

Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe i utlendingsrett 2007 - 2014

Rapport fra virksomheten og forslag om regelendringer

Arild Humlen (H) og Jonas W. Myhre (tidl. HR advokat)



Innholdsfortegnelse

	side
1. Innledning	7
1.1 <i>Hvorfor ble A&P opprettet?</i>	7
1.2 <i>Hvordan var A&P tenkt å fungere?</i>	8
1.3 <i>Hva skulle A&P oppnå?</i>	10
2. Hvordan A&P har fungert	11
2.1 <i>Som et lavterskeltilbud til ressurssvake utlendinger/asylsøkere</i>	11
2.2 <i>Organiseringen av arbeidet</i>	11
2.3 <i>Behandlede saker – typer og opprinnelsesland</i>	12
2.4 <i>Spesielt om «aksjons»-arbeidet – deltakelse i den rettspolitiske debatt</i>	16
2.5 <i>A&Ps kontakt med utlendingsmyndighetene</i>	16
3. Måloppnåelse – overordnet status	17
4. A&Ps erfaringer	18
4.1 <i>Det udekkete rettshjelpbehovet</i>	18
4.2 <i>UNE som administrativ ankeinstans</i>	19
4.2.1 <i>Utstrakt bruk av nemndleder alene</i>	19
4.2.2 <i>Den begrensede mulighet for personlig forklaring</i>	22
4.2.3 <i>Brudd på forvaltningslovens partsrettigheter – innsyn og uttalerett</i>	23
4.2.4 <i>Mangelfull/feilaktig vurdering av asylsøkerens troverdighet</i>	25
4.2.5 <i>Mangelfull/feilaktig vurdering av bevis, beviskrav, bevisbyrde og risikokrav</i>	32
4.2.6 <i>Beskjeden domstolskontroll</i>	34
4.3 <i>Lengeværende barn</i>	35
4.4 <i>Oppsummert om A&Ps erfaringer</i>	38

5.	Behovet for endringer	39
5.1	<i>Offentlig fri sakførsel i asyl-/utlendingssaker</i>	39
5.1.1	<i>Innledning</i>	39
5.1.2	<i>Kontrollsystemene knyttet til avgjørelser fattet av utlendingsforvaltningen</i>	39
5.1.3	<i>Gjeldende regelverk angående fri sakførsel i asyl og utlendingssaker</i>	40
5.1.3.1	<i>Innledning</i>	40
5.1.3.2	<i>Ikke behovsprøvd fri sakførsel</i>	40
5.1.3.3	<i>Behovsprøvd fri sakførsel</i>	41
5.1.3.4	<i>Fritak for rettsgebyr</i>	43
5.1.3.5	<i>Anke</i>	43
5.1.3.6	<i>Innvilgelseskompetanse</i>	43
5.1.3.7	<i>Oppnevning av prosessfullmektig</i>	44
5.1.3.8	<i>Dekning av motpartens sakskostnader</i>	44
5.1.3.9	<i>Klage/anke over avslag på søknad om fri sakførsel</i>	45
5.1.3.10	<i>Internasjonal-rettslige føringer</i>	45
5.1.4	<i>Fri sakførsel i asyl- og utlendingssaker i andre nordiske land</i>	48
5.1.4.1	<i>Sverige</i>	48
5.1.4.2	<i>Danmark</i>	49
5.1.4.3	<i>Finland</i>	49
5.1.5	<i>Kritikk av nåværende system for fri sakførsel i utlendingssaker</i>	50
5.1.5.1	<i>Innledning</i>	50
5.1.5.2	<i>Spesielle hensyn på utlendingsfeltet</i>	50
5.1.5.3	<i>Manglende reell domstoladgang</i>	51
5.1.5.4	<i>Motpartens sakskostnader</i>	53
5.1.6	<i>Forslag til endringer</i>	54
5.1.6.1	<i>Innledning</i>	54
5.1.6.2	<i>Fri sakførsel uten behovsprøving i definerte utlendings- og asylsaker</i>	54
5.1.6.3	<i>Ressursbruk</i>	58

5.2	<i>Ny ankeinstans i asyl- og utlendingssaker</i>	58
5.2.1	<i>Kritikkverdige forhold ved UNEs saksbehandling</i>	58
5.2.1.1	<i>Innledning</i>	58
5.2.1.2	<i>UNE som administrativ ankeinstans</i>	59
5.2.1.3	<i>Internasjonal-rettslige føringer</i>	61
5.2.1.4	<i>Klageordning i andre nordiske land</i>	64
5.2.2	<i>Forslag til ny klagesaksprosess</i>	67
5.2.2.1	<i>Innledning</i>	67
5.2.2.2	<i>Kommentarer til klagesaksutvalgets innstilling – NOU 2010:12</i>	68
5.2.2.3	<i>A&Ps forslag</i>	76
5.3	<i>Lengeværende barn – konkretisering av vilkår</i>	82
5.3.1	<i>Innledning</i>	82
5.3.2	<i>Rettslig utgangspunkt for lengeværende barns rettsstilling</i>	83
5.3.2.1	<i>Gjeldende regelverk</i>	83
5.3.2.2	<i>Sterke menneskelige hensyn – «barnets beste»</i>	84
5.3.2.3	<i>Avveiningen mellom «barnets beste» og innvandringsregulerende hensyn</i>	85
5.3.2.4	<i>Retten til privatliv etter EMK artikkel 8</i>	88
5.3.3	<i>Manglende samsvar mellom regelverk og praksis</i>	88
5.3.3.1	<i>Innledning</i>	88
5.3.3.2	<i>Forholdet mellom barnets selvstendige rettigheter og identifikasjon med foreldrenes handlinger – Tidspunktet for når «barnets beste» blir avgjørende</i>	89
5.3.3.3	<i>Endring av forvaltningspraksis over tid – for streng praksis</i>	92
5.3.3.4	<i>Uensartet praksis</i>	93
5.3.4	<i>Særlig om domstolenes prøvingsrom vedrørende barnekonvensjonens artikkel 3</i>	102
5.3.4.1	<i>Utgangspunktet – fritt skjønn med skjerpet begrunnelsesplikt</i>	102
5.3.4.2	<i>Nærmere om domstolenes prøving</i>	104
5.3.4.3	<i>Borgarting lagmannsretts dom av 24.10.13</i>	106
5.3.4.4	<i>Neda-saken 08.11.2013</i>	107
5.3.4.5	<i>Sammenfattende om prøvingen av «barnets beste»</i>	108
5.3.4.6	<i>Artikkel 8 EMK om retten til privatliv som skranke for forvaltningens frie skjønn</i>	109
5.3.5	<i>Forslag til nye regler – lengeværende barn – «barnets beste»</i>	109
5.3.5.1	<i>Begrunnelse</i>	109
5.3.5.2	<i>Forslag</i>	111

6. Sammendrag	113
1. Innledning	113
1.1 <i>Hvorfor ble A&P opprettet?</i>	113
1.2 <i>Hva skulle A&P oppnå?</i>	113
2. Hvordan A&P har fungert	114
2.1 <i>Generelt</i>	114
2.2 <i>Behandlede saker – typer og opprinnelsesland</i>	114
3. Måloppnåelse – overordnet status	114
4. A&Ps erfaringer	115
4.1 <i>Det udekkete rettshjelpbehovet</i>	115
4.2 <i>UNE som administrativ ankeinstans</i>	115
4.2.1 <i>Utstrakt bruk av nemndleder alene</i>	115
4.2.2 <i>Den begrensede mulighet for personlig forklaring</i>	115
4.2.3 <i>Brudd på forvaltningslovens partsrettigheter – innsyn og uttalerett</i>	115
4.2.4 <i>Mangelfull/feilaktig vurdering av asylsøkerens troverdighet</i>	116
4.2.5 <i>Mangelfull/feilaktig vurdering av bevis, beviskrav, bevisbyrde og risikokrav</i>	116
4.2.6 <i>Beskjeden domstolskontroll</i>	116
4.3 <i>Lengeværende barn</i>	117
5. Behovet for endringer	117
5.1 <i>Offentlig fri sakførsel i asyl/utlendingssaker</i>	117
5.2 <i>Ny ankeinstans i asyl- og utlendingssaker</i>	117
5.2.1 <i>Kritikkverdige forhold ved UNEs saksbehandling</i>	117
5.2.2 <i>Forslag til ny klagesaksprosess</i>	118
5.3 <i>Lengeværende barn – konkretisering av vilkår</i>	119
5.3.1 <i>Innledning</i>	119
5.3.2 <i>Rettslig utgangspunkt for lengeværende barns rettsstilling</i>	119
5.3.3 <i>Manglende samsvar mellom regelverk og praksis</i>	119
5.3.4 <i>Særlig om domstolenes prøvingsrom vedrørende barnekonvensjonens art. 3</i>	120
5.3.5 <i>Forslag til nye regler – lengeværende barn - «barnets beste»</i>	121
5.3.5.1 <i>Begrunnelse</i>	121
5.3.5.2 <i>Forslag</i>	121

Vedlegg	123
1. <i>Søknadsskjema – Hjelp til rettslig prøving av utlendingssak</i>	123
2. <i>Behandlingsregler for Advokatforeningens Aksjons- og Prosedyregruppe i utlendingsrett</i>	124
3. <i>Standardorientering til søkere</i>	127
4. <i>Personer tilknyttet Advokatforeningens aksjons – og prosedyregruppe i utlendingsrett 2007-2014</i>	128
5. <i>Advokatfirmaer og advokater som har ført saker for Advokatforeningens Aksjons- og prosedyreprosjekt 2007-2014</i>	130
6. <i>Sakspresentasjon av henviste saker – avgjort av domstol eller UNE ved omgjøring</i>	131
7. <i>A&Ps brev datert 08.2014 og UNEs svar datert 16.01.14</i>	196

1. Innledning

Etter drøyt syv års virksomhet går aksjons- og prosedyregruppen (A&P) nå inn i en evalueringsfase. Tiden er kommet for å gi en samlet fremstilling av A&Ps virksomhet, de saker prosjektet har behandlet, de erfaringer man har gjort seg og hvilken lærdom man bør trekke av disse erfaringene. Rapporten munner ut i tre konkrete temaer som gis en mer inngående behandling og hvor det foreslås regelendringer. Dette gjelder offentlig fri sakførsel, klageorganet Utlendingsnemnda (UNE) og lengeværende barns rettsstilling. Det vises til kap. 5.1, 5.2 og 5.3 nedenfor.

1.1 Hvorfor ble A&P opprettet?¹

På høstparten i 2006 hadde advokatene Arild Humlen og Jonas W. Myhre en lang og viktig telefonsamtale. Temaet var norske utlendingsmyndigheters behandling av utlendings- og asylsaker. Det viste seg at de hadde en ganske sammenfallende analyse av situasjonen. Det forelå et klart udekket rettshjelpsbehov hos utlendinger, som hadde fått et endelig negativt vedtak mot seg fra UNE. Det de særlig festet seg ved var at så forsvinnende få av det store antall UNE - vedtak, ble rettslig prøvet.² Dette var særlig oppsiktsvekkende i disse typer saker, hvor et avslag er av så inngripende betydning for den enkelte utlending og dennes familie.

Årsaken syntes klar, de utlendinger eller asylsøkere som fikk avslag i UNE, var uten ressurser til å anlegge sak og å betale for advokatbistand. Offentlig rettshjelp var nærmest ikke tilgjengelig.

En særlig grunn for rettslig prøvelse av UNEs vedtak, var konstateringen av at UNE ikke fungerte som det «domstolslignende organ» lovgiverne i sin tid skapte forventninger om og som utlendingsforvaltningen selv fremhevet.³ Dette viste seg gjennom det beskjedne antall saker som ble behandlet i nemnd, med leder og to nemnds med-

- 1 Innledende kapitler er til dels gjengivelse av tidligere publisert art., *Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe i utlendingsrett – status etter 4 års drift*, av Arild Humlen og Jonas W. Myhre, inntatt i *Med loven mot makta Juss-Buss førti år* s. 125 – 155 (2011) Novus forlag (Juss-Buss festskrift (2011). Se også *Behov for økt domstolskontroll av utlendingsforvaltningen* av Jonas W. Myhre, LoR 2/2008 s.81 – 101.
- 2 Ifølge UNEs statistikk var det i 2006 registrert 83 rettsaker, mens det samme år var behandlet vel 11.000 saker. Dvs. at kun 0,8 % av samlet behandlede saker endte for domstolene. Se www.une.no. Forholdet mellom administrativt behandlede saker og anlagte rettsaker i året kan innebære en viss tidsforskyvning. For året 2009 har UNE til sammenligning rapportert om 10014 behandlede asylsaker og 1334 utvisningssaker. Samme år mottok staten 65 «rettskraftige dommer», hvorav 49 var vunnet av staten og 16 av saksøker, d.v.s staten vant 75 %.
- 3 Se bl.a. forhandlinger i Odelstinget 1998-1999 s. 322.

lemmer og med personlig fremmøte for klageren og klagerens advokat.⁴ Nemndleder benyttet i stor utstrekning sin myndighet til å avgjøre saken alene, etter forberedelse av sekretariatet, under henvisning til at saken ikke bød på vesentlige tvilsspørsmål.⁵ Det var derfor naturlig at det allerede fra starten av ble rettet et særlig fokus på vedtak truffet av nemndleder alene.

Det ble også registrert en åpenbar ubalanse i tilgang på ressurser i disfavør av utlendingen/asylsøkeren, i de relativt få sakene som ble ført for domstolene. UNE med sine saksbehandlere og advokater ved Regjeringsadvokaten eller de særskilt engasjerte advokatfirmaer, var mot- parter med svært sterke posisjoner, også i de enkelte domstolene. Det var nær kontakt til Landinfo og det forelå velutviklede erfaringsarkiv.

Humlen og Myhre ble enige om å foreslå for Advokatforeningen at man etablerte en ordning som søkte å avhjelpe (dette udekkede rettshjelpbehovet) innen praktikable rammer. Tilbudet skulle gå ut på å gi gratis advokatbistand i nærmere utvalgte saker, for prøvelse av UNEs vedtak for tingretten, «access to court». Det ble også foreslått tiltak for å bedre tilgjengelige ressurser for de prosederende advokater ved bl.a. å etablere en erfarings- /kompetansebase, heretter benevnt som kunnskapsbasen

Advokatforeningen stilte seg positiv til forslaget og i løpet av noen måneder ble det organisert sekretariat, administrativt ledet av en jurist fra Advokatforeningens sekretariat. Det ble engasjert tre jusstudenter som saksbehandlere. Behandlingsregler og informasjon til publikum ble utarbeidet. En Referansegruppe ble dannet for å avgjøre hvilke saker prosjektet skulle ta. Kontakt ble etablert med større advokatfirmaer som sa seg villig til å delta i en samfunnsdugnad ved å prosedere sakene «pro bono». I løpet av mars 2007 startet man opp. Erfaringsbase ble også etablert, med tilgang for de prosederende advokater og andre medlemmer av Advokatforeningen.

1.2 *Hvordan var A&P tenkt å fungere?*

Prosjektet ble lansert som et lavterskel tilbud om fri sakførsel til «ubemidlede» utlendinger/asylsøkere. Man så for seg en forenklet, skriftlig saksbehandling, basert på et søknadsskjema med relevante vedlegg. Den forenklete behandlingen var ment å sikre en raskest mulig avklaring av om bistand skulle ytes.⁶

4 Ifølge UNEs statistikk for 2005 og 2006 representerte antall saker i nemnd ca. 5-6 % av totalt antall saker. Se Ot. prp. Nr. 75 (2006-2007) *Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)* s. 312.

5 Utlendingsloven (Utl.) (1988) § 38 tredje ledd og Utl. (i.kr. 2010) § 78 tredje ledd.

6 Søknadsskjemaet følger som vedlegg (1) til rapporten.

Man fant det nødvendig å etablere en terskel for hvilke saker A&P skulle yte bistand til. Et grunnvilkår måtte være at det dreiet seg om prinsipielle saker, med rimelig utsikt til å vinne frem.

Man ønsket å forankre avgjørelser om bistand i et særskilt organ med medlemmer også utenfor Advokatforeningen. For dette formål ble Referansegruppen etablert. I tillegg til opprinnelig 6 privatpraktiserende advokater, ønsket man å hente kunnskap fra relevante organisasjoner og institusjoner. Både Norsk Organisasjon for Asylsøkerer (NOAS), Amnesty Internasjonal Norge, Den norske Helsingforskomité, Selvhjelp for innvandrere og flyktninger (SEIF) og Norsk senter for menneskerettigheter (SMR) har vært representert.⁷

For å sikre tilstrekkelig bistand fra advokatene som skulle prosedere A&Ps saker på «pro bono» vilkår, anså man det fornuftig i første omgang å henvende seg til større advokatfirmaer, med anmodning om å delta i en «samfunnsdugnad». Advokatfirmaene ble stilt fritt til eventuelt å benytte dette som praksis sak for yngre fullmektiger, forutsatt nødvendig oppfølging.

Fra A&P gruppens side var man klar over behovet for å tilrettelegge den enkelte sak for vedkommende prosederende advokat. Det ble derfor etablert en fast rutine med overleveringsmøter hvor representanter for A&P redegjør for faktum og sentrale retts-spørsmål og tilbyr supplerende referansemateriale. Dette følges opp med innspill til stevning og strategi etc. Ytterligere ble de tilbudt tilgang til kunnskapsbasen.

På grunn av begrensede ressurser har det fra første stund vært nødvendig å begrense rettshjelpstilbudet til fri sakførsel. Det innebærer at klienten selv må dekke rettsgebyr, utgifter til sakkyndige og for eksempel kopiering, samt i tilfelle av tap, statens omkostninger. I praksis har dette heldigvis i de fleste tilfellene blitt løst uten at klienten er blitt belastet. Dette skyldes dels at advokatfirmaene selv ofte har dekket rettsgebyr og sine utgifter, dels at sakkyndige har akseptert å tjenestegjøre uten honorar, dels at majoriteten av saker er vunnet og saksomkostninger tilkjent og dels at saksomkostninger ikke er blitt idømt, selv når sak er tapt.

Lettfattelig og tilgjengelig informasjon om rettshjelpstilbudet ble ansett som en viktig forutsetning for at tilbudet skulle nå frem til flest mulig. Det ble derfor raskt lagt inn informasjon på engelsk og norsk om rettshjelpstilbudet på Advokatforeningens hjemmeside.⁸

7 Behandlingsreglene for A&P følger som vedlegg (2) til rapporten.

8 Informasjonen følger som vedlegg (3) til rapporten.

Man ønsket også å delta i den rettspolitiske debatt, særlig med utgangspunkt i de erfaringer man ville gjøre ved gjennomføringen av A&Ps enkeltsaker.

1.3 *Hva skulle A&P oppnå?*

Hensikten med A&P var å styrke den enkelte utlendings / asylsøkers rettssikkerhet ved å gi «access to court» for prøving av prinsipielle UNE vedtak i retten. Ved å muliggjøre rettslig prøvning av UNEs vedtak, særlig vedtak truffet av nemndleder alene, ville man kunne gjennomføre en effektiv kontroll med UNEs saksbehandling, bevisvurdering og rettsanvendelse. Dette ble sett på som særlig viktig, gitt den minimale domstolsprøving som hadde skjedd tidligere.

Ved å tilby gratis rettshjelp og styrke ressursene på saksøkersiden søkte man å oppnå en viss utjevning av den eksisterende ubalansen i partsforholdet mellom saksøker og staten.

Man så for seg at A&Ps deltagelse i den rettspolitiske debatt, ikke minst knyttet til UNEs virksomhet som administrativt klageorgan, kunne komme til å spille en rolle. Dette skyldtes ikke minst verdien av de erfaringer man etter hvert regnet med å samle.

2. Hvordan A&P har fungert

2.1 *Som et lavterskeltilbud til ressurssvake utlendinger/asylsøkere*

Lavterskeltilbudet innebar at informasjon om A&P lå ute på Advokatforeningens hjemmeside, på norsk og engelsk. Her lå også behandlingsregler og søknadsskjema.⁹ Dette skjemaet ga anvisning på den etterspurte informasjonen som måtte fremskaffes og som gjaldt vedtak fra UDI og UNE, eventuelt avslag på omgjøringsbegjæringer og i asylsaker, asylintervjuet. Det krevdes ingen selvstendig redegjørelse fra søkeren, men mange søkere ønsket å supplere med egne beretninger og bilag, f.eks. videofilmer av deltakelse i politiske demonstrasjoner. For å gi A&P mulighet til å innhente supplerende informasjon direkte fra utlendingsmyndighetene, inneholdt skjemaet et samtykke fra søkeren til at det kunne skje. Den videre saksbehandling baserte seg på søknadsskjemaet med vedlegg. Det ble ikke foretatt intervju av søkeren, men saksbehandlerne var tilgjengelig på telefon eller e-post.

2.2 *Organiseringen av arbeidet*

Virksomheten i prosjektet har foregått som opprinnelig fastlagt og beskrevet i kap. 1.2 foran. Utlendinger med endelig vedtak av UNE mot seg, har søkt skriftlig om bistand til rettslig prøvning av vedtaket. Sakene er blitt utredet av videregående jusstudenter som har presentert et saksresymé med faktiske og rettslige problemstillinger for prosjektlederne. Alle studenter unntatt én, har vært rekruttert fra Juss-Buss miljøet.¹⁰ Saker med behov for ytterligere vurdering, ble henvist til Referansegruppen, som etter rådslagning i møte besluttet om en sak skulle overføres til advokat for rettslig prøvning. Grunnleggende vilkår for å ta saken var at saken hadde en prinsipiell betydning og hadde rimelig utsikt til å vinne frem. Spørsmål om supplerende landinformasjon og vurdering av asylsøkers troverdighet har vært gjennomgående temaer.

Selve overføring til advokatfirmaet som har påtatt seg å prosedere gratis, har skjedd i overføringsmøte hos advokatfirmaet hvor vanlig vis leder eller nestleder, representant fra sekretariatet og en saksbehandler har vært til stede og redegjort for saken. Dommer og annet referansemateriale har som oftest også vært stillet til disposisjon. Avhengig av behov, har A&P fulgt opp med råd og innspill til utforming av stevning etc. og valg av strategi. Kostnader og utlegg er i utgangspunktet utlendingens/asylsøkerens ansvar, men har ofte blitt båret av vedkommende advokat firma. 15 % av eventuelt tilkjente saksomkostninger har tilfalt A&P, som dekning av påløpte kostnader.

.....
9 Se fotnoter 6, 7 og 8 for referanser.

10 Personer tilknyttet Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe i utlendingsrett, 2007 – 2014 følger som vedlegg (4).

I alt 26 advokatfirmaer, herunder de fleste forretningsjuridiske firmaer i Oslo og enkelte mindre firmaer og frittstående advokater har stilt med prosedyreadvokater til prosjektet.¹¹ A&P er meget takknemlig for den positive holdning disse enkeltadvokater og advokatfirmaer har vist for prosjektet og det grundige arbeidet som er blitt utført. Det ble etablert en «vinn-vinn» situasjon ved at advokatfirmaene fikk anledning til å benytte sakene som praksis saker for sine fullmektiger, under ledelse av en ansvarlig advokat. Inntrykket er at dette ble meget godt mottatt av unge jurister, som hovedsakelig hadde arbeidet med formuerettslige og forretningsjuridiske problemstillinger og som via A&P sakene ble konfrontert med dramatiske enkeltskjebner og til dels krevende juss. Uten at A&P skal ta æren for det, er det med tilfredshet man kan konstatere at holdningen til å yte «samfunnsdugnad» fra advokatfirmaenes side har endret seg i positiv retning i løpet av de senere år. Forhåpentlig vis har A&P vært en bidragsyter til dette

A&P har også tilbudt bistand til fakta- og rettskilde søk til Advokatforeningens medlemmer mot et rimelig vederlag («erfaringsbasen»). Studentmedarbeiderne har opparbeidet seg kompetanse på rettsfeltet og har bistått advokater med henvisning til relevante dommer, rapporter og landinformasjon. Tjenesten har blitt forholdsvis lite benyttet, men har fått godt skussmål av brukerne.

Gjennomsnittlig behandlingstid fra mottatt søknad til svar om innvilgelse, har variert noe, men har i gjennomsnitt vært 2-3 måneder. De største forsinkelsene har skyldtes behovet for å få innkalt tilstrekkelig tilleggsinformasjon.

2.3 *Behandlede saker – typer og opprinnelsesland*¹²

Saker om asyl utgjør den største saksgruppen. Av de 74 henviste sakene, gjaldt 54 asyl. Dette kan ytterligere splittes opp i 8 konvertittsaker, 7 saker om homofili, 31 saker om politisk oppfatning inkludert «sur place» aktivitet, 1 sak om internflukt, 1 sak om medlemskap av spesiell sosial gruppe og 2 saker gjelder fortolkning av flyktningkonvensjonen. Deretter følger 7 saker vedrørende utvisning og 13 saker vedrørende utlendingsloven (utl.) §38, hovedsakelig om lengeværende barn.

.....
11 En oversikt over firmaer og enkeltadvokater som har bistått følger som vedlegg(5) til rapporten.

12 Kort omtale av samtlige henviste saker følger som vedlegg(6) til rapporten.

Tabell – fordelingen av de ulike sakstyper på ulike land

LAND / SAKSTYPE	Iran	Irak	Etiopia	Afghanistan	Øvrige land	Totalt
Asyl						
Utl. (2008) § 28/ Utl. (1988) § 15						
Homofili	6		1			7
Internflukt					1	1
Kjønnslemlestelse		1			2	3
Konvertitt	5			3		8
Politisk oppfatning	9	2	8	2	10	31
Medlemskap i en spesiell sosial gruppe	1					1
Fortolkning av flykningskonvensjonen art. 1 C nr. 5 og art. nr. 1 D (2)	1				1	2
Dublinforordningen II/EMK art 3		1				1
Humanitært grunnlag						
Utl. (2008) § 38/ Utl. (1988) § 8						
Sterke menneskelig hensyn			1		2	3
Lengeværende barn/familiesplittelse	4		1		5	10
Utvising	1	2	1	1	2	7
Totalt	27	6	12	6	23	74

Enkelte eksempler på saker i de ulike kategorier:

Konvertitter: Sak 63 gjaldt en iransk konvertitt. UNEs opprinnelige vedtak fattet i nemndmøte med personlig fremmøte. UNE tok ikke stilling til om asylsøkeren var en reell konvertitt, men kom til at det uansett ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort at han hadde en tilknytning til kristendommen som tilsa at han ville bedrive en aktiv utadrettet virksomhet ved retur. Saken ble vunnet i tingretten. Etter en totalvurdering fant retten at klagerens asylhistorie framsto som troverdig og noenlunde sannsynlig og at han hadde foretatt en reell konvertering til å bli et Jehovas vitne. Det ble også lagt til grunn at klageren ville bedrive forkynnelsearbeid dersom han ble returnert til Iran. På bakgrunn av bevisførselen la retten til grunn at frafall fra islam (apostasi) er straffbart i Iran og at man i ytterste konsekvens kan dømmes til døden for dette. Retten fant dermed klageren hadde en reell og velbegrunnet frykt for forfølgelse. Dommen er rettskraftig.

Homofili: Sak 34 gjaldt en iransk homofil mann. UNEs opprinnelige vedtak fattet av nemndleder alene. UNE fant at asylsøkeren ikke hadde sannsynliggjort at han var homofil. Lagmannsretten fant at søker ville skjule sin legning ved en retur grunnet det sterke sosiale presset. Men retten anså at det var reell mulighet for at iranske myndigheter hadde registrert at klageren var homofil.

Sak 56 gjaldt to iranske lesbiske kvinner. UNEs opprinnelige vedtak fattet av nemndleder alene. Selv om UNE la til grunn at asylsøkerne var lesbiske, ble det ikke funnet tilstrekkelig sannsynliggjort at det seksuelle forholdet var kjent for omgivelsene. Etter å ha mottatt søksmålsvarsel fra A&P besluttet UNE å behandle saken på nytt i nemndmøte med personlig fremmøte. Nemnda la til grunn at klagerne hadde blitt offentlig eksponert som et lesbisk par etter at de kom til Norge gjennom at ulike aviser og nettstedet hadde omtalt deres sak. Det ble videre lagt til grunn at homofile par kan utsettes for forfølgelse i Iran dersom dette blir kjent for myndighetene. På bakgrunn av klagerenes engasjement for lesbiske etter at de ankom Norge, samt deres opptreden under nemndmøte, la UNE til grunn at de begge ønsket å opptre som kjærester også ved en retur til Iran. De ble derfor ansett som flyktninger med rett til beskyttelse.

Politisk oppfatning: Sak 24 gjaldt en etiopisk musiker med politisk aktivitet. Som grunnlag for sin søknad om asyl anførte søkeren at han hadde vært et aktivt medlem av Ethiopian Democratic Party (EDP) i hjemlandet, herunder forsøkt å verve nye medlemmer og opptrådt som valgobservatør under valget i sin bydel. UNEs opprinnelige vedtak ble fattet av nemndleder alene. UNE fant at asylsøkerens aktivitet ikke kunne anses å være av en slik art at den ga grunnlag for å frykte forfølgelse ved retur.

UNEs avslag ble etterfulgt av en rekke senere omgjøringsbegjæringer som alle ble forkastet. Asylsøkeren anførte at han hadde drevet med politisk opposisjonsvirksomhet i Norge, såkalt «sur place»-aktivitet.

Staten ble stevnet i 2008 med påstand om at UNEs vedtak var ugyldig. UNE anså stevningen som en begjæring om omgjøring og besluttet i 2010 å behandle saken på nytt i nemndmøte med personlig fremmøte.

Nemndas flertall (to nemndmedlemmer) fant at søkerens politiske engasjement og aktiviteter var registrert av etiopiske myndigheter på grunn av hans synlige posisjon i miljøet og at det var sannsynlig at miljøet var utsatt for overvåkning av etiopiske myndigheter. Flertallet var i tvil hva gjaldt den konkrete risikoen for forfølgelse ved retur til Etiopia, men den tvil som var til stede var imidlertid av en slik art og styrke at flertallet konkluderte med at denne måtte lede til at utlendingen hadde rett til asyl etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a.

Sak 38 gjaldt en etiopisk asylsøker, politisk aktivitet (sur place) en av grunnleggerne av den norske avdeling av Ginbot 7 og aktiv i opposisjonspartiet KSDON. Opprinnelig avslag, nemndleder alene. Under saksforberedelsen for retten bestemmer UNE at man vil vurdere saken på nytt, i nemndsmøte med personlig fremmøte hvor asylsøkeren fikk redegjøre for sin aktivitet. Resultatet ble omgjøring. Den politiske aktiviteten var genuin og gjennomtenkt og engasjementet sterkt og ekte.

Sak 40 gjaldt en tsjetsjensk mann som hadde gitt bistand til motstandsgruppe og som også var blitt tatt til fange og torturert. UNEs opprinnelige vedtak ble fattet i nemndsmøte, uten personlig fremmøte. UNE la mannens forklaring til grunn, men anså at hans aktivitet var for beskjeden samt at forholdene lå så langt tilbake i tid at det ikke forelå risiko ved retur. UNE behandlet uttak av stevning som en begjæring om omgjøring og innvilget asyl. Ny landinformasjon viste at opprørerne og deres hjelpere ble straffeforfulgt dersom de ble tatt og at slik straffeforfølgelse kunne kvalifisere som forfølgelse i flyktningkonvensjonens forstand. Internflukt ble ikke ansett å være et trygt og rimelig alternativ.

Utvising: Sak 54 gjaldt en iransk mann som kom som 16 åring til Norge, søkte asyl og, fikk opphold på humanitært grunnlag. Ble deretter domfelt for diverse (mindre) lovbrudd, herunder narkotika og legemsbeskadigelse, utvist, med to års innreiseforbud. UNEs opprinnelige vedtak ble fattet i nemndsmøte uten personlig fremmøte. En rekke omgjøringsbegjæringer ble avvist. Oslo tingrett la til grunn at de forhold søker var domfelt for utgjorde lovbrudd av alvorlig karakter og at allmennpreventive hensyn tilsa at søker ble utvist. Retten la imidlertid avgjørende vekt på søkers manglende tilknytning til Iran. Søkers unge alder ved ankomst, at han hadde hatt en lovlig oppholdstid på åtte år i Norge, samt at han ikke hadde begått ytterligere lovbrudd etter 2007 ble også tillagt betydning. Utvisningen fremsto som uforholdsmessig og vedtaket ble kjent ugyldig.

Lengeværende barn: Sak 15 ble avgjort av nemndleder alene. Saken omhandlet en etiopisk kvinne med barn som søkte asyl i 2002. Kvinnen anførte at familien og hun selv var blitt utsatt for overgrep av etiopiske myndigheter som følge av at de mistenkte kvinnens far for å støtte Eritreas frigjøringskamp.

UNE ved nemndleder alene avslo søknaden i 2004 med henvisning til at det ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort at kvinnen risikerte forfølgelse i hjemlandet på grunn av farens tidligere engasjement i frigjøringskampen. Vedtaket ble begjært omgjort i 2006 og det ble nå anført at barnets tilknytning til riket måtte tillegges vekt i vurderingen om opphold på humanitært grunnlag, jf. utl. § 8 annet ledd jf. den ventede endringen i utlendingsforskriften om lengeværende barn i Norge.

Omgjøringsanmodningen ble avslått av UNE i januar 2008. Det ble lagt avgjørende vekt på de innvandringspolitiske hensyn i saken. Moren hadde ikke innrettet seg etter tidligere avslag og hadde relativt langvarig ulovlig opphold. Det ble tatt ut søksmål mot UNE senere samme år, og i den forbindelse fremlagt en omfattende bevisførsel knyttet til barnets tilknytning til riket samt uttalelser fra psykolog og barnevern om kvinnens reduserte omsorgsevne.

UNE valgte da å behandle saken på nytt i nemndmøte med to nemndmedlemmer. I vedtak av november 2009 konkluderte en enstemmig nemnd med at barnets sterke tilknytning til riket måtte veie tyngre enn de innvandringsregulerende hensyn, og innvilget oppholdstillatelse i medhold av utl. § 8 annet ledd.

2.4 *Spesielt om «aksjons»-arbeidet – deltakelse i den rettspolitiske debatt*

A&P har ved forskjellige anledninger deltatt i den offentlige debatt om UNE og rettssikkerhet, det være seg ved avisinnlegg, intervjuer i aviser eller TV/radio, seminarer og seminarinnlegg.¹³

2.5 *A&Ps kontakt med utlendingsmyndighetene*

Det har vært avholdt møte med tidligere UNE direktør Skjeggestad og ledere i UNE, seminar med saksbehandlere i UNE, møte med UDI vedrørende asylavhør og deltakelse i seminar i Landinfo. Dette var kontakter det også fra utlendingsforvaltningen ble uttrykt tilfredshet med. Advokatforeningens rettssikkerhetsutvalg inviterte den nye UNE -direktør Ingunn-Sofie Aursnes til rettssikkerhetsseminar mai 2013. Direktør Aursnes foredrag på dette seminaret signaliserte en noe annen holdning. I en lengre periode oversendte A&Ps sekretariat fortløpende status over behandlede saker til UNE.

.....
¹³ Se f.eks. debattinnlegg i Klassekampen 24.2.2009, «Per Willy Amundsen og rettssikkerheten» og debattinnlegget «Svekker de svakeste», Jonas W. Myhre og Arild Humlen, publisert i Aftenposten 22.07.2009.

3. Måloppnåelse – overordnet status

Totalt har A&P gjennomgått i alt 1755 saker. Opprinnelig er 74 saker henvist til advokat for rettslig prøvning. Totalt 57 er endelig avgjort, herav 36 med positivt resultat og 21 med negativt resultat.¹⁴ Av de 36 saker med positivt resultat, er 13 avgjort ved dom og 23 ved omgjøring etter at søksmålsvarsel er sendt eller stevning uttatt. 9 saker verserer fortsatt, 6 saker er av forskjellige årsaker avvirket før endelig avgjørelse. Det innebærer at av de endelig avgjorte sakene, er 63 % avgjort med positivt resultat for klienten. Det er totalt 41 saker hvor nemndleder i UNE alene har truffet det opprinnelige vedtak., Totalt er 29 saker avgjort med positivt resultat. Av disse er 10 saker avgjort ved dom og 19 saker ved omgjøring etter prosessvarsel eller stevning mottatt av UNE. Det innebærer at A&P har fått medhold i vel 70 % av disse sakene.¹⁵

A&P har lagt til grunn en streng praktisering av kravet til prinsipiell og prosedabel sak også med bakgrunn i det faktum at prosjektet hadde meget begrensede ressurser til å dekke det store behovet som viste seg å foreligge. Det er lite tvilsomt at listen her er lagt vesentlig høyere enn hva man kan benytte ved vurderingen i offentlig fri sakførsel saker. Hvor det var tvil om identiteten eller klientens troverdighet ble ansett som vesentlig svekket, ble saken normalt avvist. Det er dermed ikke sagt at de avviste sakene kan anses som godkjente av A&P.

Fra UNEs side har det vært reist innvendinger mot at A&P har inkludert omgjøring til gunst for klienten blant saker avgjort med positivt resultat. Ifølge UNE-direktør Ingunn-Sofie Aursnes er det «helt ordinært at UNE vurderer omgjøring av eget tiltak når vi blir kjent med ny informasjon i forbindelse med rettssaker.» Det anes også «noe freidig og (sic!) inkludere UNEs egne omgjøringer i en «vinnerprosent»». ¹⁶ I kap.4.2.1 nedenfor vil det bli nærmere påvist hvor utslagsgivende A&Ps initiativ har vært hva gjelder omgjøring. Det kan dokumenteres at det i flertall av sakene ikke handler om ny informasjon, men om en re-vurdering av saken slik den forelå ved UNEs opprinnelige behandling. For A&P er det imidlertid resultatene som teller. A&P har tidligere jevnlig orientert UNE om sine resultater og har også i tidligere publisert omtale av A&P klart tilkjennegitt hvilke avgjørelser som er tatt ved omgjøring.¹⁷

14 De oppgitte tall på antall 57 endelig avgjorte saker tar hensyn til at sak 1 og sak 33 ikke er medregnet, da disse er ansett å være resultatnøytrale. Hvis en regner med disse sakene er derimot 59 saker endelig avgjort.

15 Tall pr. 16.05.2014. Forøvrig vises til sakspresentasjon av henviste saker som følger som vedlegg (6) til Rapporten.

16 Uttalelser fremsatt i innlegg på Advokatforeningens rettsikkerhetsseminar 2013, 29.5.2013.

17 Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe i utlendingsrett – status etter 4 års drift, av Arild Humlen og Jonas W. Myhre, i fotnote 1, s.129 flg., se som eksempler saker 7, 10, 18, 21 og 25.

4. A&Ps erfaringer

4.1 Det udekkete rettshjelpbehovet

Ut fra foreliggende opplysninger om den økonomiske stilling til klientene som henvendte seg til A&P, er det vår oppfatning at de færreste ville hatt mulighet til selv å besto en rettssak mot staten. Det er tankevekkende, når vi kan dokumentere at et stort flertall av sakene A&P har henvist til advokat, har resultert i beskyttelse for klienten og eventuelt klientens familie. Samtlige saker representerer potensielt rettsstridige utsendelser eller tap av lovbeskyttede rettigheter uten A&Ps initiativ.

Som det fremgår nedenfor i kap. 5.1.5.2 gjør det seg spesielle forhold gjeldende for utlendinger og asylsøkere, som ønsker å prøve lovligheten av UNEs negative vedtak. Hele livssituasjonen kan være i støpeskjeen og de materielle ressursene er ytterst begrenset. Kun unntaksvis har de arbeid. Forutsetningen bør være slik at utlendingen/asylsøkeren settes i en situasjon hvor han/hun makter å fremme sin sak for domstolskontroll.

Eksisterende regler om fri sakførsel tilbyr i disse sakene praktisk talt ingen hjelp. En snever unntaksbestemmelse muliggjør fri sakførsel i et fåtall av uprioriterte utlendingssaker. Søkerens inntekt og formue må som hovedregel være under bestemte grenser, og saken må objektivt sett, berøre søker i særlig sterk grad.¹⁸ Ved praktiseringen av denne regelen møter man det store paradoks at fri sakførsel i utlendingssaker/asylsaker for å prøve lovligheten av UNEs vedtak, i praksis er avskåret. Dette fordi «Utlendingens grunnleggende rettssikkerhet anses tilstrekkelig ivaretatt gjennom den forvaltningsmessige behandlingen av saken» og at en eventuell unntaksvis innvilgelse er avhengig av at «saken reiser spørsmål av særlig prinsipiell interesse som ikke tidligere har vært prøvet for domstolen».

Enda større blir dette paradokset når man sammenholder med Klagesaksutvalgets uttalelse. Her anføres det at det i Norge er en generell adgang til å få prøvd forvaltningsavgjørelser for domstolene og videre at «Domstolsbehandlingen må som hovedregel anses som et effektivt rettsmiddel i forhold til våre internasjonale forpliktelser. Så lenge denne adgangen er i behold, vil de internasjonale forpliktelsene i liten grad sette krav til hvordan den klagebehandling som går forut for domstolsbehandlingen er organisert».¹⁹

18 Rettshjelploven (rhjl.) § 16 tredje ledd. Se nærmere redegjørelse nedenfor i kap. 5.1.3.3. Her vises det også til fotnote 76, hvor det siteres fra Rundskriv 2005-12-15. G-12/05. *Om fri rettshjelp*, avsnitt 6.5.2. Her heter det videre: «Utlendingens grunnleggende rettssikkerhet anses tilstrekkelig ivaretatt gjennom den forvaltningsmessige behandlingen av saken. Fri sakførsel i forbindelse med domstolsprøving skal bare innvilges unntaksvis, det vil si dersom det foreligger helt spesielle grunner, for eksempel der saken reiser spørsmål av særlig prinsipiell interesse som ikke tidligere har vært prøvet for domstolen».

19 NOU 2010:12 *Ny klageordning for utlendingssaker*, se avsnitt 8.6 på s. 58.

Med andre ord, domstolsbehandlingen er i særstilling garantisten for at Norge overholder sine internasjonale forpliktelser. Så lenge det er på plass vil det «i liten grad» påhvile internasjonale forpliktelser hva gjelder organiseringen av den forutgående klagebehandling. Men adgangen til dette «effektive rettsmiddel» sørger eksisterende regelverk for fri sakførsel å blokkere. A&P mener det er nødvendig med reformer hva gjelder reglene for fri sakførsel. Det vises til kap.5.1.3, 5.1.4 og 5.1.5 med nærmere utdypning og argumentasjon og kap. 5.1.6 med A&Ps forslag.

4.2 *UNE som administrativ ankeinstans*

4.2.1 *Utstrakt bruk av nemndleder alene*

Utlendingsnemnda har tre ulike måter å behandle saker på, i nemndmøte med eller uten personlig fremmøte, av nemndleder alene eller av sekretariatet. Utgangspunktet etter utlendingsloven er at behandlingen skal skje i et nemndmøte hvor det deltar en nemndleder sammen med to nemndmedlemmer jf. utl. § 78 første ledd. Dette fremgår forutsetningsvis ved at det er satt vilkår for bruk av andre avgjørelsesformer.

UNEs saksbehandling skjer i hovedsak etter reglene i forvaltningsloven hvor utgangspunktet er behandling på bakgrunn av skriftlig dokumentasjon. Selv om klageren kan gis adgang til å delta i nemndmøte gjennomføres ingen topartsprosess. Førsteinstansen, UDI har ingen rolle i klagebehandlingen og det tas fortsatt utgangspunkt i den skriftlige dokumentasjonen. Klagerens møterett i nemnd er således ikke noen partsrettighet, men et middel til å opplyse saken ytterligere.

Som allerede forklart foran i kap.1.1 var behandlingsformen i UNE med avgjørelse truffet av nemndleder alene, en særlig grunn til ønsket om å bidra til rettslig prøvelse av UNEs vedtak. Etter drøyt syv års virksomhet kan A&P konstatere at den opprinnelige kritiske holdning til den omfattende bruk av denne avgjørelsesformen var berettiget. A&P har fått gjennomslag i vel 70 % av disse sakene.²⁰

Rettslig grunnlag for valg av beslutningsform:

Etter utl. § 78 tredje ledd kan saker som ikke byr på «vesentlige tvilsspørsmål» avgjøres av en nemndleder alene eller av sekretariatet. For eksempel kan nemndleder alene avgjøre saker hvor det er klart at vilkårene for å omgjøre et vedtak foreligger, eller hvor en klage må anses grunnløs. I tillegg kan omgjøringsanmodninger avgjøres av nemndleder alene når det «det ikke er grunn til å anta at nemnda vil endre vedtaket».²¹

.....
20 Se kap. 3.

21 Utl. §78 tredje ledd if. utf. § 16-9.

Av utlendingsforskriften (utf.) § 16-9 fremgår videre at tvil om klagerens troverdighet angående faktiske forhold, tvil om vurderingen av retursituasjonen, og tvil om rettslige tolkningsspørsmål utgjør vesentlige tvilsspørsmål, dersom tvilen kan ha avgjørende betydning for utfallet av saken. Det fremgår at listen ikke er ment å være uttømmende.

Ord som «grunnløs» og «klart» indikerer at terskelen er høy for at utgangspunktet om nemndmøte skal fravikes. Forarbeidene gir også støtte for en slik tolkning. Departementet bemerket at nemndmøte kan utelates når det dreier seg om saker hvor slik behandling ville være et misbruk av ressurser.²²

I asylsaker er hovedregelen at saken skal behandles i nemndmøte med adgang til personlig fremmøte, jf. utl. § 78 femte ledd jf. utf. § 16-12 annet ledd. Det kan gjøres unntak fra dette dersom UNE legger til grunn klagerens fremstilling av faktum eller nemndleder anser at det er «åpenbart at personlig fremmøte ikke vil ha betydning» jf. utf. § 16-12 tredje ledd.

Den generelle faktiske situasjonen:

Helt siden UNEs oppstart har nemndbehandling blitt brukt i svært liten grad. Det ble i 2009 avgjort 713 saker i nemndmøte med personlig fremmøte, dvs. 4,4 % av sakene. I de siste årene har vi sett lignende tall. I 2012 ble 6,2 % av asylsakene behandlet i nemnd med personlig fremmøte, i 2013 var andelen 4,5%. Det dreier seg m.a.o. fortsatt om et meget beskjeden antall i forhold til totalen.²³

Advokat Henning Harborg gjennomførte en evaluering i 2008 av UNEs praksis ved valg av avgjørelsesform i asylsaker.²⁴ Hovedfunn fra rapporten er gjengitt i NOU 2010:12. Her heter det bl.a. at gjennomgangen viste at saker der klagers troverdighet var avgjørende ikke burde behandles av nemndleder alene, med mindre det var «åpenbart at klagers forklaring ikke er troverdig.» Deretter anføres det: «Gjennomgangen av de konkrete klagesakene tydet på at denne normen stort sett ble etterlevd lojalt».²⁵

22 Ot. prp. nr. 17 (1998-99) *Om lov om endringer i utlendingsloven og i enkelte andre lover (klagenemnd for utlendings saker m.v.)* s. 96.

23 <http://une.no/no/Statistikk/> I 2010 ble av totalt 18 353 utlendings saker kun 775 behandlet i nemnd med personlig fremmøte, dvs. 4,2 %. I 2011 ble 775 av 17 702 behandlet i nemndmøte med personlig fremmøte, dvs. i knapt 4,4 % av sakene. I 2012 ble det behandlet 10.111 asylsaker. 633 av asylsakene, dvs. 6,2 % ble behandlet i nemnd. I 2013 ble det behandlet 12.510 asylsaker. 561 av asylsakene, dvs. 4,5 % ble behandlet i nemnd. Se også <http://www.une.no/Documents/UNEs%20%c3%a5rsrapport%202013.pdf> og Vedlegg 1 til UNEs årsrapport 2013 – «Statistikk UNE skal rapportere på som ikke er direkte omtalt i virksomhetsrapporten for øvrig» - se spesielt Tabell 4 «Antall behandlede saker, herav antall omgjøringsanmodninger samt omgjøringsprosent i 2013 sammenlignet med 2012 etter avgjørelsesform fordelt på asylsaker og oppholdssaker».

24 Tilgjengelig på UNEs hjemmeside, <http://www.une.no/upload/PDF%20dokumenter/Harborgrapporten.pdf>.

25 NOU 2010:12 s. 50-51 og s. 79, venstre spalte.

For en utenforstående leser av gjennomgangen er det vanskelig å få tak i grunnlaget for de generelle karakteristikker som benyttes, da fremstillingen kun viser til «enkelte eksempler».

A&P har henvendt seg til UNE med anmodning om å få tilgang til deler av underlagsmaterialet og konkretisering av grunnlaget for slutningene om lojal etterlevelse av normen om nemndsbehandling i asylsaker med mindre det er åpenbart at klagers forklaring ikke er troverdig. UNE avsto anmodningen under henvisning til at rapporten var bestilt av daværende Arbeids- og inkluderingsdepartementet og at «de etterspurte skjemaene ligger ikke i *UNEs arkiver*.» Det ble videre anført at UNE ikke hadde oversikter over hvilke saker advokat Harborg gjennomgikk, eller noen beskrivelse av disse, utover det som fremgår av rapporten. På grunn av det negative svar, ble det tatt kontakt med advokat Henning Harborg pr. telefon og bedt om bistand til å få frem det nærmere angitte underlagsmaterialet. Siden har det ikke vært mulig å få kontakt med advokat Harborg, hverken pr. e-mail eller telefon.²⁶

A&Ps egne erfaringer:

A&Ps erfaringer etterlater et helt annet inntrykk enn advokat Harborgs utlegning. Som det fremgår av opplysningene i kap.3, har A&P fått medhold i vel 70 % av sakene hvor det opprinnelige negative vedtak ble fattet av nemndleder alene. Dette er saker hvor UNE ved nemndleder har konstatert at det ikke forelå «vesentlige tvilsspørsmål».

I sak 5, 11, 12, 25, 31, 34, 41 og 64 har retten funnet at avgjørelsen fattet av nemndleder alene er ugyldig. I disse sakene har domstolen underkjent UNEs bevisvurdering (sak 5, 11 og 12) vurdering av barnets beste (sak 31) troverdighetsvurdering (34, 41 og 64) og forholdsmessighetsvurdering ved utvisning (sak 25)

I en rekke saker har UNE selv valgt å omgjøre sine tidligere vedtak etter at prosessvarsel ble sendt. I samtlige av disse sakene ble den nye vurderingen gjennomført i nemndmøte. Dette gjelder for sak 3, 10, 13, 15, 22, 24, 26, 28, 35, 37, 38, 42, 44, 48, 56 og 58. I alle saker unntatt sak 35 ble klageren gitt adgang til å møte personlig. I sak 10 ble det begunstigende vedtak først truffet etter at Oslo Byfogdembete hadde bestemt midlertidig forføyning i saken.

Begrunnelsen for å omgjøre tidligere vedtak varierte. I sakene 3, 15, 26, 28 og 35 var barnets beste ikke korrekt vektlagt i tidligere vedtak. I sakene 24, 38, 44 var det lagt til grunn for høy terskel ved risikovurderingen, og i sak 22 var hensyn som talte mot utvisning tillagt for liten vekt i forholdsmessighetsvurderingen.

.....
²⁶ A&P brev datert 08.01.2014 og UNEs svar datert 16.01.2014 følger som vedlegg (7) til rapporten. A&P har deretter henvendt seg til advokat Harborg pr. telefon 10.02.2014 og pr. e-mail 05.03.2014 og 21.03.2014.

Sak 37 er et eksempel på at også omgjøring til gunst for klager skjer ved nemndleder alene. Saken omhandlet en etnisk kurder som søkte asyl av politiske grunner. UNE avsto asylsøknaden i 2004 fordi man ikke fant det sannsynliggjort at klageren risikerte reaksjoner som kunne karakteriseres som forfølgelse. Det ble sendt i alt 8 omgjøringsbegjæringer, den siste i mars 2010, og alle ble forkastet. Opprinnelig vedtak samt omgjøringsbegjæringene ble alle behandlet av nemndleder alene. I januar 2011 ble det sendt prosessvarsel til UNE og i februar 2011 ble stevningen oversendt. UNE, ved nemndleder alene, behandlet dette som en omgjøringsbegjæring og fant at klageren var å anse som flyktning etter utl.(2008) § 28 første ledd a) og innvilget asyl, jfr. § 28 annet ledd. Man fant denne gangen at usikkerheten med hensyn til hva slags reaksjoner klageren ville bli møtt med var av en slik art og styrke at tvilen måtte komme klageren til gode. I alt 9 ganger var saken vurdert dit hen at den ikke innebar noen vesentlige tvilsspørsmål som krevde nemndmøtebehandling. Det er påfallende at man ved siste vedtak mente at saken var så klar at det kunne fattes begunstigende vedtak uten behandling i nemndmøte når man hadde forfektet det motsatte syn i svært lang tid.

Sammendrag:

A&P mener det er grunnlag for å hevde at ingen av de 29 saker hvor det opprinnelige vedtak var fattet av nemndleder alene og hvor A&P har fått medhold, burde vært behandlet av nemndleder alene. Dette skyldes dels at grunnvilkåret i utl. § 78 tredje ledd om at det ikke skal ha foreligget «vesentlige tvilsspørsmål» ikke er oppfylt. Dels at den rettslige hovedregel om at vedkommende som har fått avslag på sin søknad om beskyttelse har krav på nemndsmøte med personlig fremmøte, ikke er oppfylt.²⁷ Opplysningene illustrerer også en manglende tilretteleggelse og utredning av saken. UNE har som klageinstans hovedansvaret for å opplyse saken og kan om nødvendig pålegge UDI å foreta nærmere undersøkelser, jfr. forvaltningsloven (fvl.) § 33 femte ledd. Dette gjelder uavhengig av den beslutningsform som er valgt. Forutsetningen om at UNE må prøve å finne fakta, tidligere praksis og argumenter som taler for å ta klagen til følge, synes særlig vanskelig å oppfylle når nemndleder alene er beslutningstaker.

4.2.2 *Den begrensede mulighet for personlig forklaring*

Den omfattende bruk av beslutningsformen nemndleder alene, representerer den mest omfattende begrensning av muligheten for personlig forklaring. Det innebærer at kun et fåtall av asylsøkere får oppleve «den sterkeste siden ved Utlendingsnemnda» som er «at den enkelte asylsøker får anledning til å forklare seg for klageinstansen».²⁸

.....
27 Utl. § 78 femte ledd annet pkt. og utf. § 16-12 annet ledd.

28 NOU 2010:12 s. 77.

Men selv ved nemndsbehandling med personlig fremmøte gjør det seg gjeldende begrensninger i adgangen til å forklare seg. Dette har dels sammenheng med at asylsøkeren mer behandles som et undersøkelsesobjekt enn en part i nemndmøtet, dels at forvaltningslovens krav til innsyn og uttalerett ikke blir overholdt, jfr. fvl. §§17 og 18. Sistnevnte spørsmål behandles nedenfor i kap. 4.2.3.

Detaljregler om gjennomføringen av nemndmøter er fastsatt i UNEs Interne Retningslinjer (IR).²⁹ Klageren «skal» forklare seg, herunder svare på spørsmål. Det er nemndleder som i utgangspunkt stiller spørsmål og påser at alle som har relevante spørsmål får anledning til å stille dem. Nemndleder kan avskjære spørsmål eller muntlige innlegg fra klageren eller dennes advokat når disse ikke antas å ha betydning for saken.³⁰ Dette gir et stramt regime hvor det kan være meget krevende for klageren å få komme frem med det han oppfatter som relevante opplysninger. Det vil bli utdypet nærmere i kap. 4.2.3 at hverken klageren eller advokaten har tilstrekkelig kunnskap på forhånd om hva nemnda anser for relevante og avgjørende opplysninger.

Avslag på krav om beskyttelse under henvisning til mangelfull og ufullstendig forklaring blir meningsløst når asylsøkeren ikke har fått anledning til å forklare seg, eller har fått forklare seg uten tilstrekkelig innsikt i de spørsmål nemnda anser for sentrale og viktige.

4.2.3 *Brudd på forvaltningslovens partsrettigheter – innsyn og uttalerett*

Retten til kontradiksjon er en sentral rettssikkerhetsgaranti. Prinsippet hører inn under kravet til forsvarlig saksbehandling i forvaltningen. Brudd på disse reglene kan forholdsvis lett lede til at et vedtak kjønnnes ugyldig. Kontradiksjon innebærer at partene skal bli hørt før en beslutning treffes og få anledning til å legge frem relevant informasjon av betydning for saken. Prinsippet om kontradiksjon har en side til forvaltningens utredningsplikt fordi parten ofte kan bidra med viktige opplysninger i saken. Den person som har vært involvert i saken kjenner den som regel best og har best forutsetning for å opplyse saksforholdet og påpeke eventuelle feil eller uoverensstemmelser. Hvis forvaltningen unnlater å undersøke muligheten til å få saken opplyst av parten vil saken ofte være ufullstendig opplyst.

Kontradiksjon forutsetter en adgang til innsyn i egen sak. En slik rett følger av fvl. § 18 som fastslår at en part som utgangspunkt har «rett til å gjøre seg kjent med sa-

29 Se IR av 14.09.06, sist oppdatert 05.02.2013,

<http://www.une.no/no/om-oss/Interne-retningslinjer/IR-av-140906-om-gjennomforing-av-nemndmoter/>

30 Se IR pkt. 3, pkt. 4.2.5 og pkt. 4.2.7.

kens dokumenter.» Innsynsretten er imidlertid ikke absolutt og etter fvl. §18 a kan et «dokument som et forvaltningsorgan har utarbeidet for sin interne saksforberedelse» unntas fra innsyn. Dette gjelder likevel ikke «de deler av det som inneholder faktiske opplysninger eller sammendrag eller annen bearbeidelse av faktum» så fremt det ikke er tale om «faktiske opplysninger uten betydning for avgjørelsen» jf. fvl. § 18c.

I tillegg til at rett til innsyn følger av fvl. § 17, skal forvaltningsorganet sørge for at parten holdes løpende orientert og får anledning til å uttale seg om nye opplysninger som kan være av betydning for saken. For det første gjelder dette som hovedregel alle opplysninger som forvaltningsorganet mottar under saksforberedelsen jf. fvl. § 17 (2) og for det andre «opplysninger av vesentlig betydning som det må forutsettes at de har grunnlag og interesse for å uttale seg om» jf. fvl. § 17 (3).

I en evaluering av UNE fra 2003 ble det rettet kritikk mot nemndas praktisering av disse bestemmelsene.³¹ Det ble vist til at UNE tilbakeholdt landinformasjon samt at det ikke ble gitt en reell adgang til kontradiksjon hva gjelder de merknader som sekretariatet utarbeidet i forkant av nemndmøter. De faktiske deler av disse ble lest opp innledningsvis under møtet, men de ble ikke utsendt til klager og advokat på forhånd. Evalueringsutvalget fant at opplesningen var utilstrekkelig for å ivareta klagerens rett til kontradiksjon siden man da ikke fikk tid til å forberede seg.³² Videre understreket utvalget at klager måtte få tilgang til alle deler av det faktagrunnlag som nemnda bygger på, også interne bakgrunnsnotater om landsituasjonen. Hvis det var nødvendig å holde tilbake opplysninger om hvordan man har fått informasjonen måtte myndighetene ta bryet med å fjerne kildehenvisninger.³³

Det ble også poengtert at klager må få adgang til å sjekke og kommentere viktig informasjon som først fremkommer under nemndmøtet, eller sågar i etterkant av dette. Om nødvendig må avgjørelse i saken utsettes til klager har fått tid til dette. Evalueringsutvalget konkluderte med at det var «tvingende nødvendig» at UNE la om sin praksis når det gjelder partsinnsyn og uttalerett.³⁴

Dessverre har vi ikke sett en særlig forbedring av denne praktiseringen etter 2003. Vi ser det som positivt at det nå er innført en adgang for klager med advokat å være tilstede under landrådgivers orientering. UNEs interne retningslinjer legger likevel fortsatt opp til en behandling som er problematisk i forhold til forvaltningslovens bestemmelser om innsyn og uttalerett.

.....
31 rhKnoff (2003) *Evaluering av Utlendingsnemnda*. Hovedrapport mars 2003 til Kommunal- og regionaldepartementet s. 13 og 137.

32 rhKnoff (2003) s. 137.

33 rhKnoff (2003) s. 135.

34 rhKnoff (2003) s. 127.

Klager med advokat får i alt for liten grad orientering om saksopplysninger som er relevante å kommentere. For eksempel får klageren ikke på forhånd se sakssammendrag og saksbehandlers foreløpige vurdering av sakens hovedproblemstillinger³⁵ og heller ikke de konkrete landrappporter det vises til.

Sammendrag:

Det er påvist at gjeldende behandlingsregler for UNE, både når behandlingsformen er nemndleder alene, eller nemndmøte med, eller uten personlig fremmøte, ikke etterlever fvl. §§ 17 og 18 om krav om innsyn, kontradiksjon og uttalerett. Det innebærer at tidligere brudd på forvaltningslovens regler om partens rett til innsyn og til å uttale seg, påvist i 2003, fortsetter i samme spor. Det er oppsiktsvekkende at dette ikke er rettet opp. Strengt tatt har man her å gjøre med systematiske saksbehandlingsfeil som i de fleste tilfeller, antas kunne hatt innvirkning på utfallet av den enkelte sak og derfor vil kunne medføre ugyldighet av det enkelte vedtak. UNE har fått en invitt om justeringer i sine retningslinjer med økte muligheter for innsyn, kontradiksjon og uttalerett i NOU 2010:12. Dette er hittil ikke fulgt opp.

4.2.4 *Mangelfull/feilaktig vurdering av asylsøkerens troverdighet*

Bakgrunn:

I betraktning av at den store majoritet av flyktninger som kommer til Norge ikke har gyldige identitetspapirer eller reisedokumenter, er det naturlig at troverdigheten av det asylsøkeren forklarer kommer i fokus. Siden troverdigheten ofte har avgjørende betydning er det derfor svært viktig at det foretas en korrekt vurdering av denne. Det er ofte vanskelig for asylsøkere å styrke forklaringen gjennom dokumentasjon. Det har svært ofte sammenheng med at den dokumentasjon som måtte bli tilbudt, ofte blir underkjent av utlendingsmyndighetene, fordi dokumentasjonen ikke har den nødvendige notoritet, eller antas å være forfalsket. I hvilken utstrekning utlendingsmyndighetene gjennomfører verifikasjonsprosesser varierer betydelig. Det er også blitt stilt spørsmål om målsteget ved troverdigheten og kvalifikasjonene, til en del «kvalifikatører».

Troverdighetstvil kan mange ganger bero på en manglende vilje fra UNEs side til å finne plausible forklaringer på motstrid og manglende undersøkelser av alternativ landinformasjon. Det kan være nødvendig med anonymitet for å beskytte kildene, men det må i større utstrekning legges til rette en bedre mulighet til å få kontrollert opplysningene. Spørsmålet griper inn i helt sentrale rettssikkerhetsgarantier forankret i forvaltningslovens generelle system.

35 <http://une.no/om-oss/Interne-retningslinjer/IR-av-140906-om-gjennomforing-av-nemndmoter/>
UNEs interne retningslinjer (IR, sist oppdatert, 05.02.2013) pkt. 3.

Et særlig problem er at rapportene anonymiseres i ambassadene, før de sendes utlendingsforvaltningen. Det innebærer at heller ikke UNE kan foreta en kontroll med premissleverandørene (vitnene). Systemet blir som en følge av dette svært sårbart, i tillegg til at anonymiseringen i seg selv er en inngripende svekkelse av utlendingens mulighet til å imøtegå og forklare opplysninger som framkommer i rapportene og derigjennom også hans/hennes rettsikkerhet. I tillegg kommer at det i de fleste land det innhentes rapporter fra, gjelder helt andre og fremmedartede normer og rettsstandarder, ofte med en utpreget korrupsjonskultur.

Erfaringene så langt er også at UNE sjelden foretar tilsvarende undersøkelser der utlendingen selv framskaffer dokumentasjon eller bekreftelser som imøtegår opplysningene i verifikasjonsrapportene. Dermed blir opplysningene innhentet av utlendingsforvaltningen gjennom verifikasjonsprosessene, uten videre lagt til grunn som korrekte. Dette skjer uten at man tar inn over seg det som framstår som nokså selvsagt, at informasjon fra land med svake rettskulturer ikke er entydige og at uoverensstemmelser ofte kan ha rasjonelle forklaringer.

Selv om A&P har forståelse for at kilder i visse sammenhenger kan ha behov for anonymisering, er systemet i dag ikke tilstrekkelig kontrollert til at utlendingens rettsikkerhet er ivaretatt, Anonymiseringen er gjort til en automatisk hovedregel, uten tilstrekkelig forankringer i reelle behov og motbevis blir konsekvent avvist som bevis uten bevisverdi.

I praksis må man da se hen til en rekke andre forhold. Det kan være grunn til å minne om retningslinjene i UNCHR's håndbok om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktningers rettsstilling.³⁶ Det heter i pkt. 203:

«Som forklart ovenfor(punkt 196) er det knapt mulig for en flyktning å «bevise» alle forhold i sin sak. Skulle dette ha vært et krav, ville utvilsomt majoriteten av alle flyktninger ikke blitt anerkjent. Det er derfor nødvendig å la tvilen komme søkeren til gode.»

I den objektive og realitetsorienterte undersøkelse som asylsøkeren gjøres til gjenstand for, vil vurderingen av asylsøkerens fysiske og psykiske tilstand være sentral. A&P har erfaring for at det ikke i tilstrekkelig grad er tatt høyde for at klageren kan ha psykiske problemer. En ny dansk rapport fra Odense Universitetshospital viser at personer med post traumatisk stressyndrom (PTSD) har store problemer med å realisere sine rettsskrav og at sykdommen er tillagt alt for liten betydning ved søknader om oppholdstillat-

.....
36 UNCHR, «Håndbok om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktningers rettsstilling», Oslo 2013.

telse.³⁷ Personer med PTSD får store problemer med hukommelse, språkforståelse og konsentrasjonsevne som følge av en rekke endringer i hjernens normale funksjoner.³⁸

En rapport fra nasjonalt kunnskapssenter om vold og traumatisk stress (NKVTS) har tidligere vist at tilnærmet halvparten av asylsøkerne som ble intervjuet, fylte kriteriene for PTSD.³⁹ I rapporten Fakta på bordet fra 2010 konkluderte Norsk Organisasjon for Asylsøkere (NOAS) med at de krav som stilles til hvordan asylsøkere skal presentere sitt asylgrunnlag, er lite tilrettelagt for psykisk syke asylsøkeres forutsetninger. PTSD kan medføre flere problemer som gjør det spesielt vanskelig å ivareta egne interesser. I tillegg til en rekke fysiske reaksjoner, kan PTSD medføre problemer med konsentrasjonen og forståelse.⁴⁰ Man fant at dette ikke i tilstrekkelig grad blir tatt i betraktning ved utlendingsforvaltningens bevis- og troverdighetsvurderinger.⁴¹ A&P er enig i denne vurderingen. I sak 30 ble dette også vektlagt i favør av klager, da retten fant at enkelte mindre uoverensstemmelser i klagerens forklaring kunne skyldtes søkernes posttraumatiske stresslidelse.

Selv uten å kvalifisere til diagnosen PTSD, vil det, på grunn av etniske, kulturelle, religiøse eller politiske forhold, gjøre seg gjeldende både frykt og mistenksomhet hos asylsøkeren i møte med politiet og myndighetspersoner fra utlendingsforvaltningen. Flere asylsøkere er analfabeter, eller med kun meget begrenset skolegang/utdannelse. Det vil influere sterkt på disse personers evne til å oppfatte spørsmål og å uttrykke seg «adekvat». Alle disse ulike elementer må de som opptar forklaringer og UNE som vurderer forklaringene, ta inn over seg. Det kan være en krevende oppgave, og taler for større bruk av behandlingsformen nemnd med personlig fremmøte.

Forholdet mellom asylsøkerens plikt til å fremlegge nødvendig dokumentasjon og medvirkning til innhenting av nødvendige opplysninger og utlendingsmyndighetenes ansvar er uttrykt i utlendingsloven.⁴² Asylsøkeren «plikter å gjøre sitt beste», mens myndighetene har et «selvstendig ansvar for å innhente nødvendige og tilgjengelige opplysninger.»

37 Sodemann, Martin (2014) «Sprog indlæring og posttraumatisk stress syndrom blandt flygtninge: Et overset problem med helbredsmæssige og juridiske konsekvenser».

38 Sodemann (2014) s. 6.

39 Rapporten fra NKVTS (2007) «Psykisk helse i mottak: Utprøving av instrumenter for kartlegging av psykisk helse hos nyankomne asylsøkere» s. 61.

40 NOAS rapport (2010) «Fakta på bordet» NOAS' anbefalinger for bedre opplysning av asylsaker i første instans, s. 20-21.

41 NOAS rapport (2010) «Fakta på bordet» s. 7.

42 Utl. § 93 fjerde ledd. Søkeren «plikter å gjøre sitt beste» for å fremskaffe opplysninger, etc., mens myndighetene har et «selvstendig ansvar for å innhente nødvendige og tilgjengelige opplysninger før avgjørelsen blir truffet...».

Rettslig grunnlag for troverdighetsvurderingen:

Det følger av Høyesteretts avgjørelse Rt. 2011 side 1481 at asylforklaringen skal legges til grunn «så langt den fremstår som noenlunde sannsynlig og saksøkeren har medvirket så langt det er rimelig og mulig. Asylsøkerens generelle troverdighet er et relevant moment som skal tas i betraktning. Det kreves ikke sannsynlighetsovervekt for at forklaringen er riktig.»⁴³ Videre blir det uttalt at «selvmotsigelser, uklarheter og uttalelser i forklaringen som ikke kan begrunnes på tilfredsstillende måte, kan få betydning for bevisvurderingen.»⁴⁴

UNEs standardformulering som går igjen i vedtakene er at «klageren etter beste evne og i tilstrekkelig grad (skal) underbygge sine anførsler», men at «tvil som sakens fakta skal komme klageren til gode.» At tvilsrisikoen skal komme klageren til fordel får ofte likevel liten betydning på grunn av UNEs reservasjon om at dette er tilfelle bare «dersom UNE finner klagerens generelle troverdighet tilfredsstillende.» I praksis vil en generelt svekket troverdighet føre til at søkerens forklaring ikke legges til grunn, og ikke som et moment i vurderingen av denne slik som forutsatt i Høyesterettspraksis.

Eksempler og kommentarer basert på A&Ps erfaringer:

Sak 34 er illustrerende. Saken gjaldt en iransk mann som anførte frykt for forfølgelse grunnet sin homofile legning. UNE viste til en rekke forhold som man mente ikke var troverdige, særlig klagerens forklaring om hvordan han klarte å flykte etter at han ble arrestert da han hadde samleie med en venn under en fest. Lagmannsretten gjennomgikk systematisk klagerens forklaring og fant at store deler av denne kunne legges til grunn som troverdig. Flukthistorien fant man imidlertid ikke å kunne legge til grunn, men dette medførte ikke en tilsidesettelse av de deler av forklaringen som fremsto som troverdige. Lagmannsretten fant at det var en plausibel forklaring for hvorfor klager hadde forklart seg usant om flukten.

A&P har kunnet observere at UNE noen ganger går svært langt for å underminere klagerens troverdighet. Ofte gjelder det forhold som ikke har betydning for selve spørsmålet om beskyttelse og UNE finner ofte uoverensstemmelser også der hvor det kan finnes legitime forklaringer for disse. Det blir også til dels konstruert troverdighetstvil hva gjelder sentrale punkter i søkerens forklaringer. UNE leser klagene i et så kritisk lys at man ofte finner at det foreligger motsetninger også der hvor det egentlig handler om språklige nyanser.

Det er vanlig at UNE finner troverdigheten svekket på grunn av manglende detaljrikdom eller ufullstendigheter i klagerens forklaring. Dette er svært problematisk

.....
43 Rt. 2011 s. 1481 avsnitt 45.

44 Rt. 2011 s. 1481 avsnitt 46.

av flere grunner. For det første legger UNE nesten uten unntak til grunn at intervjuet alltid gjennomføres feilfritt fra UDIs side. Vi har sett flere tilfeller hvor ansvarlig for asylavhør har unnlatte å stille åpenbare oppfølgingsspørsmål. Betydningen av en slik unnlatelse ble klart og tydelig påpekt i sak 64. Her ble det uttalt av retten at «*graden av detaljer som gis i et asylintervju i stor grad avhenger av de spørsmål som stilles*». ⁴⁵

For det andre er det en gjennomgående situasjon i saker hvor denne kritikken kommer frem at spørsmålsstillingen under intervjuet ikke gir uttrykk for eller gir signaler om at saken er ufullstendig eller at forklaringer om begivenheter det refereres til ikke er tilstrekkelig detaljerte. Asylsøkeren har en forpliktelse til å redegjøre for asylgrunnlaget, men dette innebærer ikke at han eller hun vet med hvilket detaljnivå den norske forvaltningen stiller krav om det. Dette kan derfor ikke tale mot utledningens troverdighet i saker hvor dette ikke er gjenspeilet gjennom intervjuet. Dette ble også påpekt i sak 64 hvor det i forlengelsen av sitatet foran ble uttalt at «*detaljene kan være utelatt fordi han i utgangspunktet ikke visste hvor detaljert han måtte være i intervjuet. Han har heller ikke hatt anledning til å forklare seg mer utdypende for UNE.*» At nemnda henviser til en lite detaljert forklaring som avslagsgrunn, uten å ha gitt asylsøkeren anledning til å forklare seg, representerer en alvorlig saksbehandlingsfeil.

UNE finner ofte at det foreligger uriktigheter hva gjelder perifere forhold i forklaringen som ikke har direkte betydningen for spørsmålet om forfølgelse. Det er sjelden at UNE søker en rimelig forklaring på tilsynelatende inkonsistens eller motstrid. At et forhold er «i strid med det UNE kjenner til» brukes ofte som argument mot en forklaring, uten at UNE redegjør for innholdet i, eller grunnlaget for, slik påstått kjennskap.

Sak 63 gjaldt en iransk asylsøker som anførte frykt for forfølgelse grunnet konvertering til kristendommen. UNE fant ikke hans forklaring troverdig og la ikke til grunn at han var reell konvertitt. Det ble blant annet vektlagt at han under behandlingen i nemndmøtet ikke kunne huske nøyaktig antall ganger han hadde vært i hjemmekirken. Retten fant imidlertid at søkeren var troverdig og forklaringen noenlunde sannsynlig og påpekte både tidsaspektet mellom avgitt asylintervju og nemndmøte samt at man ikke kunne utelukke misforståelser og unøyaktigheter i nemndas referat.

Regelmessig kan også en annen tolkning av asylintervjuet enn den rapportskriver legger til grunn medføre et helt annet utfall i saken. Misforståelser kan skje i flere ledd på grunn av tolkingen, kulturelle ulikheter, at asylsøkeren har frykt for å fortelle den hele og fulle sannheten mv. UDI og UNE må ta innover seg at intervjurapportene er et forsøk på å klarlegge den materielle sannheten, men at det i realiteten foreligger en rekke feilkilder. Det bør utvises stor grad av forsiktighet med å konkludere med svekket troverdighet når dette utelukkende baseres på skriftlig materiale.

.....
45 Tingrettsdom av 08.04.2013 Saksnr 12-206670TVI-OTIR/05.

Feil/unøyaktigheter i rapportene kan derfor ikke automatisk medføre troverdighetstvil og det er svært viktig at nemnda forsikrer seg om at det ikke foreligger misforståelser eller unøyaktigheter i referatet fra klagerens forklaring. I disse tilfellene er det essensielt at det gjennomføres nemndmøte slik at klageren gis anledning til å forklare seg om dette. Vi har imidlertid sett at dette kun skjer unntaksvis, noe som utgjør et brudd på forsvarlige saksbehandlingsregler og forutsetningene om når det skal skje nemndsbehandling med personlig fremmøte.⁴⁶

Sak 5, 11 og 64 er eksempler på at retten av ulike grunner har satt til side UNEs vurdering av søkers troverdighet. Alle vedtakene ble fattet av nemndleder alene og viser at forutsetningen om at klageren i asylsaker skal få forklare seg i nemndmøte når det er tvil om troverdigheten, ikke følges opp. At begrunnelsen for at nemndleder avgjør saken alene, er at klagen fremstår som «grunnløs», dette viser hvor betenkelig systemet er, når disse vedtakene kjennes ugyldig av domstolen.⁴⁷

Betydningen av supplerende landinformasjon i troverdighetsvurderingen:

Et betydelig antall av de saker A&P har vunnet/fått medhold i, er saker hvor det er fremskaffet bevis eller vitner som har presentert et korrigerende bilde av bakgrunnsfaktum fra asylsøkerens hjemland. Ofte har det vært informasjon som har vært tilgjengelig på internett, fra anerkjente kilder.

Sak 31 gjaldt et russisk ektepar med to barn. Mannen hadde deltatt i krigen i Tsjetsjenia på tsjetsjenernes side. På bakgrunn av landinformasjon fra eksperter fra Christian Michelsens institutt og NUPI konkluderte retten med at sikkerhetssituasjonen i hjemlandet hadde forverret seg i vesentlig grad og at det utgjorde en saksbehandlingsfeil at UNE ikke hadde vurdert denne. Denne feilen måtte lede til ugyldighet da det kunne være grunn til å anta at feilen hadde hatt innflytelse på resultatet.

Sak 38 gjaldt en etiopisk asylsøker hvor risikoen ved retur var knyttet til politisk «sur place-aktivitet.» Klager var en av grunnleggerne av den norske avdelingen av det etiopiske opposisjonspartiet Ginbot 7, samt aktiv i opposisjonspartiet KSDON. UNE ved nemndleder alene avsto søknaden. A&P innhentet dokumentasjon om etiopiske myndigheters overvåkning av eksilmiljøet fra forskere ved Christian Michelsens institutt og Oslo Universitet. Etter at stevning var sendt valgte UNE å behandle saken i nemnd med personlig fremmøte og klageren ble innvilget beskyttelse.

Sak 58 gjaldt også en etiopisk asylsøker. Grunnlaget var politisk virksomhet for EPRP i Etiopia. UNE, ved nemndleder alene, fant at landinformasjon tilsa at EPRP ikke hadde noen form for organisert virksomhet i Etiopia og at klagerens forklaring derfor

.....
46 Se kap. 4.2.1.

47 Se kap. 4.2.1.

ikke var troverdig. A&P innhentet informasjon fra den uavhengige etiopiaeksperten Günther Schröder som vurderte at søkerens forklaring var troverdig og i samsvar med kjent informasjon. UNE behandlet saken i nemnd og innvilget søkeren beskyttelse.

Sak 30. Mor og sønn fra Tsjetsjenia søkte asyl. UNE i nemndmøte med personlig fremmøte avslo klagen. Oslo Byfogdembete, som pådømte både hovedkrav og spørsmålet om forbud mot iverksettelse av vedtaket, fant at UNE hadde lagt feil faktum til grunn i sitt vedtak. Dette dels ved ikke å ha vurdert de enkelte elementene i asylhistorien, dels ved å unnlate å søke bekreftelse fra eksterne kilder, for eksempel ved søk på internett. Det ble dokumentert omfattende skriftlig materiale fra Helsingforskomiteen og ført sakkyndige vitner. Morens psykiske helse ble også tillagt vekt. Retten kom til, under en viss tvil, at UNEs vedtak var ugyldig og at det forelå tilstrekkelig faktisk grunnlag for vern mot retur etter utl. § 73 første ledd, jfr. § 28 første ledd (a).

Sak 8 gjaldt en etiopisk journalist som søkte asyl grunnet sitt arbeid i hjemlandet og på grunn av politisk opposisjonsvirksomhet i Norge, og som hadde fått avslag på asyl. Lagmannsretten la vekt på at de sakkyndige ga et annet bilde av situasjonen i Etiopia enn det UNE hadde lagt til grunn og fant at vedtaket var ugyldig.

Sammendrag:

Det er foran redegjort for ulike elementer som må tas i betraktning ved en forsvarlig og realitetsorientert vurdering av asylsøkerens troverdighet. Det er alminnelig erkjent at asylsøkeren normalt har begrensede muligheter til å «bevise» sin sak. Derfor er det nødvendig at tvilen kommer asylsøkeren til gode. Et stort antall av A&Ps saker, viser at asylforklaringen er blitt satt tilside av UNE under henvisning til at man ikke finner «klagerens generelle troverdighet tilfredsstillende». For det første er det påvist at konklusjonen om den manglende generelle troverdigheten ofte bygger på oppkonstruerte eller dårlig underbyggede premisser. For det annet er det påvist at UNE, i strid med prinsipp uttalelsen i Rt. 2011 side 1481 avsnitt 45, til dels setter asylforklaringen til side, i stedet for å la den svekkede generelle troverdighet inngå som et relevant moment i vurderingen av asylforklaringen.

Grunnlaget for å foreta en forsvarlig og realitetsorientert vurdering av asylsøkerens troverdighet svekkes på alvorlig vis av det faktum, at kun de færreste saker behandles i nemnd med rett til personlig fremmøte. At nemnda henviser til en lite detaljert forklaring som avslagsgrunn, uten å ha gitt asylsøkeren anledning til å forklare seg, er en alvorlig saksbehandlingsfeil.

4.2.5 *Mangelfull/feilaktig vurdering av bevis, beviskrav, bevisbyrde og risikokrav*

Rettslig grunnlag:

Det følger av utlendingslovens forarbeider og HR praksis at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt for at søkerens forklaring er riktig, men den må fremstå som «noenlunde sannsynlig». Hva gjelder selve risikoen, faregraden for forfølgelse, kreves det heller ikke sannsynlighetsovervekt, men frykten må være begrunnet objektivt sett, og faren for forfølgelse reell. Jo alvorligere risikoen art er, jo lavere er terskelen for å gi vedkommende beskyttelse.⁴⁸

Det forekommer ofte at bevis- og risikospørsmålene innebærer komplekse vurderinger som ikke egner seg for avgjørelse av nemndleder alene. Dette fremgår også av utlendingsforskriften.⁴⁹ Vi har imidlertid sett at saker som også reiser slike spørsmål svært ofte behandles av nemndleder alene.

Eksempler basert på A&Ps erfaringer:

Sak 5, 8, 11, 12, og 63 er eksempler på saker hvor avgjørelser fattet av nemndleder alene er blitt satt til side av retten på grunn av feil ved vurderingen av bevis, beviskrav, bevisbyrde og krav til risiko.

Sak 5 gjaldt et iransk ektepar som hadde vært politisk aktive i hjemlandet. Borgarting lagmannsrett fant at UNE hadde lagt til grunn et for høyt beviskrav. Det ble bl.a. vist til lovens forarbeider, hvor det uttales at sannsynlighetskravet varierer etter hvor alvorlig konsekvensen av en uriktig avgjørelse vil være.

Sak 8 gjaldt en etiopisk journalist som søkte asyl grunnet sitt arbeid i hjemlandet og sur place aktivitet i Norge. Også i denne saken fant retten at man ved anvendelsen av § 15 (utl. av 1988) måtte legge til grunn et lavere beviskrav enn UNE hadde benyttet.

Sak 11 gjaldt en iransk mann med KDPI aktivitet. UNE mente at aktiviteten i Iran og Nord-Irak var av for beskjeden art og karakter. Retten kom etter omfattende bevisførsel til at det var mest sannsynlig at iranske myndigheter var kjent med mannens virksomhet og at han kunne risikere forfølgelse. Retten påpekte at UNE bygget sitt vedtak på et annet faktum enn retten hadde funnet godtgjort.

.....
48 Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 414. Se også Rt. 2011 s. 1481, avsnitt 43 og 45.

49 Se Utf. § 16-9 om når en sak skal anses å by på vesentlige tvilsspørsmål. Her fastslås det som et generelt utgangspunkt at avgjørelsen skal skje i nemndmøte hvis det er tvil om spørsmål som kan ha avgjørende betydning for utfallet av saken.

Sak 12 gjaldt en etiopisk kvinne var aktiv i opposisjonsvirksomhet mot hjemlandets myndigheter i Norge. UNE forkastet omgjøringsbegjæring da man mente at aktiviteten ikke var av en slik karakter at det var sannsynliggjort at kvinnen risikerte forfølgelse ved retur. Flertallet i Borgarting lagmannsrett fremhevet bl.a. at det ved bevisvurderingen måtte tas hensyn til alvorlighetsgraden av hvilke konsekvenser søkeren kunne bli utsatt for ved en uriktig retur. Beviskravet måtte også tilpasses den mulighet søkeren har til å føre bevis for sitt behov for vern. Flertallet fant at UNEs avslag var forankret i et for strengt beviskrav.

Sak 63 gjaldt en iransk asylsøker som anførte frykt for forfølgelse grunnet konvertering til kristendommen. UNE fant at klagerens konvertering ikke var reell. Et mindretall vurderte også at det ikke forelå risiko ved retur, dette ble imidlertid ikke utslagsgivende da man ikke la klagerens asylforklaring til grunn. Retten vurderte både søkerens troverdighet, samt risikoen ved retur. Etter bevisførsel la retten til grunn at apostasi er straffbart i Iran og at man i ytterste konsekvens kan dømmes til døden for dette. Videre la retten til grunn at myndighetene overvåker konvertitter. Da retten la klagerens asylforklaring til grunn konkluderte man med at han hadde en reell og velbegrunnet frykt for forfølgelse. UNEs vedtak ble satt til side da det la til grunn uriktig faktum både hva gjaldt asylgrunnlaget og returrisikoen.

Videre har UNE selv satt til side flere tidligere avgjørelser fattet av nemndleder alene etter behandling i nemndmøte. Hva spesielt gjelder for høy terskel ved risikovurderingen, vises til *Sak 24, 38 og 44*.

Sak 24 gjaldt en etiopisk musiker med politisk aktivitet i hjemlandet og i Norge. UNE mente at søkerens aktivitet ikke var av en slik art at den grunnlag for å frykte forfølgelse ved retur. Etter en rekke ganger å ha forkastet omgjøringsbegjæringer, besluttet UNE i nemndmøte å omgjøre, etter at A&P hadde tatt ut stevning. Asylsøkeren fikk forklare seg i nemnd om sin aktivitet. Nemndas flertall fant at søkeren hadde hatt en profilert rolle i det opposisjonelle miljøet og at hans politiske aktiviteter således var blitt kjent av etiopiske myndigheter. Den mulige risikoen for forfølgelse måtte lede til beskyttelse etter utl.§ 28 a).

Sak 38 gjaldt en etiopier som fikk sitt opprinnelige asylgrunnlag avslått i 2003, men som utfoldet en omfattende politisk aktivitet i Norge. Han var en av grunnleggerne av den norske avdeling av Ginbot 7 og aktiv i opposisjonspartiet KSDON. En rekke omgjøringsbegjæringer ble avslått i perioden 2006 – 2009. Selv etter å ha mottatt A&Ps søksmålsvarsel og stevning, fastholdt man tidligere standpunkt. Først etter at det var vekslet en rekke prosesskrift under saksforberedelsen for tingretten, valgte UNE å vurdere saken på nytt i nemndmøte med personlig fremmøte, hvor tidligere avslag ble omgjort. Den politiske aktivitet ble ansett genuin og gjennomtenkt og engasjementet sterkt og ekte.

Sak 44 gjaldt en iransk kvinne som hadde søkt å publisere myndighetskritiske artikler. Vedtak ble forgjeves begjært omgjort. A&P begjærte omgjøring og fremla omfattende dokumentasjon. UNE behandlet saken i nemndsmøte med personlig fremmøte. UNE fant at hennes anførsler om *sur place* aktivitet fremsto som troverdige og at hun redegjorde på en troverdig måte for sin politiske aktivitet i Norge. Det forelå reell risiko for forfølgelse ved retur. Tidligere avslag ble omgjort.

Sammendrag:

Det forekommer ofte at bevis- og risikospørsmålene innebærer komplekse vurderinger som ikke egner seg for avgjørelse av nemndleder alene, uten mulighet for utdypende og avklarende informasjon fra klager. Som det fremgår av eksemplene fra A&Ps erfaringer, behandles derimot saker som reiser slike spørsmål ofte, av nemndleder alene. Dette er i strid med utf. § 16-9.⁵⁰ Men selv når saken er behandlet i nemnd viser det seg at vurderingen av bl.a. bevis og risikokrav i mange saker blir for streng,⁵¹

4.2.6 *Beskjeden domstolskontroll*

Selv om A&Ps aktivitet har bidratt til at flere utlendingssaker blir underlagt domstolsprøving, er det en svært liten andel av slike saker som blir prøvd. Årsaken til at A&P ble etablert var det store udekkede rettshjelpsbehovet. Ifølge UNEs statistikk var det i 2010 registrert 58 rettskraftige dommer, hvorav staten fikk medhold i 49 og saksøker i 9.⁵² I samme periode behandlet UNE 18 353 (2010).⁵³ Dette betyr at kun 0,3 % av samlet behandlede saker i 2010 endte for domstolene.⁵⁴ I 2010 ble det imidlertid behandlet langt flere saker sammenlignet med tidligere år hvilket gjør statistikken noe upresis. Antall behandlede saker om asyl/beskyttelse i 2012 utgjorde 10.111 og i 2013 12.510.⁵⁵

Men også hvis man ser situasjonen over en lenger periode fremgår det at UNEs vedtak i svært liten grad kontrolleres av domstolene. Fra 2005 til og med 2010 ble det totalt behandlet 79 976 saker i UNE. I samme periode ble det registrert 371 rettsaker. Dette betyr at kun 0,46 ble prøvd i domstolen. I 2012 hadde UNE en samlet saksmengde på

.....
50 Se kap. 4.2.1.

51 Se som eksempel *Sak 8* og 63.

52 UNEs årbok 2010 s. 17.

53 UNEs årbok hhv 2009 og 2010.

54 Forholdet mellom administrativt behandlede saker og anlagte rettsaker i året kan innebære en viss tidsforskyvning.

55 Se <http://www.une.no/no/Statistikk/> og Vedlegg 1 til UNEs årsrapport 2013 – «Statistikk UNE skal rapportere på som ikke er direkte omtalt i virksomhetsrapporten for øvrig.», spesielt Tabell 4 «Antall behandlede saker, herav antall omgjøringsanmodninger samt omgjøringsprosent i 2013 sammenlignet med 2012 etter avgjørelsesform fordelt på asylsaker og oppholdssaker».

18.754 saker. I samme tidsperiode forelå det 112 rettskraftige dommer, d.v.s. 0,6%. I 2013 var tilsvarende tall 22.575 saker og 115 rettskraftige dommer og 0,5%.⁵⁶

Statistikk innhentet fra Oslo Tingrett for perioden 2005-2013 hva gjelder antall utlendings- og asylsaker behandlet i perioden viser en sterk økning av saksanlegg fra 65 i 2005 til 175 i 2013.⁵⁷

Som det er påpekt foran i kap. 4.1, medfører gjeldende regler for fri sakførsel, og praktiseringen av disse, at fri sakførsel til legalitetskontroll av UNEs vedtak er blokkert. Det er utvilsomt en medvirkende årsak til de relativt få saker som bringes inn for retten

Den meget begrensede legalitetskontroll med UNEs vedtak er særlig problematisk fordi det innebærer at UNE, som også er frikoblet fra politisk styring, blir en «stat i staten» uten tilstrekkelig ytre korrektiv og hvor et minimalt antall saker behandles med personlig fremmøte i nemnd. Dette gjør at sakene blir dårligere opplyst og atrisikoen for feilaktige vedtak blir større. UNE er både utreder og beslutter. Konsekvensen er at saksbehandlingen i UNE er lukket og selvforsterkende, uten tilstrekkelig forankring i eksterne rettskilder.⁵⁸ Disse forhold har negativ innvirkning på tilliten og legitimiteten til UNEs vedtak.

Dette gir utfordringer hva gjelder harmonisering og kontroll av Norges internasjonale rettsforpliktelser, herunder flyktningskonvensjonen, Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) og barnekonvensjonen. At UNEs praksis ofte er i strid med Norges internasjonale forpliktelser kommer tydelig til uttrykk i saker A&P har fått gjennomslag i. Med et reformert UNE burde man kunne redusere behovet for domstolsprøving.

4.3 *Lengeværende barn*

Bakgrunn:

Med «lengeværende barn» siktes det til barn hvor familien har søkt om asyl i Norge, men fått avslag og hvor familien av ulike grunner er blitt værende i Norge. I slike tilfeller har barna som oftest knyttet bånd til landet, for eksempel fått venner, lært norsk eller gått på skole. Spørsmålet for disse er om denne tilknytningen er tilstrekkelig til å danne grunnlag for opphold. Innvandringsregulerende hensyn vil ofte tale mot en formalisering av oppholdet.

56 <http://www.une.no/no/Statistikk/> Hva gjelder tallene fra 2012 og 2013 er disse innhentet fra UNE i forbindelse med utarbeidelsen av rapporten.

57 Statistikk innhentet fra Oslo Tingrett. Noen saker gjelder UDI. Tallene fordeler seg slik: 2005: 65, 2006: 63, 2007: 71, 2008: 66, 2009: 126, 2010: 119, 2011: 161, 2012: 133 og 2013: 175.

58 Juss-Buss festskrift (2011) s. 149.

Ifølge Regjeringen var det per 31.mai 2012, 544 barn med endelig avslag på søknad om asyl eller oppholdstillatelse som hadde bodd på norske mottak i mer enn tre år. I tillegg til disse var det om lag 350 barnefamilier som bodde utenfor mottak på kjent adresse, men dette tallet er mer usikkert. Dessuten antar man at det oppholder seg en del familier med utreiseplikt i landet uten at myndighetene vet hvor de bor.⁵⁹

Få saker har vært mer offentlig diskutert i de seneste år enn de lengeværende barna og deres rett til å få legalt opphold i Norge. I Meld. St. 27 (2011-2012) presenterte daværende regjering nærmere «tydeliggjøringer» av hvordan utl. § 38 «barnets beste» skulle forstås. Ved Høyesteretts dom i plenum 21.12.2012 skjedde en foreløpig rettslig avklaring av innholdet i utl. § 38 sammenholdt med barnevernkonvensjonens art. 3.⁶⁰ Det heter her:

«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 avvleid 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.»

Denne rettsforståelse ble også lagt til grunn i den andre Høyesteretts plenumsdom avsagt samme dag, *Sak 36*⁶¹.

Etter stortingsvalget høsten 2013 inngikk de nye Regjeringspartiene etter sonderingene i september 2013 en avtale som blant annet omhandler rettsstillingen til lengeværende barn, «Avtale mellom Venstre, Kristelig Folkeparti, Fremskrittspartiet og Høyre om utlendingsfeltet.» Avtalens punkt B gjaldt «*Varig ordning som sikrer sterkere vektlegging av barns situasjon*». Avtalens punkt C gjaldt «Engangsløsning for langtidsboende barn og deres familier fra land med returavtale».⁶²

Avtalene er nærmere omtalt og kommentert nedenfor i kap. 5.3.4. Senere er det ytterligere oppnådd nærmere enighet mellom partene hva gjelder lengeværende barn.

59 Meld. St. 27 (2011-2012) s. 49.

60 Se Rt 2012 s. 1985, avsnitt 146-149.

61 Se Rt. 2012 s. 2039, avsnitt 38-41. Nemdsleder hadde delegert saken til behandling av sekretariatet. Ekteparet som ankom Norge i 2003 og senere fikk to døtre, en i september 2003 og en i februar 2012, fikk ikke medhold i sitt krav om at UNEs vedtak skulle kjennes ugyldig.

62 <https://www.stortinget.no/Global/pdf/Dokumentserien/2013-2014/dok15-201314-0141-vedlegg.pdf>.

Som det fremgår av opplysningene i fordelingstabell over saker i kap. 2.3, har A&P hatt i alt ti saker der lengeværende barn har vært det avgjørende temaet. I de fleste av disse sakene har A&P fått medhold.⁶³

A&P har funnet det riktig å sette søkelyset på lengeværende barn sakene fordi disse representerer betydelige utfordringer, både menneskelig, politisk og juridisk. Det menneskelige aspektet er overveldende. Uskyldige barn som på grunn av uregelmessigheter fra foreldrenes side, etter år med integrering i Norge, blir returnert til foreldrenes hjemland som de selv ikke har noen tilknytning til.

Det politiske aspektet er komplekst. Det er en frykt for at å «belønne» foreldre som har unnlatt å etterkomme utreisepåbud, eller ikke har medvirket til retur til hjemlandet ved avslag, vil underminere innvandringsmyndighetenes arbeid. På den annen side synes det å være enighet om at på ett eller annet tidspunkt må hensynet til barnets beste gå foran andre hensyn. Samtidig vil også identifikasjonen mellom barn og foreldre nødvendigvis bli svakere ettersom tiden går. Det er ønskelig at den nåværende Regjering følger opp sin interne avklaring med konkrete regelendringer, enten ved lov- eller forskrift.

Det juridiske aspekt kan ikke anses som endelig avklart. I betraktning av at domstolene i utgangspunktet ikke kan prøve UNEs konkrete interesseavveining i utl. § 38, vil legalitetskontrollen nødvendigvis bli noe begrenset. Det er imidlertid grunn til å se nærmere på hvilke rettslige muligheter som foreligger for en nærmere kvalitetskontroll fra domstolens side av den vektlegging forvaltningen foretar.

Sammendrag:

Det er etter A&Ps oppfatning behov for reform på området. Dagens system har flere svakheter, hvilket bl.a. A&Ps egne saker har vist, og som blir nærmere omtalt i kap. 5.3.3.4, underpunkt *A&Ps saker*. Regelverket er uklart, utydelig og praksis uensartet.

.....
63 I de følgende saker har lengeværende barn har vært det avgjørende temaet, sak 15, 17, 19, 28, 31, 32, 35, 36, 48 og 65. Seks av disse sakene (sak: 15, 17, 28, 35, 48, 65) ble omgjort av UNE etter at stevning ble sendt inn.

4.4 Oppsummert om A&Ps erfaringer

A&P har ved sin virksomhet bekreftet at det eksisterer et udekket rettshjelpsbehov for utlendinger og asylsøkere. Manglende statlig tilbud om fri sakførsel har i betydelig grad avskåret utlendinger/asylsøkere muligheten til å få fremmet rettmessig krav på legalitetskontroll av UNEs vedtak.

A&P har i et stort antall saker kunnet påvise at UNE som administrativt klageorgan ikke har fungert som det «domstolslignende organ» som var forespeilet. Spesielt graverende er den manglende mulighet til å få forklare seg for nemda, det som ble fremhevet som «den sterkeste *siden ved Utlendingsnemnda*». Men selv i nemnd med personlig fremmøte er det påvist at forvaltningslovens regler om innsyn, kontradiksjon og uttalerett, ikke er respektert. Dette er forhold som allerede ble påpekt i 2003.⁶⁴

Hva gjelder lengeværende barn er det etter A&Ps oppfatning behov for reform på området. Dagens system har flere svakheter, hvilket bl.a. A&Ps egne saker har vist. Regelverket er uklart og praksis uensartet.

Det er på denne bakgrunn vi i det følgende kap. 5 skal se på behovet for endringer og redegjøre for A&Ps forslag hva gjelder offentlig fri sakførsel i asyl/utlendingssaker (kap. 5.1) ny ankeinstans for asyl/utlendingssaker (kap. 5.2) og lengeværende barn (kap. 5.3).

.....
64 Se kap.4.2.3.

5. Behovet for endringer

5.1 Offentlig fri sakførsel i asyl/utlendingssaker

5.1.1 Innledning

Som det fremgår av kap. 4.1 har A&P konstatert et betydelig udekket rettshjelpbehov. Det er ikke overraskende, gitt et i praksis tilnærmet ikke-eksisterende offentlig tilbud om fri sakførsel til utlendinger/asylsøkere som ønsker å prøve lovligheten av avslag avgjort av UNE.

