



NORGES HØYESTERETT

Den 18. april 2008 avsa Høyesterett dom i

HR-2008-00695-A, (sak nr. 2008/2), sivil sak, anke,

A (advokat Sven Morten Torsnes – til prøve)

mot

Staten v/Utlendingsnemnda (advokat Knut Anders Sannes – til prøve)

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

- (1) Dommer **Skoghøy**: Saken gjelder gyldigheten av et vedtak av Utlendingsnemnda om å avslå søknad om opphevelse av innreiseforbud og reiser særlig spørsmål om domstolenes prøvingskompetanse, jf. utlendingsloven § 29 fjerde ledd tredje punktum.
- (2) A er født 00.00.1965 i Kosovo og oppvokst der.
- (3) Etter at A i 1986 under falsk navn hadde søkt om politisk asyl i Tyskland, og fått avslag på søknaden og var blitt utvist derfra, søkte han i 1987 om politisk asyl i Norge – også her under falsk navn. Søknaden om politisk asyl i Norge ble avslått 20. oktober 1987. Måneden før hadde han blitt kjæreste med B, som er norsk statsborger. Kort etter at søknaden om politisk asyl var avslått, ble A varetektsfengslet med sikte på uttransportering, men rømte fra varetekt 2. desember 1987. Etter dette oppholdt han seg ulovlig i Norge frem til 1989. Den 22. juni 1989 giftet han seg med B, og 26. juni 1989 søkte han om arbeids- og oppholdstillatelse på grunnlag av det inngåtte ekteskapet.
- (4) I november 1989 ble A arrestert og siktet for grove ran og grove tyverier begått i september og oktober samme år. Ved Eidsivating lagmannsretts dom 22. juni 1990 ble A dømt til fengsel i fire år for to grove ran, ett simpelt ran, ett forsøk på grovt ran og sju grove tyverier. B ble i samme sakskompleks dømt til fengsel i to år. Ved de grove ranene og forsøket på grovt ran var skytevåpen brukt til å true med.

- (5) Før dommen i straffesaken ble avsagt, ble A og B separert, og i januar 1992 ble de skilt.
- (6) På grunnlag av straffedommen ble A varig utvist fra riket ved Justisdepartementets vedtak 20. mars 1992, jf. utlendingsloven § 29 første ledd bokstav c (daværende bokstav b). Den 9. juni 1992 ble A løslatt fra soning og ledsaget til Makedonia.
- (7) Den 10. november 1992 kom A tilbake til Norge, men reiste til Sverige og søkte politisk asyl der 22. november 1992 – også denne gang under falsk navn. Han fikk avslag på søknaden om politisk asyl i Sverige og returnerte deretter til Norge. Han søkte da om politisk asyl i Norge, men ved Justisdepartementets vedtak 15. desember 1992 ble søknaden avslått.
- (8) Etter dette forlot A landet, men vendte tilbake i desember 1994. Han søkte da på nytt om politisk asyl her, men denne søknaden ble avslått ved Justisdepartementets vedtak 20. april 1995.
- (9) I perioden 1995–2004 var A ikke i Norge. Etter det som er opplyst, var han i Albania i 1997, men fra 1998 oppholdt han seg i Kosovo.
- (10) Den 19. august 2004 kom A på nytt til Norge og søkte politisk asyl. Han gjenopptok samlivet med B og giftet seg med henne 30. september 2004. På grunnlag av ekteskapet med B søkte han 20. oktober 2004 om arbeids- og oppholdstillatelse i familiegjenforeningsøyemed, jf. utlendingsloven § 8.
- (11) På dette tidspunkt hadde A og B to barn. Det ene var født i 1990 og det andre i 1992. Senere har de fått to barn til – ett født i 2005 og ett født i 2006.
- (12) Da det etter utlendingsloven § 8 første ledd nr. 3 normalt er et vilkår for å få arbeids- og oppholdstillatelse at det ikke foreligger ”omstendigheter som vil gi grunn til å nekte utlendingen adgang til riket, opphold eller arbeid i medhold av andre regler i loven”, tolket Utlendingsdirektoratet søknaden også som en søknad om opphevelse av det innreiseforbud som fulgte av Justisdepartementets utvisningsvedtak av 20. mars 1992, jf. utlendingsloven § 29 fjerde ledd tredje punktum. I vedtak som ble fattet 22. februar 2005, avslo Utlendingsdirektoratet både å oppheve innreiseforbudet og å gi arbeids- og oppholdstillatelse. Asylsøknaden fra 2004 ble etter klage avslått ved Utlendingsnemndas vedtak 17. august 2005.
- (13) A påklaget 9. august 2005 Utlendingsdirektoratets vedtak av 22. februar 2005 til Utlendingsnemnda. Ved Utlendingsnemndas vedtak 10. juli 2006 ble klagen ikke tatt til følge. Nemnda fant ikke grunnlag for å oppheve det innreiseforbud som fulgte av utvisningsvedtaket fra 1992. Som begrunnelse fremholdt nemnda:

”Klageren ble idømt fengsel i 4 år for to tilfeller av grovt ran, ett ran, ett forsøk på grovt ran, og sju tilfeller av grovt tyveri. Den øvre strafferamme for grovt ran og grovt tyveri er fengsel i henholdsvis 12 og 6 år. Dette understreker etter nemndas syn forholdets alvor. Det må karakteriseres som meget alvorlig kriminalitet.

Nemnda har særlig vurdert klagerens tilknytning til riket gjennom ektefelle og tre barn, men mener at denne tilknytningen ikke kan tillegges avgjørende vekt i en helhetsvurdering.

Hva gjelder klagerens tilknytning til riket gjennom sin ektefelle, vil nemnda bemerke at partene var separert da utvisningsvedtaket ble fattet, og de ble skilt i 1992. De bestemte seg for å gifte seg igjen sommeren 2004. Ekteskap ble inngått i X den 30.09.2004, altså ca. 12 ½ år etter at klageren ble utvist. De kan på denne bakgrunn i liten grad sies å ha hatt en berettiget forventning om å få kunne fortsette å leve sammen i Norge. Klagerens tilknytning til riket gjennom sin ektefelle tillegges således mindre vekt ved forholdsmessighetsvurderingen.

Når det gjelder hensynet til klagerens to eldste barn, vil nemnda peke på at Justisdepartementet tok dette med i sin vurdering da utvisningsvedtak ble fattet i 1992. Nemnda kan ikke se at det har fremkommet opplysninger om at forholdene i ettertid har utviklet seg vesentlig annerledes enn forutsatt hva gjelder disse to barna. Det kan heller ikke uavhengig av spørsmålet om vesentlige endringer enn forutsatt, ses at situasjonen i dag er slik at en opprettholdelse av utvisningsvedtaket vil være uforholdsmessig sett opp mot grunnlaget for utvisningen. Klagerens barn har tidligere bodd i Norge i flere år mens klageren var utvist og foreldrene skilt. De er hhv. 14 og 16 år, og gamle nok til å kunne forstå klagerens usikre oppholdsutsikter, og bør ellers kunne takle en situasjon der klageren fortsatt må oppholde seg utenfor Norge. De kan ikke anses avhengig av klagerens tilstedeværelse mht. en forsvarlig omsorgssituasjon. Fortsatt kontakt kan opprettholdes ved brev, telefon og besøk. Den belastning manglende opphevelse av innreiseforbudet innebærer for barna kan etter dette ikke anses uforholdsmessig veid mot grunnlaget for klagerens utvisning.

Nemnda har merket seg at klageren og ektefellen har fått ytterligere et barn, f. 00.00.2005, og at de venter et fjerde barn i juli 2006. Dette er et forhold klageren og ektefellen selv har hatt innflytelse over. Nemnda kan ikke se at en opprettholdelse av innreiseforbudet vil innebære et uforholdsmessig tiltak overfor klagerens yngste barn. Det yngste barnet vil i sitt første leveår formodentlig ha hatt en særlig sterk tilknytning til moren, men vil også ha oppbåret en viss tilknytning til klageren. Det kan imidlertid ikke ses at det foreligger opplysninger som tilsier at det i dette tilfellet foreligger en ekstraordinær sterk tilknytning eller for øvrig spesielle forhold som skiller saken fra andre tilfeller der en forelder med barn utvises fra Norge. Nemnda kan ikke se at klagerens forhold til det yngste barnet bidrar til å endre saken vesentlig i forhold til en vurdering mot klagerens to eldste barn slik at manglende opphevelse av innreiseforbudet dermed blir uforholdsmessig.”

- (14) Nemnda vurderte også om Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8 eller FNs konvensjon om barns rettigheter (barnekonvensjonen) kunne gi grunnlag for opphevelse av innreiseforbudet. Under henvisning til den begrunnelse nemnda hadde gitt for ikke å oppheve innreiseforbudet, kom nemnda til at en ”oppretholdelse av innreiseforbudet står i et rimelig forhold til de negative virkninger for privatliv og familieliv, sett på bakgrunn av de meget alvorlige straffbare forhold klageren er domfelt for”.
- (15) I tillegg til å vurdere om det var grunnlag for å oppheve innreiseforbudet etter utlendingsloven § 29 fjerde ledd tredje punktum, vurderte Utlendingsnemnda om det var grunnlag for å innvilge arbeids- og oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 8 andre ledd, men fant at vilkårene for å innvilge arbeids- og oppholdstillatelse etter denne bestemmelsen ikke var oppfylt.
- (16) A anla etter dette søksmål mot staten v/Utlendingsnemnda ved Oslo tingrett med påstand om at Utlendingsnemndas vedtak måtte oppheves som ugyldig. Staten tok til motmæle og påstod staten frifunnet.
- (17) Oslo tingrett avsa 24. oktober 2006 dom med slik domsslutning:

- ”1. **Staten v/Utlendingsnemnda frifinnes.**
2. **A dømmes til innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen å erstatte Staten v/Utlendingsnemnda saksomkostninger for tingretten med 50 000 – femtitusen – kroner, med tillegg av den alminnelige morarente etter morarenteloven § 3 første ledd første punktum, fra forfall til betaling skjer.”**
- (18) Tingretten la til grunn at domstolenes kompetanse ved prøving av vedtak etter utlendingsloven § 29 fjerde ledd tredje punktum om ikke å oppheve innreiseforbud, ikke er begrenset til å gjelde forhold som faller inn under den ulovfestede lære om myndighetsmisbruk. Etter tingrettens oppfatning er det så stor likhet i de avveininger som skal foretas etter § 29 fjerde ledd tredje punktum, og vurderingen av utvisningsvedtak etter § 29 andre ledd, hvor domstolene kan prøve om utvisningen er et uforholdsmessig tiltak, at prøvingskompetansen må være den samme. Tingretten fant imidlertid at Utlendingsnemndas vedtak ikke var uforholdsmessig, og at det heller ikke var i strid med EMK artikkel 8.
- (19) A påanket tingrettens dom til Borgarting lagmannsrett.
- (20) Mens saken stod for lagmannsretten, forlot A Norge. Dette skjedde våren 2007 etter at A ved Borgarting lagmannsretts kjennelse 15. februar 2007 ikke hadde fått medhold i begjæring om midlertidig forføyning om at han skulle få bli i Norge inntil det forelå dom i lagmannsretten.
- (21) Lagmannsretten avsa 29. oktober 2007 dom med denne domsslutning:
- ”1. **Tingrettens dom stadfestes.**
2. **I saksomkostninger for lagmannsretten betaler A til staten v/Utlendingsnemnda 50 000 – femtitusen – kroner innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse. Fra forfall løper rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum til betaling skjer.”**
- (22) I motsetning til tingretten fant lagmannsretten at ”avgjørelsen av om utlendingsmyndighetene skal treffe vedtak om å omgjøre et vedtak om varig utvisning, i siste omgang vil bero på forvaltningens frie skjønn, slik at domstolenes kompetanse ikke strekker seg lenger enn til å kontrollere vedtaket opp mot den ulovfestede læren om myndighetsmisbruk”. For tingretten hadde A subsidiært anført at det forelå usaklig forskjellsbehandling, men denne anførsel ble ikke opprettholdt som selvstendig anførsel for lagmannsretten. Når det gjaldt spørsmålet om nektelse av å gi innreisetilatelse ville være i strid med EMK artikkel 8, fant lagmannsretten at Utlendingsnemndas vedtak lå ”godt innenfor” det som Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) ”har akseptert i forhold til utlendingers rett til innreise og opphold i en stat”.
- (23) A har påanket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken retter seg mot lagmannsrettens rettsanvendelse.
- (24) Det er for Høyesterett fremlagt legeerklæringer om de to eldste barnas syn på forholdet til deres far og behovet for familieegjenforening samt en skriftlig forklaring av As ektefelle. Sistnevnte forklarte seg også for lagmannsretten. Bortsett fra de nevnte skriftlige erklæringer er det ikke fremlagt nye dokumenter for Høyesterett, og saken står i det vesentlige i samme stilling for Høyesterett som for lagmannsretten.

- (25) Den ankende part, A, har i korte trekk anført:
- (26) A har som ledd i søknad om arbeids- og oppholdstillatelse bedt om at det innreiseforbud som følger av utvisningsvedtaket av 1992, skal oppheves. Søknaden om opphevelse av innreiseforbudet må ses på som en søknad om omgjøring av utvisningsvedtaket og må derfor behandles etter utlendingsloven § 29 første ledd bokstav c, jf. andre ledd.
- (27) Det følger av § 29 andre ledd at utvisning ikke kan besluttes dersom utvisning i betraktning av alvorret av det forhold som danner grunnlag for utvisningen, og utlendingens tilknytning til riket, vil være et uforholdsmessig tiltak. Bestemmelsen i § 29 fjerde ledd tredje punktum gjelder en mer begrenset innreisetillatelse.
- (28) Under enhver omstendighet må det ved en vurdering etter § 29 fjerde ledd tredje punktum gjelde en tilsvarende forholdsmessighetsbegrensning som etter andre ledd. Behovet for domstolskontroll for å ivareta utlendingenes rettssikkerhet vil være det samme uansett hvilke av disse bestemmelsene spørsmålet om opphevelse av innreiseforbudet blir behandlet etter. Den vurdering Utlendingsnemnda foretar etter § 29 fjerde ledd tredje punktum, er etter nemndas praksis basert på en forholdsmessighetsvurdering. Dette er også tilfellet i vår sak. En slik forholdsmessighetsvurdering ligger godt til rette for overprøving ved domstolene.
- (29) Subsidiært har A anført at Utlendingsnemndas vedtak om ikke å gi ham innreisetillatelse, er i strid med EMK artikkel 8.
- (30) Den ankende part bestrider ikke at Justisdepartementets utvisningsvedtak fra 1992 var riktig. Både ved forholdsmessighetsvurderingen etter EMK artikkel 8 og etter utlendingsloven § 29 må det imidlertid kunne tas hensyn til omstendigheter som har inntrådt etter at utvisningsvedtaket ble truffet, jf. Rt. 2007 side 667. I tillegg til alvorret av de straffbare handlinger som dannet grunnlag for utvisningen, må det legges vekt på om handlingene var situasjonsbestemt, og om det foreligger gjentakelsesfare.
- (31) Det er nå gått lang tid siden de straffbare forhold ble begått. A har sont den straff han ble idømt i 1990, og har vist stor vilje til å tilpasse seg det norske samfunnet. Han har lært seg norsk og blant annet hatt ansettelsesforhold i Porsgrunn kommune og hos Noricom Språktjenester AS. Han har også bestått teoriprøven på medisinsk grunnkurs innenfor psykisk helsetjeneste og rusomsorg. Selv om A var borte fra landet fra 1995 til 2004, har han hele tiden hatt kontakt med B og barna.
- (32) Etter at A kom tilbake til Norge i 2004, har han og B fått to barn til, slik at de nå til sammen har fire barn. Ved vurderingen av om det vil være uforholdsmessig å opprettholde utvisningen, må det legges stor vekt på hensynet til dem. På grunn av vanskelige forhold i Kosovo og Bs tilknytning til Norge vil det ikke være aktuelt å flytte til Kosovo. Dersom utvisningen opprettholdes, vil det medføre betydelige skadevirkninger for barna.
- (33) A har nedlagt slik påstand:

”1. Utlendingsnemndas vedtak av 10.07.2006 oppheves.

2. **Staten v/Utlendingsnemnda tilpliktes å betale saksomkostninger for tingretten og lagmannsrett og Høyesterett.”**

- (34) Ankemotparten, *staten v/Utlendingsnemnda*, har i korte trekk anført:
- (35) Spørsmålet om det innreiseforbud som følger av utvisningsvedtaket fra 1992, skal oppheves, må vurderes etter utlendingsloven § 29 fjerde ledd tredje punktum. Med forbehold for tilfeller hvor utvisningsvedtaket er beheftet med en ugyldighetsgrunn, må adgangen til omgjøring etter forvaltningsloven § 35 begrenses til tilfeller hvor utvisningsvedtaket ikke er effektivt. Dersom en person som er blitt utvist, har forlatt landet, men ønsker å komme tilbake, må han søke om opphevelse av innreiseforbudet etter utlendingsloven § 29 fjerde ledd tredje punktum. Denne bestemmelse gjelder ikke bare begrensede innreisetillatelser, men også ved søknad om en generell opphevelse av utvisningsvedtaket.
- (36) I motsetning til utlendingsloven § 29 andre ledd inneholder ikke § 29 fjerde ledd tredje punktum noen forholdsmessighetsbegrensning. Det bestemmelsen sier, er at den som er utvist, etter søknad ”kan ... få adgang til riket, men som regel ikke før to år er gått fra utreisen”. Siden § 29 fjerde ledd tredje punktum bruker ordet ”kan” og ikke inneholder noen forholdsmessighetsbegrensning, hører spørsmålet om innreisetillatelse etter denne bestemmelse under forvaltningens frie skjønn. Domstolenes prøvelseskompetanse er derfor begrenset. Det domstolene kan prøve, er om lovbestemmelsen er riktig tolket, om det bygger på riktig faktum, at vedtaket ikke lider av saksbehandlingsfeil, at skjønnet ikke er ensidig eller vilkårlig, at vedtaket ikke er sterkt urimelig mv.
- (37) Etter statens syn er det gode grunner til at domstolenes prøvelseskompetanse er forskjellig for utvisningsvedtak og for opphevelse av det innreiseforbud som følger av vedtaket. Den som blir utvist, befinner seg i landet, og et utvisningsvedtak vil derfor normalt være langt mer inngripende enn et forbud mot innreise. Spørsmålet om innreise skal tillates, er også mer politisk betont enn spørsmål om utvisning hvor rettssikkerhetshensyn gjør seg sterkere gjeldende.
- (38) Som støtte for at domstolene ikke fullt ut kan overprøve utlendingsforvaltningens vedtak etter utlendingsloven § 29 fjerde ledd tredje punktum, har staten hevdet at vurderingstemaet etter § 29 fjerde ledd tredje punktum er nært beslektet med vurderingstemaet etter § 8 andre ledd, hvor domstolenes prøvingskompetanse i henhold til Høyesteretts kjæremålsutvalgs avgjørelse i Rt. 2003 side 1287 er begrenset.
- (39) Dersom Høyesterett skulle komme til at domstolene ved prøving av vedtak etter utlendingsloven § 29 fjerde ledd tredje punktum har en mer omfattende overprøvingskompetanse enn det som følger av den alminnelige myndighetsmisbrukslære, er denne etter statens oppfatning i alle fall ikke mer omfattende enn den prøving som skal foretas etter EMK artikkel 8. Staten aksepterer at vedtaket om å nekte innreise må anses som et inngrep i retten til respekt for familieliv etter artikkel 8, men da inngrepet er lovhjemlet, forfølger et legitimt formål og tilfredsstiller det proporsjonalitetskrav artikkel 8 nr. 2 stiller, foreligger det ikke noen konvensjonskrenkelse. Spørsmål om innvandring er et politisk sensitivt område, og statene har derfor i slike saker etter praksis fra EMD et rommelig skjønn. Etter statens syn er den skjønnsmargin statene har i saker om innreise videre enn i saker om utvisning.

- (40) A er dømt for grove forbrytelser. Han var 22 år da han kom til Norge, og han har vært i Kosovo i flere år etter utvisningen. De eldste barna er vokst opp med mor som eneforsørger, og når det gjelder de yngste barna, er forholdet at disse er født på et tidspunkt hvor B var utvist og således hadde innreiseforbud. Ingen har derfor kunnet innrette seg på at han skulle få bli i Norge. Det at A har kommet hit ved å misbruke asylinstituttet, bør ikke gi grunnlag for å oppheve utvisningsvedtaket. Det aksepteres at det kan være vanskelig for ektefellen og barna å flytte til Kosovo, men familiekontakten kan opprettholdes ved feriebesøk. Dersom familielivet er etablert på et tidspunkt hvor utlendingen visste at det var usikkert om familielivet kunne utøves i vertsstaten, må det etter EMDs praksis foreligge særdeles spesielle omstendigheter for at utvisning skal være i strid med artikkel 8.
- (41) Staten har nedlagt slik påstand:
- ”1. **Lagmannsrettens dom av 29. oktober 2007 i sak nr 07-004749ASI-BORG/02 stadfestes.**
 2. **Staten v/Utlendingsnemnda tilkjennes sakens omkostninger, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling finner sted.”**
- (42) *Mitt syn på saken*
- (43) Jeg er kommet til at anken ikke kan føre frem.
- (44) Som det fremgår av den redegjørelse jeg har gitt for saksforholdet, ble A ved Justisdepartementets vedtak 20. mars 1992 varig utvist fra Norge. Dette vedtaket ble effektivt 9. juni 1992. Etter utlendingsloven § 29 fjerde ledd første punktum har vedtaket om varig utvisning den virkning at det er ”til hinder for senere innreise til riket”. Etter § 29 fjerde ledd tredje punktum kan imidlertid den som er utvist, etter søknad få adgang til riket, men som regel ikke før to år er gått fra utreisen. Justisdepartementets utvisningsvedtak fra 1992 er ikke angrepet, og jeg finner det klart at spørsmålet om A skal få adgang til Norge etter at utvisningsvedtaket ble effektivt, må vurderes etter § 29 fjerde ledd tredje punktum, og ikke etter forvaltningslovens regler om omgjøring av forvaltningsvedtak.
- (45) A har anført at § 29 fjerde ledd tredje punktum ikke gjelder ved søknad om opphevelse av utvisningsvedtak, men bare ved søknad om begrenset innreisetillatelse. Denne anførsel finnes det ingen dekning for. Det fremgår klart av forarbeidene til bestemmelsen at den ikke bare gir adgang til å tillate innreise med sikte på en enkeltstående begivenhet, men også gir adgang til å innvilge en generell innreisetillatelse, se NOU 1983: 47 Ny fremmedlov, side 336. I det forslag til ny utlendingslov som foreligger til behandling i Stortinget, er innholdet av § 29 fjerde ledd tredje punktum foreslått videreført i § 71 andre ledd, se Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her, side 470, jf. side 435. I denne bestemmelse er det sagt at det innreiseforbud som følger av et utvisningsvedtak, etter søknad kan oppheves ”dersom nye omstendigheter tilsier det”, og dersom ”særskilte omstendigheter foreligger”, kan den som er utvist, ”etter søknad få adgang til riket for kortvarig besøk selv om innreiseforbudet ikke oppheves”.
- (46) For utvisning etter § 29 første ledd bokstav a, b, c, e og f bestemmer § 29 andre ledd at utvisning ikke skal besluttes ”dersom det i betraktning av forholdets alvor og

utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene”. Utlendingsloven § 30 tredje ledd inneholder en tilsvarende bestemmelse for bortvisning eller utvisning etter § 30 andre ledd bokstav b og c. Den forholdsmessighetsbegrensning som disse bestemmelsene inneholder, danner en rettslig ramme for utlendingsforvaltningens skjønnsutøvelse, og kan derfor prøves av domstolene, jf. Rt. 1998 side 1795 og 2000 side 591. Paragraf 29 fjerde ledd tredje punktum inneholder ikke noen forholdsmessighetsbegrensning. Dette er også vel begrunnet. Som staten har fremholdt, er det generelt ikke det samme behov for rettssikkerhetsgarantier for utlendinger som ønsker å reise inn i landet, som for utlendinger som lovlig oppholder seg her, og blir besluttet utvist. I tillegg kommer at det i tilfeller hvor det er spørsmål om å gi innreisetillatelse etter § 29 fjerde ledd tredje punktum, ligger et utvisningsvedtak i bunnen. Spørsmålet i slike saker er om det innreiseforbud som følger av utvisningsvedtaket, helt eller delvis skal oppheves. Utlendingens behov for rettssikkerhetsgarantier vil i disse tilfellene være tilstrekkelig ivare tatt ved utvisningen.

- (47) A har anført at det Utlendingsnemnda vurderer ved vedtak etter § 29 fjerde ledd tredje punktum, er om det vil være uforholdsmessig å opprettholde innreiseforbudet, og at dette er en type vurdering som ligger til rette for overprøving ved domstolene. Jeg finner ikke grunn til å gå inn på Utlendingsnemndas praksis. Som lagmannsretten bemerker, kan den omstendighet at forvaltningen har innført visse retningslinjer for utøvelse av forvaltningsskjønn, ikke i seg selv flytte grensene for domstolenes prøvingskompetanse.
- (48) På denne bakgrunn mener jeg at vedtak av utlendingsforvaltningen etter utlendingsloven § 29 fjerde ledd tredje punktum ikke kan prøves av domstolene i større utstrekning enn det som følger av den alminnelige myndighetsmisbrukslære. Etter denne gjelder det ikke noen generell forholdsmessighetsbegrensning. Riktignok kan et forvaltningsvedtak blant annet kjennes ugyldig dersom det er åpenbart urimelig, og i denne vurderingen vil det inngå forholdsmessighetsbetraktninger. Siden terskelen for å underkjenne vedtaket er at det er åpenbart urimelig, vil imidlertid det være en forholdsmessighetsbegrensning av en helt annen karakter enn den som følger av utlendingsloven § 29 andre ledd og § 30 tredje ledd.
- (49) Da spørsmålet om det skal gis innreisetillatelse etter utlendingsloven § 29 fjerde ledd tredje punktum, bare kan overprøves av domstolene etter den alminnelige myndighetsmisbrukslære, og A for Høyesterett ikke har påberopt myndighetsmisbruk, kan Utlendingsnemndas vedtak ikke tilsidesettes på grunnlag av intern norsk rett.
- (50) Det spørsmål som gjenstår, er om vedtaket om å avslå søknaden om innreisetillatelse, er i strid med EMK artikkel 8. Bestemmelsen foreskriver:
- ”1. **Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.**
 2. **Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlig trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.”**

- (51) Staten har akseptert at Utlendingsnemndas vedtak om ikke å oppheve innreiseforbudet, må anses som et inngrep i As rett til respekt for familieliv, og det er jeg enig i. Spørsmålet er om de vilkår som artikkel 8 nr. 2 stiller for inngrep, er oppfylt.
- (52) Vilkåret om lovhjemmel skaper ingen problemer. De hensyn som er nevnt i artikkel 8 nr. 2, som er mest relevante for vår sak, er hensynet til offentlig trygghet og å forebygge uorden og kriminalitet. Formålet med utvisningsvedtaket med tilhørende forbud mot innreise må klart anses å ligge innenfor disse hensynene. Spørsmålet blir derfor om vedtaket om å nekte innreisetillatelse tilfredsstillende det proporsjonalitetskrav som følger av artikkel 8 nr. 2.
- (53) Som fremholdt av EMD i dom 26. april 2007 i saken Konstatinov mot Nederland avsnitt 48, inneholder ikke artikkel 8 en generell forpliktelse for statene til å respektere innvandreres valg av bostedsland eller å tillate familieforening på deres territorium. Spørsmålet om en stat er forpliktet til å gi familiemedlemmer til personer som bor der, adgang til territoriet, beror på en avveining av statens interesse i ikke å gi innreisetillatelse og den interesse som utlendingen har i å få komme inn i landet. Om de faktorer som er relevante i denne vurderingen, uttaler EMD i Konstatinov-dommen avsnitt 48:

”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. Another important consideration will also be 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 be precarious from the outset. The Court has previously held that where this is the case it is likely only to be in the most exceptional circumstances that the removal of the non-national family member will constitute a violation of Article 8 (see Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands, no. 50435/99, § 39, ECHR 2006 - ..., with further references).”

- (54) Det EMD sier i den siste setningen i dette sitatet, har særlig relevans for vår sak: Dersom familielivet ble etablert på et tidspunkt hvor de involverte personene ut fra noen av deres immigrasjonsstatus var klar over at det var usikkert om familielivet kunne vedbli å bli utøvd i vertsstaten, vil utvisning av utenlandske familiemedlemmer bare under helt spesielle omstendigheter representere et brudd på EMK artikkel 8.
- (55) Jeg finner det klart at det under de omstendigheter som foreligger i denne saken, ikke er i strid med EMK artikkel 8 å avslå As søknad om opphevelse av det innreiseforbud som følger av utvisningsvedtaket fra 1992. Grunnlaget for utvisningsvedtaket var at han ved Eidsivating lagmannsretts dom 22. juni 1990 ble dømt til fengsel i fire år for to grove ran, ett simpelt ran, ett forsøk på grovt ran og sju grove tyverier. Da han kom til Norge, var han 22 år. Han har ikke på noe tidspunkt fått innvilget alminnelig arbeids- og oppholdstillatelse. I perioden 1995–2004 var han ikke i landet. De eldste barna er 16 og 18 år gamle og har vokst opp med moren som eneforsørger. Familien har ikke på noe tidspunkt hatt grunnlag for å innrette seg på at A skulle få arbeids- og oppholdstillatelse i Norge. Da A i 2004 giftet seg på nytt med B, var familien klar over at han som følge av utvisningsvedtaket fra 1992 hadde et innreiseforbud.

- (56) Det som kunne tale for å gi A innreisetillatelse, er hensynet til de yngste barna, som er nesten to og tre år gamle. Dette hensynet kan imidlertid ikke få gjennomslag her. Som det fremgår av Konstatinov-dommen avsnitt 48, er det bare under helt spesielle omstendigheter at det vil være i strid med artikkel 8 å utvise en utlending som har etablert familie her i landet på et tidspunkt hvor de involverte personene var klar over at det var usikkert om familielivet kunne vedbli å bli utøvd her. Jeg kan ikke se at det i denne saken foreligger slike omstendigheter. Som et generelt synspunkt bemerker jeg at dersom det skulle være tilstrekkelig for å få opphevd et utvisningsvedtak at vedkommende søker politisk asyl og får barn her i landet, ville effektiviteten av utvisningsvedtaket i vesentlig grad bli undergravd.
- (57) På dette grunnlag er jeg – i likhet tingretten og lagmannsretten – kommet til at staten må frifinnes.
- (58) A ble ved lagmannsrettens dom pålagt å betale statens saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten. Denne omkostningsavgjørelse er jeg enig i. Da bakgrunnen for at As anke ble henvist til Høyesterett, var å få en prinsipiell avklaring på forholdet mellom utlendingsloven § 29 fjerde ledd tredje punktum og omgjøring etter forvaltningsloven og hvilken kompetanse domstolene har ved overprøving av vedtak etter utlendingsloven § 29 fjerde ledd tredje punktum, finner jeg at Salihaj bør fritas fra å betale saksomkostninger for Høyesterett, jf. tvistemålsloven § 180 første ledd.
- (59) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. Saksomkostninger for Høyesterett tilkjennes ikke.

- (60) Dommer **Stang Lund:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (61) Dommer **Flock:** Likeså.
- (62) Dommer **Indreberg:** Likeså.
- (63) Dommer **Gjølstad:** Likeså.

(64) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. Saksomkostninger for Høyesterett tilkjennes ikke.

Riktig utskrift bekreftes: