



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 12. desember 2019 av Høyesterett i avdeling med

dommer Bergljot Webster
dommer Kristin Normann
dommer Arne Ringnes
dommer Cecilie Østensen Berglund
dommer Kine Steinsvik

HR-2019-2344-A, (sak nr. 19-093113SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 29. april 2019

A
B
C
D
E

(advokat Georg Abusdal Engebretsen
– til prøve)

Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS)
(partshjelper)

(advokat Jan Fougner)

mot

Staten v/Utlendingsnemnda

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Ingrid Skog Hauge)

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

- (1) Dommer **Østensen Berglund:**
- (2) ***Saken gjelder***
- (3) Saken gjelder gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak om ikke å innvilge asyl. Det sentrale spørsmålet er hvilket beviskrav som skal anvendes ved avgjørelsen av om en asylsøker er over eller under 18 år.
- (4) ***Sakens bakgrunn***
- (5) De ankende parter, A, E, D, B og C, er afghanske statsborgere som kom til Norge i perioden 26. juli til 1. oktober 2015. Alle fem søkte om asyl, jf. utlendingsloven § 28.
- (6) Da de ankom Norge oppga de å være 15–16 år gamle. Flere av dem var usikre på nøyaktig fødselsdato, og alle samtykket til å gjennomføre medisinske aldersundersøkelser.
- (7) Søknadene om asyl ble avslått av Utlendingsdirektoratet (UDI), og klager til Utlendingsnemnda (UNE) førte ikke frem, idet både UDI og UNE vurderte de fem til å være eldre enn 18 år. Søkerne ble heller ikke innvilget opphold på humanitært grunnlag. Etter å ha mottatt prosessvarsel i saken, omgjorde UNE vedtaket for A. I omgjøringsvedtaket ble det lagt til grunn at han var mindreårig, og han ble innvilget en tidsbegrenset oppholdstillatelse som kan gis til enslige, mindreårige asylsøkere over 16 år som vil mangle forsvarlig omsorg ved retur, jf. utlendingsforskriften § 8-8.
- (8) Etter utløpet av den midlertidige oppholdstillatelsen oppholdt A seg ulovlig i Norge frem til han i september 2019 ble innvilget oppholdstillatelse fordi han nå risikerer forfølgelse i hjemlandet etter å ha konvertert til kristendommen.
- (9) B og C er begge uttransportert til Afghanistan, men har etter det opplyste forlatt landet. E og D oppholder seg på ukjent sted i Europa.
- (10) ***Prosesshistorien***
- (11) Høsten og vinteren 2016–2017 tok de fem ankende partene ut stevninger for Oslo tingrett. Tingretten besluttet 16. februar 2017 at sakene skulle behandles samlet, under forutsetning av at tvistetemaet for alle var begrenset til å gjelde aldersvurderingen. Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS) erklærte partshjelp.
- (12) Ved Oslo tingretts dom 30. november 2017 ble Utlendingsnemndas vedtak om avslag kjent ugyldige for alle fem, og sakskostnader ble idømt.
- (13) Staten v/Utlendingsnemnda anket dommen til Borgarting lagmannsrett, som 29. april 2019 avsa dom med slik slutning:
 - «1. **Staten ved Utlendingsnemnda frifinnes.**
 2. **Sakskostnader tilkjennes ikke, verken for tingretten eller for lagmannsretten.»**

- (14) A, D, E, C og B har anket dommen til Høyesterett. Anken gjelder lovanvendelsen for så vidt gjelder beviskravet ved aldersvurderingen, lovanvendelsen og bevisvurderingen ved tvilsrisiko, samt lovanvendelsen og bevisvurderingen knyttet til resultatet fra de medisinske aldersundersøkelsene og betydningen av disse.
- (15) Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 14. august 2019 ble anken over lovanvendelsen for så vidt gjelder beviskravet ved vurderingen av om en asylsøker er over eller under 18 år tillatt fremmet. For øvrig ble anken ikke tillatt fremmet.
- (16) NOAS har opptrådt som partshjelper for de ankende parter også for Høyesterett.
- (17) ***Partenes anførsler:***
- (18) De ankende parter, *A, E, D, B og C*, har i det vesentlige anført:
- (19) Lagmannsretten har uriktig lagt til grunn at det ikke gjelder et skjerpet beviskrav ved vurderingen av om en asylsøker er mindreårig. Rettskildene trekker klart i retning av et skjerpet krav. Konsekvensene av en uriktig aldersvurdering er alvorlige, og hensynet til barnets beste tilsier at alminnelig sannsynlighetsvekt ikke er tilstrekkelig. Det må derfor oppstilles et krav om klar sannsynlighetsovervekt for at personen er over 18 år, kombinert med en utvilsom lojalitets- og medvirkningsplikt for asylsøkeren til å avklare alderen.
- (20) De ankende parter har lagt ned slik påstand:
- «1. Følgende vedtak kjennes ugyldige:**
- Utlendingsnemndas vedtak for A av 16. januar 2017
 - Utlendingsnemndas vedtak for D av 14. oktober 2016 og etterfølgende beslutning av 24. november 2016
 - Utlendingsnemndas vedtak for E av 14. november 2016
 - Utlendingsnemndas vedtak for C av 1. desember 2016 og etterfølgende beslutning av 12. desember 2016
 - Utlendingsnemndas vedtak for B av 16. september 2016 og etterfølgende beslutninger av 14. oktober 2016 og 16. desember 2016
- 2. Staten v/Utlendingsnemnda dømmes til å betale til de ankende parter sakens kostnader for Høyesterett med tillegg av lovens til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.»**
- (21) Partshjelperen, *Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS)*, har sluttet seg til de ankende parters anførsler, og fremhevet at Norges internasjonale forpliktelser tilsier et skjerpet beviskrav.
- (22) Partshjelperen har lagt ned samme påstand som de ankende parter for så vidt gjelder punkt 1, men har i punkt 2 krevet sakskostnader som følger:
- «Staten v/Utlendingsnemnda dømmes til å betale til Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS) sakens kostnader for Høyesterett med tillegg av lovens til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.»**
- (23) Ankemotparten, *staten ved Utlendingsnemnda*, har i det vesentlige anført:

- (24) Den klare hovedregelen i norsk rett er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dette gjelder også ved fastsettelse av identitet for asylsøkere, som det å fastslå alder er en del av. Det er ikke grunnlag for å gjøre unntak fra dette prinsippet, idet sterke mothensyn som behovet for innvandringsregulerende kontroll og fare for misbruk gjør seg gjeldende.
- (25) Ankemotparten har lagt ned slik påstand:
1. Anken forkastes.
 2. Staten v/Utlendingsnemnda tilkjennes sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett."
- (26) **Vurderingen av saken:**
- (27) Jeg har kommet til at anken ikke fører frem.
- (28) *Rettslig interesse*
- (29) Før jeg går inn på sakens hovedspørsmål, nevner jeg at det etter tvisteloven § 1-3 er et krav at saksøkerne har rettslig interesse under hele saksgangen, også når saken står for Høyesterett. Domstolen skal av eget tiltak vurdere om saksøker har rettslig interesse, og skal avvise saken hvis den rettslige interessen faller bort underveis.
- (30) Sakens tvistetema er om det ved forvaltningens vurdering av om søkerne var mindreårige, skulle vært lagt til grunn et mer fordelaktig beviskrav enn det alminnelige kravet om sannsynlighetsovervekt. På det nåværende tidspunkt er imidlertid alle saksøkerne, også om deres egne opplysninger om alder legges til grunn, myndige. For A kommer i tillegg det forhold at han i et senere vedtak er innvilget oppholdstillatelse på annet grunnlag.
- (31) Det kan på denne bakgrunn reises spørsmål ved om saksøkerne generelt, og A spesielt, fortsatt har rettslig interesse i saken. Under henvisning til prinsippet i tvisteloven § 9-6 tredje ledd siste punktum, finner jeg ikke grunn til å ta stilling til dette, idet jeg er kommet til at anken skal forkastes.
- (32) *Generelt om beviskravet i sivile saker*
- (33) Den klare hovedregelen i norsk sivilprosess er at retten skal legge det mest sannsynlige faktum til grunn, det vil si at alminnelig sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig. Dette fremgår av langvarig rettspraksis, som for eksempel Rt-1992-64 *P-pille dom II* og HR-2018-874-A avsnitt 11 med henvisning til tvistelovens forarbeider. Overvektsprinsippet er blant annet begrunnet i at det innebærer at partene likestilles og at det vil sikre flest materielt riktige avgjørelser, jf. blant annet Rt-2008-1409 avsnitt 39.
- (34) I visse tilfeller er prinsippet uttrykkelig fraveket i lov, eksempelvis i barnevernloven § 4-12 første ledd bokstav d om plassering av barn utenfor hjemmet. Videre er det på ulovfestet grunnlag gjort enkelte unntak fra prinsippet, typisk at det er lagt til grunn et skjerpet beviskrav der det faktum det er spørsmål om å bygge på, er særlig belastende for parten, eller der bevissikringshensyn tilsier en slik løsning, jf. blant annet HR-2016-2579-A avsnitt 42. Dette kommer jeg nærmere tilbake til.
- (35) *Særlig om beviskravet på utlendingsrettens område*

- (36) Også på utlendingsrettens område gjelder i utgangspunktet det alminnelige kravet om sannsynlighetsovervekt, jf. blant annet Rt-2006-1657 om omgåelsesekteskap, avsnitt 33. Det er imidlertid gjort visse unntak fra dette i saker om asyl der særlige hensyn gjør seg gjeldende ved vurderingen av om asylsøkeren står i fare for forfølgelse ved retur til hjemlandet. Jeg viser her til Rt-2011-1481 avsnitt 45, hvor det i beskyttelsesvurderingen etter utlendingsloven § 28 ble lagt til grunn et dempet beviskrav.
- (37) Spørsmålet i denne saken er om det må gjøres et tilsvarende unntak ved vurderingen av om en asylsøker er over eller under 18 år, ettersom det vil ha merkbare konsekvenser for en søker å bli feilaktig vurdert som voksen – typisk i vurderingen av hvilke regler som skal anvendes ved behandlingen av asylsøknaden.
- (38) *Terminologi*
- (39) Jeg bemerker at partene i saken har brukt uttrykket skjerpert beviskrav som betegnelse på et eventuelt strengere sannsynlighetskrav ved vurderingen av faktisk alder. Slik jeg ser det, er det mer nærliggende å anse det som et spørsmål om det skal benyttes et dempet beviskrav ved vurderingen av faktum som belyser om en person er mindreårig, jf. ovennevnte Rt-2011-1481 avsnitt 45. Terminologien er imidlertid uten betydning for resultatet i saken.
- (40) *Utlendingslovens bestemmelser om identitet*
- (41) I vurderingen av hvilket beviskrav som skal benyttes når alder skal fastsettes, finner jeg det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i utlendingslovens bestemmelser om identitet.
- (42) Hovedregelen etter utlendingsloven er at utlendingen skal klargjøre sin identitet. Dette er blant annet lagt til grunn i utlendingsloven §§ 8 og 21 om krav til reisedokumenter og identifikasjonspapirer, og § 15 om rett til visitasjon ved mistanke om uriktig identitet. Utlendingen har plikt til å medvirke til å avklare sin identitet etter §§ 83 og 93. Det er som hovedregel også et krav for oppholdstillatelse at utlendingen fremskaffer dokumentasjon på sin identitet, jf. § 38, med mindre dette av ulike grunner ikke er mulig, jf. utlendingsforskriften § 8-12.
- (43) På bakgrunn av de ankende parter og partshjelperens prosedyre i Høyesterett bemerker jeg at det ikke er tvilsomt at en persons identitet omfatter mer enn navn, jf. FNs konvensjon om barnets rettigheter, barnekonvensjonen, artikkel 8, som nevner statsborgerskap og familieforhold som del av identiteten. Andre personlige data er også omfattet, typisk informasjon om alder, jf. også Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) om endringer i utlendingsloven, side 50 og Ot.prp. nr. 17 (2006–2007) side 14 hvor dette er forutsatt.
- (44) Som ledd i å klarlegge identiteten kan utlendingen, i tilfeller der det ikke er mulig å slå fast om søkeren er over eller under 18 år, anmodes om å la seg undersøke for å klargjøre alderen. Reglene om alderstesting fremgår av utlendingsloven § 88, som lyder:

«Dersom det i en sak om asyl eller i en sak om oppholdstillatelse for et familiemedlem ikke er mulig å fastslå med rimelig sikkerhet om utlendingen er over eller under 18 år, kan utlendingen anmodes om å la seg undersøke for å klargjøre alderen. Resultatet av undersøkelsen skal vurderes i forhold til de øvrige opplysningene i saken.»

- (45) Bestemmelsen slår fast at det etter samtykke fra utlendingen kan gjennomføres alderstester av ungdom. Uttrykket «rimelig sikkerhet» er benyttet som et vilkår for alderstesting, og gir etter mitt syn ingen holdepunkter for beviskravet ved fastsettelse av alder.
- (46) Så langt kan jeg derfor ikke se at ordlyden i utlendingsloven § 88 om alderstesting eller andre bestemmelser i loven indikerer et avvikende beviskrav i saker som den foreliggende.
- (47) De ankende parter har fremholdt at utlendingslovens bestemmelser må tolkes i lys av Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3, hvor det fremgår at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved handlinger og avgjørelser som berører barn. Dette er jeg enig i, og jeg kommer tilbake til betydningen av prinsippet under den nærmere drøftelsen av barnets beste.
- (48) *Lovforarbeidene til utlendingsloven*
- (49) Jeg går så over til spørsmålet om det kan utledes et dempet beviskrav av uttalelser i forarbeidene til utlendingsloven.
- (50) Ettersom alder er en del av personens identitet, er det av interesse å se hen til forarbeidenes uttalelser om beviskravet for identitet. Dette er nærmere omtalt i Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) på side 49:
- «I asylsaker stiller UDI i praksis krav om at søkeren skal ha sannsynliggjort sin identitet, enten gjennom fremleggelse av gyldige identitetsdokumenter, eller på annen måte. Kravet til sannsynliggjort identitet innebærer etter praksis at det må være minst 50 prosent sannsynlighet for at utlendingen faktisk er den som vedkommende utgir seg for.»**
- (51) Uttalelsen viser at det alminnelige kravet om sannsynlighetsovervekt som utgangspunkt skal legges til grunn når identiteten skal fastsettes.
- (52) Da denne proposisjonen ble avgitt, var adgangen til alderstesting nylig inntatt i den tidligere utlendingsloven § 37 g. Bakgrunnen var usikkerhet ved identiteten til utlendinger som ønsket opphold i Norge, jf. Ot.prp. 17 (2006–2007) om DNA-testing og aldersundersøkelser i utlendingssaker. Det fremgår av Ot.prp. nr. 75 (2006–2007), side 49, at 93,3 prosent av asylsøkerne i 2005 ble registrert uten gyldige reisedokumenter.
- (53) Ved innføringen av hjemmel for alderstesting var flere av høringsinstansene skeptiske til kvaliteten på metodene for aldersundersøkelser. Departementet la derfor til grunn at slike undersøkelser kun skulle benyttes når andre opplysninger i saken ikke ga grunnlag for å fastslå alderen. Av særlig interesse for vår sak er det at departementet fremhevet at det i vedtaket skulle tas hensyn til usikkerheten knyttet til undersøkelsen. Videre ble det fremhevet at resultatet av aldersundersøkelsen skulle inngå i en bredere vurdering, noe som også kom til uttrykk i lovteksten, jf. Ot.prp. nr. 17 (2006–2007) side 13 hvor dette er utførlig drøftet. Synspunktene til departementet var i samsvar med dagjeldende retningslinjer for UDI, hvor det også fremgikk at tvil skulle komme søkeren til gode, jf. samme side i proposisjonen.
- (54) I Innst.O nr. 44 (2006–2007), sluttet kommunal- og forvaltningskomiteen seg til forslaget om alderstesting under de forutsetninger som var lagt til grunn i forarbeidene. Det ble vist til at tvil om alder skulle komme søkeren til gode, jf. side 4 i innstillingen.

- (55) De ankende parter har med styrke fremholdt at komiteens merknader om tvilsrisiko må forstås slik at det ved fastsettelse av alder ikke er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt for at søkeren er over 18 år.
- (56) Jeg kan ikke se at det er grunnlag for å oppfatte uttalelsene slik. Etter mitt syn gir uttalelsene støtte til forslaget om at det skal foretas en bredere vurdering og at det må legges inn en sikkerhetsmargin, men komiteen tar ikke til ordet for et annet beviskrav enn det som fremgår av proposisjonen. Dersom komiteen mente å legge det til grunn, ville det på bakgrunn av departementets forutsetning om at alminnelig sannsynlighetsovervekt skulle gjelde, vært naturlig at dette kom klart til uttrykk.
- (57) Etter mitt syn må det også ses hen til at komiteen heller ikke hadde merknader til beviskravet da den senere behandlet Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) om ny utlendingslov.
- (58) Videre nevner jeg at beviskravet på området nylig er omtalt i Prop. 126 L (2016–2017) om endringer i utlendingsloven (tvangsmidler mv.). I kapitlet «Særskilt om pågripelse og internering av mindreårige», heter det om vurderingen av beviskrav for alder:

«I saker om pågripelse og internering etter utlendingsloven mener departementet at det i tråd med det alminnelige prinsippet innenfor sivilretten, og i tråd med det som er hovedregelen i straffeprosessen, bør regnes som tilstrekkelig bevist at utlendingen ikke er mindreårig, dersom dette fremstår som mest sannsynlig (sannsynlighetsovervekt). ... Dersom begge muligheter fremstår som like sannsynlige, må tvilen komme utlendingen til gode, jf. hovedregelen om tvilsrisiko i sivile saker. Departementet mener at dette er gjeldende rett, og det foreslås derfor ingen særskilt lovregulering av beviskravet i utlendingsloven.

En annen sak er at noen bevis i seg selv kan innebære en viss grad av usikkerhet. Dette gjelder blant annet ved medisinske aldersundersøkelser. En eventuell usikkerhet ved et bevis hører til bevisvurderingen, og innebærer ikke at det generelle beviskravet endres, jf. også Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse av 29. mars 2017 (HR-2017-664-U) avsnitt 16 ...».

- (59) Avgjørelsen fra Høyesteretts ankeutvalg som det henvises til, gjaldt fengsling av en mindreårig utlending hvor særlige begrensninger ved fengsling av barn gjorde seg gjeldende. Ankeutvalget la likevel til grunn et alminnelig beviskrav, og bemerket at det tilsvarende kravet gjaldt i den underliggende forvaltningssaken. Jeg kommer noe nærmere tilbake til betydningen av denne avgjørelsen.
- (60) Basert på ordlyden i utlendingsloven, sammenholdt med de omfattende forarbeidene, finner jeg det klart at det ikke er lovfestet, eller var ment å lovfeste, et unntak fra det alminnelige kravet om sannsynlighetsovervekt når det gjelder den samlede vurderingen som skal gjøres ved fastsettelse av alder.
- (61) *Ulovfestet unntak? Hensynet til barnets beste*
- (62) Det neste vurderingstemaet er om det likevel er grunn til å oppstille et ulovfestet unntak fra det alminnelige beviskravet.
- (63) Jeg nevner her at det etter min oppfatning er mindre rom for slike ulovfestede unntak på områder hvor lovgiver har, eller må forstås slik at den har hatt, oppfatninger om beviskravet. I saker på utlendingsrettens område er det klar støtte i forarbeidene for at det alminnelige beviskravet gjelder. Jeg kan likevel ikke se at det foreligger absolutte uttalelser

eller en slik generell presis angivelse av beviskravet i forarbeidene, at det er utelukket for domstolene å oppstille et slikt unntak.

(64) Som nevnt innledningsvis, er det utviklet enkelte unntak fra det alminnelige beviskravet gjennom rettspraksis. For å fravike overvektsprinsippet, kreves det særlige grunner som må avveies opp mot eventuelle kryssende hensyn. Vurderingen er konkret, og jo mer tungtveiende hensyn det er på den ene siden, desto sterkere grunner må til på den andre siden.

(65) For så vidt gjelder belastende faktum, som også er anført her, er rettstilstanden oppsummert slik i HR-2016-2579-A avsnitt 42:

«Rettskildene kan sammenfattes med at det normalt oppstilles et kvalifisert beviskrav der det faktum det er spørsmål om å bygge på, er kvalifisert klanderverdig, belastende eller infamerende for den ene parten. Jo mer belastende faktum det er spørsmål om, jo større grunn vil det være til å skjerpe beviskravet. Samtidig kan kryssende hensyn medføre at det ordinære kravet om sannsynlighetsovervekt fastholdes, til tross for at faktum er belastende. Det vil i så fall bero på en avveining av det belastende forholdet mot de hensynene som taler mot et skjerpet beviskrav.»

(66) Unntakene er ansett som en videreføring av det strafferettslige prinsippet om at tvilen skal komme tiltalte til gode, jf. HR-2018-874-A avsnitt 12. Det er således særlig i saker som grenser mot strafferetten at unntak fra det alminnelige beviskravet har vært aktuelt.

(67) I denne saken er det først og fremst spørsmål om barnets beste kan begrunne et dempet beviskrav, selv om det også er anført enkelte andre særlige hensyn.

(68) I saker som omhandler barn, følger det direkte av Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. På utlendingsområdet fremgår det også av forarbeidene at det er behov for å sikre en *barnesensitiv anvendelse* av loven, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 92 og Innst.O. nr. 42 (2007–2008) hvor barns særlige behov og rettigheter er trukket frem. Det samme kan utledes av Rt-2012-1985 *Lengeværende barn I* avsnitt 119 og 134, samt HR-2015-2524-P *Internflukt* avsnitt 84. Barneperspektivet er videre fremhevet i UDIs praksisnotat PN 2012-011, sist endret i 2018, punkt 2. Jeg tilføyer at også FNs anbefalinger på området, UNCHR Guidelines on Determining the Best Interest of the Child og UNCHR Guidelines on International Protection: Child Asylum Claims, tilsier en slik vinkling.

(69) De ankende parter har gjort gjeldende at FNs barnekomité i General Comment No. 6 (2005) har tolket forpliktelsene etter barnekonvensjonen slik at det skal benyttes et dempet beviskrav ved fastsettelse av alder.

(70) Om betydningen av uttalelser fra barnekomitéen, viser jeg til HR-2015-2524-P *Internflukt* avsnitt 150–152.

(71) General Comment No. 6 (2005) gjelder «Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin», og i avsnitt 31, under kapittel V, er det lagt til grunn at statene bør gi «the individual the benefit of the doubt such that if there is a possibility that the individual is a child, she or he should be treated as such».

- (72) Jeg finner ikke grunn til å gå inn på om uttalelsen i det hele tatt gjelder beviskravet og om den må anses som en tolking av konvensjonsbestemmelser, men nøyer meg med å påpeke at den først og fremst knytter seg til «[i]nitial assessment and measures», det vil si ved ankomst til landet og den innledende fasen. Etter norsk internrett behandles utlendingen normalt som mindreårig i denne fasen når vedkommende opplyser å være under 18 år. Barnekomiteens merknader til behandlingen av selve asyløknaden, fremgår av kommentarens kapittel VI, hvor det ikke er gitt uttalelser om at tvilen skal komme barnet til gode. Lest i sammenheng kan jeg ikke se at General Comment No. 6 gir holdepunkter for å utlede et generelt prinsipp om et mildere beviskrav knyttet til fastsettelsen av alder.
- (73) Det er klart at lovgiver la til grunn at bestemmelsene i utlendingsloven, slik de er utformet, samsvarer med forpliktelsene i barnekonvensjonen, jf. drøftelsen av dette i Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) på side 53 flg. Videre la Høyesteretts ankeutvalg i forannevnte HR-2017-664-U om aldersvurderingen ved fengsling, til grunn at verken Grunnloven eller barnekonvensjonen kan forstås slik at det må oppstilles et annet beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Selv om verken lovgivers forutsetninger eller ankeutvalgets avgjørelse er bindende for Høyesterett, er dette etter mitt syn kilder av vekt i denne sammenheng.
- (74) Etter min oppfatning kan det derfor ikke legges til grunn at Grunnloven § 104 eller barnekonvensjonen krever at det generelt legges til grunn et dempet beviskrav i saker som den foreliggende.
- (75) De ankende parter har imidlertid anført at også forhold som har begrunnet et skjerpet beviskrav i andre sammenhenger, innebærer at det alminnelige beviskravet bør fravikes ved aldersvurderingen.
- (76) Med utgangspunkt i en barnesensitiv innfallsvinkel, skal jeg derfor se nærmere på dette.
- (77) Det fremgår av rettspraksis at det særlig er når et *belastende faktum* må legges til grunn at beviskravet skjerpes. De ankende parter har hevdet at dersom den oppgitte alderen ikke anses sannsynliggjort, innebærer dette at søkerne stemples som løgnere, og at det vil være belastende.
- (78) Jeg finner det klart at dette synspunktet ikke kan føre frem. Det er ikke tvilsomt at de fem har bakgrunn fra et dokumentløst samfunn hvor det generelt er liten notoritet rundt fødselspapirer og liknende. Ingen av dem var sikre på egen alder da de ankom Norge, og kun en av dem hadde en oppfatning om sin fødselsdato. Det er derfor ikke slik at fastsettelse av en annen alder enn hva de selv har gitt uttrykk for, innebærer at man mener de har løyet. Jeg tilføyer at heller ikke om det hadde vært lagt til grunn at de løy, ville det isolert sett kunne ha ledet til et lempet beviskrav.
- (79) De ankende parter har også gjort gjeldende at *bevissikringshensyn* tilsier et unntak fra det alminnelige beviskravet. Heller ikke dette kan etter mitt syn føre frem. Den klare hovedregel i utlendingsloven er at det er utlendingen som må dokumentere sin identitet, samtidig som det er hensyntatt at dette i visse tilfeller ikke er mulig.
- (80) Heller ikke selve bevissituasjonen tilsier et unntak. Det er forutsatt i forarbeidene at det må tas hensyn til at barn ikke har samme mulighet til å redegjøre for alder eller skaffe dokumentasjon som voksne, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 92. Videre skal resultatet

av en eventuell alderstesting etter loven inngå i en bredere vurdering. Det er som nevnt understreket i forarbeidene at det skal tas hensyn til den usikkerheten som til enhver tid knytter seg til aldersundersøkelsene.

- (81) I UDIs praksisnotat, PN 2012-011 er det redegjort nærmere for forhold av betydning for vurderingen, og det fremgår at det som utgangspunkt vil være det alminnelige kravet om sannsynlighetsovervekt som gjelder ved fastsettelse av alder. I rundskriv 2010-183 fra UDI, fremgår det at ved bevistvil, skal tvilen komme søkeren til gode. Uttalelsen gir ikke grunnlag for å legge til grunn et lempeligere beviskrav.
- (82) Jeg vil imidlertid nevne at Sivilombudsmannen i en uttalelse fra 10. april 2019 – SOM-2017-4181 – ga uttrykk for at retningslinjene i praksisnotatet ikke nødvendigvis følges. UDI og UNE ble bedt om å sørge for at kravene om en helhetlig vurdering etter utlendingsloven § 88 første ledd, innskjerpes. Jeg legger til grunn at Sivilombudsmannens uttalelse følges opp, jf. også lovgivers klare uttalelser i forarbeidene om viktigheten av dette.
- (83) De ankende parter har trukket frem *de personlige konsekvensene av en uriktig aldersvurdering*, og pekt på at søkerne da mister særskilte rettigheter som er tillagt mindreårige.
- (84) Det er ikke tvilsomt at det på utlendingsrettens område kan gjøres unntak fra prinsippet om sannsynlighetsovervekt som følge av konsekvensene av en uriktig avgjørelse. Jeg viser her til forannevnte Rt-2011-1481, som gjaldt spørsmålet om det forelå en reell forfølgelse. Høyesterett uttalte her at det gjelder et dempet beviskrav for forfølgelsesvurderingen etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstavene a og b.
- (85) I forlengelsen av dette har staten trukket frem at et slikt avdempet beviskrav også vil gjelde for aldersvurderingen når beskyttelsesgrunnlaget er direkte knyttet til statusen som barn, jf. § 29 bokstav f, for eksempel risikoen for at barnet blir giftet bort. Dette synspunktet er jeg enig i.
- (86) Jeg ser ikke bort fra at samspillet mellom alder og beskyttelsesgrunnlag i visse tilfeller, kan medføre at selve spørsmålet om alder vil inngå som en så integrert del av vurderingen av behovet for beskyttelse at beviskravet må bli relativt likt kravet etter utlendingsloven § 29 andre ledd bokstav f, jf. prinsippet i § 28 tredje ledd om betydningen av at søkeren er et barn. Dette er det imidlertid ikke nødvendig for meg å gå nærmere inn på, idet reservasjonen uansett ikke gir grunnlag for å oppstille en generell regel om et dempet beviskrav. Det er heller ikke anført i vår sak at UNEs vurdering av de påberopte beskyttelsesgrunnlagene er feil fordi søkerne ble bedømt som voksne.
- (87) Det er på det rene at mindreårige asylsøkere gis særlige tilbud og har spesielle rettigheter i kraft av å være barn, blant annet når det gjelder reglene som kommer til anvendelse ved behandlingen av søknaden, jf. særlige bestemmelsene i utlendingsloven § 28 tredje ledd, § 29 andre ledd bokstav f, § 38 andre og tredje ledd, samt utlendingsforskriften § 8-8 om midlertidig opphold for enslige mindreårige asylsøkere. Alderen har også betydning for mulig opphold på tilpassede mottak, og bosetting i kommuner om begrenset oppholdstillatelse blir innvilget. Ved avslag på søknad er det begrensninger i adgangen til pågripelse og internering av barn.

- (88) Disse forholdene er utvilsomt av stor betydning for den enkelte, og det vil ha klare konsekvenser for en søker å bli feilaktig vurdert som voksen. En eventuell feil her kan likevel ikke likestilles med konsekvensene av eksempelvis en feilaktig retur der man risikerer forfølgelse i form av tortur. Det må også ses hen til at regelverket på utlendingsrettens område generelt har store konsekvenser for de involverte. Likevel har lovgiver gitt uttrykk for at det gjelder et alminnelig beviskrav.
- (89) Som fremhevet i HR-2018-874-A avsnitt 13 kreves det en særlig begrunnelse for å fravike hovedregelen om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Denne må veies opp mot de ulike hensynene som tilsier at det alminnelige beviskrav bør legges til grunn.
- (90) Staten har fremholdt at et dempet beviskrav innebærer en fare for misbruk. Det er også vist til behovet for å hindre at voksne får rettigheter som er forbeholdt barn og at det bør unngås at voksne plasseres i mottak som er tilrettelagt for barn.
- (91) Etter mitt syn er dette vektige mothensyn som klart taler mot et generelt dempet beviskrav ved fastsettelse av alder. Det er ikke tvilsomt at faren for misbruk er reell, jf. Ot.prp. nr. 17 (2006–2007) side 8 hvor det fremgår at blant de asylsøkerne som oppga å være enslige mindreårige da de ankom Norge, ble omlag 80 prosent av de som så ble alderstestet, vurdert til å være 18 år eller eldre. Et sentralt formål med innføring av alderstester var derfor å unngå misbruk av regelverket, jf. proposisjonen side 12.
- (92) Da det ble gitt hjemmel for alderstesting, ga flere høringsinstanser uttrykk for at det også var viktig å sikre at voksne ikke skal kunne påberope seg rettigheter som er forbeholdt barn, jf. blant annet Barneombudets høringsuttalelse gjengitt på side 10 i proposisjonen. For barn som gruppe er det åpenbart viktig at menneskelige og økonomiske ressurser som settes av til mindreårige, faktisk kommer disse til gode. Barneombudet trakk også frem faren ved at voksne mennesker ble plassert sammen med sårbare barn. Også dette siste er et viktig hensyn.
- (93) I den konkrete avveiningen av de personlige konsekvensene for søkerne holdt opp mot misbruksfaren, er det etter min oppfatning ikke tilstrekkelig grunn til å fravike det alminnelige kravet om sannsynlighetsovervekt i et tilfelle som det foreliggende.
- (94) *Oppsummering*
- (95) Jeg er med dette kommet til at det ikke er grunnlag for et dempet beviskrav når det skal avgjøres om en asylsøker er over eller under 18 år, heller ikke når vurderingen foretas i et barnesensitivt perspektiv. Ved vurderingen har jeg lagt vekt på at det er tale om et gjennomregulert rettsområde som har vært gjenstand for vanskelige politiske avveininger, og hvor det relativt nylig er gitt bestemmelser som innebærer økt beskyttelse for enslige mindreårige asylsøkere. Lovgivers klare forutsetning har samtidig vært at det skal benyttes et alminnelig beviskrav som følge av den betydelige risikoen for misbruk av reglene. Videre veier det tungt at det gjennomgående er lagt inn sikkerhetsmarginer i alle vurderingene som foretas, og at det når vedtaket treffes skal foretas en konkret og nyansert vurdering. Det står også sentralt at alle søkerne behandles som barn frem til søknaden om beskyttelse eller opphold på humanitært grunnlag er truffet. I tillegg kommer at behovet for barnesensitive vurderinger avtar med alderen.

(96) Slik jeg ser det samsvarer et alminnelig beviskrav i saken her best med begrunnelsen for at man bare unntaksvis anvender et dempet beviskrav.

(97) **Sakskostnader**

(98) Staten ved Utlendingsnemnda har etter dette vunnet saken, og skal som utgangspunkt tilkjennes sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. Etter mitt syn foreligger det imidlertid tungtveiende grunner som gjør det rimelig å fritta både de ankende parter og partshjelperen for kravet, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Ved vurderingen har jeg lagt særlig vekt på at saken har reist et prinsipielt spørsmål som staten har hatt interesse av å få avklart. Jeg har også lagt noe vekt på styrkeforholdet mellom partene.

(99) **Konklusjon**

(100) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

(101) Dommer **Normann:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(102) Dommer **Ringnes:** Likeså.

(103) Dommer **Steinsvik:** Likeså.

(104) Dommer **Webster:** Likeså.

(105) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.