



Norges Høyesterett - HR-2015-206-A - Rt-2015-93

Instans	Norges Høyesterett - Dom og kjennelse.
Dato	2015-01-29
Publisert	HR-2015-206-A - Rt-2015-93
Stikkord	Utlendingsrett. Sivilprosess. Utvisning. Omsorg for barn. Rettslig interesse.
Sammendrag	<p>En kenyansk kvinne som oppholdt seg ulovlig i Norge etter å ha fått avslag på asylsøknad, ble besluttet utvist av UNE. Samtidig fikk hun avslag på søknad om oppholdstillatelse for familiegjenforening med datteren på fem år, som er norsk statsborger. I søksmål fra mor og datter kjente Høyesterett begge vedtak ugyldige og avsa fastsettelsesdom for at vedtakene var i strid med EMK artikkel 8. Det ble innledningsvis konstatert at datteren hadde rettslig interesse både i gyldighetssøksmålet og i fastsettelsessøksmålet, jf. tvl. § 1-3. At et eventuelt konvensjonsbrudd ville kunne utgjøre et prejudisielt rettsforhold i et parallelt gyldighetssøksmål, reduserte ikke den rettslige interessen i å få dom for konvensjonsbrudd. I gyldighetssøksmålet § 66 konstaterte Høyesterett at det var en saksbehandlingsfeil at datteren ikke var part ved utlendingsmyndighetenes behandling, og at den faktiske tvangssituasjonen en utvisning av moren ville medføre for datteren, ikke kunne likestilles med et vedtak om å utvise egne statsborgere. Høyesterett viste deretter til Grunnloven § 102 og § 104, og konstaterte at barnets interesser inngår som et tungtveiende element ved forholdsmessighetsvurderingen etter Grunnloven § 102. Ved den konkrete vurderingen ble det vist til at det for datteren ikke fantes noe alternativ til morens omsorg. Det ble ansett som helt sentralt at datteren er norsk statsborger, med de rettigheter dette innebærer, og til den vanskelige omsorgssituasjonen dersom moren måtte reise til Kenya med barnet. Datterens interesser talte da klart og med stor tyngde for at hun måtte bli i Norge, og for at moren som eneste omsorgsperson ikke kunne utvises. De forhold som lå til grunn for utvisningsvedtaket - ulovlig opphold i riket og uriktige identitetsopplysninger i asylsøknaden - kunne ikke oppveie dette. Det ble endelig konstatert at datterens rettigheter etter EMK artikkel 8 ble krenket ved utlendingsmyndighetenes vedtak.</p>
Saksgang	Oslo tingrett TOSLO-2013-113713 - Borgarting lagmannsrett LB-2013-204765 og LB-2013-204717 - Høyesterett HR-2015-206-A, (sak nr. 2014/1583), sivil sak, anke over dom.
Parter	A, B og SEIF (partshjelper) (advokat Rasmus Asbjørnsen) mot Staten v/Utlendingsnemnda (Regjeringsadvokaten v/advokat Håvard H. Holdø - til prøve).
Forfatter	Bårdsen, Normann, Arntzen, Bergsjø, Skoghøy.

- (1) Dommer **Bårdsen**: Saken gjelder rettslig prøving av vedtak om utvisning av den kenyanske statsborgeren A og et tilknyttet avslag på søknad om familiegjenforening.
- (2) A har aleneomsorgen for datteren B, som snart er fem år gammel. B er født som norsk statsborger. Hun var på vedtakstiden godt og vel tre år. Dersom moren utvises, må B enten følge med henne til en

usikker fremtid i Kenya, eller bli igjen i Norge under barnevernets omsorg. Det er særlig spørsmål om utvisningsvedtaket strider mot Bs statsborgerrettigheter eller hennes rett til privat- og familieliv og derfor er ugyldig, jf. også utlendingsloven § 70. Det er krevd fastslått ved dom at vedtakene strider mot Bs rettigheter etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK).

- (3) Sakens bakgrunn er som følger:
- (4) A - i det videre gjerne omtalt som mor eller A - er født 0.0.1980 i Kenya. Hun kom til Norge med visum sommeren 2007, og i februar 2008 søkte hun om asyl. Søknaden ble avslått av Utlendingsdirektoratet - UDI - 18. november samme år. Utlendingsnemnda - UNE - avslo klage over avslaget 20. januar 2010 og satte frist for utreise til 21. mars. Begjæring om omgjøring førte ikke frem. A forlot likevel ikke Norge. Hun har oppholdt seg her sammenhengende siden dette, periodevis i skjul for utlendingsmyndighetene.
- (5) Den 20. april 2010 fødte A datteren B. Hun fikk fra fødselen norsk statsborgerskap, siden faren - C - er norsk, jf. statsborgerloven § 4 første ledd. B har aldri hatt noen kontakt med faren, som har frasagt seg foreldreansvaret. Faren har underholdsplikt, jf. barnelova § 67. Ingenting tyder på at han oppfyller denne.
- (6) A søkte om oppholdstillatelse for familiegjenforening 20. mai 2011. I søknaden benyttet A samme identitet som ved visumsøknaden i 2007 og som i saken her. I et vedlegg til søknaden opplyste organisasjonen Selvhjelp for innvandrere og flykninger (SEIF) at A hadde gitt uriktige opplysninger om sin identitet og fødselsdato i asylsøknaden i 2008.
- (7) UDI traff 11. juli 2012 vedtak om å utvise A, med fem års innreiseforbud og innmelding i Schengen informasjonssystem, jf. utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a. Innmeldingen medfører at A kan nektes innreise i hele Schengen-området i den perioden forbudet gjelder. Som utvisningsgrunnlag ble det vist til at A hadde gitt uriktige opplysninger, at hun hadde «unndratt seg effektivering av et vedtak ved ikke å forlate Norge innen utreisefristen, samt oppholdt seg ulovlig i Norge» i en periode på omkring ett år og to måneder. Det er i vedtaket vist til utlendingsloven § 108 andre ledd, som gir hjemmel for straff i form av bøter og fengsel i inntil seks måneder for de aktuelle overtredelsene. Jeg legger til grunn at UDI med dette har ment å angi den aktuelle straffebestemmelsen, dersom overtredelsene skulle ha vært sanksjonert med straff.
- (8) Om datteren B heter det i UDIs utvisningsvedtak:

«I nærværende sak er barnet født i Norge og er norsk statsborger. Barnet er imidlertid for lite til å ha opparbeidet seg selvstendig tilknytning til Norge ut over dette. Barnet er i en alder da tilknytningen til foreldrene er det primære, og det vil lett kunne tilpasse seg forholdene i morens hjemland. Vi viser til at det ikke foreligger dokumentasjon på at far har samvær med barnet.»
- (9) I vedtak samme dag ble søknaden om oppholdstillatelse for familiegjenforening avslått, under henvisning til utvisningsvedtaket.
- (10) A klaget over vedtakene. UNE forkastet klagen i to vedtak 15. mai 2013. For så vidt gjelder datteren B, skriver UNE i utvisningssaken:

«UNE forutsetter at barnet kan returnere sammen med mor til Kenya og fortsette familielivet der. UNE har vurdert opplysningene om mors helsesituasjon, samt øvrige opplysninger i klagen, blant annet at klageren ikke har kontakt med egen familie i hjemlandet, og vil ha problemer med å finne arbeid. Ut fra dette ser ikke UNE bort fra at det beste for barnet vil være å vokse opp med mor i Norge. Det forhold at barnet vil kunne få det bedre materielt sett i Norge, har likevel ikke fått utslagsgivende vekt i forholdsmessighetsvurderingen. Ut fra opplysningene i saken er det ikke indikasjoner på at barnets mor ikke er en god

omsorgsperson. Det legges også til grunn at klageren vil kunne få behandling for HIV i Kenya.»

- (11) Som svar på søksmålsvarsel etter tvisteloven § 5-2, vurderte UNE omgjøring. I brev 14. juni 2013 meddelte UNE at vedtakene ble stående. UNE fant heller ikke grunn til å utsette iverksettelsen av utvisningsvedtaket i påvente av den rettslige prøvingen.
- (12) Ved stevning 28. juni 2013 reiste A og B sak mot staten v/Utlendingsnemnda, med krav om dom for at vedtakene om utvisning og om å avslå søknaden om oppholdstillatelse for A, skulle kjennes ugyldige. De begjærte midlertidig forføyning for å hindre effektivering av utvisningsvedtaket. Det ble etter hvert også krevd dom for at vedtakene var i strid med EMK artikkel 8 og/eller EMK protokoll 4 artikkel 3. I tilsvaret påstod staten søksmålet fra B avvist, ettersom hun - etter statens syn - ikke hadde rettslig interesse i å få prøvd gyldigheten av vedtak som gjaldt moren. Staten bestred dessuten at det var grunnlag for å få særskilt dom for brudd på EMK. For øvrig krevde staten seg frifunnet i søksmålet og la ned påstand om at begjæringen om midlertidig forføyning skulle forkastes.
- (13) Oslo tingrett avsa 1. november 2013 dom og kjennelse [TOSLO-2013-113713] med slik felles slutning:
- «I hovedsaken:
1. Søksmålet fra B fremmes.
 2. Staten v/Utlendingsnemnda frifinnes.
 3. Kravet fra B om særskilt fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd avvises.
- I forføyningssaken:
Begjæringen tas ikke til følge.
I begge saker:
A og B fritas for krav om sakskostnader.»
- (14) A og B anket dommen og kjennelsen til Borgarting lagmannsrett, som 19. juni 2014 avsa dom og kjennelse [LB-2013-204765] med slik felles slutning:
- «I hovedsaken:
1. Staten v/Utlendingsnemnda frifinnes for påstanden om brudd på EMK artikkel 8.
 2. For øvrig forkastes anken.
- I forføyningssaken:
Anken forkastes.
I begge saker:
Sakskostnader tilkjennes ikke.»
- (15) A og B har anket dommen og kjennelsen til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens bevisbedømmelse og rettsanvendelse. Etter henvendelse fra Høyesterett er det fra statens side opplyst at A ikke vil bli uttransportert før det foreligger dom. De ankende parter har under denne forutsetningen akseptert at det ikke er behov for at Høyesterett tar stilling til begjæringen om midlertidig forføyning, og at spørsmålet om erstatning for sakskostnader i forføyningssaken avgjøres i tilknytning til hovedsaken.
- (16) Det er fremlagt noe materiale om forholdene i Kenya fra Landinfo og Den norske ambassaden i Nairobi, og en erklæring fra to spesialister i henholdsvis klinisk barne- og ungdomspsykologi og i klinisk nevropsykologi. Spesialisterklæringen er utarbeidet på oppdrag av SEIF, som har vært

partshjelper for Høyesterett, jf. tvisteloven § 15-7 første ledd bokstav b. Saken står ellers i samme stilling for Høyesterett som for de tidligere rettsinstansene.

- (17) De ankende parter - *A* og *B* - har, med støtte av *SEIF*, i korte trekk gjort gjeldende:
- (18) Lagmannsrettens dom er uriktig. Utvisningsvedtaket er ugyldig. Dette får også virkning for avslaget på søknaden om familiegjenforening.
- (19) *B* berøres så sterkt av vedtakene at hun har rettslig interesse i gyldighetssøksmålet, jf. tvisteloven § 1-3. Hun har også rettslig interesse i å få fastsettelsesdom for at vedtakene er en krenkelse av EMK artikkel 8 og/eller EMK protokoll 4 artikkel 3.
- (20) Ettersom vedtakene ikke bare retter seg mot mor, men også direkte gjelder *B*, skulle *B* ha vært part allerede under behandlingen i UDI og i UNE, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e. Dette er en saksbehandlingsfeil som medfører ugyldighet på selvstendig grunnlag, jf. forvaltningsloven § 41.
- (21) Vedtaket om å utvise mor er uforenlig med *Bs* statsborgerrettigheter. På vedtakstidspunktet var *B* tre år gammel og helt avhengig av mor, som er jentas eneste omsorgsperson. At barnet må forlate Norge, er derfor en nødvendig konsekvens av vedtaket om å utvise mor. *B* vil i hele utvisningsperioden på fem år dessuten være faktisk avskåret fra å returnere til Norge. Utlendingsloven § 69, Grunnloven § 106 andre ledd andre punktum og EMK protokoll 4 artikkel 3 forbyr utvisning av egne statsborgere. Forbudet gjelder ikke bare formelle utvisningsvedtak. Det rammer også utvisning *de facto*, blant annet ved at et barn må forlate landet som en tvingende refleksvirkning av at barnets eneste omsorgsperson blir utvist. Slik er det også ved unionsborgerskap i EU, jf. EU-domstolens dom 10. oktober 2013 i sak C-86/12, *Alokpa mfl.*
- (22) Utvisningsvedtaket er uansett uforholdsmessig og derfor i strid med *Bs* rett til familie- og privatliv, hensynet til hva som er best for henne og hennes krav på forsvarlige oppvekstvilkår, jf. Grunnloven § 102 sammenholdt med EMK artikkel 8, og Grunnloven § 104 sammenholdt med barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og utlendingsloven § 70: *B* har som norsk statsborger en legitim og ukrenkelig tilknytning til Norge. Hun er samtidig avhengig av, og har rettskrav på, å beholde mor som sin omsorgsperson. Dette er styrende; i forholdsmessighetsvurderingen veier *Bs* rettigheter mer enn de kontrollhensynene som i dette tilfellet taler for at det reageres mot overtredelser av utlendingslovgivningen.
- (23) *A* og *B*, med støtte fra *SEIF*, har lagt ned slik påstand:
- «I hovedsaken:
1. Utlendingsnemndas to vedtak 15. mai 2013 er ugyldige.
 2. Utlendingsnemndas to vedtak 15. mai 2013 er i strid med EMK artikkel 8 og EMK protokoll nr. 4 artikkel 3.
 3. Ankende parter tilkjennes sakskostnader for alle instanser.
- I forføyningssaken:
1. Ankende parter tilkjennes sakskostnader for alle instanser.»
- (24) Ankemotparten - *staten v/Utlendingsnemnda* - har i korte trekk gjort gjeldende:
- (25) Lagmannsrettens dom er riktig. Utvisningsvedtaket og avslaget på søknaden om familiegjenforening er gyldige.
- (26) Det hefter ikke saksbehandlingsfeil ved vedtakene. Utvisningsvedtaket bygger på en tilstrekkelig utredning. Det er tilfredsstillende begrunnet. Utvisnings- og familiegjenforeningssaker er av personlig

karakter. B var derfor ikke part i utvisningsvedtaket, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e. Hun kunne som et utgangspunkt da heller ikke angripe utvisningsvedtaket rettslig, jf. Rt-1995-139. Eventuelle saksbehandlingsfeil knyttet til utvisningsvedtaket har uansett ikke hatt betydning, jf. forvaltningsloven § 41 og Rt-2012-2039 avsnitt 57.

- (27) B har ikke rettslig interesse i å få fastsettelsesdom for en eventuell krenkelse av EMK artikkel 8 og/eller EMK protokoll 4 artikkel 3. Spørsmålet om det foreligger krenkelse, må uansett vurderes i tilknytning til gyldighets søksmålet. Retten til et effektivt rettsmiddel etter EMK artikkel 13 er da ivaretatt. Kravet om dom for EMK-brudd må derfor avvises etter tvisteloven § 1-3, jf. Rt-2009-477.
- (28) Utvisningsvedtaket retter seg mot moren, og berører ikke Bs statsborgerrettigheter. B har, som norsk statsborger, rett til opphold i Norge. Hun kan ikke utvises, jf. utlendingsloven § 69 og EMK protokoll 4 artikkel 3. At B eventuelt blir med moren til Kenya, er en faktisk virkning av vedtaket rettet mot moren. Men det innebærer ikke at B i rettslig forstand kan anses som «utvist» etter utlendingsloven § 71 eller som «expelled» i henhold til EMK protokoll 4 artikkel 3. Hun «nektes» heller ikke «adgang til riket», jf. Grunnloven § 106 andre ledd andre punktum.
- (29) Retten til opphold for unionsborgeres familiemedlemmer, slik denne kommer til uttrykk gjennom EU-domstolens nyere praksis med utgangspunkt i Traktaten om den europeiske unions funksjonsmåte (TEUF) artikkel 20 og 21, ville ikke hindret utvisning av mor i dette tilfellet, og har uansett ikke virkning for EØS-statsborgere, jf. Felleserklæring til EØS-komiteens beslutning om innlemming av Rådsdirektiv 2004/38/EF. Rettighetene etter dette direktivet gjelder bare der EØS-statsborgeren har utøvet sin rett til fri bevegelse i henhold til EØS-avtalen, jf. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse 27. juni 2014 i E-26/13 *Gunnarsson*. Unionsborgerskapsrettighetene beskyttes heller ikke som sådanne av EMK, jf. EMDs storkammerdom i *Jeunesse mot Nederland* 3. oktober 2014 avsnitt 110 [EMD-2010-12738].
- (30) Utvisningsvedtaket er ikke uforholdsmessig, jf. utlendingsloven § 70. Verken mor eller B har noen reell tilknytning til Norge. B har ikke kontakt med sin far. Forholdene i Kenya er ikke til hinder for utvisning av mor eller for at B kan bli med henne. B er i en tilpasningsdyktig alder. Utvisningen er tidsbegrenset. At B er norsk statsborger og vil få endrede levekår i Kenya sammenlignet med i Norge, er ikke til hinder for utvisning av mor. Brudd på utlendingsloven er et betydelig samfunnsproblem. Bruk av uriktige og villedende opplysninger om identitet er særlig alvorlig.
- (31) Utvisningsvedtaket representerer overhodet ikke et *inngrep* i familie- eller privatlivet, slik dette må forstås i Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 nr. 1: Mor og B kan fortsette *familielivet* i Kenya. Og verken mor eller B har etablert et *privatliv* i Norge som er beskyttet av Grunnloven eller menneskerettskonvensjonene.
- (32) Utvisningsvedtaket utgjør uansett ikke noen *krenkelse* av retten til privat- eller familieliv etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. Vedtaket har lovhjemmel, det er begrunnet i et legitimt formål og er forholdsmessig. Etersom verken mor eller B er såkalte «settled immigrants» i Norge, vil utvisning av mor, i henhold til etablert praksis fra EMD, bare være uforholdsmessig i «exceptional circumstances». Verken Bs statsborgerskap eller andre forhold i saken utgjør slike «exceptional circumstances». Hensynet til Bs beste er vurdert og forsvarlig avveid mot de kontrollhensyn som med avgjørende tyngde taler for utvisningen av mor, jf. Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.
- (33) Staten v/Utlendingsnemnda har lagt ned slik påstand:
- «I hovedsaken:
1. Krav om fastsettelsesdom for at utvisningsvedtaket er i strid med EMK artikkel 8 og EMK tilleggsprotokoll 4 artikkel 3 avvises.
 2. For øvrig forkastes anken.

3. Staten v/Utlendingsnemnda tilkjennes sakskostnader for alle instanser.

I forføyningssaken:

Prinsipalt:

Anken forkastes.

Subsidiært:

Saken heves.»

- (34) **Jeg er kommet til** at anken fører frem.
- (35) Saken gjelder *gyldigheten* av UNEs to vedtak 15. mai 2013 om å utvise A og om å nekte henne familiegjengenforening med datteren B i Norge. Den omfatter dessuten et *håndhevelsessøksmål* med krav om dom for at vedtakene mot A krenker datteren Bs rettigheter etter EMK artikkel 8 og/eller 4. protokoll artikkel 3.
- (36) Før jeg går inn på de materielle spørsmålene saken reiser, bemerker jeg følgende om Bs *rettslige interesse* i henholdsvis gyldighets- og håndhevelsessøksmålet, jf. tvisteloven § 1-3:
- (37) Staten har ikke påstått avvisning av gyldighetssøksmålet. Domstolene må imidlertid av eget initiativ ta stilling til om det foreligger rettslig interesse.
- (38) Høyesteretts kjæremålsutvalg Ia i Rt-1995-139 til grunn at den utvistes samboer ikke alene kunne anke over dommen i det gyldighetssøksmålet som paret hadde anlagt i fellesskap. Det gis i kjennelsen uttrykk for at et utvisningsvedtak er «av så personlig art» at «bare den som er utvist, bør kunne angripe det». Jeg finner det vanskelig å likestille B med den ankende samboeren i kjennelsen fra 1995, ettersom B i rettslig og faktisk henseende er vesentlig mer avhengig av moren sin enn det en voksen samboer normalt vil være av sin partner. Kjennelsen gir dessuten ikke svar på om det også måtte ha blitt avvisning dersom samboeren hadde gjort gjeldende at vedtaket krenket *hennes egen* rett til familieliv med den utviste. Etter mitt syn kan et slikt søksmål i hvert fall ikke i dag avvises med den begrunnelse at utvisningsvedtak er av «personlig art». For så vidt som det er familielivet etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 som står på spill ved utvisningen, er jo nettopp poenget at vedtaket *ikke* bare gjelder den utviste.
- (39) Bs tilknytning til det angrepne utvisningsvedtaket er umiddelbar og sterk. Hun gjør gjeldende at det er truffet i strid med hennes *egne* statsborgerrettigheter og hennes *egen* rett til privat- og familieliv etter Grunnloven og EMK. Avvisning av gyldighetssøksmålet for Bs del ville da - etter mitt syn - innebære en rettsfornektelse som vanskelig kunne forenes med norske prosessstradisjoner. Også retten til domstolsbehandling etter Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6 nr. 1, og retten til et effektivt rettsmiddel etter EMK artikkel 13, taler med tyngde for at gyldighetssøksmålet må fremmes for Bs del.
- (40) Jeg finner det på denne bakgrunn klart at B har rettslig interesse i gyldighetssøksmålet, jf. tvisteloven § 1-3.
- (41) Staten har krevd avvisning av Bs søksmål for så vidt som hun krever å få dom for at vedtakene er i strid med EMK artikkel 8 og/eller protokoll 4 artikkel 3. Det er gjort gjeldende at hun ikke vil ha rettslig interesse i å få slått dette fast ved dom, ettersom spørsmålet om krenkelse foreligger eller ikke, kan avklares prejudisielt i gyldighetssøksmålet, jf. Rt-2009-477.
- (42) Jeg er ikke enig med staten. I Rt-2011-1666 avsnitt 32 er det fremholdt som sikker rett at det kan kreves fastsettelsesdom for brudd på EMK - at dette utgjør et «rettskrav» i prosessuell forstand. Det samme er fremhevet i plenumsdommen i Rt-2012-2039 avsnitt 94-99. Spørsmålet om

konvensjonsbrudd har åpenbart også aktuell interesse for B, ettersom en dom i hennes favør innebærer at det ville være rettstridig overfor henne å effektivere vedtakene, jf. Grunnloven § 92.

Håndhevelsessøksmålet kan da ikke avvises etter tvisteloven § 1-3. At et eventuelt konvensjonsbrudd - etter omstendighetene - også vil kunne komme til å utgjøre et prejudisielt rettsforhold i et parallelt gyldighetssøksmål, reduserer ikke den rettslige interessen som hun i utgangspunktet har i håndhevelsessøksmålet. Tidligere fremgikk adgangen til å få dom for prejudisielle rettsforhold uttrykkelig av tvistemålsloven § 58 nr. 1. Nå følger den av den alminnelige bestemmelsen om objektiv kumulasjon i tvisteloven § 15-1.

- (43) Jeg går nå over til *gyldighetsspørsmålet*. I utvisningssaker har domstolene full kompetanse, også når det gjelder de skjønsmessige elementene, jf. Rt-2005-229 avsnitt 34, Rt-2009-534 avsnitt 46 og Rt-2013-449 avsnitt 103. Men prøvingen skal foretas med utgangspunkt i forholdene på vedtakstidspunktet, jf. plenumsdommen i Rt-2012-1985.
- (44) Utlendingsmyndighetens *saksbehandling* er angrepet. Det gjøres gjeldende at B skulle ha vært *part* ved behandlingen i UDI og i UNE, og at feilen må lede til ugyldighet.
- (45) Utlendingsloven har ikke egne bestemmelser om hvem som er part i et utvisningsvedtak. Den alminnelige regelen i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e sier at «part» er den «som en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder». Utvisningsvedtaket retter seg mot A. Men det griper også inn i Bs familieliv med moren. Det utfordrer dessuten omsorgssituasjonen på en måte som kan få helt grunnleggende betydning for Bs oppvekst og fremtid. Hun befinner seg derfor i en slik situasjon som lovens ordlyd beskriver - saken gjelder B direkte. Og hun er, så vidt jeg kan forstå dette, også berørt slik man må ha hatt i tankene da forvaltningslovens partsdefinisjon ble utformet. I forarbeidene til *utlendingsloven* uttrykkes det rett nok tvil med hensyn til om andre familiemedlemmer enn den utviste bør ha partsrettigheter. Jeg viser til Ot.prp.nr.75 (2006-2007) side 321, hvor man også refererer blant annet følgende fra en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling 22. juli 2004:
- «Spørsmålet ... fremstår som tvilsomt. Ordlyden i partsdefinisjonen i § 2 første ledd bokstav e, sett i lys av formålet med reglene ... trekker i retning av å anse dem som parter. I motsatt retning trekker den ganske faste tradisjon i saker av personlig art, kjæremålsutvalgets kjennelse av 1995 og den praksis som utlendingsmyndighetene hittil har ført.»
- (46) Den kjennelsen fra 1995 som det er vist til, er Rt-1995-139, som jeg var inne på når det gjaldt Bs rettslige interesse i å anlegge gyldighetssøksmålet. Som det fremgikk av det jeg da sa, har kjennelsen - etter mitt syn - begrenset interesse for problemstillingene i vår sak. Og mener man, som meg, at B har anledning til å anlegge gyldighetssøksmål, er det nærliggende at hun også burde hatt partsrettigheter allerede i forbindelse med den administrative behandlingen. Jeg viser til Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave 2015, som på side 382 drøfter spørsmålet om øvrige familiemedlemmers partsstatus i utvisningssaker og i saker om familiegjening:

«Familien er beskyttet mot oppsplitting etter retten til familieliv i EMK artikkel 8. Dette er en rett som ikke bare tilkommer den som utvises, men også dennes familiemedlemmer. Hvert familiemedlem må ha krav på individuell beskyttelse av denne retten uavhengig av hvordan de andre familiemedlemmene velger å følge sin rett opp overfor domstolene. Hvis gjenværende familiemedlemmer ikke får adgang til å overprøve vedtaket, vil dette frata dem deres rett til å få prøvet om vedtaket innebærer en krenkelse av deres konvensjonsfestede rettigheter.

Vurderingstemaet i en utvisningssak vil omfatte om vedtaket er forholdsmessig også overfor familien. Familiemedlemmenes situasjon og interesser er således direkte tema i de vurderinger som etter loven skal foretas. Det riktige etter min mening må derfor være å gi familiemedlemmene partsrettigheter allerede i forvaltningsaksen. Samme synspunkter kan anlegges i saker om familiegjening. Til dette kan det innvendes at saken kan berøre personlige forhold for den som utvises, som han eller hun kan ønske ikke skal gjøres kjent for

sine familiemedlemmer. Disse hensyn kan imidlertid varetas innenfor rammen av reglene om begrensninger i partsinnsyn etter forvaltningsloven § 19.»

- (47) Jeg slutter meg til dette. Etter mitt syn var det derfor en saksbehandlingsfeil at B ikke var part ved utlendingsmyndighetenes behandling.
- (48) Feilen leder imidlertid ikke til ugyldighet dersom det ikke er grunn til å regne med at den kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41. I sin alminnelighet vil trolig denne typen feil lett kunne lede til ugyldighet, ettersom konsekvensen gjerne er at noen som direkte berøres av vedtaket, ikke har blitt hørt, eller at saken på annen måte ikke har blitt tilstrekkelig opplyst på grunn av feilen ved partsforholdet. Men i dette tilfellet har utlendingsmyndighetene utvilsomt vært kjent med Bs stilling, og det er ikke noe som konkret trekker i retning av at saken ville ha blitt bedre opplyst dersom B hadde vært part. Mor og B har heller ikke motstridende interesser. Ettersom jeg mener at vedtaket er ugyldig av andre grunner, lar jeg konklusjonen stå åpen.
- (49) Jeg ser nå på de *materielle* spørsmålene i saken, og starter med anførselen om at utvisningsvedtaket rettet mot mor, de facto også er en utvisning av B i strid med hennes *statsborgerrettigheter*.
- (50) Det er vist til utlendingsloven § 69, Grunnloven § 106 andre ledd andre punktum og EMK protokoll 4 artikkel 3. Felles for disse reglene er at de forbyr at statsborgeren *selv* utvises. Det sentrale elementet ved utvisning er at enhver tillatelse til opphold opphører, jf. utlendingsloven § 71. B har imidlertid alle sine statsborgerrettigheter i behold, også retten til å oppholde seg i Norge. Jeg er enig med de ankende parter i at utvisningen av A skaper en tvangssituasjon som rent *faktisk* og i sin virkning innebærer at B må forlate Norge. Med det er ikke vist til, og jeg har heller ikke funnet, holdepunkter i rettskildene for at utvisningsforbudet - som er absolutt - omfatter slike situasjoner. For så vidt gjelder EMK protokoll 4 artikkel 3, viser jeg til Lorenzen mfl., Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art 10-59 samt tillægsprotokollene), 3. utgave 2011, side 1342.
- (51) EU-domstolens praksis knyttet til Traktaten om den europeiske unions funksjonsmåte (TEUF) artikkel 20 og 21 om unionsborgerskap er interessant og ganske vidtrekkende. Jeg viser spesielt til EU-domstolens dom 8. mars 2011 i sak C-34/09, *Zambrano* avsnitt 36-45 og dom 10. oktober 2013 i sak C-86/12, *Alokpa mfl.* avsnitt 20-37. Men jeg er enig med staten i at denne rettspraksisen fra EU-domstolen ikke har virkning for EØS-statsborgere. Jeg viser til Felleserklæring til EØS-komiteens beslutning om innlemming av Rådsdirektiv 2004/38/EF, hvor det blant annet heter:
- «Begrepet unionsborgerskap som innført ved Maastrich-traktaten ... [nå TEUF artikkel 20 og 21] har ingen parallell i EØS-avtalen. Innlemmingen av direktiv 2004/38/EF i EØS avtalen skal ikke berøre vurderingen av EØS-relevansen av framtidige EU-rettsakter eller framtidig rettspraksis fra EF-domstolen basert på begrepet unionsborgerskap. EØS-avtalen medfører ikke et rettslig grunnlag for EØS-borgernes politiske rettigheter.
- Avtalepartene er enige om at innvandringspolitikk ikke er omfattet av EØS-avtalen. Bosettingsrettigheter for tredjelandsborgere faller utenfor avtalens anvendelsesområde, med unntak av rettigheter som gis gjennom direktivet til tredjelandsborgere som er familiemedlemmer av en EØS-statsborger som utøver sin rett til fri bevegelighet i henhold til EØS-avtalen, da disse rettighetene er knyttet til retten til fri bevegelighet for EØS-borgere ...»
- (52) Dette er fulgt opp i EFTA-domstolens rådgivende uttalelse 27. juni 2014 i E-26/13 *Gunnarsson* avsnitt 74.
- (53) Min konklusjon er på denne bakgrunn at den faktiske tvangssituasjonen som utvisningsvedtaket mot A setter B i, ikke i rettslig forstand kan sidestilles med et vedtak om å utvise B i strid med nasjonale eller internasjonale forbud mot utvisning av egne statsborgere.
- (54) Jeg går så over til spørsmålet om utvisningsvedtaket er ugyldig fordi det krenker Bs *menneskerettigheter*.

- (55) De ankende parter gjør gjeldende at utvisningsvedtaket strider mot Grunnloven § 102 sammenholdt med EMK artikkel 8, Grunnloven § 104 sammenholdt med barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og utlendingsloven § 70. Det er nødvendig å si noe om disse rettsgrunnlagene og om sammenhengen mellom dem.
- (56) Grunnloven § 102 første ledd første punktum slår fast:
«Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon.»
- (57) Bestemmelsen kom inn ved grunnlovsreformen i mai 2014, og bygger blant annet på FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17 og EMK artikkel 8. Likhetstrekkene med EMK er store. Jeg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett - ikke de internasjonale håndhevingsorganene - som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.
- (58) Uttrykket «privatliv» favner vidt - noen uttømmende definisjon finnes ikke, jf. plenumsdommen i Rt-2012-2039 avsnitt 70. Men sentralt i den foreliggende praksis fra EMD står blant annet menneskets fysiske og psykiske *integritet*, alle de ulike elementene i den enkeltes *identitet* i videste forstand, og den *personlige autonomi*. Med «familieliv» siktes det etter EMDs nokså omfattende praksis til mer spesifikke relasjoner mellom mennesker, som for eksempel i etablerte parforhold og gjennom båndene mellom foreldre og barn. Grensen mellom de menneskelige relasjoner som utgjør et familieliv, og de som inngår i privatlivet, er ikke skarp.
- (59) Retten til «respekt» for privatliv og familieliv innebærer i første rekke et vern mot uberettigede offentlige inngrep. I en viss utstrekning utgjør kravet om respekt også positive forpliktelser for det offentlige, i den forstand at det må iverksettes tiltak for å sikre mot inngrep fra andre private, jf. Rt-2013-588 avsnitt 41-49 med videre referanser. Sikringsplikten er nå også forankret i Grunnloven § 92.
- (60) Til forskjell fra SP artikkel 17 og EMK artikkel 8, inneholder Grunnloven § 102 ingen anvisning på om det overhodet kan gjøres lovlige begrensninger i privat- og familielivet. Men grunnlovsvernet kan ikke være - og er heller ikke - absolutt. I tråd med de folkerettslige bestemmelsene som var mønster for denne delen av § 102, vil det være tillatt å gripe inn i rettighetene etter første ledd første punktum dersom tiltaket har tilstrekkelig *hjemmel*, forfølger et *legitimt formål* og er *forholdsmessig*, jf. Rt-2014-1105 avsnitt 28. Forholdsmessighetsvurderingen må ha for øye balansen mellom de beskyttede individuelle interessene på den ene siden og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltaket på den andre.
- (61) Grunnloven § 104 lyder:
«Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. De har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling.
Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.
Barn har rett til vern om sin personlige integritet. Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie.»
- (62) Også denne paragrafen kom inn i Grunnloven ved reformen i 2014. I Innst. 186 S (2013-2014) side 29 forklarer kontroll- og konstitusjonskomiteen bakgrunnen:
«Komiteen mener det er en svakhet ved den norske grunnloven at den ikke speiler det særlige vern barn har i norsk og europeisk rett. Alle sårbare grupper kan ikke ha særvern i en

grunnlov. Barn er imidlertid i en særstilling. Ikke bare er de sårbare og har særlige behov for vern for å kunne leve frie, trygge og verdige liv; de er også i en spesiell avhengighetsstilling, og det i en særlig formativ fase av det liv de skal bruke til å utøve de friheter og rettigheter som tilkommer alle. Barndommens særlige avhengige stilling angår oss alle ...

Tross Norges status som foregangsland nettopp for barns rettigheter har Norge ikke villet anerkjenne individuell klageadgang under Barnekonvensjonen, blant annet med den begrunnelse at vi ivaretar barns rettigheter godt nok her hjemme. Dette resonnementet vil fremstå som inkonsekvent dersom Norge ikke nå beskytter barns rettigheter i Grunnloven.»

- (63) Paragraf 104 andre ledd om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, er bærebjelken i bestemmelsen. Regelen har sin parallell i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, som lyder:
- «In all actions concerning children, whether undertaken by public or private welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.»
- (64) I *General Comment No. 14* (2013) «on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration» [GC-2013-14-CRC], har FNs Barnekomité redegjort for regelens bakgrunn og funksjon, og foretatt en konsoliderende gjennomgang av en rekke tolkningsspørsmål. Det Barnekomiteen gir uttrykk for her, utgjør etter mitt syn et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av artikkel 3 nr. 1 - og dermed også ved tolkningen av Grunnloven § 104 andre ledd. Jeg viser til Dok. 16 (2011-2012) side 192, hvor det går frem at man valgte å utforme § 104 andre ledd etter mønster av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 for å kunne trekke vekslers på internasjonal tolkningspraksis. Jeg viser for øvrig til det jeg sa i tilknytning til Grunnloven § 102 om Høyesteretts selvstendige ansvar for grunnlovstolkningen.
- (65) Barnekomiteen fremhever i *General Comment No. 14* at artikkel 3 nr. 1 gir en rett for det enkelte barn som er «directly applicable (self-executing) and can be invoked before a court», jf. avsnitt 6. Det fremheves samme sted at bestemmelsen dessuten virker som et tolkningsprinsipp, og gir preferanse for «the interpretation which most effectively serves the child's best interests». Artikkel 3 nr. 1 er også en prosedyrebestemmelse, i den forstand at avgjørelser som gjelder barn, både må vise at barnets interesser er identifisert, og hvordan de er veiet mot andre hensyn. I avsnitt 36-40 utdypes Barnekomiteen selve normen. Det fremgår at hensynet til barnet ikke er det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende, jf. her også plenumsdommen i Rt-2012-1985 avsnitt 134-136. Men komiteen understreker at ved avveiningen mot andre interesser *skal* hensynet til barnets beste ha *stor vekt* - det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen.
- (66) Det er en nær forbindelse mellom privat- og familielivet og regelen om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Grunnloven § 102 og § 104 er på dette området komplementære, slik at barnets interesser inngår som et tungtveiende element ved forholdsmessighetsvurderingen etter Grunnloven § 102.
- (67) EMK inneholder ingen bestemmelse som svarer til Grunnloven § 104 eller barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Men det følger av EMDs praksis i de senere år at hensynet til barnets beste likevel har en helt sentral plass i proporsjonalitetsvurderingen under EMK artikkel 8 nr. 2, også i utlendingssaker. Jeg viser til EMDs dom i *Nunez mot Norge* 28. juni 2011 avsnitt 84 [EMD-2009-55597] og *Kaplan mot Norge* 24. juli 2014 avsnitt 88 [EMD-2011-32504]. I storkammerdommen i *Jeunesse mot Nederland* 3. oktober 2014 [EMD-2010-12738] uttrykkes dette slik i avsnitt 109:
- «On this particular point, the Court reiterates that there is a broad consensus, including in international law, in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests are of paramount importance (see *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, cited above, § 135, and *X v. Latvia*, cited above, § 96). Whilst alone they cannot be decisive, such interests certainly must be afforded significant weight. Accordingly, national decision-making bodies

should, in principle, advert to and assess evidence in respect of the practicality, feasibility and proportionality of any removal of a non-national parent in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it.»

- (68) Det jeg her har sagt om Grunnloven § 102 og § 104 og EMK artikkel 8, jf. barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, virker også styrende for forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 70.
- (69) Med dette som utgangspunkt og bakgrunn ser jeg nå på utvisningsvedtaket mot A.
- (70) At vedtaket griper inn i et vernet retts gode på Bs hånd, er udiskutabelt: Ved utvisningsvedtaket oppstår en situasjon der B enten må oppgi kontakten med mor eller for en lang periode slippe taket i den norske tilknytningen hun har, og har rett til å ha, gjennom sitt statsborgerskap. Det første utgjør et inngrep i Bs rett til respekt for sitt familieliv med moren; det andre er et inngrep i Bs rett til respekt for sitt privatliv.
- (71) Det er på det rene at utvisningsvedtaket har hjemmel i lov. Det er også helt klart at de hensyn som har begrunnet utvisningen - behovet for å sanksjonere overtredelser av utlendingslovgivningen - er legitime, jf. for eksempel EMDs dom i *Kaplan mot Norge* 24. juli 2014 avsnitt 83 [EMD-2011-32504]. Det springende punktet i saken er om utvisning av A er forholdsmessig.
- (72) Det følger av det jeg har sagt om Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 at også Høyesterett må starte sin vurdering med B og hva som er i hennes interesse.
- (73) B er best tjent med å ha moren som sin viktigste omsorgsperson. Dette støttes ikke bare av den alminnelige presumsjonen for at barn har det best når de kan vokse opp med sine foreldre. Det materialet som har vært lagt frem for Høyesterett, tilsier at mor og datter er sterkt forbundet, og at A ivaretar sine omsorgsforpliktelser overfor B på den beste måte, forholdene tatt i betraktning. For B finnes det ikke noen alternativ til morens omsorg. Utvisning av moren alene, kombinert med at barnevernet overtar omsorgen for B, legger jeg i det videre til grunn som uaktuelt.
- (74) B er født i Norge. Da utvisningsvedtaket ble truffet i 2013, var hun godt og vel tre år. I dag er hun snart fem. Det er en svakhet ved UDIs og UNEs vedtak at Bs faktiske situasjon er dårlig belyst. Men det er ingenting som tyder på at B frem til treårs-alderen hadde knyttet spesielt sterke bånd til andre enn moren. Dette er det imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på. Det er nemlig andre elementer som etter mitt syn fortjener spesiell oppmerksomhet i denne saken; elementer som man overraskende nok knapt finner spor av i utlendingsmyndighetenes vedtak.
- (75) For mitt syn på saken er det helt sentralt at B er norsk statsborger. Jeg har allerede vært inne på at utlendingsloven § 69, Grunnloven § 106 andre ledd andre punktum og EMK protokoll 4 artikkel 3 ikke er til hinder for utvisning av A, selv om dette innebærer at B i realiteten tvinges til å forlate Norge. Bs norske statsborgerskap trumfer ikke alt. Men statsborgerskapet har likevel spesiell betydning ved forholdsmessighetsvurderingen: Barnekonvensjonen artikkel 7 anerkjenner alle barns rett til å ha et statsborgerskap. Og artikkel 8 gir alle barn rett til å ivareta sin identitet, herunder sin nasjonalitet. Bestemmelsene er uttrykk for det grunnsyn at statsborgerskapet er viktig, også for barn.
- (76) Et norsk statsborgerskap er ikke bare en formalitet. Kommunalkomiteen fremhever i Innst.O.nr.86 (2004-2005) om statsborgerloven, punkt 2.2 at «norsk statsborgerskap har en viktig symbolsk betydning ved at det markerer en tilhørighet til det norske samfunnet og dets grunnleggende verdier». Komiteen viser også til at «statsborgerskapet gir viktige rettigheter og plikter som har betydning for innbyggernes deltakelse i det norske samfunnet». Statsborgerskap utgjør, etter mitt syn, et grunnleggende rettslig, sosialt og psykologisk bånd, som kan være av avgjørende betydning for et menneskes identitet og utvikling gjennom hele livet, fra fødsel til død.
- (77)

B er norsk statsborger. Hun har derfor rett til opphold og beskyttelse i Norge, til å ha sin barndom og ungdom her og til å få skolegang her. Som andre norske barn har hun rett til å utvikle sin norske identitet - språklig, kulturelt, sosialt og følelsesmessig. B har i det hele, som norsk statsborger, rett til å få nyte godt av å vokse opp og etter hvert virke i det norske samfunnet, med alt hva det innebærer av muligheter og tilgang til sosialt sikkerhetsnett, velferds- og helsetilbud. Utvisningsvedtaket vil i realiteten avskjære B fra alt dette i minimum fem identitetsformende år, i praksis kanskje for alltid.

- (78) Ved den samlede vurderingen ser jeg også hen til omsorgssituasjonen for B dersom hun må reise til Kenya sammen med moren. Situasjonen der - generelt, og for B og moren spesielt - er, etter det utlendingsmyndighetene har lagt til grunn, ikke til hinder for effektivisering av utvisningsvedtaket. Men det materialet som har vært presentert for Høyesterett, i første rekke fra Landinfo, viser at retur til Kenya uten tvil vil representere massive utfordringer for B og moren. Det er usikkert om A har noe familienettverk å støtte seg på i Kenya, hun er HIV-positiv og er uten utdanning. Hun har dårlige utsikter til å skaffe arbeid for å kunne forsørge B. Etersom bidragsforskudd bare ytes til barn som bor og oppholder seg i Norge, vil B i praksis også stå uten forsørgelse fra faren. Muligheten for at mor og datter ender opp i Nairobis slumområder er reell, med de vidtrekkende konsekvenser dette må forventes å få for Bs sikkerhet, utdanning og velferd. En realistisk tilnærming tilsier at Bs fremtid i Kenya trolig vil bli barsk, risikofyllt og i alle fall høyst uviss.
- (79) Bs interesser taler etter mitt syn klart og med stor tyngde for at B må bli værende i Norge og at moren, som hennes eneste omsorgsperson, ikke kan utvises. Det skal svært gode og tungtveiende grunner til for å oppveie dette.
- (80) Som jeg var inne på helt innledningsvis, er A besluttet utvist fordi hun har gitt uriktige identitetsopplysninger, fordi hun hadde «unndratt seg effektivisering av et vedtak ved ikke å forlate Norge innen utreisefristen, samt oppholdt seg ulovlig i Norge» i en periode på omkring ett år og to måneder. Det er ikke bestridt at forholdene kvalifiserer til utvisning etter utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a. Men de nærmere omstendigheter, herunder overtredelsenes alvor, har betydning for forholdsmessighetsvurderingen, jf. Rt-2011-948 avsnitt 38. Overtredelsene er, så vidt jeg forstår, ganske typiske og har etter sin art reell betydning for utlendingsforvaltningens virksomhet og kontrollmuligheter, jf. Rt-2009-534 avsnitt 51, Rt-2010-1430 avsnitt 80 og Rt-2011-948 avsnitt 48. Men det dreier seg utelukkende om brudd på utlendingsloven - der hovedregelen etter utlendingsforskriften § 14-2 er innreiseforbud i inntil fem år - og ikke om annen alvorlig kriminalitet, som til sammenligning kunne ha gitt grunnlag for varig utvisning.
- (81) Det er en åpenbar spenning mellom behovet for en effektiv og rettferdig utlendingsforvaltning på den ene siden, og kravet etter Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn på den andre siden. Jeg har imidlertid vondt for å se at de grunnene som uten tvil taler for at det reageres overfor A og hennes lovbrudd, i dette tilfellet har den tyngden som skal til for å oppveie de individuelle byrdene for B ved at moren utvises til Kenya. Det har for meg betydning ved den samlede avveiningen her at det er den aldeles uskyldige parten - B - som rammes hardest av sanksjonen.
- (82) Utvisningsvedtaket er dermed ugyldig. Som en virkning av dette, er også vedtaket om avslag på søknaden om familiegjenforening ugyldig.
- (83) Det er krevd dom for at utvisningsvedtaket og avslaget på søknaden om familiegjenforening er i strid med EMK artikkel 8 og protokoll 4 artikkel 3. Jeg viser til det jeg tidligere har sagt om Bs rettslige interesse i å få slik dom. Ved håndhevelsessøksmål er det situasjonen når saken tas opp til doms som er avgjørende, jf. plenumsdommen i Rt-2012-2039 avsnitt 65 flg.
- (84) Med hensyn til om det materielt sett foreligger konvensjonsbrudd i saken her, viser jeg til det jeg har sagt i tilknytning til gyldighetssøksmålet. Det er dermed ikke grunnlag for å konstatere brudd på EMK protokoll 4 artikkel 3. Men Bs rettigheter etter EMK artikkel 8 krenkes ved vedtakene.

(85) Anken har ført frem, og de ankende parter skal etter tvistelovens hovedregel tilkjennes erstatning for sine sakskostnader for alle instanser. Dette gjelder også sakskostnader knyttet til begjæringen om midlertidig forføyning, ettersom staten for Høyesterett aksepterte - i tråd med begjæringen - at utvisningsvedtaket foreløpig ikke skulle effektueres. Sakskostnadene knyttet til begjæringen er angitt å utgjøre 10 prosent av det totale kravet. Det samlede kravet utgjør 574 109 kroner, som inkluderer merverdiavgift. Jeg legger dette til grunn for avgjørelsen, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd. I tillegg kommer rettsgebyrer i tre instanser med 55 470 kroner.

(86) Forføyningssaken blir å heve.

(87) Jeg stemmer for denne

dom og kjennelse:

1. Utlendingsnemndas to vedtak 15. mai 2013 er ugyldige.
2. Utlendingsnemndas to vedtak 15. mai 2013 er i strid med Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 8.
3. I sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler staten v/Utlendingsnemnda til A og B i fellesskap 629 579 - sekshundreogtjuenitusenfemhundreogsyttini - kroner innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av dommen og kjennelsen.
4. Forføyningssaken heves.

(88) Dommer **Normann**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(89) Dommer **Arntzen**: Likeså.

(90) Dommer **Bergsjø**: Likeså.

(91) Dommer **Skoghøy**: Likeså.

(92) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

dom og kjennelse

1. Utlendingsnemndas to vedtak 15. mai 2013 er ugyldige.
2. Utlendingsnemndas to vedtak 15. mai 2013 er i strid med Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 8.
3. I sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler staten v/Utlendingsnemnda til A og B i fellesskap 629 579 - sekshundreogtjuenitusenfemhundreogsyttini - kroner innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av dommen og kjennelsen.
4. Forføyningssaken heves.

