



NOREGS HØGSTERETT

Den 14. desember 2017 sa Høgsterett dom i

HR-2017-2376-A, (sak nr. 2017/1114), sivil sak, anke over dom,

Staten v/Utlendingsnemnda

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Karl Otto Thorheim)

mot

A

(advokat Halvard Helle)

R Ø Y S T I N G :

- (1) Dommar **Høgetveit Berg**: Saka gjeld spørsmål om eit avslag på søknad om opphaldsløyve etter utlendingslova § 49 er ugyldig som følgje av sakshandsamingsfeil – i form av manglande førehandsvarsel, utgreiing eller grunngjeving. Saka reiser vidare spørsmål om avslaget er ugyldig fordi det er i strid med retten til familieliv etter Grunnlova § 102 og Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 8.
- (2) A er fødd 00.00.1978. Han søkte asyl i Noreg 17. mars 2005. Utlendingsdirektoratet av slo søknaden i vedtak 10. juli 2007. Utlendingsnemnda (UNE) av slo As klage i vedtak 20. mars 2009. UNE meinte A ikkje hadde sannsynleggjort at han var frå Sør-Somalia, slik han hadde oppgjeve i asylsøknaden.
- (3) I juli 2009 fekk A ein son med ei norsk kvinne. Sonen vart straks akutt plassert av barnevernet. I november 2009 fatta Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker i X vedtak om omsorgsovertaking, og vedtak om at sonen skulle plasserast i fosterheim. Mor og far, som på dette tidspunktet hadde delt omsorg etter barnelova, fekk samvær to timar med tilsyn tre gonger i året. Fylkesnemnda la til grunn at mor var tydeleg hemma av sosial angst, og at sjansane for endringar var sterkt avgrensa. Det var uaktuelt for fylkesnemnda å akseptere delt omsorg mellom foreldra, primært på grunn av mors manglande omsorgsevne. Det vart også peikt på at As omsorgsevne ikkje var utgreidd. Både A og mor kravde rettsleg overprøving av vedtaket.
- (4) Parallelt med barnevernsaka, reiste A sak mot mor og kravde dagleg omsorg for sonen etter barnelova. I dom frå Aust-Telemark tingrett 14. juni 2010 fekk A medhald.

- (5) Aust-Telemark tingrett opprettheldt omsorgsovertakinga i dom i barnevernsaka 14. desember 2010. Tingretten vurderte A som ein person "som må kunne ha omsorgen for et lite barn", men kom til at oppheving av den offentlege omsorga ville medføre "alvorlige problemer" for sonen, jf. barnevernlova § 4-21. Tingretten tok utgangspunkt i at omsorgsovertakinga ville bli langvarig og sette samværet til to timar fire gonger i året, utan tilsyn. Mora fekk tilsvarende samvær, men med tilsyn.
- (6) A søkte i juli 2009 om opphaldsløyve for familieinnvandring. UDI avsto søknaden i vedtak 18. februar 2011. A klaga. UNE avsto klaga i vedtak 29. november 2011. A kravde omgjerding. UNE avsto kravet om omgjerding 11. april 2013. A tok ut søksmål. I dom frå Oslo tingrett 30. oktober 2014 vart både klagevedtaket frå 2011 og avgjerda frå 2013 kjent ugyldige. Tingretten meinte UNEs grunngjeving i vurderinga av "barnets beste" var mangelfull – og at dette også var ein rettsbruksfeil. Staten anka ikkje dommen.
- (7) Etter at dommen var rettskraftig, vurderte UNE saka på nytt. I vedtak 17. desember 2014 vart tidlegare vedtak om å avslå As søknad om familieinnvandring oppretthalde.
- (8) A tok ut søksmål med krav om at UNEs vedtak var ugyldig. Vidare reiste han krav om mellombels åtgjerd. Dette vart trekt under hovudforhandlinga. Oslo tingrett sa dom 28. januar 2016 med slik domsslutning:

"1. Staten ved Utlendingsnemnda frifinnes.

2. I sakskostnader betaler A 81 250 – åttientusenfemhundre – kroner til Staten ved Utlendingsnemnda innen 2 – to – uker fra dommens forkynning."

- (9) Tingretten fann ingen feil ved vedtaket. A anka til Borgarting lagmannsrett – som sa dom 27. mars 2017 med slik domsslutning:

"1. Utlendingsnemndas vedtak av 17. desember 2014 er ugyldig.

2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler staten v/Utlendingsnemnda 110 488 – hundreogtitusenfirehundreogåttiåtte – kroner til A innen 2 uker etter forkynning av dommen.

3. I sakskostnader for tingretten betaler staten v/Utlendingsnemnda 115 870 – hundreogfemtusenåttehundreogsytti – kroner til A innen 2 uker etter forkynning av dommen."

- (10) Lagmannsretten kom til at vedtaket hadde sakshandsamingsfeil ved at barnets beste ikkje var vurdert konkret, og at det låg føre brot på utgreiingsplikta. Lagmannsretten kom til at feila kunne ha virka inn på vedtaket og sette dette til side som ugyldig. UNE har anka lagmannsrettens dom – rettsbruken – til Høgsterett.
- (11) Det er lagt fram nokre nye dokumentprov for Høgsterett. Saka står elles i den same stillinga som for lagmannsretten.
- (12) Den ankande parten – *staten ved Utlendingsnemnda* – har særleg halde fram:
- (13) Det ligg ikkje føre sakshandsamingsfeil. Det er ikkje plikt til førehandsvarsel ved klagevedtak. Uansett er det unntaksreglar som er oppfylt. Plikta til utgreiing er oppfylt.

Lagmannsretten har teke feil utgangspunkt når den ikkje har vurdert utgreiingsplikta opp mot dei konkrete spørsmåla som UNE skulle ta stilling til. Grunngeivingsplikta er også oppfylt; kva som er "barnets beste" er identifisert i vedtaket. Det går også fram korleis dette omsynet er vekta i den konkrete vurderinga. Under alle omstende kan eventuelle sakshandsamingsfeil ikkje ha virka inn på resultatet i vedtaket. Vedtaket er godt innanfor Grunnlova § 102 og EMK artikkel 8.

(14) Den ankande parten har sett fram slik påstand:

"1. Staten frifinnes.

2. Staten tilkjennes sakskostnader for tingrett og lagmannsrett."

(15) Ankemotparten – A – har særleg halde fram: Det ligg føre tre sakshandsamingsfeil: Plikta til førehandsvarsel er broten ved at vedtaket kom straks etter tingrettens dom og innan A fekk sett fram merknader. Plikta til utgreiing er broten ved at UNE ikkje har undersøkt behova til sonen nærare. Plikta til grunngeving er broten ved at det ikkje går fram at UNE har lagt tilstrekkeleg vekt på omsynet til barnets beste. Feila kan enkeltvis og samla ha virka inn på resultatet i vedtaket – slik at dette er ugyldig. I tillegg er vedtaket i strid med Grunnlova § 102 og EMK artikkel 8.

(16) Ankemotparten har sett fram slik påstand:

"1. Anken forkastes.

2. A tilkjennes sakskostnader på kr 24 000 med tillegg av merverdiavgift knyttet til anketilsvar til Høyesterett."

(17) *Eg er komen til at anken fører fram.*

(18) Eg ser først på spørsmålet om vedtaket er ugyldig på grunn av manglande førehandsvarsel.

(19) Etter forvaltingslova § 16 første ledd første punktum, jf. utlendingslova § 80, skal ein part som "ikke allerede ved søknad eller på annen måte har uttalt seg i saken", få førehandsvarsel om saka og høve til å uttale seg innan ein frist. Ordlyden peiker klart i retning av at det ikkje er nødvendig med slikt varsel når det, som i saka her, dreier seg om eit avslag på ei klage.

(20) Forvaltingslovkomiteen føreslo ei generell varslingsplikt, sjå NUT 1958: 3 side 457 (lovutkastet § 20). Departementet var ikkje samd i dette og uttalte i Ot.prp. nr. 38 (1964–65) side 58 at

"... regelen om forhåndsvarsling er noe for streng i utkastet for så vidt som unntak bare er gjort der varsling ikke er praktisk mulig eller vil medføre fare for at vedtaket ikke kan gjennomføres. Tatt på ordet åpner bestemmelsen i den foreslåtte form ikke engang adgang til å unnlate varsling overfor den som har søkt eller anmodet om at myndighetene treffer vedtak. Komiteen har trolig ansett det for underforstått at forhåndsvarsel kunne unnlates i slike tilfelle (sml. innstillingen s. 180–181); vedkommende part vil jo her være fullt orientert om at en sak er i gang og at vedtak kan ventes."

- (21) Etter dette vart ordlyden redigert, og tilføydd formuleringa som er nedfelt i lova i dag; "ikke allerede ved søknad eller på annen måte har uttalt seg i saken". Føremålet med forvaltingslova § 16 er etter dette primært å gjera parten kjent med at sak er reist – og høve til å forsvare sine interesser. I tillegg gjev varselet parten høve til å førebu seg på gjennomføringa av vedtaket.
- (22) Etter mitt syn var det – etter at A hadde sett fram søknad, klage, krav om omgjerung og søksmål – ikkje nødvendig med nytt førehandsvarsel etter at tingretten hadde oppheva klagevedtaket. A var godt kjent med saka etter fleire rundar i forvaltinga og den rettslege prøvinga i tingretten.
- (23) Likevel, ettersom UNEs klagevedtak og avslag på krav om omgjerung var kjent ugyldige av tingretten, saka "kom attende" til forvaltinga, og UNE deretter raskt handsama dette som ei ny omgjerungssak, kan omsynet til kontradiksjon peike mot at UNE burde ha varsla A om den nye sakshandsaminga og gjeve han ein ny kort frist for merknader. Når eg ikkje tek stilling til om det ligg føre ei varslingsplikt i ein slik situasjon, er det fordi eg meiner at eit mogleg manglande varsel under alle omstende ikkje gjer vedtaket ugyldig, jf. prinsippet i forvaltingslova § 41.
- (24) For at ein sakshandsamingsfeil skal føre til ugyldigheit, er det ikkje eit krav at feilen har virka inn på vedtaket, jf. forvaltingslova § 41. Det er tilstrekkeleg med ein ikkje heilt fjerntliggande moglegheit for at feilen har fått tyding for vedtaket, sjå seinast HR-2017-2247-A med tilvisingar, mellom anna til Rt-2009-661 avsnitt 72:
- "Vurderingen beror på de konkrete forhold i saken, herunder hvilke feil som er begått og vedtakets karakter. Der saksbehandlingsfeilen har ledet til mangelfullt eller uriktig avgjørelsesgrunnlag på et punkt av betydning for vedtaket, eller feilen på annen måte innebærer tilsidesettelse av grunnleggende fordringer til forsvarlig behandling, skal det gjennomgående nok så lite til."**
- (25) Det skal altså ikkje så mykje til. Ut frå dei konkrete omstenda i saka må det vera ein reell moglegheit for at feilen har fått tyding for resultatet. Vurderinga må ta utgangspunkt i det materielle spørsmålet forvaltinga skal ta stilling til. Spørsmålet er om det var ein reell moglegheit for at UNE ville ha gjeve løyve til familieinnvandring dersom UNE først hadde varsla A om det komande avslaget og gjeve han ein frist for merknader.
- (26) Dersom A hadde blitt gjort særskilt merksam på at UNE var innstilt på å avslå kravet på omgjerung også etter at tingretten hadde underkjent tidlegare vedtak frå UNE, ville A kunne ha innhenta og gjeve dei opplysingane om sonen som no ligg føre. Uavhengig av tidspunktet for når desse opplysingane faktisk er gjeve, eller ville kunne ha vore gjeve, vil dei etter mitt syn klart ikkje kunne ha ført til at vedtaket fekk eit anna resultat.
- (27) Eg finn her grunn til å nemne at det under handsaminga av saka for domstolane har kome fram opplysingar om sonens situasjon som ikkje var kjent for UNE på vedtakstidspunktet. I anken til lagmannsretten uttalte As dåverande prosessfullmektig at ho "akkurat [var] blitt kjent med at barnet over tid har vært underlagt utredning". Seinare er desse omstenda nærare skildra og dokumenterte. Det er på det reine at sonen har hatt, og har, fleire utfordringar og eit stort behov for hjelp i barnehagen og på skulen. Det er likevel ikkje haldepunkt for at desse omstenda, dersom dei hadde vore kjente for UNE på vedtakstidspunktet, kunne ha fått tyding for vedtaket. Med det avgrensa samværet som A har med sonen, vil gjennomføringa av dette uansett få underordna tyding for den

helsemessige situasjonen og utviklinga til sonen. Omsynet til sonens utvikling er, som eg kjem attende til, ut frå UNEs praksis uansett ikkje tilstrekkeleg for å oppfylle vilkåret for opphald etter utlendingslova § 49.

- (28) Det forholdet at UNE ikkje gav nytt førehandsvarsel kan difor under alle omstende ikkje ha verka inn på resultatet i vedtaket.
- (29) Eg går etter dette over til å sjå på spørsmålet om UNE har greidd ut saka tilstrekkeleg.
- (30) Utlendingslova kapittel 11 inneheld nokre særlege reguleringar av sakshandsaminga for utlendingsforvaltninga. Utlendingslova § 93 fjerde ledd første og tredje punktum lyder slik:
- "Søkeren plikter å gjøre sitt beste for å fremlegge nødvendig dokumentasjon og medvirke til innhenting av nødvendige opplysninger. ... Utlendingsmyndighetene har et selvstendig ansvar for å innhente nødvendige og tilgjengelige opplysninger før avgjørelsen blir truffet, jf. forvaltningsloven § 17 første ledd."**
- (31) Forvaltningslova § 17 første ledd første punktum lyder slik:
- "Forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes."**
- (32) Etter forvaltningslova § 33 femte ledd har også klageinstansen – UNE – eit tilsvarende ansvar for at saka er tilstrekkeleg opplyst på vedtakstidspunktet.
- (33) Etter ordlyden i forvaltningslova § 17 første ledd og § 33 femte ledd er utgreiingsplikta generell og svært omfattande. Det ville likevel føre til unødig ressursbruk om forvaltninga hadde plikt til å greie ut forhold som var utan tyding for saka. Det følgjer difor allereie av føremålet, framheva i førearbeida, at ein ikkje kan ta den generelle utgreiingsplikta heilt på ordet, jf. NUT 1958: 3 side 161:
- "Formålet med saksforberedelsen er å skaffe til veie alt det materiale av faktisk og rettslig art som er nødvendig for sakens avgjørelse."**
- (34) For det første følgjer det av tilvisinga til "nødvendig" at kravet til grundigheit må tuftast på ei avveging mellom omsynet til å oppnå eit forsvarleg resultat og ein tenleg ressursbruk. Som framheva i Rt-2011-111 avsnitt 52 har det også tyding kor inngripande vedtaket er. Omsynet til barnets beste kjem eg attende til.
- (35) For det andre følgjer det av tilvisinga til "nødvendig for saken" at kravet til utgreiing må ta utgangspunkt i dei konkrete spørsmåla som forvaltninga skal ta stilling til i den enkelte saka.
- (36) Utgreiingsplikta kan med dette seiast å vera relativ – avhengig av karakteren av saka og kva som er dei relevante spørsmåla i saka. Utgreiingsplikta må tilpassast dei konkrete omstenda i saka.
- (37) Ved fastlegginga av utgreiingsplikta i denne saka må ein difor ta utgangspunkt i reglane om familieinnvandring. Utgreiingsplikta, og vurderinga av om UNE har brote mot denne plikta, må knytast til vilkåra i dei aktuelle heimlane i utlendingslova.

(38) Utlendingslova §§ 40 til 52 regulerer ei rekkje typetilfelle av familieinnvandring. Opphaldsløyve for far som skal ha samvær med norsk barn som bur saman med mor, er regulert i utlendingslova § 45. Denne regelen krev mellom anna at det er utøvd samvær med "et visst omfang". Dette vilkåret er presisert i utlendingsforskrifta § 9-3 andre ledd til å "tilsvare en ettermiddag i uken, annenhver helg, fjorten dager i sommerferien, samt jul eller påske". Dette svarar til om lag 100 timar i månaden, det vil seie det som kan karakteriserast som vanleg samvær etter barnelova. Unntak frå dette utgangspunktet finn ein i forskrifta § 9-3 tredje ledd – "særlige grunner" – som peiker på ei rekkje omstende som kan ha tyding i den vurderinga. I vår sak er det tale om samværsrett etter barnevernlova to timar fire gonger i året. Forholdet er dermed ikkje omfatta av § 45.

(39) Utlendingslova § 49 regulerer familieinnvandring i andre tilfelle:

"Dersom sterke menneskelige hensyn tilsier det, kan oppholdstillatelse også gis til andre familiemedlemmer enn nevnt i §§ 40 til 53, og det kan gjøres unntak fra vilkår knyttet til referansepersonens status.

Ved vurderingen av om oppholdstillatelse bør innvilges, kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn.

I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

Når særlige grunner tilsier det, kan det fastsettes at tillatelsen ikke kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse eller at oppholdstillatelsen ikke gir rett til å ta arbeid.

Kongen kan gi nærmere regler i forskrift."

(40) Utlendingslova § 49 første ledd, opphaldsløyve tufta på "sterke menneskelige hensyn", er ein "kan-regel" og ikkje ein rettigheitsregel. Bakgrunnen for utlendingslova § 49 var behovet for ein generell heimel for opphaldsløyve der vilkåra i dei meir konkrete reglane om familieinnvandring ikkje var oppfylt – som ein tryggingssventil mot urimelege avgjerder i spesielle tilfelle, sjå Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 226. Førrearbeida nemner ei rekkje typetilfelle – men ingen av desse treff vår sak. Same staden går det fram at dei omsyna som talar for å gje opphaldsløyve – "sterke menneskelige hensyn" – må vegast opp mot aktuelle innvandringsregulerande omsyn, jf. § 49 andre ledd. Endeleg går det fram at det som hovudregel er situasjonen til *søkaren* som er vurderingstema, og ikkje situasjonen for referansepersonen. Det vil for vår sak seie at vurderinga i første omgang må knytast til A – og ikkje til sonen. I og med at § 49 tredje ledd slår fast at barnets beste skal vera eit grunnleggjande omsyn, må vurderinga likevel også knytast til sonens situasjon.

(41) Når ein skal vurdere om UNE hadde plikt til ytterlegare utgreiing, må ein først identifisere kor mykje som etter praksis må til for å få løyve til familieinnvandring. Eg finn her rettleiing i UNEs praksisnotat om opphaldsløyve til foreldre som skal ha samvær med barn i Noreg, sist revidert 26. september 2017:

"Avslag blir ofte begrunnet ut fra at det ikke foreligger opplysninger om at avslaget representerer en større belastning for klagerens barn ut over det som må antas å være tilfelle i de fleste tilsvarende saker. Avgjørelsene viser til at det må foreligge spesielle og tungtveiende individuelle omstendigheter for å gi en tillatelse etter utl § 49. ... Samvær som ligger nær opp til det som kreves etter utl §§ 45 og 52 vil ikke i seg selv utgjøre sterke menneskelige hensyn i lovens forstand. Heller ikke det forhold at klageren tidligere har bodd flere år sammen med barnet er isolert sett tilstrekkelig. Omfanget av tidligere samvær og kontakt mellom klageren og barnet kan likevel få betydning i en

konkret helhetsvurdering. Det vil avhenge av det fremtidige samværet som klageren skal ha med barnet. Det kan dermed få betydning for vurderingen hvis samværet skal trappes opp slik at klageren ligger an til å oppfylle de ordinære vilkårene etter §§ 45 og 52."

- (42) I tillegg til praksisnotatet er det for Høgsterett lagt fram eit titals vedtak. Det ligg ikkje føre noko vedtak der ein søknad er innvilga ut frå eit så lite omfattande samvær som i vår sak. Dei klagene som kan samanliknast med vår sak, har alle blitt avslått. I dei få klagene som er teke til følge, har omfanget av samværet vore monaleg større, eventuelt under opptrapping, eller av ein slik karakter at samværet har vore heilt nødvendig for barnets beste. Det er på denne rettslege bakgrunnen at utgreiingsplikta må vurderast i denne saka.
- (43) Det første spørsmålet er om sonen skulle ha fått høve til å uttale seg direkte. Både etter Grunnlova § 104 første ledd andre punktum, Barnekonvensjonen artikkel 12 og utlendingsforskrifta § 17-3 har barn rett til å bli høyrte. For innhaldet i desse reglane nøyer eg meg med å vise til fleirtalets votum i plenumsdommen i Rt-2015-1388, avsnitta 142 til 165. I den saka var barnet omlag 6 år, og part, på vedtakstidspunktet. Det sentrale temaet i nemndsmøtet i UNE var om asylhistoria til foreldra til barnet kunne leggjast til grunn. I vår sak var sonen til A omlag 5 ½ år, og ikkje part, på vedtakstidspunktet. Det sentrale temaet var om det låg føre sterke menneskelege omsyn. A og sonen har ikkje motstridande interesser. Eg kan då ikkje sjå at det var feil å ikkje høyre sonen direkte.
- (44) Det neste spørsmålet er om UNE skulle ha bede barnevernstenesta om ei ny uttale. Barnevernet hadde uttalt seg i januar 2013. I dommen frå Oslo tingrett 30. oktober 2014 – som oppheva det første klagevedtaket – er det ingen teikn på at A hadde halde fram omsyn til sonen som ikkje allereie var utgreidd. UNE skulle ta stilling til ei klagesak som allereie hadde vore handsama med full kontradiksjon i tingretten – og kor omsynet til barnets beste og sakshandsaminga knytt til dette var tema. Dersom det under handsaminga av søksmålet i tingretten, eller straks etter dette, hadde kome fram omstende knytt til sonen som kunne vera avgjerande for vurderinga av "sterke menneskelige hensyn" for A, ville det vera naturleg at A hadde opplyst om dette, jf. også utlendingslova § 93 fjerde ledd første punktum. UNE må kunne forvente at klageren sjølv tilbyr nye opplysingar eller dokumentasjon dersom dette er av ein slik karakter at det kan vera avgjerande, jf. det eg har sagt over om at utgreiingsplikta ikkje kan vurderast lausriven frå det spørsmålet UNE skal ta stilling til. Eg kan difor ikkje sjå at det var nødvendig for UNE å ta kontakt med barnevernstenesta før vedtaket i desember 2014.
- (45) Eg går endeleg over til spørsmålet om UNEs grunngjeving – knytt til omsynet til barnets beste – er tilstrekkeleg.
- (46) Etter utlendingsforskrifta § 17-1 a er det ei særskilt grunngjevingsplikt for vedtak som rører ved barn. I slike vedtak skal det etter § 17-1 a første ledd gå fram:
- "a) **hvilke vurderinger som har vært foretatt av barnets situasjon, herunder hvordan hensynet til barnets beste er vurdert,**
 - b) **hvilke innvandringsregulerende hensyn som er vurdert, og**
 - c) **avveiningen som er foretatt mellom eventuelle motstridende hensyn."**

- (47) Grunnjevingsplikta knytt til barnets beste har vore handsama i fleire dommar i Høgsterett. Det er etter mitt syn tilstrekkeleg å vise til plenumsdommen i Rt-2015-1388, særleg avsnitta 181 og utetter. Det avgjerande kriteriet vart formulert slik i avsnitt 194:
- "Det avgjerande må såleis vere om det etter ei konkret vurdering av vedtaket som heilskap går fram kva som er barnets beste og at dette omsynet er vektlagt i samsvar med dei prinsippa eg har gjort greie for."**
- (48) På liknande måte som utgreiingsplikta er grunnjevingsplikta relativ. Grunnjevninga må tilpassast sakas art og dei konkrete omstenda. Førstvoterande i plenumsdommen i Rt-2015-1388 uttalte at grunnjevninga "kunne gjerast enkel i dei tilfella der opphald på humanitært grunnlag etter praksis klart ikkje vil bli gitt", sjå avsnitt 198. Tilsvarende må gjelde i vår sak.
- (49) Eg går så over til å sjå på den konkrete grunnjevninga i UNEs vedtak. UNE har korrekt teke utgangspunkt i at utlendingslova § 49 er ein snever unntaksregel, at det etter § 49 andre ledd kan leggjast vekt på innvandringsregulerande omsyn og at det grunnleggande omsynet til barnets beste i § 49 tredje ledd ikkje utelet at andre omsyn kan ha like stor eller større tyding. Dette er korrekt – også i relasjon til Barnekonvensjonen artikkel 3, jf. plenumsdommen i Rt-2012-1985 avsnitt 135 med vidare tilvising til Rt-2009-1261 avsnitt 31 og utetter.
- (50) UNEs vurdering av barnets beste tek til med ein omtale av samværsordninga. UNE slår fast at "barnets beste i denne saken er at samværet gjennomføres og at klageren er i Norge de 4 gangene i året det er aktuelt med samvær". Vedtaket identifiserer såleis som ein grunnleggande premiss kva som er det beste for sonen.
- (51) Deretter blir samværet vurdert opp mot vilkåret for opphaldsløyve etter utlendingslova § 49. UNE peiker her på at sonen heile tida har budd hjå fosterforeldra, at samværet heile tida har vore svært avgrensa og ligg langt under det omfanget som lovgjevaren har sett på som tilstrekkeleg etter utlendingslova § 45 og at det ikkje er noko som tyder på at omfanget vil endre seg monaleg i framtida. UNE viser deretter at saka ikkje skil seg frå eit større tal saker. Det låg heller ikkje føre opplysingar om at avslag vil vera ein uakseptabel ulempe for sonen, då kontakten kan oppretthaldast via telefon og internett. Endeleg drøfter UNE om det ligg føre andre omsyn som kan tilseie familieinnvandring, men kjem til at dette ikkje er tilfellet.
- (52) Etter mitt syn er grunnjevninga tilstrekkeleg etter dei krava som er stilt opp i utlendingsforskrifta § 17-1 a.
- (53) Eg ser til slutt på om vedtaket er i strid med retten til familieliv etter Grunnlova § 102 og EMK artikkel 8. Desse reglane har eit samanfallande innhald, jf. HR-2016-2554-P og HR-2017-2015-A. Høgsterett har full prøvingsrett i spørsmålet om vedtaket er i strid med desse reglane.
- (54) Partane er samde om at det er tale om eit inngrep i retten til familieliv. Eg er samd i dette og finn det tilstrekkeleg å vise til EMDs dom 11. juli 2000 *Ciliz mot Nederland* avsnitta 59 og 60. Spørsmålet er om vilkåra for å gjera dette inngrepet, er oppfylt.
- (55) Vedtaket er fatta på bakgrunn av formell lov; utlendingslova § 49. Det fremjar også eit legitimt omsyn; det er sikker rett at det enkelte land har rett til å kontrollere innvandring

og opphald. Eg viser til EMDs dom 28. juni 2011 *Nunez mot Noreg* avsnitt 66 og tilvisingane der. Når det gjeld vilkåret om at avslaget må vera nødvendig i eit demokratisk samfunn, er det tilstrekkeleg å vise til at A har opphalde seg lenge i Noreg utan løyve. Eg viser til *Nunez mot Noreg* avsnitt 70 og tilvisingane der.

- (56) Etter dette kan eg ikkje sjå at retten til familieliv etter Grunnlova § 102 og EMK artikkel 8 er krenka for A eller sonen hans.
- (57) Min samla konklusjon er etter dette at vedtaket ikkje er ugyldig.
- (58) Staten ved UNE har vunne saka, men eg finn ikkje grunn til å tilkjenne staten sakskostnader for nokon instans, jf. tvistelova § 20-2 tredje ledd bokstav c.
- (59) Eg røystar etter dette for slik

D O M :

1. Tingrettens dom, domsslutninga punkt 1, blir stadfesta.
2. Sakskostnader blir ikkje tilkjent for nokon instans.

- (60) Dommer **Bergh:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (61) Dommer **Indreberg:** Likeså.
- (62) Dommer **Ringnes:** Likeså.
- (63) Dommer **Matningsdal:** Likeså.
- (64) Etter røystinga sa Høgsterett slik

D O M :

1. Tingrettens dom, domsslutninga punkt 1, blir stadfesta.
2. Sakskostnader blir ikkje tilkjent for nokon instans.

Rett utskrift blir stadfesta: