



# NOREGS HØGSTERETT

Den 26. november 2010 sa Høgsterett dom i

**HR-2010-02033-A, (sak nr. 2010/833), sivil sak, anke over dom,**

Staten v/Utlendingsnemnda

(Regjeringsadvokaten  
v/advokat Christian H P Reusch)

mot

A

(advokat Finn Erik Torall – til prøve)

## R Ø Y S T I N G :

- (1) Dommar **Utgård**: Saka gjeld utvisning etter utlendingslova av 1988 § 29 første ledd bokstav a og c. Spørsmålet er særleg om utvisning vil vere mishøveleg etter § 29 andre ledd. Dei aktuelle delane av føresegnene i første og andre ledd lyder slik:

”Utlending kan utvises

- a) når utlendingen grovt eller gjentatte ganger har overtrådt en eller flere bestemmelser i loven her eller unndrar seg gjennomføring av vedtak som innebærer at vedkommende skal forlate riket,

...

- c) når utlendingen her i riket er ilagt straff eller særreaksjon for et forhold som kan føre til fengselsstraff i mer enn tre måneder eller flere ganger i løpet av de siste tre år er ilagt fengselsstraff,

...

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

- (2) I fjerde ledd er det fastsett at utvisning er til hinder for seinare innreise i riktet. Forbodet kan gjerast varig eller tidsavgrensa, men som hovudregel ikkje for kortare tidsrom enn to år.
- (3) Det er 15. mai 2008 gitt ny utlendingslov, som er sett i kraft frå 1. januar 2010. Det er lova av 1988 som kjem til bruk i saka her, og det er denne lova det blir sikta til med utlendingslova med mindre det særskilt er vist til 2008-lova.
- (4) A – ofte omtala som A – er fødd i 1966, er tyrkisk statsborgar og kjem frå provinsen X i det søraustlege Tyrkia.
- (5) A gifta seg i førstninga av 1990-åra med B.
- (6) Han er kurdar og har opplyst at han hadde sympatisert med PKK (Kurdistan arbeidsparti). På grunn av fleire hendingar kjende han seg forfølgd av tyrkiske styresmakter, og fann det i mars 1993 nødvendig å flykte frå heimstaden X. Det er opplyst at A deretter i eitt og eit halvt år oppheldt seg på ulike stader i Tyrkia.
- (7) Kona B vart buande i X hos foreldra til A. Sonen C vart fødd i september 1993. A hadde noko kontakt med kona. Dei søkte saman om besøksvisum til Danmark, der bror hans hadde fått politisk asyl i 1988. Berre A fekk besøksvisum. – Paret fekk i august 1995 den andre sonen sin, D.
- (8) A kom til Danmark i januar 1995 med eige pass. Han kasta passet før han søkte om politisk asyl. Søknaden vart avslagen 12. februar 1996. Han oppheldt seg deretter i fleire land i Europa. I Tyskland søkte han to gonger om asyl, den eine gongen under falsk identitet, men fekk avslag. Deretter reiste han attende til Danmark, der ein ny søknad om asyl vart avslagen i september 1998.
- (9) A melde seg som asylsøkjjar ved Oslo politidistrikt 23. oktober 1998, utan pass eller andre reisedokument. Han vart plassert på asylmottak i Y. Utlendingsdirektoratet (UDI) avslo asylsøknaden 30. september 1999, og det vart ikkje gitt arbeids- eller opphaldsløyve. Vedtaket vart påklaga, og UDI utsette då iverksetjinga til klagesaka var avgjort. Justisdepartementet forkasta klagen 21. januar 2000.
- (10) Sunnhordland heradsrett dømde 7. desember 1999 A til fengsel i 90 dagar – av dette 60 dagar på vilkår – for lekamsskading, jf. straffelova § 229 første straffealternativ, jf. § 232. Dommen vart først 11. april 2000 send til Justisdepartementet.
- (11) Justisdepartementet av slo 5. mai 2000 eit kravsmål om omgjerjing av avslaget på asylsøknaden, og bad samstundes politiet om å effektivere vedtaket. Straffedommen vart ikkje omtala i omgjeringsvedtaket, men han vart same dagen send til UDI for vurdering av om den kunne gi grunnlag for utvisning. A forlét ikkje landet. Det må leggjast til grunn at styresmaktene på dette tidspunktet ikkje sette i verk tiltak for å gjennomføre vedtaket.
- (12) Frå 2001 har A etter det opplyste vore i arbeid og hatt skattekort. Han har betalt husleige til UDI.
- (13) A vedtok i 2003, 2005 og 2006 førelegg på bot. I det første tilfellet hadde han køyrt for fort, og i dei to andre hadde han køyrt bil utan førarkort.

- (14) Kona B og dei to sønene kom til Noreg og søkte asyl 24. mai 2003. Søknaden frå dei vart avslegen av UDI 30. desember 2003. Utlendingsnemnda (UNE) opprettheldt vedtaket i avgjerd 25. februar 2005. I avgjerda vart det uttala at dersom ikkje søkjarane forlét landet friviljug, skulle politiet syte for at det vart gjennomført, og at dette om mogeleg skulle samordnast med verksetjing overfor A. UNE kom 4. april 2005 i ei ny vurdering til at det ikkje var grunnlag for å endre vedtaket.
- (15) Det er lagt fram kopi av søknad som A opplyser å ha sendt i mars 2005 om arbeidsløyve under kvoten for arbeidssøkjande spesialistar frå land utanfor EU. Søknaden er ikkje registrert innkomen hos politiet.
- (16) Paret fekk 4. august 2005 eit tredje barn, dottera E.
- (17) I medhald av instruks 31. august 2006 frå Arbeids- og inkluderingsdepartementet, som gjaldt barn som hadde vore i Noreg i tre år eller meir, vedtok UNE 19. september 2006 at verksetjing av klagevedtaket av 25. februar 2005 skulle utsetjast i påvente av endringar i utlendingsforskrifta. Kona B og dei tre borna fekk såleis mellombels opphaldsløyve til det kom nye reglar. A fekk ikkje slik utsetjing, og same dagen, 19. september 2006, avslo UNE å utsetje iverksetjing for A.
- (18) A fekk førehandsvarsel om utvising i skriv 31. oktober 2006. Dagen etter hadde politiet ein aksjon for å avdekke ulovleg opphald på asylmottaket, og dei kom då også til leilegheita der A og familien budde. A var på arbeid, der han vart pågripen med sikte på tvangsmessig retur til Tyrkia. Han vart fengsla for to veker. UDI gjorde 2. november 2006 vedtak om utvising og om varig innreiseforbod for A med heimel i utlendingslova.
- (19) Den 1. november 2006 reiste A sak mot staten med påstand om at han vart gitt opphalds- og arbeidsløyve i Noreg, og han fremja samtidig kravsmål om mellombels åtgjerd om at han vart gitt opphald i Noreg til saka var avgjort. UNE utsette 8. november 2006 iverksetjing av utvisinga av A til tingretten hadde avgjort kravsmålet om mellombels åtgjerd; ei utsetjing som stod ved lag til tingretten forkasta kravsmålet 23. april 2009.
- (20) Parallelt med domstolsbehandlinga heldt behandlinga i forvaltninga fram. Eg avgrensar meg her til å vise til det viktigaste som skjedde etter at sak var reist. For ein meir fullstendig gjennomgang viser eg til lagmannsrettsdommen.
- (21) I vedtak 1. mars 2007 avslo UNE å omgjere Justisdepartementet sitt vedtak av 21. januar 2000 om avslag på asylsøknaden.
- (22) UNE avgjorde 2. mars 2007 klage over vedtak frå UDI 2. november 2006. Klagen over vedtaket vart ikkje teken til følge.
- (23) Ei endring i utlendingsforskrifta om barn som var i riket, vart sett i kraft 1. juni 2007. Etter ny § 21 b skulle barns tilknytning til riket tilleggjast særleg vekt ved vurderinga av sterke menneskelege omsyn etter utlendingslova § 8 andre ledd. UNE kom 5. juli 2007 til at det ikkje var grunnlag for omgjerding av avslaget på asyl for B. Nemnda fann at det heller ikkje var grunnlag for opphaldsløyve på humanitært grunnlag til henne og borna etter dei nye reglane. Nemnda fann vurderinga vanskeleg, ikkje minst fordi dottera E hadde særlege behov og var under utgreiing. Nemnda viste til at faren var varig utvist og

kom etter ei heilskapsvurdering til at innvandringsmessige og allmennpreventive omsyn tala mot å gi kona og borna opphald.

- (24) Prosessfullmektigen for A utvida i stemning 18. desember 2007 saka ved at også kona og borna vart gjorde til saksøkjjarar. Påstanden for desse var at vedtaket frå UNE 5. juli 2007 var ugyldig.
- (25) I vedtak 28. februar 2008 kom UNE – under dissens – til at vedtaket av 5. juli 2007 for kona og borna skulle omgjerast og gav arbeidsløyve til kona og opphaldsløyve til borna. Løyvet vart gitt for eitt år, men det vart synt til at dette kunne fornyast etter nærare omtala reglar. – Saka for tingretten vart ut frå dette seinare heva for kona og borna.
- (26) I vedtak 7. april 2008 omgjorde UNE delvis vedtaket om utvising av A. Innreiseforbodet som følgje av utvisinga vart gjort tidsavgrensa og sett til fem år. Det vart mellom anna vist til at kona og borna hadde fått opphald. UNE vurderte 26. september 2008 utvisinga på ny, men kom til at det ikkje var grunnlag for å omgjere vedtaket av 7. april 2008.
- (27) Oslo tingrett gav 23. april 2009 dom i søksmålet og orskurd i kravsmålet om mellombels åtgjerd, med slike slutningar:

**”I søksmålet:**

1. **Staten ved Utlendingsnemnda frifinnes.**
2. **A dømmes til innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen å betale 45 000 – førtifemtusen – kroner i saksomkostninger til Staten ved Utlendingsnemnda.**
3. **Utgiftene til rettsstolk dekkes av det offentlige.**

**I anledning begjæringen om midlertidig forføyning:**

1. **Begjæringen om midlertidig forføyning tas ikke til følge.**
2. **A betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av kjennelsen 5 000 – femtusen – kroner i saksomkostninger til Staten ved Utlendingsnemnda.**
3. **Utgifter til rettsstolk dekkes av det offentlige.”**

- (28) Retten la til grunn at det var departementet sitt vedtak av 21. januar 2000 om ikkje å gi asyl og UNE sitt vedtak av 26. september 2008, jf. 7. april 2008, om utvising og vern mot retur, som skulle prøvast. Påstanden i søksmålet gjekk ut på at A skulle givast arbeids- og opphaldsløyve i Noreg og at dei nyleg nemnde vedtaka skulle kjennast ugyldige. I kravet om mellombels åtgjerd var påstanden at A skulle givast opphald i Noreg til saka var endeleg avgjort.
- (29) A anka til Borgarting lagmannsrett, som 1. mars 2010 gav dom og orskurd med slike slutningar:

**”Domsslutning:**

1. **Utlendingsnemndas vedtak 7. april 2008 om utvisning er ugyldig.**
2. **For øvrig forkastes anken for så vidt gjelder tingrettens domsslutning punkt 1.**

3. **I sakskostnader for tingretten og lagmannsretten betaler staten ved Utlendingsnemnda til A 110 260 – etthundreogtitusentohundreogseksti – kroner innen to uker fra forkynnelsen av denne dom.**

**Slutning i kjennelse:**

**Kravet i ankepåstandens punkt 1 om arbeids- og oppholdstillatelse avvises.”**

- (30) Det går fram av lagmannsrettsdommen at partane var samde om at dei objektive vilkåra i utlendingslova § 29 første ledd bokstav a og c var til stades, og at lagmannsretten slutta seg til dette. Spørsmålet var om dette var eit mishøveleg tiltak overfor A eller familien hans, jf. utlendingslova § 29 andre ledd. Lagmannsretten kom til at det var tilfellet i høve til familien, og grunna det på at omsynet til dottera E på fire og eit halvt år og hennar særlege omsorgsbehov måtte reknast som ein slik ekstraordinær grunn at A likevel burde få bli i Noreg. I dommen er det mellom anna lagt til grunn ”at Es kroniske og meget alvorlige grad av barneautisme og oppfølgingsbehovet vil prege de øvrige familiemedlemmer sterkt i år fremover og påføre dem en belastning langt utover det normale”. Vedtaket om utvisning av 7. april 2008 vart etter dette kjent ugyldig.
- (31) Anken førte ikkje fram når det gjaldt asylvedtaket. I premissane heiter det mellom anna:
- ”På bakgrunn av de forhold som forelå på vedtakstidspunktene for UNEs behandlinger av spørsmålene om asyl og retur, kom nemnda også til at det ikke var grunnlag for å gi A opphold av eget tiltak ut fra ”sterke menneskelige hensyn”, se særlig vedtaket 1. mars 2007. Lagmannsretten viser til at retten ikke kan prøve de skjønsmessige sider av et slikt vedtak. Det vises bl a til Rt 2009 s 1374, note 36 og 37. Lagmannsretten nøyer seg her med å bemerke at avslagene er direkte knyttet til avslaget av søknaden om asyl og retur, som hadde sitt utspring i 2000. Etter lagmannsrettens syn forelå det ikke slike forhold at disse vedtakene om å nekte opphold på humanitært grunnlag, fremstår som grovt urimelige eller bærer preg av myndighetsmisbruk.”**
- (32) Krav om arbeids- og opphaldsløyve vart avvist frå domstolane.
- (33) Staten har anka til Høgsterett. Anken retta seg mot den samhøvevurderinga som lagmannsretten hadde gjort etter utlendingslova § 29 andre ledd. A tok til motmæle. I tilsvaret vart det uttala at partane neppe var ueinige på noko vesentleg punkt om dei ytre fakta i saka, og at det her var Es sjukdom og familiens situasjon som var det særlege i saka. Som eg kjem attende til, tok As advokat i skranken opp nye spørsmål. Det vart gjort gjeldande at dette var synsmåtar som kunne trekkjast inn i samhøvevurderinga. For Høgsterett er det av ankemotparten lagt fram ei ny legeerklæring som eg kjem attende til.
- (34) Ankeparten – *staten v/Utlendingsnemnda* – har særleg halde fram:
- (35) Det må leggjast til grunn at partane var samde om at A etter at han fekk avslag på asylsøknaden i 2000 – med unntak for tida frå 8. november 2006 til 23. april 2009 då utreiseplikta var suspendert – oppheldt seg ulovleg i riket. Det var først i tilsvaret i skranken frå prosessfullmektigen for A at det motsette er gjort gjeldande. Sjølv om dette er søkt trekt inn i ei samhøvevurdering etter § 29 andre ledd, har motparten her gjort gjeldande nye synsmåtar i strid med prosesslovgivinga. Det er heller ikkje dekning for desse synsmåtane.

- (36) Spørsmålet om lovleg opphald eller ikkje er ein sentral faktisk premiss i utvisingsvedtaket. Etter asylvedtaket 30. september 1999 har A mangla heimel for å vere i riket, med unntak for periodar då utreiseplikta har vore suspendert av forvaltningsorgana i samband med forvaltningsbehandling eller søksmål for domstolane.
- (37) I klagevedtaket frå Justisdepartementet 21. januar 2000 var det ikkje sett nokon særskilt frist for å forlate riket, og det har heller ikkje vore gjort seinare. A mangla etter vedtaket heimel for å vere i riket, og han hadde då utreiseplikt. Dokumenta i saka viser også at A har vore klar over utreiseplikta.
- (38) Rettsgrunnlaget for utvising er utlendingslova § 29 første ledd bokstav a og c. Domstolane har full prøvingskompetanse, jf. mellom anna Rt. 2000 side 591. Norma for at noko er mishøveleg etter § 29 andre ledd må sjåast i lys av forvaltningspraksis på området. Særleg for utlending utan opphaldsgrunnlag må det takast omsyn til innvandringsregulerande omsyn og til praksis for å gi opphaldsløyve på humanitært grunnlag. For den som manglar opphaldsløyve, må det også takast omsyn til at det er innreiseforbod, jf. § 29 fjerde ledd, som er den negative følgja av utvising.
- (39) Temaet ved mishøvevurderinga er etter rettspraksis om utvising fører til "uvanlig store belastningar". Normalbelastninga ved åtskiljing som følgje av utvising, er ikkje tilstrekkeleg til at eit tiltak er mishøveleg. Ved svært alvorleg kriminalitet, skal det svært mykje til. Brot på utlendingslova, ved langvarig ulovleg opphald, er også eit alvorleg tilhøve. Det kjem dessutan inn at det ikkje er noko ved A sin handlemåte, som tyder på at han har vilja rette seg etter vedtak.
- (40) Dette må så vegast opp mot det som eventuelt talar for at utvising er mishøveleg. Det er ikkje hevda, og det er ikkje grunnlag for, at A ville fått opphaldsløyve om han hadde søkt om det.
- (41) Tilknytninga A sjølv har til Noreg, er i all hovudsak erverva ved ulovleg opphald og kan ikkje vektleggjast. Det er også slik at det som utgangspunkt er tilhøva på utvisingstidspunktet som skal liggje til grunn.
- (42) Omsynet til dottera må gå inn i ei totalvurdering. Det må også kome inn kva høve den andre forelderen har til å vareta omsorga, og det er også relevant å sjå på kva hjelp og oppfølging som blir gitt av samfunnet elles.
- (43) Dottera E er ikkje akutt eller livstruande sjuk, og ho har heller ikkje funksjonshemmingar på eit slikt nivå at det er behov for tilrettelegging av alle dagleglivets funksjonar. Ny dokumentasjon for Høgsterett viser dessutan at det ikkje er tale om barneautisme, men om mindre alvorleg diagnose.
- (44) Omsynet til familielivet kan eventuelt varetakast ved at familien flyttar til Tyrkia. Sjølv om det ikkje kan leggjast til grunn at nivået på helsetilbodet er det same, er det ikkje noko som tyder på at E ikkje vil få forsvarleg oppfølging.
- (45) Staten v/Utlendingsnemnda har sett fram slik påstand:

**”Staten v/Utlendingsnemnda frifinnes.”**

- (46) Ankemotparten – A – har særleg halde fram:
- (47) Det er ikkje semje om at dei objektive vilkåra for utvising er til stades. Dette må vurderast av Høgsterett som ein del av mishøvevurderinga etter utlendingslova § 29 andre ledd, og det er dermed ikkje nokon ny synsmåte samanhalde med det som har vore gjort gjeldande tidlegare.
- (48) Lagmannsretten har teke feil når det er lagt til grunn at han ikkje har hatt lovleg opphald i Noreg. Det kan særleg visast til at opphaldet uomtvista var lovleg fram til utvisingsvedtaket i 2000. Det vart då ikkje sett nokon utreisefrist, og det er heller ikkje gjort i seinare vedtak. Det inneber at han hadde mellombels lovleg opphald etter avslaget på asylsøknaden i 2000 og då alle dei tre vedtaka om utvising vart gjorde.
- (49) I lagmannsrettsdommen er det sagt at partane var einige om at dei objektive vilkåra etter § 29 første ledd bokstav a og c var til stades. Det var ikkje semje om at dette var tilfelle i 2006 og seinare, sjølv om det kan ha gitt grunnlag for utvising tidlegare.
- (50) Når det blir gjort gjeldande at det her var lovleg opphald, byggjer det i stor grad på rundskriv 31. oktober 2003 frå UDI om utvising der det heiter at utlending ”som skal forlate landet, men som ikke har fått fastsatt en endelig utreisefrist, har lovlig opphold”. Slik utreisefrist har som nemnt aldri vore fastsett for A.
- (51) Instruks frå departementet 31. august 2006 om å stille saker på vent der desse omfatta mindreårige og deira foreldre, skulle også hatt verknad for han. Det vart teke usaklege omsyn når det ikkje vart vurdert om han gjekk inn under dette såkalla barneamnestiet.
- (52) Det er feil når straffedommen frå 1999 er trekt inn. Utlendingsstyresmaktene har vore klar over den sidan 2000, og tida har no for lengst gått frå den som utvisingsgrunnlag.
- (53) Det er feil når bokstav a er framhalden som sjølvstendig utvisingsgrunnlag, då dette alternativet kom inn først ved omgjeringsvedtak i 2008, og då ”til skade” etter fristane for det i forvaltningslova § 35.
- (54) Ved vurderinga må det dessutan kome inn at det ikkje er tale om forsettleg eller aktlaus overtreding. Det er betalt skatt i heile perioden, og utlendingsstyresmaktene har heile tida visst kvar han har vore.
- (55) Belastningane for A har vore så store at det må vere avgjerande for mishøvevurderinga etter § 29 andre ledd. Han har vore i riket i 12 år, er etablert og er i eit stabilt arbeidstilhøve. Fråveret frå Tyrkia har vore tilsvarende lenge.
- (56) Ei utvising vil ha store konsekvensar for kona, og for borna. Særleg vil dette gjelde for E. Ho har eit særskilt omsorgsbehov, sjølv om diagnosen no er endra frå barneautisme til gjennomgripande utviklingsforstyrning. Det er viktig med vidare behandlingssopplegg i Noreg. I X i Tyrkia er det ikkje tilsvarende tilbod. For henne er faren den viktigaste tilknytingspersonen ved sida av mora. Mora er dessutan utsliten på grunn av den langvarige påkjenninga. E snakkar norsk og berre litt kurdisk. Ei flytting av henne vil vere til alvorleg skade.

- (57) Det er ikkje realistisk at familieliv kan vidareførast i Tyrkia. Familien har ikkje lenger særleg tilknytning der, og framfor alt er det altså ikkje behandlingstilbod for E.
- (58) A har sett fram slik påstand:
- ”Anken forkastes.”**
- (59) *Eg ser først på spørsmålet om kva som skal prøvast for Høgsterett.*
- (60) Lagmannsretten la – i samsvar med det partane gjorde gjeldande – til grunn at dei objektive vilkåra for utvising etter utlendingslova § 29 første ledd bokstav a og c var oppfylde. Spørsmålet var om inngrepet var mishøveleg. Retten kom til at det var tilfelle ut frå dei spesielle behova som dottera E hadde for hjelp og omsorg.
- (61) Statens anke retta seg mot denne avveginga. A viste då til at det ikkje på noko vesentleg punkt var usemje om dei ytre fakta i saka. Han heldt fram at avgjerda var konkret og utan prinsipiell interesse, og at ho bygde på at sjukdommen til E og situasjonen for familien var så spesiell at det neppe kunne tenkjast parallelle tilfelle.
- (62) Frå førebuaende rettsmøte 1. oktober 2010 er det protokollert:
- ”Dommer Matheson viste til at oppnevning av sakkyndig, dokumentfremleggelse og bevisopptak er spørsmål som ønskes behandlet i møtet. Dommer Matheson viste vidare til at Høyesterett tidlegare har meddelt at det særleg ønskes belyst under ankeforhandlingen hvilken betydning det eventuelt kan ha for forholdsmessighetsvurderingen at ankemotparten har hatt ulovlig opphold.**
- Advokat Endresen fremholdt at han oppfatter det slik at den ankende part er i ferd med å endre sakens karakter.**
- Advokat Hæreid meddelte at det er det prinsipielle spørsmål som fremdeles er det sentrale. Den ankende part ønsker imidlertid en objektiv vurdering av innhentede journaler da disse etter den ankende parts oppfatning gir et annet bilde enn det lagmannsretten har lagt til grunn.”**
- (63) I orskurd 19. oktober 2010, HR-2010-01774-U, tok ankeutvalet stilling mellom anna til spørsmålet om staten kunne leggje fram fem nye dokument, alle knytte til diagnosen og situasjonen for dottera E. Staten ønskte også ein rettsoppnemnd sakkunnig for å vurdere det som kom fram i desse dokumenta. A ville på si side ha bevisopptak av fire personar for å kaste lys over dei same spørsmåla, men berre under føresetnad av at staten fekk samtykke til å leggje fram dokumenta. Ankeutvalet gav ikkje samtykke. Det vart uttala at ”staten gjennom sin anmodning om fremleggelse av nye bevis knyttet til barnets diagnose og situasjon, søker å bringe et bevisspørsmål inn i saken som det ikke var anket over og som heller ikke framstod som omtvistet da ankeutvalget tillot anken fremmet”. Utvalet viste også til den tilskjeringa som saka hadde fått gjennom ankefråsegna.
- (64) Ankemotparten har ved sin prosessfullmektig i skranken for Høgsterett gjort gjeldande og også lagt hovudvekta på ein argumentasjon som byggjer på at han har hatt og har lovleg opphald i riket. At opphaldet var ulovleg, var ikkje omtvistet i lagmannsretten. Noko anna vart ikkje halde fram i tilsvaret for Høgsterett, og vart heller ikkje teke opp seinare med sikte på samtykke etter tvistelova § 30-7. Dei nye synsmåtane vart først gjorde gjeldande i tilsvaret i skranken for Høgsterett, og det var då ankeparten vart gjort kjend med at også dette ville bli tema i saka.



- (65) Når eg i den situasjonen som eg her har gjort greie for, ikkje går inn i ei vurdering av spørsmålet om avskjering og heller ikkje meiner det er nødvendig med utsetjing av saka for at ankeparten skal få høve til å imøtegå det som vart teke opp direkte i skranken, er grunnen at det etter mitt syn er heilt klart at ikkje noko av det kan føre fram. Eg skal seie litt om dette, og skil då ikkje mellom om vilkåra for utvising etter § 29 første ledd er til stades, og tilknytninga til riket som tema for avveging etter § 29 andre ledd. Som nemnt har ankemotparten gjort gjeldande at dette er relevant i avveginga etter andre ledd.
- (66) Det er ikkje omtvista at A hadde lovleg grunnlag for å vere i landet fram til asylklaga vart avgjort av Justisdepartementet 21. januar 2000. UNE gjorde dessutan 8. november 2006 vedtak om å utsetje iverksetjinga til tingretten hadde avgjort spørsmålet om mellombels åtgjerd i saka om utvisingsvedtaket, noko som først skjedde 23. april 2009. Også i dette siste tidsrommet hadde såleis A lovleg grunnlag for å vere i riket. Heller ikkje det er omtvista.
- (67) I dei ulike vedtaka om nekting av asyl og om utvising er det ikkje sett nokon særskilt frist for utreise i form av dato eller tidsrom. Ankemotparten har gjort gjeldande at så lenge ikkje det var gjort, hadde han lovleg opphald. Dette er eit klart uhaldbart standpunkt.
- (68) Etter utlendingslova § 6 må utlending som skal opphalde seg i riket ut over tre månader eller arbeide her, ha løyve. Opphald utan noka form for løyve er ulovleg. Brot på føresegna er elles straffesaksjonert, jf. utlendingslova § 47. Det følgjer også av utlendingsforskrifta av 21. desember 1990 nr. 1028 § 122 at gyldig arbeidsløyve og opphaldsløyve held opp å gjelde når vedtak om utvising er endeleg.
- (69) I klageavgjerda frå Justisdepartementet om avslag på asylsøknaden vart det ikkje sett nokon særskilt frist for å forlate riket, og det har heller ikkje vore gjort seinare. Eg er einig med staten i at det ikkje var nødvendig. A hadde etter asylavslaget ikkje heimel for å vere i riket og hadde då utreiseplikt. I utlendingslova § 41 heiter det såleis at vedtak som inneber at utlending må forlate riket, blir sett i verk ved at utlendingen blir pålagt å reise straks eller innan ein fastsett frist.
- (70) I utlendingslova av 2008 § 90 sjette ledd er det fastsett ein utreisefrist på tre veker der ikkje anna er sagt. I Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 442 er det uttala at føresegna er innteken av informasjonsomsyn og for å unngå mistydingar om plikta til å forlate landet sjølv om det ikkje er sett nokon bestemt utreisefrist. Føresegna i den nye lova gir dermed ikkje støtte for at det ikkje var slik plikt etter 1988-lova.
- (71) Ankemotparten har i stor grad bygd sin argumentasjon på eit rundskriv om utvising datert 31. oktober 2003 frå UDI til politimeistrane. Det er tale om ei einskild setning i punkt 3.4.3. A si rettsstilling følgjer av lova, og eg går derfor ikkje nærare inn på forståinga av rundskrivet. For meg er det elles uklart kva situasjonar den aktuelle setninga tek sikte på å regulere, og kva meining er.
- (72) Etter asylavslaget 21. januar 2000 har både utlendingsstyresmaktene og A heile tida lagt til grunn at A mangla lovleg grunnlag for opphald. Såleis fremja han i 2006 krav om mellombels åtgjerd med påstand om at han ”gis opphold i Norge inntil saken er avgjort”, og UNE suspenderte då utreiseplikta.

- (73) Eg går då over til å sjå på det som er det eigentlege spørsmålet i saka, nemleg om utvising vil vere mishøveleg etter utlendingslova § 29 andre ledd. Innleiingsvis er det då naturleg med ei kort oppsummering av grunnlaget for utvising.
- (74) Det må leggjast til grunn som heilt klart at A frå 2000 har opphalde seg ulovleg her i landet, med unntak av den tida utreiseplikta var suspendert. Han har heile denne tida arbeidd utan arbeidsløyve. Vilkåret for utvising etter utlendingslova § 29 første ledd bokstav a er såleis oppfylt.
- (75) A er dessutan dømd til fengsel i 90 dagar, av dette 30 dagar utan vilkår, for brot på straffelova § 229, jf. § 232. Også dette gir grunnlag for utvising, jf. utlendingslova § 29 første ledd bokstav c.
- (76) Det er grunn til å minne om at det er ulike grupper det kan vere tale om å utvise frå Noreg. Det kan vere ein utlending som manglar arbeids- eller opphaldsløyve. Vilkåra er andre for ein som har slikt løyve, jf. utlendingslova § 29 tredje ledd. Utlending som er fødd her og som seinare utan avbrot har hatt bustad her, kan ikkje bortvisast eller utvisast, jf. § 30 første ledd. Og endeleg er det strenge vilkår for bortvising eller utvising av utlending som fyller vilkåra for busetjingsløyve, jf. § 30 andre ledd, jf. tredje ledd.
- (77) Spørsmålet i saka er om samhøvevurderinga i § 29 andre ledd fører til at utvisingsvedtaket må kjennast ugyldig. Prøvinga etter andre ledd er eit rettsbruksskjønn, der domstolen har full prøvingsrett, jf. til dømes Rt. 2009 side 546 avsnitt 26.
- (78) Ved avveginga skal det takast omsyn til alvoret i tilhøvet og til den tilknytninga utlendingen har til riket. Det skal også takast omsyn til både utlendingen sjølv og til dei næraste familiemedlemmene.
- (79) Når det gjeld alvoret i tilhøvet, startar eg med det som gjeld opphald og arbeid utan løyve. Som framheva i Rt. 2009 side 534 avsnitt 49 må dette sjåast i eit forvaltningsrettsleg perspektiv. Det må leggjast vekt på at utlendingane handlar lojalt i høve til lova og til dei vedtaka som blir gjorde på grunnlag av den. Allmennpreventive omsyn tilseier at brot på reglane må få konsekvensar for ein utlending sitt høve til å oppnå dei rettane lova gir grunnlag for. Eg viser også til Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 289, der det sentrale er sitert i den nett nemnde dommen avsnitt 50.
- (80) A sine brot på utlendingslova rammar i høg grad dei kontrollomsyna lova skal vareta, jf. 2009-dommen avsnitt 51. Opphald og arbeid utan løyve må etter mitt syn karakteriserast som sær sars alvorlege tilhøve.
- (81) Som før nemnt vart A i 1999 dømd til ei straff av fengsel i 90 dagar, av dette 30 dagar utan vilkår, for brot på straffelova § 229, jf. § 232. Dommen gjaldt lekamsskading med kniv. Det må ved vurderinga leggjast vekt både på strafferamma og på den fastsette straffa. Det strafflagde tilhøvet er alvorleg. På det tidspunktet Justisdepartementet vart kjent med straffedommen var det gjort endeleg vedtak i asylsaka, slik at A hadde plikt til å forlate landet. At det først 2. november 2006 vart gjort vedtak om utvising, kan nok vere uheldig. Men i denne situasjonen, der A heile tida mangla grunnlag for lovleg opphald, kan eg ikkje sjå at tidsomsynet kan ha avgjerande vekt. Eg er for min del einig med UNE når den strafflagde handlinga i vedtaket 7. april 2008 blir teke med i ei samla vurdering.

- (82) A har gjort gjeldande at samanhengen med andre reglar i utlendingslova bør kome inn ved vurderinga av tidsmomentet. Det er eg ikkje einig i. Lovgivar har valt å gi ulike reglar i utlendingslova § 29 første ledd bokstavane b og c for straff gitt eller sona her i landet og i utlandet. Dette er eit lovgivarval, og for A er det føresegna i § 29 bokstav c som gjeld. Eg kan heller ikkje sjå at føresegna om fem års grense for å kunne leggje vekt på utanlandsk straffedom i utlendingslova § 30 andre ledd, bør tilleggjast vekt. Den føresegna gjeld bortvising av utlending som er fødd i riket og som seinare utan avbrot har hatt fast opphald her, og ho høver etter mitt syn ikkje for avgrensing i ein situasjon som i vår sak.
- (83) Eg går så over til å sjå på tilknytninga A har til riket. Han har opphalde seg her samanhengande sidan han kom som asylsøkjjar i 1998. Etter 2000 har han ikkje hatt noko grunnlag for å vere her i landet, sjølv om det vart gjort vedtak om utsett iverksetjing i to og eit halvt år i påvente av avgjerd i sak om mellombels åtgjerd – frå hausten 2006 til våren 2009. Opphaldet etter avslaget på asylsøknaden i 2000 har såleis skjedd utan løyve. Ved vurderinga av tida sluttar eg meg til det som er uttala i Rt. 2009 side 534 avsnitt 53, der det heiter:
- ”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.”**
- (84) Det har i vår sak teke lang tid frå avslaget på asyl i 2000, til utvisingsvedtaket i 2006 og til saka no er til prøving i Høgsterett. A har i heile denne tida hatt ulovleg opphald og også vore klar over det. Tidsmomentet kan då ikkje ha særleg vekt i vurderinga. Samtidig som opphaldet naturleg nok har ført til sterkare tilknytning til landet, har det såleis også gjort brotet på utlendingslova grovare. Spesielt må det gjelde i ei sak som dette der han heile tida har vore klar over at han var pålagt å forlate landet.
- (85) A har heller ikkje hatt noka rettkomen forventning om å kunne bli her. Eg har tidlegare sitert frå det lagmannsretten har uttala om opphald på humanitært grunnlag, og som ikkje har vore omtvista for Høgsterett. A fylde heller ikkje vilkåra i instruksen frå Arbeids- og inkluderingsdepartementet av 31. august 2006 om å setje saker på vent. Instruksen gjaldt saker der barn, eller andre som vart omfatta av saka som barn var ein del av, hadde søkt asyl eller opphald på anna grunnlag, og der desse hadde ei opphaldstid på meir enn tre år. Etter instruksen gjaldt dette ikkje der det låg føre utvisingsgrunnlag mellom anna etter utlendingslova § 29 første ledd bokstav c. Straffedommen mot A gjorde såleis at han ikkje kom inn under instruksen.
- (86) Det må etter dette leggjast til grunn at det er tale om grove brot på utlendingslova, som i seg sjølv tvillaust gir grunnlag for og grunn til utvising. I tillegg kjem brot på straffelova § 229, jf. § 232, og – med noko mindre vekt – på vegtrafikklova. Utlendingsnemnda har i vedtak 7. april 2008 vist til at innvandringspolitiske omsyn då med tyngde talar for å oppretthalde vedtaket om utvising. Også bakgrunnen, med ulovlege opphald i andre europeiske land, og også med avslagne asylsøknader – ein gong under falsk namn – talar til ein viss grad i same lei.

- (87) A manglar, som omtala, grunnlag for opphald her i landet og må derfor under alle omstende forlate Noreg. Det sannsynlege utfallet av ein søknad om opphaldsløyve i dag, dersom han ikkje blir utvist, kan ikkje trekkjast inn i vurderinga av saka, jf. tilsvarende vurdering i Rt. 2009 side 534 avsnitt 69. Konsekvensen for A sjølv er at han er utvist frå landet i fem år, og at han i den tida ikkje kan søkje arbeids- eller opphaldsløyve her. Den norske deltakinga i Schengensamarbeidet gjer at ei utvising frå Noreg som hovudregel også inneber innreiseforbod i heile Schengenområdet. Eg kan ikkje sjå at dette kan vere eit mishøveleg inngrep overfor A sjølv. Overfor ein utlending med eit så omfattande og langvarig uloveleg opphald og med ein straffedom for vald, kan ei slik utvising ikkje seiast å vere uvanleg stor belastning. At A har fått psykiske problem som følgje av at han er utvist frå landet, kan ikkje endre dette.
- (88) Det er likevel ikkje berre omsynet til A sjølv som skal omsyntakast i samhøvevurderinga etter § 29 andre ledd. Etter denne føresegna skal også omsynet til dei næraste familiemedlemmene kome inn. Omsynet til ektemaken og dei to eldste borna talar i liten grad for ei anna vurdering enn det som gjeld for A sjølv. Dei budde i svært mange år åleine i Tyrkia. At A ved utvising ikkje kan kome på besøk i ein periode på fem år, er ein normal konsekvens av utvising og representerer ikkje ei uvanleg stor belastning. Familielivet kan oppretthaldast ved at ektemake og born reiser til Tyrkia for kortare eller lengre tid.
- (89) Lagmannsretten la til grunn at E hadde ein kronisk og alvorleg grad av barneautisme. Ankemotparten har lagt fram ei legeerklæring av 27. oktober 2010 der det går fram at diagnosen no er ”gjennomgripende utviklingsforstyrrelse uspesifisert”.
- (90) Utvisinga gjeld for ein tidsperiode på fem år, der A ikkje vil ha høve til å gi hjelp og støtte til dottera ved besøk her i landet. Familiekontakten vil i staden som nemnt måtte oppretthaldast ved besøk i Tyrkia. Heller ikkje her kan eg sjå at det er tale om ei uvanleg stor belastning.
- (91) At temaet er at far ikkje kan kome på besøk hit og ikkje om han skal kunne bu her, gjer elles at spørsmålet ikkje er så grunnleggjande som det i første omgang kanskje kunne synest å vere.
- (92) Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 8 vernar retten til familieliv. I høve til saker om utvising kjem artikkelen til bruk for dei utlendingane som har etablert eit lovleg opphald, jf. dom frå Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) 9. oktober 2003 Slivenko mot Latvia premiss 94 og 95. Og i EMDs dom 31. juli 2008 Darren Omoregie og andre mot Noreg premiss 57 går det fram – utan at eg treng gå inn i dei nærare vilkåra – at utvising av ein utlending utan opphaldsgrunnlag, berre kan vere konvensjonsstridig ”in exceptional circumstances”. I premiss 66 i same dommen er det vist til at det i den saka ikkje var ”insurmountable obstacles” for å bu i den utviste sitt heimland, og at det dessutan ikkje under noko omstende var noko til hinder for at familien besøkte den utviste i heimlandet hans. EMK artikkel 8 er såleis ikkje krenkt ved utvising av A. For meg er det elles ikkje grunn til å gå inn på i kva grad samhøvevurderinga i utlendingslova § 29 andre ledd og avvegingsnorma i EMK artikkel 8 er samanfallande.
- (93) Eg kan etter dette ikkje sjå at dette er eit mishøveleg tiltak vurdert i høve til dei andre familiemedlemmene. Vurderinga på dette punktet hadde for min del også vore den same

om avgjerda skulle vore teken på det same faktiske grunnlaget som lagmannsretten gjorde.

- (94) Anken har ført fram. Staten har ikkje sett fram krav om sakskostnader.
- (95) Eg røystar etter dette for slik

D O M :

Staten v/Utlendingsnemnda blir frifunnen.

- (96) Dommer **Tønder:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (97) Dommer **Normann:** Likeså.
- (98) Dommer **Falkanger:** Likeså.
- (99) Dommer **Gjølstad:** Likeså.
- (100) Etter røystinga sa Høgsterett slik

D O M :

Staten v/Utlendingsnemnda blir frifunnen.

Rett utskrift: