

Rundskriv

Utlendingsdirektoratet

Nr.
GI-12/2023

Vår ref
21/391

Dato
10. juli 2023

GI-12/2023 - Instruks om metoden for å vurdere barnets beste ved utvisning av en forelder

1. Departementets instruksjonsmyndighet

Justis- og beredskapsdepartementet (JD) viser til departementets alminnelige instruksjonsadgang samt lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) § 76 annet ledd, som innebærer at departementet kan gi Utlendingsdirektoratet (UDI) generelle instruksjoner om lovtolkning, skjønnsutøvelse og prioritering av saker.

2. Innledende om temaet for instruksjonen

Ved utvisning av en forelder som har barn i Norge, vil som hovedregel én av to situasjoner oppstå: Enten følger barnet med den forelderen som utvises til dennes hjemland *eller* barnet blir boende igjen i Norge hos den andre forelderen (dersom vedkommende bor i Norge og har omsorgsansvar). Temaet for denne instruksjonen er å tydeliggjøre at det ved utvisning alltid må fremkomme klart av UDIs vedtak hvilken av de to faktiske fremtidssituasjonene for barna, myndighetene har funnet at er forholdsmessig, eventuelt om det gjelder begge situasjoner.

3. Praktiske eksempler

Den problemstillingen som drøftes, kan i praksis aktualiseres i mange ulike situasjoner. Her illustreres 5 ulike eksempler:

Eksempel 1:

Utlendingen som vurderes utvist for to år, har ektefelle og barn som kommer fra samme land som vedkommende selv, men hele familien bor nå samlet i Norge. Familien kan returnere trygt til hjemlandet.

Eksempel 2:

Utlendingen som vurderes utvist for to år har ektefelle som opprinnelig kommer fra samme land som vedkommende selv, men ektefellen er nå norsk borger. Det samme gjelder ektefellenes ettårige barn. Hele familien kan returnere trygt til utlendingens hjemland, og selv om ektefelle og barn er norske borgere, vil det ut over det rent praktiske som er knyttet til arbeid og bosted, oppbrudd fra tilværelsen i Norge mv., være fullt mulig for dem å følge med og oppholde seg i utlendingens hjemland i de to årene innreiseforbudet varer.

Eksempel 3:

Utlendingen som vurderes utvist har ektefelle og barn som er norske borgere, og det vurderes som farlig for dem å følge med til utlendingens hjemland, fordi vestlige borgere i utgangspunktet kan være særlig utsatte der.

Eksempel 4:

Utlendingen som vurderes utvist for 5 år har ektefelle og datter på 13 år som er norske borgere. Det er i utgangspunktet trygt for ektefelle og datter å følge utlendingen til vedkommendes hjemland, men de kulturelle forholdene vil legge helt andre begrensninger enn i Norge på den 13 år gamle datterens liv og oppvekst, og velferdsnivået er vesentlig forskjellig fra i Norge.

Eksempel 5:

Utlendingen som vurderes utvist har et barn i Norge som bor hos hans tidligere norske ektefelle. Han har regelmessig samvær med barnet. Et utvisningsvedtak vil føre til at barnet splittes enten fra utlendingen eller fra den norske forelderen i Norge i utvisningsperioden.

4. Eksisterende bestemmelser i dagens forskrift som gjelder særskilt for spørsmålet om hvorvidt familielivet kan videreføres i utlendingens hjemland

I utlendingsforskriften § 14-1, som fastsetter begrensninger i adgangen til å utvise foreldre med barn i Norge på grunnlag av ulovlig opphold eller arbeid *alene*, er det fastsatt i tredje ledd bokstav b at begrensningene likevel ikke skal gjelde dersom «det ikke er uforholdsmessig å forutsette at familielivet kan videreføres i et annet land enn Norge».

I utlendingsforskriften § 14-2 fjerde ledd bokstav d er det fastsatt at det ved vurderingen av om det kan være grunnlag for å treffe vedtak om utvisning *med varig innreiseforbud* av utlending som har barn i Norge, kan legges vekt på blant annet om «det ikke er uforholdsmessig å forutsette at familielivet kan videreføres i et annet land enn Norge».

5. Relevante vurderinger i EMDs praksis

I sin gjennomgang av hvilke prinsipper som gjelder for utvisningsvurderingen i saker som berører familiemedlemmer (herunder barn), fremholder EMD gjerne innledningsvis at det skal vurderes om det foreligger «insurmountable obstacles» for at

familielivet kan videreføres i utlendingens hjemland. Det vises i denne sammenheng blant annet til sakene Darren Omoregie mfl. mot Norge (2008, saksnr. 265/07), Antwi mfl. mot Norge (2012, saksnr. 26940/10) og Alleleh mot Norge (2022, saksnr. 569/20). Følgende siteres fra Darren Omoregie avsnitt 57:

«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 is effectively 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 one or more of them** 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 [...].»

Uttrykket «insurmountable obstacles» er i norsk praksis gjerne oversatt til «uoverstigelige hindringer» eller «uovervinnelige hindringer».

EMDs praksis må tolkes slik at spørsmålet om hvorvidt det kan legges til grunn at det er mulig for familiemedlemmene å følge med den som vurderes utvist til dennes hjemland, ikke er begrenset til et spørsmål om hvorvidt det foreligger «uoverstigelige hindringer». Gjennom storkammeravgjørelsen i Üner mot Nederland (2006, saksnr. 46410/99), fastslo EMD at det ved vurderingen av om utvisning er forholdsmessig etter EMK artikkel 8 blant annet skal legges vekt på

- hvilke alvorlige vansker som eventuelt vil møte barnet ved flytting til den utvistes hjemland,¹ og
- hvor sterke sosiale, kulturelle og familiemessige bånd som eksisterer til det utvisende landet og til utlendingens hjemland.²

I den konkrete saken, som gjaldt utvisning av en tyrkisk borger uttalte EMD blant annet følgende i forbindelse med den konkrete vurderingen:

«The Court concurs with the Chamber in its finding that at the time the exclusion order became final the applicant's children were still very young – six and one and a half years old respectively – and thus of an adaptable age (see paragraph 46 of the Chamber judgment). Given that they have Netherlands nationality, they would – if they followed their father to Turkey – be able to return to the Netherlands regularly to visit other family members residing there.

Even though it would not wish to underestimate the practical difficulties entailed for his Dutch partner in following the applicant to Turkey, the Court considers that in the particular circumstances of the case the family's interests were outweighed by the other considerations set out above».

I saken Amrollahi mot Danmark 11. juni 2002 (saksnr. 56811/00), som gjaldt utvisning av en iransk borger på grunn av en alvorlig narkotikaforbrytelse, bemerket domstolen at selv om det *ikke var umulig* for den danske ektefellen og de felles barna å følge utlendingen til Iran, ville det medføre åpenbare og alvorlige problemer. Utlendingen

¹ «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»

² «the solidity of social, cultural and family ties with the host country and with the country of destination».

hadde videre en datter fra et tidligere forhold, som etter domstolens vurdering ikke kunne forventes å følge med til Iran, slik danske myndigheter hadde forutsatt.

«40. The Court has next examined the possibility of the applicant, his wife and his children establishing family life elsewhere. The Court has considered, first, whether the applicant and his wife and their children could live together in Iran.

41. The applicant's wife, A, is a Danish national. She has never been to Iran, she does not know Farsi and she is not a Muslim. Besides being married to an Iranian man, she has no ties with the country. In these circumstances the Court accepts even if it is not impossible for the spouse and the applicant's children to live in Iran that **it would, nevertheless, cause them obvious and serious difficulties. In addition, the Court recalls that A's daughter from a previous relationship, who has lived with A since her birth in 1989, refuses to move to Iran. Taking this fact into account as well, A cannot, in the Court's opinion, be expected to follow the applicant to Iran.**

42. The question of establishing family life elsewhere must also be examined. In this connection the Court notes that during the period from April 1987 until August 1989 the applicant stayed in Turkey and Greece respectively. Nevertheless, the applicant was apparently residing there illegally and it has not been established that he or A has any attachment to either of those countries. In the Court's opinion there is therefore no indication that both spouses can obtain authorisation to reside lawfully in either of the said countries or in any other country but Iran.

43. Accordingly, as a consequence of the applicant's permanent exclusion from Denmark the family will be separated, since **it is *de facto* impossible for them to continue their family life outside Denmark.**»

EMDs praksis inneholder imidlertid ingen klar drøfting av forholdet mellom kriteriet «uoverstigelige hindringer» og forholdsmessighetsvurderingen opp mot «Ünerkriteriene» mv.

6. Relevante vurderinger i norsk rettspraksis

I Rt. 2011 s. 948 gjaldt saken utvisningen av en kvinne til Kosovo pga ulovlig opphold etter avslag på asyl. Kvinnen var gift med en irakisk kurder med permanent oppholdstillatelse og hadde to barn med ham, født hhv. 2006 og 2007. Begge barna hadde også permanent oppholdstillatelse. HR henviste ikke til begrepet «uoverstigelige hindringer» når de kommenterte muligheten for å videreføre familielivet i Kosovo, og de drøftet heller ikke muligheten for at barna kunne følge med til Kosovo uten faren. I dommen er det bare henvist til at *Utlendingsnemnda* hadde lagt til grunn at det var *urealistisk* at et samlet familieliv kunne videreføres i Kosovo:

«A har to barn som begge er født her, og som ikke snakker andre språk enn norsk. Hennes samboer har lovlig opphold i Norge. Blant annet fordi han ikke har noen tilknytning til Kosovo, og ikke snakker språket der, har Utlendingsnemnda lagt til grunn at det er urealistisk at et samlet familieliv kan videreføres i Kosovo.»

I Rt. 2015 s. 93 (utvisning av kenyansk mor med norsk barn som hun hadde aleneansvaret for) drøftet ikke Høyesterett kriteriet «uoverstigelige hindringer», men foretok en konkret drøfting av hvilken belastning det ville innebære for barnet å følge med moren til hjemlandet, og foretok en forholdsmessighetsvurdering. Førstvoterende (som de øvrige dommerne sluttet seg til) la særskilt vekt på at barnet var *norsk statsborger* og ville stå uten mulighet til å bli værende i Norge dersom mor ble utvist:

«(78) Ved den samlede vurderingen ser jeg også hen til omsorgssituasjonen for B dersom hun må reise til Kenya sammen med moren. Situasjonen der – generelt, og for B og moren spesielt – er, etter det utlendingsmyndighetene har lagt til grunn, ikke til hinder for effektivering av utvisningsvedtaket. Men det materialet som har vært presentert for Høyesterett, i første rekke fra Landinfo, viser at retur til Kenya uten tvil vil representere massive utfordringer for B og moren. Det er usikkert om A har noe familienettverk å støtte seg på i Kenya, hun er HIV-positiv og er uten utdanning. Hun har dårlige utsikter til å skaffe arbeid for å kunne forsørge B. Ettersom bidragsforskudd bare ytes til barn som bor og oppholder seg i Norge, vil B i praksis også stå uten forsørgelse fra faren. Muligheten for at mor og datter ender opp i Nairobis slumområder er reell, med de vidtrekkende konsekvenser dette må forventes å få for Bs sikkerhet, utdanning og velferd. En realistisk tilnærming tilsier at Bs fremtid i Kenya trolig vil bli barsk, risikofylt og i alle fall høyst uviss.

(79) Bs interesser taler etter mitt syn klart og med stor tyngde for at B må bli værende i Norge og at moren, som hennes eneste omsorgsperson, ikke kan utvises. Det skal svært gode og tungtveiende grunner til for å oppveie dette.»

Da saken i HR-2019-2286-A (som gjaldt utvisning av en djiboutisk mor med fire norske barn, født i 2005, 2009(tvillinger) og 2013) ble behandlet i lagmannsretten i 2019 (LB-2017-167332) bemerket lagmannsretten at det var «urealistisk» at resten av familien skulle følge A til Djibouti. Lagmannsretten så derfor bort fra denne muligheten, og la til grunn for sin videre vurdering at utvisning ville føre til en familiesplittelse.

«As ektefelle er norsk og har sitt arbeid og sin familie i Norge. Under ankeforhandlingen forklarte A at hun ikke vil klare å forlate barna sine og derfor vil ta dem med hvis hun må flytte. B forklarte på sin side at det er uaktuelt å flytte til Djibouti, både for ham og barna, og at barna ikke er tokulturelle. **Selv om det foreligger en mulighet for at resten av familien kan reise med A til Djibouti, anser lagmannsretten denne muligheten som urealistisk, særlig sett hen til barnas skolegang og at de ikke snakker de lokale språkene. Av denne grunn ser lagmannsretten bort fra denne muligheten ved vurderingen av vedtakets virkninger.** Lagmannsretten legger derfor til grunn at en utvisning av A vil føre til at familien vil bli splittet, iallfall i de to årene innreiseforbudet gjelder.»

Høyesterett mente at det utgangspunktet for vurderingen som lagmannsretten her bygget på var feil, og viste for sin del til at det etter EMDs praksis er et viktig moment om det foreligger *insurmountable obstacles*:

«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.»³**

³ EMD viste i sin senere avgjørelse til at «the Supreme Court [...] in its assessment of the proportionality of the expulsion, included the assumption that the family would decide that the father and the children would remain in Norway during the ban on re-entry imposed on the first applicant, the Court does not in the circumstances of the case find it appropriate to analyse the situation in Djibouti on the basis of new material or replace the assessment of the national courts by its own on that point. It is sufficient to

EMD hadde i sin senere dom i saken i 2022 (ref. 569/20) ingen innvendinger mot Høyesteretts drøfting.

I en avgjørelse i en annen sak fra Borgarting lagmannsrett i 2020 (LB-2019-161634) la lagmannsretten (i likhet med UNE) til grunn at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering ut fra begge de to alternative situasjonene man kan se for seg, dvs. enten at familien følger med utlendingen til dennes hjemland, eller at utvisning fører til en familiesplittelse:

«Lagmannsretten legger til grunn at forholdsmessighetsvurderingen, slik UNE har lagt til grunn, må gjøres ut fra begge disse situasjonene, at barna blir med A til Etiopia, eller at de blir igjen i Norge uten henne.»

Det fremgår ikke uttrykkelig av lagmannsrettens videre vurdering om de mente at det er forholdsmessig å legge til grunn at familien kan velge å videreføre familielivet i Etiopia eller ikke, men drøftelsen tyder på det, og det synes klart at de i alle fall ikke har funnet at det er uoverstigelige hindringer mot en slik løsning:

«Når det gjelder hvordan situasjonen for A og barna vil være i Etiopia, legger lagmannsretten som nevnt, ikke til grunn at As familie i Etiopia har brutt med henne. A og barna vil mest sannsynlig ha et nettverk i Etiopia, og familien vil mest sannsynlig forsøke å hjelpe dem med å dekke deres behov. Videre legger lagmannsretten til grunn at C også dersom barna bor i Etiopia, vil betale barnebidrag til A. C har gitt uttrykk for at det er vanskelig å overføre penger til Etiopia. Samtidig har han forklart at han forsørger sin mor i Etiopia ved å overføre penger til henne.

Både B og D er norske statsborgere. Det følger av Rt-2015-93 avsnitt 77 at dette er av betydning for vurderingen. I saken her finner lagmannsretten likevel ikke at dette er et moment som må tillegges vesentlig vekt. Det vises til at innreiseforbudet i utvisningsvedtaket er satt til to år av hensyn til barna, at vedtaket ikke retter seg mot barna, men mot A, samt at barna har en omsorgsperson – sin biologiske far – i Norge. Det vil i saken her være opp til A og C om de vurderer det som best at barna blir værende i Norge eller blir med til Etiopia. De kan også når som helst la barna komme tilbake til Norge.»

I en senere avgjørelse i 2022 (LB-2021-165385) har lagmannsretten både uttrykt at det ikke er «realistisk» at familien skal flytte samlet til utlendingens hjemland, og at det foreligger «uoverstigelige hindringer» for dette:

«Staten har anført at det er mulig for familien å unngå familiesplittelse ved å fortsette samlivet i Etiopia. Etter lagmannsrettens syn er det ikke **realistisk** at familien skal flytte sammen til Etiopia, eller at A skal ta med seg noen av barna dit. Lagmannsretten viser til tingrettens begrunnelse, dommen side 21, som lagmannsretten slutter seg til. For øvrig legger lagmannsretten til at verken B eller noen av barna er etiopiske statsborgere, selv om de to minste ville fylle vilkårene for slikt statsborgerskap. Lagmannsretten mener at det er lite sannsynlig at B vil få nødvendig helsehjelp i Etiopia, slik at det ikke er en aktuell mulighet for henne å

observe that the applicants have not shown convincingly that the Supreme Court's finding that the second to sixth applicants could also in principle go to Djibouti – either to stay [...] or at least to visit the first applicant [...] – was arbitrary or otherwise manifestly deficient».

reise dit. På denne bakgrunn finner lagmannsretten, i likhet med tingretten, at det er **uoverstigelige hindringer** for å fortsette familielivet i Etiopia.»

7. Departementets vurdering:

Utgangspunktet for departementets drøftinger er at dersom det ikke kan legges til grunn at familien kan videreføre familielivet i den utvistes hjemland, vil utvisning innebære en familiesplittelse, og dette kan få innvirkning på vurderingen av om utvisning er uforholdsmessig eller ikke.

Dersom det er umulig å utøve familielivet i den utvistes hjemland, vil muligheten for dette heller ikke kunne legges til grunn. Som beskrevet, opererer EMD i denne sammenheng med begrepet «insurmountable obstacles» («uoverstigelige hindringer»).

Hvor terskelen skal gå for at det anses å foreligge «uoverstigelige hindringer» etter EMDs forståelse, finnes det, så langt departementet kan se, ingen grundigere drøftinger av i EMDs praksis. Det må klart nok anses å foreligge uoverstigelige hindringer dersom det foreligger en risiko for alvorlige overgrep eller slike ekstraordinære humanitære belastninger at det ville være i strid med EMK artikkel 3 å forutsette at familien følger med. Tilsvarende må det gjelde dersom det foreligger praktiske hindringer av absolutt karakter, som f.eks. at det er umulig for barnet å få opphold i det aktuelle landet eller å reise dit på en trygg måte.

Spørsmålet om hvorvidt det kan forutsettes at familien kan videreføre familielivet i utlendingens hjemland, kan imidlertid ikke begrenses til et spørsmål om hvorvidt det foreligger uoverstigelige hindringer eller ikke. Dersom det ikke foreligger uoverstigelige hindringer, må det vurderes om det like fullt er så tungtveiende rimelighetshensyn som taler imot å legge til grunn at familien har denne muligheten til å unngå familiesplittelse, at det ville være uforholdsmessig å bygge et utvisningsvedtak på dette.

Departementet kan ikke se at det verken i praksis fra EMD eller i norsk rettspraksis eller forvaltningspraksis, er noen tydelig beskrivelse av hvordan de ulike spørsmålene bør sorteres for å gjennomføre en riktig og trygg vurdering av spørsmålet om hvorvidt familien skal anses å kunne flytte samlet til et annet land, og derved unngå familiesplittelse i den perioden innreiseforbudet gjelder.

8. Instruks

Departementet ber UDI innen 15. oktober 2023 utvikle mer utfyllende retningslinjer om stegene i utvisningsvurderingen i saker som gjelder utvisning av en forelder med barn i Norge.

Departementet forutsetter at UDI legger følgende premisser til grunn for de retningslinjene som utarbeides:

1. Ved utvisning av en forelder som har barn i Norge, vil som hovedregel én av to situasjoner måtte oppstå: Enten følger barnet med den forelderen som utvises til dennes hjemland *eller* barnet blir boende igjen i Norge hos den andre forelderen (dersom vedkommende bor i Norge og har omsorgsansvar).

2. Utlendingsmyndighetene må foreta en separat vurdering av hver av de to situasjonene.
3. Det kan ikke legges til grunn for utvisningsvurderingen at barna i Norge har mulighet til å følge med den forelderen som utvises, dersom det er uoverstigelige hindringer for dette. Selv om det ikke foreligger uoverstigelige hindringer, må det vurderes om det likevel ville være uforholdsmessig å legge til grunn for utvisningsspørsmålet. at barna kan følge med.
4. Selv om myndighetene eventuelt konkluderer med at det på grunn av uoverstigelige hindringer er umulig, eller at det er uforholdsmessig, å legge til grunn at familien har mulighet til å følge med utlendingen til dennes hjemland ved utvisning, vil ikke dette i seg selv innebære at utvisning er uforholdsmessig. Det må i så fall også vurderes om familiesplittelse – som følge av at den ene forelderen utvises - vil være uforholdsmessig, sett hen til alvoret av utvisningsgrunnlaget.
5. Det sentrale er at det ved utvisning, alltid må være klart hvilken av de to faktiske fremtidssituasjonene for barna, myndighetene har funnet at er forholdsmessig, eventuelt om det gjelder *begge* situasjoner. Det er viktig å unngå drøftinger som sammenblander muligheten for at barnet kan være igjen hos en forelder i Norge, og muligheten for at barnet kan følge med til den ene forelderens hjemland, uten at det fremgår tydelig om det faktisk er tatt stilling til at minst ett av alternativene er forholdsmessige.
6. Dersom det er klart at én av de to mulige situasjonene er forholdsmessig, vil dette på den annen side kunne være tilstrekkelig. Det er derfor ikke gitt at begge spørsmål alltid må drøftes fullt ut. De nærmere vurderinger rundt dette, overlates til Utlendingsdirektoratet.
7. Dersom det er en faktisk mulighet for barnet til å besøke den forelderen som blir utvist i perioden med innreiseforbud, vil dette for øvrig kunne innvirke på om en situasjon med splittelse i familielivet blir å anse som uforholdsmessig eller ikke. Omvendt kan de eventuelle belastningene for barnet ved å følge med den forelderen som blir utvist, i noen tilfeller dempes, dersom barnet også har faktiske muligheter til å reise på jevnlig returbesøk til Norge i perioden.

Med hilsen

Siri Johnsen (e.f.)
avdelingsdirektør

Kenneth A. Baklund
spesialrådgiver