5.1.2 *Kontrollsystemene knyttet til avgjørelser fattet av utlendingsforvaltningen*

De fleste utlendingssaker behandles av UDI i første instans. UNE er klageinstans for avgjørelser fattet i UDI. Vedtak fattet av UNE er endelig og kan ikke påklages. Det ytes fritt rettsråd ved klage til UNE over avslag på søknad om asyl etter utl. §28 eller vern etter utl. § 73, samt i enkelte andre spesialtilfeller.⁶⁵

Dersom det fremkommer nye opplysninger i saken, kan disse gi grunnlag for en omgjøringsbegjæring. Ved en omgjøringsbegjæring bes UNE vurdere saken på nytt i lys av de nye opplysningene. Men hvis omgjøringsbegjæringen ikke fører frem, er sivilts søksmål mot staten den eneste muligheten klageren har til å få kjent et vedtak eller en beslutning fattet av UNE kjent ugyldig.

Dette har sammenheng med departementets begrensede instruksjonsadgang overfor utlendingsforvaltningen.

Utgangspunktet i forvaltningsretten er at departementer har instruksjonsadgang overfor underordnede organ. Denne instruksjonsadgangen er innskrenket i utlendingssaker.⁶⁶ Departementet kan ikke instruere utlendingsforvaltningen om avgjørelsen av enkeltsaker. UNE kan heller ikke instrueres om lovtolkning eller skjønnsutøvelse og er her i samme stilling som domstolene. UDI er derimot underlagt departementets instruksjoner knyttet til lovtolkning og skjønnsutøvelse.⁶⁷

65 Utl. § 92 første til tredje ledd tredje punktum, jfr. rhjl § 11 første ledd nr. 1.

66 Utl. § 76 andre ledd.

67 Unntak fra instruksjonsmyndighet og overprøvingsadgang, jf. utl. § 76 annet ledd.

5.1.3 *Gjeldende regelverk angående fri sakførsel i asyl og utlendingssaker*

5.1.3.1 *Innledning*

Det er nødvendig å påpeke den viktige rollen domstolen har som kontrollør av offentlig forvaltning. Det gjelder ikke minst utlendingsforvaltningen. Ofte vil det være en relativt sett svakere part som står imot det offentlige. Det offentlige har et særskilt ansvar for at slike saker får en mulighet til å bli kontrollert. En forutsetning for dette er at den svakere part tør og makter å fremme saken for domstolskontroll.⁶⁸

Utlendinger har imidlertid ingen generell rett til fri rettshjelp i utlendingssaker, verken under førsteinstansbehandlingen i forvaltningen, under klagebehandlingen eller ved domstolskontroll. Det foreligger en meget begrenset adgang til fri rettshjelp i enkelte utlendingssaker.⁶⁹

Fri rettshjelp kan gis som fritt rettsråd eller fri sakførsel. Fri rettshjelp utenfor rettergang gis i form av fritt rettsråd, mens fri rettshjelp i forbindelse med rettergang gis som fri sakførsel. Det vil bli redegjort for innholdet i regelverket knyttet til fri sakførsel i asyl og utlendingssaker. Det vil fremgå at fri sakførsel i disse typer saker kun forekommer rent unntaksvis. Dette vil bli sammenholdt med hva som gjelder for andre typer saker, som også angår vesentlige rettssikkerhets- og velferdsinteresser for enkeltmennesker.

Fri rettshjelp i forbindelse med rettergang gis som fri sakførsel. Fri sakførsel i en utlendingssak innebærer at saksøker får hel eller delvis dekning av salær til prosessfullmektig ved søksmål mot staten, samt at gebyrer og enkelte sideutgifter ved saken kan dekkes. Muligheten til å få innvilget fri sakførsel i en utlendingssak er svært begrenset.

Retts hjelploven er subsidiær.⁷⁰ Dette innebærer at loven ikke omfatter bistand som kan dekkes av andre ordninger eller som kan erstattes på annen måte.

5.1.3.2 *Ikke behovsprøvd fri sakførsel*

I et fåtall av tilfeller har utlendinger som hovedregel krav på fri sakførsel, såkalte prioriterte saker. Dette gjelder ved fengsling, beslag, pålegg om meldeplikt og oppholds-

.....
68 Dette er med mindre modifikasjoner gjengivelse fra forarbeidene til unntaksbestemmelsen om fritak for ansvar for saksomkostninger til den vinnende part i tvisteloven (tvL) § 20-2 tredje ledd, jf., Innst. O. nr. 110 (2004-2005) s.62, jfr. note 74 og tilhørende tekst.

69 Utl § 92, rhjl. §§ 11 og 16.

70 Rhjl. § 5.

sted, og i tilfeller hvor departementet beslutter at vedtak truffet av UDI til gunst for utlendingen skal overprøves av UNE⁷¹. Videre foreligger det en rett til fri sakførsel i tilfeller hvor Sivilombudsmannen har anbefalt søksmål⁷².

Dette kan sammenholdes med det faktum at ikke behovsprøvd fri sakførsel tilbys bl.a. i følgende saker: vernepliktige i militærnektersaker, den som har fått et tvangstiltak rettet mot seg og reiser sak om overprøving av det administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren og til den som er fratatt rettslig handleevne, eller som begjærer et vedtak om fratakelse av rettslig handleevne opphevet etter vergemålsloven.⁷³

5.1.3.3 Behovsprøvd fri sakførsel

Behovsprøvd fri sakførsel tilbys i følgende tilfeller: 1) I saker etter ekteskapsloven, skifteloven eller barneloven. 2) I saker om rett til felles bolig og innbo når husstands-fellesskap opphører. 3) For den skadede eller etterlatte i sak om erstatning for personskade eller tap av forsørger. 4) For leietaker i sak etter husleieloven og tvangsfullbyr-delsesloven når saken gjelder bolig som leietaker bebor. 5) For arbeidstakere i sak etter arbeidsmiljøloven om et arbeidsforhold består eller om erstatning i forbindelse med opphør av et arbeidsforhold.⁷⁴

Av sammenhengen skulle man trodd at f.eks. saker etter utl §§28 og 73 og prøvingen av forholdsmessigheten av et utvisningsvedtak, jfr. utl § 70, burde tilhøre samme kategori. Det er imidlertid ikke tilfellet.

En snever unntaksbestemmelse muliggjør fri sakførsel i et fåtall av uprioriterte utlen-dingssaker, dvs. i utlendingssaker hvor det som hovedregel ikke er krav på fri sakførsel. Som vilkår må søkerens inntekt og formue som hovedregel være under bestemte grenser, og saken må objektivt sett berøre søker i særlig sterk grad⁷⁵. Etter sin ordlyd skulle denne bestemmelsen kunne fange opp saker etter utl §§ 28, 73 og 70.

Forklaringen på denne særegne situasjonen er å finne i rundskriv til rettshjelploven, hvor det klart tilkjennegis at fri sakførsel i forbindelse med domstolsprøving bare skal innvilges «unntaksvis». Det skal foreligge «helt spesielle grunner, for eksempel der saken reiser spørsmål av særlig prinsipiell interesse som ikke tidligere har vært *prø-*

71 Utl § 92 tredje ledd andre punktum og fjerde ledd, jfr. rhjl. § 16 første ledd nr. 4.

72 Rhjl. § 16 første ledd nr. 3.

73 Rhjl. § 16 første ledd nr. 1, nr.2 og nr. 5.

74 Rhjl. § 16 annet ledd, jfr § 11 annet ledd nr. 1-5.

75 Rhjl. § 16 tredje ledd.

*vet for domstolen.»⁷⁶ Dette betyr at det settes vilkår som ikke går på spørsmålet om utsiktene til at saken eventuelt vil føre frem, men om det dreier seg om etableringen av banebrytende ny rett. Begrunnelsen for denne restriktive holdningen forklares slik: «*Utlendingens grunnleggende rettssikkerhet anses tilstrekkelig ivaretatt gjennom den forvaltningsmessige behandlingen av saken*».*

Inntektsgrensen for behovsprøvd fri sakførsel er kr 246 000,- for enslige og kr 369 000,- for ektefeller og andre som lever sammen med felles økonomi.⁷⁷ Formuesgrensen for fri sakførsel er kr 100 000,-.

Ved innvilgelse av behovsprøvd fri sakførsel, må mottakeren betale en egenandel⁷⁸. Ved fri sakførsel utgjør egenandelen 25 prosent av advokatutgiftene, men kan per 01.01.2014, ikke overstige kr. 4825,-⁷⁹. Mottakeren av fri sakførsel plikter å betale egenandelen på forskudd.⁸⁰ Personer med en bruttoinntekt under kr 100 000,- i året er unntatt fra å betale egenandel.

Det er mulig å dispensere fra inntektskravet ut fra en forholdsmessig vurdering, «der- som utgiftene til juridisk bistand blir betydelige i forhold til søkerens økonomiske situasjon.»⁸¹ Det legges stor vekt på om saken har likhetstrekk med saksfeltene som gir et krav på fri sakførsel. Bestemmelsen praktiseres strengt. Etter bestemmelsens ordlyd skal slik rettshjelp bare unntaksvis innvilges. Igjen står vi overfor en ordlyd som i utgangspunktet lett kan anvendes på de ressursvake asylsøkere og innvandrere, men hvor unntaksregelen i praksis ikke benyttes.

Sammenfatningsvis kan man si at det ligger som en hoved forutsetning i reglene om fri sakførsel at fri sakførsel i forbindelse med domstolsprøving av UNEs vedtak ikke skal innvilges.⁸²

.....
76 Rundskriv 2005-12-15, G-12/05. Om fri rettshjelp, avsnitt 6.5.2. Her heter det videre: «*Utlendingens grunnleggende rettssikkerhet anses tilstrekkelig ivaretatt gjennom den forvaltningsmessige behandlingen av saken. Fri sakførsel i forbindelse med domstolsprøving skal bare innvilges unntaksvis, det vil si dersom det foreligger helt spesielle grunner, for eksempel der saken reiser spørsmål av særlig prinsipiell interesse som ikke tidligere har vært prøvet for domstolen*».

77 Forskrift til rhjl. § 1-1.

78 Rhjl. §.

79 Egenandelen kan ikke overstige mer enn fem ganger den til enhver tid gjeldene salærsats for straffesaker og benefiserte saker, jfr. forskrift til rhjl. § 9 tredje ledd. Fra 01.01.2014 utgjør grunn delen kr. 965,-.

80 Forskrift til rhjl. § 2-3.

81 Rhjl. § 16 fjerde ledd.

82 Se fotnote 18 og tilhørende tekst.

5.1.3.4 *Fritak for rettsgebyr*

Fri rettshjelp kan også ytes alene i form av fritak for rettsgebyr.⁸³ Fritak fra rettsgebyr omfatter behandlingsgebyrer og sideutgifter for den domstol bevillingen gjelder.⁸⁴

Vilkårene for fritak for rettsgebyr i utlendingssaker er at de økonomiske vilkårene i rettshjelploven er oppfylt, se punkt 3.3 Behovsprøvd fri sakførsel.⁸⁵ Utgiftene til juridisk bistand må være betydelige i forhold til søkerens økonomiske situasjon. I forarbeidene til rettshjelploven heter det at fritak for rettsgebyr og sideutgifter kan gis når særlige forhold gjør det rimelig, og at det kan være aktuelt når de økonomiske vilkår ikke er oppfylt, når det ikke antas nødvendig med prosessfullmektig eller det ikke er rimelig at det offentlige dekker alle utgifter ved saken.⁸⁶

Dersom de økonomiske vilkår for fri sakførsel ikke er oppfylt, kan det med andre ord være aktuelt å innvilge fri rettshjelp i form av fritak fra rettsgebyr som en mellomløsning. Et slikt fritak vil like vel kun representere en meget begrenset økonomisk støtte. A&P har ikke informasjon om dette i det hele tatt har vært benyttet i asyl/utlendingssaker.

5.1.3.5 *Anke*

Bevilling til fri sakførsel omfatter bare sakens behandling i høyere rettsinstanser dersom selvstendig anke bare er innbrakt av motparten, og den part som har fri sakførsel helt eller delvis har fått medhold i foregående instans.⁸⁷

5.1.3.6 *Innvilgelseskompetanse*

Den rett eller det forvaltningsorgan som har saken til behandling, har i de ikke behovsprøvd utlendingssakene kompetanse til å innvilge fri sakførsel.⁸⁸

Kompetanse til unntaksvis å innvilge behovsprøvd fri sakførsel i utlendingssaker, uprioriterte saker, ligger hos fylkesmannen.⁸⁹ Fylkesmannen har også kompetansen til å dispensere fra inntekts- og formueskravet i de behovsprøvd sakene.⁹⁰

.....
83 Rhjl. § 25 annet ledd.

84 Rhjl. § 24.

85 Rhjl. § 16 fjerde ledd.

86 Ot. prp. nr. 35 (1979-80) s. 102.

87 Rhjl. § 22 tredje ledd.

88 Rhjl. § 19.

89 Forskrift til rhjl. § 4-2, jfr. rhjl. § 19.

90 Forskrift til rhjl. § 4-2, jfr. rhjl. § 19.

5.1.3.7 Oppnevning av prosessfullmektig

Det frie advokatvalget gjelder også i utlendingssaker. Parten kan derfor som hovedregel selv velge prosessfullmektig.⁹¹

5.1.3.8 Dekning av motpartens sakskostnader

Ved et sivilt søksmål mot staten kan utlendingen risikere å bli økonomisk ansvarlig både for egne og motpartens sakskostnader. En part som har vunnet saken, har som hovedregel krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten.⁹² Frykten for å bli ansvarlig for motpartens sakskostnader utgjør en ekstra byrde for saksøker.

Særlige grunner kan medføre at utlendingen helt eller delvis fritas for erstatningsansvar for motpartens sakskostnader.⁹³ Fritak for erstatningsansvar etter tvisteloven, avgjøres av den rett som har saken til behandling.⁹⁴ Ved vurderingen skal det blant annet særlig legges vekt på om det var god grunn til å få saken prøvd fordi den var tvilssom, og om saken er av velferdsmessig betydning og styrkeforholdet mellom partene tilsier slikt fritak. Momentene som er opplistet i bestemmelsene er ikke uttømmende.

Forarbeidene fremholder at rammen for de ulike hensyn som kan vektlegges må trekkes relativt vidt. Det heter bl.a. her

*«Det bør i forbindelse med dette nye tillegget påpekes at en spesielt skal legge vekt på om den vinnende part er stat, kommune eller annen sterk motpart. Det vil i disse tilfeller ofte være en stor grad av styrkeforskjell mellom partene. Komiteen vil påpeke den viktige rollen domstolen har som kontrollør av offentlig forvaltning. I den sammenheng vil det ofte være en relativt sett svakere part som står imot det offentlige. Det offentlige har et særskilt ansvar for at slike saker får en mulighet til å bli kontrollert. En forutsetning for dette er at den svakere part tør fremme saken for domstolskontroll».*⁹⁵

Videre presiserer rettspraksis at den overordnede norm i vurderingen, er hvorvidt tungtveiende grunner gjør det rimelig å fritas for ansvar.⁹⁶ Den selvstendige betydningen av henvisningen til den velferdsmessige betydningen og styrkeforholdet mellom

91 Rhjl. § 21.

92 Tvl. § 20-2 (1) og (2).

93 Rhjl. § 22 fjerde ledd og tvl. § 20-2 (3).

94 Tvl. § 20-8 (1).

95 Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 62.

96 Rt. 2012 s. 209, avsnitt 17.

partene, er at det i de tilfeller hvor saken har stor velferdsmessig betydning for den tapende part, og det er stor forskjell på partenes økonomiske styrke, skal mindre til enn ellers for å fritta for sakskostnadsansvar ut fra den overordnede normen.⁹⁷ Vårt inntrykk er at underordnede domstoler ikke i tilstrekkelig grad legger vekt på f.eks. betydningen av det ulike styrkeforhold og at det er staten som er motpart.

En søknad om dekning av motpartens sakskostnader etter rettshjelploven kan bare fremsettes av den som har fått bevilling til fri sakførsel og som er ilagt saksomkostninger.⁹⁸ Søknaden kan ikke fremmes før ansvaret er påløpt. Forhåndssamtykke til dekning av motpartens sakskostnader kan med andre ord ikke gis. Kompetansen til å utvide bevilling til fri sakførsel etter rettshjelploven til også å omfatte dekning av motpartens sakskostnader, ligger hos fylkesmannen.⁹⁹

5.1.3.9 Klage/anke over avslag på søknad om fri sakførsel

Fylkesmennenes avslag på søknad om fri sakførsel, herunder søknad om dekning av motpartens sakskostnader, kan påklages til departementet etter reglene i forvaltningsloven.¹⁰⁰ Klagene behandles av Statens sivilrettsforvaltning. Departementets vedtak kan ikke påklages.¹⁰¹ Avgjørelser om fri sakførsel fattet av en domstol, kan ankes til overordnet domstol etter reglene i tvisteloven og domstoloven.¹⁰²

5.1.3.10 Internasjonal-rettslige føringer

EMK art. 6(1) om «fair trial» – kan ikke påberopes i saker om bortvisning, utvisning og asyl

Det vises til fremstillingen nedenfor i kap. 5.2.1.3 hvor det fremgår at EMK art. 6 (1) om «fair trial» ikke kan påberopes i saker om bortvisning, utvisning og asyl. Dette gjelder selv om det materielle grunnlag som påberopes er EMK art. 3 og/eller EMK art. 8.

97 Rt. 2012 s. 209, avsnitt 18.

98 Justisdepartementets rundskriv om fri rettshjelp av 15. Desember 2005 (G-2005-12).

99 Forskrift til rhjl. § 4-3, jfr. rhjl. § 22 fjerde ledd.

100 Rhjl. § 26 første ledd.

101 Rhjl. § 26 andre ledd.

102 Rhjl. § 27.

EMK art. 13 eller EMK art. 35 som veiledende norm?

EMK art. 13 fastsetter i at «enhver hvis rettigheter og friheter fastlagt i denne konvensjon blir krenket, skal ha en effektiv prøvningsrett («*effective remedy*») ved en nasjonal myndighet». Det skal m.a.o. være mulig å få prøve sine rettigheter under EMK for nasjonale myndigheter, før man henvender seg til Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD). Dette er videreført i EMK art. 35 som setter som vilkår for at EMD skal realitetsbehandle en sak, at nasjonale rettsmidler («*domestic remedies*») er uttømt.

Det kan reises spørsmål om EMK art. 13 om kravet til effektiv prøvningsrett («*effective remedy*») kan tjene som en tilstrekkelig forankring for et krav om at offentlig fri sakførsel skal være etablert.. Det korte svar er; nei. Det er fastslått i rettspraksis at retten til «an effective remedy» i medhold av EMK art. 13 «*does not guarantee a right to legal counsel paid by the State when availing oneself of such a remedy*». Retten fant ingen indikasjon på «*any special reason calling for the granting of free legal aid in order for the applicant to take effective advantage of the available remedy*».¹⁰³ Hva gjelder EMK art. 35 derimot, kan situasjonen være annerledes hvis det foreligger «*Special reason*» eller, «*special circumstances*» («*spesiell grunn/omstendigheter*»

I *Agalar v Norway*¹⁰⁴, som gjaldt utvisning og påstått krenkelse av EMK art. 2 og art. 3, kom spørsmålet om manglende fri sakførsel opp i forbindelse med mulig avvisning av saken p.g.a. unnlatt utnyttelse av «*domestic remedies*», jfr. EMK art. 35. Dette er i utgangspunktet et ufravikelig krav for å kunne få sin sak realitetsbehandlet av EMD.

Saksøker hadde søkt om fri sakførsel i henhold til rhjl. § 16 tredje ledd og fått avslag under henvisning til Rundskriv om fri rettshjelp.¹⁰⁵ EMD gikk nærmere inn på det forhold at saksøker ikke var blitt gitt fri sakførsel og derfor var avskåret fra å utnytte «*domestic remedies*», jfr. EMK art. 35. Retten merket seg at fri sakførsel var avslått, til tross for at EMD hadde fattet en midlertidig «Rule 39» avgjørelse og at EMD hadde rettet spesifikt spørsmål til norske myndigheter vedrørende manglende oppfyllelse av kravet om å uttømme «*domestic remedies*». Retten anfører bl.a.

«It must be assumed that had the applicant been granted free legal representation before the national courts, he would have brought before them the matter that he is now complaining of before the European Court....In the concrete case, it is regrettable that the authorities of the respondent State did not take appropriate steps to enable also the national courts to fulfil their fundamental role in the Convention protection system..» Retten påpekte at de spesielle omstendighetene som forelå var av en slik

103 *Goldstein v. Sweden*, Appl. No. 45925/99.

104 *Agalar v. Norway*, Appl. No. 55120/09.

105 Se kap.5.1.3.3.

natur at de kunne «*arguably absolve the applicant from his normal obligation to exhaust the national remedies.*»

Retten konkluderte imidlertid med å avvise saken som «*manifestly ill founded.*»

Det er av interesse for det første at retten finner grunn til å komme med sine prinsipielle betraktninger i en sak hvor retten konkluderer med å avvise. For det annet foretar EMD en nærmere gjennomgang og gir en kritisk karakteristikkk av den norske fri rettshjelp prosessen. For det tredje gis et klart signal om at under gitte omstendigheter vil unnlatt nasjonal rettshjelp kunne medføre at EMD kan være villig til å realitetsbehandle en sak hvor ikke «*national remedies*» er uttømt, når årsaken er den manglende rettshjelp.

EU lovgivning - Direktiv 2013/32 EU (Prosedyre direktivet) – understøtter nødvendigheten av fri rettshjelp under asylprosessen.

Som redegjort nærmere for i kap. 5.2.1.3, er ikke prosedyre direktivet EØS-relevant, selv om Norge har «lånt» fra statusdirektivet og er med i Schengen og har tiltrådt Dublin II-forordningen, Rådets forordning 343/2003 EF. På den annen side representerer EUs lovgivning en omfattende og omforenet minimumsregulering av asylprosessen som også bør ha en ikke ubetydelig vekt ved behandlingen av norsk asylprosess.

I Direktiv 2013/32 EU art. 20 (1) heter det at «*Member States shall ensure that free legal assistance and representation is granted on request in the appeals procedure*». Basert på ordlyden i art. 2(e) som gir definisjonen av «*final decision*» og art. 46 som beskriver ankeprosedyren, synes det klart at dette i Norge korresponderer med klageprosessen for UNE. Det er å merke at kravet i art. 20 til omfanget av bistanden er beskrevet slik: «*It should include, at least, the preparation of the required procedural documents and participation in the hearing before a court or tribunal of first instance on behalf of the applicant.*» Eksisterende rettshjelp ved ankebehandlingen i UNE med den utilstrekkelige stykkprisordningen og sjelden adgang til nemndsmøte, kan neppe sies å fylle disse krav.

Hva gjelder fri sakførsel til den etterfølgende legalitetskontroll for domstolen, reguleres dette ikke direkte av prosedyre direktivet. Men de reelle rettssikkerhetshensyn som ligger bak kravet i art. 20 om fri sakførsel for å sikre riktige avgjørelser om asylstatus, vil i den norske asylprosessen også måtte gjøre seg gjeldende ved den etterfølgende legalitets kontroll. Dette har sammenheng med de kritikkverdige forhold ved UNEs saksbehandling som er påvist og beskrevet nedenfor i kap. 5.2.1. Etter A&Ps oppfatning legger Klagesaksutvalget hovedvekten av ansvaret for å sikre asylsøkerens rettssikkerhet på domstolenes etterfølgende legalitetskontroll. Likevel legges det opp til et administrativt klageorgan som vil kreve øket, ikke redusert, legalitetskontroll, samtidig som det hittil ikke er lagt opp til en øket tilgang til domstolsprøving.

Dette vil ytterligere forsterke behovet for å bygge ned terskelen for rettslig prøvning av administrative vedtak hva gjelder asyl og utlendingssaker, ved at fri sakførsel gjøres tilgjengelig for ressursvake parter.

Sammendrag: EMK

Art. 6 (1) kan ikke påberopes til støtte for nødvendigheten av offentlig, fri sakførsel. Derimot vil manglende innvilgelse av fri sakførsel kunne medføre at kravet i EMK art. 35 til på forhånd å ha uttømt «*national remedies*» ikke gjøres gjeldende. Dette forutsetter at det foreligger «*special reason*» eller «*special circumstances*». *Agalar* saken kan tjene som illustrasjon.

Selv om ikke direkte anvendelig, understøtter Direktiv 2013/32 EU nødvendigheten av tilgjengelig og tilstrekkelig fri sakførsel ved legalitetskontrollen av asylvedtak.

