



NORGES HØYESTERETT

DOM

avsagt 9. desember 2019 av Høyesterett i avdeling med

justitiarius Toril Marie Øie
dommer Wilhelm Matheson
dommer Henrik Bull
dommer Knut H. Kallerud
dommer Kine Steinsvik

HR-2019-2286-A, (sak nr. 19-083349SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 8. april 2019

Staten v/Utlendingsnemnda

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Hilde Ruus – til prøve)

mot

A
B (partshjelper)
C (partshjelper)
D (partshjelper)
E (partshjelper)
F (partshjelper)

(advokat Arild Karl Humlen)

S T E M M E G I V N I N G

- (1) Dommer **Kallerud**: Saken gjelder gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak om utvisning med to års innreiseforbud etter alvorlige brudd på utlendingsloven. Spørsmålet er om utvisningen er uforholdsmessig overfor utlendingens barn, jf. utlendingsloven § 70, Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8 og barnekonvensjonen artikkel 3.
- (2) **Sakens bakgrunn og prosesshistorie**
- (3) A er borger av Djibouti. Hun søkte om asyl i Norge 10. september 2001 og oppga da uriktig identitet og at hun kom fra Somalia. Hun fortalte også en detaljert og usann historie om sin bakgrunn. Hensikten var å oppnå beskyttelse som flyktning.
- (4) Utlendingsdirektoratet (UDI) avsto asylsøknaden 13. juni 2002. A påklaget vedtaket og forklarte at hun tidligere hadde gitt uriktige opplysninger. Hun ga så nye opplysninger og en endret forklaring om hvorfor hun trengte beskyttelse som flyktning. Også dette var usant. A fremla dessuten forfalskede identitetsdokumenter. Utlendingsnemnda (UNE) avsto klagen 2. januar 2003.
- (5) A møtte D i 2002. De giftet seg 10. april 2004. Den 22. april samme år søkte A om oppholdstillatelse på grunnlag av ekteskapet med D. Hun oppga da de samme uriktige opplysningene som ved klagen i 2002, både i søknadsskjemaet og i avhør. A fikk oppholdstillatelse på dette grunnlaget.
- (6) Ektefellenes første barn, F, ble født 00.00.2005, tvillingene E og B 00.00.2009 og C 00.00.2013. Barna er norske statsborgere.
- (7) I 2007 ble A innvilget norsk statsborgerskap, fortsatt uten at hun hadde gitt riktige opplysninger.
- (8) I forbindelse med en større undersøkelse av identiteten til personer som hadde oppgitt å komme fra Somalia, fikk politiet mistanke om at A i realiteten kom fra Djibouti. I politiavhør i juni 2014 fastholdt hun de uriktige opplysningene som hun tidligere hadde gitt.
- (9) UDI sendte i november 2014 forhåndsvarsel om mulig tilbakekallelse av norsk statsborgerskap og utvisning. I en uttalelse måneden etter oppga A for første gang riktig identitet og opprinnelsesland.
- (10) UDI tilbakekalte 3. juni 2015 As norske statsborgerskap. Ved vedtak 26. november 2015 ble hun utvist fra Norge med to års innreiseforbud. Vedtakene ble påklaget. UNE behandlet klagen samlet og opprettholdt 2. mars 2016 begge vedtakene. UNE har senere avslått å omgjøre klagevedtaket, sist 6. juni 2016. Formelt sett er dette siste vedtaket tvistegenstanden i saken.
- (11) A, hennes ektefelle og deres fire barn reiste sak om gyldigheten av utvisningsvedtaket for Oslo tingrett. Vedtaket om tilbakekall av statsborgerskapet ble ikke tatt med i søksmålet.
- (12) Under saksforberedelsen for tingretten ble en psykolog oppnevnt som sakkyndig for å ivareta barnas rett til å bli informert og hørt.

- (13) Tingretten kom til at As ektefelle og parets fire barn ikke hadde selvstendig adgang til å anlegge søksmål om utvisning av A. Deres anker til lagmannsretten ble forkastet. Også Høyesterett, som behandlet saken i avdeling, jf. HR-2017-1130-A, forkastet anken fra ektefellen og barna. De har etter dette vært partshjelpere for alle tre instanser.
- (14) Ved Oslo tingretts dom 27. juli 2017 ble staten frifunnet.
- (15) A anket dommen. Psykologen ble gjenoppnevnt for lagmannsretten for å ivareta barnas rett til å bli hørt i utvisningssaken.
- (16) Ved Borgarting lagmannsretts dom 8. april 2019 ble utvisningsvedtaket – under noe tvil – kjent ugyldig. Staten ble pålagt å betale sakskostnadene både for tingretten og lagmannsretten.
- (17) Staten ved Utlendingsnemnda har anket lagmannsrettens avgjørelse av gyldighetsspørsmålet til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse. For de tidligere instanser omfattet saken også noen spørsmål som ikke ble brakt inn for Høyesterett.
- (18) Kort tid før ankeforhandlingen i Høyesterett erklærte Redd Barna partshjelp til fordel for A. Høyesteretts ankeutvalg ga 5. november 2019 ikke samtykke til at Redd Barna kunne opptre som partshjelper, se HR-2019-2030-U. Utvalget viste til at partshjelp på et så sent tidspunkt ville skape usikkerhet ved gjennomføringen av ankeforhandlingen, blant annet når det gjaldt hensynet til kontradiksjon og fare for dobbeltbehandling. Utvidelse av tiden innenfor de avsatte dagene ville ikke fjerne denne usikkerheten. Av hensyn til sakens opplysning og avvikling ble Redd Barna derfor ikke tillatt å tre inn som partshjelper.
- (19) **Partenes anførsler og påstander**
- (20) Den ankende part – *staten ved Utlendingsnemnda* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (21) Utvisningsvedtaket er gyldig. Lagmannsretten tar feil når den legger til grunn at det ikke kreves «uvanlig store belastninger» for barna for at et vedtak om utvisning skal være uforholdsmessig ved meget alvorlige brudd på utlendingsloven. Langvarig norsk praksis tilsier at dette er det rette rettslige vurderingstemaet. Lagmannsretten misforstår også dommene fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) når den kommer til at det ikke kreves «exceptional circumstances» for å kjenne utvisningsvedtaket ugyldig i et tilfelle som her.
- (22) Utvisning med to års innreiseforbud er ikke et uforholdsmessig tiltak. De samfunnshensyn som taler for utvisning, veier tyngre enn hensynet til familien og barna. Familien påføres ikke «uvanlig store belastninger», og det foreligger ikke «exceptional circumstances».
- (23) Staten ved Utlendingsnemnda har lagt ned slik påstand:
- «(1) **Staten v/Utlendingsnemnda frifinnes.**
- (2) **Staten v/Utlendingsnemnda tilkjennes sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett.»**

- (24) Ankemotparten – A – har, med støtte fra partshjelperne, i det vesentlige gjort gjeldende:
- (25) Utvisningsvedtaket er ugyldig. Lagmannsrettens rettslige utgangspunkter er riktige, og rettens konkrete forholdsmessighetsvurdering er korrekt.
- (26) Når familien har en berettiget forventning om å kunne bli i Norge, er det ikke grunnlag for å oppstille en fast terskel for hva som skal til for at et utvisningsvedtak er ugyldig. En norm eller terskel som «uvanlig store belastninger» er uansett uheldig. Den snevrer inn vurderingstemaet og leder lett til at relevante momenter blir oversett. Det rette må være å trekke inn alle relevante momenter i en samlet helhetsvurdering av om inngrepet er uforholdsmessig overfor barna.
- (27) Kriteriet «exceptional circumstances» gjenfinnes bare i EMDs praksis hvor oppholdsgrunnlaget er usikkert – «precarious» – og hvor dette er kjent for alle de involverte. Det er ikke tilfellet her. A fikk et trygt oppholdsgrunnlag gjennom ekteskapet med en norsk borger. Først etter at ekteskapet var inngått og de hadde fått det første barnet, ble ektefellen kjent med at A hadde gitt uriktige opplysninger til utlendingsmyndighetene.
- (28) Både etter norsk rett og EMK er det av betydning om det finnes alternative reaksjonsmåter som kan ivareta de samfunnsmessige hensynene samtidig som belastningen for barna reduseres. Her burde muligheten for å anvende straff i det minste vært vurdert. Ved å bringe saken over i straffesporet åpnes det for nyanserte reaksjoner som kan tilpasses forholdene i den enkelte sak. Utlendingsmyndighetene baserer seg likevel bare på én mulig sanksjon – utvisning, som ikke er nødvendig når det finnes andre reaksjonsmåter som kan ivareta de samfunnsmessige hensynene.
- (29) Uansett rettslig utgangspunkt innebærer utvisningen en «uvanlig stor belastning» for barna, og det foreligger «exceptional circumstances».
- (30) Det bestrides ikke at As brudd på utlendingsloven er alvorlige, og at utvisningen ikke er uforholdsmessig overfor henne og ektefellen. Men overfor barna er utvisningen av moren et uforholdsmessig inngrep. Familien vil bli splittet siden felles utreise til Djibouti er uaktuelt. Barna vil dermed bli boende i Norge i to år uten sin mor. Selv om faren i utgangspunktet er en god omsorgsperson, legger lagmannsretten til grunn at det er en risiko for at han ikke vil kunne klare å håndtere de problemene utvisning av barnas mor vil medføre. To av barna er noe sårbare, og datteren er bare få år gammel. En samlet vurdering av alle de relevante momentene – herunder at det ville vært mulig å reagere på lempeligere måte – må føre til at utvisningsvedtaket er ugyldig.
- (31) A har tidligere også anført at utlendingsmyndighetene har anvendt feil rettslig grunnlag for utvisning. Denne anførselen ble frafalt under saksforberedelsen for Høyesterett.
- (32) Ankemotparten og parthjelperne har lagt ned slike påstander:

«På vegne av ankemotparten:

- 1. Anken forkastes.**
- 2. Ankemotparten tilkjennes sakens kostnader for Høyesterett.**

På vegne av partshjelperne:

- 1. Anken forkastes.**
- 2. Partshjelperne tilkjennes sakens kostnader for Høyesterett.»**

(33) **Min vurdering av saken**

(34) *Sakens ramme og Høyesteretts prøving*

(35) Vedtaket om utvisning er truffet i medhold av utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a. Etter denne bestemmelsen kan en utlending uten oppholdstillatelse utvises blant annet når han «har gitt vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger i en sak etter loven». As forhold faller utvilsomt inn under dette. Det er heller ikke bestridt.

(36) Spørsmålet er om utvisningen er uforholdsmessig overfor As fire barn. Som nevnt er det ikke gjort gjeldende at vedtaket er uforholdsmessig overfor A selv eller hennes ektefelle.

(37) Domstolene har full prøvingskompetanse i spørsmålet om utvisningsvedtaket er uforholdsmessig. Anken er imidlertid begrenset til rettsanvendelsen. Høyesterett kan da prøve om rettskildene – norske og internasjonale – er riktig forstått og anvendt. Også den konkrete avveiningen av de hensyn som gjør seg gjeldende, er omfattet av prøvingen, jf. Rt-2015-93 avsnitt 43 (*Maria*) med videre henvisninger. Prøvingen tar utgangspunkt i forholdene på vedtakstidspunktet, jf. plenumsdommen i Rt-2012-1985 avsnitt 98 (*lengeværende barn I*).

(38) Lagmannsrettens bevisvurderinger faller utenfor rammen for ankesaken. Men Høyesterett er ikke bundet av lagmannsrettens karakteristikk av det faktum retten har funnet bevist, for eksempel om det beskrevne faktum utgjør en «uvanlig stor belastning» for familien.

(39) *Overordnet om forholdsmessighetsvurderingen*

(40) Utlendingsloven § 70 første ledd lyder:

«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.»

(41) I forarbeidene til bestemmelsen fremheves at det ved forholdsmessighetsvurderingen må tas hensyn til Norges internasjonale forpliktelser, se Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 292. Særlig sentralt 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 «for å sikre særskilt bevissthet omkring dette», jf. de forarbeidene som jeg nettopp har nevnt.

(42) 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 sammenlignet med konvensjonsbestemmelsene, se HR-2018-2133-A avsnitt 47 med videre henvisninger.

(43) Etter utlendingsloven § 70 skal «forholdets alvor» veies mot «utlendingens tilknytning til riket». Det heter om dette i Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 291:

«I hver enkelt sak må det foretas en avveining av alle relevante hensyn med utgangspunkt i forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket.»

- (44) De samfunnsmessige hensyn skal altså veies mot hensynet til enkeltindividet. Også etter EMK artikkel 8 står en slik avveining av de motstridende interessene sentralt, se til illustrasjon EMDs storkammerdom *Jeunesse mot Nederland* 3. oktober 2014. Under overskriften «Relevant principles» heter det i avsnitt 106 at det må etableres en «fair balance» mellom «the competing interests of the individual and of the community as a whole».
- (45) *Nærmere om hovedelementene i forholdsmessighetsvurderingen*
- (46) Hvilke hensyn som inngår i forholdsmessighetsvurderingen, vil i noen grad variere etter omstendighetene i den konkrete sak. Men noen gjennomgående elementer vil vanligvis være sentrale i denne sakstypen. Jeg ser nå nærmere på disse.
- (47) *De samfunnsmessige hensyn: forholdets alvor og utvisning som sanksjon*
- (48) Forholdsmessighetsvurderingen må ta utgangspunkt i grunnlaget for utvisning, jf. utlendingsloven § 66. Jo alvorligere forholdet er, jo tyngre vil dette momentet veie i helhetsvurderingen.
- (49) Om bedømmelsen av brudd på utlendingsloven heter det i Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 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 lovlydige, 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.»

- (50) Departementet fremhever her altså flere tungtveiende grunner for å reagere med et så inngripende tiltak som utvisning ved brudd på utlendingsloven. Særlig viktig er 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 – allmennprevensjonen.
- (51) I Rt-2009-534 avsnitt 49 (*Nunez*) fremhever førstvoterende, som målsmann for flertallet, mange av de samme momentene som i det jeg nettopp har sitert fra forarbeidene:

«Ved vurderingen av alvoret 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 å 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.»

- (52) Tilsvarende synspunkter finnes også i Rt-2010-1430 avsnitt 79–80 (*Kaplan*).
- (53) EMD har gitt sin tilslutning til at utvisning kan være et viktig virkemiddel mot overtredelser av utlendingslovgivningen. Det heter om dette i avsnitt 90 i EMDs dom i saken *Antwi og andre mot Norge* 14. februar 2012:
- «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 (see [*Nunez mot Norge* 28. juni 2011], cited above, § 71, and *Darren Omoregie and Others v. Norway*, no. 265/07, § 67, 31 July 2008; see also *Kaya v. the Netherlands* (dec.) no 44947/98, 6 November 2001). A scheme of implementation of 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*).»**
- (54) 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. 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.
- (55) 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.
- (56) *Hensynene til enkeltindividet*
- (57) Etter utlendingsloven § 70 skal som nevnt forholdets alvor holdes opp mot tilknytningen til riket. Ved denne avveiningen må blant annet hensynet til barnets beste og retten til familieliv etter EMK artikkel 8 ivaretas.
- (58) *Barnets beste*
- (59) I saker som reiser spørsmål om utvisning vil være uforholdsmessig overfor utlendingens barn, står hensynet til barnets beste helt sentralt, se barnekonvensjonen artikkel 3 og de tilsvarende bestemmelser i Grunnloven § 104 og utlendingsloven § 70 første ledd andre punktum.
- (60) Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 lyder slik:
- «In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.»**
- (61) I plenumsdommen *lengværende barn I* avsnitt 134 heter det generelt om hensynet til barnets beste:

«Samlet sett viser forarbeidene – og etterarbeidet i Meld. St. 27 (2011–2012) – at hensynet til barnets beste skal veie tungt. Det skal legges vekt på tilknytning som er opparbeidet også mens barnet har hatt ulovlig opphold i landet. 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.»

- (62) Hensynet til barnet beste er altså et grunnleggende hensyn, men ikke det eneste.
- (63) EMD legger på tilsvarende måte stor vekt på barns interesser. Med referanser til tidligere dommer gjentas i *Jeunesse* avsnitt 109 at barns «best interests must be taken into account» i saker som angår dem, og at dette er av «paramount importance». Det heter så:

«Whilst alone they cannot be decisive, such interests certainly must be afforded significant weight.»

- (64) I hvilke tilfeller barnets interesser er så tungtveiende at de må slå igjennom overfor motstående interesser, her typisk innvandringsregulerende hensyn, sier disse generelle uttalelsene lite om. Både Høyesteretts og EMDs dommer gir imidlertid nærmere veiledning gjennom den konkrete bedømmelsen av enkelttilfeller. Dette kommer jeg nærmere tilbake til.
- (65) *EMK artikkel 8 om rett til familieliv*
- (66) EMK artikkel 8 gir blant annet enhver rett til respekt for sitt familieliv, se artikkelens nr. 1. Inngrep i denne rettigheten kan bare gjøres dersom vilkårene i artikkel 8 nr. 2 er oppfylt. Hvor utlendingen har et usikkert oppholdsgrunnlag, aktualiseres statens positive forpliktelser – plikten til å yte effektiv beskyttelse – etter EMK artikkel 8. Praksis i disse sakene viser imidlertid at det ikke alltid skilles mellom statens positive plikter og den negative forpliktelsen til selv å avstå fra å gjøre inngrep i familielivet. I flere saker er det uttalt at de relevante prinsippene uansett er de samme. Det sentrale er om myndighetene etter en samlet vurdering har truffet en «fair balance» mellom samfunnsinteressene og hensyn til de berørte enkeltindividene, se for eksempel *Nunez* avsnitt 68 med videre henvisninger og *Jeunesse* avsnitt 106.
- (67) EMD har fremhevet noen momenter som skal tas i betraktning hvor en sak både reiser spørsmål om innvandringskontroll og rett til familieliv. Se *Jeunesse* avsnitt 107, hvor domstolens omfattende tidligere praksis sammenfattes. EMD understreker her at statens forpliktelse til å tillate en person å forbli i landet vil variere «according to the particular circumstances of the persons involved and the general interest». Det heter så:

«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 ... »

- (68) Sentrale momenter som skal veies mot de samfunnsmessige hensyn, særlig effektiv innvandringskontroll, er altså i hvilken grad familien vil bli splittet, hvilke bånd det er til

oppholdsstaten, og om det er uoverstigelige hindringer for å videreføre familielivet i utlendingens opprinnelsesland.

- (69) Mange av de samme momentene som EMD legger vekt på, trekkes også frem i Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 292, om enn i en noe annen form og sammenheng. Også i Høyesteretts praksis er slike hensyn tillagt vekt, se eksempelvis Rt-2009-534 (*Nunez*) avsnitt 52 og 72 og Rt-2015-93 (*Maria*) avsnitt 78.
- (70) *Usikkert oppholdsgrunnlag*
- (71) Jeg går så over til et særskilt moment som både etter Høyesteretts og EMDs praksis har betydning for hvilket vern familielivet nyter: Om oppholdsgrunnlaget i oppholdsstaten er usikkert, for eksempel fordi utlendingen ikke har lovlig opphold eller har en tillatelse som er basert på at utlendingen har gitt uriktige opplysninger. Som fremstillingen vil vise, er det nær sammenheng mellom EMDs praksis knyttet til usikkert oppholdsgrunnlag og Høyesteretts praksis om alvorlige brudd på utlendingsloven som gir grunnlag for utvisning.
- (72) *EMDs praksis knyttet til usikkert oppholdsgrunnlag – krav om «exceptional circumstances»*
- (73) EMDs praksis på dette området må ses i lys av at EMK ikke gir rett til verken innreise eller opphold i konvensjonsstaten. EMD har i en rekke dommer understreket at statene har rett til å kontrollere og regulere utlendingers innreise til landet og opphold der, se eksempelvis *Jeunesse* avsnitt 100. Som redegjort for i HR-2018-2133-A avsnitt 50 følgende kan imidlertid en utlending ha utviklet så sterke bånd og bindinger til oppholdsstaten at det etableres et vern etter artikkel 8. Dette vernet gjelder primært for «settled migrants», se den nevnte dommen avsnitt 53 følgende.
- (74) I tråd med dette utgangspunktet vil vernet etter artikkel 8 være svakere dersom oppholdsgrunnlaget er usikkert, for eksempel fordi tillatelsen til å være i landet er basert på uriktige opplysninger fra utlendingen. I avsnitt 108 i *Jeunesse* heter det således:
- «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 ... »**
- (75) Det sentrale her er at hvis grunnlaget for oppholdet i landet fra begynnelsen av er usikkert eller utrygt – «precarious» – vil utvisning vanligvis bare komme i konflikt med artikkel 8 dersom det foreligger «exceptional circumstances». Også i flere av dommene mot Norge anvender EMD lignende formuleringer, se eksempelvis *Nunez* avsnitt 70.
- (76) Det er imidlertid flere eksempler på at selv hvor oppholdsgrunnlaget er usikkert, slår hensynet til barns beste gjennom. Men det er også saker hvor barns interesser ikke har kunnet veie opp for tunge hensyn knyttet til innvandringsregulering.
- (77) Av særlig interesse er sakene mot Norge, som jeg nå skal se noe nærmere på i dette perspektivet. Innledningsvis minner jeg om at EMD ikke synes å ha mer gjennomgripende innvendinger mot norsk rett og rettspraksis på området. Når det i noen tilfeller konstateres

brudd, ser det først og fremst ut til å være knyttet til den konkrete avveiningen av barnas interesser i den enkelte sak.

- (78) I EMDs dom i *Nunez* finnes 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 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 ... »**
- (79) Til tross for at *Nunez* aldri hadde hatt lovlig opphold i Norge, se avsnitt 67, var altså barnas interesser her så tungtveiende at de utgjorde «exceptional circumstances».
- (80) Også i EMDs dom 31. juli 2008 i saken *Darren Omoregie med flere mot Norge* 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.
- (81) EMDs dom i *Antwi* 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.
- (82) Jeg viser videre til EMDs dom 4. desember 2012 i *Butt mot Norge*, hvor domstolen kom til at det forelå ekstraordinære omstendigheter, se avsnitt 90. Dommen bekrefter den fremgangsmåten EMD benytter i denne sakstypen, selv om faktum her er noe særegent. Også i *Kaplan* kom domstolen til at det forelå «exceptional circumstances». Særlig gjaldt dette det yngste barnets tilknytning til faren, som var vedtatt utvist, hennes spesielle omsorgsbehov og den lange perioden med inaktivitet fra utlendingsmyndighetenes side, se avsnitt 98.
- (83) Oppsummert er inntrykket av EMDs praksis at grensen mellom det konvensjonsmessige og det konvensjonsstridige først og fremst avhenger av de konkrete omstendighetene i sakene.
- (84) Ankemotparten har imidlertid anført at EMDs praksis må forstås slik at det ikke kreves «exceptional circumstances» for å konstatere brudd på artikkel 8 dersom bare utlendingen selv – og ikke også ektefellen – var klar over at oppholdsgrunnlaget var usikkert da familielivet ble etablert.
- (85) Så vidt jeg kan se, har ikke EMD tatt uttrykkelig stilling til problemstillingen. Riktignok brukes flertallsformen «persons involved» i noen dommer, se for eksempel *Nunez* avsnitt 70 og *Jeunesse* avsnitt 108, som jeg allerede har sitert. Men jeg kan ikke se at domstolen med dette har tatt stilling til vårt spørsmål.
- (86) Derimot oppfatter jeg dommene slik at et bærende element er at hvis utlendingen fra først av ikke har rettmessig grunnlag for opphold i landet, gir ikke en etterfølgende etablering av et familieliv i seg selv vern mot utvisning, se eksempelvis *Jeunesse* avsnitt 103 hvor det heter:

«... confronting the authorities of the host country with family life as a *fait accompli* does not entail that those authorities are, as a result, under an obligation pursuant to Article 8 of the Convention to allow the applicant to settle in the country. The Court has previously held that, in general, persons in that situation have no entitlement to expect that a right of residence will be conferred upon them ... »

- (87) Denne begrunnelsen knyttet til «a *fait accompli*» gjør seg også gjeldende der ektefellen ikke var klar over at oppholdsgrunnlaget var usikkert.
- (88) Jeg føyer til at i *Antwi* avsnitt 93 var EMD inne på betydningen av at en klager ikke ble kjent med ektefellens rette identitet før etter at familielivet var etablert. Det heter her at dette – og andre momenter i hennes favør – ikke kunne «outweigh» den offentlige interessen i å sanksjonere ektefellens alvorlige overtredelser av utlendingsloven gjennom utvisning.
- (89) Etter dette kan jeg ikke se at det er noe krav for å anvende kriteriet «exceptional circumstances» at alle de involverte har kunnskap om at en av dem har et usikkert oppholdsgrunnlag. Men det kan etter omstendighetene inngå som et moment i helhetsbedømmelsen dersom en part ved etableringen av familieforholdet ikke visste at den andres rett til å oppholde seg i landet var usikker.
- (90) Jeg føyer til at hvorvidt små barn kjente til grunnlaget for foreldrenes opphold, knapt kan ha noen interesse i forholdsmessighetsvurderingen, jf. også tilsvarende synspunkt i Rt-2011-948 (*Kosovo*) avsnitt 57.
- (91) *Betydningen av usikkert oppholdsgrunnlag i norsk intern rett – Høyesteretts praksis om «uvanlig store belastninger»*
- (92) Også ved vurderingen etter utlendingsloven § 70 vil det ha betydning i forholdsmessighetsvurderingen om oppholdsgrunnlaget er basert på et trygt grunnlag. Jeg viser her til Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 292 hvor det fremheves som et moment ved vurderingen av tilknytningen til Norge om «familielivet ble etablert før eller etter at utlendingen burde forstått at utvisning kunne være aktuelt». I praksis vil det utrygge oppholdsgrunnlaget gjerne vise seg når det avdekkes at utlendingen har gitt uriktige opplysninger som innebærer en overtredelse av utlendingsloven. Slike forhold medfører gjennomgående at utlendingsmyndighetene trekker tilbake gitte tillatelser slik at oppholdsgrunnlaget faller bort. Det usikre oppholdsgrunnlaget kommer altså til syne gjennom vedtak om tilbakekall og eventuelt også – som i saken her – utvisning.
- (93) Fra midten av 1990-tallet ble det i Høyesteretts praksis utviklet et rettslig utgangspunkt for vurdering av utvisning på grunn av meget alvorlig kriminalitet etter straffeloven i saker som berører barn. Denne praksisen er oppsummert i Rt-2009-534 (*Nunez*) avsnitt 63–64: Har utlendingen begått «meget alvorlig kriminalitet», vil utvisning av ham ikke være uforholdsmessig med mindre den fører til «uvanlig store belastninger» for barna.
- (94) I avsnitt 65 i *Nunez*-dommen utvides dette til også å gjelde meget alvorlige overtredelser av utlendingsloven. Se også tilsvarende synspunkter i Rt-2010-1430 (*Kaplan*). Førstvoterende i *Nunez*-dommen bemerket videre at en slik forståelse var forenlig med daværende EMD-praksis knyttet til tilfeller hvor oppholdsgrunnlaget er usikkert. Den

gjennomgang jeg har gjort av etterfølgende dommer fra EMD, bekrefter dette, se blant annet *Jeunesse* avsnitt 106 følgende.

- (95) I Rt-2011-948 (*Kosovo*) ble det presisert at utgangspunktet om at det måtte kreves «uvanlig store belastninger» for barna, bare kommer til anvendelse hvor det er tale om «alvorlig kriminalitet eller massive overtredelser av utlendingsloven», se avsnitt 32–33 og 38. I avsnitt 39 heter 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 alvorret 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». I motsetning til i saken her var dette ikke tilfellet i Kosovo-saken. Hensynet til utlendingens to barn førte der til at utvisningsvedtaket var uforholdsmessig og derfor ugyldig, se avsnitt 63.
- (96) I Rt-2015-93 (*Maria*) gikk Høyesterett ikke inn på den tidligere praksisen. Imidlertid synes det klart at barnet i den saken ville blitt utsatt for uvanlig store belastninger dersom moren hadde blitt utvist, se avsnitt 78–79. Dommen representerer etter mitt syn ikke noe brudd med tidligere praksis.
- (97) *Betydningen av andre mulige reaksjoner enn utvisning*
- (98) Ankemotparten har anført at inngrepet ikke er nødvendig – «necessary», jf. EMK artikkel 8 nr. 2 – fordi det finnes andre sanksjoner som kunne vært benyttet. Dette har også betydning for forholdsmessighetsvurderingen, hevdes det.
- (99) Innledningsvis nevner jeg at etter utlendingsforskriften § 14-1 første ledd skal det ved mindre alvorlige brudd i nærmere angitte tilfeller ikke benyttes utvisning dersom utlendingen har barn i Norge.
- (100) Utvisning er i utgangspunktet til hinder for senere innreise til Norge, jf. utlendingsloven § 71 andre ledd. Men innreiseforbudet kan begrenses etter nærmere regler i utlendingsforskriften § 14-2. I saken her har utlendingsmyndighetene valgt en så kort tidsperiode som to år. Jeg nevner også at etter utlendingsloven § 71 andre ledd kan innreiseforbudet oppheves etter søknad dersom nye omstendigheter tilsier det. En utvist utlending kan dessuten i visse tilfeller få adgang til riket for kortvarig besøk. Det er altså mulighet for en viss differensiering av reaksjonen også i utvisningstilfellene.
- (101) Som ankemotparten har pekt på, finnes det straffebestemmelser som i prinsippet kunne vært benyttet overfor A, alene eller i kombinasjon med utvisning. Jeg går ikke nærmere inn på disse bestemmelsene fordi jeg mener det uansett ikke har særlig betydning i saken her.
- (102) For det første fremhever jeg at selv om muligheten for å anvende en annen reaksjon enn utvisning i prinsippet nok kunne ha betydning i forholdsmessighetsvurderingen, er det knapt spor av dette momentet i Høyesteretts eller EMDs omfattende praksis. Tvert imot har begge domstolene fremhevet at samfunnsmessige hensyn, herunder allmennprevensjonen, er viktige grunner til å reagere med utvisning. Det er også usikkert om en ikke helt ubetydelig ubetinget fengselsstraff – som her formentlig ville vært det aktuelle – ville vært mer hensynsfullt overfor barna. Jeg kan derfor vanskelig se at den teoretiske muligheten

for en straffereaksjon i en sak som denne kan få nevneverdig betydning for om utvisningsvedtaket er gyldig.

- (103) Dernest peker jeg på at det er en oppgave for lovgiveren – innenfor de rammer som følger av våre internasjonale forpliktelser – å vurdere hvilke reaksjoner som bør benyttes ved alvorlige brudd på utlendingsloven hvor hensynet til barns beste taler for at en av foreldrene ikke sendes ut av landet. Jeg har merket meg at Stortinget har bedt regjeringen om å utrede endringer av utlendingsloven «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.
- (104) *Oppsummering av de rettslige utgangspunktene for forholdsmessighetsvurderingen*
- (105) Det skal foretas en bred avveining av alle relevante hensyn. Noen absolutte terskler eller normer som styrer forholdsmessighetsvurderingen, er det ikke grunnlag for å stille opp. Noen momenter vil imidlertid gjennomgående måtte vurderes i denne sakstypen. Her gir Høyesteretts og EMDs etablerte praksis veiledning.
- (106) Ved brudd på utlendingsloven som må betraktes som meget alvorlige, vil de samfunnsmessige hensyn ha betydelig vekt ved forholdsmessighetsvurderingen.
- (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. 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.
- (108) Selv om språkbruk og innfallsvinkel er forskjellig, er det overordnede inntrykket at Høyesterett og EMD vurderer og vektet de samme momentene: Hensynet til barnets beste er viktig og tungtveiende, men ikke nødvendigvis avgjørende.
- (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.

- (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.
- (111) *Konkret bedømmelse av saken her*
- (112) *As brudd på utlendingsloven*
- (113) A har gjentatte ganger – og over lang tid – gitt uriktige opplysninger om identitet, hjemland og behov for beskyttelse som flyktning. Hun har bevisst forsøkt å utnytte asylinstituttet for å etablere seg i Norge og har lagt frem falske dokumenter. Hennes oppholdstillatelser og norske statsborgerskap er innvilget på uriktige premisser. Også ved opphold på grunnlag av ekteskap skal selvsagt korrekte opplysninger ligge til grunn. Overtredelsene ligger i kjerneområdet for de kontrollhensyn som utlendingsloven skal ivareta. As overtredelser er utvilsomt meget alvorlige.
- (114) *Tilknytningen til Norge og graden av familiesplittelse*
- (115) Da A etablerte familielivet i Norge, var hennes oppholdsgrunnlag svært usikkert. Hun hadde gitt uriktige opplysninger, angitt falsk identitet og hadde fått endelig avslag på søknad om asyl. En begjæring om omgjøring var under behandling. Da A fikk oppholdstillatelse etter at hun hadde giftet seg med en norsk borger våren 2004, ble de uriktige opplysningene fortsatt lagt til grunn. Det samme gjaldt ved innvilgelsen av norsk statsborgerskap i 2007. Under hele As opphold frem til utvisningsvedtaket har altså opplysningene om henne hos utlendingsmyndighetene vært uriktige, basert på feil opprinnelsesland og falsk identitet. Hennes tilknytning til Norge er følgelig opparbeidet med basis i uriktige opplysninger.
- (116) I en slik situasjon er det klart at A ikke hadde noen berettiget forventning om å kunne bli i Norge og etablere et beskyttet familieliv her. Vi står altså overfor et slikt «fait accompli» som EMD i flere dommer har vist til at ikke gir grunnlag for et familieliv som nyter vern etter EMK artikkel 8. Det følger av dette at jeg ikke legger særlig vekt på at den norske ektefellen først ble kjent med de uriktige opplysningene en tid etter ekteskapsinngåelsen. Det sentrale er at A etablerte familieliv her i landet mens hun på uriktig grunnlag, og med falsk identitet, søkte om beskyttelse som asylsøker.
- (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.
- (118) *Hensynet til barnas beste*
- (119) Ut fra det jeg har sagt om alvorret i As brudd på utlendingsloven og hennes usikre oppholdsgrunnlag, må avveiningen av hensynet til barnas beste mot de motstående hensyn

ta utgangspunkt i om utvisning av A vil føre til «uvanlig store belastninger» for dem, og om det foreligger «exceptional circumstances».

- (120) Da utvisningsvedtaket ble truffet i 2016, var F 11 år, nå er han 14 år. Tvillingene E og B var 6 år gamle, nå er de 10 år. Det yngste barnet – C – var om lag 3 år gammel på vedtakstidspunktet og er nå blitt 6 år gammel.
- (121) 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 E og B 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.
- (122) Lagmannsretten legger til grunn at barna er sterkere knyttet til moren enn faren. Hun har hatt ansvaret for en stor del av den daglige omsorgen for barna, noe som blant annet ser ut til å ha sammenheng med at ektefellen arbeider mye og kommer sent hjem. Barna har hele tiden bodd sammen med begge foreldrene.
- (123) Barnas far er etter det opplyste en stabil omsorgsperson som barna er knyttet til, om ikke like sterkt som til sin mor. Barna bor i et etablert og trygt nærmiljø, og søskenflokket vil forbli samlet. Omsorgsoppgaven for barnas far vil bli betydelig i de to årene innreiseforbudet varer. Den vil kanskje også føre til endret økonomi for familien. Men heller ikke dette kan karakteriseres som uvanlig eller ekstraordinært.
- (124) Etter min vurdering foreligger det ikke slike ekstraordinære forhold som i de tilfellene der EMD har kommet til at artikkel 8 er brutt. Jeg viser kort til at barna i saken her, i motsetning til i *Nunez*, ikke har vært utsatt for slik «disruption and stress» som i den saken, og til at det i saken her ikke er noe å si på utlendingsmyndighetenes saksbehandlingstid. Vår sak kan heller ikke sammenlignes med forholdene i *Butt*-dommen. Også i *Kaplan* var forholdene annerledes enn i saken her, se oppsummeringen i avsnitt 98 i den dommen.
- (125) 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.
- (126) Lagmannsretten kom til at det var en «risiko» for at D ikke ville klare å håndtere problemene en utvisning ville medføre for barna «på en tilstrekkelig god måte», og at belastningen for barna derfor «vil være uvanlig stor». Slik saken er opplyst gjennom lagmannsrettens og tingrettens dom – lagmannsretten legger tingrettens saksfremstilling til grunn – er det imidlertid vanskelig å få øye på 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. Skulle forholdene for ett eller flere av barna utvikle seg svært negativt, peker jeg på muligheten for å oppheve innreiseforbudet etter utlendingsloven § 71 andre ledd.

- (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.
- (128) **Konklusjon**
- (129) 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 utvisningsvedtaket er gyldig.
- (130) Anken tas etter dette til følge.
- (131) Selv om staten har vunnet saken, bør sakskostnader ikke tilkjennes for noen instanser, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Staten har anket lagmannsrettens dom ut fra utlendingsforvaltningens behov for å få avklart rettstilstanden med tanke på fremtidige saker. Det er i en slik situasjon ikke grunn til å pålegge den private parten sakskostnadsansvar i en sakstype som dette.
- (132) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Staten ved Utlendingsnemnda frifinnes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instanser.

- (133) Dommer **Matheson:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (134) Dommer **Bull:** Likeså.
- (135) Dommer **Steinsvik:** Likeså.
- (136) Justitiarius **Øie:** Likeså.
- (137) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Staten ved Utlendingsnemnda frifinnes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instanser.