



NORGES HØYESTERETT

Den 21. desember 2012 avsa Høyesterett dom i

HR-2012-02399-P, (sak nr. 2012/1042), sivil sak, anke over dom,

A
B
C

(advokat Håkon Bodahl-Johansen – til prøve)

Rettslig medhjelper:

(advokat Anders Løvlie)

Norsk Organisasjon for Asylsøkere (NOAS)

(partshjelper)

(advokat Jan Fougner)

mot

Staten v/Utlendingsnemnda

(Regjeringsadvokaten

v/advokat Kine E. Steinsvik)

Rettslig medhjelpere:

(ass. regjeringsadvokat Tolle Stabell)

(Regjeringsadvokaten

v/advokat Marius Emberland)

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

- (1) Dommer **Matningsdal**: Saken gjelder gyldigheten av en nektelse av å omgjøre et avslag på opphold på humanitært grunnlag for en familie fra Bosnia-Hercegovina som har fått barn i Norge. Det eldste barnet hadde på vedtakstidspunktet bodd her i mer enn syv år. Saken har vært behandlet i sammenheng med sak 2012/688 (HR-2012-02398-P), som stort sett reiser de samme spørsmålene som denne saken, og som er votert tidligere i dag. I tillegg til de spørsmålene som er felles for begge sakene, er det i denne saken også fremmet krav om fastsettelsesdom for krenkelse av EMK artikkel 8 og barnekonvensjonen artikkel 3.

- (2) A og B er født henholdsvis i 1970 og 1973 i republikken Bosnia, nå Bosnia-Hercegovina, i det tidligere Jugoslavia. A er kroat, mens B er halvt kroat og halvt serber. A har to barn fra tidligere forhold som er født i 1988 og 1995 og bor i Bosnia-Hercegovina.
- (3) Paret, som hadde vært samboere i sitt hjemland, kom til Norge 28. februar 2003 uten gyldige reisedokumenter og søkte asyl samme dag. De ble boende på asylmottaket på Rjukan og fikk 17. september 2003 datteren C. I februar 2012, mens de fortsatt bodde på asylmottaket, fikk de en datter til.
- (4) Utlendingsdirektoratet avsto asylsøknadene i to separate vedtak 18. november 2003. Avslagene var begrunnet i at de ikke fylte vilkårene for å kunne anses som flyktning, eller hadde vern mot utsendelse som følge av fare for å miste livet eller for å bli utsatt for umenneskelig behandling ved retur til hjemlandet. Etter en konkret helhetsvurdering fant direktoratet at det heller ikke forelå sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til Norge som kunne begrunne opphold på humanitært grunnlag. Utreisefristen ble satt til 2. desember 2003.
- (5) Vedtakene ble påklaget, men Utlendingsdirektoratet fant ikke grunnlag for omgjøring ettersom klagen ikke inneholdt nye opplysninger. Utlendingsnemnda traff 1. februar 2005 vedtak der klagen ikke ble tatt til følge, og der familiens plikt til å forlate landet frivillig ble gjentatt.
- (6) Familien etterkom imidlertid ikke sin plikt til å forlate Norge, og de søkte flere ganger om omgjøring av Utlendingsnemndas vedtak, første gang 6. september 2006. Arbeids- og inkluderingsdepartementet hadde 31. august samme år instruert Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda om å stille i bero de sakene hvor barn hadde søkt asyl eller om oppholdstillatelse på annet grunnlag, og som per 1. april 2007 ville ha en total oppholdstid i Norge på tre år eller mer. Instruksen omfattet også saker hvor det var gitt endelig avslag. Bakgrunnen for instruksen var at departementet arbeidet med en endring av utlendingsforskriften som ville innebære at barns tilknytning til riket opparbeidet ved lang botid skulle tillegges særlig vekt ved helhetsvurderingen av om oppholdstillatelse skulle gis. Siden C på dette tidspunktet hadde bodd mer enn tre år i Norge, stilte nemnda det videre arbeidet med saken i bero i påvente av den varslede endringen av utlendingsforskriften.
- (7) Forskriftsendringene trådte i kraft 1. juni 2007. Etter fornyet behandling avsto Utlendingsnemnda 10. september 2007 å ta begjæringen om omgjøring til følge. Plikten til å forlate landet ble gjentatt.
- (8) Familien ble likevel værende i Norge og søkte 18. februar 2010 på nytt om omgjøring av avslaget på oppholdstillatelse. Begjæringen var begrunnet i datteren Cs tilknytning til Norge. Utlendingsnemnda avsto begjæringen i vedtak 15. mai 2010. Den viste til at det tidligere var satt utreisefrist for familien, og det ble understreket at den oppholdt seg ulovlig i riket.
- (9) Den 4. november 2010 varslet familien Utlendingsnemnda om at det ville bli reist søksmål til prøving av gyldigheten av mai-vedtaket, jf. tvisteloven § 5-2. Et slikt varsel skal etter Utlendingsnemndas interne retningslinjer anses som en anmodning om omgjøring. Nemnda besluttet derfor 22. november 2010 utsatt iverksetting for vedtaket av 1. februar 2005 i påvente av en ny vurdering.

- (10) Stevningen til Oslo tingrett av 11. desember 2010 rettet seg mot gyldigheten av omgjøringsnektelsen av 15. mai 2010.
- (11) Omgjøringsbegjæringen ble behandlet og avgjort i nemndsmøte av en nemndleder og to nemndmedlemmer. Utlendingsnemnda besluttet 15. desember 2010 enstemmig ikke å ta omgjøringsbegjæringen til følge og satte utreisefristen til 17. januar 2011. Jeg nevner at det er opplyst at dette vedtaket inngikk i det samme praksisavklaringsprosjektet som er omtalt i førstvoterendes votum i sak 2012/688 (HR-2012-02398-P) avsnitt 11.
- (12) Etter forgjeves å ha anmodet om utsatt iverksetting, begjærte familien midlertidig forføyning ved Oslo tingrett. I kjennelse 17. februar 2011 ble begjæringen ikke tatt til følge.
- (13) I hovedsøksmålet for tingretten ble det nedlagt påstand om at nemndas beslutninger av 15. mai og 15. desember 2010 skulle kjennes ugyldige. Oslo tingrett avsa 31. mai 2011 dom med slik domsslutning:
- "1. Staten ved Utlendingsnemnda frifinnes.**
- 2. Sakskostnader tilkjennes ikke."**
- (14) Dommen ble anket til Borgarting lagmannsrett, som 12. mars 2012 avsa dom med slik domsslutning:
- "1. Anken forkastes.**
- 2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler A og B en for begge og begge for en 41 400 – førtientusenfirehundre – kroner til staten ved Utlendingsnemnda innen 2 – to – uker fra dommens forkynning."**
- (15) Familien ble den 26. mars 2012 uttransportert til Bosnia-Hercegovina av Politiets utlendingsenhet.
- (16) Lagmannsrettens dom er anket til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse vedrørende utlendingsloven § 38 jf. barnekonvensjonen artikkel 3. Videre er det anført at Utlendingsnemndas vedtak bygget på feil faktum, at det var grovt urimelig og utgjorde usaklig forskjellsbehandling.
- (17) Høyesteretts ankeutvalg har tillatt anken fremmet "for så vidt gjelder rettsanvendelsen ved anvendelsen av utlendingsloven § 38 jf. barnekonvensjonen artikkel 3". For øvrig ble anken ikke tillatt fremmet.
- (18) Justitiarius har besluttet at saken skal avgjøres i plenum, jf. domstolloven §§ 5 fjerde ledd siste setning og 6 andre ledd. Den er, som nevnt, behandlet i sammenheng med sak 2012/688 (HR-2012-02398-P).
- (19) Norsk Organisasjon for Asylsøkere – NOAS – fikk ved ankeutvalgets kjennelse 10. oktober 2012 tillatelse til å opptre som partshjelper til fordel for de ankende parter.
- (20) Ved beslutning 1. november 2012 tillot ankeutvalget at de ankende parter kunne fremme to nye krav ved å nedlegge påstand om fastsettelsesdom for at utsendelsen av C var i strid

med Den europeiske menneskerettskonvensjon, EMK, artikkel 8 og FNs barnekonvensjon artikkel 3.

- (21) Ankeforhandlingene ble avsluttet 23. november 2012. Den europeiske menneskerettsdomstolen, heretter EMD, avsa 4. desember 2012 dom i saken *Butt mot Norge*. Samme dag fikk prosessfullmektigene anledning til å fremkomme med merknader i den grad de mener dommen har betydning for de sakene som skal avgjøres i plenum. Merknader er innkommet i prosesskriv fra partene og partshjelperen.
- (22) De ankende parter – *A, B og C* – gjør gjeldende at Utlendingsnemndas vedtak 15. desember 2010 er ugyldig. For spørsmålet om vedtakets gyldighet skal prøves på grunnlag av faktum på vedtaks- eller domstidspunktet er det gjort gjeldende samme anførsler som i sak 2012/688 (HR-2012-02398-P). Det samme gjelder for forståelsen av utlendingsloven § 38 sammenholdt med barnekonvensjonen artikkel 3. På disse punktene viser jeg til førstvoterendes redegjørelse i Høyesteretts dom i nevnte sak.
- (23) Om de særlige spørsmålene i denne saken er det anført:
- (24) Begrunnelsen inneholder ingen tilfredsstillende vurdering av Cs tilknytning til Norge. Hennes integrasjon og tilknytning til landet er heller ikke vurdert opp mot de konsekvensene en retur til Bosnia-Hercegovina vil ha for henne. Hun er dessuten ikke hørt slik barnekonvensjonen artikkel 12 og utlendingsforskriften § 17-3 krever. Disse manglene viser at Utlendingsnemnda ikke har vurdert barnets beste på en forsvarlig måte.
- (25) Da hun ble sendt ut av landet, hadde hun uansett en slik tilknytning til Norge at utsendelsen var et brudd på hennes rett til privatliv etter EMK artikkel 8. Dette begrepet er vidt og omfatter også retten til "personal and social ties". EMDs praksis er ikke til hinder for at barn som oppholder seg ulovlig i et land, er beskyttet av bestemmelsen. Norske domstoler bør ikke vise tilbakeholdenhet og overlate til EMD å vise vei i dette spørsmålet. Det er adgang til å gi fastsettelsesdom for dette konvensjonsbruddet.
- (26) Utsendelsen av *C* var også i strid med barnekonvensjonen artikkel 3. Forarbeidene til menneskerettsloven viser at inkorporasjonen av denne konvensjonen i norsk rett skal vise at Norge tar konvensjonsforpliktelsene alvorlig. Hensynet til et effektivt vern tilsier at det da kan gis fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3.
- (27) A mfl. har nedlagt slik påstand:

"1. Utlendingsnemndas beslutning av 15.12.2010 om ikke å omgjøre tidligere avslag på oppholdstillatelse på humanitært grunnlag er ugyldig.

Subsidiært: Lagmannsrettens dom oppheves.

2. Uttransporteringen av *C* den 26.03.2012 er i strid med FNs barnekonvensjon art. 3.

3. Uttransporteringen av *C* den 26.03.2012 er i strid med EMK art. 8.

4. Staten v/Utlendingsnemnda erstatte *C, A og B* sakens omkostninger for Oslo tingrett med kr. 124 630."

- (28) Partshjelperen – *Norsk Organisasjon for Asylsøkere* – har for spørsmålet om det er faktum på vedtaks- eller domstidspunktet som skal legges til grunn ved prøvingen av vedtakets gyldighet, anført det samme som i sak 2012/688 (HR-2012-02398-P). Det samme gjelder for forståelsen av utlendingsloven § 38 sammenholdt med barnekonvensjonen artikkel 3. Jeg nøyter meg med å vise til førstvoterendes redegjørelse i Høyesteretts dom i nevnte sak.
- (29) Norsk Organisasjon for Asylsøkere har nedlagt slik påstand:
1. **Utlendingsnemndas beslutning av 15. desember 2010 er ugyldig (uforbindtlig).**
 2. **Subsidiært: Lagmannsrettens dom oppheves.**
 3. **Utsendelsen av C er i strid med Barnekonvensjonen artikkel 3.**
 4. **Utsendelsen av C er i strid med EMK artikkel 8.**
 5. **Staten dekker NOAS' sakskostnader for Høyesterett."**
- (30) Ankemotparten – *staten v/Utlendingsnemnda* – har også gjort gjeldende samme anførsler som i sak 2012/688 (HR-2012-02398-P) for spørsmålet om hvilket faktum som skal legges til grunn ved prøvingen av vedtakets gyldighet, og om forståelsen av utlendingsloven § 38 sammenholdt med barnekonvensjonen artikkel 3. Jeg nøyter meg med å vise til førstvoterendes redegjørelse i Høyesteretts dom i nevnte sak.
- (31) Om de særlige spørsmålene i denne saken er det anført:
- (32) Både sakshistorien og vedtaket viser at barnets beste som et grunnleggende hensyn er forsvarlig vurdert og avveid mot de øvrige hensyn i samsvar med de kravene som følger av utlendingsloven § 38, jf. barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.
- (33) EMK artikkel 8 kommer ikke til anvendelse i Cs tilfelle. Etter EMDs praksis forutsetter vern etter denne bestemmelsen at man har lovlig opphold. For personer uten lovlig opphold er konvensjonskrenkelse bare aktuelt dersom vedtaket medfører splittelse fra familien – noe som ikke er tilfellet i denne saken. Under enhver omstendighet er utsendelsen i samsvar med vilkårene i EMK artikkel 8 nr. 2 for tillatte inngrep.
- (34) Det bestrides at det kan gis fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3. Denne bestemmelsen angir utelukkende en retningslinje for skjønnsutøvelsen, og den etablerer ikke individuelle rettigheter. Det foreligger derfor ikke noe rettskrav som det etter tvisteloven § 1-3 kan gis dom for. Barnekonvensjonen artikkel 3 er dessuten ikke krenket.
- (35) Staten v/Utlendingsnemnda har nedlagt slik påstand:
- 1a. **Prinsipalt: Krav om fastsettelsesdom for brudd på Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 avvises.**
 - 1b. **Subsidiært: Staten v/Utlendingsnemnda frifinnes for påstanden om brudd på Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.**
 2. **Staten v/Utlendingsnemnda frifinnes for påstanden om brudd på EMK artikkel 8.**

3. **Anken forkastes."**

- (36) *Jeg er kommet til at anken og kravene om fastsettelsesdom ikke fører fram.*
- (37) Spørsmålet er om Utlendingsnemndas nektelse 15. desember 2010 av å omgjøre sitt vedtak fra 1. februar 2005 hvor de ankende partene ikke ble gitt opphold på humanitært grunnlag, er ugyldig. Ved vedtaket 15. desember 2010 var datteren i familien, C, 7 år og 3 måneder gammel og gikk i 2. klasse i norsk skole. Da familien ble utsendt i mars 2012, var hun 8 år og 6 måneder med like lang botid her. På vedtakstidspunktet i desember 2010 hadde familien oppholdt seg ulovlig i Norge i om lag 4 år og 10 måneder, mens den ulovlige oppholdstiden ved uttransporteringen var 6 år og 2 måneder.
- (38) Saken reiser en rekke rettslige spørsmål. Flere av dem er avgjort i Høyesteretts dom i dag i sak 2012/688 (HR-2012-02398-P).
- (39) For det første er det avgjort at vedtaket skal prøves på grunnlag av faktum på vedtaks- og ikke på domstidspunktet. Ved vurderingen av vedtakets gyldighet skal det dermed ses bort fra den økte tilknytningen for C etter 15. desember 2010.
- (40) Det har også skjedd en rettslig avklaring av innholdet i utlendingsloven § 38 sammenholdt med barnekonvensjonen artikkel 3. Jeg viser til førstvoterendes omfattende behandling av dette spørsmålet i den nevnte dommen. Om rammene for domstolenes prøving har hun vist til førstvoterendes oppsummering i Rt. 2009 side 1261 avsnitt 75 til 77 hvor det i avsnitt 77 konkluderes med at "[d]omstolenes oppgave blir ... å kontrollere forvaltningens generelle forståelse av begrepet 'barnets beste' på det aktuelle saksområdet, og at hensynet er forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn. Den konkrete vurderingen av barnets beste, og den konkrete interesseavveiningen, hører derimot under forvaltningens frie skjønn". Førstvoterende i sak 2012/688 (HR-2012-02398-P) har deretter oppsummert prøvingen slik:
- "Oppsummeringsvis betyr dette at domstolene kan prøve fullt ut om forvaltningen har tolket loven riktig. At hensynet til barnets beste, herunder barnets tilknytning til Norge, må være forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn, innebærer at det må fremgå av vedtaket at hensynet til barnets beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn. Innenfor disse rammene kan domstolene ikke prøve den konkrete interesseavveiningen."**
- (41) Jeg bygger på disse rammene ved prøvingen av vedtaket i denne saken.
- (42) Selv om det også fremgår av førstvoterendes votum i sak 2012/688 (HR-2012-02398-P), nevner jeg at både utlendingsloven § 38 tredje ledd og utlendingsforskriften § 8-5 implementerer FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1, hvor det heter:
- "Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn."**
- (43) Jeg nevner videre at det også følger av utlendingsloven § 3 at loven skal praktiseres i samsvar med "internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling".

- (44) *Er Utlendingsnemndas vedtak av 15. desember 2010 ugyldig?*
- (45) Spørsmålet blir så om Utlendingsnemndas vedtak av 15. desember 2010 vurdert ut fra disse utgangspunktene er ugyldig.
- (46) Nemnda innleder vurderingen etter utlendingsloven § 38 med å understreke at i saker som omfatter barn "skal det legges særlig vekt på den tilknytning barnet har opparbeidet seg til Norge". Den uttaler at utlendingsforskriften § 8-5 ikke i seg selv gir grunnlag for opphold, men at den gir anvisning på et særskilt vurderingstema ved avgjørelsen av om det skal gis oppholdstillatelse til familier med barn. Videre uttaler nemnda at med "tilknytning til riket" menes tilknytning som følge av lang botid, og at varigheten vil være et sentralt moment ved vurderingen av om dette vilkåret er oppfylt.
- (47) Nemnda vurderer deretter de ulike tilknytningselementene for Cs del. Den peker på at hun er født her, hadde gått mange år i barnehage, og at hun gikk i andre klasse i barneskolen. Samtidig fremheves det at på grunn av hennes lave alder har tilknytningen først og fremst vært til foreldrene. Deretter heter det:
- "På grunnlag av opplysningene i saken legger også nemnda til grunn at hun også har tilknytning til sine omgivelser, i og med at hun i flere år har gått i barnehage, nå går på skole, og snakker norsk."**
- (48) Jeg finner det klart at nemnda har lagt til grunn at det vil være til Cs beste om hun får bli i landet, og at hun har opparbeidet en slik tilknytning til riket at dette *kan* være utslagsgivende for avgjørelsen.
- (49) Deretter fortsetter nemnda:
- "Selv om det legges til grunn at C har opparbeidet seg tilknytning til riket, er nemnda enig i at dette likevel ikke innebærer at en tillatelse *skal* gis, men at dette er et moment i helhetsvurderingen som det skal legges særlig vekt på, jf. ovenfor om dette. Også andre hensyn kan vektlegges i helhetsvurderingen."**
- (50) Nemnda avveide deretter betydningen av Cs tilknytning til Norge sammenholdt med de innvandringspolitiske hensyn som gjør seg gjeldende. Den kom til at innvandringspolitiske hensyn gjorde seg "sterkt gjeldende i en sak som denne", og at disse hensynene måtte gis "større vekt" ved helhetsvurderingen i denne saken, og at de "tilsier" at tillatelse ikke gis. I denne sammenheng vises det til at familien ikke hadde rettet seg etter plikten til å forlate riket til tross for at denne plikten har vært påpekt flere ganger, og at familien totalt hadde oppholdt seg ulovlig i riket mer enn 4 år og 10 måneder. Deretter heter det:
- "I henhold til barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 skal barnets beste være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn. Det at barnets beste skal være et viktig hensyn, utelukker imidlertid ikke at innvandringspolitiske hensyn og andre hensyn kan være relevante og avgjørende."**
- (51) Som det fremgår av dommen i sak 2012/688 (HR-2012-02398-P), er det ikke i strid med utlendingsloven § 38 tredje ledd sammenholdt med barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 når Utlendingsnemnda konkluderer med at innvandringspolitiske hensyn etter en helhetsvurdering av saken kan være "avgjørende".

- (52) Etter min oppfatning kan det nok sies at vedtaket har enkelte svakheter i sin oppbygging: Som redegjørelsen foran viser, er hensynet til barnets beste som et grunnleggende hensyn først uttrykkelig trukket fram *etter* at det er vist til nødvendigheten av å foreta en helhetsvurdering. Men på den annen side er det ved helhetsvurderingen trukket fram som et særlig hensyn at C har opparbeidet seg tilknytning til riket, som er det vesentlige hensynet ved vurderingen av "barnets beste".
- (53) Jeg finner det etter dette ikke tvilsomt at nemnda har lagt en riktig forståelse av utlendingsloven § 38 til grunn for sin vurdering av om det skal gis oppholdstillatelse. I vedtaket er det uttrykkelig fremhevet at i saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn, at barnets tilknytning til riket skal tillegges særlig vekt ved vurderingen av om tillatelse skal gis, men at innvandringsregulerende hensyn etter omstendighetene kan få avgjørende betydning også i slike saker.
- (54) Vedtaket viser også at hensynet til barnets beste – Cs tilknytning til landet – er vektlagt og forsvarlig vurdert og avveid mot motstående hensyn. At familien ikke etterkom plikten til å forlate riket, er det, slik denne saken ligger an, saklig grunn til å legge vekt på. Selve den konkrete avveiningen kan, som nevnt, domstolene ikke prøve.
- (55) Det følger av barnekonvensjonen at forvaltningen også må foreta en forsvarlighetsvurdering. En slik vurdering har nemnda foretatt. Om dette heter det:

"C vil returnere til hjemlandet med sine foreldre, og det er ikke fremkommet opplysninger som tilsier at de ikke er i stand til å gi henne forsvarlig omsorg, eller at det av andre grunner ikke vil være forsvarlig å returnere henne til hjemlandet. Selv om Bosnia-Hercegovina fremdeles har en rekke samfunnsmessige utfordringer, er ikke utfordringene så store at det ikke er forsvarlig å returnere dit. Opplysningene om at C har mindre kunnskap om sitt hjemlands språk finner heller ikke nemnda å være avgjørende i vurderingen av hva som er barnets beste i denne saken, og bemerker at det må antas at hun vil tilpasse seg morsmålet relativt raskt."

- (56) Dette sitatet viser at nemnda har lagt vekt på at barnet vil returnere til foreldrenes hjemland sammen med foreldrene, og at dette etter nemndas oppfatning ikke vil reise spesielle problemer. Avveiningen av de kryssende hensyn kan domstolene ikke prøve.
- (57) De ankende parter har vist til at det følger av barnekonvensjonen artikkel 12 og utlendingsforskriften § 17-3 at C skulle vært hørt, og at det er en feil ved saksbehandlingen at hun ikke har fått uttale seg direkte for nemnda. Som jeg allerede har påvist, må det klart legges til grunn at Utlendingsnemnda ved helhetsvurderingen etter utlendingsloven § 38 tredje jf. første ledd sammenholdt med barnekonvensjonen artikkel 3, har tatt utgangspunkt i at Cs beste ville være å få fortsette å bo i Norge og opprettholde den tilknytningen som hun hadde etablert. Det er ingen holdepunkter for at vedtaket hadde blitt et annet om barnet hadde blitt hørt. Jeg tilføyer at barnets interesser har vært ivaretatt av familiens advokat.
- (58) Ved drøftingen av de innvandringsregulerende hensyn har nemnda uttalt:
- "Nemnda bemerker særlig at klagerne har blitt kontaktet av politiets utlendingsenhet ved flere anledninger og blitt anmodet om å skaffe reisedokumenter. Fremskaffelse av slike dokumenter anses mulig, men krever fremmøte ved ambassaden, noe klagerne har vært uvillige til å gjøre. Etter nemndas vurdering tilsier innvandringspolitiske hensyn at en slik trenering av utreiseplikten ikke bør premieres med en tillatelse."**

- (59) De ankende parter har gjort gjeldende at Utlendingsnemnda bygger på uriktig faktum når det fremheves at familien under oppholdet ble kontaktet av politiet ved flere anledninger. Lagmannsretten tok ikke stilling til denne uenigheten, idet den ikke kunne se at de aktuelle opplysningene kunne anses å ha virket inn på beslutningens innhold.
- (60) De opplysningene som nemnda viser til, fremgår av en politirapport av 25. november 2010. Når lagmannsretten ikke tok stilling til om familien ble kontaktet av politiet, og anførselen ikke er forfulgt fra statens side for Høyesterett, finner jeg ikke grunnlag for å vektlegge dette forholdet i min vurdering. I likhet med lagmannsretten tar jeg derfor ikke stilling til hvordan det har forholdt seg, idet heller ikke jeg kan se at dette forholdet kan ha virket inn på avgjørelsens innhold. Om dette bemerker jeg:
- (61) Ut fra vedtakets formulering kunne det isolert sett se ut som det er tilsidesettelsen av de angivelig gjentatte henvendelsene fra politiet som utgjør "slik trenering". Dette er imidlertid en formulering som henger igjen fra det forutgående vedtaket 15. mai 2010. Der heter det:
- "Klagerne har således totalt sett oppholdt seg ulovlig i riket i over 4 år. Etter UNES vurdering tilsier innvandringspolitiske hensyn at en slik trenering av utreiseplikten ikke bør premieres med en tillatelse."**
- (62) Ettersom politinotatet først forelå i november 2010, må det synet nemnda bygget på 15. mai 2010 om at det allerede da forelå trenering, nødvendigvis ha referert til at familien til tross for gjentatte pålegg om utreise, likevel ikke forlot landet. Dette må fortsatt ha vært den mest fremtredende omstendigheten ved saken da nytt vedtak ble truffet syv måneder senere. Informasjonen i politinotatet som viste et initiativ fra politiets side våren 2010, kan i så måte ikke ha begrunnet vedtaket 15. desember 2010.
- (63) Jeg tilføyer at plikten til å forlate landet også innebærer en selvstendig plikt til å skaffe seg nødvendige reisedokumenter. En henvendelse til sitt lands ambassade er en nærliggende oppfølging av denne plikten uavhengig av om Politiets utlendingsenhet har gitt noen uttrykkelig oppfordring om det.
- (64) Som jeg tidligere har understreket, må det fremgå av vedtaket at hensynet til barnets beste er forsvarlig vurdert og avveid mot motstående hensyn, og at dette hensynet er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn. På bakgrunn av denne gjennomgangen finner jeg det klart at vedtaket 15. desember 2010 oppfyller dette kravet, og at det dermed er gyldig.
- (65) *Krenker utsendelsen av C EMK artikkel 8?*
- (66) De ankende parter har krevd fastsettelsesdom for at utsendelsen av C krenker EMK artikkel 8 om retten til privatliv. Jeg er enig i at det er prosessuell adgang til eventuelt å avsi en slik dom.
- (67) Innledningsvis nevner jeg at det på bakgrunn av de ankende parters prosedyre for Høyesterett er uklart om de har anført at også vedtaket 15. desember 2010 er i strid med EMK artikkel 8. Ettersom jeg er kommet til at utsendelsen av C – som i tid ligger etter vedtaket – klart ikke krenker artikkel 8, har det ikke vært grunn til å gå nærmere inn på dette. Det forutgående vedtaket kan ikke være konvensjonsstridig så lenge den etterfølgende utsendelsen ikke krenker artikkel 8.

(68) Jeg går etter dette over til å vurdere om utsendelsen krenket EMK artikkel 8 som lyder:

"Retten til respekt for privatliv og familieliv

1. **Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.**
2. **Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter."**

(69) I og med at familien ble uttransportert samlet, er det ikke spørsmål om utsendelsen krenker retten til respekt for Cs "familieliv". Spørsmålet er om hennes rett til "respekt for sitt privatliv" er krenket ved at hun som følge av utsendelsen får sitt tilvante liv og tilknytning til Norge brutt opp.

(70) Konvensjonens begrep "privatliv" favner vidt. Jeg viser her til EMDs storkammerdom 18. oktober 2006 i sak *Üner mot Nederland* om utvisning hvor det i avsnitt 59 heter at

"... Article 8 also protects the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world ... and can sometimes embrace aspects of an individual's social identity."

(71) Videre heter det samme sted at

"... it must be accepted that the totality of social ties between settled migrants and the community in which they are living constitute part of the concept of 'private life' within the meaning of Article 8. Regardless of the existence or otherwise of a 'family life', therefore, the Court considers that the expulsion of a settled migrant constitutes interference with his or her right to respect for private life."

(72) Av dette fremgår det at utvisning kan være en krenkelse av privatlivet.

(73) Fra tiden forut for desember 2012 er det ikke påvist noen avgjørelse fra EMD som konkluderer med at utsendelse av en immigrant uten lovlig opphold i landet har krenket respekten for vedkommendes "privatliv".

(74) EMD kom i dom 4. desember 2012 i saken *Butt mot Norge* til at det ville utgjøre en krenkelse av EMK artikkel 8 om Norge returnerte to personer til Pakistan som var født der av pakistanske foreldre, og som nå er 27 og 26 år gamle. Da denne saken er sentral for vår sak, er det nødvendig å gå inn på saksforholdet i den.

(75) De to personene, som er født i 1985 og 1986, kom i 1989 til Norge sammen med sin mor. I februar 1992 ble de i henhold til den dagjeldende utlendingsloven § 8 andre ledd innvilget oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Sommeren 1992 returnerte imidlertid moren og barna til Pakistan, og de kom først tilbake til Norge ved årsskiftet 1995/1996. Utlendingsdirektoratet, som ikke var kjent med dette, gav dem i august 1995 bosettingstillatelse, jf. den dagjeldende utlendingsloven § 12. Da Utlendingsdirektoratet oppdaget at bosettingstillatelsen var gitt på grunnlag av uriktige opplysninger, ble den tilbakekalt i januar 1999, og de fikk samtidig avslag på videre opphold i Norge. Etter dette har de to oppholdt seg i Norge uten oppholdstillatelse.

(76) Av særlig interesse for vår sak nevner jeg at moren forsvant ved årsskiftet 2000/2001, og at de to barna ikke fikk kontakt med henne før hun ble innlagt på sykehus i 2004. Da de i mai 2001 skulle tvangsutsendes til Pakistan, kom politiet til at dette ville være uforholdsmessig, idet de verken hadde kontakt med moren eller sin familie i Pakistan. I denne perioden bodde de hos en onkel og en tante i Oslo.

(77) Moren ble i september 2005 utsendt til Pakistan, og hun døde i august 2007. Barna har hele tiden bodd i Norge. Om deres tilknytning til Norge uttaler EMD i dommens avsnitt 76:

"The Court notes from the outset that the first and second applicants arrived in Norway in 1989 at the age of four and three years, respectively. Apart from an interval of three years and a half from the summer of 1992 to early 1996, they have lived there since then. Their mother went into hiding around the turn of the year 2000 – 2001, was expelled in 2005 and died in 2007. Their father remained in Pakistan. During most of their stay in Norway, the applicants lived at the home of their maternal uncle and aunt (their mother's brother and sister) with family in Oslo, who took care of them. As observed by the High Court in its judgment of 14 November 2008 (see paragraph 35 above) the applicants lived with them until 2005 and must therefore be presumed to have close emotional links to this part of the family. The Court further finds it established that the applicants lived with their uncle and aunt for most of the time thereafter. This was also where they had their friends and social network. They had received the essential part of their education and upbringing in Norway and mastered the Norwegian language to the full. It is obvious that with time the applicants had developed a strong personal and social attachment to Norway. The Court sees no reason to doubt that they both had such 'family life' and 'private life' in Norway as fall within the scope of protection of Article 8 of the Convention. The Government's suggestion that the private- and family life interests at stake were only at the fringes of the Article 8 rights must be rejected."

(78) Denne avgjørelsen bygger altså på at også personer uten lovlig opphold i landet etter omstendighetene kan etablere "private life" som beskyttes av EMK artikkel 8. For graden av beskyttelse er det imidlertid av sentral betydning hva EMD deretter uttaler i avsnitt 77:

"As to the issue of compliance, the Court reiterates that a State is entitled, as a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, to control the entry of aliens into its territory and their residence there. The Convention does not guarantee the right of an alien to enter or to reside in a particular country"

(79) Samme synspunkt er understreket i en rekke tidligere avgjørelser som jeg ikke finner grunn til å gå inn på.

(80) EMDs praksis viser videre at for beskyttelsen etter artikkel 8 er det av stor betydning om den aktuelle personen er en "settled migrant". Dette illustreres også av saken *Butt mot Norge*. Som det fremgår av sitatet fra dommens avsnitt 76, kom EMD til at søskenparet Butt hadde etablert "private life" i Norge. Hvorvidt de kunne regnes som "settled migrants", behandles i avsnitt 78. EMD understreker her at hensett til at deres opphold i Norge hadde vært ulovlig siden 1996, kunne de ikke "be viewed as 'settled migrants' as this notion has been used in the case-law". Et sammenhengende ulovlig opphold i Norge på nærmere 17 år kvalifiserte altså ikke for at de kunne regnes som "settled migrants". Under henvisning til domstolens tidligere praksis konkluderte EMD etter dette i avsnitt 79 med at en utsendelse fra riket bare "in exceptional circumstances" ville krenke artikkel 8.

- (81) Når EMD kom til at det forelå "exceptional circumstances", synes domstolen å ha lagt stor vekt på "the unusually long duration of the applicants' unlawful stay in Norway", og at det derfor var "questionable whether general immigration policy considerations would carry sufficient weight to regard the refusal of residence 'necessary in a democratic society' ...". (avsnitt 85). Et annet sentralt moment synes å ha vært at det tok svært lang tid før utlendingsmyndighetene tilbakekalte bosettingstillatelsen (avsnitt 81), og at det først var i mai 2001 de to barna ble klar over sitt ulovlige opphold i Norge. Det ble derfor fremhevet at "[i]t thus appears that their family- and other social ties in the host State had already been formed when it was brought to their attention that the persistence of those ties would be precarious" (avsnitt 82).
- (82) Videre kunne de ikke klandres for ikke å ha skaffet seg nødvendige reisedokumenter før de oppnådde myndighetsalderen, idet de var avhengig av bistand fra moren som hadde ukjent oppholdssted (avsnitt 83). Og etter at de hadde nådd myndighetsalderen, hadde ikke utlendingsmyndighetene gjort noe forsøk på å sende dem til Pakistan (avsnitt 84). Etter hvert hadde de etablert "strong family- and private life ties to Norway" (avsnitt 87) samtidig som deres tilknytning til Pakistan ikke var "particularly strong". De hadde ikke sett sin far siden 1996 og moren var død, og de ville "encounter social and professional difficulties" dersom de ble sendt til Pakistan (avsnitt 88).
- (83) For vurderingen av om utsendelsen av C krenket EMK artikkel 8 er det også av interesse å sammenligne hennes sak med en sak hvor EMD konkluderte med at artikkel 8 ikke var krenket. Jeg viser til EMD's avgjørelse 7. oktober 2004 i saken *Dragan med flere mot Tyskland*. Klagerne var en kvinne, født i 1957, og to barn født i 1985 og 1987. De kom fra Romania og hadde i 2004 bodd i Tyskland i 14 år. Klagerne hadde ikke lenger noen forbindelse med Romania, idet moren hadde frasagt seg sitt statsborgerskap i Romania – noe som fikk tilsvarende konsekvens for de to barna. Barna, som i 2004 var 19 og 17 år gamle, hadde hatt all sin skolegang i Tyskland. Til tross for dette kom EMD til at deres klage over å ha blitt nektet opphold i Tyskland var åpenbart grunnløs og avviste klagen. Etter å ha understreket at EMK ikke sikrer en utlending rett til å reise inn i eller å være bosatt i en gitt stat, og videre at artikkel 8 "ikke garanterer noen rett til å velge det mest hensiktsmessige stedet for å bygge et familieliv", uttaler EMD i norsk oversettelse:
- "Domstolen merker seg at saksøkerne aldri har fått oppholdstillatelse i Tyskland. Alle deres søknader om det har blitt avslått. Følgelig plikter saksøkerne å forlate tysk territorium, i henhold til utlendingslovens artikkel 42 § 1 ... Det har likevel vist seg umulig å sende dem ut fordi saksøkerne hadde frasagt seg sitt rumenske statsborgerskap i hhv. 1992 og 1993, med rumenske myndigheters samtykke, og at den rumenske stat lenge nektet å ta tilbake sine forhenværende borgere. Disse hindrene som sto i veien for tilbakesending av saksøkerne, har likevel ikke ført til at tyske myndigheter har frafalt kravet om at de plikter å forlate tysk territorium. Dermed er returen av dem ikke en handling som rammes av bestemmelsen i Konvensjonens artikkel 8 § 1 om respekt for familielivet. Det at saksøkerne nekter å returnere til Romania og akter å forbli i Tyskland, er ikke relevant i denne sammenheng ..."**
- (84) Denne avgjørelsen viser at for immigranter som ikke er "settled migrants", skal det svært mye til for at en utsendelse krenker artikkel 8.
- (85) Som jeg allerede har understreket, er det ikke påvist noen avgjørelse før Buttsaken hvor EMD har lagt til grunn at personer som ikke er "settled migrants" likevel har etablert "private life" i konvensjonens forstand. Da Cs opphold i Norge er langt kortere enn oppholdet til søskenparet Butt, er det ikke gitt at hun har etablert "private life" i Norge.

Jeg lar imidlertid dette spørsmålet stå åpent, idet det – som jeg nå skal begrunne – uansett ikke foreligger "exceptional circumstances" i hennes sak.

- (86) C har også et betydelig kortere opphold i Norge enn barna hadde i Dragansaken. Og flere av årene gjelder en periode hvor hennes følelsesmessige og sosiale bånd primært var knyttet til foreldrene. Hun ble returnert sammen med sine foreldre til et land hvor hun har to halvsøsken. Og i likhet med hva som var tilfellet i Dragansaken og delvis forskjellig fra Buttsaken, har foreldrene hele tiden vært klar over sin plikt til å returnere til Bosnia-Hercegovina. Jeg viser til at ved hvert avslag på opphold i Norge ble de gjort kjent med sin plikt til å forlate landet – en plikt som de hele tiden har misligholdt. Spørsmålet blir dermed om C i forhold til EMK artikkel 8 kan belastes sine foreldres kunnskap og mislighold. Om dette uttaler EMD i saken *Butt mot Norge* avsnitt 79:

"In this regard the Court has noted the general approach of the Borgarting High Court that strong immigration policy considerations would in principle militate in favour of identifying children with the conduct of their parents, failing which there would be a great risk that parents exploited the situation of their children in order to secure a residence permit for themselves and for the children ... The Court, seeing no reason for disagreeing with this general approach,"

- (87) Rett nok uttaler EMD i det påfølgende avsnitt 80 at "the need to identify children with the conduct of their parents could not always be a decisive factor". Når EMD i Buttsaken fant at det ikke burde foretas identifikasjon, ble dette begrunnet med at "in the concrete case there had been no such risk of exploitation as mentioned above since the applicants had reached the age of majority and their mother had died". Buttsaken atskiller seg altså klart fra vår sak som på ingen måte er atypisk, idet foreldrene over år – i likhet med en god del andre familier – har misligholdt sin plikt til å forlate landet. Når man da, som EMD understreker i Buttsaken avsnitt 90, skal "strike a fair balance between its public interest in ensuring effective immigration control, on the one hand, and the applicants' interests in remaining in Norway in order to pursue their private- and family life, on the other hand", har jeg kommet til at det i denne saken uansett ikke foreligger "exceptional circumstances". Utsendelsen av familien til Bosnia-Hercegovina krenket dermed ikke Cs rettigheter etter EMK artikkel 8.
- (88) *Kan det gis fastsettelsesdom for at utsendelsen av C krenker barnekonvensjonen artikkel 3?*
- (89) Etter mitt syn kan det ikke av våre internasjonale forpliktelser utledes noe krav om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3. Spørsmålet er dermed om det følger av tvisteloven § 1-3 at det kan kreves fastsettelsesdom for en slik krenkelse. Etter paragrafens første ledd forutsettes at det er tale om et "rettskrav", og andre ledd krever at det foreligger et "reelt behov" for å få avgjort kravet. Det er dermed naturlig å undersøke forarbeidene til tvisteloven § 1-3 og hvilke konsekvenser man i praksis og teori har trukket av dem.
- (90) I NOU 2001: 32 Rett på sak Bind A drøfter Tvistemålsutvalget forholdet til internasjonale konvensjoner i del II punkt 4.3. Særskilt prøving av konvensjonsbrudd ble drøftet i forhold til EMK og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, SP, og det ble vist til at EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 tredje ledd begge stiller krav om et effektivt, nasjonalt rettsmiddel. Samme sted presiseres det at "[h]vilken myndighet, og hvilken form rettsmidlet skal ha, er det i utgangspunktet opp til hver konvensjonsstat å avgjøre, ...

Det stilles altså ikke noe generelt krav om domstolsadgang i menneskerettighetssaker, ...".

- (91) Ved lov 1. august 2003 nr. 86 ble barnekonvensjonen tilføyd i menneskerettsloven § 2. Den ble dermed direkte anvendelig som norsk lov slik at konvensjonen ved motstrid går foran annen norsk lovgivning, jf. lovens § 3. Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) inneholder uttalelser om betydningen av at barnekonvensjonen likestilles med de to nevnte konvensjonene. På side 25 uttales det:

"Inkorporasjon av barnekonvensjonen er den innarbeidingsmetode som gir den sterkeste signaleffekt både nasjonalt og internasjonalt. Ved å inkorporere barnekonvensjonen viser norske myndigheter tydelig at Norge tar konvensjonen alvorlig, og at vi formelt sett oppfyller konvensjonens krav. Dette kan være en fordel for Norges internasjonale menneskerettsarbeid rettet mot barn. Det vil være lettere å stille krav til andre stater når vi selv har inkorporert konvensjonen, og dermed gjort den direkte anvendelig i norsk rett. Ved å inkorporere barnekonvensjonen følger Norge også opp barnekomiteens særskilte oppfordring på dette punkt.

Ved å inkorporere barnekonvensjonen vil man også ivareta hensynet til en helhetlig framstilling av barns rettigheter i norsk lov. Bestemmelsene kan lettere leses i sammenheng, og loven vil gi en mer helhetlig oversikt over barns rettigheter. Inkorporasjon av konvensjonen vil dessuten medføre at barnekonvensjonen i seg selv framstår som en form for 'rettighetskatalog' i norsk lov"

- (92) På samme side understrekes det også at konvensjonen ved en inkorporering ville komme "på lik linje med de allerede inkorporerte menneskerettskonvensjoner".
- (93) Det er derimot ikke noe i proposisjonen som tilsier at adgangen til å få særskilt fastsettelsesdom for krenkelse av konvensjonen ble vurdert i denne sammenheng. I proposisjonen side 41–43 drøftes forholdet til den dagjeldende tvistemålsloven uten at spørsmålet om effektivt rettsmiddel nevnes. Sitatene foran gir dessuten god mening selv om inkorporeringen ikke også fikk som prosessuell konsekvens at det kan kreves særskilt dom for krenkelse av barnekonvensjonen artikkel 3. Jeg kan ikke se at det i forarbeidenes uttalelse om den generelle likestillingen med de øvrige inkorporerte konvensjonene ligger noen forutsetning om at det må kunne gis særskilt fastsettelsesdom også for brudd på barnekonvensjonen, og i alle fall ikke for brudd på prinsippet i artikkel 3. Også brudd på denne konvensjonen kan prøves ved gyldighetsprøvingen av det aktuelle vedtaket.
- (94) I Rt. 2003 side 301 kom Høyesterett til at det kan kreves fastsettelsesdom for krenkelse av EMK. Drøftelsen er imidlertid knyttet til konvensjoner som inneholder krav om et effektivt rettsmiddel på nasjonalt nivå til gjennomføring av konvensjonen – noe som er tilfellet både for EMK, jf. artikkel 13, og for SP, jf. artikkel 2 tredje ledd, se særlig dommens avsnitt 28 og 39.
- (95) At det var EMK's krav om effektivt rettsmiddel som begrunnet den særlige søksmålsadgangen ved påstand om krenkelse av denne konvensjonen, var altså lagt til grunn allerede da Justisdepartementet la fram Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) om tvisteloven. Dette følges så opp av departementet i proposisjonen. På side 154 uttaler departementet:

"Ofte blir det gjort gjeldende at en bestemmelse i en menneskerettskonvensjon er overtrådt under domstolens saksbehandling, for eksempel fordi rettergangen hevdes å krenke retten til en rask og rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 nr. 1, eller fordi det i en straffesak er tillatt opplesning av politiforklaringer i strid med EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d. Departementet anser det klart at det ikke bør åpnes for et nytt

selvstendig søksmål om hvorvidt domstolenes behandling oppfylte menneskerettskonvensjonenes krav, heller ikke der domstolene selv har unnlatt å ta stilling til det menneskerettslige spørsmålet. Når det foreligger rettskraftig dom i en sak, må spørsmålet om domstolsbehandlingen er i strid med en bestemmelse i en menneskerettskonvensjon, eventuelt avgjøres ved en klage til konvensjonsorganet.

På den annen side forekommer det tilfeller hvor det ikke finnes noe annet rettsmiddel til å få prøvd menneskerettsstrid enn søksmål for domstolene. Departementet anser det som utvalget klart at det må være adgang til å få fremmet et slikt søksmål når den aktuelle menneskerettskonvensjon stiller krav om et effektivt rettsmiddel, slik EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 gjør. Departementet viser her også til avgjørelsen i Rt. 2003 s. 301, som gjaldt et søksmål for å få prøvd om iverksettelse av en undersøkelsessak etter barnevernloven § 4-3 var i strid med EMK, jf. 11.8.1 foran. Departementet er enig med utvalget i at dette hensiktsmessig kan oppnås innenfor rammen av den alminnelige regel om søksmålsbetingelsene i lovforslaget § 1-3" (uthevet her).

- (96) Barnekonvensjonen var, som allerede påpekt, inkorporert i menneskerettsloven på dette tidspunktet. I motsetning til EMK og SP stiller imidlertid ikke konvensjonen noe krav om effektivt rettsmiddel, og den nevnes heller ikke i proposisjonen i denne sammenheng.
- (97) Spørsmålet om krav på effektivt rettsmiddel er utførlig drøftet i Schei mfl., Tvisteloven, Kommentartutgave, 2007 side 39–40 under margtittelen "[s]øksmålsvilkår og menneskerettskonvensjonene". Her heter det blant annet på side 39:
- "Også kravet i EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 (3) til effektiv nasjonal prøving av om det foreligger krenkelse av rettigheter etter konvensjonen, vil medføre at slike spørsmål i mange tilfeller må kunne bringes inn for domstolene,"**
- (98) Videre uttales det på side 40 at "[m]en det er også grunn til å fremheve, særlig i tilfeller hvor det er nærliggende at det kan foreligge en konvensjonskrenkelse, at de hensyn som ligger bak subsidiaritetsprinsippet i EMK artikkel 13, gir føringer i retning av en vid og effektiv nasjonal prøving av om det foreligger konvensjonsstrid". Også drøftelsen i samme bok på side 52–56 til å kreve særskilt fastsettelsesdom knytter seg utelukkende til SP og EMK. Barnekonvensjonen er ikke nevnt.
- (99) Denne gjennomgangen viser at det er retten til et effektivt rettsmiddel og hensynet til subsidiaritetsprinsippet som har begrunnet adgangen til å kreve særskilt fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP. Etter min mening har ikke spørsmålet kommet i noen annen stilling etter uttalelsen i Rt. 2011 side 1666 avsnitt 32 der adgangen til å avsi fastsettelsesdom for "brudd på en inkorporert menneskerettskonvensjon" gjentas som sikker norsk rett. Saken gjaldt spørsmål under EMK artikkel 5.
- (100) Jeg tilføyer at som det fremgår av dommen tidligere i dag i sak 2012/688 (HR-2012-02398-P) og mitt votum i saken her, er en ren konstatering av at en bestemt løsning er til barnets beste ikke avgjørende. Jeg kan dermed uansett vanskelig se at det da kan være tale om noe egentlig "rettskrav" ettersom hensynet til barnets beste i barnekonvensjonen artikkel 3 vil være et sentralt, men ikke nødvendigvis avgjørende, moment ved en helhetsvurdering. Og jeg kan heller ikke se at det er noe "reelt behov" for at domstolene særskilt skal prøve dette spørsmålet.
- (101) Gjennomgangen av forarbeidene gir, som jeg allerede har understreket, ikke holdepunkter for at lovgiver har tatt sikte på å åpne for at det kan kreves særskilt fastsettelsesdom for

brudd på barnekonvensjonen. Etter min mening følger dette heller ikke av rettspraksis. Jeg finner det dermed mest lojalt å konkludere med at spørsmål om brudd på barnekonvensjonen må prøves i tråd med det generelle utgangspunktet i norsk rett hvor rettslige spørsmål vurderes i dommens premisser som ledd i prøvingen av tvistegenstanden i saken. I denne sammenheng har jeg også lagt vekt på at det fremstår som vanskelig å overskue hvilke konsekvenser det vil ha om man åpner for at det – og da med generell rekkevidde – også kan kreves særskilt fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3.

(102) Min konklusjon er etter dette at kravet om fastsettelsesdom for at utsendingen av C var i strid med barnekonvensjonen artikkel 3, må avvises.

(103) Det er ikke krevd sakskostnader.

(104) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Kravet om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 avvises.
2. Staten v/Utlendingsnemnda frifinnes for påstanden om brudd på EMK artikkel 8.
3. For øvrig forkastes anken.

(105) Dommer **Bårdsen**: Jeg er kommet til et annet resultat enn førstvoterende. UNEs beslutning 15. desember 2010 om ikke å ta til følge omgjøringsanmodningen fra familien BC, er etter min mening ugyldig. Jeg er dessuten kommet til at det foreligger brudd på barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og EMK artikkel 8.

(106) Mitt syn på barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, utlendingsloven § 38 tredje ledd og utlendingsforskriften § 8-5 fremgår av mitt votum i sak 2012/688 (HR-2012-02398-P) tidligere i dag. Der har jeg også redegjort for mitt syn på domstolenes kompetanse ved prøving av UNEs vedtak. Jeg viser til dette, og legger det til grunn også nå. Valget mellom en datids- eller en nåtidsvurdering er ikke avgjørende i den foreliggende sak.

(107) Det er i første rekke Cs situasjon som har interesse, og jeg konsentrerer meg om henne. Det fremgår av vedtaket at hun ble født i Norge i 2003, og jeg oppfatter det UNE skriver slik at hun på alle måter var ei godt integrert jente da UNE avslo omgjøringsbegjæringen i desember 2010.

(108) Vedtaket er lite konkret og mindre informativt når det gjelder forholdene omkring C. Det er på det rene at hun ikke på noe tidspunkt har fått mulighet til å formidle sine erfaringer, tanker og følelser til UNE. Jeg minner her om barnekonvensjonen artikkel 12 om barns rett til å bli hørt. Retten gjelder uavhengig av om myndighetene antar at barnet har lite å bidra med, jf. Barnekomitéens *General Comment* nr. 12 (2009) avsnitt 19 og 20.

(109) Det fremgår ikke entydig om UNE anså Cs tilknytning til Norge som så sterk at den isolert sett tilsa oppholdstillatelse. Og nemnda har ikke trukket noen bestemt konklusjon med hensyn til hvilken løsning som var den beste for henne. UNEs begrunnelse må

imidlertid, når den ses i sammenheng, oppfattes slik at C hadde opparbeidet seg en så sterk tilknytning til Norge at det alt i alt ville være best for henne om hun fikk bli boende her sammen med sin familie. Også staten har for Høyesterett bygget på en slik forståelse.

(110) UNEs begrunnelse for likevel å nekte oppholdstillatelse er følgende:

"Nemnda er enig i at innvandringspolitiske hensyn gjør seg sterkt gjeldende i en sak som denne, og at disse hensyn må gis større vekt i helhetsvurderingen i denne saken. Det vises til at klagerne ikke rettet seg etter plikten til å forlate riket da de fikk det endelige vedtaket 01.02.2005, før saken ble berostilt 15.09.2006. Klagerne rettet seg heller ikke etter plikten til å forlate riket etter at det i nemndmøte ble besluttet å ikke omgjøre vedtaket. Klagerne har således totalt sett oppholdt seg ulovlig i riket mer enn 4 år og 10 måneder. Nemnda bemerker særlig at klagerne har blitt kontaktet av politiets utlendingsenhet ved flere anledninger og blitt anmodet om å skaffe reisedokumenter. Fremskaffelse av slike dokumenter anses mulig, men krever fremmøte ved ambassaden, noe klagerne har vært uvillige til å gjøre. Etter nemndas vurdering tilsier innvandringspolitiske hensyn at en slik trenering av utreiseplikten ikke bør premieres med en tillatelse."

(111) Det er uklart om det medfører riktighet at familien ble kontaktet "ved flere anledninger" av politiets utlendingsmyndighet, for å medvirke til å fremskaffe reisedokumenter. Jeg går ikke inn på detaljene her. Det er under enhver omstendighet avklart at eventuelle henvendelser om dette først kom etter mars 2010. Jeg har vanskelig for å se at dette elementet da kan tillegges noen vekt utover det som ellers ligger i at familien fortsatt ble i landet og ikke medvirket til utreise.

(112) Jeg viser til mitt votum i sak 2012/688 (HR-2012-02398-P), hvor jeg blant annet fremhevet at ulovlig opphold og manglende medvirkning til utreise kan vektlegges ved avveiningen etter barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, men at den løsning som best tjener lengelevende barn med sterk tilknytning til riket vanskelig kan velges bort, under henvisning til at barnets tilknytning til Norge er etablert ved ulovlig opphold, og fordi foreldrene har forholdt seg passive og ikke har medvirket til utreise. UNE har bygget på at de "innvandringspolitiske hensyn gjør seg sterkt gjeldende i en sak som denne", og har funnet "at disse hensyn må gis større vekt i helhetsvurderingen i denne saken". Det er da usikkert om nemnda har bygget på en riktig avveiningsnorm. Begrunnelsen skaper i hvert fall betydelig tvil knyttet til om hensynet til Cs beste er blitt behandlet som så grunnleggende som barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 krever – om dette har vært forsvarlig vurdert og avveid. Vedtaket må da kjennes ugyldig.

(113) C og hennes familie ble uttransportert til Bosnia-Hercegovina i mars 2012. Det er krevd dom for at dette var en krenkelse av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og EMK artikkel 8.

(114) Etter tvisteloven § 1-3 kan det reises sak for domstolene om "rettskrav". Bestemmelsen omfatter tvist om noe er "lovlig" eller "rettsstridig", jf. Skoghøy, Tvisteløsning (2010) side 360 flg., med videre henvisninger. I Rt. 2011 side 1666 avsnitt 32 er det i tråd med dette slått fast som "sikker rett at det kan reises *fastsettelsessøksmål* med krav om dom for at det foreligger brudd på en inkorporert menneskerettskonvensjon, jf. Rt. 2003 side 301 avsnitt 39". Søksmålsadgangen følger altså direkte av intern norsk rett, helt uavhengig av hvor langt de aktuelle konvensjoner krever domstolsbehandling ved påstand om konvensjonsbrudd.

- (115) Staten har gjort gjeldende at det likevel ikke er anledning til å få dom for krenkelse av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Det er argumentert med at konvensjonsregelen er en overordnet retningslinje som ikke danner grunnlag for umiddelbare rettigheter eller plikter. Spørsmålet om artikkel 3 nr. 1 er krenket, egner seg etter statens oppfatning ikke til å bli avgjort særskilt.
- (116) Jeg ser det slik at dette dels er et spørsmål om selve normen i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 pålegger konvensjonsstatene konkrete plikter overfor det enkelte barn. Dette beror på en tolkning av konvensjonen, og omtales gjerne som et spørsmål om normen er "håndhevbar" ("justiciable").
- (117) Barnekonvensjonen fastsetter "the Rights of the Child". Av artikkel 2 følger det at statene "shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction". Artikkel 4 første punktum slår dessuten fast at statene "shall undertake all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention". I Barnekomitéens *General Comment* nr. 12 (2009) avsnitt 18 fremheves at [t]he Convention recognizes the child as a subject for rights, and the nearly universal ratification of this international instrument by States parties emphasizes this status". Det er etter mitt syn hevet over enhver tvil at konvensjonen tar sikte på individuelle rettigheter for det enkelte barn.
- (118) Ordlyden i artikkel 3 nr. 1 er vag og generell. Dette er ikke noe særsyn i menneskerettslig sammenheng. Og selve den språklige utformingen fratar naturligvis ikke normen man oppstiller med utgangspunkt i ordlyden, dens karakter av å være rettslig forpliktende for staten. Det gjør heller ikke den omstendighet at normen gir anvisning på en avveining mellom motstridende hensyn og interesser. Det skulle på dette punktet være tilstrekkelig å vise til at spørsmålet om EMK artikkel 8 om retten til privat- og familielivet er krenket, blant annet beror på om inngrepet har vært nødvendig og forholdsmessig.
- (119) Artikkel 3 nr. 1 har betydning for tolkningen av konvensjonens øvrige bestemmelser og for alle nasjonale tiltak som angår barn. Den har fellestrekk med blant annet det alminnelige diskrimineringsforbudet i artikkel 2 og barns generelle rett til å bli hørt i artikkel 12. Det står for meg som nokså fremmed at ikke også slike gjennomgående normer har karakter av konvensjonsforpliktelser overfor det enkelte barn. Jeg har heller ikke funnet holdepunkter for noe annet i de konvensjonsrettslige kildene. I Barnekomitéens *General Comment* nr. 5 (2003) avsnitt 6, sies det tvert imot at "it is clear that many other articles, including articles 2, 3, 6 and 12 of the Convention, contain elements which constitute civil/political rights".
- (120) Under forutsetning av at barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 pålegger statene konkrete plikter overfor det enkelte barn, er det spørsmål om det likevel må tas reservasjoner for muligheten til rettslig håndheving av disse ved domstolene i Norge. Dette omtales gjerne som et spørsmål om normen er "selvkraftig" ("self-executive)", og beror på hvilken stilling konvensjonsrettigheten har i norsk rett.
- (121) I Barnekomitéens *General Comment* nr. 5 (2003) avsnitt 19 gis det uttrykk for at konvensjonstatenes generelle gjennomføringsforpliktelse i artikkel 4 blant annet innebærer at statene "need to ensure, by all appropriate means, that the provisions of the Convention are given legal effect within their domestic legal system". Komitéen fremhever videre at det er særlig viktig "to clarify the extent of applicability of the

Convention in States where the principle of 'self-execution' applies and others where it is claimed that the Convention 'has constitutional status' or has been incorporated into domestic law". I avsnitt 24 understreker Barnekomitéen dessuten at konvensjonens gjennomføringsforpliktelser også omfatter å stille til rådighet effektive nasjonale rettsmidler:

"For rights to have meaning, effective remedies must be available to redress violations. This requirement is implicit in the Convention and consistently referred to in the other six major international human rights treaties."

- (122) I forbindelse med inkorporeringen av barnekonvensjonen, fremhevet departementet i Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) side 25 blant annet følgende:

"Inkorporasjon av barnekonvensjonen er den innarbeidingsmetode som gir den sterkeste signaleffekt både nasjonalt og internasjonalt. Ved å inkorporere barnekonvensjonen viser norske myndigheter tydelig at Norge tar konvensjonen alvorlig, og at vi formelt sett oppfylder konvensjonens krav. Dette kan være en fordel for Norges internasjonale menneskerettsarbeid rettet mot barn. Det vil være lettere å stille krav til andre stater når vi selv har inkorporert konvensjonen, og dermed gjort den direkte anvendelig i norsk rett. Ved å inkorporere barnekonvensjonen følger Norge også opp barnekomiteens særskilte oppfordring på dette punkt."

- (123) Barnekonvensjonen skulle altså være "direkte anvendelig". Og departementet forutsatte på side 25 i proposisjonen, at den da ble gitt virkning "på lik linje med de allerede inkorporerte menneskerettighetskonvensjoner" og fikk "samme formelle rettsstilling" som disse. Man ønsket ikke "et uheldig skille mellom de allerede inkorporerte konvensjoner og barnekonvensjoner" som kunne "oppfattes som et signal om at barnekonvensjonen ikke er like viktig som disse". På side 57 i proposisjonen fremhevet departementet spesielt at ved inkorporeringen ville barnekonvensjonen "i seg selv framstå som en rettighetskatalog i norsk lov".
- (124) Det er på det rene at man i denne forbindelsen var oppmerksom på problemstillingene omkring "selvkraft", jf. Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) side 16 og 26, jf. også Innst. O. nr. 92 (2002–2003) side 3. Men man tok likevel ikke noen reservasjoner med hensyn til at enkelte konvensjonsbestemmelser ikke skulle ha umiddelbar internrettslig virkning. Konvensjonen skulle tvert imot, og i sin helhet, gjelde som norsk lov. Dette omfatter da også artikkel 3 nr. 1.
- (125) Jeg ser ikke bort fra at man for de rettighetene i konvensjonen som er av økonomisk, sosial eller kulturell karakter, må knytte gjennomføringen tettere opp til supplerende nasjonale rettsgrunnlag, jf. barnekonvensjonen artikkel 4 andre punktum og Rt. 2001 side 1006, på side 1015. Men slike begrensninger er det ikke grunnlag for når det gjelder artikkel 3 nr. 1, i hvert fall ikke i den kontekst vår sak gjelder. Jeg tilføyer at kravet om rettslig interesse i tvisteloven § 1-3 vil fange opp søksmål der tolkningen og anvendelsen av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 eventuelt ikke er egnet til særskilt avgjørelse.
- (126) På denne bakgrunn mener jeg at det kan gis dom for at barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 er krenket, i tråd med det som i Rt. 2011 side 1666 avsnitt 32 ble slått fast som den alminnelige og etablerte ordningen for de inkorporerte menneskerettighetskonvensjonene.

- (127) Familien BC måtte reise ut av landet i mars 2012, og har ikke kunnet returnere. De har da rettslig interesse i å få vurdert om utsendelsen var i samsvar med barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.
- (128) Bedømmelsen tar utgangspunkt i situasjonen slik den var i mars 2012, da familien ble uttransportert. C var åtte og et halvt år gammel. Det er nærliggende å anta at hennes tilknytning til Norge på dette tidspunktet var enda sterkere enn da UNE traff sitt siste vedtak, omkring ett og et halvt år tidligere. Det er imidlertid ikke dokumentert at UNE foretok noen ny formalisert vurdering av Cs situasjon i forbindelse med utsendelsen. Hun ble heller ikke da hørt, slik barnekonvensjonen artikkel 12 krever.
- (129) Jeg har konkludert med at beslutningen om ikke å omgjøre avslaget på søknaden om oppholdstillatelse for familien BC, er ugyldig. Begrunnelsen for dette er usikkerhet knyttet til om UNE benyttet riktig avveiningsnorm, og om hensynet til det som var best for C, har vært behandlet som så grunnleggende som barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 krever. Det er ikke i samsvar med artikkel 3 nr. 1 å la et slikt vedtak danne grunnlag for uttransportering. Konvensjonsbruddet forsterkes ved at man ved utsendelsen ikke formaliserte en fornyet og samlet vurdering av Cs situasjon, hvor også hun ble hørt.
- (130) Det bør etter dette avsies dom for at utsendelsen innebar en krenkelse av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.
- (131) Det er også krevd dom for krenkelse av EMK artikkel 8. Vilkårene for å kreve slik dom er til stede. Spørsmålet er om det foreligger en krenkelse.
- (132) Jeg understreker at familien BC er samlet, og at det ikke påstås å foreligge noen krenkelse av familielivet. Spørsmålet er om vernet av privatlivet i artikkel 8 omfatter de personlige og sosiale bånd som C har etablert i de åtte og et halvt årene hun har bodd i Norge.
- (133) Umiddelbart kan det virke fremmed å regne slike bindinger som en del av privatlivet. Men EMD har i flere avgjørelser åpnet for dette, jf. for eksempel dom 24. november 2009 i *Omojudi mot Storbritannia* avsnitt 37. I disse sakene har det vært tale om etablerte innvandrere ("settled migrants"), slik førstvoterende har redegjort nærmere for. Tilknytning ved et midlertidig, tålt eller ulovlig opphold har EMD ikke tidligere trukket inn under privatlivsvernet i artikkel 8. Jeg viser som illustrasjon til avvísingsavgjørelsene 16. juni 2009 i *A.M. og andre mot Sverig* og 7. oktober 2004 i *Dragan og andre mot Tyskland*.
- (134) I EMDs dom 4. desember 2012 i *Butt mot Norge* avsnitt 78 ble det imidlertid lagt til grunn at beskyttelsen av privatlivet etter artikkel 8 på dette punktet ikke er begrenset til personlige og sosiale bånd for etablerte innvandrere ("settled migrants"). Jeg forstår dommen slik at også en tilknytning som er skapt ved et midlertidig, tålt eller ulovlig opphold – om den er tilstrekkelig sterk – i prinsippet vil være omfattet av privatlivsvernet etter artikkel 8 nr. 1. Domstolen understreker imidlertid i avsnitt 79 at blant annet utvisning eller pålegg om utreise bare helt unntaksvis – "in exceptional circumstances" – vil være i strid med artikkel 8, ettersom blant annet innvandringsregulerende hensyn normalt kan tillegges stor vekt i den forholdsmessighetsvurderingen som uansett skal foretas etter artikkel 8 nr. 2.

- (135) Butt-saken skiller seg på mange punkter fra den Høyesterett nå har til behandling. Det er særlig grunn til å merke seg at klagerne kom til Norge i 1989 da de var tre og fire år gamle, og deretter – med unntak for perioden fra sommeren 1992 til januar 1996 – bodde her opp til voksen alder, sammen med sin tante og onkel. Moren gikk i dekning ved årsskiftet 2000–2001, og døde i Pakistan sju år senere. Søskenparets tilknytningen til Norge var altså meget sterk, og besto også av familiære bånd.
- (136) Selv om C er født i Norge og bodde her helt til utsendelsen, er hennes tilknytning klart svakere, og den er begrenset til personlige og sosial bindinger. Men det må etter mitt syn legges til grunn at også barn på hennes alder kan etablere personlige og sosiale bånd som omfattes av privatlivet i EMK artikkel 8 nr. 1. Og jeg har vanskelig for å se at ikke Cs tilknytning til Norge, slik den er beskrevet av UNE og må antas å ha utviklet seg etter siste vedtak der, har den varighet, kvalitet og styrke som skal til for å anse utsendelsen som et inngrep i hennes rett til privatliv.
- (137) Det er et minstevilkår for at dette inngrepet kan være konvensjonsmessig, at det er "in accordance with the law", jf. artikkel 8 nr. 2. Dette vilkåret er ikke oppfylt i Cs tilfelle. Når vedtaket er ugyldig, har utsendelsen ikke skjedd i samsvar med lov. Det er da ikke nødvendig for meg å gå inn på hvorvidt inngrepet var nødvendig og forholdsmessig, altså den avveining der EMDs forbehold om "exceptional circumstances" er særlig relevant.
- (138) Min konklusjon blir etter dette at det også må avsies dom for at utsendelsen innebar en krenkelse av EMK artikkel 8.
- (139) Dommer **Matheson**: Jeg er i det vesentlige og resultatet enig med førstvoterende, dommer Matningsdal, med unntak av spørsmålet om det er adgang til å kreve fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3. Jeg mener at søksmålet etter barnekonvensjonen kan fremmes, men at staten må bli å frifinne.
- (140) Det er etter min oppfatning ikke grunn til å forskjellsbehandle barnekonvensjonen og EMK og SP i spørsmålet om adgangen til å få fastsettelsesdom. Barnekonvensjonen har ingen uttrykkelig bestemmelse om rett til et effektivt rettsmiddel, men lojal oppfølging av konvensjonsforpliktelsene tilsier at den som mener rettighetene etter konvensjonen er krenket, må kunne få det prøvet.
- (141) Etter mitt syn gir barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 barnet – som motstykke til at forvaltningen må behandle barnets beste som et grunnleggende hensyn – rettskrav både på at en slik vurdering faktisk blir foretatt, og at konvensjonens norm respekteres ved selve bedømmelsen. Jeg er derfor kommet til at søksmål om brudd på barnekonvensjonens artikkel 3 nr. 1 oppfylder vilkåret i tvisteloven § 1-3 nr. 1 om at det må foreligge et "rettskrav".
- (142) Ut over det jeg nå har nevnt til begrunnelse for mitt syn, kan jeg i det vesentlig slutte meg til hva annenvoterende, dommer Bårdsen har gitt uttrykk for om adgangen til å gi fastsettelsesdom for krenkelse av barnekonvensjonen artikkel 3.
- (143) Når det gjelder den konkrete vurderingen av om konvensjonens norm er oppfylt ved utsendelsen, vil den måtte foretas innenfor de samme rammer for domstolsprøving som gjelder for prøving av vedtaket om ikke å gi oppholdstillatelse. Om dette viser jeg til

avsnitt 40 i førstvoterendes votum. Bedømmelsen må foretas ut fra situasjonen på utsendelsestidspunktet.

- (144) Utsendelsen av C bygger på vedtaket av 15. desember 2010. Som det allerede har fremkommet, oppfyller vedtaket etter min oppfatning barnekonvensjonens krav til at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Med et slikt utgangspunkt kan den vurderingen som skal foretas ved utsendelsen, begrenses til en prøving av om situasjonen har endret seg vesentlig. Vedtaket ble effektivt 1 år og 3 måneder etter at det forelå. De ankende parter har som grunnlag for anførselen om konvensjonskrenkelse ikke pekt på andre forhold enn tidsmomentet, og at barnet i perioden frem til uttransporteringen hadde opparbeidet ytterligere tilknytning til Norge.
- (145) Jeg kan ikke se at det tidsmomentet vi her står overfor gjør at det skulle vært foretatt særskilt ny prøving av barnets beste. Jeg nevner for ordens skyld at lagmannsretten vurderte dette spørsmålet med utgangspunkt i situasjonen på domstidspunktet – som var 14 dager før utsendelsen fant sted – og i den forbindelse uttalte:

"Det har nå gått ytterligere 15 måneder fra Utlendingsnemnda traff sin beslutning om ikke å omgjøre vedtakene. C er blitt åtte år og syv måneder. Hennes tilknytning til lokalmiljøet på Rjukan må antas å ha blitt sterkere. Cs klare primærtilknytning er imidlertid fortsatt til foreldrene, og etter lagmannsrettens oppfatning har ikke den tiden som har gått endret på noen avgjørende måte den vurdering og avveining Utlendingsnemnda gjorde av Cs situasjon i desember 2010. Som det framgår av nemndas beslutning, er det heller ikke forhold i Bosnia-Hercegovina som tilsier at C ikke vil bli gitt forsvarlig omsorg når hun returnerer med sine foreldre dit. Dette siste er for øvrig heller ikke bestridt."

- (146) Staten må etter dette frifinnes i spørsmålet om utsendelsen av C krenker barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.
- (147) Dommer **Tjomsland:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Matningsdal.
- (148) Dommar **Utgård:** Det same.
- (149) Dommer **Stabel:** Likeså.
- (150) Dommer **Øie:** Likeså.
- (151) Dommer **Tønder:** Likeså.
- (152) Dommer **Endresen:** Likeså.
- (153) Dommer **Webster:** Likeså.
- (154) Dommer **Normann:** Likeså.
- (155) Dommer **Noer:** Likeså.
- (156) Dommer **Kallerud:** Likeså.

- (157) Dommer **Indreberg:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med tredjevoterende, dommer Matheson.
- (158) Dommer **Falkanger:** Likeså.
- (159) Dommer **Skoghøy:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Bårdsen.
- (160) Dommer **Bull:** Likeså.
- (161) Dommer **Bergsjø:** Likeså.
- (162) Justitiarius **Schei:** Likeså.
- (163) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Kravet om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 avvises.
2. Staten v/Utlendingsnemnda frifinnes for påstanden om brudd på EMK artikkel 8.
3. For øvrig forkastes anken.