



NORGES HØYESTERETT

Den 30. april 2009 avsa Høyesterett dom i

HR-2009-00929-A, (sak nr. 2008/1257), sivil sak, anke over dom,

Staten v/Utlendingsnemnda

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Eyvin Sivertsen – til prøvø)

mot

A

(advokat Brynjulf Risnes – til prøvø)

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

- (1) Kst. dommer **Falkanger:** Saken gjelder gyldigheten av vedtak om utvisning etter utlendingsloven. Den reiser særlig spørsmål om utvisningsvedtaket er et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingens barn, jf. lovens § 29 annet ledd.
- (2) A er født 17. juni 1975 i Den dominikanske republikk. Hun kom første gang til Norge 26. januar 1996 som turist. Den 16. mars 1996 ble hun pågrepet for butikktveri i Oslo. Dagen etter vedtok hun et forelegg for overtredelse av straffeloven § 257. Ifølge grunnlaget gjaldt tyveriet varer til en samlet verdi av 5 098 kroner. Samme dag ble det fattet vedtak om utvisning med innreiseforbud i to år. Hun ble uttransportert 18. mars 1996.
- (3) A returnerte til Norge 19. juli 1996, men da med et annet pass. Ifølge dette passet het hun B, og var født 11. september 1974. Det var også oppført et annet id-nummer enn i det andre passet. Det er ikke avklart hva som er hennes egentlige navn, men det har ikke betydning for saken. Hun vil her bli omtalt som A.
- (4) Den 11. oktober 1996 giftet hun seg med en norsk statsborger, og 17. oktober 1996 søkte hun om arbeidstillatelse. I søknaden ble det opplyst at hun ikke tidligere hadde hatt opphold i Norge, og at hun heller ikke var tidligere straffet. Arbeidstillatelse ble innvilget 17. januar 1997 for ett år. Den er senere fornyet en rekke ganger. A fikk bosettingstillatelse 19. april 2000.

- (5) Den 17. desember 1999 søkte A om norsk statsborgerrett, men behandlingen av søknaden ble stanset da ektemannen 18. april 2001 søkte om separasjon.
- (6) I løpet av våren 2001 flyttet A sammen med C, som også kommer fra Den dominikanske republikk. Han har hatt bosettingstillatelse i Norge siden 2000. De har to døtre sammen, født henholdsvis 4. juni 2002 og 15. desember 2003.
- (7) På grunnlag av tips om at A tidligere var utvist fra Norge, pågrep politiet henne i desember 2001. I avhør erkjente hun i hovedsak de faktiske forhold.
- (8) Etter dette ble det innledet en saksbehandling i to faser, der behandlingen av tilbakekall av bosettings- og arbeidstillatelse ble gjennomført før behandlingen av utvisningssaken ble påbegynt.
- (9) Den 2. oktober 2002 fattet Utlendingsdirektoratet vedtak om tilbakekall av bosettings- og arbeidstillatelse. A klaget til Utlendingsnemnda, som 2. juli 2004 besluttet at klagen ikke skulle tas til følge. Nemnda ba imidlertid Utlendingsdirektoratet om å ta stilling til noen tillegsspørsmål, som jeg her ikke finner grunn til å gå nærmere inn på – utover å peke på at det medførte en del tidsbruk. Om detaljene viser jeg til tingrettens dom.
- (10) Utlendingsdirektoratet fattet 26. april 2005 vedtak om utvisning av A i medhold av utlendingsloven § 29 første ledd bokstav a med innreiseforbud i to år. A påklaget vedtaket, men Utlendingsnemnda besluttet 23. februar 2007 at klagen ikke skulle tas til følge. Vedrørende hensynet til barna viser nemnda til at

”barna er forholdsvis små, født i 2002 og 2003, og deres tilknytning til Norge kan ikke sies å være sterk. Deres sterkeste tilknytning antas å være til sin nære familie, sin mor og far. Hvorvidt barna blir værende i Norge eller følger sin mor til hjemlandet har ikke avgjørende betydning for utfallet av saken.

Klagerens barn, født henholdsvis i 2002 og 2003 er unnfanget og født under klagerens ulovlige opphold i Norge. Klageren brukte uriktig identitet for å komme seg inn i Norge, og for å skaffe seg tillatelse (som senere er trukket tilbake). Ut i fra dette kan ikke klageren sies å ha hatt en berettiget forventning om å etablere et familieliv i Norge, og bli værende.

Tilknytningen opparbeidet under omstendigheter som nevnt ovenfor tillegges således liten vekt ved forholdsmessighetsvurderingen.”

- (11) Jeg skyter her inn at samlivet mellom A og C ble brutt i oktober 2005. I den første tiden etter bruddet hadde A den daglige omsorgen for barna, mens C hadde jevnlig samvær. Foreldrene var imidlertid uenige om barnefordelingen, og spørsmålet ble brakt inn for Oslo tingrett. Ved dom av 24. mai 2007 ble C tilkjent den daglige omsorgen, mens A fikk samværsrett. I tillegg ble det bestemt at C skal ha foreldreansvaret alene inntil A returnerer til Norge. Tingretten besluttet også å gi ”førebels avgjerd” etter barneloven § 60 om at domsslutningen skulle gjennomføres inntil saken ble rettskraftig avgjort.
- (12) Tingretten begrunnet sin avgjørelse i hovedsak med utvisningsvedtaket. Dommen er påanket, men ankesaken er stanset i påvente av endelig dom i den foreliggende sak.
- (13) Ved stevning av 11. juli 2007 ble utvisningssaken brakt inn for Oslo tingrett med påstand om at Utlendingsnemndas vedtak av 23. februar 2007 skulle kjennes ugyldig. Det ble

samtidig begjært midlertidig forføyning for at vedtaket ikke skulle iverksettes før det forelå endelig dom i saken. Siden staten samtykket i at A kunne være i landet til dom i førsteinstans forelå, ble imidlertid begjæringen trukket under hovedforhandlingen.

(14) Oslo tingrett avsa 2. oktober 2007 dom med slik domsslutning:

- ”1. Staten v/Utlendingsnemnda frifinnes.
2. A betaler i saksomkostninger til Staten v/Utlendingsnemnda kr 50.000 – femtitusen – innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse med tillegg av lovens rente fra forfall til betaling finner sted.”

(15) Tingretten la til grunn at vedtaket var hjemlet i utlendingsloven § 29 første ledd bokstav a, og at utvisning ikke innebar et uforholdsmessig tiltak overfor A eller hennes nærmeste familiemedlemmer, jf. bestemmelsens annet ledd.

(16) A påanket tingrettens dom til Borgarting lagmannsrett. I ankeerklæringen ble det på nytt begjært midlertidig forføyning, men begjæringen ble trukket fordi staten igjen samtykket til utsatt iverksettelse. Lagmannsretten avsa 6. juni 2008 dom med slik domsslutning:

- ”1. Utlendingsnemndas vedtak av 23.02.2007 om utvisning av A er ugyldig.
2. I saksomkostninger for tingretten betaler Staten v/Utlendingsnemnda 63.720 – sekstitretusensjuhundreogtjue – kroner til det offentlige.
3. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler Staten v/Utlendingsnemnda 87.522 – åttisjutusenfemhundreogtjueto – kroner til A med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven fra forfall og til betaling skjer.”

(17) Lagmannsretten la til grunn at vedtaket var hjemlet i utlendingsloven § 29 første ledd bokstav a, men at utvisning innebar et uforholdsmessig tiltak overfor barna, jf. utlendingsloven § 29 annet ledd.

(18) Staten har påanket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken retter seg mot bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. Saken ble prosedert i Høyesterett sammen med sak nr. 2008/1212, som gjelder utvisning etter utlendingsloven § 29 første ledd bokstav c.

(19) Til bruk for Høyesterett er det fremlagt et notat om forvaltningspraksis fra Utlendingsnemnda. Det er også fremlagt skriftlige svar fra Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda på spørsmål fra partenes prosessfullmektiger. For øvrig står saken i det alt vesentlige i samme stilling som for lagmannsretten.

(20) Den ankende part – *staten v/Utlendingsnemnda* – har i hovedtrekk gjort gjeldende:

(21) Lagmannsretten har korrekt lagt til grunn at vilkårene for utvisning i utlendingsloven § 29 første ledd bokstav a er oppfylt, men retten har foretatt en uriktig avveining av sakens momenter når den har funnet at utvisningen vil være et uforholdsmessig tiltak etter bestemmelsens annet ledd.

(22) A har grovt og gjentatte ganger overtrådt utlendingsloven. Forholdets alvor må vurderes i et forvaltningsrettslig perspektiv, ikke et strafferettslig. Det må tas utgangspunkt i at brudd på utlendingsloven er gjort til et selvstendig utvisningsgrunnlag. Det

bakenforliggende hensyn er å sikre etterlevelse av de grunnleggende spilleregler som gjelder for innreise til riket. Det kan ikke trekkes slutninger om alvorret ut fra strafferammene for de aktuelle overtredelsene. Vurderingen av forholdets alvor må knyttes til utlendingslovens formål, jf. dens § 2. A' lovbrudd rammer kjernen i de kontrollhensyn utlendingsloven skal ivareta.

- (23) Det må skilles mellom "tilknytning til riket" som er etablert ved henholdsvis lovlig og ulovlig opphold. Innvandringspolitiske hensyn tilsier at familietilknytning etablert ved ulovlig opphold bør ha begrenset vekt. Utvisningen er derfor åpenbart ikke et uforholdsmessig tiltak overfor henne.
- (24) Hensynet til barna er ikke avgjørende. Det er ikke uvanlig at utlendinger får barn under ulovlig opphold i landet. Det er heller ikke uvanlig at dette bare gjelder én av foreldrene, og at den andre – som har lovlig opphold – velger å bli igjen i riket med barna. Den belastning slike omstendigheter medfører, er ikke i seg selv tilstrekkelig til at utvisningen blir et uforholdsmessig tiltak. Også når forholdsmessigheten vurderes opp mot barna, må det legges vekt på at A ikke hadde berettigete forventninger om å få bli i riket.
- (25) Bevisføringen har ikke underbygget at belastningen for barna vil bli uvanlig stor. Barnefaren er godt skikket som omsorgsperson, og det er ikke mer enn alminnelig risiko for at dette vil endre seg i fremtiden. Saken skiller seg i så måte fra Rt. 2005 side 229. Hvis noe skulle skje med farens omsorgsevne, vil det dessuten kunne dispensereres fra innreiseforbudet i medhold av § 29 fjerde ledd tredje punktum.
- (26) Det er ikke relevant å vurdere det sannsynlige utfall av søknader fra A om oppholdstillatelse etter at innreiseforbudet på to år er løpt ut. Under enhver omstendighet kan det ikke legges til grunn at det er lite sannsynlig at hun vil få innvilget en slik søknad.
- (27) At saksbehandlingen har tatt lang tid, er ikke avgjørende. Lang saksbehandlingstid er ikke uvanlig i saker som dette, og A har ikke på noe tidspunkt hatt legitime forventninger om å få bli i riket.
- (28) Utlendingsnemndas vedtak i den foreliggende sak er i tråd med fast forvaltningspraksis. Dersom lagmannsrettens dom blir stadfestet, må denne praksisen legges om.
- (29) Staten v/Utlendingsnemnda har lagt ned slik påstand:
- "Tingrettens dom, domsslutningen punkt 1, stadfestes."**
- (30) Ankemotparten – A – har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (31) Høyesterett kan prøve alle sider av Utlendingsnemndas vedtak. Ved prøvingen kan det også legges vekt på omstendigheter som er kommet til etter vedtakstidspunktet.
- (32) Det er på det rene at vilkåret for utvisning i utlendingsloven § 29 første ledd bokstav a er oppfylt. Utlendingsnemndas vedtak er likevel ugyldig, fordi utvisning er et uforholdsmessig tiltak, jf. § 29 annet ledd.
- (33) Når "forholdets alvor" skal vurderes etter utlendingsloven § 29 annet ledd, må det legges betydelig vekt på at strafferammene for A' lovbrudd er relativt lave, og at hun rent faktisk

ikke er ilagt straff for noen av de handlingene som ligger til grunn for utvisningsvedtaket av 23. februar 2007.

- (34) Brudd på utlendingsloven står ikke i noen særlig stilling i forhold til andre straffbare handlinger. Forarbeidene viser at man ikke mente å øke antallet utvisninger ved innføringen av § 29 første ledd bokstav a.
- (35) Det forhold at A ikke er dømt for noen av overtredelsene, medfører svekket rettssikkerhet for henne. Dette gjelder også utvisningen i 1996, der det ikke ble foretatt avhør og hvor utvisningsvedtak og gjennomføring skjedde meget raskt. Forholdsmessighetskravet bør derfor vurderes strengt i den foreliggende sak.
- (36) Det er klart at det normalt må skilles mellom slik "tilknytning til riket" som er etablert på grunnlag av henholdsvis lovlig og ulovlig opphold. Men dette synspunktet har begrenset gjennomslagskraft når det er tale om hensynet til barna.
- (37) Det følger av nasjonal rettspraksis og våre konvensjonsforpliktelser at hensynet til barn skal tillegges vesentlig vekt. Dette prinsippet er nå lovfestet i § 70 i ny utlendingslov av 15. mai 2008 nr. 35, som ikke er trådt i kraft.
- (38) En utvisning av A vil føre til at barna mister kontakten med en sentral omsorgsperson. Mulighetene for samvær vil praktisk sett være minimale. En slik situasjon vil medføre store belastninger for barna.
- (39) Ved vurderingen av den totale belastningen må det ses hen til at det er høyst usikkert om A får oppholdstillatelse i riket etter at utvisningsperioden på to år er ute. Sannsynligvis vil atskillelsen av mor og barn bli varig.
- (40) I forholdsmessighetsvurderingen må det også legges vekt på at den lange saksbehandlingstiden har økt barnas tilknytning til riket. Fordi myndighetene valgte å tilbakekalle arbeids- og bosettingstillatelsene før behandlingen av utvisningssaken begynte, ble saksbehandlingstiden svært lang. Hadde man valgt en parallell behandling, ville tiden kunne ha vært kortet vesentlig ned. Alternativt kunne man ha nøyd seg med bare å behandle utvisningssaken.
- (41) Konsekvensene av at Utlendingsnemndas vedtak blir kjent ugyldig, vil ikke bli store. Det er ikke grunn til å tro at det er særlig mange saker av denne typen. Det vises i denne forbindelse til at saksbehandlingsrutinene er lagt om, slik at det nå skjer en parallell behandling av tilbakekall av tillatelser og utvisning. Utvisningsvedtak vil derved fattes raskere.
- (42) A har lagt ned slik påstand:
"Anken forkastes."
- (43) *Jeg er kommet til at anken fører frem.*
- (44) Utvisningsvedtaket som står til prøving, er truffet med hjemmel i utlendingsloven § 29 første ledd bokstav a. Etter denne kan en utlending utvises når vedkommende "grovt eller

gjentatte ganger har overtrådt en eller flere bestemmelser i loven her”. I den foreliggende sak er det ikke tvilsomt at disse vilkårene er oppfylt.

- (45) Det sentrale spørsmål er imidlertid om vedtaket tilfredsstillende § 29 annet ledd, som lyder slik:

”Utvvisning etter første ledd bokstav a, b, c, e og f besluttet ikke dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene.”

- (46) Bestemmelsen gir anvisning på en avveining mellom forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket. Det er tale om et rettsanvendelsesskjønn, hvor domstolene har full prøvelsesrett, jf. Rt. 2005 side 229 avsnitt 34.
- (47) Jeg ser først på forholdets alvor.
- (48) Som det vil ha fremgått, har A gjort seg skyldig i gjentatte og grove overtredelser av utlendingsloven. Hun reiste til Norge i strid med et innreiseforbud på to år, jf. utlendingsloven § 25 og § 29 tredje ledd, slik det da lød. Hun ga videre uriktige og villedende opplysninger om sin identitet, sitt tidligere opphold i riket og om hun tidligere var ilagt straff, jf. lovens §§ 37 og 44. Endelig har hun hatt ulovlig opphold og arbeid her, jf. lovens § 6 første og annet ledd og § 8 første ledd nr. 3.
- (49) Ved vurderingen av alvorret i disse forholdene kan det ikke legges vesentlig vekt på hvorledes de skal bedømmes strafferettslig. Overtredelsene av utlendingsloven må snarere ses i et forvaltningsrettslig perspektiv. Et vesentlig formål med utlendingsloven er at den skal ”gi grunnlag for kontroll med inn- og utreise og utlendingers opphold i riket i samsvar med norsk innvandringspolitikk”, jf. § 2 første ledd. Med det store antall søknader som fremmes etter loven, må myndighetene i stor grad basere sin kontroll på at søkere gir riktige opplysninger og for øvrig forholder seg lojalt til loven og de vedtak som fattes i medhold av den. Systemet bygger således på tillit. Allmennpreventive hensyn tilsier derfor at overtredelser bør få konsekvenser for søkerens muligheter til å oppnå de rettigheter loven gjelder.
- (50) De nevnte synspunktene er fremhevet i Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven). På side 289 heter det:

”Departementet mener at det er viktig å kunne reagere med utvisning ved gjentatt og/eller grov overtredelse av utlendingsloven. Selv om slike overtredelser normalt også kan medføre straffeansvar, vil det prosessøkonomisk være en fordel om det kan treffes utvisningsvedtak uten rettskraftig straffereaksjon. Dette vil også gi mulighet for en rask reaksjon. Det bemerkes at det ikke vil være mulig for myndighetene å ha effektiv kontroll med alle utlendingers innreise og opphold i Norge. Systemet må i stor grad baseres på tillit til at utlendingsloven følges av de den gjelder for, herunder at de som trenger oppholdstillatelse søker om dette og gir korrekte opplysninger til myndighetene. Ulovlig innreise, opphold/arbeid uten nødvendig tillatelse eller det å gi uriktige opplysninger bryter med dette tillitsforholdet og vanskeliggjør myndighetenes håndhevelse av norsk innvandringspolitikk. Det kan undergrave respekten for regelverket og virke urettferdig overfor alle de som er lovlige, dersom grove eller gjentatte brudd på utlendingsloven ikke kan få konsekvenser. Fordi en søknad vil bli avslått uansett dersom utlendingen ikke fyller vilkårene for opphold i Norge, vil et negativt vedtak i seg selv ikke være en reaksjon ved uriktige opplysninger.

Departementet mener derfor at det er viktig av allmennpreventive grunner å kunne reagere med utvisning ved grove/gjentatte overtredelser av utlendingsloven.”

- (51) A’ brudd på utlendingsloven rammer i høy grad de kontrollhensyn som loven skal ivareta. Etter min mening må hennes forhold derfor karakteriseres som meget alvorlige.
- (52) Jeg ser så på om det foreligger en slik ”tilknytning til riket” at utvisningen likevel blir uforholdsmessig.
- (53) A har bodd i Norge sammenhengende siden juli 1996. Det er imidlertid klart at den tilknytningen hun derved har fått til riket, ikke gjør utvisningen til et uforholdsmessig tiltak overfor henne. Tilknytningen er etablert på grunnlag av ulovlig opphold, og hun har aldri hatt berettiget forventning om å kunne få bli her. På dette punkt finner jeg det tilstrekkelig å vise til NOU 2004: 20 Ny utlendingslov side 308, der det uttales følgende:

”I retts- og forvaltningspraksis er det lagt til grunn at tilknytning opparbeidet etter at utlendingen var kjent med at han eller hun kunne bli utvist, ikke kan tillegges særlig vekt.”

- (54) Det gikk nærmere tre og et halvt år fra A ble pågrepet til Utlendingsdirektoratet fattet sitt utvisningsvedtak. Den lange saksbehandlingstiden skyldtes særlig at utvisningssaken ble behandlet først etter at arbeids- og oppholdstillatelsene var tilbakekalt. Hadde det skjedd en parallell behandling, ville tiden kunne ha vært kortet vesentlig ned. Jeg finner imidlertid ikke at dette medfører at utvisningen er et uforholdsmessig tiltak overfor A selv.
- (55) Jeg går så over til å se på hensynet til barna.
- (56) Det fremgår av utlendingsloven § 29 annet ledd at en utvisning heller ikke må være et uforholdsmessig tiltak overfor ”de nærmeste familiemedlemmene”. Slik saken nå står, må det legges til grunn at barna blir boende i Norge hos faren, og at de vil få vesentlig redusert kontakt med moren i den perioden utvisningen gjelder.
- (57) At hensynet til barna skal tillegges betydelig vekt, fremgår av NOU 2004: 20 Ny utlendingslov side 308. Etter å ha konstatert at det ikke kan legges særlig vekt på ekteskap inngått etter at utlendingen var kjent med at han eller hun kunne bli utvist, tilføyes det følgende:

”Hvis den utviste også har fått barn i det nye forholdet, kan imidlertid forholdsmessighetsvurderingen falle annerledes ut, først og fremst av hensyn til barnet, men også dette spørsmål må bero på en konkret vurdering av alle relevante hensyn.”

- (58) Utvalget foreslo at det skulle presiseres i lovteksten at barnets beste skulle være et grunnleggende hensyn. Departementet ga sin tilslutning til dette. I Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) heter det på side 292:

”I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Forslaget om å ta inn en presisering om dette i lovteksten, får støtte fra flere høringsinstanser. UNE har fremholdt at det er en fare for å gi et skjevt inntrykk av relevans og viktighet ved å løfte fram ett av de hensynene som skal inngå i en helhetsvurdering. Departementet mener likevel at det er riktig å fremheve hensynet til barnets beste i

lovteksten for å sikre særskilt bevissthet omkring dette. Dette innebærer ingen endring i forhold til gjeldende rett, men kan ha pedagogisk betydning.”

- (59) Jeg nevner at en slik formulering nå er tatt inn i den nye utlendingsloven § 70 første ledd siste punktum.
- (60) At barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, fremgår også av FNs Barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1, som etter menneskerettsloven § 2 nr. 4 gjelder som norsk lov. Samtidig er det klart at konvensjonen ikke i seg selv er til hinder for at det treffes vedtak om utvisning selv om det medfører at foreldre blir skilt fra barna. I NOU 2004: 20 Ny utlendingslov side 310 heter det således:
- ”Ingen av bestemmelsene i barnekonvensjonen er imidlertid i seg selv til hinder for at det treffes vedtak om utvisning. Tvert imot forutsetter artikkel 9 nr. 4 at statene kan treffe vedtak om utvisning selv om det skulle innebære at et barn blir atskilt fra sin far eller mor.”**
- (61) Så langt viser rettskildene at hensynet til barna er grunnleggende, men ikke nødvendigvis avgjørende.
- (62) Høyesterett har tidligere vurdert betydningen av at barn påføres belastning ved at en av deres foreldre utvises. Saken i Rt. 2000 side 591 gjaldt forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 30 tredje ledd. Vedkommende utlending hadde begått det som ble karakterisert som ”meget alvorlig kriminalitet”. Om hensynet til hans barn uttalte annenvoterende – for flertallet – at
- ”det normale vil være at en utvisning griper inn i et etablert familieliv på en belastende måte, i særdeleshet når man må legge til grunn at familien blir atskilt ved utvisningen. For at utvisningen skal fremstå som et uforholdsmessig tiltak, må det kreves uvanlig store belastninger.”**
- (63) I Rt. 2005 side 229 kom Høyesterett – enstemmig – til at dette syn også måtte legges til grunn i forhold til § 29 annet ledd. I avsnitt 36 heter det:
- ”Jeg legger til grunn at disse utgangspunktene også gjelder i forhold til bestemmelsen i § 29 annet ledd. Når en utlending har begått meget alvorlig kriminalitet, vil utvisning bare være uforholdsmessig når den fører til uvanlig store belastninger.”**
- (64) Videre lyder avsnitt 52 slik:
- ”Det normale er at en utvisning vil gripe inn i et etablert familieliv på en belastende måte så vel økonomisk, som følelsesmessig og sosialt, og lett medføre psykiske problemer. Det gjelder ikke minst når en familie skilles som følge av utvisningen. Slike belastninger vil ikke i seg selv være tilstrekkelig til å si at en utvisning er et uforholdsmessig tiltak.”**
- (65) Som det har fremgått, gjaldt begge de nevnte sakene utvisning på grunn av meget alvorlig kriminalitet. I tråd med det syn jeg har på alvoret i overtredelsene av utlendingsloven, finner jeg imidlertid at tilsvarende synspunkter må få anvendelse i den foreliggende sak.
- (66) Jeg bemerker at en slik forståelse er forenlig med EMK artikkel 8 nr. 2. Saken Solomon mot Nederland av 5. september 2000 (44328/98) gjaldt en tilsvarende problemstilling som vår. EMD uttalte der følgende:

”In the present case the Court takes into consideration that the applicant was never given any assurances that he would be granted a right of residence by the competent Netherlands authorities. He was allowed to await the Deputy Minister’s decision on his asylum request in the Netherlands. After asylum was denied him, his request for a stay of expulsion was refused by the competent court on 22 December 1994. From then onwards, the applicant’s residence in the Netherlands, which was already precarious, lost what little foundation it had had until then. Family life between the applicant and his Netherlands national partner – and later, with their child – was developed after this date. The Court is of the opinion that in these circumstances the applicant could not at any time reasonably expect to be able to continue this family life in the Netherlands... .”

- (67) Etterfølgende praksis fra EMD har holdt seg til denne linjen, se for eksempel dom av 31. januar 2006 i saken da Silva og Hoogkamer mot Nederland (50435/99), avsnitt 39. Jeg viser også til Høyesteretts dom i Rt. 2005 side 229 avsnitt 37.
- (68) Som det vil ha fremgått, er mitt syn også forenlig med FNs Barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1, jf. NOU 2004: 20 side 310.
- (69) Etter dette går jeg over til en konkret vurdering av om belastningen blir uvanlig stor for barna til A. Jeg er enig med staten i at det i denne vurderingen må legges til grunn at A er utvist for to år. Når den tid er gått, kan hun – som andre – søke om oppholdstillatelse. Etter min mening er det ikke relevant ved domstolsprøvingen å vurdere det sannsynlige utfallet av en slik søknad. Jeg nevner imidlertid at hun vil ha anledning til å få prøvd et eventuelt avslag rettslig.
- (70) Som nevnt må det legges til grunn at barna vil bli boende hos C. Der har de bodd siden han ved Oslo tingretts dom av 24. mai 2007 ble tilkjent den daglig omsorg og foreldreansvaret. Tingretten la i nevnte dom stor vekt på utvisningssaken, men føyde til følgende:
- ”Retten har i likhet med den sakkyndige fått et rimelig godt inntrykk av far og mener at han er den av foreldrene som er best egnet til å ta vare på barna i den foreliggende situasjonen. Etter denne rettens oppfatning er det mye som taler for at far, uavhengig av om mor etter noen år får tillatelse til å flytte tilbake til Norge, er den av partene som er best skikket til å ta vare på barna. Far synes å leve mer utadventt enn mor, han snakker godt norsk, er i arbeid og det virker som om han i større utstrekning enn mor er i stand til å stimulere barna og ta vare på dem.”**
- (71) Det fremgår videre av dommen at C har gitt uttrykk for at han vil legge til rette for at barna får samvær med A, også om hun utvises. Han ser for seg at dette vil kunne skje i sommer- og juleferier. Jeg har ikke grunnlag for å anta at det ikke skulle være mulig å opprettholde kontakt mellom barna og A i utvisningsperioden.
- (72) Etter dette legger jeg til grunn at barnas omsorgssituasjon vil være tilfredsstillende selv om vedtaket blir stående. I hvert fall vil den ikke fravike det som er normalt når en av foreldrene utvises fra riket. Det er heller ikke noe i saken som tilsier at barna er sterkere knyttet til sin mor enn til sin far.
- (73) Jeg føyer til at det ikke er grunn til å tro at Cs omsorgsevne vil bli redusert i den nærmeste fremtid. Dersom det likevel skulle skje, vil det kunne dispenseres fra innreiseforbudet i medhold av utlendingsloven § 29 fjerde ledd tredje punktum.

- (74) Det er ingen opplysninger i saken som tyder på at barna har et særlig behov for omsorg. Det har i liten grad vært bevisføring om hvorledes selve utvisningssaken har påvirket barna, men det kan ikke ses bort fra at den har vært en belastning for dem også. Jeg finner imidlertid ikke holdepunkter for å legge til grunn at en slik eventuell belastning har vært større enn det som er vanlig.
- (75) I den nevnte avgjørelsen i Rt. 2005 side 229 kom Høyesterett til at belastningen på barna var så store at det var et uforholdsmessig tiltak å utvise deres far. Forholdet var imidlertid der at barna hadde særlige omsorgsbehov. Det var dessuten usikkerhet omkring morens omsorgsevne. I dommens avsnitt 53 heter det:

”Det som særlig har betydning i den foreliggende sak, er at begge foreldrene har vært borte fra barna ved to anledninger pga. de forhold som nå ligger til grunn for utvisningen, først i forbindelse med at de var varetektsfengslet, og deretter i forbindelse med soning. Lagmannsretten uttaler at barna ”etter det som kom frem under bevisførselen allerede [har] fått skrekk i seg ved det som har hendt og foreldrenes fravær under varetekt og soning. Belastningen vil forsterke seg ved nytt fravær av far”. Ut fra de opplysninger som foreligger om ektefellens helsetilstand, må det etter mitt syn være en betydelig risiko for at hun ikke vil klare å håndtere de problemer en utvisning av A vil medføre for barna og heller ikke omsorgen for dem. At hun nok vil kunne få noe hjelp fra sin familie, kan vanskelig i særlig grad redusere belastningene for barna, som lagmannsretten etter bevisførselen karakteriserer som uvanlig stor.”

- (76) Førstvoterende fant avveiningen ”særdeles vanskelig”, men kom ”under tvil” til at belastningen på barna var så store at utvisningen var uforholdsmessig.
- (77) Som det vil ha fremgått, foreligger det ikke tilsvarende forhold i vår sak. Tvert i mot står vi overfor en normalsituasjon. Jeg kan derfor vanskelig se at belastningen for barna skulle bli så stor at utvisningen er et uforholdsmessig tiltak.
- (78) Den lange saksbehandlingstiden har vært trukket frem også i forhold til barna. Jeg kan imidlertid ikke se at denne skulle ha betydning for hensynet til dem.
- (79) Jeg føyer til at dersom utvisningen i den foreliggende sak skulle være uforholdsmessig, er det vanskelig å se for seg når utlendinger som har fått barn med personer med oppholdstillatelse, skulle kunne utvises. Konsekvensene ville bli at utlendinger i slike situasjoner normalt ville være vernet mot utvisning. Dette ville innebære en omlegging av gjeldende praksis, og ville dessuten ha klart uheldige sider. I Rt. 2008 side 560 ga førstvoterende uttrykk for tilsvarende synspunkter. I avsnitt 56 heter det blant annet:

”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.”

- (80) Jeg slutter meg til dette syn.
- (81) På dette grunnlag er jeg kommet til at staten må frifinnes.
- (82) Jeg stemmer for denne

D O M :

Tingrettens dom, domsslutningens punkt 1, stadfestes.

- (83) Dommer **Indreberg**: Jeg er kommet til at anken bør forkastes. I likhet med lagmannsretten mener jeg at vedtaket om utvisning av A med to års innreiseforbud er uforholdsmessig og dermed ugyldig.
- (84) Jeg er enig med førstvoterende i at forholdsmessighetsvurderingen må bestå i en avveining av på den ene siden alvoret i de brudd på utlendingsloven som A har begått, og på den annen side hensynet til A' to barn. Hensynet til A selv tilsier ikke at vedtaket er uforholdsmessig.
- (85) I høyesterettsdommer om utvisning på grunn av alvorlig kriminalitet, jf. utlendingsloven §§ 29 første ledd bokstav c eller 30 annet ledd bokstav b, er det lagt til grunn at belastninger som skyldes at familier splittes ved utvisning, ikke i seg selv er tilstrekkelig til å si at en utvisning er et uforholdsmessig tiltak, jf. for eksempel Rt. 2005 side 229 avsnitt 52. Det er videre slått fast at jo alvorligere de straffbare forhold er, jo sterkere tilknytningsforhold må til for å hindre utvisning, se samme dom avsnitt 36.
- (86) Det er ikke gitt hvordan man skal bedømme alvoret i A' brudd på utlendingsloven i forhold til denne praksisen. Jeg er enig med førstvoterende i at strafferammen ikke er avgjørende. Det må sees hen til at formålet med utlendingsloven er å ha kontroll med inn- og utreise og med utlendingers opphold i riket, i samsvar med norsk innvandringspolitikk, jf. lovens § 2. A' innreise 20 måneder før innreiseforbudet utløp og fortsatte opphold etter det, ble muliggjort ved bruk av et pass som viste en annen identitet enn ved første innreise og ved fortielse av forelegget og innreiseforbudet. Dette representerte alvorlige brudd på regelverket som skal ivareta disse formålene. På den annen side kan det etter mitt skjønn vanskelig bli tale om å sidestille bruddene på utlendingsloven med meget alvorlig kriminalitet.
- (87) Når det gjelder hensynet til barna, er et naturlig utgangspunkt barnekonvensjonen artikkel 3, som fastslår at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, blant annet i tilfeller hvor offentlig myndighetsutøvelse berører barn. Ved vurderingen av vekten av dette hensynet i utvisningssaker, er det av interesse at utlendingsloven 2008, som ventes å tre i kraft fra årsskiftet, har en bestemmelse om forholdsmessighet tilsvarende utlendingsloven § 29 annet ledd hvor det uttrykkelig fremgår at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker som berører barn. Departementet uttaler i Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 292 at forholdsmessighetsbestemmelsen er en videreføring av gjeldende rett, men at tilføyelsen om barnets beste skal sikre særskilt bevissthet omkring dette. Flertallet i stortingskomiteen som behandlet lovforslaget, understreket behovet for å sikre at man tar tilstrekkelig hensyn til barnets beste i saker som gjelder utvisning, og bad departementet vurdere å gi forskriftsregler som i enda større grad sikrer at hensynet til barnets beste blir ivaretatt i forbindelse med utvisningssaker, se Innst. O. nr. 42 (2007–2008) punkt 14.2.
- (88) Det har ikke vært bevisføring om virkningene for små barn av at deres primære omsorgsperson gjennom tidlig barndom blir borte fra barnet i lengre tid. Jeg nevner imidlertid at FNs komité for barnets rettigheter i sin generelle kommentar nr. 7 (2005) avsnitt 18 peker på at små barn, dvs. barn under 8 år, er spesielt sårbare når det gjelder de negative konsekvenser av atskillelse fra foreldrene. Det heter blant annet:

”Young children are especially vulnerable to adverse consequences of separations because of their physical dependence on and emotional attachment to their parents/primary caregivers. They are also less able to comprehend the circumstances of any separation. Situations which are most likely to impact negatively on young children include ... situations where children experience disrupted relationships (including enforced separations),”

- (89) I denne saken er det tale om to jenter som nå er henholdsvis 6 år 10 måneder og 5 år 4 måneder gamle. De er født og har bodd hele sitt liv i Norge. A var hovedomsorgspersonen fra fødselen til faren – på bakgrunn av utvisningssaken – fikk den daglige omsorgen for to år siden. Hun har etter dette hatt utvidet samværsrett med barna. Det må legges til grunn at A, ved siden av faren, er den viktigste personen i barnas liv.
- (90) Det er ikke fremlagt noen vurdering av barnas problemer eller behov. Jeg mener likevel det må kunne legges til grunn at de er sårbare. De har vokst opp i en familie som har levd under mangeårig stress på grunn av trusselen om utvisning av mor, barna har opplevd foreldrenes samlivsbrudd og senere flytting fra mor til far, og de er i en alder hvor atskillelsen fra mor vil være vanskelig å forstå, jf. uttalelsen sitert over. Barna har heller ikke andre slektninger eller nærstående i Norge. Det kan ikke være tvilsomt at utvisning av A med to års innreiseforbud vil være meget inngripende for barna. Jeg nevner i den forbindelse at lagmannsretten har lagt til grunn som mest sannsynlig at A ikke kommer til Norge så lenge innreiseforbudet varer, og at det er svært usikkert om barna har anledning til å besøke henne utenfor Norge. Hva som vil skje når de to årene er gått, er uvisst.
- (91) Det er fremlagt en oversikt over UNEs vedtak om utvisning av utlendinger med barn på grunnlag av uriktige opplysninger til utlendingsmyndighetene. Statens prosessfullmektig har spesielt vist til to vedtak fra 2007. I begge ble innreiseforbudet satt ned av UNE til to år. I oversikten er det ikke inntatt så detaljerte opplysninger at det er mulig å se om en avgjørelse i A’ favør vil representere et avvik fra disse avgjørelsene, og jeg stiller meg noe tvilende til at det kan være tale om like langvarig og nær tilknytning. Skulle det være tale om et avvik, vil det være et resultat av en økt vektlegging av barnas behov – etter mitt skjønn i tråd med de anvisninger som ble gitt i forbindelse med vedtakelsen av den nye utlendingsloven.
- (92) Førstvoterende uttaler at dersom utvisningen i saken her skulle være uforholdsmessig, er det vanskelig å se for seg når utlendinger som har fått barn med personer med oppholdstillatelse, skulle kunne utvises. Det er jeg ikke enig i. Det må foretas en konkret vurdering hvor handlingens alvor avveies mot tilknytningen mellom den aktuelle utlendingen og barnet, og hvor det sees hen til barnets totale situasjon. Sentralt i denne saken er den langvarige tilknytningen barna har fått til sin mor og de påkjenninger de har vært utsatt for. I en slik situasjon er det etter mitt syn vanskelig å forene forutsetningen om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn med at utvisning av barnas mor er et forholdsmessig tiltak overfor barna.
- (93) Dommer **Tjomsland:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, kst. dommer Falkanger.
- (94) Dommer **Stabel:** Likeså.

(95) Dommer **Lund:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Indreberg.

(96) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Tingrettens dom, domsslutningens punkt 1, stadfestes.

Riktig utskrift bekrefte: