



NORGES HØYESTERETT

Den 3. april 2013 avsa Høyesterett dom i

HR-2013-00704-A, (sak nr. 2012/886), sivil sak, anke over dom,

A

B

C

D

E

(advokat Halvard Helle)

mot

Staten v/Utlendingsnemnda

(Regjeringsadvokaten v/advokat Ida Thue)

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

- (1) Dommer **Matheson**: Saken gjelder spørsmål om gyldigheten av Utlendingsnemndas avslag på søknad om oppholdstillatelse for medlemmene i en pakistansk familie, bestående av mor og fire barn der ett er mindreårig. Videre gjelder saken spørsmål om gyldigheten av vedtak om å utvise moren.
- (2) A – heretter omtalt som A – flyttet i 1986 fra Pakistan til Norge etter å ha fått innvilget familiegjenforening med sin ektefelle F, som hadde kommet hit allerede i 1976. Ekteparet fikk i 1987 datteren B, i 1989 datteren C og i 1991 sønnen D.
- (3) A og datteren B fikk i mars 1992 bosettingstillatelse i Norge, mens C og D fikk slik tillatelse i januar 1997.
- (4) Barna flyttet i februar 1997 tilbake til Pakistan sammen med sin mor fordi de skulle gå noen tid på skole der og fordi As svigermor trengte pleie. B var da 10 år, C 8 år og D 6 år gammel. A fødte i september 1997 datteren E.

- (5) Ektefellen F døde brått av hjerteinfarkt 3. desember 2003. Enken fikk etter søknad ved den norske ambassaden i Islamabad umiddelbart innvilget 90 dagers besøksvisum for seg og barna. De kom til Norge 6. desember 2003. Barna var på det tidspunkt mellom 6 og 16 år gamle. Det var ved innreisen nesten syv år siden A og de eldste barna hadde forlatt Norge. De tidligere bosettingstillatelsene var derfor falt bort.
- (6) Familien søkte om oppholdstillatelse i januar 2004. Utlendingsdirektoratet avsto søknaden i april samme år ettersom vilkårene for å søke fra riket ikke var oppfylt. Det ble satt frist for utreise. Avslaget ble påklaget til Utlendingsnemnda som i november 2004 ikke tok klagen til følge. En senere anmodning om omgjøring ble ikke etterkommet.
- (7) Til tross for pålegget om å forlate landet ble A og barna værende i Norge. Utlendingsdirektoratet besluttet i juni 2008 å utvise henne ettersom hun ikke hadde reist ut frivillig. A tok da ut stevning ved Oslo tingrett med påstand om at utvisningsvedtaket er ugyldig. Saken ble senere stanset i påvente av ny behandling hos Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda.
- (8) På grunn av nye opplysninger samtykket Utlendingsdirektoratet i oktober 2008 i utsatt iverksetting av utvisningsvedtaket. Noen tid etterpå ble det fremmet nye selvstendige søknader om oppholdstillatelse for moren og hvert av de fire barna. Direktoratet fant i august 2009 å kunne gjøre unntak fra kravet om at første gangs oppholdstillatelse ikke kan søkes fra riket. Søknadene ble derfor realitetsbehandlet. Samtlige ble avslått.
- (9) Utlendingsnemnda traff 14. juni 2010 under dissens 2-1 vedtak der A ble besluttet utvist og direktoratets avslag på hennes fornyede søknad om oppholdstillatelse ble opprettholdt.
- (10) Nemnda traff samme dag under tilsvarende dissens vedtak for hvert av de fire barna der også deres søknader om oppholdstillatelse ble avslått med endelig virkning.
- (11) De ankende parter ble i vedtakene igjen gjort oppmerksom på at de pliktet å forlate landet frivillig. Oslo politikammer satte felles utreisefrist til 14. juli 2010. Begjæring til Utlendingsnemnda om utsatt iverksetting førte ikke frem. De ankende parter har likevel blitt værende i riket.
- (12) Etter de endelige vedtakene i Utlendingsnemnda ble saken for Oslo tingrett satt i gang igjen. De ankende parter nedla påstand om at alle de seks vedtakene som nå var truffet og blitt tvistegjenstand – fem individuelle vedtak som nekter de ankende parter opphold i Norge og ett vedtak om utvisning av A – er ugyldige.
- (13) Oslo tingrett fant utvisningsvedtaket uforholdsmessig overfor E og også overfor søsknene og avsa 17. november 2010 dom med slik domsslutning:
- "1. Utlendingsnemndas seks vedtak av 14.06.2010 er ugyldige.**
- 2. Staten v/Utlendingsnemnda dømmes til å betale sakens omkostninger til saksøkerne med 131.000 – etthundreogtrettientusen – kroner innen 2 – to – uker etter dommens forkynning. I tillegg kommer rettens gebyr."**
- (14) Staten anket dommen til Borgarting lagmannsrett som 5. mars 2012 avsa dom med slik domsslutning:

"1. Staten v/Utlendingsnemnda frifinnes.

2. Partene bærer hver sine sakskostnader for tingretten og lagmannsretten."

- (15) A og barna har anket til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen. Saken står i samme stilling for Høyesterett som for lagmannsretten.
- (16) De ankende parter – *A, B, C, D* og *E* – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (17) Forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 70 er et rettsanvendelsesskjønn domstolene kan prøve fullt ut. Sammenhengen mellom vedtakene gjør at dersom ett av dem skulle være ugyldig vil de de øvrige måtte revurderes. I saker som gjelder både utvisning og ulovlig opphold, er det naturlig å avgjøre gyldigheten av utvisningen først idet prøvingskompetansen her rekker lenger enn hva som ellers er situasjonen ved prøving av forvaltningsvedtak etter fritt skjønn.
- (18) En avveining mellom forholdets alvor og *As* tilknytning til Norge tilsier at vedtaket om å utvise henne fordi hun ikke har forlatt Norge etter 2004-vedtaket, er et uforholdsmessig tiltak. Hun var ved tilbakereisen til Pakistan i 1997 i en tvangssituasjon. Da hun returnerte til Norge i 2003 etter mannens død gikk hun ut fra at hun ved visumet hadde fått varig oppholdstillatelse. Hun har ikke unndratt seg vedtaket, men vært i kontinuerlig prosess om dets gyldighet. Det bør ved vurderingen av alvorlighetsgrad også ha betydning at Utlendingsdirektoratet i oktober 2008 traff vedtak om utsatt iverksetting. Hennes forutgående 11-årige lovlige opphold frem til utreisen i 1997 er ikke tillagt tilstrekkelig vekt ved forholdsmessighetsvurderingen. Hun var ved utreisen en såkalt "settled migrant" i EMK artikkel 8s forstand. På grunnlag av oppholdets varighet kunne hun da ha søkt norsk statsborgerskap, men mottok ingen veiledning om dette. Hennes nåværende integrasjon i det norske samfunnet og dårlige psykiske helse som følge av utvisningssaken, er heller ikke tillagt nødvendig vekt ved vurderingen etter § 70.
- (19) En utvisning vil dessuten være uforholdsmessig overfor den mindreårige datteren *E* som da vil måtte forlate landet sammen med moren. Selv der grunnvilkåret for utvisning anses oppfylt, er det sikker rett at hensynet til barnets beste må gis forrang også der belastningen for barnet ved en utvisning ikke kan sies å være uvanlig stor, jf. Rt. 2011 side 948 avsnitt 35.
- (20) Vedtakene der søknadene om oppholdstillatelse for hvert av familiemedlemmene avslås, er under enhver omstendighet ugyldige.
- (21) Avgjørelsen som nekter *A* opphold etter søknaden i 2009, er truffet utelukkende på grunnlag av at hun er besluttet utvist med utgangspunkt i 2004-vedtaket. Dette er en formell begrunnelse uten at realiteten i den nye søknaden er blitt vurdert. Manglende prøving av de kryssende hensyn gjør vedtaket ugyldig og resultatet grovt urimelig.
- (22) Nektelsen av å gi *E* – som er mindreårig – opphold i Norge er i strid med FNs barnekonvensjon artikkel 3 og derfor ugyldig. Hensynet til barnets beste, herunder barnets tilknytning til Norge, er ikke forsvarlig vurdert og avveid mot de motstående hensyn. Nemndas vurdering av hennes sårbarhet ved tilbakereise til Pakistan er uriktig.

- (23) Vedtakene som nekter de myndige barna *B*, *C* og *D* oppholdstillatelse, er grovt urimelige og derfor ugyldige. Den tilknytning de opparbeidet til Norge som barn forut for tilbakereisen til Pakistan i 1997, er ikke vektlagt ved vurderingen. Dette går ut over rammene for forsvarlig skjønnsutøvelse. Det er uansett grovt urimelig at disse ungdommene etter så mange år med skole og utdanning i Norge og opparbeidelse av sterk tilknytning til samfunnet her, nå skal rives opp og måtte returnere til en usikker situasjon i Pakistan. Det må ved skjønnet tillegges vekt at det opprinnelige lovlige oppholdet er av en lengde som kunne gitt grunnlag for norsk statsborgerskap. Flertallet i nemnda har sett bort fra dette.
- (24) Søknenes forutgående lovlige opphold frem til 1997 og den tilknytning de har opparbeidet til Norge gjennom de seneste år, gjør at det er en krenkelse av EMK artikkel 8 å nekte dem opphold nå. Det foreligger tilsvarende "exceptional circumstances" som omhandlet i EMDs dom av 4. desember 2012 i saken *G mot Norge*.
- (25) De ankende parter har nedlagt slik påstand:
- "1. Utlendingsnemndas vedtak om utvisning av A og avslag på søknad om arbeids- og oppholdstillatelse for A, B, C, D og E av 14. juni 2010 er ugyldige.
 2. Staten ved Utlendingsnemnda plikter innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse å erstatte de ankende parters sakskostnader for tingretten og lagmannsretten."
- (26) Ankemotparten – *staten v/Utlendingsnemnda* – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (27) Anken gjelder rettanvendelsen. Høyesterett må legge lagmannsrettens bevisvurdering til grunn for sin avgjørelse og kan ikke prøve det som er anført om at A var i en tvangssituasjon ved tilbakereisen til Pakistan i 1997. Anførlene om misforståelser i forbindelse med søknaden om 90 dagers besøksvisum i 2003 og om Es sårbarhet ved tilbakereise til Pakistan, kan heller ikke prøves.
- (28) Selv om det er en sammenheng mellom vedtakene, er det helt nødvendig – slik lagmannsretten har gjort – å vurdere gyldigheten av avgjørelsene om oppholdstillatelse før gyldigheten av utvisningsvedtaket bedømmes. Det er ved prøvingen av om utvisningsvedtaket er forholdsmessig, en viktig premisse at alle barna gyldig er nektet oppholdstillatelse i Norge.
- (29) Hensynet til Es beste etter utlendingsloven § 38 tredje ledd, jf. FNs barnekonvensjon artikkel 3, er forsvarlig vurdert og avveid mot lovlige og sentrale innvandringspolitiske hensyn. Selve interesseavveiningen kan domstolene ikke prøve.
- (30) De myndige barnas tidligere lovlige opphold i Norge frem til 1997 medfører ikke at avslagene på deres søknader om oppholdstillatelse er grovt urimelige. Det var på vedtakstidspunktet mange år siden bosettingstillatelsene hadde falt bort. Barna hadde i mellomtiden opparbeidet tilknytning til Pakistan der de har annen familie. Siden årsskiftet 2003/2004 har de oppholdt seg ulovlig i riket. De har vært kjent med dette og med plikten til å forlate landet. Synspunktene omkring statsborgerrettslige forhold som mindretallet i Utlendingsnemnda har trukket inn til støtte for å gi de ankende parter oppholdstillatelse, bygger på feilaktige rettslige utgangspunkter. Utlendingsnemndas vurdering av at

innvandringspolitiske hensyn i den foreliggende situasjon må føre til at oppholdstillatelse ikke gis, kan domstolene heller ikke prøve for deres del.

- (31) Avslagene er ikke i strid med EMK artikkel 8 ettersom retten til respekt for familieliv og privatliv ikke er krenket. De ankende parter har ikke lovlig opphold i Norge og er da ikke såkalte "settled migrants" som etter rettspraksis i utgangspunktet er en forutsetning for vern. Det foreligger ikke omstendigheter som gjør at det i saken her kan etableres vern med utgangspunkt i "exceptional circumstances" etter EMDs avgjørelse 4. desember 2012 i saken *G mot Norge*.
- (32) Utvisningsvedtaket overfor A er ikke uforholdsmessig. Det er erkjent at grunnvilkårene for utvisning er oppfylt. Ingen av hennes barn har gyldig opphold her. Ved forholdsmessighetsvurderingen har tilknytningen hun opparbeidet til Norge før tilbakereisen til Pakistan i 1997 begrenset vekt. A kom hit som voksen og har hatt hele sin oppvekst i Pakistan der hun fortsatt har sin familie. Psykiske problemer som følge av utvisningssaken kan heller ikke tillegges særlig vekt.
- (33) Utvisningen er ikke uforholdsmessig overfor E eller noen av de myndige barna. Det er for denne vurderingen sentralt at ingen av barna har gyldig opphold her og at utreiseplikten gjelder dem alle. Utvisningsvedtaket medfører derfor ikke noen splittelse av familien. Det er ingen særlig belastning for barna, som selv må forlate riket, at moren er utvist fra Norge og derfor er underlagt et innreiseforbud.
- (34) Staten har nedlagt slik påstand:
- "Anken forkastes."**
- (35) *Jeg er kommet til at anken ikke fører frem.*
- (36) Saken gjelder gyldigheten av to typer vedtak; avslag på søknad om oppholdstillatelse for alle de fem familiemedlemmene, samt vedtak om utvisning av A.
- (37) Ved vurderingen av forholdsmessigheten av utvisningsvedtaket mot A vil det være av betydning å ha klarlagt gyldigheten av avslagene på søknadene fra barna hennes om opphold i Norge. På grunn av denne sammenhengen mellom vedtakene ser jeg det derfor nødvendig å vurdere gyldigheten av oppholdsvedtakene først.
- (38) Høyesterett har i to plenumsdommer i henholdsvis Rt. 2012 side 1985 og Rt. 2012 side 2039 – som er avsagt etter at anken i denne saken ble tillatt fremmet – avklart flere spørsmål av betydning for avgjørelsen.
- (39) I drøftelsen videre vil jeg først redegjøre kort for innholdet av utlendingsloven § 38 sammenholdt med FNs barnekonvensjon artikkel 3. Dernest angir jeg hovedtrekkene ved domstolenes prøvingsrett overfor vedtak etter § 38 generelt og etter § 38 tredje ledd om barn spesielt, slik dette nå er fastlagt i Rt. 2012 side 1985. For nærmere detaljer viser jeg til førstvoterendes fremstilling i dommen, særlig avsnitt 100 flg. De øvrige avklaringene som er foretatt i plenumsdommene, kommer jeg tilbake til i den sammenheng de hører hjemme.

(40) *Kort om utlendingsloven § 38*

(41) Utlendingsloven § 38 første ledd angir når det kan gis opphold på humanitært grunnlag. Bestemmelsen lyder:

"Det kan gis oppholdstillatelse selv om de øvrige vilkårene i loven ikke er oppfylt dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller utlendingen har særlig tilknytning til riket."

(42) Etter annet ledd skal det for å avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn foretas en totalvurdering av saken. I tredje og fjerde ledd heter det så:

"I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Barn kan gis oppholdstillatelse etter første ledd selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen.

Ved vurderingen av om tillatelse skal gis, kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn, herunder

- a) mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag,
- b) de samfunnsmessige konsekvensene,
- c) hensynet til kontroll, og
- d) hensynet til respekten for lovens øvrige regler. "

(43) Av tredje ledd følger at hensynet til barnets beste "skal" tillegges vekt som et grunnleggende hensyn, mens det av fjerde ledd fremgår at det "kan" legges vekt på innvandringsregulerende hensyn. Bestemmelsen i tredje ledd suppleres av utlendingsforskriften § 8-5 som lyder:

"Ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn etter lovens § 38, skal barnets tilknytning til riket tillegges særlig vekt."

(44) Lovens § 38 tredje ledd og forskriften § 8-5 gjennomfører 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."

(45) Om avveiningen av hensynet til barnets beste opp mot andre interesser, uttaler førstvoterende i plenumsdommen i Rt. 2012 side 1985 avsnitt 134:

"Samlet sett viser forarbeidene – og etterarbeidet i Meld. St. 27 (2011–2012) – at hensynet til barnets beste skal veie tungt. Det skal legges vekt på tilknytning som er opparbeidet også mens barnet har hatt ulovlig opphold i landet. Hensynet til barnets beste kan imidlertid avveies mot eventuelle motstridende interesser. Innvandringsregulerende hensyn kan være så tungtveiende at de må gå foran hensynet til barnets beste, jf. det tidligere sitatet fra Ot.prp. nr.75 (2006–2007) side 160. Men jo tyngre hensynet til barnet er, jo mindre rom vil det bli for andre hensyn, og hensynet til barnet kan etter omstendighetene være så tungtveiende at det må slå igjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende."

- (46) *Kort om domstolenes prøvingsrett i saker etter utlendingsloven § 38*
- (47) Høyesterett har i plenumsdommen angitt rammene for domstolenes prøvingsrett overfor vedtak etter § 38 generelt og etter § 38 tredje ledd om barn spesielt.
- (48) Det slås i avsnitt 142 generelt fast at § 38 første ledd er en "kan"-bestemmelse som gir myndighetene adgang til å innvilge opphold på humanitært grunnlag etter "fritt skjønn" når det foreligger sterke menneskelige hensyn. Videre heter det i avsnittet:
- "I slike saker kan domstolene prøve forvaltningens rettsanvendelse, herunder forholdet til våre menneskerettslige forpliktelser. Videre prøves saksbehandlingen og om vedtaket bygger på riktig faktum. Men det konkrete skjønnet prøves ikke utover en kontroll av om skjønnet er tilstrekkelig bredt og saklig, og at resultatet ikke fremstår som åpenbart urimelig, jf. Rt. 2012 side 1025 avsnitt 68."**
- (49) I avsnitt 143 uttales dernest under henvisning til lovens forarbeider at "terskelen ved rimelighetsvurderingen i første rekke er et politisk spørsmål" og at "det er de ordinære rammer og prinsipp for domstolenes prøvelsesrett som kommer til anvendelse hva gjelder innholdet av utlendingsmyndighetenes frie skjønn i henhold til denne bestemmelsen".
- (50) Det uttales videre i avsnitt 144 under henvisning til tidligere rettspraksis at det ikke er åpnet for domstolskontroll med forvaltningens anvendelse av vilkårene "sterke menneskelige hensyn" eller utlendingens "særlige tilknytning til riket".
- (51) Jeg tilføyer at førstvoterendes påpekning av domstolenes adgang til å prøve om et utlendingsvedtak er "åpenbart urimelig" – se slik også Rt. 2012 side 1025 avsnitt 68 – i enkelte andre avgjørelser er omtalt som en adgang til å prøve om vedtaket er "grovt urimelig", jf. Rt. 1997 side 1784 på side 1795, eller "sterkt urimelig", jf. Rt. 2008 side 560 avsnitt 36. Det er ikke tilsiktet noen realitetsforskjell i den varierte begrepsbruken. Det sentrale er at slike vedtak ikke kan prøves av domstolene i større utstrekning enn det som følger av alminnelige regler om myndighetsmisbruk, jf. Rt. 2008 side 681 avsnitt 46. Dette gir imidlertid adgang til ikke bare å prøve om vedtaket er grovt urimelig, men også om det bygger på vilkårlighet eller usaklig forskjellsbehandling.
- (52) For vedtak etter § 38 tredje ledd og som gjelder barn, ble det i Rt. 2009 side 1261 avsnitt 77 uttalt at domstolene kan "kontrollere forvaltningens generelle forståelse av begrepet 'barnets beste' på det aktuelle saksområdet, og at hensynet er forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn". Det ble imidlertid understreket at den konkrete vurderingen av barnets beste, og den konkrete interesseavveiningen, hører under forvaltningens frie skjønn. I plenumsdommen avsnitt 149 er denne prøvingsstandarden presisert slik:
- "Oppsummeringsvis betyr dette at domstolene fullt ut kan prøve 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. Domstolene kan ikke prøve den konkrete interesseavveiningen."**
- (53) *Noen utgangspunkter for vurderingen av avslagene på søknadene om oppholdstillatelse*

- (54) Jeg går nå over til å vurdere de ugyldighetsgrunner som er anført i tilknytning til avslagene på søknadene om oppholdstillatelse; henholdsvis uriktig vurdering av hensynet til "barnets beste", grov urimelighet og krenkelse av EMK artikkel 8.
- (55) Det følger av plenumsdommen i Rt. 2012 side 1985 avsnitt 98 at det er faktum på vedtakstidspunktet som skal legges til grunn ved domstolsprøvingen, det vil her si den 14. juni 2010. Dette betyr at prøvingen skal foretas med utgangspunkt i at barnas alder er om lag 13, 19, 21 og 23 år. Videre skal det ved bedømmelsen av deres tilknytning til Norge legges til grunn at de har oppholdt seg om lag seks og et halvt år i riket, hvorav fire år ulovlig frem til Utlendingsdirektoratet høsten 2008 traff vedtak om utsatt iverksetting av utreiseplikten.
- (56) De ankende parter har for Høyesterett hatt innsigelser til lagmannsrettens bevisvurdering på flere punkter. Dette gjelder særlig bedømmelsen av årsaken til at A og barna forlot Norge i 1997. Videre gjelder det forhold rundt visumsøknaden i 2003 og det mindreårige barnet Es sårbarhet ved tilbakereise til Pakistan. I forbindelse med statens merknad om at det ikke er anket over bevisbedømmelsen har de ankende parter vist til at disse innsigelsene klart fremgår av anken og dessuten knytter seg til momenter ved rettsanvendelsesskjønnet som Høyesterett uansett kan prøve. Etter mitt syn knytter innvendingene seg i det vesentlige til klare bevissspørsmål som lagmannsretten har avgjort etter omfattende bevisførsel. Høyesterett er etter dette henvist til å legge lagmannsrettens bevisresultat til grunn for bedømmelsen av vedtakenes gyldighet. Jeg vil derfor ikke gå inn på anførsler som bygger på en annen vurdering av sakens faktum enn det lagmannsretten har lagt til grunn. Dette omfatter også lagmannsrettens vurdering av at den tilknytning E har opparbeidet ved å ha oppholdt seg i Norge fra hun var 6 år gammel, er av større betydning for henne enn hennes tidligere opphold i Pakistan.
- (57) Jeg ser først på spørsmålet om hensynet til "barnets beste" kan medføre at vedtaket mot E er ugyldig.
- (58) *Spørsmålet om hensynet til "barnets beste" er forsvarlig vurdert og avvleid mot innvandringsregulerende hensyn*
- (59) Ettersom E er et barn i utlendingslovens forstand, krever § 38 tredje ledd som nevnt at hensynet til "barnets beste" skal være et grunnleggende hensyn ved vurderingen av om hun skal gis oppholdstillatelse.
- (60) Nemnda innleder drøftelsen av dette spørsmålet med å gjøre rede for innholdet i § 38 og Es situasjon. Det tas utgangspunkt i lovens ordlyd og fremheves at avgjørelsen vil bero på en totalvurdering. Nemnda peker på at lovens regel innebærer at barn kan få opphold selv om tillatelse ikke ville blitt gitt til en voksen på samme grunnlag. Deretter presiseres det at selv om hensynet til barn er et sentralt hensyn, kan det også overfor dem legges vekt på innvandringsregulerende hensyn. Det vises videre til forskriften § 8-5 om at barns tilknytning til riket skal tillegges særlig vekt. Under henvisning til forarbeidene til den tidligere utlendingsforskriften § 21b blir det pekt på at barnets alder i oppholdstiden vil kunne ha betydning, og at barn som går på skole, normalt vil ha en sterkere tilknytning til Norge enn barn under skolepliktig alder. Andre tilknytningsmomenter som fritidsaktiviteter, språkbeherskelse og situasjonen ved retur til hjemlandet, blir også fremhevet.

- (61) Etter min oppfatning gir nemnda her, på bakgrunn av hva jeg allerede har sitert fra Rt. 2012 side 1985 avsnitt 134, uttrykk for en riktig oppfatning av hvordan hensynet til "barnets beste" etter lov og forskrift skal forstås og avveies mot andre hensyn.
- (62) Flertallet i nemnda har for sin avgjørelse lagt til grunn at E har "en alder, oppholdstid og tilknytning gjennom skolegang som etter praksis tilsier at det blir gitt tillatelse". Ettersom dette har vært nemndas utgangspunkt, legger jeg ved min bedømmelse mindre vekt på at flertallet i sin vurdering av motstående hensyn – slik lagmannsretten har sett det – uriktig la til grunn at E har like sterk tilknytning til Pakistan som til Norge.
- (63) Ved sin avveining av de motstående hensyn la nemndas flertall vekt på at E ville returnere til Pakistan sammen med sin mor og sine tre søsken. Det sier seg selv at hensynet til barnets beste måtte vært bedømt annerledes dersom noen i den øvrige familie var blitt innvilget opphold her.
- (64) Ut fra kulturelle og familiemessige forhold kunne flertallet heller ikke uten videre se at det ville være til barnets beste å få bli i Norge. Det ble videre lagt vekt på innvandringsregulerende hensyn ved at en tillatelse dels vil kunne påvirke foreldre i andre saker til å handle på samme måte, dels vil kunne innebære en premiering av manglende respekt for et pålegg om å forlate landet.
- (65) Dernest ble det pekt på rekkevidden en slik tillatelse vil ha ved at oppholdstillatelse til barnet også vil medføre at moren og de myndige, hjemmевærende barna må gis slik tillatelse. Om dette heter det:
- "Å premiere slike grove brudd på utlendingsloven ved å gi en hel familie, inkludert mor og tre barn over 18 år, tillatelse i Norge alene grunnet i at ett av fire barn er mindreårig og kan sies å ha tilstrekkelig tilknytning til Norge, vil etter flertallets syn gi uheldige signaler. Konsekvensene ved en slik avgjørelse vil være at andre oppfordres til å gjøre likedan. Det vil igjen si at faren for at barn utnyttes ved å gi dem en barndom tuftet på usikkert oppholdsgrunnlag for å sikre seg og familien opphold i Norge vil kunne øke."**
- (66) På bakgrunn av flertallets drøftelse og begrunnelse finner jeg det ikke tvilsomt at hensynet til Es beste er blitt tillagt vekt som et grunnleggende hensyn. Dette hensynet er forsvarlig vurdert og avveid mot innvandringsregulerende hensyn. Jeg er ikke enig med de ankende parter i at vedtaket etterlater tvil om dette. Den konkrete vurderingen av hva som er til barnets beste, og den konkrete interesseavveiningen i forhold til motstående hensyn, kan domstolene som nevnt ikke prøve.
- (67) *Spørsmålet om vedtakene er grovt urimelige*
- (68) Jeg går så over til å vurdere hvorvidt avslagene på søknadene om oppholdstillatelse er grovt urimelige og derfor ugyldige.
- (69) Anførselen om grov urimelighet knytter seg særlig til vedtakene vedrørende de myndige barna og moren. Den tar utgangspunkt i at disse oppholdt seg lovlig i Norge frem til 1997.
- (70) Etter min oppfatning må anførselen forstås slik at den både retter seg mot manglende bredde i det skjønne nemnda har foretatt, og mot resultatet som sådan på bakgrunn av den historiske tilknytning familien har til Norge. Mellom disse angrepsvinklene, som begge

kan prøves av domstolene, er det glidende overganger. Etter min oppfatning kan ingen av dem føre frem.

(71) Domstolskontrollen med forvaltningsvedtak må foretas med utgangspunkt i hva som fremgår av vedtaket. Jeg ser først på hvorledes nemnda har vurdert de myndige søsknenes tidligere opphold. Ettersom det i alle vedtakene er gitt en likelydende begrunnelse for å avslå søknadene, bedømmer jeg dette spørsmålet under ett.

(72) Nemnda tar utgangspunkt i den påklagede avgjørelsen, og redegjør for hvordan direktoratet har begrunnet sitt vedtak. Utlendingsnemnda oppsummerer dette slik:

"Det ble vist til klagerens forutgående opphold i Norge, oppholdet i Pakistan samt til at hun kom tilbake til Norge på visum i slutten av 2003. Det ble bemerket at klageren har gått på skole i tiden deretter i Norge under ulovlig opphold. Det ble ikke lagt vekt på tilknytning opparbeidet under ulovlig opphold. Det krevdes videre opphold i 8-10 år med tillatelse før oppholdstiden i seg selv dannet grunnlag for opphold i Norge. Det ville stride mot innvandringspolitiske hensyn og allmennpreventive hensyn å gi tillatelse på grunnlag av nevnte bestemmelser."

(73) Nemnda har ut over det den her har hentet frem fra direktoratets begrunnelse, også i sin egen vurdering pekt på at barna "har hatt opphold i Norge i to perioder, siste gang over 6 år".

(74) Flertallet understreker at avgjørelsen etter utlendingsloven § 38 skal bygge på en totalvurdering. I denne vurderingen heter det:

"Etter forskriften § 8-5, jf. lovens § 38, skal barns tilknytning til riket tillegges særlig vekt. Med 'barn' er ment personer som på vedtakstidspunktet er under 18 år. Klageren regnes ikke som barn etter denne bestemmelsen.

Flertallet finner at klageren for øvrig ikke har en slik særlig tilknytning til riket som tilsier at tillatelse bør innvilges etter ovennevnte bestemmelse. Det bemerkes at oppholdstid i Norge i forbindelse med opphold uten tillatelse i utgangspunktet ikke danner slik særlig tilknytning. Flertallet mener det ikke er grunnlag for en annen vurdering i klagerens tilfelle."

(75) Vurderingen til nemndas flertall av de myndige søsknenes tilknytning til Norge er knapp. Vedtakene etterlater imidlertid gjennom sin oppbygning og beskrivelse av de individuelle saksforholdene ingen tvil om at flertallet var seg bevisst barnas tidligere opphold her. De likelydende vota fra nemndas mindretall som fant det avgjørende for sitt syn at "samtlige av barna har bodd mer enn halvparten av sine liv i Norge", bekrefter at nemndas flertall ved sin totalvurdering må ha hatt alle relevante omstendigheter vedrørende barnas tilknytning til Norge klart for seg.

(76) Selv om flertallet – når det kommer til at klagerne "for øvrig ikke har en slik særlig tilknytning til riket som tilsier at tillatelse bør innvilges" – ikke har synliggjort hvilken betydning det tidligere oppholdet har for avveiningen, finner jeg det på bakgrunn av opptakten lite tvilsomt at dette elementet nødvendigvis må ha inngått i vurderingen. Hvilken vekt momentet har hatt i avveiningen mot andre hensyn – altså den konkrete interesseavveiningen – kan domstolene ikke prøve, med mindre den fremstår som vilkårlig eller grovt urimelig.

- (77) Før jeg ser på spørsmålet om urimelighet, må det bemerkes at jeg ikke kan se at det ved nemndas vurdering skulle ha vært tillagt særlig vekt at Bs, C' og Ds ulovlige opphold i Norge etter 2003 ble opparbeidet mens de ennå var barn i barnekonvensjonens forstand; for Ds del i nesten hele perioden. Selv om tilknytning opparbeidet som barn ikke opphører ved myndighetsalder, skal hensynet til "barnets beste" først og fremst verne barn fordi de *er* barn, og ikke interesser de har opparbeidet *som* barn. I motsatt fall blir den praktiske konsekvens lett at hensynet til "barnets beste" får rekkevidde langt ut over den periode vedkommende er barn i rettslig forstand. Det kan ikke være meningen.
- (78) Denne vurderingen endres etter min oppfatning ikke av at departementet i Ot.prp. nr. 46 (1986–87) side 78 generelt har antydning at etter en tidligere "botid på f.eks. 10 år" vil en kunne "anse tilknytningen for å være så sterk at det fortsatt bør være åpning for utlendingen i Norge etter en dels års fravær". Selv om B var ti år gammel da hun i 1997 reiste fra Norge og til Pakistan, oppholdt hun seg, gikk på skole og deltok i familieliv der i nærmere syv barne- og ungdomsår. Hun hadde i brorparten av sin botid i Norge på grunn av ung alder dessuten sin nærmeste tilknytning til foreldrene og ikke til omverden for øvrig. Jeg kan derfor ikke se at departementets antydning om gjennomslagskraften til en tidligere botid på ti år er normerende for avgjørelsen i foreliggende sak.
- (79) Jeg går så over til spørsmålet om den konkrete interesseavveiningen nemnda har foretatt da den kom til at klageren "ikke har slik særlig tilknytning til riket som tilsier at tillatelse bør innvilges", er grovt urimelig. Dette kan som nevnt domstolene prøve.
- (80) Det er etter gjeldende rett "opplagt at det ut fra innvandringsregulerende hensyn må gjelde klare begrensninger i forhold til hvilke rimelighetsgrunner som skal kunne anses tilstrekkelig tungtveiende for å innvilge opphold", jf. NOU 2004: 20 Ny utlendingslov side 263 og Rt. 2009 side 1374 avsnitt 38. Som jeg allerede har gjengitt fra plenumsdommen i Rt. 2012 side 1985 avsnitt 143, er selve terskelen for rimelighetsvurderingen et politisk spørsmål. Det skal altså svært meget til for å sette et forvaltningsvedtak til side alene på det grunnlag at vedtaket er grovt urimelig, se også jf. Rt. 1997 side 1784 på side 1795. Denne strenge normen gjelder for forvaltningsvedtak generelt, og ikke bare i utlendingssaker. Jeg viser her til Rt. 2002 side 209 der det uttales at domstolenes tilbakeholdenhet med å overprøve rimeligheten av forvaltningsskjønnet har sitt grunnlag i selve skillet mellom forvaltning og rettspleie. Det er svært få rene eksempler i rettspraksis på at domstolene har satt et forvaltningsvedtak til side som grovt urimelig.
- (81) Jeg kan ikke se at det i foreliggende sak er pekt på særskilte omstendigheter ved de ankende parter situasjon ut over den belastning et ufrivillig oppbrudd naturlig vil måtte innebære for dem. På bakgrunn av den terskelen jeg har redegjort for finner jeg det klart at Utlendingsnemndas avveining av de ulike momentene i saken ikke kan settes til side av domstolene som grovt urimelig.
- (82) Jeg tilføyer at de statsborgerrettslige forholdene de ankende parter har påberopt som grunnlag for at vedtakene må anses grovt urimelige, etter min oppfatning bygger på uriktige rettslige utgangspunkter.
- (83) A hadde ved utreisen fra Norge oppholdt seg her i 11 år. Etter statsborgerloven § 7 første ledd bokstav e er et av vilkårene for norsk statsborgerskap 7 års opphold i løpet av de siste 10 år; et vilkår A fylte. Bestemmelsen inneholder imidlertid flere vilkår, herunder

vilkåret i bokstav h om at søkeren "fyller kravet om løsning fra annet statsborgerskap etter § 10". Statsborgerloven krever altså for norsk statsborgerskap at det på søknadstidspunktet er klarlagt at søknaden vil medføre automatisk bortfall av annet statsborgerskap – her hennes pakistanske – eller at dette vil bli brakt til opphør innen en frist på 1 år.

- (84) Jeg legger ved bedømmelsen av hvilken betydning de statsborgerrettslige forholdene har for saken til grunn at A ikke på noe tidspunkt forut for utreisen gjorde henvendelser om, eller tok skritt til, å søke norsk statsborgerskap. Jeg finner det klart at norske myndigheter ikke har noen aktiv veiledningsplikt i forhold til enkeltpersoner om slike spørsmål før det mottas en konkret henvendelse om dette.
- (85) *Særlige spørsmål i tilknytning til gyldigheten av avslaget på As fornyede søknad i 2009 om oppholdstillatelse*
- (86) Jeg skal også kort kommentere de særskilte innsigelsene som er fremsatt til gyldigheten av vedtaket om avslag på As fornyede søknad fra 2009 om oppholdstillatelse. Nemnda har avslått søknaden under henvisning til at hun – etter at hennes opprinnelige sak var blitt vurdert på nytt i 2010 – ble besluttet utvist for ikke å ha etterkommet pålegg om å forlate landet etter vedtaket i 2004. Ettersom en tillatelse til opphold vil være uforenlig med utvisningsvedtaket, finner jeg det klart at det ikke er noen feil av nemnda å bygge avslaget på konklusjonen i utvisningsvedtaket.
- (87) A har gjort gjeldende at begrunnelsen er formell og ikke reell. Jeg er ikke enig i dette. Den parallelle og fornyede prøvingen av forholdsmessigheten av utvisningsvedtaket tar svært mange av de omstendighetene som har begrunnet søknaden fra 2009, opp i seg.
- (88) *Spørsmålet om vedtakene er forenlige med EMK artikkel 8*
- (89) Jeg går etter dette over til å vurdere om avslaget på søknadene om oppholdstillatelse er en krenkelse av EMK artikkel 8. Bestemmelsen 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. "**
- (90) Ettersom Utlendingsnemndas vedtak ikke leder til noen splitting av familien, må spørsmålet om anvendelse av konvensjonsbestemmelsen vurderes som et spørsmål om retten til respekt for privatlivet er krenket ved at familiemedlemmene, som følge av nektet opphold, får sitt tilvante liv og tilknytning til Norge brutt opp.
- (91) EMD kom i dom 4. desember 2012 i saken *G mot Norge* til at EMK artikkel 8 ble krenket da Norge returnerte to personer til Pakistan som var født der av pakistanske foreldre, og som på domstidspunktet var 27 og 26 år gamle. De ankende parter har gjort gjeldende at

foreliggende sak har slike likhetspunkter med G-dommen at et krav på vern kan begrunnes i EMK artikkel 8. Jeg er ikke enig i dette.

- (92) Det er gjort nærmere rede for EMK artikkel 8 og G-dommen i plenumsdommen i Rt. 2012 side 2039 avsnitt 68 flg.
- (93) Saksforholdet i G-dommen var, som det fremgår av avsnitt 76, at det aktuelle søskenparet hadde kommet til Norge fra Pakistan da de var henholdsvis 4 og 3 år gamle. Etter tre år reiste de tilbake til Pakistan, men kom i 1996 – altså fire år senere – i en alder av henholdsvis 11 og 10 år på nytt til Norge. I de 17 etterfølgende årene oppholdt de seg hele tiden i riket. Oppholdstillatelsen ble trukket tilbake i 1999 på grunn av at moren ved søknaden om tillatelse hadde gitt uriktige opplysninger. Familien forlot imidlertid ikke landet.
- (94) Frem til omkring 2000/2001 bodde barna sammen med sin mor. Fra det tidspunkt gikk hun imidlertid i dekning og ble senere utvist. Hun døde i 2007. Etter at moren gikk i dekning ble barna tatt hånd om av en onkel og tante i Norge som de ble boende hos og etablerte en sterk tilknytning til. De fikk for alle praktiske formål all sin oppdragelse og utdanning her, behersket det norske språket til fulle og utviklet "a strong personal and social attachment to Norway". Med dette som utgangspunkt konstaterte EMD at de begge hadde etablert familie- og privatliv i Norge i konvensjonens forstand.
- (95) Graden av beskyttelse av slikt privatliv beror på hvorvidt utlendingen er en såkalt "settled migrant" – altså en innvandrer som oppholder seg lovlig i landet. I plenumsdommen i Rt. 2012 side 2039 avsnitt 80 heter det om dette:

"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 G mot Norge. Som det fremgår av sitatet fra dommens avsnitt 76, kom EMD til at søskenparet G 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."

- (96) Blant de forhold Høyesterett trekker frem i de påfølgende avsnittene i plenumsdommen som grunner til at Domstolen i G-saken kom til at det forelå "exceptional circumstances", vil jeg særlig nevne at det ulovlige oppholdet hadde strukket seg over 17 år – som er helt uvanlig lenge. Videre kunne det med utgangspunkt i utlendingsmyndighetenes vedvarende passivitet over så lang tid spørres om nektelse av oppholdstillatelse kunne begrunnes i innvandringsregulerende hensyn. Ytterligere hadde barna etablert et sterkt familie- og privatliv i Norge, samtidig som deres tilknytning til Pakistan ikke var "particularly strong". De hadde ikke sett sin far siden 1996, moren var død, og de ville "encounter social and professional difficulties" dersom de ble sendt til Pakistan.
- (97) Slik jeg ser det slår få – om overhodet noen – av disse momentene til i foreliggende sak. For det første er det – slik Høyesterett fremhever i plenumsdommen i Rt. 2012 side 2039 avsnitt 85 – ikke påvist noen avgjørelse før G-saken hvor EMD har lagt til grunn at personer som ikke er "settled migrants" likevel har etablert "private life". Det må i vår sak

tillegges stor betydning at de tidligere bosettingstillatelsene var falt bort, og at det i løpet av de mellomliggende seks og et halvt år ble etablert tilknytning til Pakistan gjennom familieliv og skolegang. Det etterfølgende ulovlige oppholdet i Norge på om lag syv år som er den periode som dermed danner utgangspunktet for vurderingen, er vesentlig kortere enn de 17 årene i G-saken.

- (98) Etter mitt syn var tilknytningen som ble etablert til Norge i G-saken gjennom en 17-årig oppvekst med ubrutt opphold her, langt sterkere enn i foreliggende sak. I denne perioden fullførte barna utdanning og etablerte familietilknytning her. G-saken er i så måte ikke et rent tilfelle av vern av privatlivet, men en sak med innslag av både familieliv og privatliv. Denne kombinasjonen virker forsterkende. Jeg legger også stor vekt på at det i G-saken ikke var samme konkurrerende tilknytning til Pakistan der barna knapt hadde reelle relasjoner.
- (99) Norske myndigheter har heller ikke gjennom sin behandling av foreliggende sak utvist en passivitet som ligner på situasjonen i G-saken. Søknader, klager og begjæringer har blitt behandlet innen rimelig tid, ledsaget av pålegg om å forlate landet frivillig og senere fulgt opp med vedtak om utvisning ettersom pålegget ikke ble etterkommet. De ankende parter har derfor ikke på noe tidspunkt kunnet ha en berettiget forventning om å få varig opphold her; dette i motsetning til G-saken der politiet allerede i 2001 hadde kommet til at det ville være uforholdsmessig å sende barna ut av Norge og derfor lot være å tvangsutsende dem, jf. Rt. 2012 side 2039 avsnitt 76.
- (100) Etter mitt syn foreligger ikke slike "exceptional circumstances" i nærværende sak som gjør at avslagene på søknadene om oppholdstillatelse er en krenkelse av EMK artikkel 8. Slik jeg ser det er avslagene på de ankende parters søknader om oppholdstillatelse etter dette gyldige.
- (101) *Spørsmålet om vedtaket om å utvise A er et uforholdsmessig tiltak og derfor ugyldig*
- (102) Utlendingsloven § 70 lyder:
- "En utlending kan ikke utvises dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn."**
- (103) Det følger av Rt. 2005 side 229 avsnitt 34 at bestemmelsen gir anvisning på et rettsanvendelsesskjønn, og at domstolene har full prøvingsrett.
- (104) Som det fremgår av § 70, er uforholdsmessighetsvurderingen knyttet til virkningen både overfor utlendingen selv og overfor de nærmeste familiemedlemmene. Jeg har tidligere konkludert med at vedtakene om å nekte As barn opphold i Norge er gyldige. Ettersom ingen av barna etter dette lovlig vil kunne oppholde seg her, vil det ikke være uforholdsmessig overfor dem at heller ikke moren kan oppholde seg i riket. Jeg kan ikke se at det da er uforholdsmessig overfor dem at moren blir *utvist* og derfor ikke lovlig kan reise inn til Norge.
- (105) Spørsmålet er derfor utelukkende om utvisningen ut fra "forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket" vil være et uforholdsmessig tiltak overfor A selv.

(106) På bakgrunn av lagmannsrettens bevisvurdering legger jeg til grunn at A ved å bli i landet til tross for utreiseplikten, ikke har forsøkt å bruke barna for å sikre familien oppholdsgrunnlag. Jeg kan imidlertid ikke se at dette endrer utgangspunktet om at manglende etterlevelse av pålegget om å forlate landet frivillig etter å ha blitt nektet opphold, må bedømmes som et alvorlig forhold. Jeg viser her til de generelle utgangspunktene i Rt. 2009 side 534 der det i avsnitt 49 blant annet heter:

" ... Et vesentlig formål med utlendingsloven er at den skal 'gi grunnlag for kontroll med inn- og utreise og utlendingers opphold i riket i samsvar med norsk innvandringspolitikk', jf. § 2 første ledd. Med det store antall søknader som fremmes etter loven, må myndighetene i stor grad basere sin kontroll på at søkere gir riktige opplysninger og for øvrig forholder seg lojalt til loven og de vedtak som fattes i medhold av den. Systemet bygger således på tillit. Allmennpreventive hensyn tilsier derfor at overtredelser bør få konsekvenser for søkerens muligheter til å oppnå de rettigheter loven gjelder."

(107) Høyesterett har i Rt. 2011 side 948 avsnitt 35 senere pekt på at overtredelser av utlendingsloven i seg selv er et betydelig samfunnsproblem som medfører store kostnader for samfunnet og har en rekke andre negative konsekvenser. Det slås på den bakgrunn fast at det av allmennpreventive grunner er nødvendig med reaksjoner som i det enkelte tilfellet kan fremstå som urimelig strenge.

(108) Det er i avsnitt 46 i den samme avgjørelsen under henvisning til Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 281 uttalt at det ved vurderingen kan tas hensyn til i hvilken grad utlendingen kan bebreides eller var i god tro. Lagmannsretten har funnet bevist at A opprinnelige søkte om besøksvisum fra ambassaden i Islamabad fordi dette "den gang ble ansett som et hensiktsmessig innreisegrunnlag" og at hun "forsettlig har unndratt seg gjennomføringen av tidligere vedtak som fastsatte utreisefrist for å forlate riket". Jeg legger etter dette til grunn at A verken var i god tro med hensyn til at hun hadde oppnådd noen permanent oppholdstillatelse, eller med hensyn til at hun kunne la være å respektere utreiseplikten.

(109) Som en konsekvens av at A oppholdt seg i Norge i de drøye seks årene mellom 2004 og vedtakstidspunktet i 2010 uten tillatelse, kan disse årene ikke tillegges særlig vekt ved vurderingen av tilknytning, jf. Rt. 2009 side 534 avsnitt 53 og Rt. 2010 side 1430 avsnitt 83.

(110) Jeg kan ikke se at det som er anført om hennes psykiske helse kan føre til noen annen vurdering.

(111) Utvisningsvedtaket mot A er av de grunner jeg her har pekt på, ikke uforholdsmessig og på den bakgrunn derfor gyldig.

(112) Anken må etter dette forkastes.

(113) Jeg stemmer for denne

D O M :

Anken forkastes.

- (114) Dommer **Andresen**: Jeg er kommet til at anken fører frem.
- (115) Førstvoterende har utførlig redegjort for domstolenes prøvelsesrett både ved avslag på søknad om oppholdstillatelse og ved utvisningsvedtak. Jeg slutter meg fullt ut til dette.
- (116) Domstolene skal ved avslag på søknad om oppholdstillatelse kontrollere at Utlendingsnemnda hadde et riktig rettslig utgangspunkt for det skjønn som er utøvet, at skjønnet er tilstrekkelig bredt. Det er etter mitt syn treffende å si at domstolene skal påse at nemnden har vektlagt de relevante hovedhensyn på en måte som samsvarer med lovgivers forutsetninger.
- (117) Hva angår selve skjønnsutøvelsen, kommer den tradisjonelle misbrukslære til anvendelse. Som påpekt i Rt. 2011 side 948 avsnitt 35, vil imidlertid vedtak på dette rettsområde lett fremstå som urimelig strenge uten at dette fører til at vedtakene av den grunn blir ugyldige. Urimeligheten knyttes til enkelttilfellet; de innvandringspolitiske hensyn er ikke like iøynefallende, og har primært vekt når det sees hen til samfunnets behov for kontroll med den samlede innvandring. Det er da ikke klart at "grov urimelighet" er den innfallsvinkel som best klargjør når misbrukslæren vil kunne føre til at et vedtak må underkjennes. Etter mitt syn er det på dette rettsfelt mer realistisk å fremheve at domstolene kan underkjenne et vedtak dersom dette fremstår som vilkårlig.
- (118) Å fremheve denne siden av misbrukslæren, understreker også det sterke slektskap mellom prøvingen av det rettslige grunnlaget for skjønnet og den prøving av selve skjønnet som misbrukslæren gir rom for.
- (119) Slik jeg ser på saken kan det konstateres at Utlendingsnemnda hadde et uriktig rettslig utgangspunkt for det utøvede skjønn, og det er da ikke grunn til å gå inn på om også misbrukslæren kunne ha ført til at vedtakene er ugyldige.
- (120) Jeg skal, som utgangspunkt si noe kort om hvilke hovedhensyn som etter gjeldende rett skal tillegges vekt ved den skjønsmessige vurdering av om vilkårene i utlendingsloven § 38 er oppfylt. Loven åpner for å innrømme oppholdstillatelse på grunnlag av særlig tilknytning til Norge og på grunnlag av sterke menneskelige hensyn. Det må foretas en samlet vurdering der både tilknytning og menneskelige hensyn må tillegges vekt.
- (121) Utlendingsloven § 38 gir ikke rettskrav på opphold, og ulike hensyn kan begrunne et avslag. De aktuelle hensyn sammenfattes gjerne som innvandringspolitiske hensyn, jf. § 38 fjerde ledd. Det å ha kontroll med innvandringen er i seg selv et vesentlig hensyn, men det er klart at også de hensyn som taler mot at det gis oppholdstillatelse, vil variere i styrke. Det understrekes da også gjerne at bruk av falske dokumenter, bruk av uriktig identitet, det å holde seg i skjul i landet eller på annen måte å unnlate å medvirke til tilbakesendelse, er forhold som med særlig tyngde tilsier at det ikke gis oppholdstillatelse.
- (122) Førstvoterende har redegjort for de ankende parters tilknytning til Norge og til omstendighetene omkring deres retur til landet i 2003. Jeg viser til dette.
- (123) For så vidt angår grunnlaget for deres opphold da familien returnerte til Norge i 2003, og det etterfølgende brudd på utlendingsloven ved ikke å returnere til Pakistan, finner jeg imidlertid grunn til særlig å fremheve at de kom til Norge på turistvisum; den eneste realistiske fremgangsmåte om de skulle delta i begravelsen av ektefelle og far. A søkte

om opphold her for seg og barnene innen turistvisumets utløp. Det er ikke gitt uriktige opplysninger. Det er ikke tale om falsk identitet; det er tvert i mot slik at det gjelder en familie som tidligere har bodd i landet i en årrekke. De bodde heller ikke på ukjent sted, men i sin egen leilighet i Oslo.

- (124) A ble i 2005 varslet om et mulig utvisningsvedtak, men vedtak ble først truffet i juni 2008. Det ble ikke gjort noen henvendelse til B og C om at de pliktet å forlate landet i forbindelse med at de to ble myndige, og det ulovlige opphold kan ikke bebreides disse ungdommene uten at det også tas hensyn til at de ikke hadde noen innflytelse på at de kom hit, og at de vanskelig alene kunne returnere til Pakistan.
- (125) For C gjelder at hun på vedtakstidspunktet overhodet ikke kan sees å ha hatt ulovlig opphold her i landet etter at hun ble myndig. Utlendingsdirektoratet traff den 28. oktober 2008, før C ble myndig, vedtak om utsatt iverksettelse av morens utvisningsvedtak. I vedtaket uttales det direkte at det gir grunnlag for å oppholde seg i Norge frem til endelig vedtak i utvisningssaken.
- (126) Denne utdypning av omstendigheter som vil ha relevans ved vurderingen av hvor stor vekt de innvandringspolitiske hensyn kan tillegges, kan synes misforstått gitt at problemstillingen her ikke er vedtakets rimelighet, men om Utlendingsnemnda har hatt et riktig rettslig utgangspunkt for sitt skjønn. Siktemålet med å vise til de ulike relevante momenter er imidlertid bare å fremheve at de innvandringspolitiske hensyn ikke kan tillegges den samme vekt i alle saker, som i saker der overtredelsene av utlendingsloven er av særlig alvorlig karakter.
- (127) Denne problemstillingen er aktuell ved prøvingen av avslagene på oppholdstillatelse for B, C og D. Som jeg kommer tilbake til, vil det ikke være riktig rettsanvendelse om vedtakene bygger på at den nyansering av de innvandringspolitiske hensyn som de omstendigheter som jeg har vist til, ikke har rettslig relevans.
- (128) Etter mitt syn kan det ikke være tvilsomt at familiens langvarige lovlige opphold i Norge før de returnerte til Pakistan, er et forhold som var relevant ved vurderingen av om vilkårene i § 38 var oppfylt på vedtakstidspunktet. På grunnlag av det som er opplyst om praksis, legger jeg til grunn at dette oppholdet ikke gir selvstendig rett til opphold, i hvert fall etter et så langt opphold i Pakistan, men det kan ikke få som konsekvens at oppholdet er uten betydning ved vurderingen av om oppholdstillatelse skal gis. Det følger klart av det førstvoterende har sitert fra Ot.prp.nr. 46 (1986–87) at så vidt langvarige opphold i Norge som det her er tale om, skulle vært tillagt betydelig vekt ved vurderingen.
- (129) Det er uttrykkelig fastslått at også ulovlig opphold her i landet er relevant ved vurderingen av barns tilknytning til Norge. De særlige regler som er gitt for barn, får imidlertid bare anvendelse for dem som ikke er fylt 18 år på vedtakstidspunktet. Det er etter mitt syn uriktig å trekke den konsekvens av dette at oppholdet i Norge som barn ikke lenger er relevant ved tilknytningsvurderingen, når den som søker oppholdstillatelse er blitt myndig på vedtakstidspunktet.
- (130) Et barn som er født i Norge, av foreldre som ikke har lovlig opphold her, og som har vokst opp her i landet de første 17 ½ år av sitt liv, på samme måte som ungdommer flest, vil normalt uten videre bli innrømmet oppholdstillatelse. Dersom søknad om oppholdstillatelse blir inngitt så sent at vedtak først kan treffes etter at barnet har fylt

18 år, fører en slik konsekvensbetraktning til at det at barnet har bodd her i landet i sine første 18 første leveår, blir rettslig sett irrelevant ved bedømmelsen av tilknytningen til Norge.

- (131) En slik forståelse av utlendingsloven § 38 gir etter mitt syn en så vidt dramatisk mangel på sammenheng i regelverket at den ikke kan legges til grunn. Den tilknytning barnet har fått ved å vokse opp her, kan ikke anses bortfalt i det øyeblikk myndighetsalder inntreffer. De særlige regler i utlendingsloven § 38 tredje ledd får ikke anvendelse, men den opparbeidede tilknytning forblir en realitet, som må inngå i vurderingen av om tilknytningskravet er oppfylt. Dette innebærer at Utlendingsnemnda skulle tatt hensyn til at B, C og D var henholdsvis 16 ½, 14 ½ og 12 ½ år da de kom tilbake til Norge i desember 2003. De tre opparbeidet som barn ytterligere tilknytning til Norge. De andre opphold i Norge varte i 5 ½ år før han ble myndig.
- (132) Endelig fremhever jeg at barnenes far, F, bodde og arbeidet i Norge fra 1976 frem til sin død i desember 2003. Han er begravd i Norge. Faren kjøpte en borettslagsleilighet, som familien bodde i frem til mor og barn returnerte til Pakistan i 1997. Leiligheten er fremdeles i familiens eie.
- (133) Jeg går etter dette over til den nærmere vurdering av om de tre vedtakene om å nekte oppholdstillatelse for B, C og D bygger på et korrekt rettslig utgangspunkt for utøvelsen av kan-skjønnet.
- (134) Utlendingsnemndas vedtak er meget kortfattede, men nemndens rettslige utgangspunkt fremgår etter mitt syn tilstrekkelig klart til at det kan prøves, og jeg er kommet til at nemnden har hatt et uriktig rettslig utgangspunkt for skjønnet.
- (135) Førstvoterende har pekt på at også nemndens flertall må ha vært kjent med oppholdet i Norge forut for retur til Pakistan i 1997. Det er selvfølgelig riktig, men spørsmålet er om nemnden har bygget på at den tilknytning til Norge som da ble opparbeidet var et hensyn av vekt ved vurderingen av om de tre hadde tilstrekkelig tilknytning til Norge.
- (136) Nemndens flertall berører ikke problemstillingen direkte i sin begrunnelse for vedtakene. Det hadde nemndens flertall all grunn til å gjøre. Utlendingsdirektoratet hadde i sine vedtak uttrykkelig, og uriktig, fastslått at "oppholdstiden før søker reiste til Pakistan får ikke betydning for videre vurdering". Nemndens taushet må dessuten tolkes på bakgrunn av at mindretallet i nemnden sterkt fremhevet betydningen av det tidligere oppholdet. Det må etter mitt skjønn da legges til grunn at det at de tre ble født i Norge, og bodde her en årrekke, ikke ble ansett relevant, i hvert fall er det tidligere opphold ikke vektlagt som et hovedhensyn ved vurderingen. At nemnden gir uttrykk for at det er foretatt en totalvurdering klargjør etter mitt syn ikke hvilke hensyn som inngikk i vurderingen.
- (137) Utlendingsnemndas rettslige utgangspunkt er også uriktig for så vidt nemnden har bygget på at det ved vurderingen helt skal ses bort fra den tilknytning de tre har opparbeidet seg til Norge i perioden etter at de kom tilbake hit som barn i 2003 og frem til myndighetsalder.
- (138) Utlendingsnemnda skriver i begrunnelsen for vedtakene ikke noe om de innvandringspolitiske hensyn utover at det påpekes at det kan legges vekt på slike hensyn.

I de påklagede vedtak sies det derimot noe om hva som holdes mot de tre i denne sammenheng:

"Søknad om oppholdstillatelse ble endelig avslått på formelt grunnlag av Utlendingsnemnda den 18.11.04, og søker og de øvrige som søkte overholdt ikke sin utreiseplikt. Ny søknad om oppholdstillatelse kom først 15.01.09. Dette selv etter at direktoratet hadde påpekt overfor søkers advokat at søker ikke hadde lovlig opphold i Norge. Dette ble sist påpekt i morens utvisningsvedtak datert 12.06.08, at både moren og barna hadde unndratt seg effektivering av Utlendingsnemndas vedtak av 18.11.04 og hadde oppholdt seg ulovlig i Norge i fire år."

- (139) Det må da legges til grunn at Utlendingsdirektoratet har ansett de særlige forhold jeg har vist til ovenfor, som irrelevante ved vurderingen av hvilken vekt de innvandringspolitiske hensyn skulle tillegges ved den skjønsmessige vurdering. Når Utlendingsnemnda ikke kommenterer problemstillingen, må det legges til grunn at dette også var Utlendingsnemndas syn. Utlendingsnemnda har også ved dette hatt et uriktig rettslig grunnlag for vedtakene. "Innvandringspolitiske hensyn" er ikke en trylleformular; prinsipielt sett er det de konkrete omstendigheter i det enkelte tilfellet som skal tillegges vekt. Hvor stor grad av bebreidelse er det rom for, og hvilken vekt har de allmennpreventive hensyn i den konkrete situasjonen.
- (140) Jeg tilføyer at jeg er innforstått med at det er tale om massevedtak, og at de innvandringspolitiske hensyn ofte vil være så klare både å identifisere og vektlegge, at en nærmere begrunnelse vil være overflødig. Det er ikke situasjonen i nærværende sak. Her kan unnlattelsen av å foreta en nærmere vurdering av de særlige omstendigheter ikke forstås på annen måte enn at Utlendingsnemnda la til grunn at de særlige omstendigheter ikke hadde rettslig relevans. Det er klart uriktig.
- (141) Samlet sett finner jeg at Utlendingsnemnda har bygget sitt skjønn på en uriktig forståelse av hvilke hovedhensyn som vil ha relevans, og en manglende forståelse av at også vekten av innvandringspolitiske hensyn må relativiseres. De tre vedtakene er etter mitt syn ugyldige.
- (142) Det er da ikke nødvendig for meg å foreta en isolert vurdering av om hensynet til E, som på vedtakstidspunktet var nesten 13 år gammel, må føre til at utvisningsvedtaket må kjennes ugyldig. Når det legges til grunn at vedtakene om å nekte hennes tre eldre søsken opphold, er ugyldige, må dette klart få den konsekvens at også utvisningsvedtaket er ugyldig. Utlendingsmyndigheten har ved behandlingen av sakene sterkt understreket den sammenheng det er mellom de fem vedtakene, og jeg finner ikke grunn til å utdype dette nærmere.
- (143) Dommer **Kallerud:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Matheson.
- (144) Dommar **Utgård:** Det same.
- (145) Dommer **Gjølstad:** Likeså.

(146) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Anken forkastes.

Riktig utskrift bekreftes: