



NORGES HØYESTERETT

Den 28. juni 2011 avsa Høyesterett dom i

HR-2011-01280-A, (sak nr. 2011/282), sivil sak, anke over dom,

A (advokat Halvard Helle)

mot

Staten v/Utlendingsnemnda (Regjeringsadvokaten
v/advokat Fanny Platou Amble)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Endresen**: Saken gjelder gyldigheten av et vedtak av Utlendingsnemnda om utvisning som følge av brudd på utlendingsloven. Det sentrale spørsmål i saken er om hensynet til den utvistes barn er tillagt tilstrekkelig vekt ved forholdsmessighetsvurderingen, jf. utlendingsloven § 29 andre ledd.
- (2) Det vedtak som er til prøving, er Utlendingsnemndas vedtak 12. juni 2009 om utvisning av A. Utlendingsloven av 15. mai 2008 trådte først i kraft 1. januar 2010, og det er følgelig utlendingsloven av 1988 som får anvendelse. Henvisningen til utlendingsloven gjelder denne loven.
- (3) A, født 13. april 1981, er ----- fra X. Hun kom første gang til Norge med luftbroen fra Y 10. mai 1999. Hun var da 18 år og kom sammen med sine foreldre og en yngre bror. Ved Utlendingsdirektoratets vedtak av 6. juli 1999 fikk familien kollektiv beskyttelse for ett år. Ved tillatelsen fikk familien både oppholds- og arbeidstillatelse. I Utlendingsdirektoratets vedtak er det presisert at tillatelsene ville bli forlenget på samme vilkår om søknad om fornyelse ble fremmet senest en måned før utløpet av den

- opprinnelige tillatelse. Etter å ha vært tilbake i X – der hun opplevde å bli utsatt for overgrep og trakassering – i tre måneder høsten 1999, reiste A tilbake til Norge i desember. De erfaringer hun gjorde ved dette forsøket på å vende tilbake til hjemlandet, førte til at hun innen ett år fra hun ble omfattet av den kollektive beskyttelse, søkte om asyl i Norge. Søknaden ble ikke innvilget, og klage til Utlendingsnemnda førte ikke frem. Utreisefrist for henne og den øvrige familie ble satt til den 10. september 2001. Familien ble boende på mottaket utover fristen, og ble uttransportert 2. juli 2002.
- (4) A opplevde på ny å bli utsatt for overgrep og trakassering i hjemlandet, og reiste igjen til Norge i romjulen 2003. Hun innga ny asylsøknad 19. februar 2004. Hun hadde ikke visum, og da søknad om asyl ble levert, hadde hun oppholdt seg ulovlig i Norge i syv uker.
 - (5) Kort etter at A kom til Norge denne siste gang, traff hun en ----- bosatt her, som hun giftet seg med 28. mars 2004. Parallelt med asylsaken søkte hun om arbeidstillatelse i familiegjeforening med ektefellen. Hun ble 11. juni 2004 gitt midlertidig arbeidstillatelse frem til avgjørelse av asylsaken.
 - (6) Asylsaken ble endelig avgjort ved Utlendingsnemndas vedtak 5. januar 2005. Utlendingsnemnda fant, på grunnlag av en vurdering av forholdene i X på vedtakstidspunktet, at det ikke var grunn til å tro at A igjen ville bli utsatt for overgrep. På dette grunnlag ble søknaden avslått.
 - (7) Søknaden om arbeidstillatelse i familiegjeforening var imidlertid fortsatt under behandling. Søknaden ble først avslått med den begrunnelse at A ikke hadde dekket tidligere kostnader ved uttransportering. Etter at kostnadene var dekket, ble søknaden avslått 2. august 2005 under henvisning til at ektefellen ikke hadde evne til å forsørge henne. A påklaget vedtaket, og påberopte seg at hun selv hadde arbeid, og at ektefellene samlet hadde tilstrekkelige midler.
 - (8) Opplysningen om at hun var i arbeid, førte til at det ble sendt varsel om at utvisning ble vurdert, og Utlendingsdirektoratet traff den 5. september 2006 vedtak om utvisning med fem års innreiseforbud. Den 31. januar 2007 ble søknaden om arbeidstillatelse i familiegjeforening, som da vedtaket ble truffet var basert på et samboerskap som A hadde etablert etter at søknaden først ble innsendt, avslått blant annet under henvisning til utvisningsvedtaket.
 - (9) A fikk 17. april 2006 sønnen B. Hun ble, etter brudd med ektefellen, samboer med guttens far, C, som er irakisk kurder. De to fikk 26. desember 2007 sønnen D. C har hatt lovlig opphold i Norge siden 1999, og fikk bosettingstillatelse ved Utlendingsdirektoratets vedtak 4. september 2009. De to sønnene har bosettingstillatelse i Norge i familiegjeforening med faren.
 - (10) Utvisningsvedtaket av 5. september 2006 ble påklaget. Utlendingsnemnda traff vedtak i klagesaken 12. juni 2009. Utvisningsvedtaket ble opprettholdt, men av hensyn til den tid som var gått og til de to sønnene, ble innreiseforbudet redusert til to år.
 - (11) A reiste 26. oktober 2009 sak for domstolene for å få prøvet gyldigheten av utvisningsvedtaket. Oslo tingrett avsa 7. desember 2009 dom med slik slutning:

- ”1 Utlendingsnemndas vedtak av 4. juni 2009 om å utvise A med to års innreiseforbud, er ugyldig.
- 2 Staten ved Utlendingsnemnda plikter innen 2 – to – uker fra dommens forkynning å erstatte As sakskostnader med 57 107 – femtisjutusenett hundreogssju – kroner.”

(12) Staten v/Utlendingsnemnda anket saken til lagmannsretten. Borgarting lagmannsrett avsa 6. desember 2010 dom med slik slutning:

- ”1. Staten v/Utlendingsnemnda frifinnes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke verken for tingrett eller lagmannsrett.”

(13) Lagmannsrettens dom ble avsagt under dissens. En av dommerne fant at utvisningsvedtaket var et uforholdsmessig tiltak overfor barna.

(14) A har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder lovanvendelsen og rettsanvendelsesskjønnet. En tidligere anførsel om at grunnvilkåret for utvisning i utlendingsloven § 29 første ledd bokstav a ikke er oppfylt, er ikke opprettholdt for Høyesterett. Det er for Høyesterett dessuten fremlagt noe supplerende dokumentasjon om hvilke konsekvenser effektivisering av utvisningsvedtaket må forventes å få for sønnene, men saken står med disse reservasjoner i samme stilling for Høyesterett som for de tidligere retter.

(15) Den ankende part, A, har i det vesentligste gjort gjeldende at Utlendingsnemndas vedtak er uforholdsmessig, primært overfor hennes to barn, og at vedtaket dermed må kjennes ugyldig.

(16) Hennes hovedsynspunkt er at det må foretas en konkret vurdering både av de overtredelser som begrunner utvisningsvedtaket og de konsekvenser vedtaket får. Det gjøres gjeldende at det allerede av ordlyden i utlendingsloven § 29 andre ledd følger at det ikke kan innfortolkes den begrensning i vurderingstemaet at konsekvensene for barna bare kan føre til ugyldighet om de er uvanlig tyngende. Det samme hevdes dessuten å følge av så vel Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 8 som av barnekonvensjonen.

(17) Det er for øvrig særlig fremhevet at forholdsmessighetsvurderingen må foretas på bakgrunn av endringen av 23. august 2010 i utlendingsforskriften § 14-1, og de politiske signaler som ble gitt i denne sammenheng. Det må dessuten vektlegges at den ankende part opprinnelig kom til Norge ved hjelpetiltak initiert av norske myndigheter, og at hun subjektivt sett er lite å bebreide for de senere overtredelser av utlendingsloven. Den ankende part har oppholdt seg i Norge i ti år, og i det vesentligste av tiden har oppholdet vært i henhold til tillatelser fra utlendingsmyndighetene.

(18) De negative konsekvensene for barna må forventes å bli meget alvorlige, og det kan i forhold til dem ikke ha betydning at den ene av foreldrene ikke kunne regne med å få fortsette familielivet her i landet. Det må i forhold til barna være riktig å vurdere situasjonen på domstidspunktet, men de fremlagte erklæringene klargjør under enhver omstendighet situasjonen for barna på vedtakstidspunktet.

(19) Den ankende part har nedlagt slik påstand:

”1. Utlendingsnemndas vedtak av 12. juni 2009 vedrørende A er ugyldig.

2. A tilkjennes saksomkostninger for Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett.”

- (20) Ankemotparten, *staten v/Utlendingsnemnda*, har henholdt seg til lagmannsrettens dom, som hevdes i det vesentlige å være riktig i begrunnelse og resultat. Det gjøres imidlertid gjeldende at både flertallet og mindretallet i lagmannsretten har anvendt et uriktig vurderingstema når det som vurderes er hvilke konsekvenser det vil få for barna at disse vil bli adskilt fra moren i to år. Dette er ikke en konsekvens av utvisningsvedtaket, men av det faktum at A ikke har lovlig opphold i landet. Det som må vurderes er konsekvensene av at innreiseforbudet medfører at barna ikke kan få besøk av sin mor her, slik at samvær må skje ved besøk i utlandet.
- (21) Ulovlig opphold og ulovlig arbeid må anses som svært alvorlige overtredelser av utlendingsloven. Bruddene er i kjerneområdet for de kontrollhensyn som utlendingsloven skal ivareta, og allmennpreventive hensyn gjør seg sterkt gjeldende. Den som søker asyl eller søker arbeidstillatelse på annet grunnlag, har selv ansvaret for å sette seg inn i gjeldende regler. Det at den ankende part kan ha blitt gitt uriktige opplysninger av sin advokat eller av andre grunner kan ha hatt en uriktig forståelse av de vedtak som er truffet av utlendingsmyndighetene, kan av effektivitetshensyn ikke tillegges vekt ved vurderingen av alvoret i bruddene på utlendingsloven.
- (22) Den etterfølgende endring av utlendingsforskriften § 14-1 har ingen betydning for saken. De nye reglene er gitt etter vedtaket i Utlendingsnemnda. Selv om reglene hadde vært gjeldende da vedtaket ble truffet, ville de likevel vært uten betydning da vilkåret om at det ikke skal foreligge andre forhold enn ulovlig opphold eller ulovlig arbeid, ikke ville vært oppfylt.
- (23) Den ankende parts tilknytning til riket må tillegges begrenset vekt. Tilknytningen er i det vesentligste opparbeidet etter varsel om utvisning. Hun har dessuten sterk tilknytning til X. Forholdet til samboeren kan ikke tillegges vekt.
- (24) Ved bedømmelsen av om vedtaket kan anses uforholdsmessig i forhold til barna, må det vurderes om disse utsettes for uvanlig store belastninger. Det følger av Høyesteretts praksis at dette er et absolutt vilkår for at hensynet til barna skal kunne føre til at utvisningsvedtaket kjennes ugyldig.
- (25) Det understrekes at domstolene skal foreta en ordinær legalitetskontroll av Utlendingsnemndas vedtak, og at det da følger at det er situasjonen på vedtakstidspunktet som må vurderes. De fremlagte erklæringer som beskriver barnas situasjon i dag, kan derved bare tillegges vekt i den utstrekning disse kan kaste lys over situasjonen på vedtakstidspunktet.
- (26) Det foreligger ikke under noen omstendighet noen uvanlig stor belastning for barna, og det følger da at anken må forkastes. Det er ikke naturlig å fremheve den ene av foreldrene som hovedomsorgsperson. Barna er full tid i barnehage. Faren har god omsorgsevne. Det må forventes at faren vil ta arbeid som er mer forenlig med omsorg for barna enn det skiftarbeid han har i dag.
- (27) Ankemotparten har nedlagt slik påstand:

”Anken forkastes.”

- (28) *Jeg er kommet til at anken fører frem.*
- (29) Utlendingsnemndas vedtak bygger på at A har overtrådt utlendingsloven ved at hun
- oppholdt seg ti måneder i landet i perioden fra september 2001 til juli 2002 på tross av pålegg om å forlate landet,
 - reiste til Norge i romjulen 2003 uten visum, og først sendte søknad om asyl den 19. februar 2004, og
 - etter at det var gitt avslag på søknad om asyl den 5. januar 2005 i en periode på ett år arbeidet uten å ha arbeidstillatelse.
- (30) Lagmannsretten fant på dette grunnlag at A hadde brutt bestemmelsene i utlendingsloven ”grovt eller gjentatte ganger”, jf. utlendingsloven § 29 første ledd bokstav a. På grunnlag av tidligere praksis finner jeg det ikke tvilsomt at dette er en riktig forståelse av bestemmelsen.
- (31) Spørsmålet i saken er om utvisningsvedtaket må anses som et uforholdsmessig tiltak, slik at utvisning likevel ikke skal finne sted, jf. utlendingsloven § 29 andre ledd. Bestemmelsen gir etter sin ordlyd anvisning på at det skal skje en avveining mellom forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket. Vurderingen skal ikke bare foretas i forhold til utlendingen selv, men også i forhold til dennes nærmeste. Ved avveiningen skal det foretas en samlet vurdering av konsekvensene for utlendingen og dennes nærmeste, jf. Rt. 2009 side 705 avsnitt 65.
- (32) Lagmannsrettens flertall har, under særlig henvisning til Rt. 2009 side 534 avsnittene 56–64 og Rt. 2010 side 1430 avsnittene 87–88, lagt til grunn at et utvisningsvedtak bare vil kunne kjønnnes ugyldig av hensyn til barna dersom disse blir utsatt for uvanlig store belastninger ved utvisningsvedtaket. Slik kan utlendingsloven etter mitt syn ikke forstås.
- (33) Høyesteretts bruk av kriteriet ”uvanlig stor belastning” må forstås på bakgrunn av de meget alvorlige forhold som har vært til prøving. De første sakene gjaldt utvisning av utlendinger som hadde gjort seg skyldig i meget alvorlige forbrytelser, og som i denne forbindelse var idømt langvarige fengselsstraffer. I Rt. 2005 side 229 avsnitt 36 er kriteriet ”uvanlig store belastninger” uttrykkelig knyttet til at utlendingen har begått meget alvorlig kriminalitet. I Rt. 2009 side 705, som også gjaldt et tilfelle der utlendingen hadde gjort seg skyldig i alvorlig kriminalitet, presiseres det først i avsnitt 65 at kriteriets anvendelsesområde også er begrenset til de tilfeller der det alene er konsekvensene for barna som har relevans for forholdsmessighetsvurderingen. Det følger dessuten av avsnitt 67 at det, selv om det bare var hensynet til datteren som kunne tillegges vekt, ble foretatt en konkret avveining av de motstående hensyn.
- (34) I de to dommene lagmannsretten særlig har vist til, ble kriteriet ”uvanlig stor belastning” også anvendt ved meget alvorlige overtredelser av utlendingsloven. Avgjørelsene må imidlertid forstås på bakgrunn av at Høyesterett i begge sakene fremhevet at de konkrete overtredelsene av utlendingsloven som inngikk i avveiningen i disse sakene, måtte anses

som meget alvorlige. Avgjørelsene gir liten veiledning for overtredelser av den art som denne saken gjelder.

- (35) Overtredelser av utlendingsloven er i seg selv et betydelig samfunnsproblem, som medfører store kostnader for samfunnet og har en rekke andre negative konsekvenser. Det er av allmennpreventive grunner nødvendig med reaksjoner som i det enkelte tilfellet kan fremstå som urimelig strenge. Dette forhindrer likevel ikke at overtredelser av utlendingsloven kan ha svært ulik karakter, og at overtredelsene, selv om grunnvilkåret for utvisning må anses oppfylt, etter omstendighetene må vike for barnas interesser. Dette gjelder også der belastningen for barna ikke kan sies å være uvanlig stor. Særlig vil dette kunne være aktuelt der utlendingen har utvist en mindre grad av skyld.
- (36) Den 23. august 2010 ble utlendingsforskriften § 14-1 endret. Bestemmelsen ga før endringen – i hovedsak i tråd med praksis etter tidligere regelverk – anvisning på at utvisning normalt ikke skulle skje overfor utlending med barn i riket, selv om utlendingen hadde oppholdt seg ulovlig i Norge i inntil to år. Ordningen ble nå utvidet til også å omfatte ulovlig arbeid i inntil to år. Den 23. juli 2010 ble Utlendingsnemnda instruert om å pålegge politiet å utsette iverksettelse av allerede endelige utvisningsvedtak som falt inn under den kategori av saker som forskriften ville fått anvendelse for om den hadde trådt i kraft da vedtaket ble truffet.
- (37) Etter denne endringen av utlendingsforskriften, vil utlending med barn som har lovlig opphold her, normalt ikke bli utvist på tross av at utlendingen har brutt utlendingsloven ved ulovlig opphold/ulovlig arbeid i inntil to år. Det skal etter forskriften ikke foretas noen vurdering av barnas interesser eller behov. Det ville ikke være sammenheng i regelverket om barnas interesser i andre tilfeller bare skulle kunne få gjennomslag dersom de ellers ville blitt utsatt for uvanlig store belastninger. Jeg viser i denne forbindelse også til at det i Rt. 2009 side 705 avsnitt 65 er understreket at
- ”Ved denne samlede vurdering vil de uheldige virkninger vedtaket får for barna ha relevans, selv om virkningene ikke atskiller seg fra det som normalt vil måtte forventes.”**
- (38) Det er mitt syn at det, slik utlendingsloven § 29 andre ledd gir anvisning på, må skje en avveining der det også må inngå en konkret vurdering av de aktuelle overtredelser. En slik avveining skal prinsipielt sett gjøres også når utlendingen har gjort seg skyldig i alvorlig kriminalitet eller massive overtredelser av utlendingsloven, men i disse tilfellene er det altså fastslått at forholdet til barna bare vil kunne være avgjørende når de utsettes for uvanlig store belastninger.
- (39) Jeg er på denne bakgrunn, som mindretallet i lagmannsretten, kommet til at det ikke nødvendigvis er et vilkår at barna vil bli utsatt for ”uvanlig store belastninger”, og at det særlig vil være aktuelt å gi fortrinn til barnas interesser ved relativt sett mindre alvorlige overtredelser av utlendingsloven som i mindre grad rammer de kontrollhensyn loven skal ivareta.
- (40) Staten har sterkt fremhevet at den interesseavveining som skal foretas, er vesentlig mer begrenset enn det lagmannsretten, både flertallet og mindretallet, legger til grunn. Det fremheves at A under ingen omstendighet vil kunne oppholde seg i Norge, og at det som skal inngå i vurderingen, derfor er den ulempe for barna at mor ikke kan komme på

besøk. Til støtte for dette syn har staten vist til uttalelser i to tidligere avgjørelser, Rt. 2009 side 534 avsnitt 69 og Rt. 2010 side 1430 avsnitt 87.

- (41) Den problemstilling som drøftes i Rt. 2009 side 534 avsnitt 69, er imidlertid en annen. Førstvoterende gir her uttrykk for at retten ikke kan vurdere sannsynligheten for at den utviste vil kunne få oppholdstillatelse i Norge **etter** at det tidsbegrensede innreiseforbudet er utløpt. Det er ikke tvilsomt at både flertallet og mindretallet i saken vurderte konsekvensene for barna av at den utviste ikke kunne bli boende i landet.
- (42) I Rt. 2010 side 1430 avsnittene 87 og 91 uttales det derimot at det som skal inngå i forholdsmessighetsvurderingen, er bortfallet av muligheten til å opprettholde kontakt ved besøk her i landet. Det er likevel noe uklart hvordan uttalelsen skal forstås. Det vises for det første til avgjørelsen i Rt. 2009 side 534, der det som drøftes er en annen problemstilling. Saken i 2010 gjaldt dessuten et så vidt graverende forhold at uttalelsen kan sees som en konkret refleksjon av førstvoterendes syn på hva som var aktuelt å vurdere i saken, snarere enn som en introduksjon av et nytt vurderingstema sammenlignet med det som hadde vært tema i tidligere saker. Jeg tilføyer at staten ikke kan sees å ha prosedert på synspunktet hverken i saken fra 2010 eller i tidligere saker.
- (43) Det er utvilsomt en faktisk konsekvens av utvisningsvedtaket at den utviste i den periode innreiseforbudet varer, ikke vil kunne få behandlet en søknad om opphold. Dersom utvisningsvedtaket kjennes ugyldig, vil A derimot kunne søke om familiegjeningforening.
- (44) Domstolene har ikke kompetanse til å avgjøre utfallet av en slik søknad, og spørsmålet om de øvrige vilkår for familiegjeningforening er oppfylt, har ikke vært tema for Høyesterett. Etter mitt syn må det likevel legges til grunn for forholdsmessighetsvurderingen etter § 29 at det er utvisningsvedtaket som fører til at barna må leve adskilt fra sin mor. Hvorvidt det også er andre forhold som innebærer at det må skje en adskillelse – dvs. at en søknad om familiegjeningforening må avslås, må bli et tema utlendingsmyndighetene må ta stilling til ved behandlingen av søknaden om familiegjeningforening.
- (45) Det følger av det jeg har sagt så langt, at det ved forholdsmessighetsvurderingen både må trekkes inn den konsekvens at innreiseforbudet avskjærer A fra straks å søke om familiegjeningforening, og det må foretas en nærmere vurdering av de overtredelser av utlendingsloven som hun har gjort seg skyldig i. Et relevant spørsmål i denne sammenheng er i hvilken utstrekning det kan legges vekt på utlendingens subjektive forhold. Jeg behandler det siste spørsmålet først.
- (46) Det må nødvendigvis være slik at den utlending som søker opphold i Norge, må ha et selvstendig ansvar for å sette seg inn i det gjeldende regelverk. Ved vurderingen av om grunnvilkåret for utvisning er oppfylt, kan det knapt være rom for å trekke inn utlendingens subjektive forhold. Ved forholdsmessighetsvurderingen etter § 29 andre ledd må det etter mitt syn være en noe større anledning til å ta hensyn til i hvilken grad utlendingen kan bebreides eller var i god tro, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 281.
- (47) Som særlig fremhevet i Rt. 2009 side 534 avsnitt 49, vil vurderingen av hvor alvorlige overtredelsene av utlendingsloven er, måtte gjøres i et forvaltningsrettslig perspektiv. Det vil være helt sentralt å vurdere i hvilken grad de regler som er overtrådt, etter sin art er særlig viktige for at utlendingsmyndighetene skal kunne fylle sin funksjon på en effektiv

måte. Det må imidlertid også være rom for en konkret vurdering av i hvilken grad myndighetenes arbeid er blitt vanskeliggjort ved utlendingens overtredelser.

- (48) Lagmannsretten har fremhevet at ”ulovlig opphold, ulovlig arbeid og ulovlig innreise er i kjernen av de kontrollhensyn utlendingsloven skal ivareta”. Dette er naturligvis de sentrale forhold som reguleres av loven, men jeg synes ikke det er spesielt treffende å fremheve slik adferd som det som i størst grad utfordrer kontrollmulighetene. Det synes i en slik sammenheng mer nærliggende å fremheve forhold som å unnlate å oppgi identitet, å gi uriktige opplysninger og å benytte falske dokumenter.
- (49) For As del kan det imidlertid etter min oppfatning ikke sies at kontrollhensynet er utfordret i den grad som lagmannsretten har lagt til grunn. Da hun i 2001–2002 unnlot å reise ut av landet, bodde hun sammen med familien på asylmottaket. Da hun kom tilbake i 2003, tok hun etter syv uker kontakt med utlendingsmyndighetene i forbindelse med inngivelse av asylsøknad. Det var A selv som opplyste utlendingsmyndighetene om at hun hadde arbeid, slik at myndighetene ble klar over at hun hadde arbeidet uten arbeidstillatelse i ett år frem til den 8. november 2005.
- (50) Det må også tillegges en viss vekt at A ikke kan antas å ha opptrådt forsettlig da hun fortsatte å arbeide etter at den midlertidige arbeidstillatelsen falt bort. Det er uimotsagt opplyst at hun fra sin advokat fikk vite at hun hadde anledning til å arbeide, og Utlendingsnemnda gir i avslag på anmodning om omgjøring av utvisningsvedtaket uttrykk for at det var uheldig at Hordaland politikammer den 12. januar 2005 ga en påtegning om at hun fortsatt hadde arbeidstillatelse. Utlendingsnemnda kom likevel til at dette i liten grad kan tillegges vekt ved vurderingen av hennes gode tro. Jeg er ikke enig i det. Det norske systemet tillater parallellbehandling av søknad om familieegjenforening og søknad om opphold på annet grunnlag. Da A første gang kom til Norge i 1999, fikk hun midlertidig arbeidstillatelse etter et tredje regelsett, reglene om kollektiv beskyttelse. I forbindelse med søknad om asyl i februar 2004 fikk hun midlertidig arbeidstillatelse. Denne tillatelsen falt bort da A mottok det avslag som ble postlagt til hennes advokat den 11. januar 2005. Den påtegning politiet den 12. januar 2005 gjorde om at hun fortsatt hadde arbeidstillatelse, ble imidlertid gjort på brev fra Utlendingsdirektoratet vedrørende søknad om arbeidstillatelse i familieegjenforening. Ved forholdsmessighetsvurderingen må det, når det ellers må legges til grunn at utlendingen ikke har vært klar over at hun ikke hadde arbeidstillatelse, kunne sees hen til at forskjellene i de ulike regelsett kan føre til misforståelser.
- (51) Den instruks om å prøve tidligere saker på ny, som i 2010 ble gitt i forbindelse med endringen av utlendingsforskriften, omfattet ikke As sak. Det er likevel klart at det ved vurderingen av hvor alvorlige hennes overtredelser av utlendingsloven skal anses å være, må sees hen til, ikke bare den opprinnelige bestemmelse i utlendingsloven § 14-1, men også til bestemmelsen slik den lyder etter endringen 23. august 2010. Det følger av de nye reglene at hensynet til barna tillegges slik vekt at ulovlig opphold og arbeid i inntil to år normalt ikke skal medføre utvisning når utlendingen har barn i riket. Det lar seg da vanskelig opprettholde at det å arbeide i to år uten arbeidstillatelse, skal anses som særlig alvorlige overtredelser av utlendingsloven ved forholdsmessighetsvurderingen. Det kan heller ikke være slik at enhver overtredelse utover den ramme som nå omfattes av forskriften, med rimelighet kan betegnes som en så grov overtredelse av loven at den forholdsmessighetsvurdering loven gir anvisning på, bare helt unntaksvis kan falle ut i favør av utlendingen og/eller dennes nærmeste. Det er tilstrekkelig å vise til at forskriften

ikke bare gjelder hovedomsorgspersoner, men også omfatter mor eller far som ikke bor sammen med barna, forutsatt bare at barna har hatt ”samvær av et visst omfang” med denne av foreldrene. Utlendingsforskriften § 14-1 gjelder også når barna er ungdommer snarere enn barn, og slik sett har helt andre forutsetninger for både å forstå og å tilpasse seg den midlertidige adskillelse.

- (52) Jeg går så over til å vurdere om A har slik tilknytning til Norge at den forholdsmessighetsvurdering som skal foretas etter utlendingsloven § 29 andre ledd, må føre til at utvisningsvedtaket er ugyldig.
- (53) A er født i X der hun vokste opp og bodde til hun i 1999 flyktet til Y sammen med sin søster. Hun var 17 år gammel da hun forlot X. Slik sett har hun utvilsomt tilknytning til landet, men lagmannsretten legger til grunn at hun ikke lenger har kontakt med familien, og det følger allerede av dette at en retur ikke vil være uproblematisk. Den følelsesmessige tilknytning til hjemlandet må også antas å være svekket ved de overgrep hun er blitt utsatt for der.
- (54) A kom til Norge i 1999 da det ble opprettet en luftbro fra Y til Norge. Hun har med forbehold for to opphold i X på henholdsvis tre måneder i 1999 og ett og et halvt år i perioden fra juli 2002 til desember 2003, oppholdt seg i Norge. Når hun har kunnet oppholde seg i Norge siden hun siste gang kom hit i 2003, skyldes det at det i de ulike søknadsprosesser er innrømmet utsatt iverksettelse av pålegg om utreise.
- (55) A har to barn som begge er født her, og som ikke snakker andre språk enn norsk. Hennes samboer har lovlig opphold i Norge. Blant annet fordi han ikke har noen tilknytning til X, og ikke snakker språket der, har Utlendingsnemnda lagt til grunn at det er urealistisk at et samlet familieliv kan videreføres i X.
- (56) På grunnlag av praksis anser jeg det likevel klart at den tilknytning A har til Norge, er utilstrekkelig til at utvisningsvedtaket kan kjennes ugyldig på dette grunnlag. På samme måte stiller det seg i relasjon til hennes samboer. Da de etablerte sitt forhold, måtte et fortsatt familieliv i Norge fremstå som høyst usikkert.
- (57) Det er primært konsekvensene for barna som har vekt ved forholdsmessighetsvurderingen. I forhold til dem har det begrenset betydning at foreldrene ikke hadde grunnlag for å forvente et samlet familieliv her. Lagmannsrettens flertall skriver det følgende om konsekvensene for barna:

”Flertallet legger til grunn at As barn vil oppleve det som meget belastende å skilles fra sin mor. De er små, og i en alder hvor det er vanskelig å forklare dem både lengden av og midlertidigheten ved atskillelsen. Flertallet har tatt med i betraktning spesialist i klinisk psykologi, Kenneth Wies, rapport av 19. oktober 2009.”

- (58) I den rapporten lagmannsretten viser til, skriver Wie blant annet:

”I familien C – A, er mor A den som har vært og er mest hjemme med barna. Mor er den primære omsorgsgiveren for barna. Barna har fungert godt tidligere og dette tyder på trygg tilknytning. Et brudd i samværet ved at mor reiser bort for så å komme tilbake to år senere vil medføre store konsekvenser for tilknytningen til barna. Tilknytning utvikles gjennom tilstedeværende samspill og fysisk kontakt mellom barnet og den primære omsorgsgiveren som er mor.”

- (59) Det fremgår av rapporten at mor angis som den primære omsorgsgiver, basert på arbeidsfordelingen i hjemmet og hvem den sakkyndige finner at barna er sterkest knyttet til.
- (60) Fremhevelsen av at barna tidligere har fungert godt, må sees på bakgrunn av at det i rapporten redegjøres for de endringer i adferd som usikkerheten for familien forutsettes å ha ført til.
- (61) Om konsekvensene for de to barna, skriver Wie:
- ”Det er ikke mulig å predikere nøyaktig hvilke konsekvenser atskillelse vil ha for barna i familien. D er den yngste og den som sannsynligvis vil få påvirket sin tilknytning i sterkest grad. Hvorvidt han senere vil kvalifisere til en tilknytningsforstyrrelse er uvisst – men atskillelse fra mor vil sannsynligvis føre til en avvikende tilknytning for ham, og også for B.”**
- (62) Det er for Høyesterett fremlagt ytterligere materiale til belysning av hvordan den aktuelle situasjonen har påvirket guttenes adferd, men jeg kan ikke se at de nye opplysninger stiller saken i et nytt lys, og finner da ikke grunn til å ta stilling til om og i tilfelle under hvilke omstendigheter Høyesterett ved legalitetskontrollen vil ha anledning til å ta hensyn til slike tilleggsopplysninger.
- (63) Når jeg etter dette skal foreta en samlet vurdering etter utlendingsloven § 29 andre ledd, er jeg kommet til at utvisningsvedtaket er et uforholdsmessig tiltak. A har brutt utlendingsloven ved ulovlig opphold og ulovlig arbeid. Disse bruddene på loven er ikke mer alvorlige enn at de i dag ikke ville medført utvisning. I tillegg kom hun til Norge i 2003 uten visum og oppholdt seg i landet i syv uker før hun innga søknad om asyl, men dette tilleggelementet kan ikke føre til tilsidesettelse av de små barnas sterke interesse i å få fortsette å vokse opp sammen med sin hovedomsorgsperson.
- (64) A har hatt fri sakførsel for Høyesterett, men etter det resultat jeg er kommet til, må hun tilkjennes sakskostnader for tingrett og lagmannsrett. Sakskostnader tilkjennes, basert på de inngitte kostnadsoppgaver, til kr. 103 357, hvorav kr. 89 375 gjelder salær inklusive mva.
- (65) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Utlendingsnemndas vedtak av 12. juni 2009 er ugyldig.
2. I sakskostnader for tingretten og lagmannsretten betaler staten ved Utlendingsnemnda til A 103 357 – etthundreogtretusentrehundreogfemtisyv – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

- (66) Dommer **Indreberg:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (67) Dommer **Matheson:** Likeså.
- (68) Dommer **Webster:** Likeså.
- (69) Dommer **Øie:** Likeså.
- (70) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Utlendingsnemndas vedtak av 12. juni 2009 er ugyldig.
2. I sakskostnader for tingretten og lagmannsretten betaler staten ved Utlendingsnemnda til A 103 357 – etthundreogtretusentrehundreogfemtisyv – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: