



# NORGES HØYESTERETT

Den 18. september 2009 avsa Høyesterett dom i

**HR-2009-01826-A, (sak nr. 2009/745), sivil sak, anke over dom,**

Staten v/Utlendingsnemnda

(Regjeringsadvokaten  
v/advokat Gunnar O. Hæreid)

mot

A v/verge C

B v/verge C

(advokat Sigrid Broch – til prøve)

## STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Gussgard**: Saken gjelder gyldigheten av vedtak om avslag på søknad om familiegjeningforening i medhold av utlendingsloven § 9 annet ledd.
- (2) Den 28. februar 2006 ble det fremmet søknad på vegne av søsknene B, født 2. desember 1996, og A, født 18. november 1998, om familiegjeningforening med moren, C. Barna bor i X sammen med sin bestemor. Moren var kommet til Norge i 2004 og giftet seg samme år med D, den gang irakisk, nå norsk statsborger.
- (3) Utlendingsdirektoratet avsto søknaden 11. oktober 2006 under henvisning til utlendingsloven § 9 annet ledd. Etter denne bestemmelsen kan oppholdstillatelse for familieetablering nektes ”dersom det er sannsynlig at søkeren eller dennes særkullsbarn vil bli mishandlet eller grovt utnyttet”. Avslaget ble begrunnet med at D i 2001 var domfelt for seksuelle overgrep mot et barn under 14 år, straffeloven § 195 første ledd første straffalternativ og § 212 første ledd nr. 3, slik loven den gang lød. Direktoratet fant

det sannsynlig at søkerne ”vil kunne” bli mishandlet eller grovt utnyttet dersom det ble gitt oppholdstillatelse.

- (4) Klage over avslaget ble avgjort av Utlendingsnemnda (UNE) 14. november 2007. Klagen ble ikke tatt til følge.
- (5) Søsknene A og B med moren som verge reiste sak ved Oslo tingrett om klagevedtakets gyldighet. Dom ble avsagt 17. juni 2008 med slik domsslutning:
- ”1. Staten ved Utlendingsnemnda frifinnes.
2. Partene bærer hver sine omkostninger.”
- (6) Etter anke avsa Borgarting lagmannsrett 5. mars 2009 dom med slik domsslutning:
- ”1. Utlendingsnemndas vedtak av 14. november 2007 kjennes ugyldig.
2. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler staten ved Utlendingsnemnda til A og B v/verge C 50 640 – femtitusensekshundreogførti – kroner innen to uker fra forkynnelsen av dommen.
3. I saksomkostninger for tingretten betaler staten ved Utlendingsnemnda til A og B v/verge C 58 750 – femtiåttetusensyhundreogfemti – kroner innen to uker fra forkynnelsen av dommen.”
- (7) Lagmannsretten la til grunn at vurderingstemaet i saken var om det er sannsynlighetsovervekt for at barna i fremtiden vil bli utsatt for mishandling/overgrep dersom søknaden om familieetablering ble innvilget. Retten fant ikke sannsynlighetsovervekt for at overgrep ville skje. Uten at det hadde betydning for avgjørelsen, ble det bemerket at det kunne synes som UNE hadde lagt til grunn en uriktig rettsanvendelse når nemnda viste til at søkerne ”vil kunne” bli utsatt for overgrep.
- (8) Staten v/Utlendingsnemnda har anket over lagmannsrettens bevisvurdering og rettsanvendelse. Det er fremlagt enkelte nye dokumenter. Saken står i samme stilling for Høyesterett som for de tidligere retter.
- (9) Staten v/Utlendingsnemnda har sammenfatningsvis gjort gjeldende:
- (10) Lagmannsretten bygger på et for strengt sannsynlighetskrav når den ut fra en ordfortolkning av utlendingsloven § 9 annet ledd legger til grunn at bestemmelsen krever sannsynlighetsovervekt for at barna vil bli utsatt for overgrep dersom søknaden tas til følge. Det er ikke lagt tilstrekkelig vekt på lovens forarbeider. I § 9 oppstilles et krav til risiko, ikke et beviskrav. Det må foreligge en reell risiko for mishandling. Hvor stor grad av sannsynlighet en må kreve for at et overgrep vil skje, vil avhenge av hva slags overgrep det er tale om.
- (11) Dersom lagmannsrettens lovforståelse er korrekt, vil det måtte kreves mer enn én domfellelse for mishandling for å tilfredsstille kravet. Bestemmelsen vil da miste det meste av sin betydning. Hensynet til barnets beste, sammenhengen med andre regelverk om personer dømt for seksuelle overgrep mot barn og alvoret i slike overgrep, taler for at det ikke stilles for strenge krav til sannsynlighet for at overgrep vil skje. I denne forbindelse vises det også til barnekonvensjonen artikkelene 3, 34 og 36.

- (12) Under enhver omstendighet er lovens krav oppfylt i denne saken, uavhengig av forståelsen av lovens krav til sannsynlighetsovervekt. Det vises til at dommen mot D gjaldt et barn i samme aldersgruppe som søkerne er i, opplysninger om tilbakefallsfare for sedelighetsforbrytere, at forholdet ikke er erkjent av D, at barna skal bo sammen med ham og moren, og at hun står i et avhengighetsforhold til sin ektefelle når det gjelder grunnlaget for at hun selv oppholder seg i Norge.
- (13) Staten ved Utlendingsnemnda har nedlagt slik påstand:
- ”Dommen frå tingretten vert stadfesta.”**
- (14) *A og B* har sammenfatningsvis anført:
- (15) Lagmannsrettens dom er riktig.
- (16) Utlendingsloven § 9 annet ledd krever sannsynlighetsovervekt for at overgrep vil skje dersom søknaden om familieetablering innvilges. De faktiske forhold i saken må overbevise om at det er mer sannsynlig at overgrep vil skje, enn at det ikke vil skje. Statens tolkning av bestemmelsen er uriktig. Krav om ”reell risiko” sier nærmest ingen ting om hvor terskelen ligger. Med statens tolkning gis forvaltningen en blankofullmakt i disse sakene.
- (17) Forarbeidene viser at det kravet § 9 annet ledd setter til sannsynlighet, var gjennomtenkt. At kommunal- og forvaltningskomiteens flertall ordlegger seg mindre presist i Innst. O. nr. 24 (2005–2006) på side 4, kan ikke tillegges vekt. Flertallet har sluttet seg til departementets synspunkter.
- (18) I den nye utlendingsloven av 15. mai 2008 nr. 35, som ikke er trådt i kraft, er tilsvarende bestemmelse i § 40 fjerde ledd gitt en litt annen ordlyd, uten at dette er ment å innebære noen endring.
- (19) I denne saken er det ikke sannsynliggjort at barna vil bli utsatt for overgrep ved familieetablering. Det straffbare forholdet var en engangsforeteelse og ligger langt tilbake i tid. Barnas mor er nå kjent med dommen og vil kunne beskytte barna. Utlendingsmyndighetene har også mulighet for å koble inn barnevernet, slik det er forutsatt i komitéinnstillingen.
- (20) *B og A* ved verge *C* har nedlagt slik påstand:
- ”1. Anken forkastes.**
- 2. Ankemotparten tilkjennes sakens omkostninger.”**
- (21) *Jeg er kommet til samme resultat som lagmannsretten.*
- (22) Det er ingen uenighet om at søsknene *A* og *B* etter utlendingsloven § 9 første ledd har rett til oppholdstillatelse, med mindre vilkårene for avslag i annet ledd er oppfylt. Det er heller ingen uenighet om de faktiske forhold i saken.

- (23) Høyesterett kan prøve bevisvurderingen og rettsanvendelsen for så vidt gjelder om vilkårene for nektelse etter § 9 annet ledd er til stede. Dersom de er det, hører det under utlendingsmyndighetene å vurdere om oppholdstillatelse bør innvilges eller nektes. Dette ”kan-skjønn” kan domstolene i utgangspunktet ikke overprøve.
- (24) Bestemmelsen lyder slik:
- ”Arbeidstillatelse og oppholdstillatelse for familieetablering kan nektes dersom det er sannsynlig at søkeren eller dennes særkullsbarn vil bli mishandlet eller grovt utnyttet. Tilsvarende gjelder særkullsbarn som søker familiegjenforening med forelder som har fått arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse for familieetablering. Kongen kan gi nærmere regler om bestemmelsens anvendelse i forskrift.”**
- (25) Om forståelsen av denne bestemmelsen skriver UNE:
- ”Bevismessig er det vanskelig å fastslå om noen i fremtiden vil bli utsatt for mishandling/overgrep. Bestemmelsen gir, slik nemnda ser det, anvisning på et skjønn for bedømmelse av en fremtidig risiko for at mishandling vil inntreffe. Nemnda mener at kravet til sannsynlighetsovervekt ikke kan forstås som et krav om sannsynlighetsovervekt for at mishandling/overgrep faktisk vil inntreffe. Spørsmålet blir heller om det er mer sannsynlig enn ikke sannsynlig at barna vil kunne bli utsatt for mishandling/overgrep hvis de får tillatelse til opphold i Norge. Det vises herunder til uttalelsene til kommunal- og forvaltningskomiteens flertall i Innst. O. nr. 24 (2005–2006), samt bestemmelsens formål. Det må således foreligge en reell risiko for at barna i dette tilfellet vil bli seksuelt misbrukt av mors ektefelle dersom de kommer til Norge. Dette må bero på en helhetlig vurdering av opplysningene i saken.”**
- (26) Som det fremgår av det jeg tidligere har sagt, var lagmannsretten uenig i denne lovforståelsen og mente at loven måtte forstås etter sin ordlyd.
- (27) Utlendingsloven § 9 annet ledd kom inn ved endringslov 6. januar 2006 nr. 1 og trådte i kraft 1. februar 2006. Jeg bemerker at bestemmelsen gjelder *familieetablering*, og som utgangspunkt ikke familiegjenforening. Den er imidlertid også gitt anvendelse på tilfeller – som det foreliggende – hvor særkullsbarn søker gjenforening med en forelder som allerede har fått opphold i Norge i kraft av bestemmelsen om familiegjenforening, jf. § 9 annet ledd annet punktum og Ot.prp. nr. 109 (2004–2005) side 17.
- (28) Denne proposisjonen hadde bakgrunn i NOU 2004: 20 Ny utlendingslov. Etter å ha gjennomgått ordningen i svensk og dansk rett, uttalte utvalget at det også i norsk rett burde være en bestemmelse som åpner for å avslå en søknad, blant annet dersom det er grunn til å frykte at søkeren vil bli utsatt for vold eller annen alvorlig mishandling. Utvalget understreket at en ikke så det som en oppgave for myndighetene å innta ”en formynderrolle i forhold til ekteskap som objektivt sett kan fremstå som uheldige og gi grunn til bekymring i forhold til søkeren, for eksempel fordi referansepersonen er kriminell eller har et misbruksproblem”. Deretter fortsatte utvalget:
- ”På den annen side kan det heller ikke oppstilles noe generelt krav om sannsynlighetsovervekt for fremtidige overgrep. Det avgjørende er om det ut fra en totalvurdering av situasjonen ville virke støtende å innvilge en tillatelse.”**
- (29) På side 13 flg. i proposisjonen redegjøres det for en rekke høringsinstansers syn på forslaget om ny bestemmelse. De fleste støttet forslaget, men det var også røster imot at

en i det hele tatt skulle ha en slik adgang til å nekte opphold. Departementet gikk inn for forslaget. Om sannsynlighetsvurderingen heter det:

**”Når det gjelder sannsynlighetsvurderingen, er de fleste høringsinstansene som uttaler seg om dette uenige med utvalget i at det ikke kan oppstilles noe generelt krav om sannsynlighetsovervekt for fremtidige overgrep. JD uttaler:**

**’Etter vårt syn bør det også stilles visse bevismessige krav til grunnlaget for en slik avgjørelse [avslag på søknad om familieetablering]. Det bør i det minste oppstilles krav om sannsynlighetsovervekt for at referansepersonen vil gjøre overgrep mot søkeren, for at søknaden skal kunne avslås på dette grunnlag.’**

**UDI mener at faren for gjentakelse må være ”overhengende”, og Juss-Buss mener det bør være ”stor sannsynlighet” for at søkeren kommer til å bli utsatt for vold.”**

(30) På side 18 gir departementet uttrykk for sitt syn:

**”Departementet er ut fra rettssikkerhetshensyn enig med flertallet av høringsinstansene i at det må være krav om sannsynlighetsovervekt for at søkeren eller dennes særkullsbarn vil bli utsatt for mishandling eller grov utnyttelse for at tillatelse skal kunne nektes.”**

(31) I Innst. O. nr. 24 (2005–2006) side 4 uttaler kommunal- og forvaltningskomiteens flertall at:

**”adgangen til å avslå søknad som hovedregel bare skal gjelde i tilfeller der straffereaksjon eller annen formell reaksjon, som besøksforbud, er ilagt. Videre er flertallet enig med departementet i at ut fra rettssikkerhetshensyn må det være sannsynlighetsovervekt for at søkeren eller dennes særkullsbarn vil kunne bli utsatt for mishandling eller grov utnyttelse for at tillatelse skal kunne nektes.”**

(32) Det kan ikke være noen tvil om at ordlyden i § 9 annet ledd er valgt etter en nøye vurdering fra departementets side av hvilket krav til sannsynliggjøring som må være oppfylt for at det skulle være adgang til å avslå søknad om familieetablering. Utvalget hadde foreslått en annen formulering av normen, høringsinstanser var kommet med innsigelser, og departementet foretok sitt valg på denne bakgrunn.

(33) Kommunal- og forvaltningskomiteens flertall sluttet seg til departementets forslag. Formuleringen ”vil kunne bli utsatt for mishandling” må etter mitt syn anses som en upresis gjengivelse av regelen. Dersom komiteen var uenig i kravet til sannsynlighetsvurderingen, måtte en kunne vente en nærmere klarlegging av alternativet og en endring av lovforslaget. Fra statens side er det heller ikke anført at lovbestemmelsen skal forstås slik at ”vil kunne bli utsatt for” er tilstrekkelig.

(34) Jeg finner det klart at bestemmelsen må forstås etter sin ordlyd: Det må finnes mer sannsynlig at mishandling/grov utnyttelse vil skje enn at det ikke vil skje for at en søknad skal kunne avslås. Jeg tilføyer at det her er tale om alminnelig sannsynlighetsovervekt, lovbestemmelsen stiller ikke krav om kvalifisert overvekt.

(35) Staten har trukket inn barnekonvensjonen, særlig artikkel 3 – hensynet til barnets beste – og artikkel 34 – beskyttelse av barn mot alle former for seksuell utnyttelse og seksuelt misbruk, jf. menneskerettsloven § 2 nr. 4, som gjør konvensjonen til norsk lov. Det kan nok være delte meninger om hvor listen bør ligge når det gjelder hvilket krav en bør sette til sannsynliggjøring av risiko for mishandling av en art som i denne saken. Vurderingen

er vanskelig. En nektelse innebærer at barn ikke vil bli forent med den forelder søknaden gjelder. Uten at jeg går nærmere inn på det, nevner jeg at i Sverige og Danmark er tilsvarende lovbestemmelser utformet på en annen måte. Jeg kan imidlertid ikke se at vår lovgivning er i strid med konvensjonsbestemmelsene.

- (36) I denne sammenheng viser jeg til at det var noe omtvistet om det burde være adgang til å avslå en søknad ut fra kriteriene i § 9 annet ledd. Motstandere pekte på mulighetene for vern fra myndighetenes side etter ankomst til Norge. Storkomiteen var opptatt av dette, og i innstillingen på side 4 vises det til barnevernloven § 6-4 om offentlige myndigheters plikt til å sende bekymringsmelding til barnevernet. Det heter videre:

**”I brev til komiteen fra arbeids- og inkluderingsminister Bjarne Håkon Hanssen av 5. desember 2005 sier statsråden at han vil forsikre seg om at UDI har rutiner for å sende bekymringsmelding til barnevernet i saker hvor det er grunnlag for det, og k o m i t e e n har merket seg dette.”**

- (37) Etter statens syn er vilkårene for avslag på søknaden om familieetablering til stede selv med lagmannsrettens lovforståelse. Jeg er ikke enig i det, og slutter meg i det vesentlige til lagmannsrettens vurderinger.
- (38) Straffedommen mot D er det sentrale i sannsynlighetsvurderingen. Dommen gjaldt som nevnt overtredelse av straffeloven § 195 første ledd første straffalternativ og § 212 første ledd nr. 3. Straffen ble utmålt til fengsel i åtte måneder, hvorav 120 dager ble gjort betinget. Han ble dømt i samsvar med tiltalen, der grunnlagene er formulert slik:

**”Fredag 11. juni 1999 ca. kl. 1200 i svømmehallen i Y i Z kommune, fikk han E, f. 16.02.87, til å ta tak i sin erigerte penis og bevege hånden frem og tilbake.**

...

**Til tid og sted som nevnt i post I, onanerte han i påsyn av E, f. 16.02. 87, samt at han kysset ham på munnen og berørte ham en eller flere ganger på baken.”**

- (39) Gjentakelsesfaren ved seksuelle overgrep mot barn er omtalt under ankeforhandlingen, men jeg finner ikke grunn til å referere fra dette. Det er helt på det rene at det er en generell – statistisk – risiko for nye forgåelser fra overgriperens side.
- (40) D er dømt for alvorlige forhold, og jeg må legge til grunn at det er en risiko for at det kan skje overgrep overfor de barna saken gjelder. De straffbare forholdene lå imidlertid mer enn åtte år tilbake i tid på vedtakstidspunktet, og det er ingen holdepunkter for at D har begått eller forsøkt å begå nye straffbare handlinger av samme art. Jeg er enig med lagmannsretten i at bevisgrunnlaget er for svakt til å tilfredsstillende kravet om sannsynlighetsovervekt for at overgrep vil bli begått dersom søknaden innvilges.
- (41) Ut fra dette må anken forkastes.
- (42) Ankemotpartene har krevd seg tilkjent sakskostnader for alle retter. Kravet tas til følge, jf. tvisteloven § 20-9 jf. § 20-2 første ledd. Kostnadene for Høyesterett settes til 103 000 kroner inkludert merverdiavgift med 20 600 kroner, og for de tidligere retter stadfestes lagmannsrettens kostnadsavgjørelser, alt i samsvar med det som er krevd.
- (43) Jeg stemmer for denne

## D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler staten v/Utlendingsnemnda til A og B 103 000 – etthundreogtretusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

- (44) Dommer **Tjomsland:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (45) Dommer **Webster:** Likeså.
- (46) Dommer **Matningsdal:** Likeså.
- (47) Justitiarius **Schei:** Likeså.
- (48) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

## D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler staten v/Utlendingsnemnda til A og B 103 000 – etthundreogtretusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: