget ønsket å gjennomgå saker der et vedtak om utvisning potensielt ville kunne innebære et relasjonsbrudd mellom den som vurderes utvist og barn som er norske borgere eller har oppholdstillatelse i Norge sammen med den andre forelderen.

Utvisningssaker der hele familien har fått avslag på sine søknader om oppholdstillatelse og familien derfor skal returnere samlet, er ikke inntatt i gjennomgangen. I slike saker vil ikke vedtak om utvisning av de voksne innebære et relasjonsbrudd. Fordi utvalgets mandat har vært å utrede terskelen for utvisning i saker som berører barn, har heller ikke saker som har ført til at det ikke fattes vedtak om utvisning fordi klageren er vernet mot retur etter utlendingsloven § 73 inntatt. Saker der vedtak om utvisning er omgjort etter at et barn har blitt innvilget tillatelse etter § 38 jf. forskriften § 8-5 (såkalt lengeværende barn) er ikke

inntatt, da slike vedtak normalt ikke inneholder en inngående vurdering av barnets beste, men en henvisning til vedtaket der barnet har blitt innvilget en materiell tillatelse.

Sakene er trukket etter en tilfeldighetsprinsipp og omfatter klagerne fra 11 ulike land. 13 av personene er menn og 17 er kvinner. 58 barn er berørt av vedtakene hvorav to er stebarn. I fire av sakene hadde klagerne også barn i hjemlandet/annet land der vedkommende hadde oppholdstillatelse. Barna i utvalget er unge, med klar hovedvekt på barn fra 6 år og nedover. 41 av barna er norske statsborgere, mens de øvrige har ulike typer oppholdstillatelser. Syv av barna hadde fått innvilget flyktningsstatus (alle grunnet fare for kjønnslemlestelse), mens fire av barna hadde fått innvilget avledet flyktningsstatus gjennom en forelder.

I to av de 26 sakene som ble behandlet i UNE, var avgjørelsesformen nemndmøte¹⁰⁸, mens de øvrige sakene ble avgjort av en nemndleder etter forberedelse av UNEs sekretariat.

7.8.2. Sakenes bakgrunn/sakshistorikk

I de fleste av sakene hadde utlendingen aldri hatt oppholdstillatelse i Norge, men fått avslag på søknad om beskyttelse og eventuelt også på søknad om oppholdstillatelse i familieinnvandring. Søknadene om oppholdstillatelse gjennom familie i Norge har blitt avslått enten under henvisning til at det har blitt fattet et vedtak om utvisning, jf. § 59, eller at det ikke er adgang til å søke om slik tillatelse uten lovlig opphold, jf. § 56. I tre av sakene hadde klagerne tidligere hatt oppholdstillatelser som senere hadde blitt tilbakekalt da disse var gitt på uriktig grunnlag.¹⁰⁹ Et par av sakene gjelder også personer som ikke forlot Norge etter utløpet av visumfri periode som følge av at de hadde tillatelse i et europeisk land. I en sak hadde en av personene først oppholdstillatelse i familieinnvandring med sin far, men som ikke ble fornyet slik at han fikk et påfølgende ulovlig opphold på tre og et halvt år.

Gjennomgående for sakene der det ble søkt om beskyttelse, var at det ikke ble fremlagt dokumentasjon på identitet. I de fleste sakene ble det konkludert med at opplysningene om identitet ikke var sannsynliggjort. I noen av sakene ble det vist til at forvaltningens undersøkelser viste at klageren hadde søkt om beskyttelse i annet europeisk land under annen identitet uten å opplyse om dette, eller det ble lagt frem dokumentasjon som viste seg å være mest sannsynlig forfalsket. I en sak hadde klageren lagt frem dokumentasjon som viste ulik fødselsdato. Det var også tilfeller av at opplysningene om bostedstilhørighet ikke ble lagt til grunn. I noen av sakene er det ikke tatt stilling til opplysningene om identitet, da dette uansett ikke hadde avgjørende betydning for sakens utfall.

I de fleste sakene er familielivet etablert etter at klageren fikk avslag på søknad om beskyttelse enten i UDI eller i UNE, eller etter forhåndsvarsel eller vedtak om utvisning.

¹⁰⁸ Sak 14 og 25.

¹⁰⁹ Se sak 8,17 og 30.

7.8.3. *Utfallet av sakene*

Gjennomgang av sakene viste at av de 26 sakene der UDI hadde fattet vedtak om utvisning, opprettholdt UNE vedtaket i 20 av sakene. I fem av sakene¹¹⁰ ble vedtak om utvisning omgjort, hvorav en sak gjaldt en anmodning om omgjøring av UNEs eget vedtak¹¹¹. I en sak ble UDIs vedtak delvis omgjort, ved at innreiseforbudet ble satt ned fra fem til to år¹¹². To av sakene ble behandlet i nemndmøte, mens de øvrige ble behandlet av en nemndleder etter forberedelse av UNEs sekretariat. I sakene som har endt med utvisning, ble innreiseforbudet satt til to år med et unntak der innreiseforbudet ble satt til fem år¹¹³, og alle ble innmeldt i Schengen informasjonssystem (SIS).

7.8.4. *Rettsvirkningene av et vedtak om utvisning.*

Fellesnevneren for sakene i utvalget er at klagerne aldri har hatt oppholdstillatelse i Norge, eller at de har fått tidligere gitte oppholdstillatelser tilbakekalt. Uavhengig av vedtaket om utvisning, har de derfor alle vært pålagt en plikt til å forlate Norge. Rettsvirkningen av et vedtak om utvisning, er at det gis et innreiseforbud av en viss varighet som innebærer at vedkommende, dersom dette forbudet ikke oppheves, ikke kan returnere til Norge eller Schengenområdet før etter at fristen har utløpt. Dette er forklart i mange av vedtakene, og fremkommer eksempelvis slik i en av sakene:

«UNE viser til at klageren vil være utreisepliktig fra Norge uavhengig av vedtaket om utvisning. Hun har fått endelig avslag på søknad om beskyttelse. Søknaden om familieinnvandring er avslått fordi hun ikke har rett til å få fremme slik søknad fra Norge, men må reise hjem og fremme søknad fra hjemlandet. Familien vil derfor uansett bli midlertidig splittet. Konsekvensen av et vedtak om utvisning vil i dette tilfellet derfor først og fremst være at mor ikke kan få adgang til Norge og Schengen-området i tiden innreiseforbudet løper, i dette tilfellet to år.»¹¹⁴

I et annet vedtak er det forklart slik; «UNE viser også til at klageren ikke har oppholdstillatelse i Norge. Han måtte derfor forlatt Norge, også dersom han ikke ble utvist».¹¹⁵

En utlending som får avslag på sin søknad om oppholdstillatelse i Norge, plikter å forlate landet innen den angitte utreisefristen. En har altså ikke, med mindre det blir samtykket til utsatt iverksetting av vedtaket, lovlig opphold i riket inntil en blir tvangsreturnert. I en av sakene blir dette forklart slik:

«Advokaten har anført at avslaget på beskyttelse aldri ble iverksatt, hverken frivillig eller tvungent, og at det nå er for seint å skulle straffe klageren gjennom utvisning.

¹¹⁰ Se sak 14,19, 20 og 25.

¹¹¹ Se sak 4.

¹¹² Se sak 17.

¹¹³ Se sak 8.

¹¹⁴ Se sak 23.

¹¹⁵ Se sak 12.

Det gjelder ikke noen foreldelsesfrist for klagerens plikt til å forlate Norge etter endelig asylavslag. Klageren har aldri hatt oppholdstillatelse i Norge. (...) Videre har UDI avslått søknad om familieinnvandring på formelt grunnlag fordi klageren ikke fyller vilkårene for å søke fra Norge. UNE viser til at klageren har utreiseplikt fra Norge uavhengig av vedtak om utvisning. Utvisningsvedtaket innebærer først og fremst at klageren ilegges et forbud mot innreise til Norge og Schengen-området i to år etter utreisen. UNE kan heller ikke se at norske myndigheter har utvist passivitet med hensyn til å føre klageren ut av Norge. Et negativt vedtak etter utlendingsloven blir iverksatt ved at klageren gis et pålegg om å forlate Norge og Schengen-området, se utlendingsloven § 90. Pålegget gir utlendingen en plikt til å forlate landet, men utløser ingen korresponderende plikt for myndighetene til å iverksette vedtaket med tvang. Oversatt frist for utreise gir imidlertid politiet adgang til å benytte et tvangsmiddel, dvs. å føre utlendingen ut av Norge, se utlendingsloven § 90 sjuende ledd. Etter omstendighetene kan det også utløse adgang til bruk av andre tvangsmidler, i ytterste konsekvens pågripelse og internering, se § 106.

At politiet ikke har iverksatt vedtaket med tvang skyldes i dette tilfellet i all hovedsak forhold utenfor norske myndighetenes kontroll. UNE viser til at klageren ikke har sannsynliggjort sin identitet, herunder sitt (...) statsborgerskap, og det har dermed ikke vært mulig for myndighetene å vurdere hvilket land klageren skal returnere til. Se nærmere om dette i UNEs asylavslag (...) og etterfølgende beslutninger. Klageren har heller ikke benyttet muligheten for en assistert retur gjennom IOM, slik hun har fått informasjon om i en rekke vedtak og beslutninger.»¹¹⁶

Et annet forhold kan være at Norge ikke har inngått returavtale med en klagers hjemland, eller at det til tross for slik avtale er krevende å få til tvangsretur der en person ikke frivillig retter seg etter vedtaket. Slike forhold innebærer imidlertid ikke at klageren ikke selv plikter å returnere frivillig til det landet hun eller han er borger av. I en av sakene ble dette aspektet belyst slik;

«Klageren er fra (X), et land der det i en årrekke har vært knyttet store utfordringer til å benytte muligheten for tvangsretur. Etter tilbaketakelsesavtalen mellom Norge og (X) fra 2013 til i dag, har det vært avgjørende at utlendingen har lagt frem eller samarbeidet om å fremskaffe identitetsdokumenter, i første rekke pass, og at oppgitt identitet blir verifisert av etiopiske myndigheter, for å få til retur av asylsøkere med tvang. Politiets mulighet til å iverksette vedtaket med tvang har vært svært begrenset på grunn av forhold utenfor myndighetenes kontroll. Dette er forhold som etter det UNE erfarer er kjent i den etiopiske diasporaen i Norge. Klageren har aldri lagt frem pass som kan bidra til å klarlegge hennes identitet og legge til rette for retur.»¹¹⁷

I en sak¹¹⁸ ble det anført at Norge har en positiv forpliktelse til å gi klageren tillatelse dersom et vedtak dersom et vedtak om utvisning omgjøres. Nemnda sa seg ikke enig i dette, og viste blant annet til at søknadsprosedyrene og de materielle reglene for familieinnvandring i Norge er i tråd med reglene om retten til familieliv som følger av EMK art. 8. Dersom et

¹¹⁶ Se sak 6.

¹¹⁷ Se sak 10.

¹¹⁸ Sak 25.

utvisningsvedtak omgjøres slik at det ikke lengre foreligger et innreiseforbud, stilles utlendingen etter regelverket formelt sett likt med andre med hensyn til adgangen til å søke og eventuelt få familieinnvandring i Norge, både prosessuelt og materielt. Nemnda viste videre til at det å få omgjort et utvisningsvedtak, ikke setter utlendingen i noen særstilling sammenlignet med andre som ønsker tillatelse i Norge. Spørsmålet om en utlending skal få søke fra riket må vurderes ut fra de gjeldende regler og praksis. Nemnda viste blant annet også til at det ville være i strid med alminnelig rettsfølelse om det å bevisst etablere et familieliv i strid med norske regler, skulle føre til en forpliktelse til å gi tillatelse av hensyn til familielivet, mens f.eks ektefeller med felles barn med herboende og som søker fra utlandet og forholder seg til reglene, ikke ville fått slik tillatelse av hensyn til familielivet.

7.8.5. Barns rett til å bli hørt

I vedtakene er det inntatt at barn har en rett til å bli hørt i saker som berører dem. Dette er ofte formulert på følgende måte:

«Et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, har rett til fritt å gi uttrykk for sine meninger i alle forhold som berører det. En slik høring kan gjennomføres direkte, via en representant eller gjennom et egnet organ. Regler om dette står i utlendingsforskriften § 17-3. Det er opp til UNE å avgjøre hvordan høringen skal foregå. Barnets eget syn skal vektlegges i samsvar med dets alder og modenhet.»

Gjennomgangen av sakene viser at *ingen av de berørte barna i er hørt direkte/muntlig*. Dette er i hovedsakelig begrunnet med barnas lave alder. Den store andelen av de berørte barna var små, fra nyfødt til 6 år da UNE fattet sine vedtak. Det fremkommer av sakene at forvaltningen anser at barnas interesser anses ivaretatt gjennom uttalelser fra foreldre og advokat i forbindelse med tilsvar til forhåndsvarsel og i klage og for øvrig gjennom saksgangen. Videre vises det i flere av sakene til at barnas situasjon også er belyst gjennom uttalelser fra barnehage, skole, helsevesenet og barnevernet. I en sak som omhandler barn på 9 og 11 år på vedtakstidspunktet, hadde begge barna skrevet brev hvor de ga uttrykk for at de ikke ønsket at mor skulle utvises. I en annen sak der en berørt jente var 8 år, hadde hun på samme måte gitt uttrykk for at hun var veldig lei seg for at faren ikke var i Norge, og at hun følte norske myndigheter ikke brydde seg om at hun ikke ville få se ham på to år. Likevel var ikke barna hørt utover dette.

Det legges i samtlige saker til grunn som premiss for den videre vurderingen at det er barnas beste at den aktuelle forelderen ikke blir utvist.

7.8.6. Saksutredning

Gjennomgangen av sakene i utvalget har vist at i 11 av de 26 sakene som ble behandlet av UNE, ble det bedt om oppdatert informasjon om de berørte barna eller om forhold som kunne belyse deres omsorgssituasjon ved en utvisning.¹¹⁹ I tillegg kommer saksutredning gjort av UDI i første instans.

¹¹⁹ Sak, 1, 4, 5, 6, 13, 14, 17, 20, 22, 23 og 24.

UDI og UNE skal sikre at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes, se forvaltningsloven § 33 og § 17 første ledd. Utredningsplikten er relativ, og flere forhold har betydning for hvor langt utredningsplikten strekker seg. Formålet med saksutredningen er å fremskaffe alt materiale av faktisk og rettslig karakter som er nødvendig for å avgjøre saken. Når saken er til klagebehandling i UNE er det etter saksutredning og avgjørelse av saken i UDI og etter at UDI har vurdert klagen. Det følger også av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper at det kan forventes at en part i forvaltningssak til en viss grad selv bidrar med opplysninger i egen sak, spesielt hvis det er opplysninger om forhold som parten selv er nærmest til å ha kunnskap om, og i hvert fall når parten har (fått) informasjon om og kjennskap til hva saken gjelder.

I utvisningssakene der klageren vurderes utvist som følge av brudd på utlendingsloven, har klagerne rett til advokatbistand. Det sendes også ut forhåndsvarsel der det vises til at det er viktig at berørte barn gis anledning til å uttale seg, da en konsekvens av et utvisningsvedtak kan være at barnet blir skilt fra forelderene/den foresatte.

7.8.7. *Betydningen av utvisningsgrunnlaget i sakene*

En sentral del av forholdsmessighetsvurderingen er sakens alvor, jf. utlendingsloven § 70. Også i saker der barn er berørt vil sakens alvor i noen saker vektlegges så tungt at utvisning anses forholdsmessig. En utlending uten oppholdstillatelse kan etter lovens § 66 første ledd bokstav a utvises når utlendingen grovt eller gjentatte ganger har overtrådt en eller flere bestemmelser i loven her, forsettlig eller grovt uaktsomt har gitt vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger i en sak etter loven, eller unndrar seg gjennomføringen av et vedtak som innebærer at vedkommende skal forlate riket. Dette er grundig beskrevet i punkt 3.3.3.

Gjennomgangen av sakene viser et spekter av ulike brudd på utlendingsloven, både med hensyn til arten av bruddet og alvorligheten av dette. Utvalget illustrerer saker som gjelder;

- unndragelse av utreiseplikt etter avslag på søknad (ulovlig opphold)
- uriktige forklaringer (om identitet eller øvrige forhold som realiteten av ekteskap mm)
- uriktige eller åpenbart villedende opplysninger om hovedformål med ekteskapsinngåelse
- fremleggelse av falskt dokument
- ulovlig arbeid
- brudd på innreiseforbudet
- manglende samarbeid med politiet i forbindelse med utlendingskontroll

I alle sakene er det inntatt vurderinger, for det første av hvorvidt det foreligger et utvisningsgrunnlag, og videre, og så en konkret vurdering av klagerens ulovlige handlinger. I det følgende er det inntatt eksempler på hvordan bruddene på utlendingsloven er vurdert;

7.8.7.1. Klageren har ikke rettet seg etter utreiseplikten etter avslag på søknad om oppholdstillatelse (ulovlig opphold)

I en sak¹²⁰ ble rammene for utvisning ved ulovlig opphold i riket beskrevet slik:

«Lovgiver har regulert i hvilke tilfeller det ikke skal reageres med utvisning hvor en utlending har oppholdt seg ulovlig i Norge og har barn i riket, det vises til utlendingsforskriften § 14-1. Lovgiver har ikke gjort et generelt unntak for utvisning for utlendinger med barn i Norge. I bestemmelsen er det fastlagt at når utlendingen har barn i riket som utlendingen bor fast sammen med, skal utlendingen normalt ikke utvises ved ulovlig opphold under 2 år.»

I en av sakenesom inngår i utvalget der klageren ble utvist på bakgrunn av ulovlig opphold, ble forholdets alvor beskrevet slik;

«Klageren har unndratt seg gjennomføringen av vedtak som innebar at hun skulle forlate Norge, og har samlet oppholdt seg ulovlig i Norge i fire år og ti måneder. Det er et grovt brudd på utlendingsloven. Alvoret i saken forsterkes av at klageren ikke har forholdt seg til gyldige vedtak med avslag på oppholdstillatelse og fastsatt utreisefrist, men har fortsatt å oppholde seg ulovlig i Norge, etablert familie og fått barn her. Vurderingen av hvor alvorlige overtredelsene av utlendingsloven er, må gjøres i et forvaltningsrettslig perspektiv. Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 289....

De mest alvorlige overtredelsene er de som særlig utfordrer utlendingsmyndighetenes kontrollmulighet, slik som å unnlate å oppgi korrekt identitet, å gi uriktige opplysninger og å benytte falske dokumenter. Ulovlig opphold og arbeid anses ikke like alvorlig. Det vises til Rt-2011-948 avsnittene 47–48. Dette illustreres av at ulovlig opphold og arbeid i inntil to år normalt ikke skal medføre utvisning når utlendingen har barn i riket, se utlendingsforskriften § 14-1 første ledd. Det er en viss anledning til å ta hensyn til i hvilken grad utlendingen kan bebreides eller var i god tro, jf. Rt-2011-948 avsnitt 46. I dette tilfellet dreier det seg om et langvarig ulovlig opphold på nær fem år etter utløpet av utreisefristen. Etter praksis kan det i utgangspunktet reageres med utvisning i 5 år ved ulovlig opphold på mer enn 1 år. Å oversitte utreisefristen og oppholde seg ulovlig i Norge gjør det vanskelig for norske myndigheter å kontrollere hvem som oppholder seg og arbeider i Norge til enhver tid. Det undergraver en regulert og kontrollert innvandring, som er et viktig formål med utlendingsloven. UNE viser også til at det er viktig å hindre at andre bryter utlendingsloven, og en utvisning kan bidra til det. Det er videre straffbart å oppholde seg i Norge uten tillatelse og å ikke rette seg etter vedtak etter loven, se utlendingsloven § 108. Etter endelig avslag på søknad om beskyttelse er utgangspunktet at utlendingen plikter å forlate Norge frivillig. Det følger både av utlendingsloven og av EUs returdirektiv, som Norge er bundet av. Først hvis utlendingen likevel ikke forlater Norge er politiet gitt adgang til å uttransportere utlendingen med tvang. Frivillighet innebærer at utlendingen tar egne skritt for å forlate landet. Det ville kostet samfunnet enorme summer og ressurser om myndighetene skulle oppspore og/eller uttransportere med tvang enhver utlending som får avslag på beskyttelse eller oppholdstillatelse i Norge. Avklaring av identitet i forbindelse med slik uttransportering er også svært ressurskrevende for samfunnet. Klageren har fått søknaden om beskyttelse vurdert av UDI og UNE i vedtak og i to senere beslutninger.

¹²⁰ Sak 15.

Klageren fikk i 2019 også avslag på søknad om familieinnvandring, fordi hun ikke hadde rett til å fremme slik søknad fra Norge. Begrunnelsen var at hun oppholdt seg ulovlig i Norge. Hun hadde selvstendig plikt til å forlate Norge også etter vedtak i denne saken, uten at det ble fulgt opp. Dette indikerer etter UNEs vurdering helt klart en manglende vilje til å forholde seg til regelverket og myndighetenes pålegg om å forlate Norge. Manglende samarbeid fra klageren om å returnere til hjemlandet etter asylavslag bidrar til å understreke forholdets alvor. Det er fordi myndighetenes kontroll med og gjennomføring av utlendingsloven i stor grad er blitt vanskeliggjort ved klagerens manglende samarbeid. Kontroll i vid forstand betyr at personer med avslag bidrar til at vedtaket kan effektueres. Det er et stort problem at utlendinger etter endelig avslag på asyl fortsetter å oppholde seg i Norge, fremsetter flere omgjøringsanmodninger eller nye søknader om tillatelse til tross for at de plikter å forlate landet. På sikt vil dette kunne undergrave asylinstituttet. Det at utlendinger ikke forlater riket når de er pliktige til det, men oppholder seg her ulovlig, er et gjennomgående og stort problem og anses også i en del henseende som et større samfunnsproblem. I formildende retning viser UNE til at klageren var høygravid da hun fikk avslag på sin asylsøknad, og fødte sin første datter to dager etter utreisefristen. Første del av det ulovlige oppholdet anses mindre alvorlig. UNE mener samlet sett at klagerens handlinger er alvorlige overtredelser av utlendingsloven. Signaleffekten overfor andre utlendinger (allmennpreventive hensyn) og hensynet til den alminnelige rettsoppfatningen taler for utvisning i slike tilfeller. UNE mener at klagerens handling er så alvorlige at det taler for utvisning.»¹²¹

7.8.7.2. Fremleggelse av falske identitetsdokumenter

En av sakene¹²² er eksempel på en sak som gjelder fremleggelse av falskt identitetsdokument. UNE vurderte forholdets alvor slik;

«Klageren har fremlagt et falskt identitetsdokument ved søknad om beskyttelse og familieinnvandring. UNE mener klagerens ulovlige handling er meget alvorlig, og det er flere grunner til dette. Norske myndigheter har et legitimt behov for å kjenne identiteten til alle utlendinger som oppholder seg i Norge og får tillatelse her. Den klare hovedregelen er at alle som søker om tillatelse til opphold i landet, skal dokumentere sin identitet, jf. Ot. Prp. nr. 75 (2006-2007), s. 51. Uriktige opplysninger og fremleggelse av falske dokumenter er et alvorlig tillitsbrudd, som gjør det vanskelig for norske myndigheter å vurdere saken på en korrekt måte. Videre vanskeliggjør det myndighetenes kontroll med hvem som oppholder seg i Norge til enhver tid, og det undergraver en regulert og kontrollert innvandring til Norge. Høyesterett har også uttalt at det å blant annet benytte falske dokumenter er adferd som i størst grad utfordrer kontrollmulighetene, se Rt. 2011-948 premiss 48. Å gi uriktige opplysninger er også straffbart etter både utlendingsloven § 108 og straffeloven § 221 første ledd. Misbruk av identitets- og underlagsdokumenter er videre et økende problem både nasjonalt og internasjonalt, som volder store utfordringer for norske myndigheter. I verste fall kan bruken være knyttet til kriminalitet og utgjøre en sikkerhetsrisiko for samfunnet. Av hensyn til befolkningens og landets sikkerhet, og som et ledd i målrettet innsats mot kriminalitet, bruker norske myndigheter store ressurser på arbeidet med identitetsfastsettelse. UNE viser videre til at forekomsten av falske og forfalskede (X) dokumenter er stor. I rapport fra Nasjonalt id-senter "Misbruk av ID-dokumenter 2018",

¹²¹ Sak 23.

¹²² Sak 7.

uttales det at id-kort var den dokumenttypen som oftest ble avdekket i mellom 2015-2018, og at den utgjorde nesten halvparten av dokumentene som ble misbrukt. (...)UNE bemerker også at en kopi av klagerens falske id-kort også ble fremlagt i forbindelse med søknaden om beskyttelse. Han har dermed forsøkt å underbygge identiteten sin med et falskt id-kort ved to ulike søknader om oppholdstillatelser. UNE mener etter dette at klagerens ulovlige handling er en meget alvorlig overtredelse av utlendingsloven. Signaleffekten overfor andre utlendinger (allmennpreventive hensyn) og hensynet til den alminnelige rettsoppfatningen taler for utvisning i slike tilfeller. (...) UNE mener samlet sett at klagerens handling må anses som et meget alvorlig brudd på utlendingsloven. Det skal derfor svært mye til før en utvisning kan anses som uforholdsmessig, også når utlendingen har en sterk tilknytning til Norge. Dette er lagt til grunn i rettspraksis, se blant annet dommer fra Høyesterett i Rt. 2000 s. 591 og Rt. 2009 s. 534. UNE mener samlet sett at klagerens handlinger er så alvorlige at det taler for utvisning.

7.8.7.3. Uriktige opplysninger om identitet

I en sak der et av utvisningsgrunnlagene var uriktig forklaring om identitet, ble følgende inntatt i vedtaket: ¹²³

«Opplysninger om identitet vil alltid være vesentlige for om oppholdstillatelse i Norge skal innvilges. UNE viser til at opplysninger om identitet i en søknad om beskyttelse er vesentlige for korrekt vurdering av klagerens beskyttelsesbehov. Videre er det krav om sannsynliggjort identitet for å kunne innvilges midlertidig oppholdstillatelse i familieinnvandring. Rettigheter og plikter i Norge er i stor grad knyttet til at en person er den vedkommende utgir seg for å være. Dette gjelder blant annet i arbeidslivet og for offentlige støtteordninger og skatteregler. Påliteligheten til norske identitetsdokumenter generelt er dessuten avhengig av at slike dokumenter inneholder korrekte opplysninger om innehaveren. Bruk av falske identiteter kan i verste fall være knyttet til kriminalitet og utgjøre en sikkerhetsrisiko for samfunnet. Det er derfor svært viktig at norske myndigheter kjenner en persons rette identitet før han eller hun får oppholdstillatelse i Norge. Videre mener UNE at klagerens uriktige opplysninger om identitet ble gitt forsettlig eller grovt uaktsomt. UNE forutsetter at klageren ved søknad om beskyttelse ble orientert om at han pliktet å gi korrekte opplysninger, herunder om sin identitet. Klageren har ytterligere erkjent overfor politiet at identiteten han oppga i 2008 var falsk. UNE legger til grunn at de uriktige opplysningene om identitet ble gitt med det formål å få oppholdstillatelse i Norge og at klageren bevisst tilbakeholdt opplysninger ved søknad om familieinnvandring om at han hadde søkt beskyttelse under en annen identitet.»

I en sak der verifiseringsrapport fra en norsk ambassade konkluderte med at klageren hadde et annet statsborgerskap enn han selv hadde opplyst om¹²⁴, ble det vist til at det å oppgi riktig identitet og nasjonalitet er helt sentralt for at utlendingsmyndighetene skal kunne vurdere hvorvidt personen har et beskyttelsesbehov. Videre ble det blant annet også vist til at det å gi

¹²³ Sak 8,

¹²⁴ Sak 30 – liknende vurderinger er også inntatt i sak 2.

uriktige opplysninger i tillegg er straffbart etter straffeloven § 221 første ledd. Videre står det i vedtaket;

«Utlendingsmyndighetene bruker generelt store ressurser på saker hvor personer har oppgitt uriktig identitet blant annet i form av verifiseringer og undersøkelser. UDI viser til at de senere årene er avdekket en rekke saker der personer oppgir å være statsløse palestinere, mens de egentlig har jordansk statsborgerskap, i den hensikt å skaffe seg en oppholdstillatelse i Norge og senere norsk statsborgerskap. UDI viser til at du har gitt uriktige opplysningene om din identitet gjentatte ganger i søknader om midlertidig oppholdstillatelse, permanent oppholdstillatelse og i søknad om norsk statsborgerskap. Dette skjerper vesentligheten av de uriktige opplysningene du har gitt. I tillegg har du aktivt motarbeidet avklaring av egen identitet, senest i tilsvaret til forhåndsvarslet. Utlendingsmyndighetene har derfor måtte legge ned store ressurser på å avklare din rette identitet. Dette skjerper vesentligheten av de uriktige opplysningene og taler for at tilbakekallsbestemmelsen benyttes i saken din.

Du har fått ditt norske statsborgerskap på uriktig grunnlag. Hadde UDI vært kjent med at du hadde oppgitt uriktige opplysninger om din identitet, hadde du ikke blitt norsk borger.»

7.8.7.4. Uriktige eller åpenbart villedende opplysninger om hovedformål med ekteskapsinngåelse

I en sak¹²⁵ der UDI og UNE etter en konkret vurdering kom til at det var mest sannsynlig at klageren hadde inngått ekteskap med det hovedformål å skaffe seg lovlig opphold i Norge, ble forholdets alvor i utvisningssaken vurdert slik;

«Det er flere grunner til at uriktige eller åpenbart villedende opplysninger om hovedformålet med et ekteskap i forbindelse med en søknad om oppholdstillatelse er alvorlig. Norske myndigheter baserer seg i stor grad på utlendingens egne opplysninger når de skal vurdere om vilkårene for en tillatelse er oppfylt. Uriktige opplysninger gjør det vanskelig å vurdere saken på en korrekt måte. Ekteskap er i dette tilfellet brukt som et middel for å skaffe klageren en tillatelse i Norge, noe hun ellers ikke ville fylt vilkårene for. Klageren har inngått et ekteskap hun ikke ville inngått dersom det ikke var for utsiktene til å få oppholdstillatelse. Innvandringsregulerende hensyn og hensyn til respekten for regelverket taler for at det reageres med utvisning når en søker tilbakeholder informasjonen om dette. UNE vil også påpeke at det er viktig å hindre at andre bryter utlendingsloven, og en utvisning kan bidra til det. Å gi uriktige opplysninger er i tillegg straffbart etter både utlendingsloven § 108 og straffeloven § 221 første ledd. Klageren har etter UNEs oppfatning heller ikke medvirket tilstrekkelig til å opplyse sin egen sak. Hun har flere ganger endret forklaring til utlendingsmyndighetene. For eksempel sa hun først at ektefellen var kristen, men endret så forklaring til at han er buddhist i sitt andre intervju. Dette framgår blant annet av UNEs vedtak i familieinnvandringsaken. Dette har ført til at norske myndigheter har brukt tid og ressurser på saken. Disse ressursene kunne blant annet ha vært brukt til å behandle andre saker. Allmennpreventive og

¹²⁵ Se sak 17.

innvandringsregulerende hensyn taler etter UNEs vurdering for utvisning i et tilfelle som dette. UNE mener samlet sett at klagerens handlinger er så alvorlige at det taler for utvisning.»

7.8.7.5. Brudd på fastsatt innreiseforbud

I en sak der klageren hadde returnert til Norge til tross for at han var utvist, ble forholdets alvor beskrevet slik

"Du har begått svært grove overtredelser av utlendingsloven. Norske myndigheter baserer seg på at alle utlendinger som kommer til Norge følger norsk lov og søker om de nødvendige tillatelser for opphold i Norge, samt etterkommer den lovpålagte plikten til å forlate Norge ved avslag på søknad om opphold eller ved utløp av gjeldende oppholdstillatelse. Dette er i hovedsak et tillitsbasert system, fordi det ikke er mulig for myndighetene å ha effektiv kontroll med alle utlendingers innreise og opphold i Norge, jf. Ot.prp. 75, 2006-2007, Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven), s. 289.

Norske myndigheter forutsetter også at alle utlendinger som er utvist fra Norge overholder utlendingsmyndighetenes vedtak, og de ikke reiser inn til Norge så lenge innreiseforbudet gjelder. Dersom nye eller særskilte omstendigheter foreligger, kan en utvist utlending søke om opphevelse av innreiseforbudet, eller om kortvarig besøk til Norge, selv om innreiseforbudet fortsatt gjelder. Når en utlending ikke respekterer utlendingsmyndighetenes vedtak, og søker om oppholdstillatelse på en annen identitet og deretter returnerer til Norge til tross for at et innreiseforbud er til hinder for retur, undergraves myndighetenes kontroll med hvem som oppholder seg i landet. UDI ser svært alvorlig på at du returnerer til Norge etter at du ble utvist fra landet og ilagt et innreiseforbud, og at du søkte om oppholdstillatelse under en annen identitet. Du har således omgått et gyldig og endelig vedtak om utvisning ved å søke om familieinnvandring med en annen identitet enn den du var utvist på. Dine handlinger tilsier at du var klar over at innreiseforbudet var gjeldende og registrert på din første identitet i Norge, og at du prøvde å omgå utvisningsvedtaket. Vi viser til at du ikke på noe tidspunkt opplyste til norske myndigheter, i forbindelse med din søknad om familieinnvandring, at du hadde vært i Norge tidligere under en annen identitet.

Videre fremkommer:

«UNE presiserer at utvisning er til hinder for senere innreise så lenge et innreiseforbud gjelder, jf. utlendingsloven § 71 annet ledd. Videre er det straffbart å bryte et gjeldende innreiseforbud, etter både utlendingsloven § 108 og straffeloven § 342. Klageren har selv opplyst at han i forkant av UDIs vedtak av (X) reiste inn til Norge flere ganger, herunder (X), for å besøke sin samboer. Når klageren gjentatte ganger reiser inn i Norge i strid med et gjeldende innreiseforbud, regnes dette som en grov overtredelse av utlendingsloven, som i seg selv danner grunnlag for utvisning. UDI har ikke omfattet klagerens brudd på innreiseforbudet under det objektive grunnlaget for utvisning, men kun vist til det under vurderingen av klagerens ulovlige handlinger. UNE anser det også som skjerpene.»

7.8.7.6. Ulovlig arbeid

Alle utlendinger som ønsker å arbeide i Norge, må ha oppholdstillatelse som gir rett til å ta arbeid eller drive næringsvirksomhet, se utlendingsloven § 55 første ledd.

I en sak¹²⁶ fant UDI og senere UNE etter en konkret vurdering at det var mest sannsynlig at klageren hadde arbeidet ulovlig i Norge. I vurderingen av forholdets alvor viste UNE blant annet til at klagerens ulovlige arbeid i Norge og manglende samarbeid om å avklare lovligheten av oppholdet er alvorlig av flere grunner. Det ble uttalt:

«Ulovlig arbeid og manglende samarbeid gjør det vanskelig for norske myndigheter å kontrollere hvem som oppholder seg og arbeider i Norge til enhver tid. Norske myndigheter baserer seg i stor grad på utlendingens egne opplysninger når de skal vurdere om vilkårene for en tillatelse er oppfylt eller om et opphold i riket er lovlig. Manglende samarbeid med politiet gjør det vanskelig å vurdere saken på en korrekt måte. Begge handlingene undergraver en regulert og kontrollert innvandring, som er et viktig formål med utlendingsloven. Uregistrert arbeid bryter dessuten med regler om lønns- og arbeidsforhold, trygd, skatt og avgifter og bidrar til å svekke samfunnsstrukturen. Klagerens manglende medvirkning til å forklare seg til politiet har ført til at norske myndigheter har brukt tid og ressurser på oppklaring. Disse ressursene kunne blant annet ha vært brukt til å behandle andre saker. UNE vil også påpeke at det er viktig å hindre at andre bryter utlendingsloven, og en utvisning kan bidra til det. Det er videre straffbart å arbeide i Norge uten tillatelse, se utlendingsloven § 108. Klageren har opplyst at han kun utførte en kortvarig vennetjeneste for en nabo til sin anførte samboer. UNE mener at dette ikke kan få særlig betydning når UNE skal vurdere hvor alvorlig overtredelsene er. Klageren har plikt til å sette seg inn i regler som gjelder for utlendingers opphold og arbeid. Klageren hadde også plikt til å forklare seg om sine opphold i Norge, noe han var gjort uttrykkelig klar over av politiet, jfr. ovenfor. UNE mener samlet sett at klagerens handlinger er alvorlige overtredelser av utlendingsloven. Signaleffekten overfor andre utlendinger (allmennpreventive hensyn) og hensynet til den alminnelige rettsoppfatningen taler for utvisning i slike tilfeller. UNE mener samlet sett at klagerens handlinger er så alvorlige at det taler for utvisning.»

7.8.7.7. Manglende samarbeid i forbindelse med utlendingskontroll

I samme sak som den ovennevnte, ble det vist til at ved politikontroll har utlendinger plikt til å vise legitimasjon og om nødvendig gi opplysninger for å bringe identiteten og lovligheten av oppholdet i Norge på det rene, jf. utlendingsloven § 21 første ledd. I saken ble det vist til at klageren overtrådte denne bestemmelsen da han ikke samarbeidet med politiet om å oppklare lovligheten av oppholdet på gjentatte oppfordringer fra politiet. Overtredelsen ble regnet som grov fordi den la beslag på ressurser hos politiet og fordi det ikke har muliggjort å kontrollere lovligheten av oppholdet til klageren. (...) UNE viste blant annet til at utlendingsloven § 21 rammer tilfeller hvor en utlending blant annet holder tilbake eller gir uriktige opplysninger under selve politikontrollen. Det ble uttalt at;

¹²⁶ Se sak 18.

«Formålet bak bestemmelsen er at politiet på en effektiv og enkel måte skal kunne føre kontroll med utlendingers identitet og oppholdsgrunnlag i Norge. På grunn av den manglende grensekontrollen i Schengen har norske myndigheter svært begrensede muligheter til å kontrollere om utlendinger med oppholdstillatelse i andre Schengen-land har lovlig opphold i Norge. Myndighetene er derfor avhengig av at utlendinger gir opplysninger om når de kom til Norge, om de har vært her tidligere og eventuelt i hvilke perioder. Når en utlending ikke er villig til å samarbeide i utlendingskontroll vil dette vanskeliggjøre kontrollen og fører til unødvendig bruk av politiets ressurser. I dette tilfellet førte klagerens manglende samarbeid til at politiets kontroll med lovligheten av hans opphold i Norge ble vanskeliggjort, samt til økt ressursbruk. Klageren kunne ikke dokumentere hvilke perioder han hadde oppholdt seg i Norge, og ville ikke svare på spørsmål fra politiet, selv etter gjentatte oppfordringer og bruk av pedagogiske hjelpemidler. Politiet hadde derfor ingen mulighet til å få kontrollert om hans opphold i Norge var lovlig. UNE viser til at klageren har et ansvar for selv å dokumentere at han oppholder seg lovlig i Norge. Dette gjelder selv om han ikke har plikt til å låse opp sin telefon. UNE viser også til at politiet forklarte klageren at formålet med kontrollen var å bringe lovligheten av oppholdet hans på det rene, og at han pliktet å samarbeide i en Klagerens ulovlige arbeid i Norge og manglende samarbeid om å avklare lovligheten av oppholdet er alvorlig av flere grunner. Ulovlig arbeid og manglende samarbeid gjør det vanskelig for norske myndigheter å kontrollere hvem som oppholder seg og arbeider i Norge til enhver tid. Norske myndigheter baserer seg i stor grad på utlendingens egne opplysninger når de skal vurdere om vilkårene for en tillatelse er oppfylt eller om et opphold i riket er lovlig. Manglende samarbeid med politiet gjør det vanskelig å vurdere saken på en korrekt måte. Begge handlingene undergraver en regulert og kontrollert innvandring, som er et viktig formål med utlendingsloven. Uregistrert arbeid bryter dessuten med regler om lønns- og arbeidsforhold, trygd, skatt og avgifter og bidrar til å svekke samfunnsstrukturen. Klagerens manglende medvirkning til å forklare seg til politiet har ført til at norske myndigheter har brukt tid og ressurser på oppklaring. Disse ressursene kunne blant annet ha vært brukt til å behandle andre saker. UNE vil også påpeke at det er viktig å hindre at andre bryter utlendingsloven, og en utvisning kan bidra til det. Det er videre straffbart å arbeide i Norge uten tillatelse, se utlendingsloven § 108.»

UNE mente samlet sett at klagerens handlinger er alvorlige overtredelser av utlendingsloven. Signaleffekten overfor andre utlendinger (allmennpreventive hensyn) og hensynet til den alminnelige rettsoppfatningen taler for utvisning i slike tilfeller. UNE mener samlet sett at klagerens handlinger er så alvorlige at det taler for utvisning.

7.8.8. Forholdsmessighetsvurderingen

Forholdsmessighetsvurderingen er ofte beskrevet med dette innholdet i vedtakene:

«Utlendingsmyndighetene må vurdere om en utlendings ulovlige handlinger er så alvorlige at hun eller han skal utvises, eller om hensynet til vedkommende selv eller den nærmeste familien veier så tungt at hun eller han likevel ikke bør utvises. Denne forholdsmessighetsvurderingen følger av utlendingsloven § 70. ... Utvisning fra Norge vil som regel være belastende for den det gjelder og for en eventuell familie som blir berørt. Hvis vilkårene for utvisning er til stede, skal det likevel mye til for at utvisning vil være uforholdsmessig etter utlendingsloven. Dette følger av både lovens forarbeider og praksis fra utlendingsmyndighetene og domstolene.

I vedtakene foretas det en avveining av klagerens handlinger (forholdets alvor) opp mot klagerens tilknytning til Norge....»

«Vurderingen skal også være i tråd med Grunnloven § 102 og § 104 og Norges internasjonale forpliktelser, særlig den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) art. 8 og FNs barnekonvensjon art. 3. Grunnlovens menneskerettighetskatalog, herunder §§ 102 og 104, var ikke ment å gjeldende rett eller etablere rettigheter som ikke allerede fulgte av menneskerettighetsloven eller annen lovgivning. Gjennom menneskerettighetsloven og utlendingsloven § 3 er internasjonale forpliktelser inkorporert i norsk rett, herunder utlendingsretten. Norges internasjonale forpliktelser ble vurdert og tatt hensyn til ved utformingen av reglene om utvisning. EMK artikkel 8 gir rett til respekt for privatliv og familieliv. Inngrep i rettigheten må ha hjemmel i lov, og være nødvendig av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter....»

«Retten til et familieliv kan begrenses og må veies opp mot et lands rett til å kontrollere utlendingers innreise til og opphold i landet. EMK artikkel 8 gir ikke nødvendigvis en rett til å utøve familieliv i det landet familien ønsker. Omstendighetene rundt etableringen av familielivet er et sentralt moment i vurderingen etter EMK artikkel 8. Dette har vært et tema for EMD i mange saker. Der familielivet er etablert på et tidspunkt der familiemedlemmene var klar over at utsiktene til videre samliv i vertsstaten var usikker, vil et inngrep i familielivet normalt bare vil være i strid med EMK artikkel 8 hvis det foreligger eksepsjonelle omstendigheter. EMD har også lagt vekt på om en familiesplittelse vil være midlertidig eller varig, og familiemedlemmenes mulighet til å gjenforenes i hjemlandet eller på annen måte utøve et familieliv under en midlertidig splittelse, og har fastslått at det skal mer til enn praktiske hindringer eller andre vansker for at en utvisning er i strid med bestemmelsen. Etter barnekonvensjonen art. 3 skal hensynet til et barns beste være et grunnleggende hensyn i alle avgjørelser som vedrører barn. At hensynet til barnets beste er et grunnleggende hensyn, betyr likevel ikke at ikke andre hensyn også kan tillegges vekt.....»

Gjennomgangen av sakene har ikke hatt fokus på hvorvidt et vedtak om utvisning vil være uforholdsmessig for klageren selv eller dennes ektefelle eller samboer, men hvorvidt vedtaket vil være uforholdsmessig overfor barna. I flere av sakene er det vist til at et avslag på søknad om oppholdstillatelse med en utreisefrist vil innebære et relasjonsbrudd med barna dersom disse blir værende i Norge, uavhengig av vedtaket om utvisning. Et vedtak om utvisning har som nevnt den konsekvens at klageren ikke kan komme tilbake til Norge eller Schengenområdet før innreiseforbudets periode er utløpt med mindre innreiseforbudet etter søknad oppheves.

7.8.8.1. Hensynet til barn som berøres av vedtak om utvisning

Hensynet til barnets beste vurderes under spørsmålet om utvisningen vil være et uforholdsmessig tiltak overfor «de nærmeste familiemedlemmene», jf. utlendingsloven § 70 (1) og ved fastsettelsen av innreiseforbudets lengde, jf. utlendingsloven § 71 annet ledd annet punkt og forskriften § 14-2. Det rettslige utgangspunktet i saker som berører barn er ofte beskrevet slik i vedtakene:

«Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i vurderingen av om en person skal utvises eller ikke, se utlendingsloven § 70. Dette følger også av Grunnloven § 104 og FNs barnekonvensjon artikkel 3. Som et generelt utgangspunkt er det best for de fleste barn å vokse opp og ha kontakt og samvær med begge foreldrene. Dersom hensynet til barna taler mot utvisning, må myndighetene avveie dette mot andre hensyn i saken, slik som alvorlighetsgraden av lovbruddet. Myndighetene kan altså treffe vedtak om utvisning selv om det skulle innebære at barn blir atskilt fra sine foreldre. Dette er klart forutsatt i barnekonvensjonen. I saker som gjelder meget grove overtredelser av utlendingsloven eller meget alvorlig kriminalitet, vil hensynet til «barnets beste» bare være avgjørende når barn blir utsatt for uvanlig store belastninger. Dette følger av utlendingsmyndighetenes praksis og rettspraksis. I andre saker kan hensynet til barn i Norge først og fremst være avgjørende der barnet får belastninger utover forventede normalbelastninger.»

7.8.8.2. Hvilke momenter har vært trukket frem i den konkrete forholdsmessighetsvurderingen?

Gjennomgangen av sakene i utvalget viste at blant annet følgende momenter har vært ansett relevante i vurderingen:

- Hva er relasjonen mellom barnet og den som vurderes utvist? Er det barnas hovedomsorgsperson eller en forelder barnet i begrenset eller liten grad har utøvd familieliv sammen med?
- Barnets alder og eventuelle sårbarhet. Har barnet spesielle omsorgsbehov?
- Har barnet tidligere opplevd brudd i omsorgssituasjonen
- Hva vil bli barnets omsorgssituasjon ved en eventuell utvisning av en av foreldrene, herunder beskrivelse av den gjenværende forelderens omsorgsevne, nettverk i Norge mv. Har den gjenværende omsorgspersonen selv helseutfordringer som kan påvirke omsorgsevnen eller -kapasiteten?
- Er det en mulighet at familien kan velge å bo sammen i tiden innreiseforbudet varer?
- Om barnet er norsk statsborger
- Muligheten for å opprettholde kontakt med den utviste i perioden innreiseforbudet varer (telefon, videosamtaler, sosiale medier osv)
- Kan klageren ha hatt en berettiget forventning om å utøve et familieliv i Norge?

I tillegg er det ofte i vedtakene vist til hva som var omstendighetene rundt etableringen av familielivet. I mange av sakene i utvalget har familielivet blitt etablert under ulovlig opphold.

7.8.9. *Nærmere om de konkrete vurderingene i sakene*

7.8.9.1. Innledning.

Av de 26 sakene der UDI fattet vedtak om utvisning, endte det med ikke-utvisning i fem av sakene etter behandling i UNE. Tre av sakene gjaldt klager over UDIs vedtak, mens to av sakene gjaldt anmodninger om omgjøring av UNEs egne vedtak, og der det forelå nye opplysninger i sakene. I en sak satt UNE ned innreiseforbudets lengde fra fem til to år av hensyn til barnet. Gjennomgangen av de 30 sakene utvalget har hatt til gjennomsyn illustrerte som nevnt et bredt spekter av brudd på utlendingsloven, eksempelvis ulovlig opphold i

spennet mellom 3 og nærmere 12 år, uriktige forklaringer om identitet, statsborgerskap, hjemsted, alder osv. Videre omfattet bruddene blant annet fremleggelse av falske dokumenter, ulovlig arbeid og brudd på innreiseforbudet. Gjennomgangen viste at det først foretas konkrete vurderinger av hvilke brudd utlendingen har begått på utlendingsloven (altså om det foreligger et utvisningsgrunnlag) og deretter en vurdering av bruddets alvor i den konkrete sak. Det er altså dette forholdet som inngår i vektingen opp mot hensynet til barnets beste.

7.8.9.2. Betydningen av forholdet mellom barna og den som skal utvises – beskrivelse av familielivet før vedtak om utvisning

Vedtakene inneholder informasjon om barnets bosituasjon og hva som er opplyst om relasjonen mellom den som vurderes utvist og barnet. I noen saker gjelder dette barnets hovedomsorgsperson, mens det i andre saker gjelder en forelder med rett til samvær. I noen av sakene er den aktuelle forelderen utenfor Norge på tidspunktet for vurderingen av sakene. I flere av sakene har foreldrene ifølge folkeregisteret foreldreansvaret sammen. Der det har endt med utvisning, har det da blitt vist til at barnet vil fortsette å bo sammen med den andre forelderen. Noen saker peker også på at barnet vil forbli i sitt nærmiljø, gå i samme barnehage mv.

En sak der foreldrene hadde delt foreldreansvar, er eksempel på en situasjon der det ble anført at barna var mest knyttet til klageren (i dette tilfellet mor). Følgende fremkom av vedtaket:

«UNE viser til at barna, og særlig (X) er såpass unge at det ikke er unaturlig at de er sterkest knyttet til en av foreldrene, som de anser som sin primære omsorgsperson. Når familien bor sammen, og begge foreldrene deltar i omsorgen og det praktiske rundt barna på relativt like premisser, vil imidlertid begge foreldre på et tidspunkt fremstå som likeverdige omsorgspersoner.»¹²⁷

At en naturlig arbeidsfordeling mellom den som har adgang til å jobbe i Norge og den andre forelderen kan ha betydning for hvem barna føler seg sterkest knyttet til, er også trukket frem i flere av vedtakene. Dette er formulert slik i en av sakene:

«Dette gjelder i svært mange saker og adskillelse fra den ene forelderen kan ikke i seg selv tilsi at belastningene blir uvanlig store, selv om barnets hovedtilknytning har vært til den som var hjemme med henne eller fulgte henne tettest opp i hverdagen. Det må etter UNEs vurdering noe mer til.»¹²⁸

En annen sak illustrerer situasjonen der den som ble vurdert utvist ikke bodde sammen med barnet, men utøvde samvær. UNE viste først til at barnet bodde fast sammen med moren, som også var den viktigste omsorgspersonen. Det ble vist til at det var avtalt samvær mellom klageren og barnet i helger og helligdager. I den konkrete vurderingen står det;

¹²⁷ Sak 10.

¹²⁸ Sak 13 – Klageren i saken utvist med to års innreiseforbud.

«UNE mener at barnets omsorgssituasjon vil være tilfredsstillende ivaretatt av mor, ved utvisning av klageren. UNE viser til at barnet har bodd fast sammen med mor siden samværsavtalen (...). Videre viser UNE til at det er opplyst at klageren flyttet fra barnets mor i 2012 eller 2013 (...). Det har heller ikke fremkommet opplysninger som tilsier at moren ikke har en tilfredsstillende omsorgsevne ovenfor barnet.»¹²⁹

Et annet eksempel er en sak¹³⁰ der klageren etter egne opplysninger hadde oppholdt seg omtrent halvparten av tiden i Norge og i et annet land de siste fem årene. I vedtaket ble det ikke betvilt at barna var sterkt knyttet til sin far, men grunnet omstendighetene ble det lagt til grunn at det var barnas mor som var hovedomsorgspersonen. Det ble vist til at hun i store deler av tiden hadde hatt eneomsorg for barna, og det ble lagt til grunn at hun hadde omsorgsevne til å ivareta sine barn.

I en sak der klageren allerede hadde returnert til hjemlandet mer enn et år før UNEs klagebehandling, ble følgende vurdering inntatt;

«Barnas omsorgssituasjon vil ikke bli påvirket av utvisningsvedtaket i den forstand at det tilsier at utvisning er uforholdsmessig. UNE mener at mor har tilstrekkelig evne til å ivareta barna. Hun har hatt omsorgen for barna alene i mer enn ett år. En fortsatt utvisning vil dermed ikke føre til et relasjonsbrudd mellom klageren og barna, men innebærer at klageren ikke kan komme tilbake til Norge før innreiseforbudet har utløpt. Det foreligger ikke opplysninger som tilsier at barna påføres uvanlig store belastninger, og vedtaket om utvisning er dermed ikke uforholdsmessig overfor barna.»¹³¹

Følgende generelle betraktning er inntatt i en sak der foreldrene, til tross for at de hadde mulighet til det, valgte å bo fra hverandre i Norge:

«Uten at det har betydning for saken, bemerker UNE at forvaltningen nå erfarer et ikke ubetydelig antall saker med likhetstrekk til klagerens sak, dvs at et familieliv etableres på usikkert grunnlag i Norge, at paret velger å bo hver for seg, og at felles barn med oppholdstillatelse (eller statsborgerskap) i Norge blir boende på mottak med den av foreldrene som er utreisepliktig, i stedet for å bo sammen med den forelderen som er lovlig bosatt i Norge. UNE bemerker at utlendingen i slik situasjon kan velge å bo privat, og ikke har plikt til å bo på mottak. Flytting fra mottak vil imidlertid ha som konsekvens at utlendingen ikke lenger mottar økonomisk støtte gjennom UDIs mottaksapparat, men må forsørges av partneren som er bosatt i Norge. At barna i en slik situasjon opplever ustabile boforhold og flyttinger, er ikke en konsekvens at utreiseplikten eller sak om utvisning for den forelderen som har avslag på oppholdstillatelse, men er en konsekvens av valg som foreldrene gjør med hensyn til bosted for barna. I en del tilfeller fremstår dette valget ikke bare som økonomisk, men også strategisk begrunnet.»¹³²

¹²⁹ Sak 21.

¹³⁰ Sak 12.

¹³¹ Sak 1.

¹³² Denne situasjonen synes imidlertid ikke å gjelde i de øvrige av sakene i utvalget.

7.8.9.3. Betydningen av lav alder hos barna

Lav alder hos de berørte barna har ikke i seg selv hatt avgjørende betydning i forholdsmessighetsvurderingen i sakene i utvalget. I en sak der de berørte barna var 5, 3 og snart 2 år da UNE vurderte saken, ble dette eksempelvis begrunnet slik:

«UNE har videre sett hen til at guttene fortsatt er små. X er fem år og ut fra opplysningene forstår han mer av mors situasjon og lurer på hvorfor hun ikke arbeider osv. UNE mener likevel at X som en femåring fortsatt er så liten at han vil ha vanskeligheter med å forstå lengre tidsperspektiv og hva det innebærer at mor først om to år kan søke om besøk og oppholdstillatelse i Norge. Det samme gjelder Y på tre og og Z på snart to år. Det at barna er små i alder er imidlertid heller ikke et forhold som etter praksis tilsier at det foreligger ekstraordinære omstendigheter, se Borgarting lagmannsretts dom LB-2018-172335, som under henvisning til Høyesterett i HR-2019-2286-A, la til grunn at barns lave alder i seg selv ikke medførte at utvisningen innebar en uvanlig stor belastning. Dette er fulgt opp i senere dommer av Borgarting lagmannsrett, se LB-2019-161634.»¹³³

I flere av sakene er det trukket frem at barna har nærmest tilknytning til sine foreldre, og ikke til Norge, grunnet sin lave alder.

I flere av sakene legges det også til grunn at omsorgsbehovet for små barn er stort, og krever ekstra innsats fra den gjenværende forelderen. Dette ble formulert slik i et representativt vedtak:

«Det er opplyst at de (barna) er velfungerende, og at ingen av dem har spesielle utfordringer eller helseproblemer. Deres lave alder tilsier imidlertid at de har et omfattende omsorgsbehov og at de er avhengige av hjelp og oppfølging til de meste i hverdagen. Sel om begge barna har fulltids plass i barnehage, noe som gir god avlastning for far, vil en utvisning av mor innebære en stor omsorgsbyrde for far.»¹³⁴

Gjennomgangen viser at dette forholdet i seg selv, dersom det ikke foreligger andre forhold i tillegg, likevel ikke tilsier at utvisning er uforholdsmessig.

7.8.9.4. Betydningen av barns sårbarhet

Sakene som inngår i utvalget omfatter i hovedsak barn der det ikke er gitt opplysninger om særskilte omsorgsbehov. At barna er friske, tillegges vekt ved forholdsmessighetsvurderingen. Utvalget inneholder imidlertid også eksempel på barn med fysiske eller psykiske helseutfordringer.

I en sak som omfattet et barn med utviklingshemming, uttalte UNE følgende:

«UNE har vurdert opplysningen om at klagerens yngste datter (X), har særlige omsorgsbehov. Hun er to år og har (...). Ifølge sakkyndig vurdering har (X) blant annet

¹³³ Sak 5,

¹³⁴ Sak 22.

behov for ekstra oppfølging knyttet til utvikling av språk og kommunikasjon, samspill og lek og motoriske ferdigheter. Ifølge uttalelse fra barnehagen er hun selvhjulpen i hverdagen. Hun kan gå og spise på egenhånd, og hun forstår mye av det som skjer rundt henne. Hun har imidlertid behov for støtte med den sosiale utviklingen. Hun har fulltidsplass i barnet hagen og er stort sett i barnehagen hver dag, bortsett fra enkelte dager hvor hun er hjemme med mor som har fri.»¹³⁵

Det ble videre vist til at hun gikk i barnehagen hver dag. UNE konkluderte så med at en ikke kunne se at hennes omsorgssituasjon ikke ville være tilfredsstillende, også etter vedtak om utvisning av hennes far. UNE la til grunn at hun fikk dekket sine omsorgsbehov av sin mor, og den hjelpen hun fikk gjennom barnehagen og det offentlige støtteapparatet ellers. I vedtaket ble det blant annet også vist til at barnas far allerede hadde forlatt Norge for mer enn et år siden, og at det ikke forelå informasjon i saken som tilsa at mor ikke ga barna tilstrekkelig god omsorg.

I en annen sak, som gjaldt et barn med autisme, kom nemnda under sterk tvil til at et vedtak om utvisning ville være uforholdsmessig overfor barnet. I vurderingen ble det blant annet vist til at det kan være spesielt krevende å være alene om omsorgen for et barn med vansker innen autismspekteret. Selv om foreldre til barn med barneautisme kan søke kommunen om avlastning, kan dette være krevende for disse barna fordi de er vare for endringer og rutinebrudd, og kan være stresset og urolig i lang tid etter avlastning. Barn med autisme har stort behov for oppfølging som kan gå på bekostning av søsken. Det kan være spesielt krevende å samtidig ha ansvar for yngre søsken og/eller spedbarn.¹³⁶

I mange av sakene er det opplyst om at barna opplever ulike former for negative reaksjoner med tanke på en eventuell utvisning av en av foreldrene. I mange av sakene er det vist til at det å oppleve sorg og savn er en normalreaksjon på et relasjonsbrudd fra en omsorgsperson som i seg selv ikke tilsier at utvisningen vil være uforholdsmessig. I en av sakene¹³⁷ var det innsendt uttalelse fra helsepersonell på at en hadde observert en forverring i den psykiske helsen til en 11 år gammel stesønn av klageren. Dette hadde gitt seg utslag i et betydelig skolefravær, redusert faglig innsats på skolen, nedstemthet, vaksomhet, søvnvansker og sosial tilbaketrekning. Videre ble det uttalt at den psykiske helsen hans hindret ham i aldersadekvat livsutfoldelse og at vanskene kunne knyttes direkte til familiens uavklarte livssituasjon der de ventet på at klageren skulle sendes ut av landet. Det var besluttet å sende bekymringsmelding til barneverntjenesten på bakgrunn av den usikre fremtidige omsorgssituasjonen. UNE konkluderte med at det var stesønnens beste at klageren ikke ble utvist, men fant likevel at det ikke forelå opplysninger som tilsa at han ville bli utsatt for uvanlig store belastninger ved utvisningen. Hans reaksjoner på at familien var i en krisesituasjon ble beskrevet som normale ut fra situasjonen de var i. Det ble videre vist til at

¹³⁵ Sak 1.

¹³⁶ Sak 14.

¹³⁷ Sak 5.

det ikke var opplyst at han hadde noen øvrige helseplager ut over det som var tilknyttet utvisningssituasjonen.

At barna i en sak hadde vært opplevd at faren hadde blitt alvorlig syk, med de endringer og påkjenninger dette innebærer, ble tillagt vekt i vurderingen. Det ble vist til at dette var en faktor som gjorde dem mer sårbare for et relasjonsbrudd med sin mor (klageren).¹³⁸

7.8.9.5. Betydningen av tidligere brudd i omsorgssituasjonen

UNE vektla i en av sakene at klagerens to eldste barn tidligere hadde vært utsatt for brudd i omsorgssituasjonen ved at de sammen med klageren flyttet inn til sin far og ut igjen etter seks måneder, og at de hadde hatt en påfølgende periode uten samvær.¹³⁹ De hadde senere hatt begrenset samvær 1-2 dager i måneden med sin far. UNE pekte på at dette kunne tale for at en endret omsorgssituasjon der far skulle være deres hovedomsorgsperson ville bli spesielt belastende for barna og det understreket at det for dem derfor var særlig viktig å ha en stabil, trygg og nær omsorgsperson ved adskillelse fra sin mor.

7.8.9.6. Betydningen av at barnas foreldre kan velge at familien skal bo samlet i den utvistes hjemland i perioden innreiseforbudet varer

I en rekke av sakene i utvalget er det vist til at familien, dersom de ønsker det, kan velge å bo sammen i den utvistes hjemland i perioden innreiseforbudet varer. Ofte er det vist til at foreldrene har felles opprinnelsesland, selv om den ene forelderen senere kan ha blitt norsk borger. Ved å flytte med personen som blir utvist, kan foreldrene selv forhindre et relasjonsbrudd mellom barna og den utviste. Dette forutsetter imidlertid at den gjenværende forelderen eller barna ikke har fått innvilget tillatelse på grunn av et beskyttelsesbehov i det aktuelle landet. I slike saker har dette ikke blitt vist til som et alternativ.

I flere av sakene er det også pekt på at barna kan treffe den utviste forelderen i ferier, enten i hjemlandet eller tredjeland utenfor Schengenområdet.

I en av sakene er dette beskrevet slik;

«Samboeren har aldri hatt flyktningstatus i Norge, og det er ikke opplysninger i saken som tilsier at han ikke kan reise til (X) og eventuelt bosette seg der i perioden innreiseforbudet gjelder. (...) På bakgrunn av det ovennevnte mener UNE at familielivet kan videreføres i (X) i den perioden innreiseforbudet varer. UNE viser til at det ikke er uoverstigelige hinder for at klageren og samboeren kan etablere et familieliv i klagerens hjemland. Dersom familien ikke følger med klageren til hennes hjemland, vil familien bli midlertidig splittet. En slik midlertidig familiesplittelse vil imidlertid være et resultat av familiens valg.»

I flere av vedtakene er det vurdert hvordan omsorgssituasjonen ville være for barna i dersom familien skulle velge å være sammen med den utviste i perioden innreiseforbudet varer. Dette er eksempelvis beskrevet slik i en av sakene:

¹³⁸ Sak 22 – Anmodningen om omgjøring ble tatt til følge. Viktig for avgjørelsen var (gjenværende) fars sykdom.

¹³⁹ Sak 20 – Klagen over UDIs vedtak ble tatt til følge – det ble tillagt vekt at barnas far led av spillavhengighet.

«UNE har også vurdert barnets omsorgssituasjon ved eventuell flytting til (X). Som et generelt utgangspunkt vil foreldre kunne ha gode forutsetninger for å gi sine barn oppfølging i omgivelser hvor de kjenner språket og de kulturelle kodene, og der de ofte har eller raskt vil kunne få et nettverk å støtte seg til. Ved flytting til (X) vil begge foreldrene kunne delta i omsorgen. UNE mener derfor at foreldrene vil kunne ta vare på barnet, uavhengig av om de oppholder seg i Norge eller i hjemlandet. Barnet er norsk statsborger, men dette er ikke til hinder for at hun i en periode kan ta opphold i et annet land, noe hun også har gjort tidligere i barndommen.»¹⁴⁰

7.8.9.7. Betydningen av den gjenværende forelderens omsorgsevne og kapasitet – barnas omsorgssituasjon ved en eventuell utvisning

Den gjenværende forelderens omsorgsevne er sentral ved vurderingen av barnas situasjon ved utvisning.

Den gjenværende forelderens evne til å trygge barnet er avgjørende. Dette er formulert slik i et av vedtakene der UDIs vedtak om å utvise klageren med to års innreiseforbud ble opprettholdt av UNE;

«Etter UNEs barnefaglige kunnskap er gjenværende omsorgspersons evner til å trygge et barn etter utvisning av den andre forelder sentralt for hvordan barnet reagerer på utvisningen. I denne saken fremstå det som at far har gode forutsetninger for å støtte barna i deres følelsesreaksjoner og trygge dem på situasjonen ved utvisning av mor. UNE har i den sammenheng sett hen til at (X) skal begynne på skole til høsten og har behov for trygge rammer rundt seg. UNE mener at (X) til tross for utvisning av mor, vil ha stabile rammer rundt seg i det han fortsatt vil bo på samme sted, sammen med far som er en trygg og god omsorgsperson, og resten av søskenflokket i sitt vante miljø og med familiens faste fritidsaktiviteter. Det gjelder også for søsknene (Y) og (Z), som i tillegg fortsatt vil gå i samme barnehage.»¹⁴¹

7.8.9.8. Økt omsorgsbyrde

Det har i flere av sakene har det blitt anført at dersom klageren blir utvist, vil den økte omsorgsbyrden for den gjenværende forelder gjøre det krevende/umulig å dra omsorg for barna alene. I vedtakene vises det i mange av sakene til at økt belastningen og krav til omstilling i familien som følge av utvisning i seg selv ikke fører til at utvisning er å anse som et uforholdsmessig tiltak. Det vises ofte til at de aktuelle barna går i barnehage og/eller på skole med den avlastning dette innebærer, og at den gjenværende omsorgspersonen kan få hjelpetiltak fra offentlige støtteordninger, dersom det skulle være nødvendig. I en sak¹⁴² som er representativ for sakene i utvalget, ble det vist til at det å måtte ivareta omsorgssituasjonen for barn alene, er en alminnelig konsekvens av et vedtak om utvisning som berører barn, og er forhold som gjør seg gjeldende i svært mange sammenlignbare saker. Det ble videre vist til at

¹⁴⁰ Sak 7.

¹⁴¹ Sak 6.

¹⁴² Sak 13.

det det er mange barn i Norge som av ulike årsaker bor sammen med bare en forelder og blir godt ivaretatt av denne.

7.8.9.9. Helseforhold hos den gjenværende omsorgsperson

I flere av sakene har det vært vist til at den gjenværende forelderens helseutfordringer som vanskeliggjør at de kan gi tilstrekkelig god omsorg for sine barn dersom klageren skulle bli utvist. Dette har eksempelvis dreiet seg om migrene, leddsmerter, knesmerter og psykiske problemer i form av depresjon mv. Slike mindre alvorlige helseutfordringer har som hovedregel ikke alene ført til en konklusjon om at den gjenværende omsorgspersonen ikke kan gi forsvarlig omsorg for sine barn etter utvisning av den andre forelderens. I en sak¹⁴³ der gjenværende omsorgsperson (far) hadde diabetes, kroniske kneleddsmerter, skuldersmerter, samt migrene, var det opplyst at han fungerte i arbeidslivet, men samtidig hadde en del besvær. UNE viste som en mulighet til at han kunne skifte arbeid dersom den nåværende jobben ikke var forenlig med å gi sine egne barn tilstrekkelig omsorg.

I andre saker som inngår i utvalget, ble den gjenværende forelderens omsorgsevne etter en konkret vurdering ikke vurdert som tilstrekkelig god dersom klageren ble utvist. Den ene saken gjaldt nye opplysninger etter UNEs endelige utvisningsvedtak om at gjenværende far hadde lidelse innen avhengighetsspekteret og tidligere hadde erfart tilbakevendende depresjoner. Dette var dokumentert. UNE vurderte forholdet slik:

«Som følge av ovennevnte opplysninger mener UNE at det er sannsynlighetsovervekt for at faren ikke vil kunne gi (X) tilstrekkelig omsorg alene i Norge. Selv om faren vil kunne få bistand fra det offentlige støtteapparatet, herunder barnevernet, mener UNE at hans (X)problem, slik det er beskrevet over, tilsier at eventuelle hjelpetiltak trolig vil være av svært omfattende og inngripende karakter dersom moren ikke lenger er til stede i barnets hverdag og faren må ivareta omsorgen for henne alene.»

Videre ble omsorgssituasjonen for barnet dersom hun skulle følge med mor til henne hjemland funnet å være svært usikker. Opplysningene om at moren ikke hadde noe nettverk i hjemlandet og heller ikke hadde vært der på rundt 17 år ble vektlagt i vurderingen. UNE konkluderte slik:

«UNE har etter en konkret helhetsvurdering komme til at opprettholdelse av utvisningsvedtaket vil være i strid med EMK artikkel 8 og barnekonvensjonen artikkel 3.»

I en annen sak som også omfattet en gjenværende omsorgsperson (far) som hadde lidelse innen avhengighetsspekteret, ble det endelige vedtaket omgjort. Det ble lagt til grunn at han hadde utfordringer som kunne påvirke hans økonomiske styring så vel som hans evne til å være en stabil og trygg omsorgsperson for barna. Barna hadde i tillegg hatt begrenset samvær med sin far. I saken ble det vektlagt at det forelå hindringer som gjorde at familielivet ikke

¹⁴³ Sak 9.

kunne videreføres i klagerens hjemland og at utvisningen dermed ville innebære en tvangssituasjon der barna blir adskilt fra deres mor og viktigste omsorgsperson. Det ble konkludert med at utvisning ville være et uforholdsmessig tiltak overfor klagerens barn.

Nye helseopplysninger innkom i en anmodning om omgjøring av et endelig vedtak UNE hadde fattet om utvisning med to års innreiseforbud.¹⁴⁴ Det kom frem at barnas far led av alvorlig sykdom. I legeerklæring ble det påpekt at sykdommen kunne medføre at barnas far i perioder ikke ville klare å følge opp jobb/skolearbeid og omsorgsoppgaver som vanlig, og en vanlig konsekvens av sykdommen var redusert yteevne og økt søvnbehov. UNE viste innledningsvis blant annet til at terskelen er høy for å omgjøre egne gyldige og endelige vedtak. I saken hadde imidlertid situasjonen utviklet seg annerledes enn forutsatt i vedtaket.

Det ble blant annet vist til at faren mottok sykehusbehandling tre dager i uken hvor han måtte være borte fra hjemmet store deler av dagen, samt at allmentilstanden ble svekket som følge av behandlingen. Han var for tiden ikke i stand til å arbeide, og mottok arbeidsavklaringspenger fra NAV. Barnas lave alder tilsa at de har et omfattende omsorgsbehov. En utvisning av mor ville innebære en stor omsorgsbyrde for far. Etter en konkret helhetsvurdering kom UNE til at en utvisning av mor ville påføre barna uvanlig store belastninger, og vedtaket om utvisning ble etter dette omgjort.

7.8.9.10. Betydningen av kontakt med den utviste på telefon og videosamtale

Dette momentet er trukket frem i mange av sakene. I flere av sakene har det imidlertid blitt påpekt at betydningen av slik kontakt vil avhenge av barnas alder. Dette kommer frem slik i et av utvalgets vedtak:

«Barna vil (også) kunne ha kontakt med mor på telefon og videosamtale. (X) og (Y) er små (1 og 3 år), og vil ha mindre utbytte at dette en (Z) (5 år) som har økt tidsforståelse og språk. Elektronisk kontakt og besøk vil ikke kunne erstatte mor som omsorgsperson, men kontakten vil kunne gjøre det lettere for mor å reetablere seg som omsorgsperson for guttene ved en eventuell fremtidig oppholdstillatelse i Norge.»¹⁴⁵

7.8.9.11. Betydningen av at de berørte barna er norske statsborgere

41 av de berørte barna som inngår i utvalget, er norske statsborgere. I mange av sakene er det forhold at de er norske, vurdert eksempelvis slik:

«Klagerens datter er norsk borger, og har rett til å oppholde seg i Norge, og til å utvikle sin norske identitet og nyte godt av muligheter og tilgang til sosialt sikkerhetsnett, velferdstjenester og helsetjenester. Samtidig innebærer ikke et norsk statsborgerskap i seg selv at et barn ikke kan ta opphold i andre land. Norsk statsborgerskap er derfor ikke

¹⁴⁴ Sak 22.

¹⁴⁵ Sak 6.

avgjørende for saken, men har en spesiell betydning ved vurderingen av om et utvisningsvedtak er rimelig eller forholdsmessig. «¹⁴⁶

Noen få saker skiller seg noe fra ovennevnte vurdering, ved at det eksempelvis står¹⁴⁷ at «UNE mener imidlertid at det forhold at døtrene er i Norge med norsk statsborgerskap, tilsier at det er lite sannsynlig at de skal følge mor til hjemlandet for den perioden hun er utvist.» I saken vises det imidlertid også at risikoen for kjønnslemlestelse av jentebarn i klagerens hjemland er svært stor, og dette ville også etter praksis vært et grunnlag for ikke å henvise barna til å ta opphold med mor i tiden innreiseforbudet varte.

I kun et fåtall av sakene er det vist til at barna har, eller trolig har annet statsborgerskap i tillegg til det norske gjennom sin ene forelder. Det er grunn til å tro at flere av barna som inngår i utvalget i realiteten har dobbelt statsborgerskap.

7.8.9.12. Betydningen av omstendighetene rundt etableringen av familielivet

I en rekke av sakene er det vist til at familielivet ble etablert mens klageren oppholdt seg ulovlig i Norge, og at klageren da i liten grad kan ha hatt en berettiget forventning om å kunne leve sammen med sin familie i Norge. Det blir i disse vedtakene vist til at omstendighetene rundt etableringen av familielivet er et sentralt moment i vurderingen etter både utlendingslovgivningen og etter EMK artikkel 8. Dette har vært et tema for EMD i mange saker, og domstolen har da uttalt at utvisning bare vil være i strid med EMK artikkel 8 hvis det foreligger eksepsjonelle omstendigheter.

7.8.9.13. Betydningen av innreiseforbudets lengde

Dersom de objektive vilkårene for utvisning er oppfylt og det er konkludert med at utvisning er et forholdsmessig tiltak, må det deretter utøves et skjønn med hensyn til varigheten av innreiseforbudet. Vurderingen skjer med utgangspunkt i utlendingsloven § 71 annet ledd, jf. utlendingsforskriften § 14-2. Når utvisning skjer i medhold av § 66 første ledd bokstav a eller d, eller § 66 annet ledd, skal innreiseforbudet som hovedregel ikke settes til mer enn fem år. I sakene som inngår i utvalget, har innreiseforbudets lengde med ett unntak blitt satt til to år der det har endt med utvisning. Følgende formulering er representativ for de vurderingene som er gjort:

«UNE har kommet til at et vedtak om utvisning med to års innreiseforbud ikke vil være uforholdsmessig overfor klageren eller de nærmeste familiemedlemmene. UNE mener at en utvisning av klageren vil påvirke barna, men har likevel kommet til at de hensynene som taler for utvisning, må bli avgjørende. UNE har lagt vekt på forholdets alvor og at barnas omsorgssituasjon er ivaretatt både i Norge og i Etiopia. Det er også tatt hensyn til barna ved at innreiseforbudets lengde er begrenset til to år. Forbudets lengde er i tråd med praksis i sammenlignbare saker.»¹⁴⁸

¹⁴⁶ Eksempelvis sak 10.

¹⁴⁷ Sak 23, se f.eks. også sak 15.

¹⁴⁸ Sak 5.

I saken der det ble gitt fem års innreiseforbud uttalte UNE i vedtaket;

«Som bemerket av UDI, kvalifiserer grunnlaget for utvisning i denne saken til et varig innreiseforbud. Klageren har etter UNEs syn begått meget alvorlige overtredelser av utlendingsloven. Han har oppgitt uriktige opplysninger om sin identitet til norske myndigheter og unnlatt å opplyse at han har vært utvist fra Norge og Schengen-området tidligere, og ved dette fått innvilget oppholdstillatelse i Norge på falske premisser. Videre har han ikke medvirket i tilstrekkelig grad til å avklare egen identitet. I likhet med UDI mener UNE etter dette at det ikke er grunnlag for å tidsbegrense innreiseforbudet til to år i denne saken, da de allmennpreventive hensynene er så tungtveiende at det er grunn til å gjøre unntak fra hovedregelen i utlendingsforskriften § 14-2 tredje ledd. Innreiseforbudet er som nevnt over allerede tidsbegrenset av hensyn til barna. Utvisningsvedtaket vil trolig oppleves som belastende både for klageren og hans familie, herunder hans to barn. Etter en helhetlig vurdering har UNE likevel kommet til at hensynene som taler for utvisning må bli avgjørende og har i denne vurderingen lagt særlig vekt på at barnas omsorgssituasjon uansett anses tilstrekkelig ivaretatt, samt at klageren ved en vesentlig endret omsorgssituasjon vil kunne søke om opphevelse av innreiseforbudet eller kortvarig besøk, jf. utlendingsloven § 71.»¹⁴⁹

I en av sakene i utvalget satte UNE ned innreiseforbudets lengde fra fem til to år av hensyn til klagerens barn.¹⁵⁰

7.8.9.14. Etterfølgende omstendigheter

Seks av sakene gjelder anmodet om omgjøring av UNEs endelige vedtak grunnet etterfølgende omstendigheter.

I disse sakene har UNE vurdert om utvisningsvedtaket er beheftet med ugyldighetsgrunner, se forvaltningsloven § 35 bokstav c. Videre er det i vedtakene vist til at i saker der UNEs vedtak om utvisning er gyldig, må det foreligge tungtveiende grunner for å omgjøre egne vedtak i de tilfeller der utlendingsforvaltningen ikke har risikoen for den senere utviklingen som skjer i den konkrete saken.

I de aktuelle beslutningene informeres det om at utlendingslovens system er slik at nye forhold som hovedregel skal vurderes i forbindelse med en eventuell søknad om opphevelse av innreiseforbudet i medhold av utlendingsloven § 71 annet ledd og utlendingsforskriften § 14-4, fra en norsk utenriksstasjon, og ikke etter forvaltningslovens regler om omgjøring av forvaltningsvedtak. Det blir vist til at hensynet til utlendingslovens systematikk og til formålet bak utvisningsinstituttet tilsier at det bør føres en relativt konsekvent praksis for når forvaltningen eventuelt skal vurdere å omgjøre et endelig, gyldig vedtak om utvisning på bakgrunn av nye omstendigheter inntruffet etter endelig vedtak. Videre vil det bidra til å sikre at den utviste ikke får fordeler ved ikke å respektere utvisningsvedtaket. UNE understreker i beslutningene at utviste som ikke forlater Norge ikke bør favoriseres sammenlignet med

¹⁴⁹ Sak 8.

¹⁵⁰ Sak 17.

utviste som har forlatt landet og deretter søkt om opphevelse av innreiseforbudet fra hjemlandet, slik at innreiseforbudet har begynt å løpe. Allmennpreventive hensyn taler sterkt for en slik tilnærming, for å ivareta utlendingslovens formål om kontroll med utlendingers opphold i Norge, men samtidig ivareta utlendingers rettssikkerhet i samsvar med norsk innvandringspolitikk, se utlendingsloven § 2.

I sakene som inngår i utvalget har det så blitt foretatt en konkret vurdering av hvorvidt det foreligger nye, tungtveiende omstendigheter hos klageren som tilsier omgjøring av utvisningsvedtaket.

Det at det har blitt født enda et barn etter at det ble fattet endelig vedtak om utvisning, har ikke i seg selv blitt vurdert som et tungtveiende hensyn som tilsier omgjøring av det endelige vedtaket. I en av sakene som inngår i utvalget ble det anført at klageren hadde født et tredje barn etter at UNE fattet endelig vedtak om utvisning. Dette ville medføre økt omsorgsbyrde for den gjenværende faren, som trolig da ikke ville kunne jobbe like mye, noe som igjen ville gå ut over familiens økonomi. UNE konkluderte med at dette ikke utgjorde et slikt tungtveiende hensyn som tilsa at det å opprettholde UNEs utvisningsvedtak ville være i strid med Norges menneskerettslige forpliktelser. Det ble blant annet lagt til grunn at barnas far ville kunne gi barna tilstrekkelig god omsorg i perioden innreiseforbudet varte. Barna er friske og trygge og går i barnehage og på skole, og far vil kunne få bistand av det offentlige ved behov. I UNEs endelige vedtak hadde det for øvrig blant annet blitt vist til at barna kunne bli med sin mor til hennes hjemland i innreiseforbudets periode, dersom dette var ønskelig. Barnas mor kan også søke om oppheving av innreiseforbudet dersom nye forhold tilsier det, se utlendingsloven § 71.

I en av sakene som gjaldt utvisning med to års innreiseforbud, ble vedtaket omgjort på bakgrunn av nye opplysninger om den gjenværende forelderens omsorgsevne. Grunnet uttalelser fra helsevesen og barnevernet på stedet, mente UNE at det var sannsynlighetsovervekt for at faren ikke ville kunne gi datteren tilstrekkelig omsorg alene. Selv om han ville kunne få bistand fra det offentlige støtteapparatet, herunder barnevernet, vurderte UNE det slik at hans problemer var av en slik art at eventuelle hjelpetiltak trolig ville være av svært omfattende og inngripende karakter dersom klageren ikke lengre var tilstede i barnets hverdag og faren derfor måtte dra omsorg for henne alene. Videre ble det vurdert om det ville være i strid med Norges internasjonale forpliktelser å ikke omgjøre utvisningsvedtaket og heller henvise klageren til å ta med seg datteren til hjemlandet for å søke om opphevelse av innreiseforbudet. UNE konkluderte med at utvisning ville være i strid med EMK artikkel 8 og barnekonvensjonen artikkel 3. Det ble vektlagt at omsorgssituasjonen i (X) fremsto som svært usikker, og det ble vist til opplysningene om at mor/klageren ikke hadde nettverk i hjemlandet og heller ikke hadde vært der siden hun kom til Norge i 2003.

7.8.10. Oppsummering

Vedtakene som inngår i utvalgets undersøkelse er i tråd med generell forvaltningspraksis når det gjelder utvisning for brudd på utlendingsloven i saker der barn blir berørt. I det følgende gjennomgås noen sentrale funn.

7.8.10.1. Vedtakene bygger på en presumsjon om normalbelastning som følge av utvisning og som ikke gjør at tiltaket anses som uforholdsmessig

I mange av sakene er det vist til at en utvisning fra Norge som regel vil være belastende for den det gjelder og for en eventuell familie som blir berørt. Det skal likevel svært mye til for at utvisning vil være uforholdsmessig etter utlendingsloven. Dette følger slik forvaltningen har oppfattet det av både lovens forarbeider og praksis fra utlendingsmyndighetene og domstolene. I flere av sakene har følgende vurdering fra Høyesterett blitt inntatt:

«Det normale er at en utvisning vil gripe inn i et etablert familieliv på en belastende måte så vel økonomisk, som følelsesmessig og sosialt, og lett medføre psykiske problemer. Det gjelder ikke minst når en familie skilles som følge av utvisningen. Slike belastninger vil ikke i seg selv være tilstrekkelig til å se at en utvisning er et uforholdsmessig tiltak» (Rt. 2005 s. 229 avsnitt 52).»

Det er i flere av vedtakene vist til at sorg og savn hos barna som følge av at en forelder blir utvist, er en påregnelig reaksjon, og at denne uansett ville ha kommet, ikke bare som følge av vedtak om utvisning, men i saker der søknad om oppholdstillatelse blir avslått. I et representativt vedtak er dette beskrevet slik;

«Det at barn kan bli sterkt følelsesmessig preget av utvisningen er noe som er normalt i en slik situasjon. Det er da viktig med gode og nære relasjoner som kan gi god omsorg. UNE legger til grunn at utvisning av far vil oppleves som dramatisk og vil trolig utløse ytterligere sorg, uro og forvirring hos barna. Dette er imidlertid forhold som vil være til stede i de fleste saker hvor barn berøres av at en forelder må forlate Norge, enten etter avslag på søknad om oppholdstillatelse eller ved utvisning. Det er derfor en normal konsekvens av en utvisning, og tilsier ikke i seg selv at utvisning er uforholdsmessig overfor barna. UNE understreker at det er opp til familien om det vil bli en familiesplittelse eller ikke for deler eller hele tiden som innreiseforbudet gjelder»

Økt omsorgsbyrde og økonomisk belastning regnes også som normalbelastning. I et av vedtakene er dette beskrevet slik;

«UNE er enig i at utvisning av mor vil medføre vesentlig økt omsorgsbyrde på far og at han trolig ikke vil kunne jobbe like mye som før. Dette vil få betydning for familien økonomisk. Dette er imidlertid ikke et forhold som tilsier at det foreligger ekstraordinære omstendigheter. Som nevnt over vil utvisning kreve økonomiske og praktiske tilpasninger av gjenværende familiemedlemmer. UNE viser samtidig til at barna går i barnehagen og far får dermed avlastning på dagtid. UNE legger til grunn at far derfor også kan fortsette arbeidet sitt på skolen som UNE legger til grunn er dagarbeid. Far vil også, som ander aleneforeldre, kunne søke støtte og avlastning gjennom det kommunale og frivillige hjelpeapparatet.

7.8.10.2. Uvanlig store belastninger

I alle saker er bruddene på utlendingsloven er ansett som meget alvorlige er det anvendte et krav om uvanlig store belastninger hos barnet dersom utvisning ikke skal finne sted.

I saker der barna ville være uten tilstrekkelig omsorg dersom forelderen ble utvist, ble dette i noen saker ansett som uvanlig store belastninger. Vedtakene som inngår i utvalget, viser at dette var tilfellet, både knyttet til alvorlige helseutfordringer eller avhengighetsproblematikk hos gjenværende forelder, men også en sak der barnet hadde autisme og derfor hadde ekstra behov for stabilitet som det var vanskelig for en forelder å ivareta alene i tillegg til ansvar for et annet barn. Andre saker, der gjenværende foreldrene hadde omfattende helseplager og/ eller barnets stilling var sårbar (utviklingshemming, lav alder), ble ikke ansett som uvanlig store belastninger.

I vurderingen av om terskelen som praktiseres i dag, er i tråd med Norges internasjonale forpliktelser, har utvalget delt seg. Flertallets syn er inntatt i punkt 7.9 nedenfor. Mindretallets syn er inntatt i deres særvotum.

7.9. *Flertallets vurdering av vedtakene*¹⁵¹

Utvalgets flertall, Baumann, Cameron og Halvorsen, er kommet til at en rekke av disse vedtakene om utvisning, der barn adskilles fra foreldre, som overfor er gjennomgått grundig, og dessuten kan leses i resyméene i vedlegget, bygger på en streng forståelse av barnets beste, herunder hva som er normalbelastninger som ikke vektlegges, i barnets klare disfavør.

Flertallet vil presisere at en rekke av sakene utvalget har gjennomgått gjelder meget alvorlige brudd på utlendingsloven, og at disse dermed er illustrerende for når det stilles særlige krav for at barnets beste skal tillegges avgjørende vekt. I disse sakene er det sjelden at det foretas noen egentlig proporsjonalitetsvurdering, i den forstand at barnets beste får en selvstendig status før interesseavveiningen starter. F.eks. er det i mindre grad tatt hensyn til at barna er små og til dels spebarn, og den kunnskap det offentlige i dag besitter om de negative konsekvensene for så små barn ved adskillelse. Tvert imot synes innfallsvinkelen i mange av sakene å være særlig med utgangspunkt hva barnet kan tenkes å tåle, uavhengig av alder. Normalbelastningen er dermed et gjennomgående tema. Videre legges til grunn at to år normalt ikke er noen stor belastning. En slik forståelse står i noe motsetning til viktige prinsipper i barnekonvensjonen, som for øvrig i liten grad drøftes i vedtakene.

¹⁵¹ I særvotumet 8.3.8 er mindretallets syn nærmere utdypet. Mindretallet ønsket at deres gjennomgang skulle stå i punkt 8.3, av hensyn til sammenhengen.

De samfunnsmessige hensyn er på den andre siden viet stor plass i vedtakene, jf. en rekke inntatte sitater og det er få differensieringer. At små barn berøres, ser ikke ut til å tillegges annet enn en nokså marginal betydning for inngrepets legitimitet og formålstjenlighet.

Barnet er ikke hørt i noen av sakene, til tross for at flere helt klart var i en alder hvor de hadde hatt rett til å uttale seg, på en egnet måte.

Samlet sett er proporsjonalitetsvurderingen på mange måter snudd, slik at barnets beste særlig i saker der bruddene er regnet som meget alvorlige, etter dagens praksis ikke gis en grunnleggende vekt, men kun i ekstraordinære tilfeller vektlegges på en slik måte at statens interesser må vike.

I det følgende vil flertallet nevne noen eksempler fra de sakene som er gjennomgått. Det presiseres at det ikke dermed tas stilling til sakenes materielle sider, prosess eller sakenes opplysning. Formålet er kun å belyse proporsjonalitetsvurderingen, og følgelig interesseavveiningen, slik den kan gjenfinnes i vedtakene. Det presiseres også at det med dette ikke reises spørsmål om de enkelte vedtakene er i tråd med gjeldende rett, men et spørsmål om vedtakene illustrerer en terskel i norsk praksis som er for streng, hensett til barnets interesser og Norges internasjonale forpliktelser.

En sak som viser en slik avgjørende vekting av offentlige interesser, på tross av barnets beste, er sak 23:

«Dette indikerer etter UNEs vurdering helt klart en manglende vilje til å forholde seg til regelverket og myndighetenes pålegg om å forlate Norge. Manglende samarbeid fra klageren om å returnere til hjemlandet etter asylavslag bidrar til å understreke forholdets alvor. Det er fordi myndighetenes kontroll med og gjennomføring av utlendingsloven i stor grad er blitt vanskeliggjort ved klagerens manglende samarbeid. Kontroll i vid forstand betyr at personer med avslag bidrar til at vedtaket kan effektueres. Det er et stort problem at utlendinger etter endelig avslag på asyl fortsetter å oppholde seg i Norge, fremsetter flere omgjøringsanmodninger eller nye søknader om tillatelse til tross for at de plikter å forlate landet. På sikt vil dette kunne undergrave asylinstituttet. Det at utlendinger ikke forlater riket når de er pliktige til det, men oppholder seg her ulovlig, er et gjennomgående og stort problem og anses også i en del henseende som et større samfunnsproblem.

I formildende retning viser UNE til at klageren var høygravid da hun fikk avslag på sin asylsøknad, og fødte sin første datter to dager etter utreiseferien. Første del av det ulovlige oppholdet anses mindre alvorlig. UNE mener samlet sett at klagerens handlinger er alvorlige overtredelser av utlendingsloven. Signaleffekten overfor andre utlendinger (allmennpreventive hensyn) og hensynet til den alminnelige rettsoppfatningen taler for utvisning i slike tilfeller. UNE mener at klagerens handling er så alvorlig at det taler for utvisning.»

Saken gjaldt en kvinne med tre barn i hjemlandet, og tre barn i Norge på 5, 4 og 3 år. Barna er norske borgere var gjennom sin far. Klageren ble utvist med to års innreiseforbud.

Sykdom hos foreldre som blir igjen, i kombinasjon med barnas sårbarhet og tilstand, (f.eks. utviklingshemming) er i flere vedtak ikke ansett som tilstrekkelig til å gjøre vedtaket uforholdsmessig. Dette står i kontrast til f.eks. utfallet av *Nunez-saken* og *Kaplan-saken*. I sak nr. 1 heter det:

«Det er anført at mor er svært sliten og bekymret for hvor lenge hun makter situasjonen slik den er nå. Det ene barnet har (utviklingshemming) og får spesialpedagogisk hjelp, men er selvhjulpen i hverdagen (kan gå, spise selv osv). Hun har behov for støtte i den sosiale utviklingen. UNE anser hennes omsorgssituasjon som tilfredsstillende. Mor har allerede vært alene med barna i et år etter at far dro ut, og omsorgssituasjonen påvirkes derfor ikke på en måte som gjør utvisning uforholdsmessig. Det er barnas beste at far ikke utvises, men det er ikke opplysninger i saken som tilsier at barna vil oppleve belastninger utover det som forventes når en av omsorgspersonene utvises. Mor har fått beskyttelse i Norge, og kan ikke henvises til å ta opphold i (X) da hun er innvilget beskyttelse. Det ble ikke vurdert om barna kunne velge å være med far og risiko for FGM-for jentebarn under opphold i (X).»¹⁵²

Heller ikke i sak 5 ble gjenværende mors dokumenterte helseproblemer i form av varige rygg- og nakkesmerter og depresjon vektlagt. I den samme saken ble dokumentert forverring i en elleve år gammel stesønns helse, som bl.a. kom til uttrykk som betydelig skolefravær, redusert faglig innsats, nedstemthet, søvnevansker og sosial tilbaketrekking, ikke vektlagt i vedtaket.

Et annet eksempel, som involverer separasjon av små barn (to år og ni måneder) og syk gjenværende forelder, er sak nr. 9. Her ble det besluttet utvisning av moren til to norske barn til tross for at barna hadde bodd hele livet sammen med begge foreldre, og far hadde alvorlige og sammensatte helseproblemer. Far ble dessuten henvist til å skifte jobb, dersom den eksisterende jobben ikke var forenlig med omsorgen for barna. Her heter det:

«Anførselen om at barna ikke har bodd med far alene, kan ikke etter UNEs vurdering tas til inntekt for at han ikke vil klare omsorgsoppgaven. Barna har hele sitt liv bodd med mor og far. Det at klageren etter UNEs utvisningsvedtak har fått et nytt barn, tilsier ikke etter UNEs vurdering at opprettholdelse av utvisningsvedtaket innebærer et brudd på Norges internasjonale forpliktelser overfor den yngste datteren på 2 år og 9 måneder. Selv om det for (X) vil oppleves som dramatisk at hennes mor må reise ut er det ikke opplysninger som tilsier at dette vil utgjøre en større belastning for henne enn det gjør for andre barn på hennes alder at en forelder utvises. Det foreligger ikke opplysninger i saken om at (X) har særlige omsorgsbehov, herunder fysiske og/eller psykiske helseproblemer, utover det alle barn har. UNE viser til at det ikke er holdepunkter for at (Xs) far ikke kan gi henne tilfredsstillende omsorg.

¹⁵² Sak 1.

Det ble konkludert med at heller ikke øvrige forhold i saken tilsa at en opprettholdelse av utvisningsvedtaket ville innebære et brudd på Norges internasjonale forpliktelser.»¹⁵³

Flere av sakene gjelder svært små barn. Et eksempel er sak nr. 6. En mor ble utvist med to års innreiseforbud til tross at hun hadde omsorgen for tre små barn, født i riket, på henholdsvis fem, tre år og et nyfødt barn. Det ble heller ikke hensyntatt at den eldste gutten snart skulle begynne på skolen, og hvilken omveltning tap av mor i en slik avgjørende fase av livet ville innebære for ham.

Et annet eksempel der svært små barn berøres, på henholdsvis tre, fire og fem år, og der reaksjonene anses som normale og derfor ikke uforholdsmessige, er sak 23:

«Det ble lagt til grunn at brudd med mor ville utgjøre en stor belastning for barna, og særlig for barnet på tre år. Det ble vist til at for små barn er det mer dramatisk med brudd fordi de er mest avhengig av sine omsorgspersoner for å bli forstått og føle seg trygge. Hvordan barn reagerer på brudd vil variere fra barn til barn. UNE viste til at barna hadde hatt trygge og stabile omsorgspersoner i oppveksten, og at far ville fortsette å være en god omsorgsperson etter en utvisning av mor. Det ble også blant annet vist til at barna ville kunne fortsette å bo på samme sted, gå i samme barnehage og ha det samme nettverket som før. Etter en samlet vurdering fant UNE at den belastningen et relasjonsbrudd med mor ville føre til, ikke var et uforholdsmessig tiltak overfor barna.

Det ble vist til at tristhet, forvirring, savn og utrygghet var vanlige belastninger når et barn blir atskilt fra en forelder over lengre tid. Slike belastninger er ikke ønskelig for noe barn, men det er en vanlig og påregnelig konsekvens for barn i en familie der nære omsorgspersoner blir utvist. Belastningen er således ikke spesielle omstendigheter som tilsier at utvisning vil være uforenelig med EMK art. 8.»

Stor omsorgsbyrde ved søskenflokk på flere barn ble i denne saken ikke vektlagt, selv om far var arbeidsufør, og han ble alene med omsorgen for tre små barn ved utvisning av moren.

Hva gjelder sakene som endte med utvisning for øvrig og mer generelt, har flertallet for øvrig noen kommentarer til punkt 8.3.7 i særvotumet.

I de fleste av de gjennomgåtte sakene ble det lagt avgjørende vekt på forholdets alvor/hensyn som taler for utvisning, til tross for at utvisning ble funnet å være i strid med barnets beste. Det vies gjennomgående betydelig mer plass i disse sakene til å redegjøre for hvorfor det er viktig å utvise, enn til vurderingen av de berørte barnas situasjon og hvilke skader utvisning vil føre til i dette konkrete tilfellet. Vedtakene bærer preg av standardformuleringer som er lite tilpasset hvert enkelt barns individuelle situasjon. Man nøyer seg gjennomgående til på generelt grunnlag å vise til at det er mange slike saker, og at reaksjoner som sorg, savn, tristhet, forvirring og utrygghet ikke er uvanlig for barn ved utvisning av foreldre. I mindre

¹⁵³ Sak 9.

grad drøftes hvilken skaderisiko det innebærer for barnet å leve med en slik savn og sorg over tid - så lenge innreiseforbudet gjelder – vanligvis i to eller fem år.

Videre vises det gjennomgående til at den gjenværende forelderen vil kunne gi barnet/barna forsvarlig omsorg. I vedtakene drøftes i mindre grad hvilken skade adskillelsen likevel vil kunne føre til, med henblikk på barnets fysiske og psykiske utvikling og tilknytningsevne i fremtiden. Selv om barnet får forsvarlig omsorg, vil det likevel kunne ta skade av utvisning av en av sine nærmeste. Dette - i kombinasjon med at den gjenværende forelderen som regel både får større omsorgsbyrde og selv opplever savn og sorg – som ikke sjelden fører en stor belastning – har et klart skadepotensiale. Denne risikoen drøftes ikke i vedtakene.

I de sakene, hvor det henvises at familien kan velge å flytte sammen til den utvistes hjemland, mangler drøftelser av momenter som at barnet har en selvstendig tilknytning til Norge gjennom bl.a. vennemiljø og har skolegang som det kan være skadelig å bryte, jf. f. eks. sak 8, hvor datteren var åtte år gammel og gikk på skole i Norge. Dessuten er mange av barna i de fremlagte sakene norske statsborgere med de rettighetene det innebærer. Risiko for miljøskifte, som er et viktig moment i f.eks. saker etter barneloven, tillegges ikke samme vekt i vedtakene.

Gjennomgang av sakene som endte med utvisning, etterlater et inntrykk at barnets beste ikke i tilstrekkelig grad vurderes som et grunnleggende hensyn som skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen, jf. blant annet Rt. 2015 s. 93 (Maria) avsnitt 65. I stedet synes statens interesser å være gitt utslagsgivende tyngde i flere av de gjennomgåtte sakene, *uavhengig* av at utvisning klart krenker barnets beste. Flertallet anser det ikke for umulig at Norge i flere av disse sakene kunne ha blitt dømt i EMD, for ikke å ha lagt tilstrekkelig vekt på barnas beste i forholdsmessighetsvurderingen i tråd med de internasjonale forpliktelsene for Norge og mener på denne bakgrunn at det haster å få på plass i regelverket muligheter for en mer helhetlig vurdering av barnets beste og tilgang til mer lempelige innngrep i disse sakene, som f.eks. tilleggstid.

Del IV. Vurderinger og forslag

8. Utvalgets avsluttende merknader og anbefalinger

8.1. *Flertallets oppsummering*

Utvalgets flertall har ikke kunnet konstatere noen avgjørende forskjeller mellom norsk praksis og de forpliktelser Norge har etter folkeretten. Likevel kan det sies å ha etablert seg over tid en streng praksis som kan skape noe tvil om barnets rettigheter - etter Grunnloven, EMK og barnekonvensjonen – i tilstrekkelig grad løftes frem i avveiningen av henholdsvis statens og barnets interesser.

Delvis er dette feltet preget av politiske hensyn og styrt av den til enhver tid gjeldende innvandringspolitikk. Samtidig er det viktig å holde fast ved at ivaretagelsen av barnets beste er et rettsanvendelsesskjønn, og at det å sikre barns rettigheter ved yte et effektivt vern er et selvstendig mål, selv når nærheten til politiske avveininger er stor. Implementeringen av barnets beste som en rettslig standard i hovedsak er generell, også i utlendingsloven § 70, og kan oppfattes som for lite forpliktende på dagens nivå. Å sikre at barnets beste i disse sakene gis et mer uttalt vern i lovverket, sammen med mer spissede prosessuelle ordninger og en effektiv domstolskontroll, vil kunne forsterke statens evne til å ivareta sikringsplikten. Å velge kurs etter folkeretten er ikke noe opplagt valg, heller ikke etter EMDs praksis. Som Søvig uttaler i 2011:

«EMK-systemet er særpreget ved at konvensjonsteksten i stor grad ligger fast, og ansvaret for en dynamisk utvikling beror derfor på EMD. Når EMD skal utvikle konvensjonsvernet henter domstolen bl.a. argumenter fra rettsutvikling innen bl.a. EU og andre menneskerettsinstrumenter. Å forutsi i hvilken retning ferden går kan være lett å si når stien er tråkket opp, men vanskelige å angi under marsjens gang.»¹⁵⁴

Heller ikke i dag er det lett å forutsi marsjen, men at det kommer stadige kursjusteringer i vektleggingen av barnas beste opp mot samfunnsmessige hensyn, er det all grunn til å forvente. Etter flertallets syn er det grunn til å forvente en markert styrking av barns behov i den internasjonale rettstilstanden. Større fleksibilitet i det norske regelverket vil gi bedre mulighet for norske myndigheter til å møte en slik utvikling, med proporsjonale tiltak i saker om utvisning der barn berøres.

8.2. *Flertallets syn på om barnets rettigheter er tilstrekkelig ivaretatt i gjeldende regelverk og praksis*

Det er først og fremst en oppgave for lovgiveren innenfor de rammer som følger av Norges internasjonale forpliktelser å vurdere hvilke reaksjoner som bør benyttes ved alvorlige brudd

¹⁵⁴ Søvig (2011).

på utlendingsloven der barnets beste taler mot at forelderen sendes ut av landet. Alle forslag må ses i lys av en slik ramme.

Utvalgets flertall mener – dersom barnets beste skal være grunnleggende og denne normen tilstrekkelig skal være løftet frem i lovverk og praksis– at det som et utgangspunkt kun bør velges utvisning i de ekstraordinære tilfellene, og ikke i det hele tatt dersom barnet har sterke interesser i at forelderen får bli i landet. Eksempelvis vil små barn som adskilles fra foreldre være særlig sårbare for negative konsekvenser ved en slik adskillelse.

En hovedutfordring med gjeldende regelverk og domstolenes avgjørelser er etter flertallets syn at det er vanskelig å utlede konkret i forholdsmessighetsvurderingen hva som utgjør «normale belastninger» kontra «uvanlig store belastninger» for barnet, og når dette skillet inntreffer, samt hvilket fundament dette vilkåret har i praksis fra EMD. Der dette vilkåret brukes, har man langt på vei allerede konkludert med at statens interesser er avgjørende. Det kreves i stedet at det er barnets interesser som må være ekstraordinære eller at inngrep er urimelig strengt, noe som er vanskelig å hjemføre med barnekonvensjonens bestemmelser om barnets beste. Det finnes ingen tilsvarende lovhjemmel for at statens interesser i disse sakene skal vektes som grunnleggende, på samme måte som barnets grunnlovfestede vern. Tvert imot er det strenge krav om legitimitet og nødvendighet i proposjonalitetsvurderingen. Høyesterett har så langt ikke avsagt mer enn en dom der man kom til at det *var* uvanlig store belastninger, jf. Rt. 2005 s. 229. Begrepet er heller ikke benyttet i *Maria-saken*. Når det strengere kravet nå anvendes med utgangspunkt i lovbruddets alvor, senest av Høyesterett i *Yasmin-saken*, og en rekke dommer fra lagmannsrettene, kommer barnas interesser lettere i skyggen av de samfunnsmessige behov, i stedet for å være et overordnet hensyn, i en helhetlig vurdering. Nettopp derfor blir det krevende for rettsanvender å vurdere i hver enkelt sak å vurdere om terskelen for å hensynta barnets beste er for høy. Poenget for myndighetene må være å finne ut om man i det konkrete tilfellet – der utvisning ikke er til barnets beste – kan redusere inngrepets styrke overfor barna. Kan man ikke det, f.eks. der det er tale om en stor søskenflokk, små barn og gjenværende foreldre med sykdom, er det mye som taler for at utvisning er uforholdsmessig og i strid med barnekonvensjonen. Utvalgets flertall mener å se dette dilemmaet tydelig i flere av i de 30 sakene, der inngrepstyrken er høy overfor barnet, uten at det tillegges rimelig vekt.

Momenter for skjønnet er riktignok tatt i bruk, og disse er i grove trekk gjennomgått flere steder i rapporten. En ytterligere kodifisering vil neppe utgjøre noen stor gevinst ved selve avveiningen. Utvalgets flertall mener at det i stedet bør gis større plass til i regelverket å ta hensyn til og respektere de føringer om barnets beste som ligger i barnekonvensjonen og EMDs avgjørelser. Selv om norsk rett ikke skal utarbeide prognoser for EMDs kommende avgjørelser, er på den andre siden Grunnloven § 104 en bestemmelse som bør få større gjennomslagskraft. Hittil er det i praksis lagt mye vekt på at barnets beste må vike for andre hensyn. Men denne reservasjonen treffer ikke så godt dersom man faktisk kan sette inn fleksible tiltak for å sikre statens behov. Oppmykingen av regelverket bør omfatte både selve

avveiningen, avgjørelsesgrunnlaget, begrunnelsen og muligheten for å høre barnets syn. Det bør også etableres en annen praksis for når utvisning skal vurderes der barnet har sterke interesser i at forelderen ikke utvises. Der det er et etablert familieliv, vil det normalt være tilfelle.

Det samlede utvalget er enige i at lempeligere tiltak bør iverksettes. Stortinget har bedt regjeringen om å utrede utlendingsloven og tiltak som «som gjør det mulig for utlendingsforvaltningen å supplere bruk av utvisning og innreiseforbud med et bredere sett av reaksjonsformer når særlige forhold tilsier det, som hensynet til barnets beste», se Innst.140 S (2017–2018) side 3. Tilleggstid etter utlendingsloven § 70 andre ledd er et slikt tiltak. Det er viktig at disse tiltakene nettopp tilpasses de saker som berører barn. En rekke andre tiltak kan også tenkes, som utvalget kommer tilbake til nedenfor. Også tiltak som bidrar til kortere innreiseforbud og et mer konsistent regelverk for dem som skal søke familiegjening, kan bidra.

8.3. *Særvotum fra mindretallet*

8.3.1. *Innledning*

Utvalgets mindretall, medlemmene Torgersen og Iversen, er kommet til et annet resultat. Mindretallet presiserer at det mange steder i utredningen er vist til «utvalgets» syn og konklusjoner uten at mindretallet kan støtte alle disse vurderingene. Det har ikke vært hensiktsmessig å gå inn på mindretallets syn i enhver sammenheng begrepet «utvalget» brukes, og begrepet vil derfor ikke kunne tas til inntekt for et felles standpunkt. Vi vil her imidlertid gjøre rede for vårt syn og hovedinnvendinger.

Utvalgets mindretall deler ikke flertallets generelle vurdering av forvaltnings- og domstolspraksis, slik den fremkommer i utredningen. Mindretallet oppfatter flertallets vurdering slik at hensynet til barnets beste generelt ikke får tilstrekkelig vekt i dagens praksis, i strid med folkeretten.

Det kan aldri utelukkes at utlendingsforvaltningen i enkeltsaker trår feil, både med tanke på om en sak er tilstrekkelig opplyst, om den konkrete avveiningen er forsvarlig foretatt og om vedtaket er godt nok begrunnet. Mindretallet mener at gjennomgangen av sakene utvalget hadde til gjennomsyn, viser at det er foretatt konkrete avveininger av de motstridende hensynene i tråd med regelverket. Mindretallet har heller ikke funnet grunn til å si at sakene ikke er godt nok opplyst før vedtakene er fattet, og mener videre at avveiningene er belyst i begrunnelsene og at barnas interesser er tilstrekkelig ivaretatt. Mindretallet deler heller ikke flertallets syn på innholdet i Høyesteretts dom (HR-2019-2286-A) i Yasmin-saken som bekrefter forvaltningens bruk av terskelen «uvanlig store belastninger» i saker der de aktuelle bruddene på utlendingsloven er meget alvorlige.

8.3.2. *Bakgrunn og rammene for utvisning*¹⁵⁵

Utvisning er en forvaltningsmessig reaksjon på lovovertridelser en utlending har begått, og er den strengeste sivile reaksjonen etter utlendingsloven. Utlendingsforvaltningen er satt til å foreta avveininger mellom to motstående interesser – statens behov for å reagere på lovbruddet målt opp mot hensynet til utlendingen selv og dennes nærmeste familie. Det er på det rene at utvisning er et inngripende tiltak og at det vil oppleves strengt for den det gjelder, særlig når barn blir berørt. Som det også fremgår av utvalgets mandat, legger regelverket for utvisning opp til en streng praksis. Lovgiver har fastsatt at det kan reageres med utvisning ved grove brudd på utlendingsloven, også når utlendingen har barn i Norge. Om det skal reageres med utvisning beror altså på en helt konkret vurdering av alvoret i handlingen(e) på den ene siden og hensynet til utlendingen og den nærmeste familien og barna på den andre siden. Lovgiver har også regulert når det, på visse vilkår, ikke skal reageres med utvisning ved ulovlig opphold eller arbeid i mindre enn to år, jf. uf § 14-1.

Når barn blir berørt av et vedtak om utvisning av en av foreldrene, er hensynet til hva som er til barnets beste et grunnleggende hensyn i forholdsmessighetsvurderingen. Dette kommer uttrykkelig frem i ul § 70. Det inngrepet som en utvisning vil innebære, må skje innenfor rammene av norsk regelverk, men også innenfor de skranker våre internasjonale forpliktelser setter. Særlig relevant i denne sammenheng er Barnekonvensjonen og den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK) art. 8 om retten til familieliv.

Det nærmere innholdet i hva som ligger i hensynet barnets beste og når dette hensynet gjør at et vedtak om utvisning er et uforholdsmessig inngrep, utpenses langs flere linjer – gjennom lovgivning, forvaltningspraksis og rettsutvikling både nasjonalt og gjennom avgjørelser i EMD. Forvaltningen plikter lojalt å forholde seg til regelverket og rette seg etter rettsutviklingen. Videre må forvaltningen sørge for at sakene er godt nok opplyst for å kunne foreta en forsvarlig vurdering i sakene, og i tillegg å synliggjøre hvilke momenter som er vektlagt i avveiningen og hvorfor resultatet da ble som det ble.

UDI og UNE har i oppgave objektivt å veie de hensyn som taler for utvisning opp mot å ivareta individet og dennes familie. Ved vurderingen av om utvisning er uforholdsmessig overfor barnet, er det en rekke momenter som vil kunne spille inn, som eksempelvis barnets alder, sårbarhet og hva som vil være barnets omsorgssituasjon dersom en av foreldrene må forlate Norge. Andre momenter vil være om familien kan velge å bo sammen i den utvistes hjemland i perioden innreiseforbudet varer. Videre er det slik at et vedtak om utvisning rammer barn svært ulikt. Det vil for eksempel være forskjell på å utvise en omsorgsperson barnet alltid har bodd sammen med, og å utvise en person barnet kun har et distansert forhold til. Disse momentene illustrerer at det ville være svært krevende for lovgiver å forsøke å angi hvilken vekt de ulike momentene skal ha i vurderingen. Selv et forsøk på dette i beste mening

¹⁵⁵ Dette er behandlet i kapittel 3, 6 og 7.

ville tvert imot kunne føre til en innskjerping ved at forvaltningens rom for skjønn ble snevret inn.

Avgjørelser fra EMD viser at Norge i tre enkeltsaker er dømt i utvisningssaker som omhandler barn, men også to saker som har gått i motsatt retning. Forvaltningen har fulgt opp de avklaringer som ble gitt gjennom disse dommene. I 2019 avsa Høyesterett en dom (Yasmin-saken) som stadfestet forvaltningens praksis om at det i saker der en utlendingsbrudd på utlendingsloven blir funnet å være meget alvorlig, så vil et vedtak om utvisning være uforholdsmessig overfor barna dersom det foreligger «uvanlig store belastninger». Saken er sluppet inn for behandling i EMD.¹⁵⁶

Til syvende og sist er det et politisk spørsmål hvorvidt en ønsker å vedta regelendringer som innebærer mindre bruk av utvisning som forvaltningssanksjon der barn blir berørt. Hvilke samfunnsmessige hensyn som er så viktige at utvisning bør være reaksjonsformen også der en utlending har barn bosatt i Norge, er i kjernen av lovgivers oppgave. Lovgiver må også ta stilling til om utvisning er den hensiktsmessige reaksjonsformen i saker som berører barn. Nylig har det i så måte trådt i kraft en endring i utlendingsloven § 70 annet ledd som innebærer at det som alternativ til utvisning ved alvorlige brudd, heller kan fastsette krav om tilleggstid før innvilgelse av permanent oppholdstillatelse.

8.3.3. *Utviklingstrekk i saker som berører barn*

Mindretallet mener at forvaltningspraksis har blitt endret og justert som følge av utviklingen av rettspraksis i både norsk rett og i EMD, og endringer i rettsutviklingen på feltet som ivaretar barn. Mindretallet mener at hensynet til barnet i større grad har slått igjennom i forhold til de innvandringsregulerende hensynene. Mindretallet mener utviklingen av forvaltningspraksis har resultert i flere vedtak om ikke-utvisning og at fastsettelsen av innreiseforbudets lengde settes til laveste alternativ – 2 år i de langt fleste saker. Statistikken inntatt i utredningen viser at i utvisningssaker som berører barn er det en høyere andel, mer enn dobbelt så stor, som ender med ikke-utvisning enn med utvisning i UDI. Det har også vært en økning i andelen utvisningssaker som ender med ikke-utvisning i saker som berører barn i den perioden utvalget har sett på (2019-2021). Selv om mange blir utvist er det flere som ikke blir utvist. I mange av disse sakene ble hensynet til barn avgjørende for utfallet.

Som også vist til i rapporten har det over tid vært en generell oppmyking av regelverket og praksis ved fastsettelse av innreiseforbudets lengde. Utlendingsforskriften har flere bestemmelser som regulerer fastsettelsen av innreiseforbudets lengde når barn er berørt. Generelt gjelder det i alle utvisningssaker der barn er berørt og utvisning anes for å være et forholdsmessig tiltak, at hensynet til barnets beste skal vektlegges ved beregning av innreiseforbudet lengde i henhold til utlendingsloven § 70 annet ledd og uf § 14-2 tredje og femte ledd. I henhold til uf § 14-2 skal det som hovedregel ikke settes varig innreiseforbud

¹⁵⁶ EMDs praksis og avgjørelser mot Norge er inngående behandlet i kapittel 5.

dersom utlendingen har barn i Norge som vedkommende i lengre tid har bodd fast sammen. Dette gjelder uavhengig av grunnlaget for utvisningen. Videre følger det av uf § 14 -2 tredje ledd at innreiseforbudet som hovedregel skal tidsbegrenses for to år, i de tilfeller der utlendingen blir utvist for brudd på utlendingsloven.

Dette viser etter mindretallets vurdering at det har vært en klar oppmyking i regelverket med hensyn til fastsettelsen av innreiseforbudets lengde som skal ivareta barnet. Dette er også signaler som forvaltningen har fulgt opp i sine avgjørelser, og hvor det i de aller fleste saker der barn blir berørt av utvisning ved brudd på utlendingsloven også ved meget alvorlige brudd, ikke settes innreiseforbud lenger enn 2 år. Dette er også illustrert ved gjennomgangen utvalget hadde av 30 forvaltningssaker hvor resultatet viste at innreiseforbudet var satt til 2 år med ett unntak. Denne utviklingen i praksis utfordrer spennet i reaksjonsfastsettelsen da innreiseforbudet som den klare hovedregel settes til 2 år uavhengig av bruddets alvor. I loven er også ett års utvisning inntatt som et alternativ, men dette alternativet er knyttet til innføringen av Returdirektivet og til oversittet utreisefrist hvor det fremgår av Justisdepartementets retningslinjer G-07/2016 at «Endringen i ordlyden ikke er ment å endre gjeldende praksis om utvisning av utlending med barn i riket».

I september 2021 trådte det også som nevnt i kraft en endring i utlendingsloven § 70 annet ledd, som innebærer at det ved alvorlige brudd på utlendingsloven, kan fastsettes et krav om tilleggstid før innvilgelse av permanent oppholdstillatelse som alternativ til vedtak om utvisning. Det er imidlertid i forarbeidene, Prop.83 L (2020-2021) pkt. 1 uttalt: «...[d]e nye reglene om tilleggstid skal ikke danne grunnlag for noen generell oppmyking av praksis med hensyn til utvisning av utlendinger som overtrer utlendingsloven, men vil gi større fleksibilitet i særlige tilfeller, herunder i saker hvor det gjør seg gjeldende spesielle hensyn knyttet til barn som berøres av vedtaket». Dette må etter mindretallets oppfatning forstås slik at lovgiver mener at tilleggstid bare er et alternativ til utvisning der det gjør seg gjeldende spesielle hensyn knyttet til barn, og altså ikke der belastningen for barnet ligger innenfor det som må anses som «normalbelastningen» ved en adskillelse fra forelderen. Mindretallet mener lovgiver har mulighet til å utvide nedslagsfeltet til denne bestemmelsen, og har kommet med et forslag til endring som viser et mulig alternativ til hvordan bestemmelsen kan anvendes for spesielle grupper.

Andre forslag, som illeggelse av overtredelsesgebyr, har tidligere vært vurdert og forkastet, og mindretallet ser det ikke hensiktsmessig på nytt å foreslå dette.

8.3.4. Særlig om brudd på utlendingslovgivningen som utvisningsgrunnlag¹⁵⁷

Utvalgets mandat har som vist til i rapporten vært terskelvurderingene i saker der barn blir berørt av vedtak om utvisning for brudd på utlendingsloven jf. utlendingsloven § 66.

¹⁵⁷ Dette er inngående behandlet også i punkt 3.4.

Det å bryte utlendingsloven er straffbart etter utlendingsloven § 108, og kan straffes med bøter eller fengsel inntil 6 måneder.¹⁵⁸ Utlendingsmyndighetene er i disse sakene imidlertid gitt myndighet til å vurdere utvisning uten å gå veien om tiltale og straff. Utvisning for brudd på utlendingsloven er begrenset til kun å gjelde personer uten oppholdstillatelse. Sakene omfatter blant annet utlendinger som har fått tilbakekalt sine oppholdstillatelser fordi disse er gitt på uriktig grunnlag, ofte fordi det senere har vist seg at personene har oppgitt uriktig identitet/statsborgerskap. Det kan typisk også omfatte utlendinger som har fått avslag på søknad om beskyttelse eller annet oppholdsgrunnlag, men som ikke har forholdt seg til utreiseplikten. Allerede i kraft av avslaget på oppholdstillatelsen hadde de altså en plikt til å forlate landet, som da ville medført en splittelse med barn lovlig bosatt i Norge. Det er derfor slik at det ikke er konsekvensen av utvisningsvedtaket som medfører en splittelse mellom barn og forelderen, men det underliggende avslaget på tillatelse til opphold i Norge. Et vedtak om utvisning innebærer derfor først og fremst et innreiseforbud når utlendingen har forlatt landet. Selv om utlendingsmyndighetene i en sak kommer til at det ikke skal fattes vedtak om utvisning av hensyn til barnet, er det likevel ikke sikkert at forelderen fyller vilkårene for en oppholdstillatelse. Det kan være ulike årsaker til dette, som at underholdskravet ved søknad om familieinnvandring ikke er oppfylt, eller at klageren ikke oppfylder kravet til å sannsynliggjøre sin identitet i tråd med regelverket. Gjennomgangen av de 30 forvaltningsvedtakene utvalget har sett på, viser at utlendingen i mange av sakene ikke hadde sannsynliggjort sin identitet.

8.3.5. De samfunnsmessige hensynene¹⁵⁹

Gjennomgangen av de 30 sakene utvalget har hatt til gjennomsyn illustrerte et bredt spekter av brudd på utlendingsloven. I en rekke av sakene hadde utlendingen videre etablert familielivet under det ulovlige oppholdet i Norge. I vedtakene gis det da uttrykk for at dette innebærer at vedkommende ikke kan ha hatt en berettiget forventning til å utøve et familieliv i Norge.

8.3.6. Nærmere om forholdsmessighetsvurderingen i saker om utvisning der barn blir berørt¹⁶⁰

Forholdsmessighetsvurderingen tar utgangspunkt i grunnlaget for utvisningen (ul § 66). Jo alvorligere forholdet er, dess tyngre vil dette veie i helhetsvurderingen.

En utlending kan ikke utvises dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

I forarbeidene til ul § 70 fremheves at det ved forholdsmessighetsvurderingen må tas hensyn til Norges internasjonale forpliktelser, se Ot.prp.nr.75 (2006–2007) side 292. Særlig sentralt

¹⁵⁸ Se eksempelvis HR- 2021-798- A.

¹⁵⁹ Krf. punkt 3.5.3 og 5.2.7.

¹⁶⁰ Dette er inngående behandlet i punkt 3.5.4 – 3.5.5, 6.2.3 og 7.3. 3.

står her beskyttelsen av familielivet etter EMK artikkel 8 og at hensynet til barnets beste skal være «a primary consideration» etter barnekonvensjonen artikkel 3. At barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, er også uttrykkelig løftet frem i § 70 første ledd andre punktum.

Vurderingen av hvilke hensyn som tillegges vekt når barn berøres av et vedtak om utvisning og hvordan disse måles opp mot statens interesser i å utvise, hvor bruddets alvor er det sentrale, er essensen i utvalgets mandat. Denne avveiningen må foretas etter en «fair balance» av de motstående hensynene, (EMD i Jeunesse).

8.3.7. Hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen

Ved vurderingen av hvilken vekt barnets beste skal ha i den konkrete sak, er det en rekke ulike momenter som kan være relevante, og som vil kunne bli tillagt ulik vekt avhengig av hva som er situasjonen i den konkrete sak. Det vises til UDI rundskriv RS 2010-024 der disse forholdene nevnt som relevante momenter ved vurderingen av barnets beste ved familiesplittelse. Listen er inntatt i rapporten s. 114.

Mindretallet viser til at det nettopp er hensyn som nevnt her, som etterspørres i forvaltningen og som kan ha betydning ved forholdsmessighetsvurderingen. Om hensynene i den konkrete sak får gjennomslagskraft, beror på en konkret vurdering, og målt opp mot forholdets alvor.

I forvaltningspraksis har det vært vurdert at i saker der forholdets alvor er funnet å være «meget alvorlige» brudd på utlendingsloven vil et vedtak om utvisning først være uforholdsmessig overfor de berørte barna dersom inngrepet vil utsette dem for «uvanlig store belastninger». Denne terskelbruken ble som nevnt bekreftet av Høyesterett i Yasmin-saken HR-2019-2286-A. I 2020 oppdaterte UDI hovedrundskrivet (UDI 2010-024) om utvisning med nye punkter om barnets beste i tråd med dommens avklaringer, med særlig vekt på terskler for utvisning.

For brudd på utlendingsloven som ikke er meget alvorlige, men som ligger i nedre sjikt av alvorlighetskalaen, brukes ikke terskelen «uvanlig store belastninger». Det skal her mindre til for at utvisning er uforholdsmessig i slike saker.

I saker som befinner seg i et mellomsjikt mellom meget alvorlige brudd og mindre alvorlige brudd, foretas det en konkret interesseavveining av forholdets alvor opp mot utlendingens tilknytning til Norge, og hensynet til barnas beste, og hvor det sentrale vil være om barnet har en tilfredsstillende omsorgssituasjon ved en eventuell utvisning.

I saker der det foreligger et meget alvorlig brudd på utlendingsloven skal det vurderes om utvisning vil føre til «uvanlig store belastninger» for berørte barn og om det foreligger «ekstraordinære forhold» i saken.

Det ses med andre ord hen til begge deler ved vurderingen av belastningen for barnet. Det følger av EMDs praksis knyttet til EMK art 8 at et usikkert oppholdsgrunnlag, som vil gjelde i de fleste saker ved brudd på utlendingsloven, vil ha betydning for retten til å utøve et familieliv, men at det må vurderes om det foreligger «exceptional circumstances» i saken.¹⁶¹

Videre følger det av Høyesterettspraksis at karakteren og alvorret i handlingen utlendingen har begått har betydning for hvilke belastninger som må tåles, og ved meget alvorlige brudd på utlendingsloven så vurderes om utvisning vil føre til «uvanlig store belastninger»¹⁶²

Når overtredelsen er mindre alvorlig, også når familielivet har vært etablert på et tidspunkt hvor de involverte familiemedlemmene var klar over at utlendingens oppholdsstatus i Norge var usikker, og et moment i vurderingen, så veier samfunnshensynene mindre. Da kan det legges større vekt på hensynet til barnet, som normalt alltid taler for at utlendingen ikke utvises.

8.3.8. Gjennomgangen av de 30 forvaltningssakene i perioden 2019-2021

Det vises til at utvalget i henhold til mandatet skulle gi en analyse av gjeldende praksis i utvisningssaker på bakgrunn av brudd på utlendingsloven der barn blir berørt.

Sakene ble identifisert ved loddtrekning basert på UNEs praksisbase i alle aktuelle saker (utvisning på bakgrunn av brudd på utlendingsloven) som berørte barn i perioden 2019-2021. I tillegg inneholder utvalget fire saker der UDI fattet vedtak om ikke å utvise av hensyn til barn i samme periode.

Utfallet av sakene

Av de 26 sakene der UDI fattet vedtak om utvisning, endte det med ikke-utvisning i fem av sakene etter behandling i UNE. Tre av sakene gjaldt klager over UDIs vedtak, mens to av sakene gjaldt anmodninger om omgjøring av UNEs egne vedtak, og der det forelå nye opplysninger i sakene. I en sak satt UNE ned innreiseforbudets lengde fra fem til to år av hensyn til barnet.

Utvisningsgrunnlaget i de 30 sakene

Gjennomgangen av de 30 sakene utvalget har hatt til gjennomsyn illustrerte som nevnt et bredt spekter av brudd på utlendingsloven, eksempelvis ulovlig opphold i spennet mellom 3 og nærmere 12 år, uriktige forklaringer om identitet, statsborgerskap, hjemsted, alder osv. Videre omfattet bruddene blant annet fremleggelse av falske dokumenter, ulovlig arbeid og brudd på innreiseforbudet. Gjennomgangen viste at det først foretas konkrete vurderinger av hvilke brudd utlendingen har begått på utlendingsloven (altså om det foreligger et utvisningsgrunnlag) og deretter en vurdering av bruddets alvor i den konkrete sak. Det er altså dette forholdet som inngår i vektingen opp mot hensynet til barnets beste.

¹⁶¹ Kfr. punkt 5.2.8.

¹⁶² Teamet er behandlet i kapittel 6.

8.3.8.1. Hva ble ansett å utgjøre «uvanlig store belastninger» i sakene?

I flere av sakene ble det vurdert å foreligge meget alvorlige brudd på utlendingsloven. Felles for sakene der det ble vurdert at utvisning av en av foreldrene ville innebære en «uvanlig stor belastning» for barnet/barna, var at en anså at den gjenværende omsorgspersonen ikke alene ville være i stand til å gi barna tilstrekkelig omsorg.

I en sak ble det funnet å være uforholdsmessig å fatte vedtak om utvisning til tross for meget grove brudd på utlendingsloven (uriktige opplysninger om identitet og ulovlig opphold) da det ene berørte barnet hadde særlige omsorgsbehov som følge av autisme. Barnet hadde på grunn av sin diagnose særlig behov for stabilitet og oppfølging. Det ble blant annet vist til at dette ville kreve mye av den gjenværende forelder, som i tillegg hadde omsorgen for et annet barn, også selv om familien kunne tilbys avlastning av det offentlige.

I en annen sak hvor det ble funnet å foreligge meget alvorlige brudd på utlendingsloven (4 ½ års ulovlig opphold), hadde det fremkommet nye opplysninger om sykdom hos den gjenværende omsorgspersonen (far) som krevde tett oppfølging på sykehus. Barna i saken var små, og det var heller ikke mulig for familien å bosette seg sammen i foreldrenes felles opprinnelsesland, da barnas far hadde blitt innvilget beskyttelse. Utvisning av mor ble i saken ansett å utgjøre en uvanlig stor belastning for barna.

En av sakene var knyttet til avhengighetsproblematikk hos gjenværende omsorgsperson, og det ble konkludert med at utvisning av barnas mor ville utgjøre uvanlig store belastninger for dem. Det ble blant annet trukket frem at de to eldste barna også tidligere hadde vært utsatt for brudd i omsorgssituasjonen. Det ble lagt til grunn at faren ikke ville kunne utgjøre en slik stabil, trygg og nær omsorgsperson for barna som anses nødvendig for å hindre at de ville bli utsatt for uvanlig store belastninger ved adskillelse fra mor. Det ble i den sammenheng også vist til at han ville bli alene om omsorgen for tre barn, hvorav to ville kreve betydelig omsorg grunnet lav alder. I vurderingen var det også vektlagt at det forelå hindringer som gjorde at familielivet ikke kunne videreføres i klagerens hjemland, og at utvisning dermed ville utgjøre en tvangssituasjon.

I en sak der barnas far hadde et alkoholmisbruk, ble det blant annet vist til at selv om faren ville kunne få bistand fra det offentlige støtteapparatet, herunder barnevernet, ville slike tiltak måtte være av svært omfattende karakter for å ivareta omsorgen for barna. Videre ble det ansett som svært usikkert hvordan barnets omsorgssituasjon ville være dersom hun ble med sin mor til hennes hjemland hvor hun ikke hadde et nettverk og ikke hadde vært på en lang årrekke. Utvisningsgrunnlaget i saken var mangeårig ulovlig opphold.

8.3.8.2. Sakene som endte med utvisning

I samtlige av sakene som endte med utvisning, er det konkludert med at det beste for barna ville være at forelder, ikke ble utvist. Når det likevel har endt med utvisning i sakene, har det vært knyttet til konkrete vurderinger hvor det sentrale er at barna vil ha en tilfredsstillende omsorgssituasjon også etter vedtak om utvisning.

Gjennomgangen av sakene viser at følgende momenter ikke har medført at vedtak om utvisning har blitt ansett å være uforholdsmessig:

-Reaksjoner som sorg, savn, uro, forvirring mv. Disse reaksjonene er i vedtakene ofte omtalt som «normalbelastninger» som kan forventes når en av omsorgspersonene utvises. I flere av vedtakene er det vist til følgende uttalelse fra Høyesterett (Rt 2005 s. 229 i avsnitt 52):

”Det normale er at en utvisning vil gripe inn i et etablert familieliv på en belastende måte så vel økonomisk, som følelsesmessig og sosialt, og lett medføre psykiske problemer. Det gjelder ikke minst når en familie skilles som følge av utvisningen. Slike belastninger vil ikke i seg selv være tilstrekkelig til å si at en utvisning er et uforholdsmessig tiltak.”

-Økt omsorgsbyrde for den gjenværende forelder. I flere av sakene er det trukket frem at den gjenværende forelder kan be om støtte fra det offentlige ved behov.

-Helseutfordringer, både fysiske og psykiske som ikke anses så alvorlig at vedtak om utvisning er ansett å være uforholdsmessig. I sakene har dette omfattet blant annet (enten hos barnet eller gjenværende omsorgsperson) diabetes, kneskader, migrene osv. Sakene omfatter også en jente med utviklingshemming som i tillegg hadde to andre søsken. I den konkrete saken hadde barnets far et ulovlig opphold på over 11 år. Videre hadde han oppgitt å være mindreårig da han søkte om beskyttelse, mens aldersundersøkelse viste at han var langt eldre. Han hadde heller ikke lagt frem ID-dokumenter. Barnets far hadde frivillig returnert til hjemlandet, og befant seg ikke i Norge da vedtak om utvisning ble fattet. I UNEs vedtak blir det vist til at barna hadde en trygg omsorgsperson gjennom sin mor, og det ble vist til at hun hadde hatt omsorgen for barna alene i mer enn et år.

Det at barna har hatt lav alder eller vært norske borgere, har i sakene utvalget har sett på ikke i seg selv vært momenter som utgjorde at vedtak om utvisning ble ansett som uforholdsmessig. Det vises for øvrig til gjennomgangen av momentene inntatt i rapportens kapittel 7.

I flere av sakene er det lagt vekt på at familien, dersom de ønsker det, kan velge å utøve familielivet i den utvistes hjemland i hele eller deler av perioden for innreiseforbudet. Ofte har foreldrene hatt samme opprinnelsesland.

I noen av sakene i utvalget er det imidlertid også fattet vedtak om utvisning der det å henvise til utøving av familielivet i den utvistes hjemland ikke har vært en reell mulighet. Relasjonsbruddet kan da anses som «tvunget». Dette er tilfeller der barnet har et beskyttelsesbehov i det aktuelle landet (typisk fare for kjønnslemlestelse - FGM), eller den gjenværende omsorgspersonen har fått innvilget beskyttelse selv, og derfor ikke kan henvises til å dra til det aktuelle landet. Når det likevel i disse sakene er fattet vedtak om utvisning, er det fordi det legges til grunn at til tross for denne adskillelsen (typisk i to år), så vil barna ha en

tilstrekkelig god omsorgssituasjon gjennom den gjenværende forelderen i Norge. Momenter som at de vil bli værende i sitt vante miljø i Norge, at de kan opprettholde kontakt med den utviste gjennom sosiale medier osv er også trukket frem. Selv om de ovennevnte eksemplene er i tråd med dagens praksis og gjeldende regelverk, ser mindretallet også at disse barna kan bli hardere rammet av et vedtak om utvisning enn saker der familien selv har mulighet til å velge å utøve familielivet i den utvistes hjemland, og har vist til en mulig utvidelse av anvendelsesområdet for bruk av tilleggstid, jf § 70 annet ledd. Det vises til mindretallets forslag nr. 2.

8.3.9. *Generelt om saksutredning*

Utlendingsforvaltningen skal påse at en sak er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes, jf forvaltningsloven § 17 og § 33. Utredningsplikten er relativ og avhengig av sakens karakter, jf. Høyesteretts dom: HR-2017-2376-A avsnitt 36.

Det er uomtvistet at forvaltningen har en utredningsplikt, men det skal bemerkes at den saken retter seg mot også har et ansvar for å opplyse sin egen sak. Dette er forvaltningssaker hvor utgangspunktet er skriftlig saksbehandling. Verken Barnekonvensjonens art 12 eller uf § 17-3 oppstiller et krav om muntlig saksbehandling.

I UDIs forhåndsvarsler fremkommer det at forvaltningen trenger opplysninger om barn dersom den utviste har barn i Norge, og at barnet har rett til å bli hørt. Dette er en rett for barnet, men ingen plikt. Det er foreldrene som må styre når barnet skal informeres om utvisning, og det vil være opp til foreldrene hvordan barnet skal involveres. I forhåndsvarslerne bes det om opplysninger om barnets tilknytning til familie, venner og nærmiljø i Norge og i hjemlandet og opplysninger om barnets helsesituasjon. I en del saker med større barn får UDI derfor egne skriv fra barna som blir berørt av utvisning. Dersom UDI ser at det er behov for mer detaljerte opplysninger om eventuelle barn, sendes det ut nok en forespørsel om dette direkte til den aktuelle advokat. I en del saker innhentes også informasjon fra barnevernet dersom familien har vært i kontakt med det. I noen tilfeller bes politiet om å utrede saken ytterligere ved en samtale med den det gjelder eller kontakter andre instanser som har opplysninger om barnet. I noen saker foreligger det også politirapporter der politiet har vært i kontakt med skole mm for å undersøke barnets tilknytning til nærmiljøet.

For å gjøre gode og riktige barnets beste vurderinger er det viktig med opplysninger om barnas situasjon. Her har UDI etter NOAS rapport om utvisning i 2020 utformet nye forhåndsvarsler og brev til advokat for å få opplyst saken. Det er også utformet nye brev til politiet med anmodning om å høre barn i saker der det advokat ber om dette.

Generelt legger forvaltningen til grunn at barnets beste er at forelderen ikke blir utvist. Dette premisset er som nevnt tatt inn i samtlige saker som utvalget har hatt til gjennomsyn. Et motsatt premiss vil en svært sjelden kunne se for seg, eksempelvis der utlendingen har vært domfelt for voldsutøvelse mot barnet eller der barnet aldri har hatt kontakt med forelderen

mv. Videre legger forvaltningen til grunn at barnets omsorgssituasjon er tilfredsstillende dersom det ikke inngis opplysninger som tilsier noe annet. Utvalgets gjennomgang av forvaltningsvedtakene illustrerer eksempler på dette ved følgende formulering; «Det foreligger ingen opplysninger i saken som tilsier at barnas far ikke vil evne å ivareta omsorgen for barna hvis mor blir utvist.» Dette anses forsvarlig ved at klageren har hatt anledning til å komme med nødvendig informasjon, og at denne gruppen har rett til advokat.

Samtidig er forvaltningen bevisste på at utredningsplikten går lenger i saker som berører barn, jf. også kravet til begrunnelse i utlf. § 17-1 a. Barn har som regel ikke selv anledning til å ivareta sine interesser i saken og er avhengige av sine foreldre og deres advokat. I tillegg til UDIs forhåndsvarsler, har UNE utarbeidet automatisk genererte e-meldinger som blir sendt ut i alle utvisningssaker hvor UNE har mottatt klage. Der informeres det kort om barnets rett til å bli hørt, og det blir konkretisert hvilke opplysninger om barnet som er særlig relevante. Av de 26 sakene utvalget har gjennomgått (i fire av sakene fattet UDI vedtak om ikke å utvise), hadde UNE av eget initiativ bedt om tilleggsopplysninger i 11 av sakene i tillegg til den utredningen som UDI hadde foretatt. Blant disse er også anmodninger om omgjøring av UNEs eget vedtak. Dette omfattet både spørsmål om oppdaterte opplysninger om barna selv (herunder deres helsesituasjon), men også om den gjenværende omsorgspersonen. Opplysningene om barna i sakene kommer fra et bredt spekter av aktører; foreldre, advokat, skole, barnehage, helsepersonell og barnevern.

Mindretallet mener basert på en gjennomgang av de 30 sakene, at det ikke kan stille seg bak flertallets generelle vurdering av at vedtakene er fattet på for svakt avgjørelsesgrunnlag.

8.3.10. Særlig om høring av barn

Mindretallet viser til at når det gjelder høring av barn, oppstiller hverken Barnekonvensjonens art 12 eller uf § 17-3 et krav om muntlig høring av barn.¹⁶³ Gjennomgangen av de 30 sakene viste at mange av barna var små, fra 6 år og nedover. Det er ofte da i vedtakene vist til uttalelser som; «Barna er så små at de vanskelig kan uttale seg om saken. Deres interesser anses imidlertid ivaretatt ved uttalelser fra...» Mindretallet viser videre til at FAFO har fått i oppdrag av UDI å vurdere hvordan utlendingsforvaltningen best kan ivareta barns rett til å bli hørt i utvisningssaker som berører dem. Mindretallet avventer FAFOs rapport vedrørende dette.

8.3.11. Forvaltningens begrunnelser i utvisningssaker som berører barn

Flertallet har blant annet uttalt at det kan sies å ha etablert seg over tid en streng praksis som kan skape noe tvil om barnets rettigheter – etter Grunnloven og barnekonvensjonen – i tilstrekkelig grad løftes frem i begrunnelsen. Mindretallet kan ikke slutte seg denne generelle vurderingen.

¹⁶³ Kfr. gjennomgangen i punkt 4.8.6.

Forvaltningen må sikre at vedtak om utvisning i saker som berører barn er godt nok begrunnet. I utlendingsforskriften § 17-1 a om begrunnelse i vedtak som berører barn, fremkommer det at begrunnelsen skal omfatte hvilke vurderinger som har vært foretatt av barnets situasjon, herunder hvordan hensynet til barnets beste er vurdert, hvilke innvandringsregulerende hensyn som er vurdert og avveiningen mellom disse. Høyesterett uttrykker dette slik i Yasminsaken (HR-2019-2286-A (107)); «Dersom et utvisningsvedtak vil få betydning for barn, må det foretas en inngående, konkret og individuell vurdering av barnets interesser. Hensynet til barnets beste skal være grunnleggende og veie tungt, men er ikke alene nødvendigvis avgjørende.»

Utvisning av utlendinger med barn i Norge byr på krevende vurderinger. Gjennomgangen av praksis viser at begrunnelsene er individuelle, og at de ulike momentene som gjør seg gjeldende veies opp mot hverandre.

Utlendingsforvaltningen har gjort flere grep for å støtte opp under de konkrete vurderingene og synliggjøre vurderingen av barnets beste i vedtakene. Dette har eksempelvis blitt gjort gjennom arbeid med maler som legger til rette for individuell vurdering av barnets beste og vurderingen av hvorvidt et vedtak om utvisning vil være uforholdsmessig overfor det enkelte barn. I malene er momentene som vil ha betydning for vurderingen tydeliggjort. UDI har på sin side et detaljert rundskriv om de aktuelle sakene hvor de aktuelle momentene for vurderingen er inntatt. Både UDI og UNE har gjort flere tiltak for å styrke sin barnefaglige kompetanse, og UNE har også knyttet seg til en rådgivende barnepsykolog som kan bidra i barnefaglige spørsmål, men som ikke uttaler seg som om den juridiske vektingen i enkeltsakene. Begge instanser har også utviklet interne notater knyttet til ulike barnefaglige problemstillinger.

Vedtakene inneholder opplysninger om barnas relasjon til utlendingen som vurderes utvist (om de bor sammen eller om den som vurderes utvist har rett til samvær), og hva som vil bli situasjonen etter et vedtak om utvisning. Vedtakene inneholder også opplysninger om barnas alder og statsborgerskap. Videre fremkommer andre opplysninger en har om barnet, for eksempel deres helsesituasjon, om de har særskilte omsorgsbehov, og de går på skole/barnehage, om deres nettverk osv.

8.4. *Flertallets kommentar til særavotumet*

Flertallet bemerker at særavotumet er gitt en bred form. Gjeldende rett er allerede grundig behandlet av hele utvalget i kapittel 3, 6 og 7, og de internasjonale rettskildene er gjennomgått i kapittel 4 og 5. Flertallet viser til denne redegjørelsen, som i stor grad er et produkt av det samlede utvalgets vurderinger. Der utvalgets syn er delt, fremgår dette direkte i teksten.

Flertallet finner grunn til å presisere at det ikke er noen uenighet om hvilke føringer som ligger i dagens rettstilstand hva gjelder innholdet av barnets beste, noe som er inngående

beskrevet både i kapittel 3 og 7, jf. særlig punkt 7.7.3. Disse punktene er uomtvistet. Flertallets syn er heller ikke at barnets beste ikke vektlegges eller i liten grad tas hensyn til. Det er først og fremst spørsmålet om *hvilken vekt barnets beste* skal ha i interesseavveiningen, som utvalget har en ulik omfatning om.

Når utvalget har på enkelte punkter har delt seg, gjelder dette følgelig – slik flertallet ser dette – de postene, der det reises spørsmål om barnets beste i norsk rett tillegges *tilstrekkelig vekt* – og da sett i lys av de internasjonale forbildene som menneskerettsloven og Grunnloven bygger på. Flertallet vil presisere at vårt standpunkt bygger på at det er grunnlag for et mer helhetlig syn på barnets beste i folkeretten enn det som kommer til uttrykk i norsk praksis, og at man i dag dessuten besitter et annet og bredere kunnskapsgrunnlag om konsekvensene for barn ved tvungen adskillelse og et annet internasjonalt fokus på viktigheten av at barnas stemme blir hørt.

9. Forslag til endringer og merknader til forslagene

9.1. *Innledning*

Innledningsvis vises det til at det er et politisk spørsmål hvorvidt en ønsker å vedta regelendringer som innebærer mindre bruk av utvisning som forvaltningssanksjon der barn blir berørt. Utvalget har foreslått endringer som særlig knytter seg til spørsmålet om utvisning der barn berører er nødvendig, utvidet adgang til lempeligere tiltak og større vekt på barnets beste i prosessuelle spørsmål.

I punkt 9.2 behandles *felles forslag fra det samlede utvalget* og i punkt 9.3, *flertallets forslag*.

Det skal kort bemerkes at utvalget har vurdert om det er hensiktsmessig å innta i forskrifts form i utf. § 14-1 hvilke momenter som skal inngå i forholdsmessighetsvurderingen i saker som berører barn, som blant annet foreslått i NOAS sin rapport. Blant annet foreslår de at det i § 14-1 burde klargjøres hvilke momenter som vil være sentrale i vurderingen av barnets beste i utvisningssaker. Dette ville typisk gjelde barns alder, sårbarhet, omsorgssituasjon etter en utvisning, om barnet er norsk borger mv. De foreslår også at bestemmelsen burde inneholde et krav om at utvisningsvedtaket av hensynet til barnets beste skal være forsvarlig.

Utvalget er enig at dette ville kunne tydeliggjøre hvilke momenter som er relevante for vurderingen og ha en positiv virkning også som en veiledning til gruppen disse sakene retter seg mot. Særlig å tydeliggjøre et krav om forsvarlig vedtak anses egnet. Samtidig vil dette kun ville innebære en kodifisering av dagens praksis. En slik liste kan heller ikke være uttømmende, og kan for øvrig vanskelig si noe om den konkrete vektingen av momentene opp mot de samfunnsmessige hensynene som gjør seg gjeldende i den konkrete sak som skal vurderes. Dersom en i forskrifts form skulle fastsette hvilken vekt ulike momenter skal ha i avveiningen mellom barnets beste og øvrige hensyn, viser utvalget til faren for at dette ville

kunne redusere skjønnsrommet for vurderingene og i mindre grad kunne ivareta individuelle hensyn. Videre er dette et felt hvor innholdet i de ulike momentene vil kunne være i utvikling gjennom rettslige avklaringer eller eksempelvis forskning på betydningen av relasjonsbrudd for ulike grupper av barn. I dag er UDIs rundskriv og UNEs maler med hjelpetekster for saksbehandlingen i stadig endring og utvikling i tråd med utviklingen på feltet. Endringer i forskriften vil følgelig ikke innebære en reell endring i barns rettsstilling i disse sakene, og utvalget har konkludert med ikke å anbefale en slik kodifisering.

9.2. Felles forslag fra det samlede utvalget

9.2.1. Tilleggstid som hovedregel der et vedtak om utvisning vil innebære et reelt brudd mellom den utviste og barnet, ved at en ikke kan henvisse til at de kan bo sammen i den utvistes hjemland i tiden innreiseforbudet varer

Innledningsvis bemerkes at det samlede utvalget er av den oppfatning at det bør åpnes opp for i lov og/eller forskrift å angi en større fleksibilitet ved bruken av tilleggstid etter utlendingsloven § 70 andre ledd i saker som berører barn.

I september 2021 trådte det i kraft en endring i utlendingsloven § 70 annet ledd som innebærer at det ved alvorlige brudd på utlendingsloven som gir grunnlag for utvisning som en alternativ reaksjon kan fastsettes et krav om tilleggstid før innvilgelse av permanent oppholdstillatelse. Dette er ment å gi større fleksibilitet i spesielle tilfeller og der det for eksempel er spesielle hensyn til barn i saken.

Så vidt utvalget er kjent med, har det så langt ikke blitt fattet vedtak om tilleggstid som alternativ til utvisning i saker som berører barn, verken i UDI og UNE. Det kan skyldes at bestemmelsen er ny, men også fordi UDIs rundskriv UDI 2010-024 setter terskelen høyt for når forvaltningen kan ta i bruk tilleggstid som alternativ til utvisning der utvisning ikke anses som uforholdsmessig. Terskelen er i UDIs rundskriv 2010-024, Utvisning av tredjelandsborgere, avsnitt 12, tydeliggjort med eksempler på falske opplysninger. De samfunnsmessige hensynene gjør seg sterkere gjeldende overfor personer som oppgir falske opplysninger om identitet enn overfor personer som f.eks. har et barn i hjemlandet det ikke har opplyst om. Med de rammer som er gitt for ordningen gir den liten fleksibilitet for forvaltningen i valg av sanksjonsform. Dette kommer også frem i høringsbrevene.

På s. 6 i høringsnotatet fremgår det at «Departementet vil både gjennom instruks til Utlendingsdirektoratet og gjennom forskrift kunne gi nærmere føringer om når det bør benyttes tilleggstid i stedet for utvisning.»

Det anses som et behov å klargjøre at terskelen for bruk av tilleggstid i stedet for utvisning er riktig forstått og at terskelen for tilleggstid eventuelt senkes. Hensynet til å gi bestemmelsen innhold og følge opp intensjonen om fleksibilitet taler også for dette. En slik klargjøring kan

også styrke § 70 første ledd annet punktum hvor det følger at i saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

Utvalget har følgende forslag til enkelte utsatte grupper, der departementet kan vurdere gjennom instruks, eventuelt forskrift, å angi at tilleggstid skal være hovedregelen fordi det foreligger slike «spesielle omstendigheter» som nevnt i forarbeidene, men likevel ikke slik at dette er ment å være uttømmende. Dette er saker som i dagens forvaltning ikke nødvendigvis ville ført til at vedtak om utvisning ville blitt ansett å være uforholdsmessig overfor de berørte barna i sakene.

Utvalget vil understreke at reglene *ikke* er ment å omfatte saker der utvisning er uforholdsmessig. Ved en eventuell innføring bør departementet presisere at listen ikke er uttømmende.

1. Saker, der det ikke er en reell mulighet å henvise familien til å utøve familielivet i den utvistes hjemland. Forutsetningen må være at den som vurderes utvist har en slik relasjon til barnet som nevnt i § 14-1 bokstav a og b. Følgende eksempler nevnes:

i) I saker der et barn er innvilget beskyttelse mot retur til landet som forelderen vurderes utvist til, kan en ikke henvise til at familien kan utøve familielivet der i perioden innreiseforbudet varer.

ii) Det samme vil gjelde for norske barn som har et beskyttelsesbehov, typisk ved risiko for FGM i det aktuelle landet.

iii) Andre eksempler på at det ikke vil være en reell mulighet å henvise familien til det aktuelle landet, vil være der den gjenværende forelderen selv har blitt innvilget beskyttelse mot retur til det aktuelle landet, og derfor ikke henvises til å bosette seg der.

iv) Også øvrige forhold kan tilsa at det ikke kan henvises til en slik mulighet – eksempelvis der den gjenværende forelderen har særkullsbarn i Norge som det utøver samvær med, eller som det bor sammen med, men som har rett til samvær med sin andre forelder i Norge.

2. For øvrig har det vært eksempel i forvaltningspraksis på saker der barna har skilte foreldre, og der det foreligger et høyt konfliktnivå mellom foreldrene på en slik måte at det kan stilles spørsmål ved om den gjenværende forelder vil komme til å bidra til at barnet skal få opprettholde kontakt med den utviste forelderen. Særlig vil dette kunne ramme små barn.

9.2.2. Adgang til å søke fra riket der en har funnet at det ikke skal fattes vedtak av hensyn til utlendingens barn (uf § 10-1)

Et vedtak om ikke å utvise en utlending som er i Norge uten lovlig opphold, setter personen i samme posisjon som alle andre som ønsker å søke om oppholdstillatelse i Norge. Det vil si at personen i utgangspunktet må reise hjem og søke om tillatelse i medhold av lovens § 56. I saker der det ikke fattes vedtak om å utvise av hensyn til barnets beste, vil dette typisk være i tilfeller der barnets omsorgssituasjon ikke vil bli tilstrekkelig ivarettatt dersom den ene forelderen utvises. Dette kan knytte seg til at barnet selv har store omsorgsbehov som krever to foreldres tilstedeværelse som ikke på forsvarlig måte kan avhjelpes ved hjelp fra det offentlige, eller det kan knytte seg til forhold hos den gjenværende forelderen. Utvalget finner at det i disse situasjonene ikke vil være hensiktsmessig av hensyn til barnet å henvise forelderen til å søke fra hjemlandet. Barnet vil da måtte være i en omsorgssituasjon som ikke er tilfredsstillende så lenge søknaden er til behandling.

I utvalgets møte med fagansvarlig i saker som handler om familieinnvandring i UDI, ble det informert om at det i praksis i de ovennevnte tilfellene gjøres unntak fra kravet om å søke fra hjemlandet, jf. at forvaltningen skal vurdere om det foreligger sterke rimelighetsgrunner som nevnt i uf § 10-1 som tilsier unntak fra utgangspunktet i lovens § 56.

Utvalget vil likevel foreslå å innta denne gruppen eksplisitt i § 10-1 som et av tilfellene der det gis adgang til å søke fra riket, da dette vil ha en viktig informasjonsverdi til gruppen dette gjelder for. Det foreslås at følgende inntas i uf § 10-1: «en utlending hvor det fattes vedtak om ikke å utvise fordi dette vil være uforholdsmessig for barnet».

9.2.3. Regulering av situasjonen der en utlending har forlatt Norge før det fattes vedtak om utvisning

Utvalget har i forvaltningspraksis sett eksempler på saker der en person med barn i Norge har dratt frivillig til hjemlandet etter at vedkommende har mottatt forhåndsvarsel om utvisning. Dersom saksbehandlingstiden i UDI er lang, kan det fremstå urimelig overfor klagerens selv og dennes barn at innreiseforbudets lengde først begynner å løpe fra UDIs vedtakstidspunkt der det fattes vedtak om utvisning. I et tilfelle der UDI eksempelvis fatter vedtak om utvisning med 2 års innreiseforbud 1 år etter at en person har returnert til hjemlandet, vil adskillelsen i realiteten bli 3 år. I tillegg kommer saksbehandlingstiden knyttet til en eventuell søknad om familieinnvandring. Begrunnelsen for at utreisedatoen ikke kan være avgjørende for når innreiseforbudets lengde startet å løpe, er blant annet at før vedkommende har fått et vedtak om utvisning, har det heller ikke skjedd noen innmelding i Schengen Informasjonssystem (SIS), og en kan heller ikke vite om personen faktisk oppholder seg i hjemlandet (eller utenfor Schengen), eller om hun eller han befinner seg i et av Schengenlandene. Resultatet i disse sakene kan fremstå urimelige der saksbehandlingstiden er lang, og klageren selv ikke kan

lastes for dette. I tillegg virker disse sakene ikke motiverende for retur i saker uten ulovlig opphold, når gruppen i realiteten kommer stilles dårligere enn de som blir værende i landet.

Utvalget er kjent med at UDI i saker der saksbehandlingstiden har blitt urimelig lang riktignok har fattet vedtak om ikke å utvise.

Det anses likevel å være et klart behov for å se nærmere på denne gruppen. Dette bør gjelde i saker der saksbehandlingstiden har vært på minst 1 år og dette skyldes forhold som utlendingen selv ikke kan lastes for. Justeringer kan trolig skje på flere måter. Det er det enighet om i arbeidsgruppen.

Flertallet forslår at det innfører en *lovpålagt frist*. Utvalget har i forvaltningspraksis sett eksempler på saker der en person med barn i Norge har dratt frivillig til hjemlandet etter at vedkommende har mottatt forhåndsvarsel om utvisning. Dersom saksbehandlingstiden i UDI er lang, kan det fremstå urimelig overfor klagerens selv og dennes barn at innreiseforbudets lengde først begynner å løpe fra UDIs vedtakstidspunkt der det fattes vedtak om utvisning. I et tilfelle der UDI eksempelvis fatter vedtak om utvisning med 2 års innreiseforbud 1 år etter at en person har returnert til hjemlandet, vil adskillelsen i realiteten bli 3 år. I tillegg kommer saksbehandlingstiden knyttet til en eventuell søknad om familieinnvandring.

Flertallet anbefaler departementet å åpne for at innreiseforbudets varighet regnes fra det faktiske utreisetidspunktet i tilfeller der det er sannsynliggjort at en utvist person som er omsorgsperson for barn i Norge har forlatt Schengen-området før vedtak om utvisning er fattet. Alternativt kan departementet innføre en regel om at innreiseforbudet begynner å løpe etter seks måneder i slike saker der det er lang saksbehandlingstid i UDI og utlendingen selv ikke kan lastes for dette.

Mindretallet foreslår følgende:

- 1) Det faktum at en frivillig har forholdt seg til at en ikke hadde oppholdstillatelse i Norge skal tillegges vekt i forholdsmessighetsvurderingen. Her må en forutsetning være at det kan sannsynliggjøres at vedkommende har oppholdt seg utenfor Norge og Schengenområdet.
- 2) At forvaltningen finner mekanismer for å prioritere disse sakene (intern saksbehandlingsfrist) der barn blir berørt.

9.2.4. Økte satser for rettshjelp

Utvalget viser til at forvaltningen ofte ber om ytterligere informasjon i saker der barn blir berørt av et vedtak om utvisning. Utvalget viser til omtale av rettshjelp i avsnitt 4.9 og rettshjelpsutvalgets innstilling i NOU 2020: 5. Utvalget deler rettshjelpsutvalgets vurdering av at det er behov for å utvide rettshjelpssatsene i *utvisningssaker for brudd på utlendingsloven som gjelder barn*, og anbefaler departementet å gjennomføre anbefalingen til

rettshjelpsutvalget om å utvide satsen til 5 timer ved forhåndsvarsel med et tillegg på tre timer ved klage og salær for medgått tid i møte ved personlig fremmøte i UNE, i tillegg til å gi et tillegg i stykkprisen på to ganger rettshjelpssatsen for samboere og på to ganger rettshjelpssatsen for hvert barn over sju år i saker som gjelder barn.

9.2.5. *Fremheving i utlendingsloven § 70 av det overordnede prinsippet om at avveiningen mellom de motstridende interessene (forholdets alvor/samfunnets interesser opp mot individet) må bero på en «fair balance»*

Det presiseres at dette er et minimumsforslag, og at flertallet prinsipielt har fremmet et mer omfattende forslag inntatt i punkt 9.3.2. Dette vil kun innebære en kodifisering av en avveiningsnorm som praktiseres i dag, men kan antagelig bidra til å synliggjøre prinsippet om en rettferdig avveining ytterligere. Forslaget omfatter følgende tillegg i utlendingsloven § 70:

En utlending kan ikke utvises dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. *Vektingen av de motstående hensynene i saken må bero på en rimelig avveining.* I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

9.2.6. *Mekanismer som gjør at et vedtak «ligger klart» når innreiseforbudet har løpt ut, der en klager har barn i Norge som vedkommende tidligere har bodd sammen med eller utøvd samvær med, jf. § 14.1 a og b.*

Det bør vurderes å innføre mekanismer som gjør at et vedtak «ligger klart» når innreiseforbudet har løpt ut, der den utviste har barn i Norge som vedkommende tidligere har bodd sammen med eller utøvd samvær med, jf. § 14.1 a og b. Dette forutsetter selvsagt at vilkårene er oppfylte på vedtakstidspunktet. Dette kan gjøres ved at det er mulig å søke mens innreiseforbudet løper, slik at en slipper saksbehandlingstiden i tillegg. Slik utvalget skjønner dagens praksis, er det i dag slik at disse sakene kan avslås under henvisning til at vedkommende fremdeles er utvist. Da må en også betale nytt gebyr. Utvalget foreslår at det vurderes å innføre en bestemmelse om at en kan søke om familiegjenforening etter et år der innreiseforbudet er satt til 2 år, og etter 4 år der innreiseforbudet er satt til 5 år. Dette bør kombineres med god informasjon i utvisningsvedtakene om denne retten, og rutiner for at disse sakene «skilles ut» i forvaltningens datasystem gjennom en «fast-track». Dette kommer da i tillegg til en rett til å søke om oppheving av innreiseforbudet, dersom vilkårene for dette er oppfylt.

9.2.7. *Tillatelse til gjenforening med barn, også der en ikke har kunnet utøve samvær i utvisningsperioden.*

I situasjonen der en som er utvist skal søke seg tilbake til Norge, og utlendingen ikke skal gjenforenes med ektefelle/samboer, men må søke opphold på grunnlag av samvær med barn, krever loven at man har og skal videreføre samvær av et visst omfang. Slik regelverket i dag

er formulert, blir konsekvensene tilsynelatende da et endelig brudd med barnet i Norge, da en ikke har kunnet utøve samvær i perioden en har vært utvist. I møtet utvalget hadde med fagansvarlig for familieinnvandring, ble vi opplyst om at det likevel innvilges tillatelser i disse sakene, forutsatt at det har vært kontakt mellom forelder og barn. Det bør vurderes å gjøre endringer i regelverket slik at det synliggjøres at en kan få tillatelse til gjenforening med barn, også der en ikke har kunnet utøve samvær i utvisningsperioden.

9.2.8. Innføre bruk av en standardisert liste over momenter som beskriver barnets situasjon som inntas i forhåndsvarsel om utvisning

Utvalget foreslår at det tas i bruk en standardisert liste over spørsmål som belyser barnets situasjon og utlendingens rolle i omsorgen *allerede på forhåndsvarselsstadiet*, uansett om det er politiet eller UDI som forhåndsvarsler.

Dette vil sikre at hovedaspektene med relevans for forholdsmessighetsvurderingen blir belyst på et tidlig stadium i utvisningssaken. Etter det opplyste sendes det en slik liste inntatt i UDIs forhåndsvarsler, men ikke når politiet gjør det. En mener at det bør utarbeides en felles mal for forhåndsvarsel for politiet og UDI, som benyttes uavhengig av hvilken instans som initierer utvisningssaken.

En slik fremgangsmåte vil også være i tråd med utlendingsmyndighetenes plikt til å påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes i forvaltningsloven § 17. Dette vil også bidra til at omstendighetene rundt barnets situasjon utredes bedre enn i dag på et tidlig stadium i saken, slik at man unngår å komme i en situasjon, hvor det mangler opplysninger om barnet på vedtakstidspunktet.

9.3. Forslag fra utvalgets flertall (Baumann, Cameron, Halvorsen)

9.3.1. Forslag om at utlendinger med barn i Norge som hovedregel ikke utvises ved brudd på utlendingsloven, og/eller at tilleggstid skal være hovedregelen i slike tilfeller

Utvalgets flertall viser til tidligere drøftelsene av forholdsmessighetsvurderinger ved vedtak som fører til familiesplittelse. Flertallets konklusjon er at hensynet til barnets beste for ofte må vike for andre hensyn i saker, der bruddene på utlendingsloven er over en viss alvorsterskel, og at hensynet til barnet i slike saker ikke er sikret å tillegges en grunnleggende vekt, slik barnekonvensjonen krever. Flertallet mener at det som hovedregel ikke bør utvises i slike saker og at det bare ved ekstraordinære statlige behov er proporsjonalt å utvise i saker der barnets beste blir klart skadelidende, og da særlig små barn under 8 år, og det foreligger et etablert familieliv. Om sakens alvor skal utløse utvisning i disse sakene, bør gjøres til gjenstand for en grundigere vurdering av nødvendigheten med særlig tanke på inngrepets styrke. I dagens praksis er det i mange tilfeller tilnærmet omvendt, slik at barnets beste bare vektlegges under strenge vilkår.

9.3.1.1. Alternativ 1. Tillegg i utlendingsloven § 70

Hva gjelder selve terskelvurderingen, som nå er inntatt i utlendingsloven § 70, mener flertallet at en tydeliggjøring av hvilken vekt barnets beste skal tillegges i lovteksten, vil være i bedre overenstemmelse med det vernet av barnets beste som ligger til grunn for Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3.1. Slik utlendingsloven § 70 nå er utformet, gir den en nokså vag veiledning om vektingen. En presisering er en oppgave for lovgiver. Det foreslås et tillegg i teksten som anses å være i større overenstemmelse med barnekonvensjonen og EMK-retten. Forslaget omfatter følgende tillegg i § 70, som er inntatt i kursiv:

En utlending kan ikke utvises dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. Vektingen av de motstående hensynene i saken må bero på en rimelig avveining. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Dersom vedtaket vil stride mot barnets beste, kan utvisning av en forelder bare finnes sted dersom inngrepet er nødvendig som følge av særlig tungtveiende innvandringsregulerende hensyn, og utvisning dessuten er egnet til å ivareta statens interesser. Hva som er barnets beste, avgjøres på bakgrunn av barnets alder og modenhet, sårbarhet, tilknytning og/eller andre forhold av vesentlig betydning for barnet. Dersom barnet har sterke interesser i at forelderen ikke utvises, skal utvisning som hovedregel ikke finne sted.

Dersom utlendingen har begått handlinger som nevnt i § 66 første ledd bokstav a, kan det i stedet for utvisning treffes vedtak om inntil tre års tilleggstid for at en fremtidig søknad om permanent oppholdstillatelse skal innvilges. Dersom forholdet faller inn under § 62 tredje ledd, kan det fastsettes at en fremtidig søknad om permanent oppholdstillatelse ikke skal innvilges. *I saker som berører barn skal tilleggstid alltid vurderes.*

9.3.1.2. Alternativ 2. Tillegg kun i utlendingsloven § 70 annet ledd:

Flertallets forslag omfatter en lovfestet adgang å benytte tilleggstid som hovedregel dersom utlendingen har et etablert familieliv der barna har norsk statsborgerskap, permanent oppholdstillatelse eller sterk tilknytning til riket:

Dersom utlendingen har begått handlinger som nevnt i § 66 første ledd bokstav a, kan det i stedet for utvisning treffes vedtak om inntil tre års tilleggstid for at en fremtidig søknad om permanent oppholdstillatelse skal innvilges. *Hvis utlendingen har et etablert familieliv der barna har norsk statsborgerskap, permanent oppholdstillatelse eller sterk tilknytning til riket, jf. § 38, skal tilleggstid benyttes som en hovedregel.* Dersom forholdet faller inn under § 62 tredje ledd, kan det fastsettes at en fremtidig søknad om permanent oppholdstillatelse ikke skal innvilges.

9.3.1.3. Alternativ 3. Endring i utlendingsforskriften § 14-1.

Utvalgets flertall viser til drøftelsene i rapporten av forholdsmessighetsvurderinger ved vedtak som fører til familiesplittelse. Dette kan løses ved at man som hovedregel ikke utviser

utlendinger som bor fast sammen med eller har samvær med barn i Norge, ved å endre utlendingsforskriften § 14-1 slik:

En utlending som fyller vilkårene for utvisning etter lovens § 66 første ledd bokstav a, skal som hovedregel ikke utvises på dette grunnlaget, dersom

- a. utlendingen har barn i Norge som vedkommende har bodd fast sammen med eller har utøvd samvær med av et visst omfang, jf. § 9-3 annet og tredje ledd,
- b. utlendingen skal bo fast sammen med barnet,

Dersom utlendingen i en periode ikke har bodd fast sammen med eller har utøvd samvær med barnet, jf. første ledd bokstav a, kan dette tillegges vekt når det vurderes om utvisning vil være et uforholdsmessig tiltak.

Bestemmelsen i første ledd gjelder ikke

- a. ved brudd på plikten til å forlate riket etter avslag på søknad i medhold av lovens § 56 sjette ledd, når avslaget ble fattet etter at søkeren fikk barn her, eller
- b. dersom det ikke er uforholdsmessig å forutsette at familielivet kan videreføres i et annet land enn Norge.

Forslaget innebærer å fjerne forutsetningen i dagens første ledd bokstav c om at vilkårene for familiegjenforening må være oppfylt.

9.3.2. Tydeliggjøring av barns rett til å bli hørt i utvisningssaker i forskrift

Utvalgets flertall viser til drøftelser av barnets rett til å bli hørt og vårt funn om at ingen barn er hørt i sakene vi har gjennomgått. Dette sammenfaller med funn i NOAS og Redd Barnas rapport gjennomgått i kapittel 4. Utgangspunktet er at barnet skal høres, og barnets beste-vurderingen må ta opp i seg barnets synspunkter. Retten til å bli hørt innebærer også retten til å få informasjon som bakgrunn for å danne seg synspunkter. Flertallets funn tyder på at det er behov for å tydeliggjøre forvaltningens plikt til å innhente, legge vekt på og dokumentere barnets synspunkter. Forslaget går ut på å tydeliggjøre retten til å bli hørt i den generelle bestemmelsen i uf § 17-3 og tilretteleggingen. Dette vil trolig være en mer hensiktsmessig løsning, siden retten til å bli hørt gjelder i alle sakstyper.

Utvalget foreslår å løse dette ved å legge til nytt tredje og femte ledd i uf § 17-3, nåværende tredje ledd blir nytt fjerde ledd:

Barn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å bli hørt før det treffes avgjørelse i saker som vedrører dem etter utlendingsloven.

Barnet kan høres muntlig eller skriftlig eller gjennom foreldre, representant eller andre som kan uttale seg på vegne av barnet. På hvilken måte barnet skal høres, må vurderes ut fra sakens art og søknadssituasjonen. Utlendingsdirektoratet gir utfyllende retningslinjer om hvordan barnets uttalerett skal gjennomføres, tilpasset de ulike sakstyper og søknadssituasjoner.

Barnet skal få tilstrekkelig og tilpasset informasjon og har rett til fritt å gi uttrykk for sine meninger på en egnet måte.

Barnets syn skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet.

Det skal fremgå av vedtaket om barnet har blitt hørt, hva barnet har gitt uttrykk for og hvilken vekt barnets synspunkter er tillagt.

9.3.3. Ratifisering av tredje tilleggsprotokoll til barnekonvensjonen

Utvalgets flertall viser til redegjørelse og drøfting i avsnitt 4.2.2 om den mulige betydningen av å åpne for individuell klagerett til FNs barnekomité ved å ratifisere tredje tilleggsprotokoll til konvensjonen. En slik tilslutning med individuell klageadgang vil bidra til at innholdet i utlendingsloven §70 blir nærmere klarlagt. Selv om det i forarbeidene heter at bestemmelsen er i overensstemmelse med barnekonvensjonen artikkel 3, er det ikke gitt noen nærmere beskrivelse. En tilslutning til tilleggsprotokollen vil kunne ha en viss betydning i noen enkeltsaker men vil ventelig særlig har positive konsekvenser på systemnivå ved å bidra til å sikre bedre i varetakelse av barns rettigheter og tydeliggjøring av rettighetene barn har i saksbehandlingen i norsk forvaltning og norske domstoler. En prøveadgang vil også gi viktige korrigeringer i forhold til skjønnsmarginen, jf. særlig mindretallet i EMD i Antwi mot Norge.

Flertallet anbefaler derfor Justis- og beredskapsdepartementet å ta initiativ til ratifikasjon av tredje tilleggsprotokoll til barnekonvensjonen.

9.3.4. Ny utredning av bruk av andre alternative reaksjoner

Utvalgets flertall foreslår sammen med spørsmålet om tilleggstid å utrede flere alternative reaksjoner til utvisning og innreiseforbud.

I dagens system kan man utvise uten å gå veien om straff, av prosessøkonomiske grunner. Selv om utvisning formelt ikke er straff, oppleves det av de det gjelder ofte som mer inngripende enn en straffereaksjon. Særlig gjelder dette barnefamilier, hvor utvisningsvedtak innebærer en langvarig familiesplittelse. I slike tilfeller vil betinget straff eller en kort ubetinget straff, eventuelt ved hjemmesoning, oppleves som en lempeligere reaksjon enn en utvisning med f. eks. to eller fem års innreiseforbud. Ved soning i fengsel vil barnet ha mulighet til relativt hyppige besøk av forelderen, slik at kontinuiteten i kontakten ikke avbrytes.

Utlendingslovens straffebestemmelse inntatt i § 108 fastsetter at det kan ilegges bot og/eller fengselsstraff i inntil seks måneder i saker om forsettlig eller uaktsom overtredelse av utlendingsloven. Det er Riksadvokaten som gir føringer om hvordan påtalemyndigheten skal prioritere straffeforfølgelse i saker om brudd på utlendingsloven. Utvisning vurderes etter dagens praksis uavhengig av om utlendingen blir straffeforfulgt eller ikke. Likevel gjøres dette av prosessøkonomiske hensyn normalt ikke i utvisningssaker. Av hensyn til barna ville

være bedre å bruke denne sanksjonsmuligheten, da konsekvensene overfor dem vil være langt mindre inngripende enn ved utvisning og innreiseforbud på to år. Et alternativ er derfor å i ta i bruk denne hjemmelen i slike saker.

Det synes ikke å foreligge en klar mekanisme for ansvarsfordeling mellom UDI og politiet. Det synes også nokså tilfeldig når politiet velger å opprette en straffesak ved f.eks. ulovlig opphold, uriktig forklaring mm, i de fleste sakene virker det som at man foretrekker det administrative sporet. En etterlyser derfor klarere retningslinjer når det gjelder valg av reaksjon og ansvarsfordeling mellom UDI og politiet. F.eks. kan det inntas i utlendingsloven § 70 at der en strafferettslig reaksjon kan være et alternativ til utvisning, overføres ansvaret for saken fra UDI til politiet, og forvaltningssaken henlegges.

Det kan også inntas en bestemmelse om at dersom en straffereaksjon blir valgt fremfor utvisning av hensyn til utlendingens barn, skal straffereaksjonen ikke danne grunnlag for en ny utvisning i henhold til utlendingsloven § 66 første ledd bokstav c.

Flertallet er klar over at dette spørsmålet er vurdert nylig, jf. UDIs utredning av 2011 og Innst. 140S (2017-2018), samt at Justis- og beredskapsdepartementets 2. mars 2020 sendte et forslag om endringer i utlendingsloven og utlendingsforskriften på høring. Det fremgår av høringsnotatet at departementet ikke anser det som hensiktsmessig å anvende disse alternative reaksjonsformene i utvisningssaker. Det påpekes at dette vil medføre en uklar kompetansefordeling mellom UDI og påtalemyndigheten, og ellers by på for store administrative og resursmessige utfordringer. I stedet foreslås at det i saker der særlige hensyn taler for det, eksempelvis hensynet til barnets beste, åpnes for å vurdere å gi tilleggstid for permanent oppholdstillatelse.

Flertallet er enig i at tilleggstid er et bedre egnet tiltak men er også av den oppfatning at det bør foretas en fornyet vurdering av adgangen til en slik reaksjon dersom barn er berørt, *særlig dersom tilleggstid bare skal brukes restriktivt*. Det vises til at saker hvor barn er berørt står i en særstilling.

9.3.5. Unntak fra underholdskrav ved søknad om familieinnvandring

Selv om utvisning blir funnet uforholdsmessig, vil det for mange familier være vanskelig å oppfylle krav til underhold i utlendingsloven § 58 ved søknad om familieinnvandring.

Utvalgets flertall foreslår at det vurderes inntas et nytt annet ledd i utlendingsforskriften § 10-11 (unntak fra underholdskravet):

Det kan gjøres unntak fra bestemmelsene i § 10-8 til § 10-10 dersom det fremmes førstegangssøknad om oppholdstillatelse om familieinnvandring av en utlending som har barn bosatt i riket, hvor utvisning ble funnet uforholdsmessig av hensyn til barnet.

Dette vil sikre kontinuitet i omsorgen, ved at omsorgspersonen kan fortsette å bo sammen med barnet i Norge etter innvilget tillatelse.

10. Vedlegg

10.1. Kort oppsummering av sakene i forvaltningspraksis

Sak 1 – Mann med tre barn i Norge mellom 6 og 3 år. Barna er norske statsborgere etter sin mor, og de har alltid bodd i Norge. Vedtak om utvisning med to års innreiseforbud.

Sakens bakgrunn

Klageren søkte om beskyttelse i Norge i 2004. Han fremla ikke pass eller annet godkjent reisedokument. Han oppga at han var mindreårig på søknadstidspunktet. Aldersundersøkelse konkluderte imidlertid med at hans alder var rundt 30 år. UDI avsto søknaden, og UNE opprettholdt vedtaket. Han fikk utreisefrist i 2008. Det ble ikke gitt utsatt iverksettelse av vedtaket i forbindelse med at klageren to ganger anmodet om omgjøring av vedtaket. I 2019 søkte han om oppholdstillatelse i familieinnvandring med sin samboer. UDI avsto saken under henvisning til at han var utvist.

Utvisningsgrunnlaget

Ulovlig opphold på over 11 år, manglende innrettelse etter vedtak om å forlate landet og uriktige opplysninger om identitet, herunder alder. Alderstest hadde vist at klageren var mye eldre enn han selv anførte å være. Det slås i vedtaket fast at det derfor skal svært mye til før en utvisning kan anses som uforholdsmessig, med henvisning til Rt. 2000 s. 591 og Rt. 2009 s. 534. Det er ikke konkretisert at terskelen «uvanlig store belastninger» skal benyttes, da en kommer til at belastningene heller ikke overstiger «det som forventes».

Forholdsmessighetsvurderingen - hensynet til barnas beste

Klagerens familieliv ble etablert under ulovlig opphold i Norge, og det blir uttalt at han derfor ikke hadde noen berettiget forventning om å utøve familielivet i Norge. Overtredelsene av utlendingsloven vurderes som meget grove.

Klageren hadde allerede returnert til hjemlandet etter å ha søkt om frivillig assistert retur et år forut for vedtaket. Han hadde da tre små barn i Norge, alle norske statsborgere gjennom mor. Klageren bodde sammen med familien inntil han dro frivillig til hjemlandet. Mor var i fulltidsarbeid og barna i barnehage. Det legges til grunn at barna har en trygg tilknytning til mor, som er deres primære omsorgsperson. Det var ikke fremlagt opplysninger som tilsa at barnas behov for omsorg og stabilitet ikke blir tilstrekkelig ivaretatt av mor. Det er anført at mor er svært sliten og bekymret for hvor lenge hun makter situasjonen slik den er nå. Det ene barnet har en utviklingshemming og får spesialpedagogisk hjelp, men er selvhjulpen i hverdagen (kan gå, spise selv osv). Barnet har behov for støtte i den sosiale utviklingen. UNE anser barnets omsorgssituasjon som tilfredsstillende. Mor har allerede vært alene med barna i ett år etter at far dro ut, og omsorgssituasjonen påvirkes derfor ikke på en måte som gjør utvisning uforholdsmessig. Det er barnas beste at far ikke utvises, men det er ikke opplysninger i saken som tilsier at barna vil oppleve belastninger utover det som forventes når

en av omsorgspersonene utvises. Mor har fått beskyttelse i Norge, og kan ikke henvises til å ta opphold i barnas fars hjemland, da hun er innvilget beskyttelse. Det ble ikke vurdert om barna kunne velge å være med far og risiko for FGM-for jentebarn under opphold i fars hjemland. (Dette trolig da far allerede har forlatt Norge frivillig uten barna).

Sak 2 – Kvinne med dobbelt statsborgerskap – en datter i Norge på 5 år på vedtakstidspunktet. Datteren er norsk statsborger. Klageren er utvist med to års innreiseforbud

Sakens bakgrunn

Kvinnen kom til Norge i 2011 og søkte om beskyttelse. UDI innvilget beskyttelse i 2012. Hun ble senere innvilget permanent oppholdstillatelse. I 2018 anmodet UDI PU om å undersøke klagerens statsborgerskap på bakgrunn av et anonymt tips. Den aktuelle ambassaden bekreftet etter dette at klageren hadde fått landets statsborgerskap i 2011. På denne bakgrunn varslet UDI i 2018 klageren om at de vurderte å tilbakekalle hennes beskyttelse i Norge. Klageren ga tilsvaret til varselet, og viste blant annet til at hun aldri hadde vært i det aktuelle landet, og at hun hadde en datter i Norge på 4 år. Det ble blant annet også pekt på klagerens manglende norskkunnskaper, at hun hadde vært i god tro, og at utlendingsforvaltningen hadde brutt utredningsplikten. Det ble anført at det ikke var et aktuelt alternativ at barnets far fikk hovedomsorgen for barnet, så dersom tillatelsen blir tilbakekalt, slik barnet da måtte bli med mor til det aktuelle landet. Etter en konkret vurdering av saken tilbakekalte UDI klagerens oppholdstillatelse. Det ble lagt til grunn at hun bevisst hadde unnlatt å opplyse om at hun hadde dobbelt statsborgerskap.

Utvisningsgrunnlaget

UNE la blant annet til grunn at klageren under hele sitt opphold i Norge har vært eller burde vært klar over at oppholdstillatelsene hennes ble gitt på et uriktig faktisk grunnlag. Det ble vist til hennes selvstendige ansvar for å gi korrekte opplysninger til norske myndigheter. Hennes tilbakeholdelse av opplysningene om sitt andre statsborgerskap ble ansett som et grovt brudd på utlendingsloven § 83 annet ledd. Samlet sett anså UNE overtredelsene for å være alvorlige.

Forholdsmessighetsvurderingen – hensynet til barnets beste

Det ble vist til at barnet bodde sammen med sin mor, mens faren utøvde et begrenset samvær med henne. Det ble vist til at barnet er norsk borger. Et vedtak om utvisning av klageren, ville ikke innebære at datteren nødvendigvis ville måtte forlate Norge i tiden innreiseforbudet varte. Det ble vist til at foreldrene selv kunne velge bosted fra barnet ut fra hva de mente var best for henne. Det hadde ikke fremkommet informasjon om faren som tilsa at faren ville være ute av stand til å ivareta barnets omsorgsbehov. Dersom foreldrene valgte at barnet skulle bli med mor, ville dette være en belastning for henne, men det ble vist til at barnet var i en alder hvor den primære tilknytningen er til foreldrene og i dette tilfellet særlig til mor.

Barnet var også i en alder hvor det ble antatt at hun raskt ville kunne lære et nytt språk, og hun kunne begynne på skole og danne seg et nettverk der.

UNE vurderte at barnet ikke ville bli utsatt for belastninger utover forventede normalbelastninger. Selv om hun ville bli påført belastninger, så ble disse vurdert som begrensede, og det ble vist til at barnets far kunne dra forsvarlig omsorg for henne dersom foreldrene valgte at hun skulle bli i Norge. Hensynet som talte for utvisning måtte ifølge UNE bli avgjørende, og det ble vist til forholdets alvor.

***Sak 3** – Kvinne med oppholdstillatelse i annet europeisk land. To barn i Norge på 6 og 2 år som er norske statsborgere, og norsk samboer. Hun har også særkullsbarn i annet europeisk land. Utvist med to års innreiseforbud*

Sakens bakgrunn

Klageren søkte oppholdstillatelse i familieinnvandring med norsk samboer i Norge. Hun opplyste at de hadde to barn sammen. UDI avslo søknaden da underholdskravet ikke var oppfylt.

Utvisningsgrunnlaget var at klageren hadde reist ulovlig inn i Norge og også oppholdt seg ulovlig i riket i nærmere tre år. Dette ble ansett som alvorlige overtredelser av utlendingsloven. Familielivet ble etablert på et tidspunkt da klageren ikke hadde oppholdstillatelse i Norge, samt at hennes utsikter til fast opphold var usikre. Uklart om barna er med mor i annet europeisk land eller med far i Norge. UNE uttaler at «uansett om UNE tar utgangspunkt i at barna bor sammen med mor/klageren eller med far i Norge, foreligger det ikke opplysninger som tilsier at barnas omsorgssituasjon vil bli påvirket av utvisningsvedtaket i den forstand at det tilsier at utvisning er uforholdsmessig. Det legges vekt på at det er en mulighet for familien å leve sammen i (det øvrige europeiske landet) hvor barna vil kunne få omsorg av begge foreldrene. UNE legger til grunn at det er mulig for klagerens samboer og barn som er norske statsborgere å kunne ta opphold i (X) for å bo sammen med klageren. Dersom far velger å bo i Norge, kan han eventuelt besøke dem i (X). Barnas situasjon vurderes konkret. Det anses som til barnas beste at mor ikke utvises fra Norge, men at utvisning med to års innreiseforbud ikke er uforholdsmessig overfor barna.

***Sak 4** – Kvinne med barn på 4 år som er norsk statsborger. UNEs vedtak om utvisning omgjøres på grunn av nye opplysninger i saken.*

Sakens bakgrunn

Klageren søkte om beskyttelse i Norge. Saken ble avslått av UDI og UNE fattet i 2004 vedtak om ikke å ta klagen til følge.

Utvisningsgrunnlaget

Klageren hadde oppholdt seg ulovlig i Norge i 12 år.

Forholdsmessighetsvurderingen – hensynet til barnets beste

Vedtak om utvisning ble omgjort på bakgrunn av nye opplysninger som innkom etter UNEs vedtak om den gjenværende forelderens omsorgsevne. Grunnet dokumentert lidelse innen avhengighetsspekteret og uttalelser fra helsevesen og barnevernet på stedet, mente UNE at det var sannsynlighetsovervekt for at faren ikke ville kunne gi barnet (norsk borger) tilstrekkelig omsorg alene i Norge. Selv om han ville kunne få bistand fra det offentlige støtteapparatet, herunder barnevernet, vurderte UNE det slik at hans problem var av en slik art at eventuelle hjelpetiltak trolig ville være av svært omfattende og inngripende karakter dersom klageren ikke lengre var til stede i barnets hverdag og faren derfor måtte dra omsorg for barnet alene. Videre ble det vurdert om det ville være i strid med Norges internasjonale forpliktelser å ikke omgjøre utvisningsvedtaket og heller henvise klageren til å ta med seg barnet til hjemlandet for å søke om opphevelse av innreiseforbudet. UNE konkluderte med at utvisning ville være i strid med EMK artikkel 8 og barnekonvensjonen artikkel 3. Det ble vektlagt at omsorgssituasjonen i klagerens hjemland fremsto som svært usikker, og det ble vist til opplysningene om at mor/klageren ikke hadde nettverk i hjemlandet og heller ikke hadde vært der siden hun kom til Norge.

Sak 5 – Mann med to barn i Norge med midlertidige oppholdstillatelser gjennom mor. Mor har også et særkullsbarn i Norge.

Utvisningsgrunnlaget

Klagerens brudd på utlendingslovgivningen ble ansett som meget grove. Han hadde unndratt seg gjennomføringen av vedtak som innebar at han skulle forlate Norge, han hadde syv og et halvt år ulovlig opphold da UDI fattet vedtak om utvisning. Videre hadde han lagt frem dokumenter som viste ulike fødselsdatoer. Det siste forholdet var ikke inkludert i forhåndsvarselet så det dannet ikke grunnlag for utvisning, men ble ansett som et skjerpene forhold. Bruddene ble ansett som meget grove og at det derfor skulle mye til før en utvisning kunne anses som uforholdsmessig. Familielivet ble etablert og barna unnfanget etter at klageren fikk endelig avslag på sin søknad om beskyttelse. Han kan i liten grad ha hatt en berettiget forventning om å kunne leve sammen med sin familie i Norge.

Det er tatt stilling til at terskelen i forholdsmessighetsvurderingen er om utvisning vil medføre «uvanlig store belastninger eller ekstraordinære forhold for barna med henvisning til de meget alvorlige bruddene på utlendingsloven samt at familielivet er etablert etter at klageren fikk avslag på søknaden om beskyttelse. De to barna har midlertidige oppholdstillatelser i Norge som sin mor. Barnas mor har et særkullsbarn og det er opplyst at dette barnet ser på klageren som sin far. Det legges til grunn at ingen av barna ønsker at klageren skal utvises.

Dokumenterte helseutfordringer hos gjenværende mor i form av smerter som hun har hatt i flere år. Hun bruker smertestillende og går til jevnlig fysioterapi. Det er også dokumentert depresjon som gir seg utslag i tap av livsglede, slitenhet, konsentrasjonssvikt, dårlig matlyst, søvnløshet og skyldfølelse. Hun er sterkt påvirket av omstendighetene rundt klagerens utvisningsvedtak. Hun er ikke i jobb, og får arbeidsavklaringspenger. Skolehelsetjenesten har gitt uttrykk for bekymring rundt barnas omsorgssituasjon. Forverring i eldste barns psykiske helse.

Det er tatt stilling til barnas omsorgssituasjon ved utvisning av far, og blant annet følgende fremkommer av vedtaket; «UNE legger til grunn at det vil oppleves belastende for klagerens samboer å ivareta omsorgen for deres tre barn alene, både i kraft av å være aleneforsørger og som følge av hennes helseutfordringer. Basert på den fremlagte dokumentasjonen mener UNE at hennes helsesituasjon imidlertid ikke er av en slik alvorlighetsgrad at den tilsier at hun ikke vil kunne gi barna tilfredsstillende omsorg for den tid innreiseforbudet gjelder.» Det vises til at barna går i barnehage og på skole med den avlastning dette innebærer, og at mor ved behov også kan få hjelpetiltak fra offentlige støtteordninger. Stebarnet er norsk borger og de to andre barna har midlertidig oppholdstillatelse i Norge. UNE henviser til at det ikke er juridiske hindringer for at de kan følge sin far til hans hjemland, og det blir vist til at anførselen om at de er (X) borgere ikke er lagt til grunn, og at de gjennom sin far er borgere av et annet land. Selv om det eldste særkullsbarnet er norsk, er det ikke til hinder for at også han kan ta opphold i (X) i en periode om det er ønskelig. Selv om barna har tilknytning til Norge, kan det være tydelige verdier knyttet til det å etablere røtter og tilhørighet til sin fars hjemland.

Sak 6 – Kvinne - Omgjøringsanmodning etter endelig vedtak om utvisning – to års innreiseforbud. Klageren hadde to barn på tidspunktet for UNEs endelige vedtak på 5 og 3 år, og fødte så et tredje barn. Barna er norske statsborgere.

Utvisningsgrunnlaget var at hun hadde unndratt seg gjennomføringen av et vedtak som innebar at hun skulle forlate Norge, og at hun hadde oppholdt seg ulovlig i Norge og Schengenområdet i mer enn syv år. Advokaten anførte at dette forholdet ikke var så alvorlige og at hensynet til barna måtte gå foran med henvisning til barnekonvensjonen art. 9. Dessuten ble det pekt på at mulighetene for å effektivt gjennomføre vedtaket var utløpt og at myndighetene ikke så mange år etter kunne straffe klageren og barna. Hun ønsket ikke å returnere til hjemlandet som enslig kvinne og uten å kjenne landet, og kan ikke returnere til annet land hun hadde bodd i, da hun ikke er borger av landet. En utvisning ville videre innebære at det ville bli umulig for barnas far å delta i arbeidslivet de nærmeste årene grunnet den økte arbeidsbyrden og at han da ikke ville fylle vilkårene for familieinnvandring når innreiseforbudet var over (jf kravet om underhold). Samfunnsøkonomiske hensyn talte mot utvisning. UNE ba om nye opplysninger om barnas situasjon. Det innkom opplysninger fra fars arbeidssted om at det ville være umulig for barnas far å ha aleneomsorg for de tre guttene og samtidig følge opp

arbeidet. Uttalelser kom også inn fra barnehage og helsesykepleier som belyste at mor er viktig for sine barn. Nytt etter UNEs endelige vedtak var at klageren hadde født et tredje barn.

UNEs vurdering av de etterfølgende opplysningene i saken

I beslutningen vises det innledningsvis til at UNE som hovedregel ikke har plikt til å gjøre en ny vurdering av en utvisningssak hvor det er fattet et endelig og gyldig vedtak, selv om omstendighetene har endret seg. På grunn av at klageren hadde fått et tredje barn i Norge og at barnas far med det får økt omsorgsbyrde ved utvisning av klageren, foretok UNE likevel en realitetsbehandling for å vurdere om vedtaket ville være i strid med Norges menneskerettslige forpliktelser å opprettholde vedtaket, jf Rt-2012-1985. I vurderingen ble det vist til at klageren hadde stiftet familie på et tidspunkt hvor hun hadde fått avslag på søknad om asyl. De to siste barna er født etter at hun ble forhåndsvarslet om utvisning. Kun ekstraordinære omstendigheter vil da gjøre at utvisning er i strid med EMK art. 8. UNE viste blant annet til at klageren hadde utreiseplikt uavhengig av vedtak om utvisning. Anførsel om beskyttelsesbehov og retursituasjon er allerede vurdert av UNE i flere omganger. UNE vurderte barnas omsorgssituasjon i dag og ved utvisning av mor. Det ble konkludert slik;

«Etter en samlet vurdering av omstendighetene i saken og de ulike hensynene saken reiser, mener UNE at å utvise klageren med et innreiseforbud på to år er forsvarlig også ut fra hensynet til barna, og at det ikke er i strid med barnekonvensjonen art. 3. UNE viser til at barnas far vil kunne gi barna tilstrekkelig god omsorg og den ekstra støtten de trenger i perioden innreiseforbudet gjelder. Barna er friske, trygge og velfungerende og vil i stor grad fortsatt ha trygge, kjente og stabile rammer rundt seg. Innreiseforbudet er begrenset til to år og familiesplittelsen blir således midlertidig.»

Sak 7 – Mann med barn på 8 år med oppholdstillatelse i Norge. Barnet er norsk statsborger. Vedtak om utvisning med to års innreiseforbud.

Sakens bakgrunn

Klageren søkte først beskyttelse i 2017 som ble endelig avslått i 2018. Han returnerte så frivillig (med IOM) samme år. Via ambassaden i (X) søkte han så om oppholdstillatelse i familiegenforening med sin ektefelle i Norge. Han viste til at de hadde giftet seg i 20(X) og at ektefellen hadde født deres datter i Norge i 2011. De innleverte identitetsdokumentene ble undersøkt av dokumentgransker i (X), og det nasjonale identitetsdokumentet ble funnet å være «mest sannsynlig falskt». UDI avslo derfor søknaden fordi han hadde fremlagt et falskt id-kort, og identiteten derfor ikke kunne anses som sannsynliggjort. I klagen ble det blant annet anført at klageren ikke hadde intensjon om å forklare seg uriktig, og at han antok det var noe feil ved måten dokumentet ble produsert på. Han har reist med sitt pass til flere land. Han ble utvist for å ha gitt uriktige eller åpenbart villedende opplysninger. Klagerens datter ga i brev form uttrykk for at hun var svært lei seg for at faren ikke bodde i Norge og at hun ikke kunne se ham på to år. UNE opprettholdt UDIs vedtak om å utvise. UNE mente blant annet at klageren måtte ha vært kjent med at id-kortet var falskt. Det ble vist til at bruk av blekkskriver

(som hadde vært brukt i klagerens sak) er en svært vanlig forfalskningsmetode for id-kort fra klagerens hjemland. Det var lite trolig at en ville få et slikt dokument utstedt ved et offentlig kontor i hjemlandet, og UNE festet ikke lit til klagerens forklaring rundt fremskaffelsen av kortet. HR har uttalt at det ikke er et krav om subjektiv skyld for å kunne utvises etter den aktuelle bestemmelsen, se HR-2012-2392-A.

Forholdsmessighetsvurderingen – hensynet til barnets beste

I forholdsmessighetsvurderingen ble det vist til at den norske datteren var 8 år og bodde sammen med sin mor. Barnets omsorgssituasjon ville ikke bli særlig påvirket av utvisningsvedtaket. UNE hadde merket seg barnets uttalelser om at hun er lei seg, skriker og gråter. UNE vurderte at slike belastninger ikke er ønskelig for noe barn, men det er en vanlig og påregnelig konsekvens for barn i en familie der en av foreldrene blir utvist. Belastningen anses ikke som slike omstendigheter som tilsier at utvisning vil være uforenlig med EMK art. 8. Mor har god omsorgsevne. Mor og datter kan også velge å bo med far i hans hjemland i perioden han er utvist. Mor er opprinnelig fra samme land som barnets far, men hun og datteren er nå norske borgere.

***Sak 8** – Mann hvor tidligere oppholdstillatelser ble tilbakekalt og han samtidig ble utvist. To barn i Norge, 5 år og 2 år – begge norske statsborgere. Innreiseforbudet satt til fem år.*

Sakens bakgrunn

Klageren hadde gitt uriktige opplysninger om sin identitet i henholdsvis søknad om beskyttelse og familiegjennforening. Han hadde også tilbakeholdt opplysninger om at han tidligere hadde søkt om asyl i Norge og allerede var utvist. Han reiste inn til Norge til tross for innreiseforbud og oppga en annen identitet. Han fikk opphold i familiegjennforening til tross for at han hadde reist inn på annen identitet og brutt innreiseforbudet. Fordi tillatelsen ble gitt på feil faktisk grunnlag, ble denne tillatelsen tilbakekalt samtidig som det ble fattet vedtak om utvisning. Bruddene anses som svært grove. Familielivet ble etablert etter at UDI fattet vedtak om utvisning og uten at klageren hadde oppholdstillatelse i Norge. Det ble i vedtaket presisert at i saker med meget grove overtredelser av utlendingsloven vil hensynet til «barnets beste» bare være avgjørende når barn blir utsatt for uvanlig store belastninger. Klageren har to barn i Norge, begge norske borgere. Klageren dro frivillig ut av Norge rundt et år før vedtaket om utvisning ble fattet. Det ble ikke ansett som en aktuell løsning av datteren for en periode flytter til klagerens hjemland for at familien kan utøve et familieliv der, da det er fare for FGM (kjønnslemlestelse) av jentebarn i det aktuelle landet. Mor har foreldreansvar for datteren alene. Mor har også beskyttelse i Norge, og kan ikke henvises til retur til klagerens hjemland. UNE mener hun ikke vil bli utsatt for belastninger utover normalsituasjonen ved utvisning av klageren. Hun har ingen særskilte omsorgsbehov. UNE konkluderer med at heller ikke hensynet til sønnen på to år tilsier at faren ikke bør utvises. Selv om UNE anser det som mest sannsynlig at sønnen vil bli boende i Norge med sin mor og søster, både som følge av sin tilknytning til Norge og som følge av sitt norske statsborgerskap, mener UNE

foreldrene selv kan velge hvor det er best for ham å bo – i Norge eller klagerens hjemland. Hans omsorgssituasjon anses å være god i begge land. UNE mente det beste for barna var om klageren ikke ble utvist, men at det ikke forelå opplysninger i saken som tilsa at barna ville bli utsatt for belastninger utover normalsituasjonen ved utvisning.

Om innreiseforbudets lengde uttalte UNE:

Som bemerket av UDI, kvalifiserer grunnlaget for utvisning i denne saken til et varig innreiseforbud. Klageren har etter UNEs syn begått meget alvorlige overtredelser av utlendingsloven. Han har oppgitt uriktige opplysninger om sin identitet til norske myndigheter og unnlatt å opplyse at han har vært utvist fra Norge og Schengen-området tidligere, og ved dette fått innvilget oppholdstillatelse i Norge på falske premisser. Videre har han ikke medvirket i tilstrekkelig grad til å avklare egen identitet. I likhet med UDI mener UNE etter dette at det ikke er grunnlag for å tidsbegrense innreiseforbudet til to år i denne saken, da de allmennpreventive hensynene er så tungtveiende at det er grunn til å gjøre unntak fra hovedregelen i utlendingsforskriften § 14-2 tredje ledd. Innreiseforbudet er som nevnt over allerede tidsbegrenset av hensyn til barna. Utvisningsvedtaket vil trolig oppleves som belastende både for klageren og hans familie, herunder hans to barn. Etter en helhetlig vurdering har UNE likevel kommet til at hensynene som taler for utvisning må bli avgjørende og har i denne vurderingen lagt særlig vekt på at barnas omsorgssituasjon uansett anses tilstrekkelig ivaretatt, samt at klageren ved en vesentlig endret omsorgssituasjon vil kunne søke om opphevelse av innreiseforbudet eller kortvarig besøk, jf. utlendingsloven § 71.

Sak 9 – Kvinne med to barn i Norge. Norske statsborgere.

Sakens bakgrunn

Omgjøringsanmodning etter endelig utvisningsvedtak i UNE. Utvist i 2014 med to års innreiseforbud på bakgrunn av ulovlig opphold. UNE mottok så tre anmodninger om omgjøring av vedtaket, den tredje i 2020. Advokaten anfører at utvisning av mor vil medføre uvanlig store belastninger for de to døtrene. Det ble særlig vist til den yngste datterens alder som gjør henne særlig sårbar for adskillelse fra sin mor. Kontakt via telefon mv vil ha liten verdi for henne. I dag faller hovedtyngden av ansvaret for barna på klageren, siden samboeren jobber så mye. Barna har aldri bodd alene med far, og det er tvil om han vil klare omsorgen for barna alene. Barnas far har PTSD, som også mor/klageren har. Han har også en skade og trenger pga dette ofte å hvile etter jobb. Barna er norske og har rett til å ha sin oppvekst i Norge. UNE viste til at utvisningsvedtaket ikke var beheftet med ugyldighetsgrunner, jf. forvaltningsloven § 35 bokstav c. I saker der UNEs vedtak om utvisning er gyldig, må det foreligge tungtveiende grunner for å omgjøre egne vedtak i de tilfeller der utlendingsforvaltningen ikke har risikoen for den senere utviklingen som skjer i den konkrete saken. Dersom det tilkommer nye omstendigheter i etterkant av vedtaket, kan det fremmes søknad om opphevelse av innreiseforbudet via norsk utenriksstasjon, se utlendingsloven § 71 annet ledd og utlendingsforskriften § 14-4.

UNEs vurdering

UNE fant ikke at det forelå brudd på EMK og barnekonvensjonen. Når det gjaldt forholdets alvor, ble det pekt på som skjerpene at klageren, selv ikke etter endelig vedtak om utvisning, hadde forlatt Norge. Hun hadde et ulovlig opphold på syv år. Klageren kan ikke ha hatt noen berettiget forventning om å utøve et familieliv i Norge. Hun har aldri hatt oppholdstillatelse i Norge. Når det gjaldt barnas omsorgssituasjon i Norge, så UNE hen til den fremlagte legeerklæringen hvor det fremkom at barnas far har en kronisk sykdom med komplisert forløp, kroniske smerter, samt migrene. Det fremgår at han fungerer i arbeidslivet, men samtidig har en del besvær. Anførselen om at han har PTSD er ikke dokumentert. UNE henviser barnas far til å skifte jobb derom den nåværende jobben ikke er forenlig med å gi sine egne barn tilstrekkelig omsorg. UNE viser til at praktiske og økonomiske inngrep i familielivet, herunder en endret arbeidssituasjon, er å anse som en alminnelig konsekvens av et utvisningsvedtak, jf HR-2019-2286-A. og ikke forhold som i seg selv medfører uforholdsmessighet. For øvrig vises det til at det ikke fremkommer opplysninger som tilsier at far ikke har tilstrekkelig god omsorgsevne. Anførselen om at barna ikke har bodd med far alene, kan ikke etter UNEs vurdering tas til inntekt for at han ikke vil klare omsorgsoppgaven. Barna har hele sitt liv bodd med mor og far. Det at klageren etter UNEs utvisningsvedtak har fått et nytt barn, tilsier ikke etter UNEs vurdering at opprettholdelse av utvisningsvedtaket innebærer et brudd på Norges internasjonale forpliktelser overfor det yngste barnet på 2 år. Selv om det for (X) vil oppleves som dramatisk at hennes mor må reise ut er det ikke opplysninger som tilsier at dette vil utgjøre en større belastning for henne enn det gjør for andre barn på hennes alder at en forelder utvises. Det foreligger ikke opplysninger i saken om at (X) har særlige omsorgsbehov, herunder fysiske og/eller psykiske helseproblemer, utover det alle barn har. UNE viser til at det ikke er holdepunkter for at (Xs) far ikke kan gi henne tilfredsstillende omsorg. Det ble konkludert med at heller ikke øvrige forhold i saken tilsa at en opprettholdelse av utvisningsvedtaket ville innebære et brudd på Norges internasjonale forpliktelser.

Sak 10 – *Kvinne med barn i Norge 2 år på tidspunktet for UNEs vedtak. Barnet er norsk statsborger gjennom sin far. Klageren ble utvist med to års innreiseforbud.*

Sakens bakgrunn

Klageren søkte om beskyttelse i 2011. Hun fremla ikke pass eller andre identitetsdokumenter. UDI avsto søknaden i 2012, og UNE opprettholdt avslaget i 2013. Verken UDI eller UNE la til grunn klagerens forklaring om et beskyttelsesbehov som «noenlunde sannsynlig». Vedtaket ble flere ganger anmodet omgjort, og i 2019 ble det vist til at klageren ikke kunne returnere til sitt hjemland, fordi hun hadde født en datter som var norsk statsborger. Hun søkte om oppholdstillatelse i familieinnvandring med samboer i Norge.

Utvisningsgrunnlaget

UDI og UNE la til grunn at klageren mest sannsynlig hadde gitt uriktige opplysninger om grunnlaget for å søke beskyttelse. UNE mente klageren må ha forstått at opplysningene hun ga i søknaden om beskyttelse ikke var korrekte. Skyldkravet (forsettlig eller grovt uaktsomt) er derfor oppfylt. Hun hadde også gitt uriktige opplysninger om bopæl til UDI og politiet. I tillegg hadde hun oppholdt seg ulovlig i Norge i over 6 år og ikke overholdt plikten om å forlate Norge, dvs at hun har unndratt seg iverksetting av vedtaket.

Forholdsmessighetsvurderingen

Familielivet var etablert og datteren unnfanget etter at klageren fikk endelig avslag på sin søknad om beskyttelse, og mens hun oppholdt seg ulovlig i Norge. Hun kunne derfor i liten grad ha hatt en berettiget forventning til å utøve et familieliv i Norge. Hensynet til klagerens barn ville derfor først få betydning dersom utvisningen medførte uvanlig store belastninger for henne. Det ble vektlagt at familien kunne velge å bosette seg sammen i hennes hjemland. Samboeren var også opprinnelig fra det samme landet. Det ble ikke lagt til grunn at datteren ville risikere FGM dersom familien valgte å flytte med klageren til det aktuelle landet, slik det var anført. Dette basert på landkunnskap, at det ikke forelå informasjon om at samboerens familie ønsket dette, og at begge foreldrene har høyere utdannet og at det ble lagt til grunn at de kunne motsette seg eventuelt press. Dersom foreldrene valgte å være sammen i klagerens hjemland, ville de ha gode forutsetninger for å gi barnet oppfølging i omgivelser hvor de kjenner språket og de kulturelle kodene. Det ble også vist til konkrete slektninger i landet og øvrig nettverk som kunne utgjøre et nettverk å støtte seg til.

Det ble vist til at datteren som norsk borger, har rett til å oppholde seg i Norge, og til å utvikle sin norske identitet og nyte godt av muligheter og tilgang til sosialt sikkerhetsnett, velferdstjenester og helsetjenester. Samtidig innebærer ikke et norsk statsborgerskap i seg selv at en ikke kan ta opphold i andre land. Norsk statsborgerskap er derfor ikke avgjørende for saken, men har en spesiell betydning ved vurderingen av om et utvisningsvedtak er rimelig eller forholdsmessig.

Dersom familien valgte at far skulle bli igjen med barna i Norge, var det ikke opplyst om forhold som tilsa at far ikke hadde tilstrekkelig omsorgsevne. Vedtak om utvisning med to års innreiseforbud ble ikke funnet å være uforholdsmessig overfor klagerens barn.

Sak 11 – Kvinne med tre barn i Norge, 3 år og 1 år og et barn født etter UNEs vedtak. Barna har midlertidig oppholdstillatelse gjennom sin far. Anmodning om omgjøring av UNEs vedtak om utvisning fra 2017. Utvist med to års innreiseforbud.

Utvisningsgrunnlaget

Utvisningsgrunnlaget var at klageren hadde gitt uriktige opplysninger om at hun aldri hadde hatt hjemlands pass og at hun aldri hadde avlagt fingeravtrykk i et annet europeisk land før hun kom til Norge. Etter undersøkelse fra norsk politi viste det seg at klageren hadde søkt Schengenvisum ved den finske ambassaden i (X). I tillegg hadde hun ikke rettet seg etter

endelig avslag på søknad om beskyttelse i 2013, og befant seg i 2017 fremdeles i Norge. Hun har også fått avslått sin søknad om opphold i familiegjenforening med barnas far.

Overtredelsene ble ansett som grove. Barna har midlertidige oppholdstillatelser gjennom sin far som er borger av (X). Det legges til grunn at det er til barnas beste om klageren ikke utvises. Familien kan imidlertid velge å bosette seg i mors hjemland i tiden innreiseforbudet varer. Klageren har et stort nettverk der, blant annet gjennom 12 søsken. Utvisning ble ikke funnet å være uforholdsmessig overfor klagerens barn.

Etter UNEs endelige vedtak om utvisning ble det anført at hun hadde født enda en datter. Det ble i vedtaket vist til at det skal svært mye til før gyldige vedtak blir omgjort. Det er anført at klageren er den primære omsorgsperson for de tre barna og at hun ikke tror faren vil være i stand til å ivareta omsorgen for dem alene. Barna vil videre få store traumer dersom de blir adskilt fra moren. De kan ikke følge mor dit, både fordi faren ikke samtykker, og fordi klageren har dårlige fremtidsutsikter der. Etter bekymringsmelding knyttet til uttalelser fra et av barna om at far hadde utøvd vold mot henne, gjorde barnevernet undersøkelser og konkluderte i vedtaket at det i deres undersøkelse ikke hadde fremkommet ytterligere informasjon om voldsutøvelse fra faren. UNE viste til at det ikke var dokumentert at far ikke ville samtykke til at hun kunne ta med seg barna til sitt hjemland. Anførsler om dårligere fremtidsutsikter der ble ikke tillagt avgjørende vekt, og det endelige vedtaket ble opprettholdt.

***Sak 12** – Mann med to barn i Norge, 4 og 11 år gamle på tidspunktet for UNEs vedtak. Barnet på 11 er klagerens ektefelles særkullsbarn fra et tidligere forhold. Begge barna er norske statsborgere. UNE opprettholdt UDI sitt vedtak om utvisning med to års innreiseforbud.*

Sakens bakgrunn

Klageren søkte om beskyttelse i 2012. Søknaden ble endelig avslått av UNE i 2014. Klageren la ikke frem dokumentasjon som kunne underbygge hans opplysninger om egen identitet. UNE tok ikke stilling til hvorvidt han hadde sannsynliggjort sin identitet, da det ble vurdert at han ikke hadde en velbegrunnet frykt for forfølgelse ved retur til hjemlandet. Hans forklaring ble ikke funnet å være troverdig. I 2020 ble klageren påtruffet på en buss ved grensepassering på Svinesund. Han hadde ikke ID-dokumenter, men et bilde av et norsk asylsøkerbevis. Han forklarte at han var på veg til sin kone og to barn. Klageren forklarte at han etter det endelige avslaget hadde reist frem og tilbake mellom Norge og Sverige.

Klageren opplyste at han hadde giftet seg religiøst med barnas mor mens han oppholdt seg i Sverige, og hun var i Norge. Ekteskapet hadde blitt inngått via telefon. De har en sønn sammen født i 2016 og ektefellen hadde en sønn fra et tidligere ekteskap som klageren ser på som sitt eget barn. Klageren ble utvist ved UDIs vedtak, og det ble gitt et innreiseforbud på to år. Han ble så uttransportert til Sverige. Det ble opplyst fra advokaten at hans sønn på da tre år, kontinuerlig har spurt etter klageren og ikke forstått at han ikke kan treffe ham. Det ble

videre anført at ektefellen og barna ikke kunne flytte til Sverige, fordi ektefellen har en sønn fra før som har betydelige helseplager. Han kan ikke reise lange strekninger og er avhengig av kort vei til sykehus. Omsorgssituasjonen er krevende for mor, som ikke har annen familie i Norge.

Utvisningsgrunnlaget

Klageren ble forhåndsvarslet i 2020 om utvisning på bakgrunn av at han hadde opplyst til politiet at han hadde reist frem og tilbake mellom Sverige og Norge siden han fikk endelig avslag på sin asylsøknad i 2014. Han hadde med dette oppholdt seg ulovlig i Norge, og flere ganger reist ulovlig inn i Norge.

UNE vurderte klagerens overtredelser at utlendingsloven som alvorlige. Det ble vist til at han hadde oppholdt seg ulovlig i Norge og Sverige i mer enn 5 år. Det ble vist til at ulovlig opphold i Schengenområdet likestilles med ulovlig opphold i Norge. Klageren hadde videre opplyst å ha reist inn til Norge en rekke ganger etter 2015.

Forholdsmessighet – hensynet til klagerens barn

Når det gjelder etableringen av familielivet ble det vist til at dette skjedde mens klageren oppholdt seg ulovlig i Norge. UNE mente klageren derfor i liten grad kan ha hatt en berettiget forventning om å kunne leve sammen med sin familie i Norge. Dette har blitt vurdert i mange saker i EMD, og domstolen har uttalt at utvisning da bare vil være i strid med EMK artikkel 8 hvis det foreligger eksepsjonelle omstendigheter.

Barna bor sammen med mor som ble ansett som den viktigste omsorgspersonen deres. Den yngste sønnen er sterkt knyttet til klageren og fortvilet over utvisningen. Også stesønnen er knyttet til klageren, og har i tillegg helseproblemer, og trenger hjelp til alt. Samlet sett er omsorgssituasjonen svært krevende for barnas mor.

UNE vurderte at utvisning av klageren ville være belastende for barna. Helseproblemene for klagerens stesønn var ikke dokumentert i form av gyldig utstedt helseerklæring, men UNE fant at det ikke var nødvendig å innhente dette, da det uansett ikke ble ansett å være avgjørende for resultatet. UNE mente at en utvisning ikke ville innebære belastninger utover det som anses som normalt i forbindelse med at en omsorgsperson utvises. Det ble lagt til grunn at mor har omsorgsevne til å ivareta omsorgen for begge barna, og det ble vist til at hun i lange perioder har hatt aleneomsorgen for barna. Det ble også vist til at klageren ikke har oppholdstillatelse i Norge, og at han uansett måtte ha forlatt Norge, også dersom han ikke ble utvist. UNE la til grunn for vurderingen at mor og de to barna ville bli boende i Norge og at en utvisning av klageren innebærer en fortsatt familiesplittelse. Det ble vist til uttalelsene om at klagerens stesønn ikke kunne reise ut av Norge grunnet helseforhold. Det ble vist til at kontakt med klageren kunne opprettholdes gjennom besøk i Sverige og/eller andre land, samt i form av kontakt via telefon og internett i perioden innreiseforbudet gjelder. UNE la til grunn at en slik form for kommunikasjon ikke kan sammenlignes med muligheten til å utøve daglig

samvær. Det ble vist til at barna var vant til at klageren var fraværende i lengre perioder, og at de derfor også var vant til å ha kontakt på denne måten. Selv om det ble lagt til grunn at det var det beste for barna at klageren ikke ble utvist, mente UNE det ikke forelå opplysninger som tilsa at barna ville bli utsatt for uvanlig store belastninger ved utvisning av klageren.

Sak 13 – Kvinne med tre barn i Norge, 4, 3, og 2 år gamle på tidspunktet for UNEs vedtak. De to døtrene har fått beskyttelse grunnet fare for kjønnslemlestelse (FGM), og sønnen fikk oppholdstillatelse gjennom sin far. UNE opprettholdt UDIs vedtak om utvisning med to års innreiseforbud.

Sakens bakgrunn

Klageren søkte om beskyttelse i Norge i 2012. Saken ble endelig avslått ved UNEs vedtak i 2013. Utreisefrist ble satt til 01.01.2014. Verken UDI eller UNE la til grunn hennes opplysninger om hjemsted. Det ble vist til at hennes forklaring om hjemstedet i liten grad samsvarte med kjent landinformasjon og at hun for øvrig hadde liten kunnskap om stedet hun anførte å være født og oppvokst i. Hun hadde heller ikke kunnskap om foreldrenes bakgrunn, noe som ikke ble lagt til grunn som troverdig. Det ble også foretatt språkanalyse som konkluderte med at hun med sikkerhet ikke snakker slik dialekt som snakkes der hun anførte å være fra. Basert blant annet på det ovennevnte, ble klagerens identitet og nasjonalitet ikke ansett som sannsynliggjort. Klageren forlot ikke Norge innen utreisefristen. Hun forsvant fra mottaket og oppholdt seg i en periode i Sverige før hun returnerte til Norge. Anmodninger om å omgjøre beskyttelsessaken ble flere ganger ikke tatt til følge av UNE. Hun søkte om oppholdstillatelse i familiegjensforeningsøyemed i 2018 med sin datter. Hun ble igjen gjort oppmerksom på plikten til å forlate landet som følge av avslaget på søknaden om beskyttelse. Søknaden om oppholdstillatelse ble avslått under henvisning til at klageren ikke kunne søke fra riket, jf utlendingsforskriften § 10-1.

Utvisningsgrunnlaget

I forhåndsvarselet ble det vist til at klageren hadde oversett utreisefristen og at hun oppholdt seg ulovlig i Norge. Da UDI fattet vedtak om utvisning, hadde klageren et ulovlig opphold på 4 år og 10 måneder. UNE mottok klage i saken, og ba om ytterligere opplysninger om barna og deres omsorgssituasjon. UNE ga utsatt iverksettelse slik at klageren kunne oppholde seg lovlig i Norge inntil utvisningssaken var avgjort av UNE.

Forholdsmessighet – hensynet til klagerens barn

Klageren har tre barn i Norge. To døtre født i 2016 og 2017 og en sønn født i 2018. De to døtrene ble innvilget beskyttelse av UDI, da det ble lagt til grunn at de risikerte kjønnslemlestelse (FGM) ved retur til hjemlandet. Sønnen ble innvilget oppholdstillatelse i familieinnvandring med sin far. Barna var 4, 3 og 2 år gamle da UNE fattet vedtak. Om familiens bosituasjon kommer det frem i vedtaket at barna bodde på mottak sammen med mor, og ikke privat sammen med barnas far frem til eldste datter var tre år. Da skulle mottaket

de bodde på skulle stenge, og de valgte da å flytte inn til far. Det er opplyst at foreldrene etter dette har bidratt mer eller mindre likt inn i barnas hverdag. Det var anført at barna var mest knyttet til klageren etter å ha bodd alene med henne de første årene. Det ene barnet var diagnostisert med «forsinket utvikling». Som bakenforliggende årsak ble det vist til hennes oppvekst med ustabilitet og manglende mulighet til varig tilknytning og opplevelse av trygghet. Hun var henvist til PPT, og hun hadde blitt innkalt til undersøkelse. UNE la til grunn at hun var noe mer sårbar og at hun hadde noe større omsorgsbehov enn barn flest. Barnehagen opplyste at hun trivdes der. For hennes yngre søster og bror var det ikke gitt opplysninger om særlige utfordringer. Barna er friske.

Konkret vurdering

UNE la til grunn at døtrene ikke kunne bli med klageren til hennes hjemland i tiden innreiseforbudet varte, da de har blitt innvilget beskyttelse som følge av risiko for kjønnsforfølgelse. Mht sønnen ble det vist til at det ville være opp til foreldrene å velge om han skal være igjen i Norge med sin far og sine søstre, eller bli med mor.

Med hensyn til terskelen for forholdsmessigheten, fant UNE at bruddene på utlendingsloven (ikke forholdt seg til utreiseplikten, og 5 år og 9 måneders ulovlig opphold på tidspunktet for UNEs vedtak), var å anse som meget grove. Videre ble det vist til at familielivet ble etablert og alle barna født etter at klageren fikk endelig avslag på sin søknad om beskyttelse og etter utløpet av utreisefristen. UNE mente ektefellen/samboeren mest sannsynlig har kjent til omstendighetene rundt klagerens opphold i Norge. Hensynet til utøvelsen av et familieliv og hensynet til klagerens barn ville derfor i dette tilfellet først få avgjørende betydning dersom utvisningen ville medføre uvanlig store belastninger, jf HR-2019-2286-A avsnitt 109.

UNE la til grunn at hensynet til barna talte mot at klageren ble utvist. Det ble videre lagt til grunn at utvisningen ville medføre en midlertidig familiesplittelse. UNE la blant annet til grunn at utvisning av mor ville oppleves som dramatisk, og at det trolig ville utløse sorg, uro og forvirring hos barna. Dette ble imidlertid vurdert som vanlige reaksjoner når en familie blir splittet som følge av utvisning. Det hadde blitt anført at fars omsorgsevne ville bli betydelig svekket dersom klageren ble utvist og han fikk aleneomsorg for barna. Til dette bemerket UNE at det ikke forelå opplysninger i saken som tilsa at far ikke ville evne å ivareta omsorgen for barna dersom barnas mor ble utvist/ikke var tilstede. Det å måtte ivareta omsorgssituasjonen for barn alene, er en alminnelig konsekvens av et vedtak om utvisning som berører barn, og er forhold som gjør seg gjeldende i svært mange sammenlignbare saker.

Det ble vist til at det er mange barn i Norge som av ulike årsaker bor sammen med bare en forelder og blir godt ivaretatt av denne. Videre ble det kommentert at utvisning av en forelder normalt vil medføre behov for praktiske og økonomiske tilpasninger hos den andre forelderen. Økt omsorgsbyrde hos far innebærer imidlertid ikke i seg selv at ikke omsorgen for barna er tilstrekkelig ivaretatt. Det ble vist til at familien allerede fikk avlastning gjennom barnehage, og at UNE la til grunn at det ville fortsette. Foreldrene hadde også opplyst at de har hatt støtte

i annen familie og nettverk i Norge. I tillegg ble det vist til at det er mulig å søke om ulike hjelpe- og støtteordninger for alene foreldre dersom det er ønskelig eller nødvendig. Med hensyn til den eldste datterens helsesituasjon, ble det vist til at denne ikke var kronisk, og at hun hadde vist positive fremskritt i forhold til tilpasning, trygghet og norsk språk, til tross for at hun er forsinket i forhold til sin alder. Oppbrudd fra mor vil virke negativt på henne, og grunnet hennes situasjon kan hun bli noe mer påvirket enn andre barn. UNE fant likevel at far samlet sett har tilstrekkelig evne til å ivareta omsorgen for datteren i den perioden mor er utvist. I denne sammenheng ble det vist til samarbeidet med barnehagen, at hun følges opp av spesialisthelsetjenesten og at far kan søke om ulike støtteordninger ved behov. Barns lave alder tilsier ikke i seg selv at det foreligger en uvanlig stor belastning for dem, jf LB-2018-172336. Grunnet barnas lave alder, ble muligheten for å opprettholde en god og personlig relasjon mellom klagerne og barna i perioden utvisningen gjelder, vanskeliggjort. Kontakt pr. telefon og sosiale medier eller besøk i tredjeland utenfor Schengen kunne imidlertid bidra til å lette bearbeidelsen av sorg og tap, og raskere tilknytning ved gjenforening med mor på et senere tidspunkt. Etter en samlet vurdering ble ikke utvisning av mor funnet å utgjøre et uforholdsmessig tiltak overfor barna.

***Sak 14** – Kvinne med barn på 1 og 3 år på tidspunktet for UNEs vedtak. Barna har fått avledet flyktningsstatus gjennom sin far. Saken ble behandlet i nemndmøte. Nemnda kom under sterk tvil til at utvisning ville være et uforholdsmessig tiltak overfor klagerens ene sønn som hadde fått stilt diagnosen autisme.*

Sakens bakgrunn

Klageren søkte om beskyttelse i Norge og asylintervju ble gjennomført i 2016. Hun var ikke i besittelse av id-dokumenter som kunne sannsynliggjøre hennes identitet. Hun opplyste å være borger av (X). PU foretok søk i visumsystemet (VIS) og treff på fingeravtrykk avdekket at hun hadde fått utstedt Schengenvisum ved en ambassade under en annen identitet og statsborgerskap. Etter å ha blitt foreholdt dette, opplyste klageren at hun hadde pass og id-kort og kunne fremskaffe dette. Hun bekreftet at hun hadde søkt om visum til et europeisk land. UDI vurderte at den oppgitte identiteten ikke var sannsynliggjort, og at hun mest sannsynlig var borger av et annet land. UDI avsto søknaden i 2016 og UNE fattet endelig avslagsvedtak i 2018. Begrunnelsen var blant annet at klageren ikke hadde medvirket til å avklare sin identitet. UNE la som UDI til grunn at det var mest sannsynlig at hun var borger av (X). I likhet med UDI utelukker ikke UNE at klageren er av anført opprinnelse, har tilknytning til det aktuelle landet eller at hun har bodd der. UNE viste imidlertid til at hun har pass fra et annet land og legger til grunn at hun også har dette landets statsborgerskap. Saken ble derfor vurdert med opp mot retur til det aktuelle landet.

Klageren fikk i 201(X) en sønn. Hun er religiøst gift med barnets far. I 2018 søkte klageren om oppholdstillatelse i familieinnvandring med sin samboer. UDI avsto med henvisning til at

hun var besluttet utvist i samme vedtak, jf utlendingsloven § 59. I 201(X) fikk hun sin andre sønn.

Utvisningsgrunnlaget

Klageren ble i 2019 varslet om at utlendingsmyndighetene forberedte sak om utvisning og mulig innmelding i SIS. Bakgrunnen var at hun hadde gitt uriktige eller åpenbart villedende opplysninger om sin identitet og at hun oppholdt seg ulovlig i Norge. I tilsvaret til forhåndsvarselet bestred klagerens advokat at hun hadde gitt uriktige opplysninger om sin identitet. Det ble anført at den identiteten hun var registrert med i Norge var en falsk identitet hun fikk av menneskesmuglerne. Hun hadde ved første anledning gitt riktig identitet til norske myndigheter og lagt frem sin dåpsattest og foreldrenes ID-kort fra (X). Passet hun hadde brukt på reisen hadde blitt tatt fra henne av menneskesmuglerne. Videre var det urimelig å forvente at hun skulle forlate Norge med tanke på sin sønns alder på da 1 år. Vedtak om utvisning ville være uforholdsmessig. Den ene sønnen var henvist til habiliteringstjenesten på hjemstedet. Det var ønske om utredning for autisme, blant annet grunnet manglende språk og blikkontakt. Blant annet på bakgrunn av PUs undersøkelser, la både UDI og UNE til grunn at det forelå et utvisningsgrunnlag i saken. Etter en konkret vurdering av sakens faktum la nemnda til grunn som mest sannsynlig at klageren forsettlig eller grovt uaktsomt hadde gitt vesentlig uriktige opplysninger i en sak etter loven. Det ble vist til at å gi korrekte opplysninger om identitet er av vesentlig betydning i saker etter loven. Hun hadde heller ikke overholdt sin medvirkningsplikt, jf utlendingsloven § 83 annet ledd og § 93. Videre hadde hun grovt overtrådt loven ved ikke å overholde fastsatt frist for utreise. Det ulovlige oppholdet var på 1 år og 4 måneder. Samlet sett ble dette ansett som meget grove overtredelser av utlendingsloven.

UNE ba i to omganger om tilleggsopplysninger i saken. Det kom inn opplysninger om at klagerens sønn hadde fått diagnosen barneautisme. Det ble også blant annet sendt inn dokumentasjon på sønnens oppfølgingsbehov og utfordringer i hverdagen.

Forholdsmessighetsvurderingen

Når det gjaldt barnas situasjon, viste nemnda blant annet til at barneautisme er en utviklingsforstyrrelse som ikke kan helbredes. Fungeringsnivået kan variere. Når det gjelder klagerens sønn, har han etter det opplyste et omfattende omsorgsbehov. Nemnda la til grunn at når han har behov for en-til-en oppfølging i barnehagen, så har han det samme behovet også hjemme. I barnehagen har han 40 timers pedagogisk medhjelper i uken, samt 8 timer med spesialpedagog. I tillegg skal foreldrene følge opp med trening hjemme. Det er vanskelig å si noe om hans utviklingsmuligheter. Barna bor sammen med begge foreldre som har nødvendig omsorgsevne. Begge foreldrene bidrar etter det opplyste til barnas omsorg. Nemnda viste blant annet til at for å gi barn med autisme god omsorg, kreves det at foreldre i tillegg til normalt god omsorgsevne, har kunnskap om og forståelse av hvordan autisme påvirker og preger barnet. Det krever stor grad av tålmodighet og overskudd. Det kan være s krevende å være alene om omsorgen for et barn med vansker innen autismspekteret.

Foreldrene har rett på avlastning, men dette kan være krevende for barn med autisme, da de er vare for endringer og rutinebrudd og kan være stresset og urolig i lang tid etter avlastning. Det ble vurdert at sønnen hadde et særlig behov for stabilitet og kontinuitet. Videre ble det vist til at familien til et barn med barneautisme vil bli preget av barnets fungering. Det store behovet for oppfølging kan gå på bekostning av søsken. Det kan være spesielt krevende å samtidig ha ansvar for yngre søsken og/eller spedbarn.

Det ble ansett barnas beste at klageren ikke ble utvist. Under sterk tvil og etter en helhetlig vurdering, kom nemnda til at utvisning ville være et uforholdsmessig tiltak overfor klagerens sønn.

Sak 15 – *Kvinne med to barn i Norge på 9 og 11 år på tidspunktet for UNEs vedtak. Barna er norske statsborgere gjennom sin far (klagerens samboer). Utvist med to års innreiseforbud.*

Sakens bakgrunn

Klageren ble stanset på kontrollstasjon på veg inn til Norge. Hun kunne ikke fremvise ID-kort. Hun forklarte at hun var (X) statsborger, og at hun hadde oppholdstillatelse i annet europeisk land. Hun opplyste at hun hadde bodd i Norge siden 2009, kun avbrutt av korte opphold i (X), noe som tilsvarte ulovlig opphold på 10 år. I forhåndsvarsel om utvisning, ble det videre inntatt at det kunne være aktuelt å melde klageren inn i Schengen Informasjonssystem (SIS).

Utvisningsgrunnlaget

I tilsvaret til forhåndsvarselet opplyste klageren at hun trodde hun hadde anledning til å oppholde seg i Norge som følge av oppholdstillatelsen i (X). Hun har derfor ikke fremsatt uriktige/villedende opplysninger eller tilbakeholdt opplysninger. Videre viste hun til at hun hadde vært i kontakt med offentlige etater i Norge, blant andre UDI, uten at det hadde blitt tilkjennegitt at hun ikke kunne oppholde seg i Norge. Subsidiært ble det anført at det ville være uforholdsmessig å utvise henne både overfor henne selv og hennes nærmeste familie, jf lovens § 70. Hun viste også til at den eldste sønnen var under utredning hos BUP.

UDI fattet vedtak om utvisning av klageren. Med hensyn til barnas uttalerett ble det vist til at i henhold til RS 2010-043, kan denne ivaretas på ulike måter. UDI mente barnas interesser var ivaretatt blant annet gjennom advokatens tilsvaret til forhåndsvarselet. UDI la videre til grunn for sitt vedtak at barna naturlig nok ikke ønsket at deres mor skulle utvises. Datteren skrev også et brev om at dersom moren ble utvist, ønsket hun å være med henne i (X). Med hensyn til innreiseforbudets lengde, vurderte UDI at det var grunnlag for å ilegge henne et innreiseforbud på opp til 10 år med hensyn til offentlig orden, jf RS 2010-024 om ulovlig opphold. Etter en konkret vurdering, ble innreiseforbudet likevel satt ned til to år av hensyn til hennes barn.

I klagen på UDIs vedtak ble det igjen vist til at klageren har vært i god tro om at hun kunne oppholde seg lovlig i Norge. Hun har reist åpent over grensen og kontaktet ulike myndigheter uten at hun har fått informasjon om ulovlig opphold. Videre ble det fra advokatens siden avført at det virket som om UDI mente forholdet var «meget alvorlig», og at terskelen for vurdering av forholdsmessighet da var «uvanlig store belastninger». Det ble anført at dette ikke kunne ses på som et meget alvorlig forhold.

UNE viste som UDI til at klageren hadde plikt til å sette seg inn i regler som gjelder for utlendingers opphold og arbeid i Norge. Det at hun ikke hadde levd i skjul, men hatt kontakt med offentlige myndigheter i Norge, endret ikke det faktum at klageren hadde en selvstendig plikt til å sette seg inn i regelverket. UNE vurderte klagerens brudd på utlendingslovgivningen for å være meget grov, og at det derfor skulle svært mye til før en utvisning kunne anses som uforholdsmessig, jf blant annet uttalelser fra Høyesterett i RT. 2000 s. 591 og Rt. 2009 s. 534.

Forholdsmessighetsvurderingen – hensynet til barnas beste

UNE viste innledningsvis blant annet til at i saker hvor utsiktene til å kunne videreføre et familieliv i Norge allerede fra begynnelsen var usikker, vil utvisning bare utgjøre et brudd på barnets rettigheter etter EMK artikkel 8 dersom det foreligger ekstraordinære omstendigheter. Videre ble det uttalt at der en sak gjelder meget alvorlige overtredelser av utlendingsloven eller meget alvorlig kriminalitet, vil hensynet til barnets beste bare være avgjørende når barn blir utsatt for uvanlig store belastninger. Dette følger av Høyesteretts praksis. Barnas interesser vil oftere kunne være avgjørende ved mindre alvorlige overtredelser av utlendingsloven.

I den konkrete vurderingen viste UNE blant annet til at familien bor sammen. UNE la til grunn at barna ville fortsette å bo sammen med faren ved utvisning av mor. Det forelå ingen opplysninger i saken som tilsa at faren ikke hadde god omsorgsevne.

Klagerens sønn har ADHS-diagnose og lærevansker, og det ble opplyst at han har et skreddersydd undervisningsopplegg. UNE la til grunn at dette opplegget ville fortsette. UNE så ikke bort fra at usikkerheten rundt morens rett til å oppholde seg i Norge kunne ha preget barna negativt. Det ble vist til at dette imidlertid var forhold som ville være til stede i de fleste saker hvor barn berøres av at en av foreldrene må forlate Norge, enten etter avslag på søknad om oppholdstillatelse eller ved utvisning. Dette er derfor en normal konsekvens av en utvisning som ikke i seg selv tilsier at utvisning er uforholdsmessig for barna.

Videre ble det vist til at familien kunne velge om barna skulle bli igjen i Norge eller ta opphold i (X). UNE mente imidlertid at det forhold at far og barna har norsk statsborgerskap kanskje gjorde det mindre sannsynlig at de ville følge klageren til (X), og det ble lat til grunn for vedtaket av det å utvise mor, ville medføre en midlertidig familiesplittelse mellom klageren og barna, og at barna ville bli igjen med far som sin primære omsorgsperson.

Påregnelige opplevelse av dramatikk, sorg, uro og forvirring hos barna ble vurdert som vanlige reaksjoner når en familie blir splittet som følge av utvisning, og som ikke tilsa at

utvisning ville være uforholdsmessig overfor barna. Videre var det at en foreldrene måtte ivareta omsorgssituasjonen alene, en alminnelig konsekvens av et vedtak om utvisning. UNE viste til at det også er mange andre barn i Norge som av ulike årsaker bor sammen med bare en av foreldrene og blir godt ivaretatt av denne. Det ble også lagt til grunn at kontakten kunne opprettholdes over telefon, via Facetime, Whatsapp eller lignende digital kontakt, eller besøk i (X) eller eventuelt klagerens hjemland.

UNE mente det beste for barna ville være at klageren ikke ble utvist. Likevel ble en utvisning med et innreiseforbud på to år i dette tilfellet ikke vurdert som uforholdsmessig eller at det ville medføre uvanlig store belastninger for barna.

Sak 16 – *Kvinne utvist med to års innreiseforbud. Barn på 1 år på tidspunktet for UNEs vedtak. Barnet er norsk statsborger.*

Sakens bakgrunn

Klageren ble i 2017 innvilget midlertidig oppholdstillatelse på 6 måneder for å inngå ekteskap i Norge. Hun inngikk i løpet av perioden ekteskap med referansepersonen (nå norsk borger), og det ble så søkt om oppholdstillatelse i familieinnvandring med ektefellen. Politiet foretok i forbindelse med søknaden bostedskontroll på oppgitt bopæl. Politiet fant ingen tegn på at klageren bodde i leiligheten, og det ble opplyst at hun bodde med sin svigermor. Det ble etter dette gjort flere undersøkelser, og klageren og referansepersonen ble intervjuet.

Utvisningsgrunlaget

Politiet forhåndsvarslet klageren om at utlendingsmyndighetene forberedte sak om utvisning. Bakgrunnen var at klagerens ekteskap var ansett å være et omgåelsesekteskap, og at det på bakgrunn av dette var aktuelt å utvise henne for å ha gitt uriktige opplysninger i familieinnvandringssaken.

UDI avsto søknaden om familieinnvandring, og utviste klageren samme dag med et innreiseforbud på to år. Vedtaket ble påklaget, og det ble blant annet vist til at ekteskapet aldri var et omgåelsesekteskap, men at klageren hadde forholdt seg til avslagsvedtaket, og returnert til hjemlandet. Klageren fødte en datter i Norge, og datteren ble med sin mor til (X). Like etterpå søkte klageren på nytt om å oppholdstillatelse i familieinnvandring med sin ektefelle i Norge.

UNE var enig i UDIs vurdering av at klageren hadde gitt «vesentlig uriktige» eller «åpenbart villedende» opplysninger etter loven. Det ble vist til at hun hadde unnlatt å fortelle at hovedhensikten med å gifte seg hadde vært å skaffe seg lovlig opphold i Norge. Dette kom UNE til etter en helhetlig vurdering av bostedskontrollene som viste at partene ikke bodde sammen i et ekteskapelig samliv, og forklaringene deres som inneholdt motstrid, og interne selvmotsigelser om forhold som ville være naturlig å kunne forklare seg om, dersom

ekteskapet var reelt. Det at partene, trolig kort tid etter at UDI hadde konkludert med at ekteskapet kunne danne grunnlag for oppholdstillatelse, unnfanget et barn, endret etter UNEs vurdering ikke på konklusjonen om at det klare hovedformålet med ekteskapsinngåelsen var å skaffe klageren opphold i Norge. UNE mente samlet sett at klagerens handlinger var så alvorlige at det talte for utvisning.

Forholdsmessighetsvurderingen – hensynet til barnets beste

Det ble vist til at barnet bor med sin mor i (X), og at en utvisning derfor ikke vil medføre en endring i barnets nåværende omsorgssituasjon. Barnet forlot Norge da hun var svært liten, og har siden bodd med klageren. UNE la derfor til grunn at hun hadde svært begrenset kontakt med sin far, og at klageren var den nærmeste omsorgsperson.

Det at barnet er norsk statsborger gjør at hun har rett til opphold i Norge. UNE mente likevel at utvisning ikke var uforholdsmessig overfor datteren. UNE var ikke enig med anførselen om at utvisning ville umuliggjøre barnets rett til å vokse opp i Norge og at hun ikke ville ha mulighet til å ha kontakt med sin far. Det ble vist til at innreiseforbudet var begrenset til to år av hensyn til klagerens datter. Etter at denne tiden har utløpt, kan klageren på nytt søke oppholdstillatelse i Norge, enten med ektefellen eller med sin norske datter. Det ble vist til at det avgjørende for vurderingen var situasjonen på tidspunktet en eventuell søknad skulle vurderes, ikke hvordan situasjonen var tidligere.

Videre ble det vist til at det ikke forelå informasjon som tilsa at ikke barnets mor var en normalt god omsorgsperson, eller at barnet er særlig sårbart eller mer krevende å ha omsorg for enn det som er normalt. Klageren fremsto som arbeidsfør og velfungerende, og det hadde ikke fremkommet noen informasjon som talte for noe annet. Det ble videre vist til at i (X), kunne også andre, for eksempel andre nære slektninger, bidra til omsorgen for barnet. Til norske utlendingsmyndigheter hadde hun opplyst at hun hadde et godt forhold til sine foreldre. Basert på en samlet vurdering mente UNE at barnets beste ville være at klageren ikke var utvist fra Norge. På bakgrunn av momentene gjennomgått over, kunne UNE likevel ikke se at det ville være en så stor belastning for barnet at klageren var utvist, at dette var uforholdsmessig. Av hensyn til klagerens barn ble innreiseforbudets lengde satt til 2 år.

Sak 17 – Kvinne med et barn i Norge, under 1 år på tidspunktet da UNE fattet vedtak. Barnet er norsk statsborger. I tillegg to barn i hjemlandet på 9 og 10 år. UNE omgjorde delvis UDIs vedtak om å utvise klageren, ved at innreiseforbudets lengde ble satt ned fra fem til to år.

Sakens bakgrunn

Klageren ble innvilget midlertidig oppholdstillatelse i Norge for å være au pair for en familie. Hun opplyste at hun ikke hadde barn i hjemlandet. Klageren giftet seg så med norsk ektefelle og søkte om oppholdstillatelse i familieinnvandring med ham. I forbindelse med den søknaden opplyste hun om å ha to barn i hjemlandet på 7 og 8 år. På bakgrunn av dette ble hennes au-pairtillatelse tilbakekalt.

Utvisningsgrunnlaget

Klageren ble forhåndsvarslet om at utlendingsmyndighetene forberedte sak om utvisning. Bakgrunnen var at hun hadde gitt vesentlig uriktige opplysninger i søknadene om au-papirtillatelsene ved å opplyse at hun ikke hadde barn i hjemlandet. I klagen ble det blant annet anført at klageren var i god tro og at det ikke var noen spesifikke vilkår i utlendingsloven om at en utlending ikke kan ha barn. Videre ville det være uforholdsmessig å utvise. UDI vedtok å utvise klageren med fem års innreiseforbud. Samtidig ble søknaden om oppholdstillatelse i familieinnvandring avslått fordi det var fattet vedtak om å utvise henne. Vedtaket ble påklaget og det ble blant annet vist til at klageren var gravid.

Saken ble sendt til UNE for klagevurdering, og UNE ba advokaten om oppdaterte opplysninger vedrørende klagerens graviditet og eventuelle fødsel.

I sitt vedtak uttalte UNE blant annet at man ikke var enig i advokatens anførsel om at det ikke anses naturlig å opplyse om egne barn idet dette er et privat forhold som ikke skal ha betydning for om tillatelse gis, og at klageren derfor ikke forsettlig eller grovt uaktsomt har gitt vesentlig uriktige opplysninger. UNE viste til vilkårene for å få au pairtillatelse og at det også klart fremkommer av UDIs hjemmeside at det er et vilkår for å få slik tillatelse at en ikke har barn i hjemlandet. UNE mente klageren hadde en klar oppfordring til å gi alle relevante opplysninger i saken, og hun fikk også direkte spørsmål om hun hadde barn, hvor hun huket av for at hun ikke hadde barn. Det at hun senere, i forbindelse med søknad om familieinnvandring med ektefelle, oppga at hun hadde barn fra før, var ikke egnet til å avhjelpe det at hun holdt tilbake denne opplysningen tidligere. UNE vurderte at hennes handlinger har ført til at norske myndigheter har brukt tid og ressurser på oppklaring og tilbakekall av tillatelsene. Disse ressursene kunne blant annet ha vært brukt til å behandle andre saker.

Forholdsmessighetsvurderingen – hensynet til barnets beste

Det ble vist til som et moment at familielivet med ektefellen ble etablert mens klageren hadde oppholdstillatelse basert på uriktige opplysninger og barnet ble unnfanget etter at klageren var forhåndsvarslet om at utlendingsmyndighetene vurderte å tilbakekalle oppholdstillatelsen hennes. Det kan da i liten grad ha vært en berettiget forventning om å få utøve et familieliv og leve sammen med familien i Norge.

Det ble vist til at det berørte barnet i saken var et spedbarn. UNE viste til at det var opp til foreldrene å velge om hun skulle være igjen i Norge eller følge sin mor til hjemlandet. Som følge av barnets alder ble det ansett som mest sannsynlig at datteren ville følge moren til hjemlandet. Det ble også ansett som en mulighet at barnets far fulgte sin ektefelle og datter til (X). Uansett valg foreldrene gjør, pekte UNE på at datterens viktigste tilknytning uansett ville være til sine foreldre og ikke til Norge og nærmiljøet her. Dersom foreldrene valgte at barnet skulle bli igjen hos far, ville det å få aleneomsorgen for et så lite barn by både på økonomiske og praktiske utfordringer for far. Men ut fra opplysningene i saken mente UNE at hans

situasjon ikke var verre enn for andre personer som er aleneforeldre. Det ble vist til at Høyesterett har slått fast at det skal noe mer til enn vanlige økonomiske, sosiale og emosjonelle belastninger før utvisning kan medføre uforholdsmessighet. Siden både far og barn er norske statsborgere har de rett på bistand fra offentlige tjenester dersom det er behov for dette. At klageren utvises medfører ikke en tvangssituasjon som medfører at barnet må forlate Norge. UNE mente at barnets omsorgssituasjon ville være tilfredsstillende dersom klageren ble utvist fra Norge. Videre vurderte UNE hva som ville være datterens omsorgssituasjon dersom foreldrene valgte at hun skulle bli med til mors hjemland. UNE uttalte at som et generelt utgangspunkt vil foreldre kunne ha bedre forutsetninger for å gi sine barn oppfølging i omgivelser hvor de selv kjenner språket og de kulturelle kodene, og der de ofte har eller raskere vil kunne få et nettverk å støtte seg til. Også andre enn foreldrene vil da kunne bidra til omsorgen av barnet, for eksempel nære slektninger. Det ble blant annet også lagt til grunn at det ville ha en egenverdi for klagerens datter å vokse opp med sine halvsøsken. Det ble vist til at det faktisk at datteren er norsk borger har en spesiell betydning ved vurderingen av barnets rettigheter, men ikke nødvendigvis avgjørende for om utvisningen kan opprettholdes. UNE viser til Rt. 2015 s. 93 avsnitt 75 der det uttales at, «Bs norske statsborgerskap trumfer ikke alt. Men statsborgerskapet har likevel spesiell betydning ved forholdsmessighetsvurderingen: Barnekonvensjonens artikkel 7 anerkjenner alle barns rett til å ha et statsborgerskap. Og artikkel 8 gir alle barn rett til å ivareta sin identitet, herunder sin nasjonalitet. Bestemmelsene er uttrykk for det grunnsyn at statsborgerskapet er viktig, også for barn». UNE viste til at barnet som norsk har rett til å oppholde seg i Norge. Samtidig innebærer ikke et norsk statsborgerskap at den som har det, ikke kan ta opphold i andre land. Statsborgerskapet er derfor ikke nødvendigvis avgjørende for saken. Det ble blant annet vist til at barnet har mulighet til å komme tilbake til Norge når som helst idet hennes far er norsk statsborger og kan overta omsorgen både nå og fremover i tid.

UNE fant etter en konkret vurdering at hensynet til barnet tilsa at innreiseforbudet ble satt ned fra fem til to år. Vedtak om utvisning med to års innreiseforbud ble ikke ansett å være et uforholdsmessig tiltak overfor klagerens datter.

***Sak 18** – Mann med barn i Norge på 6 måneder. Barnet har annet statsborgerskap gjennom sin mor. Utvist med to års innreiseforbud.*

Sakens bakgrunn

Klageren ble stanset i forbindelse med utlendingskontroll. Politiet vurderte klagerens handlinger slik at han hadde utført ulovlig arbeid. Han samarbeidet heller ikke om den påfølgende utlendingskontrollen, slik at det ikke var mulig å kontrollere lovligheten av hans opphold i Norge. På denne bakgrunn ble han varslet om at utlendingsmyndighetene forberedte sak om utvisning og evt innmelding i SIS.

Utvisningsgrunnlaget

UDI vedtok deretter å utvise klageren etter utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a, jf. § 55 første ledd og § 21 første ledd. Bakgrunnen var at han hadde arbeidet ulovlig og ikke samarbeidet om utlendingskontrollen. UDIs vurdering av at klageren hadde arbeidet ulovlig ble gjort som følge av politiets undersøkelser, herunder samtale med bedriftens eier knyttet til klagerens arbeid for firmaet. På bakgrunn av informasjon i saken fant UDI det sannsynlig at klagerens arbeid kunne knyttes til arbeidslivskriminalitet. Blant flere momenter ble det trukket frem at klageren ikke var registrert med et D-nummer som er nødvendig for å betale skatt i Norge, og hadde ikke fremlagt arbeidskontrakt. Videre viste UDI til at klageren hadde oppholdstillatelse i Italia og således rett til å oppholde seg i Norge i inntil tre måneder i løpet av en periode på seks måneder. Han hadde imidlertid ikke anledning til å ta arbeid i Norge, da dette krever oppholdstillatelse som gir rett til å drive arbeid, jf lovens § 55.

I klagen bestred klageren blant annet at han hadde arbeidet ulovlig. Det var snakk om en vennetjeneste, og han hadde ikke hatt som formål å arbeide ulovlig. Han var i Norge for å besøke sin kjæreste og blant annet være med på svangerskapskontroll. Dette kunne uansett ikke anses som et grovt brudd på utlendingslovgivningen. Det ble også anført at han hadde rett til å utøve EØS-rettigheter gjennom sin kjæreste som han ventet barn med, jf lovens § 110. Til slutt ble det anført at et vedtak om utvisning ville være uforholdsmessig.

UDI vurderte klagen, men opprettholdt sitt vedtak om utvisning. UDI mente blant annet at klageren ikke var omfattet av EØS-regelverket. Det ble vist til at hans kjæreste var gift med en annen person, og at det for å regnes som samboer var et krav at partene var formelt og reelt skilt fra tidligere samlivspartnere. Klageren ble deretter utreisekontrollert til Italia samme dag.

Forholdsmessighetsvurderingen – hensynet til barnets beste

UNE mente etter en konkret vurdering av klagerens handlinger i Norge at disse utgjorde alvorlige overtredelser av utlendingsloven. Signaleffekten overfor andre utlendinger (allmennpreventive hensyn) og hensynet til den alminnelige rettsoppfatningen talte for utvisning i et slikt tilfelle.

Det ble pekt på at klagerens barn ble unnfanget med klageren var i Norge på bakgrunn av et midlertidig opphold som følge av at han har tillatelse i Italia, jf lovens § 9 annet og fjerde ledd. UNE mente at han i en slik situasjon ikke kan ha hatt en berettiget forventning om å kunne leve sammen med sin familie i Norge.

Barnet bodde etter det opplyste sammen med sin mor. Det ble lagt til grunn at moren hadde omsorgsevne og at hun var den viktigste omsorgspersonen for barnet. Klageren hadde ikke utøvd samvær med barnet etter det opplyste. UNE la imidlertid til grunn at det skyldtes utvisningssaken og Covid19-restriksjonene. UNE vurderte at det antakeligvis samlet sett var det beste for barnet at klageren ikke ble utvist. UNE fant at en utvisning kunne ha en noe negativ betydning for barnet, men at belastningen antakelig ble begrenset. Klageren hadde aldri utøvd omsorg for barnet og det var ingen opplysninger i saken om at barnet hadde et spesielt oppfølgingsbehov eller at barnet ville bli utsatt for belastninger utover det vanlige. UNE la også vekt på at den anførte samboeren ville gi deres felles barn tilstrekkelig omsorg,

og at hun og barnet kunne bosette seg i samme land som klageren i henhold til EØS-regelverket. Det forelå således ikke uoverstigelige hindringer for at de kunne gjenforenes i klagerens land. Etter en helhetlig vurdering kom UNE til at de hensynene som talte for utvisning, måtte bli avgjørende.

I vedtaket ble det også gjort oppmerksom på at dersom klageren, etter at samboerens skilsmisse var gjennomført, mente at han var omfattet av EØS-regelverket, så ville han kunne søke om opphevelse av innreiseforbudet etter utlendingsloven. Det ble angitt hvor han kunne finne mer informasjon om dette regelverket.

***Sak 19** – Mann med to barn på 5 og 3 år. Begge norske statsborgere som bor med sin mor. Klagen på UDIs vedtak om å utvise ble tatt til følge.*

Sakens bakgrunn

Klageren hadde oppholdstillatelse i annet europeisk land. Hans kone og to barn var bosatt i Norge, og han ble stoppet i utlendingskontroll i forbindelse med at han kom for å besøke familien.

Utvisningsgrunnlaget

Klageren ble forhåndsvarslet om utvisning ettersom han hadde oversittet visumfri periode med 29 dager, og dermed overtrådt utlendingsloven § 55 annet ledd. Videre hadde han gitt uriktige opplysninger til politiet om sine opphold i Norge. UDI utviste klageren med innreiseforbud på to år. I klagen ble det anført at UDI i for liten grad hadde tatt hensyn til klagerens to barn. Videre hadde han misforstått spørsmålene han fikk grunnet språkutfordringer. Klageren informerte også om at så snart ektefellen oppfylte underholdskravet, skulle klageren komme på familieinnvandring til Norge for å bo sammen med dem.

Forholdsmessighetsvurderingen

Med hensyn til forholdets alvor viste UNE til at klageren hadde oppholdt seg i Norge og/eller Schengenområdet i over to måneder etter utløpet av den visumfrie perioden som følge av hans oppholdstillatelse i (X). Politiet hadde, etter å ha pågrepet klageren i utlendingskontroll for 29 dagers ulovlig opphold, fengslet ham og pålagt ham meldeplikt. UNE la til grunn klagerens opplysninger om at han selv ønsket å returnere til (X), men at dette ikke var mulig, da politiet hadde hans reisedokumenter.

UNE anså videre hans uriktige opplysninger til politiet om når han kom til Norge og hans tilpasninger av sin forklaring for å være i nedre sjikt for hva som kunne anses å være en grov overtredelse av lovens § 21. Samlet sett anså UNE at klagerens overtredelser av utlendingsloven talte for utvisning.

Forholdsmessighetsvurderingen – hensynet til barnets beste

UNE viste også til at familielivet ble etablert mens klageren hadde tillatelse i (X), og uten at han hadde tillatelse i Norge. Han kunne derfor i liten grad ha hatt en berettiget forventning om å utøve et familieliv i Norge.

Det ble vist til at barna på 3 og 5 år bodde fast med sin mor, og at de hadde fått besøk av sin far 6-8 ganger per år. Det ble lagt til grunn som barnas beste at klageren ikke ble utvist. I forholdsmessighetsvurderingen så UNE først hen til at klagerens handlinger ikke ble ansett å være særlig grove brudd på utlendingsloven. Selv om det objektive grunnlaget for utvisning forelå, mente UNE at det var omstendigheter både ved utlendingskontrollen og klagerens ulovlige opphold som gjorde at forholdet var i nedre sjikt for når UNE utviser. Sett i lys av at klageren hadde barn i Norge som han har en relasjon til og samvær med, mente UNE at utvisning var et uforholdsmessig tiltak. Klagen på UDIs vedtak om å utvise klageren ble tatt til følge.

***Sak 20** – Kvinne med tre døtre på 6, 1 år og et spedbarn i Norge, hvorav to hadde blitt gitt beskyttelse grunnet fare for kjønnslemlestelse. Vedtak om utvisning ble omgjort da det ble ansett som et uforholdsmessig tiltak overfor klagerens barn da gjenværende omsorgsperson har lidelse innen avhengighetspekteret.*

Sakens bakgrunn

Kvinnen søkte beskyttelse i 2013. Hun la ikke frem pass eller annet gyldig reisedokument. UDI avsto søknaden, og UNE opprettholdt avslaget i 2014. UNE viste til at klagerens identitet, herunder opplysninger om statsborgerskap ikke var sannsynliggjort og UNE la derfor heller ikke til grunn hennes øvrige asylforklaring som var knyttet til det anførte hjemstedet.

UDI varslet klageren om at det ble forberedt utvisningssak og eventuell innmelding i Schengen informasjonssystem (SIS) dersom hun ble utvist. Bakgrunnen var at hun hadde oppholdt seg ulovlig i Norge i tre år etter at hun fikk avslag på sin søknad om beskyttelse. Hun hadde også gitt uriktige opplysninger om sin identitet og asylgrunnlag. I tilsvaret ble det blant annet kommentert at klageren var uenig i avslaget på beskyttelse og at hun ikke hadde gitt uriktige opplysninger. UDI ba så om oppdaterte opplysninger om datterens omsorgssituasjon. I samtale med klageren forklarte hun at hun var den primære omsorgspersonen.

UDI vedtok å utvise klageren, og fant at det ikke var et uforholdsmessig tiltak overfor klageren selv eller de nærmeste familiemedlemmene. Det ble lagt til grunn at barnas behov for trygghet, stabilitet og god omsorg ville bli ivaretatt deres far. Innreiseforbudet ble satt til to år. Etter vedtaket ble det blant annet opplyst at klageren og barnas far hadde flyttet fra hverandre og at hun befant seg i en svært vanskelig situasjon. Hun og barna bodde hos

venner. Det var avtalt at far skulle ha samvær med barna. UDI vurderte de nye opplysningene, men mente at dette ikke tilsa en omgjøring av vedtaket. Saken ble overført UNE for klagebehandling.

I tillegg til klage kom det frem at barnas far hadde innrømmet å ha problemer med avhengighet. Dette hadde ført til økonomiske problemer, og han kunne ikke dekke husleie og andre nødvendige utgifter. Han var henvist til en klinikk for behandling av dette. Advokaten anførte at dette innebar at UDI hadde tatt feil når de la til grunn at far kunne ta vare på sine barn. UNE ba om ytterligere dokumentasjon angående barnas fars helsesituasjon og omsorgsevne og samvær med barna. Advokaten sendte også inn informasjon om klageren hadde født en tredje datter.

Forholdsmessighetsvurderingen – hensynet til barnet beste

Med hensyn til utvisningsgrunnlaget viste UNE innledningsvis til at klagerens identitet ikke var sannsynliggjort, og begrunnet dette konkret. Klageren hadde brutt ved å oppholde seg ulovlig i Norge, først etter avslag på beskyttelse, og så etter at hun fikk avslag på sin søknad om familieinnvandring med sin datter. Den totale tiden for ulovlig opphold var rundt 6 ½ år. Videre hadde hun gitt uriktige opplysninger om sin identitet. UNE la til grunn at hun hadde gitt de uriktige opplysningene forsettlig eller grovt uaktsomt. UNE vurderte som UDI at klagerens overtredelser samlet sett var meget alvorlige, og at allmennpreventive hensyn og hensynet til den alminnelige rettsoppfatning talte for at hun ble utvist. UNE presiserte at fordi bruddene ble ansett som meget alvorlige, ville utvisning bare bli ansett som et uforholdsmessig tiltak dersom dette utgjorde «uvanlig store belastninger» overfor klagerens barn. Med hensyn til klageren selv ble det vist til at hun hadde etablert familielivet etter at hun fikk avslag på sin søknad om beskyttelse av UDI og UNE og at hun ikke kan ha hatt en rimelig forventning til å kunne utøve et familieliv i Norge.

UNE foretok så en konkret vurdering av situasjon for hvert av barna. Det ble vist til at de to eldste barna ikke kunne følge sin mor til hennes hjemland, da de hadde fått beskyttelse grunnet fare for kjønnslemlestelse (FGM). Med hensyn til den tredje datteren, et spedbarn skrev UNE at en heller ikke så det som sannsynlig at hun kunne følge med mor til hennes hjemland sett hen til den tillatelsen hennes to eldre søstre hadde fått. Dette selv om mor ikke hadde sannsynliggjort sin opplysning om å komme fra (X). En utvisning av mor ville dermed medføre hindringer som gjorde at familielivet ikke kunne videreføres i klagerens hjemland. Utvisning ville dermed innebære en tvangssituasjon der barna ble adskilt fra sin mor og viktigste omsorgsperson. Det ble vist til at det i EMDs praksis er et viktig moment at det ikke har vært «insurmountable obstacles» for at familielivet kan fortsette i utlendingens hjemland, når utvisningens forholdsmessighet veies opp mot hensynet til barnas beste i liknende saker. Se også eksempelvis HR-2019-2286-A.

I vurderingen la UNE vekt på at de to eldste barna tidligere hadde vært utsatt for brudd i omsorgssituasjonen ved at de sammen med klageren flyttet inn til far og ut igjen etter seks

måneder. De hadde hatt en påfølgende periode uten samvær etterfulgt av et begrenset samvær på 1-2 ganger i måneden. Dette kan tale for at en endret omsorgssituasjon der far skal være deres hovedomsorgsperson vil bli spesielt belastende for barna og det understreker at det for dem derfor er særlig viktig å ha en stabil, trygg og nær omsorgsperson ved adskillelse fra sin mor.

UNE viste til at selv om foreldrene har felles foreldreansvar, har deres far etter det opplyste ikke hatt en stor del i oppfostringen av barna. Ved at han hadde lidelse innen avhengighetsspekteret og ikke hadde orden på økonomien ville dette påvirke hans evne til å være en stabil og trygg omsorgsperson for barna. Opplysninger i saken om at han var mye sint og stresset ble også tillagt vekt i tillegg til opplysningene om at han hadde hatt begrenset samvær med sine barn. Ved utvisning av barnas mor, ville far sitte igjen alene med omsorgen for tre barn, hvorav to med store omsorgsbehov grunnet sin lave alder. UNE fant at barnas far i denne situasjonen ikke ville kunne utgjøre en slik stabil, trygg og nær omsorgsperson for barna som anses nødvendig for å hindre at de ble utsatt for uvanlig store belastninger ved adskillelse fra sin mor. Det ble som følge av dette konkludert med at en utvisning ville være et uforholdsmessig tiltak overfor klagerens barn.

***Sak 21** – Mann utvist med to års innreiseforbud. Et barn på tre år – norsk statsborger – da UNE traff endelig vedtak om utvisning i 2016. Klageren rettet seg ikke etter vedtaket, og søkte for annen gang om omgjøring av vedtaket i 2019. Det ble anført at klageren ikke hadde vært kjent med vedtaket om utvisning, og at han etter vedtaket har fått enda et barn som er norsk statsborger og at utvisningsvedtaket derfor må omgjøres. Vedtaket ble ikke omgjort.*

Sakens bakgrunn

Klageren søkte beskyttelse i Norge i 200(X) og oppga at han var borger av (X). Det ble ikke fremlagt pass eller annet godkjent reisedokument. Klagerens mor og flere brødre hadde oppholdstillatelse i Norge. Han hadde ved tre anledninger søkt om familieinnvandring, men fått avslag på alle søknadene. Undersøkelser avdekket at klageren hadde søkt om beskyttelse i annet europeisk land, hvor han var registrert med et annet navn og en annen fødselsdato. UDI avslo søknaden om beskyttelse og UNE opprettholdt senere UDIs vedtak.

Utvisningsgrunnlaget

Klageren ble i 2015 forhåndsvarslet om utvisning. Bakgrunnen var at han hadde oppholdt seg to år og fire måneder ulovlig i Norge. I tilsvaret ble det vist til at utvisning av klageren ville gjøre det umulig å fortsette familielivet. Vedtaket om utvisning ville være uforholdsmessig, og hensynet til barnets beste måtte tillegges stor vekt. UDi vedtok å utvise klageren med et innreiseforbud på to år. UDI vurderte innholdet i den etterfølgende klagen, og overførte saken til UNE for klagebehandling.

UNE vurderte at klageren grovt hadde overtrådt utlendingsloven § 55 annet ledd og viste til et ulovlig opphold på totalt to år og 11 måneder.

Forholdsmessighetsvurderingen

Det ble vist til at klageren hadde opplyst å ha ektefelle i Norge. Til dette ble vist til at klageren ikke var registrert som gift i Folkeregisteret. Klageren og barnets mor skal ha vært religiøst gift, men skolte seg religiøst før barnet ble født. Klagerens barn var tre år på vedtakstidspunktet. Det ble vist til at barnet bodde sammen med sin mor, som også var den viktigste omsorgspersonen. Klageren hadde samvær med datteren som ble bekreftet av barnets mor.

UNE mente at omsorgssituasjonen ville være tilfredsstillende ivaretatt av mor ved en utvisning av klageren. UNE viste til at klageren har bodd fast hos mor i alle fall etter at samværsavtalen med klageren ble inngått. Klageren anførte å ha en berettiget forventning til å opprettholde familielivet og kontakten med barnet sitt i Norge. Til dette viste UNE at barnet var født etter at klageren fikk endelig avslag på sin søknad om beskyttelse. Selv om klageren ikke ville ha fysisk kontakt med barnet i perioden innreiseforbudet varte, ville de kunne ha kontakt ved bruk av moderne kommunikasjonsmidler. Selv om vedtaket om utvisning ville vanskeliggjøre klagerens samvær med barnet, mente UNE imidlertid at en utvisning av klageren ikke ville føre til en vesentlig endring i barnets familiesituasjon, da barnet bor hos sin mor. Det forelå etter UNEs vurdering ingen opplysninger i saken som tilsa at barnets omsorgssituasjon ville bli særlig påvirket av utvisningsvedtaket.

Med hensyn til barnets norske statsborgerskap, ble det vist til at hun som følge av dette har rett til å oppholde seg i Norge. Barnets mor vil fortsatt oppholde seg i riket, og har omsorgsevne. Foreldrene kan derfor selv velge bosted for barnet. Vedtaket innebærer derfor ikke en tvangssituasjon som innebærer at klageren må forlate Norge. Samlet sett ble det vurdert som barnets beste at klageren ikke ble utvist. Utvisning ville være uheldig for barnet, men UNE kom likevel til at de hensynene som talte for utvisning måtte bli avgjørende. UNE la særlig vekt på forholdet alvor og innvandringsregulerende hensyn. Klageren ble utvist med to års innreiseforbud.

Klageren begjærte i 2019 omgjøring av UNEs endelige vedtak. Han anførte at han ikke kjente til utvisningsvedtakene før han reiste inn til Norge i 2019. Videre hadde han fått enda et barn i Norge. Klageren mente også å ha gyldig midlertidig oppholdstillatelse i Italia. Der var han registrert med en tredje identitet, ulik den han hadde oppgitt i Norge og ulik den han oppga i (X). Klageren ble uttransportert til (X).

UNE mente det ikke var grunn til å omgjøre vedtaket. Det ble vist til at det ikke hadde fremkommet opplysninger som tilsa at vedtaket var ugyldig, og det hadde heller ikke fremkommet nye forhold som tilsa at det burde omgjøres.

Med hensyn til at klageren ikke hadde blitt kjent med vedtakene, viste UNE til at UDIs vedtak hadde blitt påklaget av klagerens advokat, og at UNEs vedtak hadde blitt sendt advokaten. Det kunne derfor ikke legges til grunn at han ikke var kjent med disse.

Når det gjaldt opplysningen om at klageren hadde fått enda et barn som er norsk statsborger, ble det vist til at dette forholdet inntraff etter at UNE fattet vedtak i saken, og at vedtaket derfor ikke kunne anses ugyldig av denne grunn. Det ble vist til at hovedregelen er at nye forhold skal vurderes i en eventuell søknad om opphevelse av innreiseforbudet etter at klageren har reist fra Norge slik han har plikt til. Videre ble det vist til at dersom UNE skal omgjøre et gyldig og endelig vedtak på bakgrunn av nye forhold, må det være tungtveiende grunner for dette. Utgangspunktet er at en utlending som er utvist har en plikt til å reise fra Norge. Brudd på denne plikten innebærer et nytt brudd på utlendingslovens bestemmelser som kan føre til straff og utvisning.

Det ble vist til at UNE må vurdere om det vil innebære et brudd på våre internasjonale forpliktelser dersom en velger å opprettholde utvisningsvedtaket med to års innreiseforbud. Hvis det er tilfellet, har UNE plikt til å omgjøre vedtaket. Det ble så foretatt en konkret vurdering. Det ble blant annet vist til at det ikke foreligger nye opplysninger om det eldste barnet og barnets mor. Med hensyn til det nye barnet, viste UNE til at han ikke hadde dokumentert å være far til dette barnet, og at han ikke var registrert som far i det Sentrale Folkeregisteret. UNE la derfor ikke til grunn at klageren har barn som ikke var tatt med i vurderingen i det opprinnelige vedtaket.

UNE konkluderte med at det ikke var dokumentert at det forelå nye forhold som tilsa at vedtaket var i strid med Norges menneskerettslige forpliktelser. UNE endret derfor ikke vedtaket. De ble vist til at han hadde mulighet til å søke om opphevelse av innreiseforbudet dersom det oppsto nye forhold.

***Sak 22** – Kvinne med to barn i Norge på 3 og 2 år med oppholdstillatelse i Norge. Barna har avledet flyktningsstatus gjennom sin far. UNEs vedtak om utvisning ble omgjort på grunn av nye opplysninger i saken som gjorde at det ble funnet å være et uforholdsmessig tiltak overfor klagerens barn. Det ble vist til at barnas far hadde alvorlig sykdom som ville gå ut over hans omsorgsevne.*

Utvisningsgrunnlaget

Klageren ble utvist med to års innreiseforbud ved UNEs vedtak i 2020. Hun ble også innmeldt i Schengen informasjonssystem (SIS). Bakgrunnen var at hun hadde overtrådt loves § 55 annet ledd ved å oversitte utreisefristen og oppholde seg ulovlig i Norge i over fire år og seks måneder. UNE fant at klagerens b

Nye opplysninger – anmodning om omgjøring av UNEs vedtak

Etter UNEs vedtak kom det inn opplysninger fra klagerens advokat om at samboeren i etterkant av vedtaket hadde blitt diagnostisert med alvorlig sykdom. UNE ba om oppdaterte helseopplysninger, og opplysninger om hvordan samboerens helsesituasjon påvirket hverdagen hans. Det ble opplyst at sykdommen medførte at han måtte ha sykehusbehandling tre ganger i uken a 4 timer. Etter behandlingen var han veldig sliten, slet med kvalme og hodepine som hindret ham i å aktiviteter med barna. De dagene han ikke mottok behandling kunne han leke noe med barna, men var også da sliten. UNE ba om oppdaterte helseopplysninger, og opplysninger om hvordan samboerens helsesituasjon påvirket hverdagen hans. På grunn av sykdommen var det videre vanskelig for samboeren å være i arbeid, og han mottok arbeidsavklaringspenger fra NAV.

Forholdsmessighetsvurderingen – hensynet til barnets beste

UNE fant at situasjonen etter UNEs vedtak hadde utviklet seg vesentlig annerledes enn forutsatt i det opprinnelige vedtaket. Det ble vist til samboerens helseforhold. Det ble innledningsvis vist til at siden klagerens brudd på utlendingslovgivningen ble ansett som meget alvorlige, ville utvisning kun bli ansett som uforholdsmessig overfor barna kun dersom de ble utsatt for en uvanlig stor belastning. Videre ble det vist til at omstendighetene rundt etableringen av familielivet er et sentralt moment i vurderingen etter både utlendingsloven og EMK art. 8. EMD har i en rekke saker vist til at utvisning i tilfeller der familielivet var etablert på usikkert oppholdsgrunnlag, vil utvisning kun være i strid med retten til familieliv (EMK art. 8) dersom det foreligger eksepsjonelle omstendigheter. I den konkrete vurderingen av barnas situasjon ble det vist til at barna bodde sammen med begge foreldrene. Begge foreldrene hadde vært til stede i den daglige omsorgen for barna inntil faren ble syk. UNE la til grunn at barnas mor var den primære omsorgspersonen for barna. I det tidligere vedtaket hadde det blitt lagt til grunn at barnas omsorgssituasjon ville være tilfredsstillende ivaretatt av far dersom mor ble utvist. Med de nye opplysningene ble dette vurdert annerledes. Det ble vist til at far ikke er i stand til å passe barna de tre dagene han mottar behandling. Han er ikke i stand til å jobbe. Barna er etter det opplyste velfungerende, og ingen av dem har spesielle utfordringer eller helseproblemer. Deres lave alder tilsa imidlertid at de har et omfattende omsorgsbehov. UNE viste også til at utvisning av mor trolig ville påføre barna belastninger som tristhet, savn og utrygghet. Barna ville da få et økt behov for trøst, trygghet og tilstedeværelse.

Etter en samlet vurdering fant ikke UNE at far ville være i stand til å ivareta barnas omsorgsbehov. Selv om barna går i barnehage og far ville kunne få bistand fra det offentlige støtteapparatet og eget nettverk, mente UNE at hans helsetilstand tilsa at eventuelle hjelpetiltak ville måtte være svært omfattende og av inngripende karakter dersom mor ble utvist. Barna hadde også det siste halvåret opplevd at far hadde blitt alvorlig syk, med de endringer og påkjenninger det innebar. Dette var en faktor som gjorde dem mer sårbare for et relasjonsbrudd med mor.

Etter en konkret helhetsvurdering fant UNE at utvisning av mor ville påføre barna uvanlig store belastninger. I vurderingen ble det også sett hen til at barnas far var vernet mot retur til (X), slik at familielivet heller ikke kunne videreføres der.

***Sak 23** – Kvinne med flere barn i hjemlandet, og i tillegg tre barn i Norge på 5, 4 og 3 år. Barna er norske borgere gjennom sin far. Klageren ble utvist med to års innreiseforbud.*

Sakens bakgrunn

Klageren søkte om oppholdstillatelse i familieinnvandring med ektefellen i 2009. Søknaden gjaldt også deres felles barn. Søknaden ble avslått av UDI da underholdskravet ikke var oppfylt. Klageren kom så alene til Norge og søkte beskyttelse i 2014. UDI avsto søknaden, og UNE opprettholdt avslaget i 2015 og det ble satt en utreisefrist på tre uker. Klageren ble værende i Norge, og fødte tre barn i løpet av en fireårsperiode. UNE avsto to anmodninger om å omgjøre vedtaket. Klageren hadde en periode vært i Sverige hvor hun søkte beskyttelse, men ble returnert tilbake til Norge i tråd med Dublin-forordningen.

Utvisningsgrunnlaget

UDI varslet i 2018 om at utlendingsmyndighetene forberedte sak om utvisning av klageren på bakgrunn av at hun hadde oversittet utreisefristen med over tre år. I tilsvaret til forhåndsvarselet ble det vist til at klageren var gift og hadde tre barn i Norge. Hun hadde vært høygravid da beskyttelsessaken var til vurdering og hadde ikke hatt mulighet til å reise ut av landet. Et vedtak om utvisning ville være skadelig for den fremtidige foreldrekontakten. Videre ble det vist til at ektefellen hadde asyl og de to barna risikerte kjønnslemlestelse. Det var også farlig for klageren å returnere til hjemlandet, og det ble videre vist til at det yngste barnet mottok hjelp behandling fra fysioterapeut.

UDI vedtok å utvise klageren med to års innreiseforbud.

Forholdsmessighetsvurderingen – hensynet til barnas beste

UNE viste til at klageren hadde oppholdt seg ulovlig i Norge i fire år og ti måneder. UNE fant samlet sett at klagerens handlinger var alvorlige overtredelser av utlendingsloven. Det ble vist til at signaleffekten overfor andre utlendinger (allmennpreventive hensyn) og hensynet til den alminnelige rettsoppfatningen talte for utvisning i slike tilfeller. I formildende retning viste UNE til at klageren var høygravid da hun fikk avslag på sin asylsøknad, og at hun fødte et barn to dager etter avslaget. Første del av det ulovlige oppholdet ble etter dette ansett mindre alvorlig. Med hensyn til klageren selv, ble det vist til at hun hadde en sterk tilknytning til hjemlandet ved at hun hadde vokst opp der og hadde barn der.

Når det gjaldt terskelen for forholdsmessighetsvurderingen, ble det blant annet vist til at familielivet var etablert mens klageren hadde ulovlig opphold i Norge, og at hun derfor ikke kunne ha hatt en berettiget forventning om å utøve familielivet i Norge. Hensynet til klagerens

barn ville derfor i dette tilfellet først få avgjørende betydning dersom utvisningen ville medføre uvanlig store belastninger, jf HR-2019-2286-A avsnitt 109.

UNE tok først stilling til hva som ville bli omsorgssituasjonen for barna dersom mor ble utvist. Det ble vist til at foreldre generelt og i utgangspunktet kan velge hvor barna skal bo – i Norge eller sammen med den forelderen som skal utvises. I denne saken anså imidlertid UNE at vedtak om utvisning ville innebære en midlertidig familiesplittelse, og det ble vist til at risikoen for kjønnslemlestelse av jentebarn i klagerens hjemland anses som svært høy. Det ble forutsatt som et utgangspunkt at personer fra dette landet bosatt i Norge med barn ønsker å ivareta barna mest mulig og at de forholder seg til norsk lovgivning som forbyr omskjæring. UNE fant imidlertid at det forhold at døtrene er norske statsborgere, tilsa at det var lite sannsynlig at de skulle følge mor til hjemlandet for den perioden hun var utvist. Med hensyn til sønnen ble det vist til at foreldrene kunne velge hvor han skulle bo med innreiseforbudet varte.

I den konkrete vurderingen ble det sett hen til at barnas far ville bli alene med omsorgen for tre små barn dersom mor ble utvist. Dette ville kunne bli krevende for ham, og kreve tilpasninger av arbeidslivet og hverdagslivet. Selv om barnas omsorgssituasjon ville bli påvirket av at mor ble utvist, anså ikke UNE at dette ville utgjøre større belastninger enn det som normalt må forventes i en situasjon hvor en av foreldrene blir utvist. UNE hadde innhentet ytterligere opplysninger i saken, og la til grunn at barnas far var en god omsorgsperson med evne og vilje til å ta vare på sine barn på en god måte. Det at far hadde en skade som på tidspunktet for vedtaket gjorde ham arbeidsufør, ble ikke dette ansett for å innebære at far ikke kunne gi barna tilstrekkelig omsorg. Det ble vist til barnas alder og at de ikke hadde spesielle utfordringer eller helseproblemer. Videre ble det lagt vekt på at familien har et nettverk i Norge som ville kunne bistå.

Det ble lagt til grunn at brudd med mor ville utgjøre en stor belastning for barna, og særlig for barnet på tre år. Det ble vist til at for små barn er det mer dramatisk med brudd fordi de er mest avhengig av sine omsorgspersoner for å bli forstått og føle seg trygge. Hvordan barn reagerer på brudd vil variere fra barn til barn. UNE viste til at barna hadde hatt trygge og stabile omsorgspersoner i oppveksten, og at far ville fortsette å være en god omsorgsperson etter en utvisning av mor. Det ble også blant annet vist til at barna ville kunne fortsette å bo på samme sted, gå i samme barnehage og ha det samme nettverket som før. Etter en samlet vurdering fant UNE at den belastningen et relasjonsbrudd med mor ville føre til, ikke var et uforholdsmessig tiltak overfor barna.

Det ble vist til at tristhet, forvirring, savn og utrygghet var vanlige belastninger når et barn blir atskilt fra en forelder over lengre tid. Slike belastninger er ikke ønskelig for noe barn, men det er en vanlig og påregnelig konsekvens for barn i en familie der nære omsorgspersoner blir utvist. Belastningen er således ikke spesielle omstendigheter som tilsier at utvisning vil være uforenelig med EMK art. 8.

UNE la videre til grunn at barna ville kunne ha kontakt med klageren i utvisningsperioden, men at dette ikke kunne erstatte daglig og fysisk kontakt. Selv om det ble ansett som det beste for barna at mor ikke ble utvist ble det vurdert at belastningen for dem ikke tilsa at det var uforholdsmessig. Det ble også vist til at innreiseforbudet var begrenset til to år, og at dersom situasjonen skulle endre seg for barna, så kunne klageren søke om opphevelse av innreiseforbudet, jf lovens § 71.

Sak 24 – Mann med tre barn på 8, 2 og 0 år, og et stebarn i Norge med oppholdstillatelse. Ektefellen er norsk statsborger, og klagerens barn ble også norske kort tid etter at vedtaket om utvisning ble fattet.

Sakens bakgrunn

Klageren søkte i 2001 om oppholdstillatelse i familieinnvandring med sin ektefelle som da hadde permanent oppholdstillatelse. Søknaden ble endelig avslått i 2003, da ekteskapet ikke ble ansett å være gyldig i Norge.

Utvisningsgrunnlag

Klageren ble forhåndsvarslet om utvisning på bakgrunn av at han hadde et ulovlig opphold i riket på mer enn tre år. UDI vedtok å utvise klageren med et innreiseforbud på to år. Saken ble sendt til klagebehandling i UNE, og UNE ba om ytterligere opplysninger om barna og deres omsorgssituasjon. Det ble blant annet vist til at klageren var registrert som far for et av barna, men at to barn ikke var registrert med far. Klageren svarte at han var far til tre barn, og at han også hadde et stebarn. Han hadde bodd med familien de siste tre årene, tatt hånd om barna, fulgt dem til skolen osv.

Forholdsmessighetsvurderingen – hensynet til barnas beste

UNE anså klagerens handling som en alvorlig overtredelse av utlendingsloven. Signaleffekten overfor andre utlendinger og hensynet til den alminnelige rettsoppfatningen talte for utvisning. Det ble også blant annet vist til at familielivet hadde blitt etablert mens klageren oppholdt seg i et tredjeland og ektefellen var i Norge. Paret hadde senere fått tre barn, men dette var mens klageren oppholdt seg ulovlig i Norge, og han kunne derfor ikke ha hatt noen berettiget forventning om å fortsette å utøve familielivet i Norge.

I vurderingen av betydningen av utvisning for barna, ble det blant annet vist til at mor hadde foreldreansvaret alene for alle barna. Det forelå heller ingen opplysninger i saken om særlige forhold ved barna som gjorde at de kom til å bli rammet på en særlig tyngende måte. Det ble lagt til grunn at barnas mor hadde god omsorgsevne også dersom hun var alene om ansvaret. Innreiseforbudet var imidlertid satt til to år av hensyn til barna.

Et vedtak om utvisning med to års innreiseforbud ble ikke funnet å være uforholdsmessig overfor klagerens barn.

***Sak 25** – Kvinne – UNE tok klagen til følge, og klageren ble ikke utvist. Saken ble behandlet i nemndmøte. Klageren har oppholdstillatelse i annet europeisk land. Tre barn i Norge på 4, 3 og et spedbarn år på tidspunktet for UNEs vedtak. De to eldste barna har oppholdstillatelse (avledet flyktningstatus gjennom sin far). En særkullsdatter kom sammen med klageren til Norge, men bor ifølge det opplyste i farens hjemland.*

Sakens bakgrunn

Klageren søkte beskyttelse i Norge i 201(X) sammen med (X) som hun opplyste var sin datter. Hun la ikke frem pass eller annet gyldig reisedokument. Hun oppga først at datteren var født i Hellas, men endret dette til at hun var født i etter (X)å ha blitt konfrontert med at det hadde blitt gjort treff på henne i et europeisk land. Myndighetene der oppga at klageren hadde oppholdstillatelse det aktuelle landet. UDI avsto derfor søknaden om beskyttelse, jf lovens § 32 og hun ble henvist til å returnere til (X). UNE opprettholdt senere UDIs vedtak. Klageren ble så registrert som forsvunnet fra mottak, men fremsatte en anmodning om omgjøring av vedtaket som ikke ble tatt til følge i 2016. Klageren fødte så to barn, i 2017 og 2018. I forbindelse med at hun oppsøkte politiet for å søke om oppholdstillatelse for sitt nyfødte barn og fordi hun ønsket å søke om norsk statsborgerskap for barna, ble det skrevet et forhåndsvarsel om utvisning.

Utvisningsgrunnlaget

Nemnda la til grunn at klageren visste at hun ikke hadde rett til familieinnvandring, men at hun likevel reiste til Norge for å omgå bestemmelsene. Nemnda vurderte faktum slik at klageren hele tiden hadde visst at hennes opphold i Norge var ulovlig. Hun returnerte heller ikke til Italia da politiet viste til plikten hun hadde til å returnere. Videre hadde hun gitt uriktige opplysninger om hvor hennes eldste datter er født, noe som skjerper vurderingen av alvoret at som illustrerer at klageren ikke har hatt respekt for gjeldende norske regler. Nemnda sa seg enig med UDI i at allmennpreventive hensyn og hensynet til den alminnelige rettsoppfatningen talte for at klageren burde utvises.

Forholdsmessighetsvurderingen – hensynet til barnets beste

Det ble vist til at barna bodde sammen med begge sine foreldre. Ut fra opplysningene i saken ble det videre lagt til grunn at begge foreldrene var gode og nærværende omsorgspersoner for sine barn og at barna helst ville bo med begge foreldrene.

Klagerens sønn har en utviklingshemming og i tillegg en luftvegssykdom. Nemnda viste til at han ikke var diagnostisert med alvorlige helseproblemer som krever medisinsk behandling. Han får individuell oppfølging i barnehagen, blant annet i form av opplæring i tegn for språk. Nemnda fant at det ikke forelå objektive forhold i saken som tilsa at barnas far ikke kunne ivareta omsorgen for de to eldste barna. Grunnet sønnens behov for oppfølging, kunne han ha

behov for støtte i hverdagen og hjelp til omsorgen for barna. Dette kunne han få, og nemnda viste også til at det er mest sannsynlig at familien også har et eget nettverk som kan bistå ved behov.

Nemnda anerkjente at aleneansvar for alle tre barna ville vanskeliggjøre et fremtidig arbeidsliv for klagerens samboer, i lys av at han ikke hadde vært alene om omsorgen for barna, samtidig som han hadde visst at det var et krav om inntekt for familieinnvandring. Ellers forelå det etter nemndas vurdering ingen uoverstigelige hindringer for at foreldrene eventuelt kunne forsøke å etablere familielivet for hele eller deler av familien i Italia, dersom de mente dette var det beste for barna. Det ble vist til at det ville være opp til italienske myndigheter å avgjøre om det var grunnlag for tillatelse, men det ble forutsatt at italiensk regelverk om familieinnvandring var i tråd med rammene for EMK art. 8. Samboeren og barna ville uansett kunne besøke klageren inntil 90 dager i en periode på 180 dager, og hun kunne på samme måte besøke Norge.

Med hensyn til oppfølgingen sønnen får i Norge, ble det pekt på at dette ikke ville bli videreført i samme omfang i Italia, men at foreldrene måtte velge hva som var den totalt beste løsningen for ham.

Nemnda delte seg i et flertall og et mindretall når det gjaldt den konkrete vurderingen. Flertallet fant under tvil at det hadde skjedd en vesentlig endring etter at saken hadde blitt vurdert av UDI, ved at klageren og samboeren hadde fått et tredje barn. I tillegg til at den gjenværende samboeren potensielt måtte ta seg av to barn hvorav et med særskilt behandlingsbehov, hadde det nå kommet til et spedbarn som også skulle ha omsorg. Det var usikkert om klagerens samboer og barn ville få tillatelse i Italia, hvilket innebar at man ved vurderingen måtte ta høyde for at det ville bli barnas far som ville ha omsorgsansvaret for alle tre barna alene. Selv med hjelpetiltak fra det offentlige, var det likevel noe usikkerhet knyttet til hvor god barnas omsorgssituasjon ville være de to årene innreiseforbudet varte.

Flertallet vurderte at selv om utvisning av klageren for to år ikke ville påføre barna usedvanlig store belastninger, så skulle ikke adgangen til å utvise benyttes. Utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a fastsetter ikke at det *skal* utvises selv om de objektive vilkårene er oppfylt og utvisning ikke er uforholdsmessig. Flertallet kom til at selv om klagerens handlinger utfordret en rekke sentrale innvandringsregulerende hensyn, så var det ikke hensiktsmessig å utvise klageren ut fra at en avgjørelse nå ville berøre en familie med tre barn, hvorav et spedbarn. Det ble blant annet bemerket at selv etter en omgjøring av utvisningsvedtaket, ville klageren måtte reise til Italia, da hun ikke har oppholdstillatelse i Norge. Videre ble det vist til at underholdskravet gjorde at hun uansett neppe ville kunne få tillatelse i Norge raskere enn om hun var utvist, men at det å omgjøre utvisningsvedtaket innebar at hun kan komme på besøk til Norge i inntil 90 dager i en 180 dagers periode så lenge hun har en tillatelse i Italia, noe som ville gi større fleksibilitet til familien.

Mindretallet vurderte at det faktum at klageren og samboeren hadde fått et tredje barn, ikke tilsa at vedtaket om utvisning skulle omgjøres, verken fordi det var uforholdsmessig eller fordi en ikke ville bruke adgangen til å utvise. Begge de voksne var klar over at klageren ikke hadde oppholdstillatelse i Norge og at vilkårene for dette heller ikke forelå. Et vedtak om utvisning ville heller ikke innebære en varig adskillelse mellom foreldre og barn. Det ble vist til at det må være foreldrenes eget valg å legge til rette for løsninger som er til beste for sine barn. Mindretallet vurderte at et vedtak om å utvise klageren ikke ville innebære en usedvanlig stor belastning for barna. Det ble lagt til grunn at alle barna ville få et medisinsk forsvarlig tilbud i Italia dersom familien valgte å være der for en periode. Videre anså mindretallet at far ville kunne gi barna forsvarlig omsorg dersom barna ble igjen i Norge, og at de uansett kunne besøke klageren i Italia. Mindretallet kommenterte blant annet at manglende konsekvenser av lovbrudd gir et svært uheldig signal, og at en gjennomgang av praksis viser at det i en rekke saker er slik at utlendinger velger å etablere familie i Norge selv om de ikke har oppholdstillatelse i landet. Saken har derfor også en side til allmennpreventive hensyn, og disse taler med tyngde for at vedtaket om utvisning opprettholdes. Nemnda bemerket også at det var vanskelig å vurdere hensynet til klagerens særkullsbarn, da det var uklart hvor hun befant seg og hvem som hadde omsorgen for henne.

***Sak 26** – Mann med et barn på under et år i Norge. Barnet er norsk statsborger. I tillegg anført å være far til et barn på 3 år. Da han ikke var registrert som far til dette barnet, og ikke kom med en plausibel forklaring på hvorfor dette ikke var gjort, ble det ikke lagt til grunn at han var far til dette barnet.*

Sakens bakgrunn

Klageren fikk oppholdstillatelse i familieinnvandring med sin far i Norge i 2010. Han oppholdt seg lovlig i Norge med tillatelser frem til 2016, men søkte så ikke om fornyelse av tillatelsen, noe som innebar at han oppholdt seg ulovlig i Norge frem til ny søknad om oppholdstillatelse i 2019.

Utvisningsgrunnlag

UDI vurderte første gang utvisning på grunnlag av klagerens ulovlige opphold i 2018, men fant at det var et uforholdsmessig tiltak på bakgrunn av hans tilknytning til Norge, herunder hans unge alder ved ankomst. Bakgrunnen for denne saken var at klageren hadde blitt dømt for et straffbart forhold.

Politiet varslet så i 2019 om at utlendingsmyndighetene på nytt forberedte sak om utvisning og evt innmelding i SIS fordi han hadde oppholdt seg ulovlig i Norge i over tre år. I tilsvaret til forhåndsvarselet ble det vist til at klageren hadde psykiske utfordringer på bakgrunn av vanskelige oppvekstvilkår. Videre anførte han at han ikke var klar over at han måtte søke om oppholdstillatelse på nytt før i 2017. Da fikk han beskjed om at gebyret var på 10 500 kr, noe han ikke hadde råd til.

UDI utviste klageren med et innreiseforbud på to år på bakgrunn av ulovlig opphold. I klagen ble det anført at klageren ikke var å klandre for det ulovlige oppholdet, da det skyldtes at UDI ikke hadde overholdt sin veiledningsplikt. Det ulovlige oppholdet var en nødhandling fra klagerens side, og han hadde tilknytning til Norge gjennom kjæreste og to barn, og manglende tilknytning til hjemlandet. Saken ble så oversendt til UNE for klagebehandling.

Forholdsmessighetsvurderingen – hensynet til barnas beste

UNE fant samlet sett at klagerens handling var en alvorlig overtredelse av utlendingsloven. Signaleffekten overfor andre utlendinger (allmennpreventive hensyn) og hensynet til den alminnelige rettsoppfatningen taler for utvisning. Når det gjaldt klagerens anførsel om at han ikke hadde råd til å betale for søknad om oppholdstillatelse, ble det vist til at klageren mottok støtte fra NAV og selv burde tatt opp spørsmålet om dekning av gebyret med dem. Det ble anerkjent at klageren hadde levd i en vanskelig situasjon de siste årene blant annet hadde barnevernet kommet med tiltak overfor familien, men at disse forholdene ikke kunne tillegges avgjørende vekt. Det ble også vist til klagerens plikt som utlending til å påse at han hadde nødvendig oppholdstillatelse og til å søke om fornyelser i tide. Det ble vist til at han var 22 år da den siste tillatelsen utløp, og at det også av den grunn var rimelig å forvente at han sørget for å søke om fornyelse. Det ble ansett skjerpene at han også tidligere hadde blitt vurdert utvist.

Videre ble det blant annet pekt på at klageren etablerte et familieliv i Norge, og at sønnen ble unnfanget, mens han oppholdt seg ulovlig i Norge. UNE fant at han i en slik situasjon i liten grad kunne ha hatt en berettiget forventning om å kunne leve sammen med sin nyetablerte familie i Norge.

Med hensyn til klagerens barn, bodde dette sammen med klageren og sin mor, som hadde felles foreldreansvar for barnet. UNE la, på bakgrunn av barnets alder, til grunn at mor var den primære omsorgspersonen. Det forelå ikke opplysninger som tilsa at klagerens samboer ikke ville kunne gi barnet en tilfredsstillende omsorg ved en utvisning av klageren. Det hadde heller ikke fremkommet opplysninger om at det var særlige forhold ved barnet som tilsa at et vedtak om utvisning med to års innreiseforbud ville ramme barnet på en mer belastende måte enn det som er vanlig i denne type saker.

UNE viste blant annet videre til at det ikke var forhold i saken som tilsa at ikke familielivet med klagerens samboer og barn ikke kunne videreføres i klagerens hjemland for den tiden innreiseforbudet gjaldt. (Samboeren har også opprinnelse fra (X)). Splittelsen i familielivet var uansett ikke varig. Selv om det sannsynligvis var best for barnet at klageren ikke ble utvist fra Norge og Schengen-området, fant UNE at de forholdene som talte for utvisning veide tyngre i denne saken. Det ble lagt til grunn at barnet ville ha en tilstrekkelig god omsorgssituasjon både i Norge og i (X) i utvisningsperioden. Belastningene ved utvisning ble ikke ansett å overskrive normalsituasjonen ved en utvisning.

Sak 27 – Mann med to barn i Norge som er norske statsborgere. UDI fattet vedtak om ikke å utvise klageren.

Sakens bakgrunn

Mannen var innvilget tillatelse i familiegjengenforening med sin ektefelle. UDI fikk så opplysninger om at han hadde oppholdt seg store deler av året i utlandet i perioden han var innvilget midlertidig oppholdstillatelse for. Det er et grunnvilkår for oppholdstillatelse i Norge at en er bosatt i Norge. Han fikk derfor ikke fornyet sin midlertidige oppholdstillatelse.

Utvisningsgrunnlaget

I forhåndsvarselet om at utlendingsmyndighetene forberedte sak om utvisning, ble det vist til at mannen ikke hadde fått fornyet sin midlertidige oppholdstillatelse, og at han hadde blitt gitt en frist for å forlate Norge. Politiet hadde imidlertid ikke mottatt dokumentasjon på utreise, og anså derfor at han fortsatt oppholdt seg ulovlig i Norge etter utreisefristen. Politiet anser derfor at han hadde brutt utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a, ved å ha unndratt seg gjennomføringen av vedtak som innebærer at vedkommende skal forlate riket. Politiet anså videre at han ikke har overholdt plikten til å forlate riket innen utreisefrist gitt i medhold av utlendingsloven § 90 sjette ledd.

Det ulovlige oppholdet var på 1 år og 9 måneder da UDI fattet sitt vedtak.

UDI fattet vedtak om ikke å utvise

I vedtaket sto det blant annet;

Etter en helhetsvurdering mener imidlertid UDI at utvisning i dette tilfellet vil være et uforholdsmessig tiltak, sett hen til forholdets alvor og din tilknytning til Norge. I vurderingen har vi blant annet lagt vekt på at du har et barn i Norge. Vi har også sett hen til lengden av det ulovlige oppholdet. Det var opplyst at familien bodde sammen. I vedtaket ble det blant annet presisert;

Vi gjør også oppmerksom på at dette vedtaket ikke innebærer at du har rett til å oppholde deg i Norge. Du må ha visum eller søke om tillatelse i Norge både for å kunne reise inn i landet og for å oppholde deg her. Ulovlig innreise og opphold vil danne grunnlag for ny utvisningsvurdering.

Sak 28 - Kvinne med et barn på 1 år på tidspunktet for UDIs vedtak. Barnet er norsk statsborger. UDI fattet vedtak om ikke å utvise.

Sakens bakgrunn

Kvinnen hadde søkt om, og fått avslag på sin søknad om familieinnvandring i 2018. Det ble vist til at hun ikke oppfylte 24-årskravet i henhold til utlendingsloven § 41a første ledd, og

heller ikke var omfattet av noen av unntakene. UDI viste også til at det ikke var åpenbart at ekteskapet var frivillig. Det ble vist til at hun og referansepersonen hadde bakgrunn fra (X) og at det var europeisk erfaring med at tvangsekteskap forekommer der.

Klageren kom så til Norge etter å ha blitt innvilget Schengenvisum av (X) myndigheter. Hun ble forhåndsvarslet om utvisning. Bakgrunnen var at hun ikke hadde forlatt Norge etter at visumperioden hadde utløpt, og at hun hadde et ulovlig opphold i Norge på nesten 1 år, og dermed hadde overtrådt utlendingsloven § 55 annet ledd grovt.

UDI fattet vedtak om ikke å utvise.

I vedtaket sto det blant annet;

Etter en helhetsvurdering mener imidlertid UDI at utvisning i dette tilfellet vil være et uforholdsmessig tiltak, sett hen til forholdets alvor og din tilknytning til Norge. I vurderingen har vi blant annet lagt vekt på at du har født et barn i Norge som er norsk statsborger og som du bor sammen med. Vi har også sett hen til lengden av det ulovlige oppholdet, og at du ikke er registrert med flere overtredelser. (Utlendingen bodde sammen med sin ektefelle og sitt barn.)

Ny søknad om familieinnvandring

UDI avslo klagerens nye søknad om familiegjennforening, da referansen ikke oppfylte underholdskravet. Det ble heller ikke gjort inntak fra underholdskravet grunnet særlig sterke menneskelige hensyn.

Vedtaket inneholdt blant annet også en vurdering av barnets beste. Det ble blant annet vist til at et avslag på søknaden om familieinnvandring ville innebære at barnet ikke ville kunne videreførefamilielivet med begge sine foreldre i Norge inntil underholdskravet var oppfylt av barnets far. Isolert sett tilsa hensynet til barnets beste derfor at oppholdstillatelse ble innvilget. På grunn av barnets unge alder mente UDI det er mest sannsynlige var at kvinnen ville ta med barnet tilbake til sitt hjemland. Til tross for dette, fant ikke UDI at det var grunnlag for å gjøre unntak fra underholdskravet. Det ble blant annet vist til at unntaket fra lovgivers side var ment å være meget snever, hvor bestemmelsens formål er å fange opp helt spesielle tilfeller hvor det vil fremstå som klart urimelig å avslå en søknad om oppholdstillatelse i familieinnvandring på grunnlag av at underholdskravet ikke er oppfylt. Slike svært tungtveiende grunner ble ikke å foreligge i denne saken. Det ble lagt vekt på at familien hadde mulighet til å utøve familielivet i hjemlandet, og at barnet, grunnet lav alder på 1 år og 9 måneder ikke hadde fått en selvstendig tilknytning til Norge enda, men først og fremst var tilknyttet sine foreldre. Det forelå ikke opplysninger som tilsa at ikke referansen på sikt ville kunne oppfylle underholdskravet. UDI vurderte derfor at innvandringsregulerende hensyn veide tyngst og at det ikke var grunnlag for å gjøre unntak fra underholdskravet etter utlendingsforskriften § 10-11 førsteledd.

Sak 29 – Kvinne med et barn på 1 år på tidspunktet for UDIs vedtak. Barnet har permanent oppholdstillatelse i Norge – UDI fattet vedtak om ikke å utvise.

Sakens bakgrunn

Kvinnen søkte om beskyttelse i Norge i 2017. UDI avslo søknaden under henvisning til at hun allerede hadde søkt om beskyttelse i Italia, og at italienske myndigheter derfor hadde ansvar for å realitetsbehandle hennes søknad i tråd med Dublin-forordningen. Klageren fikk oppholdstillatelse i Italia, og returnerte til Norge. Fordi hun oppholdt seg i Norge utover den visumfrie perioden, og hadde et ulovlig opphold i Norge på rundt 1 år og 10 måneder, ble hun forhåndsvarslet om utvisning. Kvinnen har ektefelle med permanent oppholdstillatelse i Norge, og fødte et barn her.

UDI fattet vedtak om ikke å utvise kvinnen

UDI viste til at klageren hadde oppholdt seg ulovlig i Norge og at det de objektive vilkårene for å utvise henne var oppfylt ved at hun hadde overtrådt utlendingsloven § 55 annet ledd grovt.

Det ble vist til at hun hadde oppholdstillatelse i Italia, og dermed har lov til å reise i Schengen visumfritt i 90 dager i løpet av en periode på 180 dager. Hun hadde imidlertid oppholdt seg i Norge utover den visumfrie perioden, og oppholdt seg ulovlig i riket i ca 1 år og 10 måneder. Etter en helhetsvurdering mente UDI at utvisning i dette tilfellet ville være et uforholdsmessig tiltak, sett hen til forholdets alvor og kvinnens tilknytning til Norge. I vurderingen tillot UDI særlig vekt på at kvinnen hadde et barn i Norge, samt lengden på det ulovlige oppholdet.

UDI gjorde oppmerksom på at en ville vurdere utvisning på nytt dersom hun på nytt overtrådte utlendingsloven eller begikk straffbare handlinger. En ville da se hen til alle tidligere overtredelser av utlendingsloven og straffbare forhold ved forholdsmessighetsvurderingen dersom utvisning ble vurdert på nytt.

Videre ble det presisert at vedtaket om ikke å utvise henne, ikke innebar at hun hadde oppholdstillatelse i Norge. Det ble vist til at hun hadde en åpen søknad om oppholdstillatelse i familieinnvandring som ikke var ferdig behandlet.

Sak 30 – Mann med fem barn i Norge, to av dem over 18 år, de andre 15, 11 og 3 år på UDIs vedtakstidspunkt. Barna er norske statsborgere.

Sakens bakgrunn

Mannen hadde fått innvilget norsk statsborgerskap. Det viste seg senere at han hadde oppgitt uriktige opplysninger om sin identitet herunder statsborgerskap, og statsborgerskapet ble derfor tilbakekalt. Det fremkommer av saken at mannen er uføretrygdet, og lite integrert i Norge til tross for nærmere 30 års botid i landet.

Utvisningsgrunnlaget

UDI viste til at klageren hadde gitt uriktige opplysninger om sin identitet, herunder nasjonalitet, i samtlige søknader om oppholdstillatelse og norsk statsborgerskap, og at han derfor forsettlig eller grovt uaktsomt hadde gitt vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger i en utlendingssak, og at de grunnleggende vilkårene for utvisning derfor var oppfylt. Det ble vist til at det hadde blitt gjennomført undersøkelser i saken fra norsk ambassade som viste at klageren var borger av (X). Opplysningene hans om at han var statsløs, var derfor uriktige. I tilbakekallssaken viste UDI til at klageren ikke ville fått opphold dersom UDI hadde visst at han hadde oppgitt uriktig identitet ovenfor norske myndigheter. Det ble vist til at en persons statsborgerskap er en helt avgjørende opplysning i en asylsak med tanke på både vurdering av forfølgelse og returnmuligheter. Det ble blant annet også vist til at det å gi uriktige opplysninger i tillegg er straffbart etter straffeloven § 221 første ledd.

Etter en helhetsvurdering mente UDI at det ville være et uforholdsmessig tiltak å utvise klageren, av hensyn til hans barn i Norge. Det ble henvist til vurderingen i tilbakekallssaken, hvor det fremkom at det ene av klagerens barn på 3 år har barneautisme og trenger ekstra oppfølging.

Vurderingen av tilbakekall av tillatelser og statsborgerskap.

Med hensyn til klageren selv, ble det vist til at han hadde oppholdt seg i nærmere 30 år, og 10 år som norsk statsborger. Han hadde vært utenfor arbeidslivet da han var uføretrygdet. Videre var det ikke dokumentert at han hadde tatt noen utdanning i Norge, og det var heller ikke dokumentert noe om hans norskkunnskaper. Selv om han hadde lang botid i Norge, fremsto graden av integrering i det norske samfunnet som relativt begrenset. Videre ble det vist til at han var godt voksen ved ankomst, var oppvokst i hjemlandet, hvor han gikk på skole, og har god kjennskap til hjemlandets språk og kultur. Han hadde også flere besøk i hjemlandet, noe som underbygget at tilknytningen til hjemlandet fremdeles var sterk.

Basert på en konkret helhetsvurdering av alle momentene i saken, mente UDI at han fylte vilkårene for en ny oppholdstillatelse, dersom UNE opprettholdt vedtaket om å tilbakekalle hans tillatelser og statsborgerskap. I vurderingen så UDI blant annet hen til hva som var opplyst om hans barn på tre år og barnets behov for stabilitet og oppfølging.

Når det gjaldt vurderingen av hensynet til barnets beste, viste UDI blant annet til at et tilbakekall av norsk statsborgerskap for en forelder vil først og fremst få betydning for barnet der tilbakekallet medfører at forelderen blir uten oppholdstillatelse og må returnere til hjemlandet for eventuelt å søke om en ny oppholdstillatelse. UDI viste til at vedtaket om tilbakekall ikke medførte noen familiesplittelse da mannen og ektefellen ville bli innvilget ny midlertidig oppholdstillatelse i Norge. Barna beholdt det norske statsborgerskapet sitt. Tilbakekall av det norske statsborgerskapet ville derfor få svært begrensede konsekvenser for dem.

10.2. Statistikk fra UDI

Statistikk – barn berørt av utvisning i perioden 2019 - 2021

Statistikken under er basert på registreringer i DUF og på de retningslinjer som gjelder for registrering av barn som fremkommer av rundskriv UDI 2018-016.

Tabellene under viser en oversikt over utvisningsvedtak i UDI fordelt på vedtaksutfall (utvisning/ikke utvisning), type overtredelse (utlendingsloven/straff), antall vedtak som berører barn, antall berørte barn (som er et høyere antall enn antall vedtak fordi et vedtak kan berøre flere barn), antall behandlede saker i UDI og andel vedtak som berører barn.

2019

Vedtak	Type overtredelse	Antall vedtak berører barn	Antall berørte barn	Behandlede saker i UDI	Andel vedtak berører barn
Utvisning	Utlendingsloven	57	102	1777	3 %
	Straffeloven	33	64	1230	3 %
	Sum	90	166	3007	3 %
Ikke utvisning	Utlendingsloven	45	94	485	9 %
	Straffeloven	33	74	621	5 %
	Sum	78	168	1106	7 %
Sum	Utlendingsloven	102	196	2262	5 %
	Straffeloven	66	138	1851	4 %
	Sum	168	334	4113	4 %

2020

Vedtak	Type overtredelse	Antall vedtak berører barn	Antall berørte barn	Behandlede saker i UDI	Andel vedtak berører barn
Utvisning	Utlendingsloven	51	87	1079	5 %
	Straffeloven	14	28	783	2 %
	Sum	65	115	1862	3 %
Ikke utvisning	Utlendingsloven	51	92	407	13 %
	Straffeloven	44	97	931	5 %
	Sum	95	189	1338	7 %
Sum	Utlendingsloven	102	179	1486	7 %
	Straffeloven	58	125	1714	3 %
	Sum	160	304	3200	5 %

2021

Vedtak	Type overtredelse	Antall vedtak berører barn	Antall berørte barn	Behandlede saker i UDI	Andel vedtak berører barn
Utvisning	Utlendingsloven	39	85	770	5 %
	Straffeloven	17	24	422	4 %
	Sum	56	109	1192	5 %
Ikke utvisning	Utlendingsloven	60	111	443	14 %
	Straffeloven	50	99	584	9 %
	Sum	110	210	1027	11 %
Sum	Utlendingsloven	99	196	1213	8 %
	Straffeloven	67	123	1006	7 %
	Sum	166	319	2219	7 %

Tabellen under viser antall vedtak som berører barn og antall berørte barn fordelt på år, vedtaksutfall og om barnet er norsk eller ikke, og gjelder kun utvisningssaker for brudd på utvisningsloven.

Når det gjelder om barna er norske eller ikke og hvilken type oppholdstillatelse de har, er de ikke eksakte fordi vi blant annet ikke har Duf-nummer på alle barna.

		Utvist		Ikke utvist	
		Antall vedtak	Antall barn	Antall vedtak	Antall barn
2019	Norsk	24	39	18	26
	Andre	36	63	29	68
2020	Norsk	21	30	27	39
	Andre	31	57	27	53
2021	Norsk	21	37	35	60
	Andre	23	50	40	58

11. Kilderegister

Lover

Norges Grunnlov 17. mai 1814.

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

Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

Forarbeider

Innst. O. nr. 51 (1998–1999) Om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

NOU 2004: 20 Ny utlendingslov.

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

Dok.nr. 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Prop. 141 L (2012-2013) Endringer i utlendingsloven mv. (behandling av sikkerhetssaker).

Innst. 186 (2013-2014) Innstilling til Stortinget fra kontroll- og konstitusjonskomiteen.

Meld. St. 39 (2015–2016) Individklageordningene til FNs konvensjoner om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, barnets rettigheter og rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1996 s. 551

Rt. 1998 s. 1795

Rt. 2000 s. 591

Rt. 2007 s. 667

Rt. 2009 s. 534 (Nunez)

Rt. 2009 s. 1261 (Ashok)

Rt. 2010 s. 1313

Rt. 2010 s. 1430

Rt. 2011 s. 948 (Kosovo)

Rt. 2012 s. 2039 (Lengeværende barn II)

Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I)

Rt. 2013 s. 449

Rt. 2013 s. 1424

Rt. 2015 s. 93 (Maria)

Rt. 2015 s. 155 (Rwanda)

Rt. 2015 s. 1388 (Plenumsdom III)
HR-2019-2286-A (Yasmin)

Underrettspraksis

LB-2018-99200
LB-2018-172335
LB-2019-161634
LB-2019-180348
LB-2020-162108
LB-2021-18145

Internasjonale rettskilder

Den europeiske menneskerettsdomstolen

Antwi mot Norge – Case of Antwi and others v. Norway, no 26940/10, 14.02.2012.
Jeunesse mot Nederland – Case of Jeunesse v. the Netherlands, no. 12738/10, 03.10.2014.
Kaplan mot Norge – Case of Kaplan and others v. Norway, no. 32504/11, 24.07.2014.
Krasniqi mot Austerrike – Case of Krasniqi v. Austria, no. 41697/12, 25.04.2017.
Maaouia mot Frankrike – EMD-1998-39652.
Maslov mot Østerrike – Case of Maslov v. Austria, no. 1638/03, 23.06.2008.
Neulinger og Shuruk mot Sveits – Case of Neulinger and Shuruk v. Switzerland, no. 41615/07, 06.07.2010.
Nunez mot Norge – Case of Nunez v. Norway, no. 55597/09, 28.06.2011.
Omoregie mot Norge – Case of Darren Omoregie and others v. Norway, no. 265/07, 31.07.2008.
Pormes mot Nederland – Case of Pormes v. the Netherlands, no. 25402/14, 28.07.2020.
Salem mot Danmark – Case of Salem v. Denmark, no. 77036/11, 01.12.2016.
Samsonnikov mot Estonia – Case of Samsonnikov v. Estonia, no. 52178/10, 03.07.2012.
Udeh mot Sveits – Case of Udeh v. Switzerland, no. 12020/09, 16.04.2013.
Üner mot Nederland – Case of Üner v. the Netherlands, no. 46410/99, 18.10.2006.
Yilmaz mot Tyskland – Case of Yilmaz v. Germany, no. 52853/99, 17.04.2003.
Muhammad og Muhammad mot Romania – nr. 80982/ 12, 15.10.2020.

Konvensjoner

Wien-konvensjonen (WK) The Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. mai 1969.

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950.

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

Generelle kommentarer fra FNs barnekomité

Generell kommentar nr 4 (CRC/GC/2003/4): Unge menneskers helse og utvikling sett i relasjon til konvensjonen om barnets rettigheter (2003).

Generell kommentar nr 5 (2003) Generelle tiltak til gjennomføring av konvensjonen om barnets rettigheter (artiklene 4 og 42 og artikkel 44 nr. 6).

Generell kommentar nr. 12 (2009) Barnets rett til å bli hørt.

Generell kommentar nr. 14 (2013) om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art. 3, para. 1).

Generell kommentar nr. 20 (2016) (Om retten til utvikling for ungdom (CRC GC 20 para. 17)).

Generell kommentar nr. 22 (2017), the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration.

Generell kommentar nr. 23 (2017), the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return.

Bøker, artikler, rapporter:

- Barneombudet (2020) Barneombudet, «Barn med utviste foreldre», 2012.
- Baklund (2020) Kenneth A. Baklund, Sigurd Bordvik og Øyvind Røyneberg: *Utvisning, tvangsmidler og straff*, 1.utg., Gyldendal Norsk Forlag, 2019.
- Bårdsen (2016) Arnfinn Bårdsen, «Barnekonvensjonen i Høyesteretts praksis» Barnerettsdagen JUS, Oslo 1. november 2016.
- Elgesem, Frode (2013) Frode Elgesem: «Vurdering av fordeler og ulemper ved eventuell norsk tilslutning til FNs barnekonvensjons tilleggsprotokoll om individuell klagerett - En juridisk analyse», i *Utredning avgitt til Utenriksdepartementet*, 2013.
- Hellerslia (2018) Thom Arne Hellerslia: «Uttalelser fra FN-komiteene, en strukturell analyse» i *Jussens Venner* vol. 53, s. 71–111, 2018.

NOAS og

- Redd Barna (2020) NOAS og Redd Barna: «Barnets beste i utvisningssaker», 2020.
- Havre (2018) Merete Havre, «Utvisning av utlendinger» i lærebok i utlendingsrett, Øyen, Øyvind Dybvik (red.), 2. utg., Universitetsforlaget, 2018.
- Høstmælingen (2020) Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt, og Kirsten Sandberg, (red.), *Barnekonvensjonen, Barns rettigheter i Norge*, 4. utg., Universitetsforlaget, 2020.
- Martnes (2019) Mona Martnes, *Barnets beste: rettighetens innhold i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning*, avhandling (ph.d.) – UiT Norges arktiske universitet, 2019.
- Meidell Havre (2010) Merete Meidell Havre, «Brutte bånd ved utvisning av foreldre – rettferdig for hvem?» i *Rettferdighet*, Beatrice Halsaa og Anne Hellum (red.) Universitetsforlaget, 2010.
- Ruud (2011) Morten Ruud, Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utgave, Universitetsforlaget, 2011.
- Smith (2019) Lars Smith, Ida Brandtzæg og Stig Torsteinson, *Makroseparasjoner*, Bergen: Fagbokforlaget, 2019.
- Søvig (2011) Karl Harald Søvig, «Hensynet til barna ved utvisning av foreldrene», i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* nr. 4, s. 281-301, Ulfstein, 2011.
- Søvig (2012) Karl Harald Søvig, «Barnets beste ved utvisning av foreldrene – Ny dom fra EMD mot Norge» i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2012.
- Søvig (2015) Karl Harald Søvig m fl. *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, 2015.
- Wisting (2020) O, Wisting, «Betydningen av barnets beste ved utvisning av foreldre, Vektlegger norske domstoler hensynet til barnets beste i samsvar med EMDs praksis etter EMK art. 8 i utvisningssaker, der den utvistes barn er norsk statsborger uten tilknytning til den utvistes opprinnelsesland?», UIO, 2020.
- Wollebæk (2020) A, Wollebæk, «Forholdsmessighetsvurderingen overfor barn av foreldre som utvises for brudd på utlendingsloven. Særlig om skrankene etter FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1 og Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 8», UIB, 2020.

Oslo den 24. januar 2022

Elizabeth Baumann (leder)

Camilla Torgersen

Stine Alræk Iversen

Anders Prydz Cameron

Olga Halvorsen