5.1.4 Fri sakførsel i asyl og utlendingssaker i andre nordiske land

5.1.4.1 Sverige

I Sverige avgjøres utlendingssaker i første instans av Migrationsverket.¹⁰⁶ Avslag kan klages inn for Migrationsdomstolene. Vedtak fra disse domstolene kan klages inn for Migrationsöverdomstolen, som er en del av kammarätten i Stockholm. Migrationsöverdomstolen er øverste instans i utlendingssaker. For en prøvingstillatelse til den øverste domstolen kreves at saken har prejudikatsverdi eller at saken gjelder et ekstraordinært forhold.¹⁰⁷

Ved klage til Migrationsdomstolen, har utlendinger som hovedregel krav på fri retts- hjelp.¹⁰⁸ Ved ankebehandling i Migrationsöverdomstolen, kan fri sakførsel innvilges etter søknad.¹⁰⁹ Ordningen er subsidiær på lik linje med den norske.¹¹⁰ Videre foretas det en økonomisk behovsprøving. Dersom man etter fradrag for gjeld og forsørgerbyrde sitter igjen med mer en 260 00 SEK per år, har man ikke krav på fri sakførsel.¹¹¹ Det må videre foreligge et behov for juridisk hjelp¹¹² og det må være rimelig at staten skal betale kostnadene i forbindelse med tvisten.¹¹³

106 <https://www.karnovgroup.se> og <http://www.rattshjalp.se/Vad-ar-rattshjalp/Har-du-ratt-till-rattshjalp/>

107 <http://www.regeringen.se/content/1/c6/08/64/74/9cod7396.pdf>.

108 Utlänningslag (2005:176) kap. 18 § 1.

109 Rättshjelpplag (1996:1619) § 3.

110 Rättshjelpplag (1996:1619) § 9.

111 Rättshjelpplag (1996:1619) § 6 (1).

112 Rättshjelpplag (1996:1619) § 7.

113 Rättshjelpplag (1996:1619) § 8.

5.1.4.2 Danmark

Som hovedregel behandles utlendingssakene av udlændingestyrelsen i første instans og av departementet, integrationsministeriet, i annen instans.¹¹⁴ Asylsaker behandles imidlertid ikke av departementet men av det uavhengige klageorganet «flygtingenævnet.»¹¹⁵

Dersom udlændingestyrelsen avslår en asylsøknad, blir vedtaket automatisk påklaget til flygtingenævnet for prøvelse, med mindre udlændingestyrelsen finner at saken er åpenbart grunnløs. Flygtingenævnet er et uavhengig kollegialt domstolsliknende organ. Ved klagebehandling i Flykningnævnet har klageren krav på fri rettshjelp.¹¹⁶

Ved overprøving i domstolen kan det innvilges fri sakførsel dersom søkeren har en rimelig grunn til å ønske domstolsprøving og vedkommende oppfyller de økonomiske vilkårene¹¹⁷. Fri sakførsel kan blant annet også innvilges i saker av prinsipiell karakter eller saker som har vesentlig betydning for søkerens sosiale eller ervervsmessige situasjon. Fri sakførsel omfatter også dekning av eventuelle saksomkostninger til motparten

5.1.4.3 Finland

En negativ beslutning i Finland¹¹⁸ angående søknad om asyl kan nå ankes til Helsingfors forvaltningsdomstol som er den eneste domstolen med kompetanse til å behandle klager i asylsaker.¹¹⁹ I domstolen behandles klagen ut i fra det skriftlige materialet, men i unntakstilfeller kan saken undergis muntlig behandling.¹²⁰ Tredje og siste instans er Finlands høyeste forvaltningsdomstol. Der kreves det imidlertid prøvingstillatelse for å få saken fremmet.

For andre saker enn asyl er det også som hovedregel rett til klage. Klageinstansen er da den forvaltningsdomstol i det distrikt klageren bor.¹²¹

Asylsøkere har ved negativt vedtak rett til fri rettshjelp ved anke til Helsingfors forvaltningsdomstol. Ved overprøving i siste instans, kan det innvilges fri sakførsel ut fra en vurdering av sakens viktighet. Søkeren må også oppfylle økonomisk vilkår.

114 <http://www.karnovgroup.dk/> og <http://www.domstol.dk/saadangoerdu/raadgivning/friproces/Pages/default.aspx>

115 NOU 2010:12 s. 70.

116 http://www.fln.dk/da-dk/Information_til/Ansoegere/Før+nævnsmødet.htm

117 Retsplejelovens § 328.

118 <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/>

119 Finlands utlänningslag (8.5.2009/323) § 193.

120 NOU 2010:12 s. 71.

121 Finlands utlänningslag § 192.

5.1.5 *Kritikk av nåværende system for fri sakførsel i utlendingssaker*

5.1.5.1 *Innledning*

Det er ovenfor redegjort for relevant regelverk knyttet til det nåværende system for fri sakførsel i utlendingssaker. Det kommende bygger på A&Ps mangeårige erfaring og vil peke på hvilke sider av dette systemet som hindrer en rettssikker behandling utlendingssaker. Systemets nåværende utforming hindrer oppfyllelse av både rettshjelplovens¹²² og utlendingslovens¹²³ formål. – Rettshjelplovens formål er beskrevet slik i §1 :

«Fri rettshjelp etter denne lov er en sosial støtteordning med formål å sikre nødvendig juridisk bistand til personer som ikke selv har økonomiske forutsetninger for å kunne ivareta et rettshjelpbehov av stor personlig og velferdsmessig betydning»

Utlendingslovens formål hva gjelder rettigheter til enkeltindivider er beskrevet slik i utlendingslovens § 1 annet og tredje ledd:

«Loven skal legge til rette for lovlig bevegelse over landegrensene, og ivareta rettsikkerheten til utlendinger som reiser inn i eller ut av riket, som oppholder seg her, eller som søker en tillatelse etter loven.

Loven skal gi grunnlag for vern for utlendinger som har krav på beskyttelse etter alminnelig folkerett eller internasjonale avtaler som Norge er bundet av.»

Ved å betone at rettshjelpen er en « sosial støtteordning » fremstår rettshjelp som ett av flere velferdsgoder som tilbys i Norge. Etter A&Ps oppfatning blir dette feil. Fri sakførsel dreier seg i første rekke om grunnleggende rettssikkerhet, hvor enkeltindivider med begrensede ressurser settes i stand til å fremme sin sak for retten. En revidert rettshjelpslov bør reflektere dette. Ved en slik justering av hovedformål blir det bedre samstemmighet mellom rettshjelplovens og utlendingslovens formål, hvor sistnevnte lov tar sikte på å « ivareta rettssikkerheten til utlendinger.. »

5.1.5.2 *Spesielle hensyn på utlendingsrettsfeltet*

Det er en rekke særlige hensyn som gjør seg gjeldende i asyl og utlendingssaker. Disse forholdene må tas i betraktning ved vurderingen av om kontrollsystemene sikrer størst mulig grad av rettssikkerhet og legitimitet.

.....
122 Rhjl. § 1 første ledd.

123 Utl. § 1.

For det første er vedtakene som fattes av utlendingsforvaltningen av stor velferds-
messig betydning for dem de omfatter og eventuell familie el. som indirekte rammes.
Uriktige vedtak kan blant annet føre til menneskerettsstridige familiesplittelser og at
personer med krav på beskyttelse sendes tilbake til områder hvor de risikerer forføl-
gelse. I ytterste konsekvens kan det være et spørsmål om liv eller død.

Videre må en stor andel av de personer vedtakene er rettet mot, betegnes som ressurs-
svake. Dette er nærmere beskrevet foran i kap. 4.2.4, bl.a. med henvisning til Rap-
porten «Fakta på bordet» utgitt i 2010 av Norsk Organisasjon for Asylsøkere (NOAS)
og undersøkelse gjennomført av Nasjonalt kunnskapssenter om vold og traumatisk
stress (NKVTS).

De spesielle hensyn som gjør seg gjeldende på utlendingsfeltet medfører at utlendings-
forvaltningens vedtak retter seg mot en gruppe som i stor grad må forventes å ha
begrensede muligheter til å ivareta sine interesser på en tilstrekkelig måte. Dette taler
med stor tyngde for at det må foreligge robuste kontrollsystemer. Systemet må ha
forutsetninger for både å identifisere vedtak som bør domstolprøves og muliggjøre at
disse sakene blir gjenstand for en domstolsprøving.

5.1.5.3 *Manglende reell domstoladgang*

Som allerede påvist, ligger det som en hovedforutsetning i gjeldende regler om fri
sakførsel at fri sakførsel i forbindelse med domstolsprøving av UNEs vedtak bare skal
innvilges unntaksvis.¹²⁴ Dette rimer dårlig med Klagesaksutvalgets uttalelse. Her an-
føres det at det i Norge er en generell adgang til å få prøvd forvaltningsavgjørelser for
domstolene og videre at «Domstolsbehandlingen må som hovedregel anses som et
effektivt rettsmiddel i forhold til våre internasjonale forpliktelser. Så lenge denne ad-
gangen er i behold, vil de internasjonale forpliktelsene i liten grad sette krav til hvordan
den klagebehandling som går forut for domstolsbehandlingen er organisert».¹²⁵

Det er åpenbart at denne paradoksale situasjonen krever en forandring. Dette gjelder
særlig muligheten til fri sakførsel i første instans.. Advokatforeningen har i hørings-
uttalelse kritisert den restriktive praksis som gjelder fri sakførsel i utlendingssaker.¹²⁶

.....
124 Se kap. 4.1.

125 NOU 2010:12, avsnitt 8.6 på s. 58.

126 Se Advokatforeningens høringsuttalelse datert 18.09.2010 vedrørende delutredning fra utvalget for
klagesaksbehandling på utlendingsfeltet – utvidet instruksjonsmyndighet over Utlendingsnemnda s. 5. Her
heter det: »Manglende adgang til rettsvesenet, gjennom videreføring av den svært restriktive praksisen som
gjelder fri sakførsel i slike saker vil bidra til å redusere utlendingsforvaltningens legitimitet og utlendingenes
rettssikkerhet».

Med unntak av de svært få som innvilges fri sakførsel, har det hovedsakelig vært de som har hatt et nettverk å støtte seg til eller som har blitt hjulpet av advokater som prosederer *pro bono* som har hatt mulighet til å få en domstolsprøving av sine vedtak fattet av utlendingsforvaltningen.

Det er hovedsakelig to årsaker til at den begrensede legalitetskontrollen med utlendingsforvaltningens vedtak er problematisk. For det første det manglende systemet for å fange opp de som har et potensielt uriktig vedtak, slik at det kan innvilges fri sakførsel. Det beror til dels på tilfeldigheter hvorvidt rettighetene lovgiver har vedtatt faktisk realiseres. Som allerede påpekt foran i kap. 1.1 blir forvaltningens vedtak i stor utstrekning stående uten at noen kontrollerer dens arbeid. I et rettssikkerhetsperspektiv er dette alvorlig.

For det andre er saksutvalget som prøves for domstolene uheldig fordi de vedtakene som prøves ikke nødvendigvis er representative i forhold til hvilke områder det faktisk foreligger flest uriktige vedtak. Konsekvensen av dette kan være at forvaltningens uriktige praksis på enkelte områder blir korrigert av domstolen, mens uriktig praksis fortsetter på andre områder fordi det i liten grad finner sted noen legalitetskontroll med slike vedtak.

Det er et behov for at utlendingsforvaltningens vedtak underlegges domstolskontroll på jevnlig basis siden forvaltningen og domstolen har en tendens til å tillegge enkelte rettskilder ulik vekt. God kjennskap til egen praksis, effektiv bruk av ressurser og likhetshensyn, gjør at forvaltningen normalt vektet egen praksis tyngre enn domstolene vil gjøre med den tilsvarende praksisen. Det faktum at utlendingsforvaltningens praksis er selvforankrende gjør at den lettere kan bevege seg i en retning hvor den er på kant med eller i strid med internasjonale rettskilder.

Ved å overlate domstolsprøvingen til de med penger og/eller nettverk, oppstår det en klassedeling med tanke på domstolsprøvingen. Dette gjelder både hvem som får sakene prøvd og hvilke saker som prøves.

En klassedeling med tanke på hvem som får utlendingssaker prøvd for domstolen er særlig uheldig nettopp fordi A&P gjennom sitt arbeid kan dokumentere at utlendingsforvaltningen fatter en rekke uriktige vedtak.¹²⁷ Det oppstår dermed en klassedeling med tanke på hvem som får omgjort uriktige vedtak.

En legalitetskontroll av utlendingsforvaltningen er videre nødvendig fordi det heller ikke er noen politisk kontroll av utlendingsforvaltningens avgjørelser i siste instans. Stortinget har rettsliggjort behandlingen av utlendingssaker ved å frasi seg instruk-

.....
127 Se statistikk i kap. 3.

sjonsmyndigheten overfor UNE¹²⁸ Når UNE ikke er underkastet noen politisk kontroll, er det desto viktigere at det skjer en domstolskontroll og at det opprettes systemer som gjør domstolskontrollen reell.

For øvrig vises til fremstillingen i kap 5.2.2.3 om politisk styring. Her konkluderes det med at A&P er enig med Advokatforeningens lovutvalg i at det kan være hensiktsmessig å styrke de politiske ansvarslinjene i behandlingen av saker der forvaltningen har fritt skjønn. Det vil bl.a. gjelde feltene visum, til dels familieinnvandring og til dels utvisning.

A&P mener at en generell politisk styring av UNE vil svekke rettssikkerheten i utlendingssaker.¹²⁹ Utlendingssaker medfører store økonomiske og sosiale konsekvenser. Sakene er ofte gjenstand for stor oppmerksomhet både politisk og i media. En utvidet adgang til instruksjonsmyndighet øker faren for politisering av et rettighetsbasert felt. Politisk styring skaper en uforutsigbarhet og utlendingsretten som en juridisk disiplin undergraves med en utøket adgang til dette. For at Norge skal kunne overholde sine internasjonale forpliktelser er det svært viktig at internasjonale konvensjoner blir tolket ut fra en faglig juridisk metode og ikke ut fra hva som er politisk opportunt.

5.1.5.4 *Motpartens sakskostnader*

Regelverket knyttet til sakskostnader utgjør et ytterligere hinder for en reell domstolsprøving av utlendingsforvaltningens vedtak.

Det er et problem at utlendinger som etter dagens ordning innvilges fri sakførsel kan risikere å måtte betale statens saksomkostninger. Risikoen for å bli påført ansvar for statens saksomkostninger når staten får medhold er etter vår oppfatning større enn den rettslig burde være. Det har sammenheng med at underordnede domstoler ikke synes i tilstrekkelig grad å benytte seg av unntaksbestemmelsen i tvl. § 20-2(3).¹³⁰ Det er videre problematisk at søknad om dekning av motpartens saksomkostninger ikke kan fremmes før disse eventuelt er ilagt.

Dersom saksøker ikke får innvilget fri sakførsel, innebærer dekning av motpartens saksomkostnader en ren tilleggsomkostnad. I tilfeller hvor det faktisk innvilges fri sakførsel, antas frykten for å måtte bære statens omkostninger å være et stort hinder for å reise søksmål i utlendingssaker.

.....
128 Utl. § 76 annet ledd annet punktum.

129 Se kronikken «Svekker de svakeste», Jonas W. Myhre og Arild Humlen, publisert i Aftenposten 22.07.2009. Som det fremgår av redegjørelsen i kap. 5.2.2.3 foreslo Klagesaksutvalget at asylsaker skulle unntas fra politisk instruksjon.

130 Se kap.5.1. 3.8 og nest siste avsnitt.

5.1.6 *Forslag til endringer*

5.1.6.1 *Innledning*

Det fremgår av fremstillingen foran at A&P i en rekke saker har dokumentert at det begås feil av UNE.¹³¹ Etter A&Ps oppfatning foreligger det derfor et stort behov for kontroll med utlendingsforvaltningen.

For å sikre en reell tilgang til domstolene må det finne sted endringer i rettshjelploven og utlendingsloven som utvider adgangen til fri sakførsel i utlendingssaker. I det følgende vil det bli redegjort for de lovendringene som er nødvendige for å sikre at de saker som fortjener rettslig prøving får dette.

5.1.6.2 *Fri sakførsel uten behovsprøving i definerte utlendings- og asylsaker*

De definerte utlendings- og asylsaker

Basert på A&Ps erfaring foreslås følgende saker omfattet av fri sakførsel uten behovsprøving:

- Saker om beskyttelse, jfr. utl. § 28.
- Saker om vern mot utsendelse, jfr. utl. § 73.
- Saker om prøving av forholdsmessigheten av utvisningsvedtak, jfr. utl. § 70.
- Saker hvor EMK art. 3 eller EMK art. 8 er påberopt.

Siling av saker for fri sakførsel

I tillegg til å operere med en klar avgrensning av hvilke saker som skal omfattes, må det på grunn av ressurshensyn foregå en form for siling av utlendingssaker for fri sakførsel og et apparat som foretar denne silingen. For det første må de definerte sakene oppfylle ett av følgende alternative vilkår:

- Saken har prinsipiell betydning, eller
- Saken bør avgjøres med personlig fremmøte for nemnd, eller
- Landinfo. av betydning for avgjørelse av saken er omtvistet, eller
- UNEs vedtak fremstår som mangelfullt eller uriktig, eller

.....
¹³¹ Se bl.a. kap. 3 med overordnet status, kap. 4.2.1 og vedlegg (6) med kort omtale av samtlige henviste saker.

- Saken gjelder sentrale menneskerettsspørsmål, f.eks. brudd på EMK art. 3 eller EMK art. 8, eller
- Andre tungtveiende grunner foreligger.

For det annet vil det nok være behov for et innslag av prosedabilitets-prøving. A&P er kjent med at slike prøvinger fra statens side, er anført å ikke skulle være en del av fri sakførselsprøvingen. Vi har imidlertid vanskelig for å se at dette ikke gjøres i dag også, da det som et ledd av prøvingen der de objektive vilkårene for innvilgelse er tilstede, nødvendigvis skjer en vurdering av saken og søkers muligheter for å nå fram med anførselene. Det vises f. eks. til praksis der staten anker en avgjørelse hvor utledningen har fått medhold, hvor det oftest blir innvilget fri sakførsel.

Innvilgelsesmyndighet

Oslo tingrett er i utgangspunktet er best egnet til å avgjøre spørsmål om fri sakførsel i utlendingssaker. Det er hovedsakelig to årsaker til at kompetansen bør flyttes fra Fylkesmannen til Oslo tingrett.

For det første innehar Oslo tingrett en unik kompetanse innen utledningsrett. Bakgrunnen for dette er at alle søksmål angående gyldigheten av utlendingsforvaltningens vedtak må anlegges ved Oslo tingrett¹³². Dette gjør at Oslo tingrett gjennom sitt daglige virke har en enestående mulighet til å holde seg oppdatert både på utlendingsrett som fagdisiplin og på relevant landinformasjon mv. Ved å inneha denne kompetansen, har Oslo tingrett gode forutsetninger både for å vurdere vilkårene for fri sakførsel og for å utnytte ressursene på best mulig måte, da det vil være et begrenset behov for å bruke tid til å sette seg inn i regelverk, landinformasjon mv.

Til sammenligning har Fylkesmannsembetene ingen særlig kompetanse innen utlendingsrett. Embetene behandler normalt bare utlendingssaker ved søknader i forbindelse med fri rettshjelp. Gjeldende regelverk har medført at denne saksbehandlingen ikke er av en slik art at saksbehandlerne har opparbeidet en høy juridisk kompetanse innen utlendingsrett.

For det andre er ikke Oslo tingrett, i motsetning til Fylkesmannen, en del av et statlig behandlingsapparat. Ved å flytte innvilgelsesmyndigheten til et uavhengig organ gis dermed avgjørelsene større legitimitet. Det vises også til at befolkningen har stor tiltro til domstolene.¹³³ Med tanke på det engasjementet og den mediedekningen utlendingssaker har en tendens til å skape, er det viktig at avgjørelsene fattes av et organ med stor tiltro i befolkningen og med tilstrekkelig avstand fra det statlige behandlingsapparatet.

.....
 132 Utl. § 79 tredje ledd.

133 Undersøkelse fra 2012 foretatt av MMI for domstolsadministrasjonen, publisert i «Domstolene i Norge årsmelding 2012» s. 23.

Det kan reises innvendinger mot en slik ordning og hevdes at det at tingretten tar stilling til fri sakførsel, kan legge føringer på saken i strid med hensynet til en rettferdig rettsprosess. A&P kan ikke se at dette er tilstrekkelig til å diskvalifisere en slik ordning. Tingretten er besatt med mange dommere og dersom saken fordeles til en annen dommer enn den som har tatt stilling til søknad om fri sakførsel, vil det neppe kunne anføres mot ordningen at det vil medføre konsekvenser for den materielle prøvingen senere.

Dette medfører at Oslo tingrett ved dens ansatte dommere, er best egnet til å avgjøre spørsmål om fri sakførsel i utlendingssaker. For å avhjelpe den mulige økede ressursbelastningen på Oslo tingrett, foreslås det en søknadsprosess som tar sikte på å avlaste tingretten.

Søknad om fri sakførsel

Spørsmål om fri sakførsel foreslås i likhet med dagens system, vurdert på bakgrunn av søknad.

Søknaden foreslås utformet av den advokat som representerer utlendingen under klagesaksbehandlingen i Utlendingsnemnda. Advokaten kjenner saken best og vil ha gode forutsetninger for å kunne utarbeide en stevning og søknad som kan danne grunnlag for tingrettens vurdering av rettshjelpsberettigelsen. Dette vil både være ressursbesparende og sikre at søknadene får frem det essensielle for avgjørelsen av spørsmålet om fri sakførsel, at en advokat som allerede har god kjennskap til saken fremmer søknaden.

En flom av søknader om fri sakførsel vil forhindres ved at advokaten ut fra en juridisk vurdering vil avgjøre om det er grunnlag for å fremme søknad om fri sakførsel i den enkelte sak. I de tilfeller hvor det innvilges fritt rettsråd under klagesaksbehandlingen i UNE, foreslås stykkprisen å omfatte en undersøkelse av muligheten for fri sakførsel. En slik ordning legger til rette for at det blir fremmet søknad om fri sakførsel i de sakene hvor det er aktuelt å vurdere dette. En mulig fristelse fra advokaten til å fremme ubegrunnede søknader vil kunne fanges opp av tingrettsdommeren som tar stilling til søknaden.

Det bemerkes at det er kjent at nåværende stykkprisrammene er utilfredsstillende. Dette er et tilbakevennende forhandlingstema mellom Advokatforeningen og Justisdepartementet. En forutsetning for at undersøkelse av muligheten for fri sakførsel skal omfattes av stykkprisregelverket, er at rammene for stykkprisen utvides.

For de sakstypene hvor det kan åpnes for fri sakførsel, jfr. kap. 5.1.6.2, men hvor det ikke er krav på fritt rettsråd under klagesaksbehandlingen i UNE, må det åpnes for at utlendingen selv kan søke om fri sakførsel. Domstolen må da ha plikt til å veilede i

søknadsprosessen. Til dette bemerkes at det er et rettssikkerhetsproblem at det ikke er krav på fritt rettsråd i flere utlendingssaker. Dette gjelder særlig i familieinnvandringsaker som omhandler retten til familieliv¹³⁴ og ved utvisning for brudd på straffeloven.¹³⁵

For de tilfellene hvor utledningen er representert ved advokat bør det foreligge et krav om at søknaden utformes i form av en stevning med anmodning om fri sakførsel. Domstolen vil på denne måte få en oversiktlig fremstilling i saken i et velkjent format.

Dersom søkeren ikke har hatt krav på fritt rettsråd i saken, kan det ikke kreves at søknaden skal leveres i form av en stevning med anmodning om fri sakførsel. I disse tilfellene må det være tilstrekkelig med en forenklet søknad. For å sikre avgjørelsesgrunnlaget i disse sakene, må domstolen ha en særlig plikt til å påse at avgjørelsesgrunnlaget er tilstrekkelig.

Følgene av positive silingsavgjørelse for søkeren

Fri sakførsel i en utlendingssak må som i dag, innebære at saksøkers rimelige utgifter til prosessfullmektig dekkes av det offentlige. Dersom staten er den ankende part, bør fri sakførsel i ankeinstansen alltid innvilges på samme vilkår. I andre tilfelle må ankeinstansen foreta en ny vurdering av om fri sakførsel skal innvilges for ankebehandlingen.

Dersom retten finner at det er grunn til å innvilge fri sakførsel bør det som hovedregel medføre at utledningen ikke risikerer å måtte betale saksomkostninger til staten. Unntak fra hovedregelen bør bare finne sted i særlige tilfeller, for eksempel der saksøker har gitt positivt uriktige opplysninger i saken, som først kommer opp etter forvaltningsvedtaket.

Klage på silingsavgjørelse

Hvis det er Oslo tingrett som skal avgjøre spørsmålet om fri sakførsel i første instans, vil det være naturlig at en eventuell anke over en avgjørelse om fri sakførsel går til lagmannsretten.

.....
134 EMK art. 8.

135 Utl. kap. 8.

5.1.6.3 Ressursbruk

Økt fri sakførsel i utlendingssaker vil unektelig være mer ressurskrevende enn dagens system. Ressursbruk kan likevel ikke alene begrunne en ordning som ikke ivaretar utlendingers rettssikkerhet.

Ressursbruken med tanke på fri sakførsel må ses i sammenheng med saksbehandlingen i utlendingsforvaltningen. Slik UNE nå fungerer, har erfaringen fra A&P vist at den fatter en stor mengde uriktige avgjørelser. Dersom UNE reformeres slik det er foreslått i denne rapporten,¹³⁶ antas det at antallet uriktige vedtak vil gå betydelig ned. Dette vil på sin side føre til at det vil være færre utlendingssaker som oppfyller vilkårene for fri sakførsel. Domstolene kontrollerer forvaltningens vedtak gjennom legalitetskontroll. Dersom forvaltningen gjør en grundigere jobb, vil domstolenes arbeidsoppgave som kontrollør av forvaltningen bli mindre ressurskrevende. Det påpekes likevel at økt rettssikkerhet i utlendingsforvaltningen alene ikke vil være tilstrekkelig for å sikre riktige avgjørelser i utlendingssaker.

De forslagene som er fremmet vil ikke bare sikre en rettssikker behandling av utlendingssaker, men samtidig utnytte ressurser og kunnskap på best mulig måte.

5.2 Ny ankeinstans i asyl/utlendingssaker

5.2.1 Kritikkkverdige forhold ved UNEs saksbehandling

5.2.1.1 Innledning

Det vises til fremstillingen foran i kap. 4.2.1 – 4.2.6 om lovgrunnlag, faktiske forhold og A&Ps egne erfaringer. I den videre vurderingen vil dette sammenholdes med hensynene bak etableringen av UNE og munne ut i A&Ps forslag til ny klagesaksprosess i kap. 5.2.2.

Et sentralt hensyn med opprettelsen av UNE var å gi søkerne et bedre rettsvern gjennom opprettelsen av et «*domstolliknende organ*» som var uavhengig av Justisdepartementet.¹³⁷ Departementet kan ikke instruere UNE om lovtolkning og skjønnsutøvelse eller i avgjørelsen av enkeltsaker. Siden utlendingssaker ofte innebærer svært inngripende vedtak for den enkelte, samt ofte er debattert og omstridt blant ulike samfunnsaktører, fant man at det var et særlig behov for en betryggende prosess med

.....
¹³⁶ Se kap. 5.2.2.4.

¹³⁷ Ot prp. nr. 38 (1995-1996) *Lovforslag om endringer i utlendingsloven og opprettelse av Utlendingsnemnda* s. 9.

tillit hos klagerne og opinionen.¹³⁸ Gjennom en uavhengig nemnd med legfolksrepresentasjon skulle legitimiteten og tilliten til utlendingsforvaltningen øke.

Lovforarbeidene understreker viktigheten av at det gis adgang til personlig frammøte.

Fra stortingets kommunalkomité siteres:

«Flertallet har merket seg at det i proposisjonen er foreslått at det som hovedregel skal gis adgang til personlig fremmøte i asylsaker som skal behandles i nemnd. Flertallet mener at personlig fremmøte er avgjørende for nemndas legitimitet som et domstolsliknende organ. Flertallet vil peke på at den sterkeste siden ved Utlendingsnemnda er at den enkelte asylsøker får anledning til å forklare seg for klageinstansen, og at Utlendingsnemnda dermed vil inkludere en systematisk og grundig etterprøving av de vurderinger som har blitt gjort i første instans.»¹³⁹

Her fremheves det at «den sterkeste siden ved Utlendingsnemnda er at den enkelte asylsøker får anledning til å forklare seg for klageinstansen». Som A&P viser, er virkeligheten en helt annen, hvor kun de færreste får oppleve denne «den sterkeste siden». Selv om UNEs behandlingsform innebar en betydelig forbedring av det byråkratiske klagesystemet med Justisdepartementet som klageorgan, har organisasjonen og klagesaksbehandlingen under lang tid vært gjenstand for kritikk. Allerede ved evaluering av UNE i 2003 ble det påpekt at nemndmøtebehandling ble foretatt i langt mindre grad enn forventet og at dette utgjorde et legitimitetsproblem for nemnda.¹⁴⁰ I samme evaluering ble det også uttalt kritikk om manglende etterlevelse av fvl. § 17, jfr. fremstillingen i kap. 4.2.3. Humanitære organisasjoner samlet seg i 2006 om en kronikk under tittelen «Reformér utlendingsnemnda.»¹⁴¹ Man kritiserte den begrensede bruken av nemnd og poengterte behovet for personlig fremmøte, økt partsinnsyn og åpenhet om landinformasjon for klageren.

5.2.1.2 UNE som administrativ ankeinstans

A&P mener å ha påvist at UNE per i dag ikke tilbyr den rettsikkerhet som bør kunne forventes i utlendingssaker. For det første får altfor få saker muntlig behandling i nemndmøte. Det er i strid både med lovgivers intensjoner og utledningslovens regler. Det er illustrerende at A&P så langt har fått medhold i vel 70 % av sakene hvor opprinnelige negative vedtak ble fattet av nemndleder alene.

.....
138 Ot.prp. nr. 38 (1995-1996) s. 11.

139 Innst. O nr 35 (2000-2001) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i utlendingsloven s 41.

140 rhKnoff (2003) s. 87.

141 Aftenposten 05.07.2006.

For det andre er adgangen til innsyn og kontradiksjon generelt sett for dårlig og i strid med fvl. §17 og fvl. §18. Dette gjør at sakene blir dårligere opplyst og at risikoen for feilaktige vedtak blir større. Konsekvensen er også redusert tillit og legitimitet til UNEs vedtak. Kritikken fra Knoffs evaluering i 2003 er derfor fortsatt aktuell. Det innebærer at tidligere brudd på forvaltningslovens regler om partens rett til innsyn og å uttale seg fortsetter i vesentlig samme spor. Det er oppsiktsvekkende at dette ikke for lengst er rettet opp. Strengt tatt har man her å gjøre med systematiske saksbehandlingsfeil som i de fleste tilfeller antas å ha hatt innvirkning på utfallet av den enkelte sak og derfor vil kunne medføre ugyldighet.

Det er av interesse å notere at det i NOU 2010:12 er argumentert for at innsynsretten bør utvides i de tilfeller klagesaken behandles i nemndmøte. I slike tilfeller må klageren og advokaten ha den samme informasjonen under møtet som beslutningstakerne. Dette gjelder også sekretariatets merknader. Likeledes må advokaten og klageren få være tilstede også i de delene av nemndmøtet hvor saksbehandleren og landrådgiveren oppsummerer og svarer på spørsmål.¹⁴²

Foreløpig har ingen endring skjedd. UNE har fått en invitt man hittil ikke har fulgt opp, med mulig justering av eksisterende IR.

Dette innebærer at adgangen til å øve innflytelse på saken fortsatt er klart i favør av UNEs saksbehandlere og landrådgiverne. Dette skyldes dels den mangelfulle forhåndsorientering til klager og advokat hva gjelder saksnotat og landrapporter, dels muligheten for å bli avskåret av nemndleder og ikke minst at klager og advokat ikke får være til stede når saksbehandler og landrådgiver svarer på spørsmål fra nemnda, etter at møtet er hevet. Det hjelper ikke på rettssikkerheten at IR beskriver at både saksbehandler og landrådgiver har en «objektiv rolle». Det er bemerkelsesverdig at fvl. §17 om orientering om saksopplysninger og rett til uttale ikke tydeligere er reflektert i nevnte bestemmelser. Det er også svært betenkelig at avgjørende regler om partsinnsyn og kontradiksjon fortsatt er gitt ved interne retningslinjer, som UNE når som helst kan endre.

Det er sannsynlig at de saker som er kommet til A&Ps kjennskap utgjør toppen av et isfjell og at misbruket av denne behandlingsformen har ført til avslag i mange saker hvor behandling i nemndmøte ville ha ført til et annet resultat. Dette gjelder både saker om beskyttelse og i andre utlendingssaker hvor UNEs vedtak vil ha stor velferdsmessig betydning for de berørte. I mange av de saker A&P har vunnet frem har det dreiet seg om svært alvorlige forhold, hvor klagerne hadde møtt livstruende sanksjoner dersom ikke A&P hadde engasjert seg.

.....
142 NOU 2010:12 s. 124.

5.2.1.3 Internasjonal – rettslige føringer

UNE som Court or Tribunal? – EMK's krav til administrativt «domstolslignende» klageorgan?

EMK art. 6 (1) om «fair trial» gjelder kun «the determination of a criminal charge or the determination of «civil rights and obligations»». ¹⁴³ I litteraturen nevnes konkret, basert på «rådende oppfatning», at saker om bortvisning, utvisning og asyl faller utenfor begrepet «civil right». Sak *Maaouia v. France*, ¹⁴⁴ er sentral i denne sammenheng. Det innebærer at man ikke kan påberope kravet om en «fair trial» i disse sakene. Dette gjelder selv om det materielle grunnlag som påberopes er .EMK art 3 og EMK art. 8.

Art. 13 – kravet til effektiv prøvning («effective remedy») som veiledende norm?

Det vises til fremstillingen foran i kap. 5.1.3.10 om sammenhengen mellom EMK art. 13 og EMK art. 35.

Høyesterett har i plenumsdommen i RT 2012 s. 1985 i avsnitt 88 uttalt at:

«Det er ikke omstridt at Utlendingsnemndas behandling oppfyller de krav som stilles om en effektiv prøvningsrett ved en nasjonal myndighet slik disse kravene er oppstilt i *EMDs praksis. Utlendingsnemnda er å anse som en domstol etter EMKs system.*»

Dette krever en nærmere forklaring. Høyesteretts begrunnelse knytter seg utelukkende til EMK art. 13. I avsnitt 86 vises til EMD sak *Kudla v. Polen* av 26.10.2000 avsnitt 157. EMD uttaler seg om «the effectiveness of a remedy» i Art. 13. Her heter det bl.a. «..Nor does the «authority» referred to in that provision necessarily have to be a judicial authority;..» I EMD sak *Kuric m.fl. v. Slovenia* av 26.6.2012, nevnt av Høyesterett i avsnitt 85, understrekes at nasjonale «remedy» kan være «*in whatever form they may happen to be secured in the domestic legal order.*» Her fremgår det klart at nasjonalstaten har stor frihet til å organisere en effektiv prøvningsrett og at det ikke stilles krav om at det må være en judisiell autoritet. Man har m.a.o. ikke å gjøre med en «domstol» i norsk retts forstand, men muligvis en «court or tribunal» i EU rettslig forstand, jfr. nedenfor.

.....
¹⁴³ Karen Reid «*A practitioner's guide to the European Convention on Human Rights*» Sweet & Maxwell, (2011) s. 97. Se også Erik Møse, «*Menneskerettigheter*» (2004) Cappelen Akademisk forlag s. 304-305.

¹⁴⁴ *Maaouia v. France*, Appl. No.. 39652/98, §§37-41, 5.Oktober, 2000, ECHR 2000-X.

EMK - krav til administrativt «domstolslignende» klageorgan?

Fremstillingen foran har vist at EMK ikke gjelder saker om bortvisning, utvisning og asylsaker etter Flyktningkonvensjonen og at man ikke for EMD kan påberope kravet om en «fair trial» i EMK art. 6 i disse sakene. Det gjøres likevel gjeldende at det er standarden som er utviklet knyttet til «*independent and impartial tribunal*» i EMK art. 6(1) man bør strekke seg etter ved etableringen av et reelt «domstolslignende» klageorgan. A&Ps forslag, beskrevet nedenfor i kap. 5.2.2.3 mener å ha tatt dette inn over seg.

EMK art. 13 gir liten veiledning hva gjelder hvilke krav det er naturlig å stille til et klageorgan i asylprosessen.

EU lovgivning - Direktiv 2005/85 EF og Direktiv 2013/32 EF (Prosedyre direktivet) – «Court or tribunal» - krav til administrativt «domstolslignende» ankeorgan?

På et overordnet plan er ikke prosedyredirektivet EØS-relevant, selv om Norge har «lånt» fra statusdirektivet og er med i Schengen og har tiltrådt Dublin II-forordningen, Rådets forordning 343/2003 EF. På den annen side representerer EUs lovgivning en omfattende og omforent minimumsregulering av asylprosessen som også bør ha en ikke ubetydelig vekt ved behandlingen av norsk asylprosess.

Direktiv 2013/32 EF (Prosedyre direktivet) som etterfølger Direktiv 2005/85 EF, fastsetter i Ch. V en «*Appeals procedure*» som i art. 46 etablerer «*the right to an effective remedy before a court or tribunal*». Begrepet må forstås i lys av Recital 27 i Dir. 2005/85 som uttrykker kravet om «*an effective remedy before a court or tribunal within the meaning of article 234 of the Treaty (now Article 267 TFEU)*». Det heter videre at «*the effectiveness of the remedy also with regard to the examination of the relevant facts, depends on the administration and judicial system of each member State seen as a whole.*»

Det foreligger omfattende rettspraksis knyttet til begrepet «*court or tribunal*» i Art. 267 TEUV (tidl. Art. 234) som gjelder hvilke instanser som har rett til å forelegge prejudisielle spørsmål for EU domstolen. Det er også rettspraksis knyttet til Art. 39 Direktiv 2005/85, (som nå er videreført i Art. 46 i Direktiv 2013/32 EF) vedrørende konseptet «*court or tribunal*» (Case C-69/10 *Brahim Samba Diouf* og Case C-175/11 *H.I.D. and B.A. v Refugee Applications Commissioner and Others*). Vurderingskriteriene er de samme og gjelder om et organ er etablert ved lov, har permanent karakter, virker som obligatorisk rettsinstans, anvender en inter partes (parts) prosess (kontradiktorisk) saksbehandling, treffer avgjørelser på grunnlag av rettsregler og om det er uavhengig. (Case C-175/11, avsnitt 83.) I avsnitt 88 fastslås at kravet til at organet skal ha en «inter

partes» prosess, ikke er et absolutt kriterium. EFTA domstolen har bl.a. i sak E-1/11 *Dr A* i avsnitt 34-36 og avsnitt 42 bekreftet samme oppfatning.

Sammendrag:

EMK art. 6 om «fair trial» kan ikke påberopes i saker om bortvisning, utvisning og asyl. Det gjøres likevel gjeldende at det er standarden som er utviklet knyttet til «*independent and impartial tribunal*» i EMK art. 6(1) man bør strekke seg etter ved etableringen av et reelt «domstolslignende» klageorgan. A&Ps forslag, beskrevet nedenfor i kap. 5.2.2.3 mener å ha tatt dette inn over seg. EMK art. 13 gir liten veiledning hva gjelder hvilke krav det er naturlig å stille til et klageorgan i asylprosessen.

Basert på rettspraksis, vil formodentlig UNE kvalifisere som «court or tribunal» i Direktiv 2005/85 og Direktiv 2013/32s forstand, dels p.g.a. et betydelig nasjonalt handlingsrom, jfr. Recital 11 til Direktiv 2005/85, et sterkt neddempet krav til en «inter-partes»/parts /kontradiktorisk prosess og en totalvurdering av det norske retts-systemet sett under ett.

Klagesaksutvalgets vurdering knyttet til «court or tribunal».

Interessant nok henviser Klagesaksutvalget til Direktiv 2005/85 EF, art 234 EF og tilhørende rettspraksis.¹⁴⁵ Det er sitert fra sak C-205/08 *Umweltanwalt von Kärnten v Kärntener Landesregierung*, avsnitt 35, hvor det er gjengitt etablerte vilkår for at et organ skal anses som «*court or tribunal*», tilsvarende det som er nevnt ovenfor. Her er kravet til «kontradiktorisk saksbehandling» eller «*inter partes*» inkludert, uten nærmere nyansering. Deretter heter det «Det antas at EU domstolen vil legge et tilsvarende utgangspunkt til grunn i vurderingen av om et overprøvingsorgan i asylsaker oppfyller kravene til «*court or tribunal*».

Som det fremgår av fremstillingen foran, gir Recital 27 i Direktiv 2005/85 klar beskjed om at det er «*court or tribunal*» forstått innen rammen av art. 234 EF det er tale om. I tillegg har man senere fått rettspraksis fra EU domstolen, bl.a. sak C-175/11, nevnt foran, som forholder seg direkte til art. 39 i Direktiv 2005/85. Her bekreftes samme vurderingstema. I den saken ble det irske «*Refugee Appeals Tribunal*» ansett som «*court or tribunal*».

Klagesaksutvalget foretar ikke selv en direkte vurdering av om nåværende UNE eller den nye, splittede Klageinstans, oppfyller kravet til «*court or tribunal*». Det dreier seg dels om «Utlendingsklage» for oppholds- og visse beskyttelsessaker og «Flyktningemnda» for beskyttelsessaker hvor det er besluttet utsatt iverksettelse.¹⁴⁶

145 NOU 2010:12 avsnitt 8.5 s. 58.

146 NOU 2010:12 avsnitt 8.6 på s. 58, se også fremstilling i kap. 5.2.2.3.

Som påpekt foran i kap. 4.1 legger Klagesaksutvalget vekt på at «Domstolsbehandlingen må som hovedregel anses som et effektivt rettsmiddel i forhold til våre internasjonale forpliktelser.»

Basert på gjennomgangen foran, kan Klagesaksutvalget til dels sies å ha rett i sin slutning om at «de internasjonale forpliktelsene i liten grad (vil) sette krav til hvordan den klagebehandling som går forut for domstolsbehandlingen er organisert.» Men i den utstrekning man ønsker å styrke rettssikkerhet og gjøre klageorganet mer «*domstolsliknende*», er det kravet i art. 6(1) om «right to a fair trial» ved en «*independent and impartial tribunal*» man må strekke seg etter.

Klagesaksutvalgets uttalelse gir inntrykk av at organiseringen av klagebehandlingen er av begrenset betydning så lenge det «effektive rettsmiddel domstolsbehandling» er tilgjengelig. Klagesaksutvalgets forslag synes å bære preg av denne holdningen. Forslaget blir nærmere kommentert nedenfor i kap. 5.2.2.2. Her skal det bare påpekes at den splittede klageinstansen, «Utlendingsklage» og «Flyktningenemnd» totalt sett tilbyr mindre rettsvern for asylsøkere og utlendinger enn UNE. Dermed legges hovedvekten av ansvaret for å sikre asylsøkerens rettssikkerhet på domstolenes etterfølgende legalitetskontroll. Klagesaksutvalget tar ikke konsekvensen av dette hovedsynet. Tvert imot legges det opp til et administrativt klageorgan som vil kreve øket, ikke redusert, legalitetskontroll, samtidig som det hittil ikke er lagt opp til en øket tilgang til domstolsprøving.

5.2.1.4 Klageordning i andre nordiske land

Sverige

Før 2006 var klageordningen i Sverige også innrettet som en nemnd. Nemndsbehandlingen ble imidlertid utsatt for omfattende kritikk grunnet liten grad av muntlighet, dårlig innsyn og at behandlingen ikke var lagt opp som en topartsprosess. Tilliten til den svenske utlänningsnämndens avgjørelser var lav.¹⁴⁷

Allerede i 1997 ble det oppnevnt en komité som skulle utrede hvordan forvaltningen bedre kunne organiseres på feltet. Det ble imidlertid ikke gitt føringer av den karakter vi har sett for det tilsvarende utvalget i Norge.¹⁴⁸ Utredningen fra 1999, med navnet «Ökad rättssäkerhet i asylärenden» fant at det var nødvendig med større åpenhet kla-

147 Prop 2004/05:170 Ny instans- og processordning i utlännings- og medborgarskapsärenden s. 105.

148 Kommitédirektiv 1997:20 Ny instans- og processordning vid tillämpning av utlännings- och medborgar- skapslagstiftningen samt viss översyn av utlänningslagen.

geprosessen og at flere klager skulle behandles muntlig.¹⁴⁹ Man konkluderte med at «en möjlighet till tvåpartsförfarande med muntlig förhandling är enligt kommitténs uppfattning av avgörande betydelse för att tilltron till främst asylprövningssystemet skall kunna förbättras.»¹⁵⁰

Utvalgets forslag ble fulgt opp av regjeringen og i 2006 fikk Sverige en ny organisering av klagesaksbehandlingen. Utlänningsnämnden ble fjernet og avslag fra migrationsverket kan i stedet klages til migrationsdomstolene. Disse er integrert i de ordinære forvaltningsdomstolene (Länsrätten) i Malmø, Gøteborg, Stockholm, og fra høsten 2013 også i Luleå.¹⁵¹ Vedtak fra disse domstolene kan klages inn for en migrationsöverdomstol, som er en del av kammarätten i Stockholm. Migrationsöverdomstolen er øverste instans i utlendingssaker. For en prøvingstillatelse til den øverste domstolen kreves at saken har prejudikatsverdi eller at saken gjelder et ekstraordinært forhold.¹⁵²

Prosesen i domstolene er en topartsprosess med migrationsverket og klageren som parter. Adgangen til muntlig forhandling er tilsvarende som for andre forvaltningssaker, dvs. når det blir ansett å være til fordel for opplysningen av saken eller bidrar til en rask avgjørelse. Domstolene er uavhengige og kan ikke instrueres av regjeringen. Endring av praksis må skje gjennom lov og forskrift.¹⁵³

Som grunnleggende krav til den nye prosessordningen ble det i lovgivningsarbeidet fremholdt at den skulle føre til større åpenhet, mulighet for muntlig forhandling, rask saksbehandling samt en topartsprosess i klageomgangen.¹⁵⁴ En evaluering av migrationsdomstolene fra juni 2009 konkluderte med at disse formål var blitt oppfylt.¹⁵⁵

De sentrale aktørene sa seg alle svært fornøyde med opprettelsen av migrationsdomstolene. Åpenheten, rettsikkerheten og legitimiteten hadde økt. En viktig grunn til dette var adgangen til muntlige forhandlinger. Gjennom topartsprosessen hadde beslutningsgrunnlaget blitt bedre liksom forutsetningene for at materielt riktige vedtak ble truffet. At klageren førte saken selv hadde gjort at denne lettere fikk klart for seg hva som var tvistespørsmålet i saken og grunnlaget for domstolens beslutning.¹⁵⁶

149 SOU 1999:16 *Ökad rättssäkerhet i asylärenden*.

150 SOU 1999:16 s. 17.

151 <http://www.regeringen.se/sb/d/16161/a/192100>

152 <http://www.regeringen.se/content/1/c6/08/64/74/9cod7396.pdf>

153 NOU 2010:12 s. 69.

154 Prop. 2004/05:170 s. 105-106, se også komitedirektiv 2007:119.

155 SOU 2009:56.

156 SOU 2009:56 *Den nya migrationsprocessen*.

Danmark

Som hovedregel behandles utlendingssakene av udlændingestyrelsen i første instans og av departementet, integrationsministeriet, i annen instans. Asylsaker behandles imidlertid ikke av departementet men av det uavhengige klageorganet «flygtingenævnet.»¹⁵⁷

Dersom udlændingestyrelsen avslår en asylsøknad, blir vedtaket automatisk påklaget til flygtingenævnet for prøvelse, med mindre udlændingestyrelsen finner at saken er åpenbart grunnløs. I slike tilfeller blir saken sendt til Dansk flygtningehjælp, en uavhengig humanitær hjelpeorganisasjon, som avgir uttalelse i saken. Dersom organisasjonen er enig i at saken er åpenbart grunnløs får søkeren avslag. Dette kan ikke påklages. Hvis Dansk flygtningehjælp derimot er uenig med udlændingestyrelsen vil saken bli sendt videre til Flygtningenævnet.¹⁵⁸

Flygtningenævnet er et uavhengig kollegialt domstolsliknende organ, som består av 3 medlemmer. Formannen er dommer. De øvrige 2 medlemmene utpekes av henholdsvis justisministeriet og advokatrådet. I nævnet blir saken vurdert på nytt og medlemmene kan ikke instrueres. Sekretariatet har ansvar for å forberede saken og oppdatere bakgrunsmaterialet, de ansatte er formelt underlagt justisministeriet.¹⁵⁹

Sakene som behandles i nævnet får som utgangspunkt muntlig behandling i en partsprosess der klageren møter og bistås med en advokat. Sekretariatet skriver ikke noen innstilling. En sak kan unntaksvis behandles av en dommer alene uten muntlige forhandlinger hvis saken har vært behandlet i prosedyren for åpenbart grunnløse saker, eller det er ikke grunn til å anta at nævnet vil endre avgjørelsen.¹⁶⁰

Flygtningenævnets avgjørelser er endelige jf. udlændingelovens § 56 (8). Dette praktiseres slik at domstolen er avskåret fra å prøve nævnets bevisbedømmelse. «*Kun retsspørsmål, herunder mangler ved afgørelsesgrundlaget, sagsbehandlingsfejl og ulovlig skønudøvelse, kan prøves af domstolen.*»¹⁶¹

Søknader om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag behandles av Integrationsministeriet som eneste instans. Søknaden blir forelagt ministeren dersom det innstilles på innvilgelse eller hvis det er tvil om utfallet. Disse vedtakene kan ikke påklages. Kun

.....
157 NOU 2010:12 s. 70.

158 NOU 2010:12 s. 70.

159 NOU 2010:12 s. 70.

160 <http://www.flygtningenaevnet.dk>

161 http://www.flygtningenaevnet.dk/da-dk/Om_Flygtningenaevnet/Opgaver+og+kompetencer/Opgaver+og+kompetencer.htm

asylsøkere kan levere søknad om humanitær oppholdstillatelse. Søknadene behandles da parallelt i ministeriet og udlændingestyrelsen.¹⁶²

Adgangen til politisk styring er forskjellig i oppholds- og asylsakene. I begge tilfeller kan behandlingen styres gjennom lov og forskrift. Siden ministeriet er klageinstans i de fleste oppholdssaker kan det omgjøre udlændingestyrelsens vedtak i slike saker. Videre har ministeriet myndighet til å gi generelle instruksjoner. En slik adgang foreligger ikke for asylsaker. Ministeriet har imidlertid en viss form for politisk innflytelse ved at en tre medlemmer i nævnet er ansatt i ministeriet. I tillegg deltar lederen flygtninge-nævnets sekretariat i ministeriets ledergruppe.¹⁶³

Finland

Finland har liksom Sverige forlatt systemet med en asylnemnd som klageinstans. Behandling i nemnd var praksis fra 1991 til 1997. Flertallet av sakene ble behandlet av en nemndleder alene.¹⁶⁴

Fra 1. januar 1998 ble det innført en ny klageordning i Finland. En negativ beslutning kan nå ankes til Helsingfors forvaltningsdomstol som er den eneste domstolen med kompetanse til å behandle klager i asylsaker.¹⁶⁵ I domstolen behandles klagen ut i fra det skriftlige materialet, men i unntakstilfeller kan saken undergis muntlig behandling.¹⁶⁶ Migrationsverket er klagerens motpart, og møter også i muntlige høringer. Tredje og siste instans er Finlands høyeste forvaltningsdomstol. Der kreves det imidlertid prøvingstillatelse for å få saken fremmet.

For andre saker enn asyl er det også som hovedregel rett til klage. Klageinstansen er da den forvaltningsdomstol i det distrikt klageren bor.¹⁶⁷

5.2.2 Forslag til ny klagesaksprosess

5.2.2.1 Innledning

På bakgrunn av A&Ps erfaringer mener vi at en reform som sikrer bedre rettsikkerhet i utlendingssaker er helt nødvendig. I Norge har man i alt for liten grad tatt innover seg

.....
162 NOU 2010:12 s. 71

163 NOU 2010:12 s. 71.

164 NOU 2010:12 s. 71.

165 Finlands utlänningslag (8.5.2009/323) § 193.

166 NOU 2010:12 s. 71.

167 Finlands utlänningslag § 192.

at rettssikkerhet er helt essensielt i asylsaker da den ytterste konsekvensen kan være et spørsmål om liv og død. Sakene kan ofte innebære risiko for langt mer inngripende konsekvenser enn mange straffesaker som får den grundige og retts sikre behandlingen domstolsystemet tilbyr.

Selv om A&Ps aktivitet har bidratt til at flere utlendingssaker blir underlagt domstolsprøving er det en svært liten andel av slike saker som blir prøvd sammenlignet med saker fra andre forvaltningsområder. Det vises til fremstillingen foran i kap. 4.2.6.

Dette gir utfordringer hva gjelder harmonisering og kontroll av Norges internasjonale rettsforpliktelser, herunder flyktningkonvensjonen, EMK, og barnekonvensjonen. At UNEs praksis ofte er i strid med Norges internasjonale forpliktelser kommer tydelig til uttrykk i de saker A&P har fått gjennomslag.

Med et reformert UNE mener A&P at konsekvensen vil bli et redusert behov for domstolsprøving.

5.2.2.2 Kommentarer til klagesaksutvalgets innstilling – NOU 2010:12

Innledning

I juni 2009 ble det nedsatt et utvalg for en ny helhetlig vurdering av klagesaksbehandlingen på utlendingfeltet. Utvalget leverte sin endelige rapport i november 2010 og rapporten ligger nå til behandling i Justisdepartementet.

A&P stiller seg kritisk til store deler av utvalgets forslag. I stedet for å utbygge rettssikkerhetsgarantiene i det eksisterende UNE, har man for de fleste sakene nedbygget rettssikkerheten og erstattet deler av UNE med et politisk styrt klageorgan. Utvalget foreslår at klageinstansen deles i to avdelinger, en ren forvaltningsdel som foreslås hete «Utlendingssklage» og et domstolsliknende organ, «Flyktningnemnda».

Advokatforeningens lovutvalg for asyl- og utlendingsrett har gitt to høringsuttalelser, den ene om utvalgets delutredning om utvidet instruksjonsmyndighet over Utlendingssklagenemnda og den andre om forslaget til ny klageordning for utlendingssaker.¹⁶⁸

I begge høringsuttalelsene uttales det til dels skarp kritikk av utvalgets forslag. Hva gjelder utvalgets del-konklusjon at det foreligger behov for mer politisk styring, med

.....
¹⁶⁸ Advokatforeningens Høringsuttalelse datert 28.09.2010 og Advokatforeningens Høringsuttalelse datert 15.06.2012.

unntak av asylsakene, påpeker Advokatforeningen at man «fjerner seg kraftig fra det som var forutsetningen ved opprettelsen av UNE..» Prinsipielt anser Advokatforeningen at UNEs uavhengighet må styrkes og fullt ut gjøres til et domstolsorgan. Dersom bestemmelser som åpner for forvaltningens frie skjønn skal benyttes, imøteser Advokatforeningen klarere politiske ansvarslinjer enn det som er tilfellet i dag. Det påpekes videre at når UNE utøver fritt skjønn uavhengig av politiske organer, fjernes videre en av hovedbegrunnelsene bak forvaltningens frie skjønn, nemlig at domstolene ikke skal overprøve den utøvende myndighets politiske vurderinger. Man støttet ikke forslaget om instruksjonsrett for departementet i andre saker enn saker om beskyttelse, jfr. utl. § 28 første ledd a) og b).

I Advokatforeningens høringsuttalelse til NOU 2010:12, gis det uttrykk for at Advokatforeningens hovedansvarlig ved vurderingen av forslagene, er hensynet til rettsikkerhet og legitimitet. Advokatforeningen står fast på sitt prinsipielle standpunkt om at klageorganet for asyl- og utlendingssaker fullt ut må gjøres til et domstolsorgan med partsprosess og kontradiksjon. I lys av forslaget om økt instruksjonsmyndighet, er Advokatforeningen bekymret over den totale rettskildesituasjonen på utlendingfeltet, spesielt i kombinasjon med en utilgjengelig forvaltningspraksis og en lite kommunisert internasjonal rettspraksis.

Det påpekes at A&Ps tidligere innspill til organiseringen av UNE har vært å gjøre reell bruk av nemndbehandling og partsprosess med kontradiksjon, hvilket vil gjøre klageinstansen mer til et domstolsorgan enn det er i dag. Det heter videre:» *Dette forslaget er ikke etterkommet*«. Videre noterer Advokatforeningen seg bl.a. at «et domstolsorgan med topartsprosess og full kontradiksjon ikke drøftes som et reelt alternativ».

A&P slutter seg til disse kritiske innvendinger og uttalte mål for omorganiseringen av klageprosessen.

Adgangen til nemndbehandling

Utvalgets forslag innebærer en sterk begrensning av hvilke saker som slipper til i Flyktingnemnda. Bare saker om rett til beskyttelse i henhold til utl. § 28 første ledd a) og b) samt spørsmål om opphold på humanitært grunnlag behandles. Det er videre et krav at det er blitt gitt utsatt iverksettelse i saken.¹⁶⁹

Flyktingnemnda forbedrer rettsikkerheten noe sammenlignet med dagens situasjon, men uten å gjennomføre partsprosess og kontradiksjon. Videre skal Flyktingnemnda kun behandle saken i nemnd dersom søkeren gis rett til å møte personlig.¹⁷⁰ Unntak fra

.....
169 NOU 2010:12 s. 83.

170 NOU 2010:12 s. 84.

hovedregelen om personlig fremmøte kan gjøres dersom 1) utlendingens framstilling av faktum kan legges til grunn, 2) det ikke er tvil om faktum, og 3) nemndleder anser det åpenbart at personlig fram møte ikke vil ha betydning for avgjørelsen av saken. Som eksempel på den sistnevnte situasjon nevner utvalget tilfeller hvor klagerens forklaring «er i strid med sikker og allment akseptert kunnskap om situasjonen i klagers hjemland.»¹⁷¹ For de saker hvor utlendingen ikke gis adgang til personlig fremmøte skal avgjørelsen treffes av nemndleder alene.¹⁷²

Øvrige utlendingssaker skal undergis en skriftlig behandling i avdelingen «Utlendingsklage». Dette gjelder således alle oppholdssaker, saker om utvisning, statsborgerskap, familieinnvandring, asylsaker hvor det ikke er gitt utsatt iverksettelse, saker om reisebevis og utlendingspass samt alle klager på avslag etter Dublin-forordningen.¹⁷³ Saksbehandlingen skal foretas av en saksbehandler som kan instrueres av UNES ledelse og det gis ingen adgang til personlig fremmøte.¹⁷⁴

Utvalgets begrunnelse for en enklere behandling i disse sakene er at bevisvurderingene ikke er like kompliserte som i asylsaker. Mens man i asylsaker som regel må vurdere faktiske forhold i søkerens hjemland, knytter bevisvurderingene i oppholdssaker seg stort sett til forhold i Norge.¹⁷⁵

A&P stiller seg svært kritiske til det prosessuelle skillet utvalget har foreslått, både hva gjelder delingen mellom beskyttelsessaker og øvrige utlendingssaker, og med hensyn til den begrensede adgangen til nemndbehandling i beskyttelsessaker.

At andre saker enn beskyttelsessaker skal behandles i et forvaltningsorgan uten mulighet til personlig fremmøte er svært problematisk. Også andre utlendingssaker, som utvisningssaker og saker om familiegjenforening kan kreve kompliserte bevisvurderinger og spørsmål om troverdighet som krever nemndbehandling.

Som eksempel kan nevnes tilfeller hvor det er mistanke om at ekteskap er proforma. I slike tilfeller er partenes troverdighet ofte avgjørende. Noen ganger er det heller ikke mulig å fremskaffe ekteskapsdokumenter med tilstrekkelig notoritet. For at partene skal kunne sannsynliggjøre ekteskapet er det da helt nødvendig at de får forklart seg for en nemnd. Videre krever en rekke saker om familiegjenforening at det foretas bevisvurderinger knyttet til barns omsorg- eller helsesituasjon, både i Norge og i hjemlandet.

.....
171 NOU 2010:12 s. 88.

172 NOU 2010:12 s. 84.

173 NOU 2010:12 s. 87.

174 NOU 2010:12 s. 85.

175 NOU 2010:12 s. 83.

Utvisningssaker kan også reise bevissspørsmål hva gjelder utlendingens opprinnelsesland. Troverdighetsvurderinger kan også være sentrale for å avgjøre om en utlending er vernet mot retur. Utvisningssaker kan også kreve vanskelige vurderinger av barns psykiske helsesituasjon.

Eksemplene viser at utvalgets begrunnelse for å avskjære nemndbehandling i slike saker ikke er holdbar. Videre er utvalgets forslag om unnlatt nemndbehandling i saker hvor asylsøkerens forklaring blir lagt til grunn problematisk. Det knytter seg ofte vanskelige vurderinger til hva klageren risikerer ved en retur selv om forklaringen legges til grunn. At slike saker i dag blir henvist til nemndbehandling viser også at nemndledere mener at det foreligger vesentlige tvilsspørsmål også i slike saker.

A&P er også kritiske til at utvalget ikke foreslår adgang til nemndbehandling hva gjelder rettslige spørsmål. Utvalgets karakteristikk av beskyttelsesspørsmålet som «*kun loubundne vurderinger*»¹⁷⁶ er svært unyansert. Beskyttelsessaker reiser ofte kompliserte tolkningsspørsmål hvor det er rom for fortolkning. At statenes praksis av flyktningkonvensjonen varierer på globalt nivå illustrerer dette. I tillegg foregår det en rettsutvikling i Europa hva gjelder spørsmålet om beskyttelse, dels innen EU og dels ved den europeiske menneskerettighetsdomstolen, EMD, hva gjelder spørsmål knyttet til anvendelsen av EMK art. 3 og 8.

Prosjektets *sak 29*, stornemndssaken om retur til Hellas fra februar 2010 er illustrerende. Her omgjorde UNE senere sitt vedtak under henvisning til EMD dommen *M.S.S. mot Belgia og Hellas*.¹⁷⁷ Det dreide seg om omfattende bevisførsel og omstridt juss, med tolkninger av både utlendingsloven, flyktningkonvensjonen og EMK. Denne saken viser også urimeligheten i å avskjære såkalte Dublin-saker fra nemndbehandling, særlig fordi det også skal gjelde Dublin-saker hvor det er innvilget utsatt iverksettelse.¹⁷⁸

Topartsprosess

Utvalget vurderte muligheten for å organisere UNE som en topartsprosess, men fant at en slik ordning ikke vil gi en like god opplysning av saken sammenlignet med nåværende situasjon hvor klageinstansen selv har hovedansvaret for at saken er godt nok opplyst. Det blir uttalt at «*det er fare for at klager og dennes advokat vil ha vesentlig dårligere forutsetninger for å finne frem til fakta og tidligere praksis enn klageinstansen.*»¹⁷⁹ Videre ble det vektlagt at en partsprosess vil bli dyrere da UDI vil få økte kostnader til prosedyrearbeid og det vil kreves mer ressurser til advokatarbeid.¹⁸⁰

.....
176 NOU 2010:12 s. 89.

177 *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Appl no. 30696/09,

178 NOU 2010:12 s. 85.

179 NOU 2010:12 s. 102.

180 NOU 2010:12 s. 102.

Det ble også vist til Knoffs evaluering hvor temaet ble drøftet. I evalueringen ble det konkludert med at en partsprosess innebærer en fare for forskjellsbehandling fordi saken da må opplyses av klageren selv og dennes advokat. Variasjoner hva gjelder kvaliteten på advokatbistanden vil da bli svært tydelig, særlig ved skriftlig saksbehandling. Dette vil skape et større skille mellom kvaliteten på den skriftlige og muntlige behandlingen enn ønskelig.¹⁸¹

Klagesaksutvalget sa seg enig i dette og foreslo i stedet å styrke muligheten for kontradiksjon gjennom presiseringer i klagers rett til dokumentinnsyn i nemndmøter. Det foreslås at klager «*i størst mulig grad*» gis det samme dokumentgrunnlaget som beslutningstakerne, og at klager mottar dette i god tid før behandlingen av saken.¹⁸² Dette innebærer at klager, i tillegg til saksdokumentene som advokaten forutsetningsvis allerede har fått, får tilsendt både sakssammendrag og sekretariatets merknader. Nye opplysninger bør ettersendes.¹⁸³ Videre skal advokat og klager kunne være tilstede i de deler av nemndmøtet hvor saksbehandler og landrådgiver oppsummerer og svarer på spørsmål. Utvalget foreslår også at landrådgiver og saksbehandler må forlate møtet sammen med klager og advokat.¹⁸⁴

Selv om utvalgets forslag representerer en forbedring sammenlignet med nåværende ordning hva gjelder innsynsrett, imøtekommer ikke dette kravet til en reell partsprosess med kontradiksjon. Hva gjelder forslaget om styrket partsinnsyn vil vi påpeke at dette ikke går lenger enn det som følger av fvl. §17 jf. foran under kap. 4.2.3 og 5.2.1.2. og derfor i alle tilfeller må utgjøre et minstekrav til behandlingen.

A&P er enig i at en topartsprosess reiser utfordringer hva gjelder advokatarbeid og mulige kvalitetsforskjeller. Dette er imidlertid en generell problemstilling som må løses på annet vis enn å la være å innføre en klar styrkelse av rettssikkerheten i behandlingen av asyl og utlendingssaker. Vi savner en drøftelse av muligheten for å organisere partsprosessen på samme måte som i straffesaker, hvor ansvaret for å opplyse saken ligger hos domstolen, men med bidrag fra både påtalemyndighet og tiltalte med sin forsvarer. UDI og UNE vil i en slik modell ha hovedansvaret for å opplyse saken. Dette utelukker ikke at parten får full partsinnsyn, rett til å føre egne bevis og rett til å imøtegå UDI/UNEs faktiske og rettslige argumenter.

Videre peker vi på muligheten til å reformere og forbedre systemet med advokatbistand. På oppdrag av UDI ble det i 2012 gjennomført en ekstern evaluering av advo-

.....
181 NOU 2010:12 s. 101.

182 NOU 2010:12 s. 102.

183 NOU 2010:12 s. 124.

184 NOU 2010:12 s. 124.

katbistand i asylsaker.¹⁸⁵ Et overordnet funn i rapporten er at kompetansekravene til advokater bør styrkes. Man anbefaler en innføring av etterutdanning og åremålssystem for å fremme advokatenes kompetanse og motivasjon.¹⁸⁶ Gjennom et åremålssystem kan man også få luket ut advokater som ikke gjør et tilfredsstillende arbeid gjennom at de ikke blir oppnevnt på nytt.¹⁸⁷ Samtidig er det viktig at å legge til rette for gode forutsetninger for å kunne gjøre et godt arbeid. Oxford Research mener det er relevant å vurdere om andre modeller enn stykkprisordningen kan bedre kvaliteten på den juridiske bistanden.¹⁸⁸

Et topartssystem vil nødvendigvis bli mer kostnadskrevende enn dagens system. Samtidig vil opplysningen fra forvaltningens side kunne nedbygges når klageren selv tar større del i saken. Dersom det innføres gode rammebetingelser for advokatenes arbeid vil dette kunne sikre juridisk bistand av god kvalitet i utlendings sakene.

Politisk styring

Som nevnt ble utvalget bedt om å vurdere klagesaksbehandlingen på bakgrunn av hensynet til rettssikkerhet, politisk styring, legitimitet og effektivitet. Selv om det ble uttalt at disse hensyn skulle gis like stor betydning ble utvalget bedt om særlig å vurdere muligheten for styrket politisk styring av klagebehandlingen.¹⁸⁹ Det ble ikke gitt noen signaler om behov for å særlig styrke rettssikkerheten på utlendingsfeltet. Utvalget leverte en delutredning om politisk styring i utlendingsforvaltningen i mars 2010 og vurderingene og forslagene er videreført utvalgets endelige rapport. Det vises til omtalen foran i kap.5.2.2.2. hvor det også gjengis kritiske kommentarer fra Advokatforeningens lovutvalg for asyl- og utlendingsrett.

A&P stiller seg svært kritiske til de føringer som ble gitt for utvalgets arbeid. I realiteten prioriteres hensynet til politisk styring i enkeltsaker foran utlendingers rettssikkerhet. Man ser da bort fra at rettssikkerhet er særlig viktig på utlendingsfeltet, som er politisk betent og hvor vedtakene er av stor betydning for den enkelte. Hensynet til rettssikkerhet og legitimitet må være primære ambisjoner på dette området og burde vært tillagt størst vekt i utvalgets arbeid.¹⁹⁰

På bakgrunn av utvalgets mandat er det heller ikke overraskende at det konkluderes med at det foreligger behov for mer politisk styring. Utvalget fant at instruksjonsmyn-

.....
185 Evaluering av advokatordningen for asylsøkere Oxford Research (2012).

186 Oxford Research (2012) s. 9.

187 Oxford Research (2012) s. 13.

188 Oxford Research (2012) s. 10.

189 NOU 2010:12 Utvalgets mandat s. 14, pkt. 8 og s. 17 med mandatet for en del-utredning vedrørende instruksjonsmyndighet. Utvalget ble bedt om å «forsere arbeidet», med denne del-utredningen.

190 Se kronikken «Svekker de svakeste» Jonas W. Myhre og Arild Humlen, publisert i Aftenposten 22.07.2009.

dighet vil gi en vesentlig mer effektiv politisk styring av utlendingsfeltet, særlig hva gjelder opphold på humanitært grunnlag og andre saker der loven gir utlendingsmyndighetene fritt forvaltnings-skjønn. Det hevdes at det «*i de fleste sakstyper*» vil ha liten eller ingen betydning for klageinstansens legitimitet eller klagerens rettssikkerhet om departementet har generell instruksjonsmyndighet eller ikke.¹⁹¹ Videre begrunnes instruksmyndigheten med at innvandringspolitikken har store økonomiske og sosiale konsekvenser, og er utsatt for stor oppmerksomhet av politikere og media.¹⁹²

Utvalget foreslår at departementet skal ha myndighet til å gi klageinstansen instruksjoner om behandlingen av saker etter utlendingsloven og statsborgerloven. Dette innebærer samme instruksjonsrett som i dag foreligger overfor UDI hva gjelder lovtolkning, skjønnsutøvelse, faktum og saksbehandling.¹⁹³

Asylsaker skal derimot unntas fra instruksjon. Utvalget begrunner dette med at slike saker står i en særstilling fordi det politiske handlingsrommet i slike saker er svært begrenset og fordi hensynet til legitimitet har en annen betydning og et annet innhold. Det vises til at retten til beskyttelse er lovbundet og styrt av internasjonale konvensjoner og at asylsaker har stor velferdsmessig betydning for den enkelte.¹⁹⁴

A&P stiller seg bak utvalgets forslag om å ikke innføre instruksjonsadgang i beskyttelsessaker. Vi mener imidlertid at de hensyn som gjør seg gjeldende for å unnta asylsaker fra instruksjon, også er relevante og vektige i andre utlendingssaker. Saker om utvisning, statsborgerskap, og saker om rett til opphold for EØS-borgere innebærer også lovbundne vurderinger omfattet av internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. For eksempel avhenger lovligheten av en utvisning at denne oppfyller kravet til forholdsmessighet.¹⁹⁵ Denne rettslige forholdsmessighetsvurderingen er forankret i EMK art 8 og det følger av rettspraksis at domstolene kan prøve denne vurderingen fullt ut.¹⁹⁶ Det er følgelig uriktig at det er vesentlig større adgang til skjønn i slike saker. Disse sakene har også stor velferdsmessig betydning for den enkelte. Saker om utvisning og opphold er ofte avgjørende for en persons fremtidige liv.

At utlendingssaker medfører store økonomiske og sosiale konsekvenser og er medalt og politisk eksponert blir av utvalget vektlagt som et hensyn i favør av politisk styring.¹⁹⁷ A&P mener derimot at dette er et argument som taler mot en slik adgang.

.....
191 NOU 2010:12 s. 139.

192 NOU 2010:12 s. 134.

193 NOU 2010:12 s. 139.

194 NOU 2010:12 s. 139.

195 Utl. § 70.

196 Rt 2000 s. 591.

197 NOU 2010:12 s 134 og 139.

Dette var også lovgivers syn ved opprettelsen av UNE. Man understreket da at det i utlendingssaker ofte er snakk om særlig inngrepene vedtak, som engasjerer presse, lokalsamfunn og politiske partier og dette var argumenter som talte for en uavhengig klageinstans.¹⁹⁸ Vi stiller oss derfor spørrende til utvalgets argumentasjon på dette punkt. Konklusjonen fraviker forutsetningen ved opprettelsen av UNE, og de hensyn som gjorde seg gjeldene er liten grad drøftet. Hensynet til legitimitet og rettsikkerhet som var begrunnelsen bak opprettelsen av UNE gjør seg i like stor grad gjeldende i dag.

Rettsikkerhetshensyn må veie særlig tungt på utlendingfeltet nettopp fordi det er et svært politisk betent felt. En utvidet adgang til instruksjonsmyndighet øker faren for politisering av et rettighetsbasert felt, og utlendingsretten som juridisk disiplin undergraves. For at Norge skal kunne overholde sine internasjonale forpliktelser er det svært viktig at internasjonale konvensjoner blir tolket ut fra en faglig juridisk metode og ikke ut fra hva som er politisk opportunt.¹⁹⁹

Politisk styring skaper en uforutsigbarhet som ikke er heldig i en demokratisk rettsstat, som bør styres gjennom et forutberegnelig lovverk. Legitimitetshensyn taler for at endringer på feltet skjer gjennom grundige demokratiske prosesser som involverer berørte aktører i beslutningsprosessen. Politiske instruksjoner øker faren for at raske tiltak iverksettes basert på politisk press og opinion uten den nødvendige utredning som kreves, ved lov- og forskriftsendringer. En utlendingsforvaltning som premierer de som i størst grad får media og opinion på sin side, er i strid med likebehandlingssyn og svekker den demokratiske legitimiteten.

Derimot er A&P enig med Advokatforeningens lovutvalg i at det kan være hensiktsmessig å styrke de politiske ansvarlinjene i behandlingen av saker der forvaltningen har fritt skjønn. Det vil blant annet gjelde feltene visum, til dels familieinnvandring og til dels utvisning.²⁰⁰

Avsluttende kommentarer:

A&P mener generelt at utvalgets forslag til reform ikke går langt nok. Forslaget representerer et tilbakeskritt, selv i forhold til dagens situasjon. Klagebehandlingen i flere av våre naboland omfatter en topartsprosess, tendensen går i retning av domstolsbehandling i klageomgangen jf. blant annet Sverige og Finland. Også Danmark har en

.....
198 Ot.prp.nr.38 (1995-1996) s. 10-11.

199 Se kronikken «Svekker de svakeste» Jonas W. Myhre og Arild Humlen, publisert i Aftenposten 22.07.2009. Som det fremgår av redegjørelsen i kap. 5.2.2.3 foreslo Klagesaksutvalget at asylsaker skulle unntas fra politisk instruksjon.

200 Advokatforeningens høringsuttalelse datert 28.09.2010, s. <http://www.regjeringen.no/pages/13337015/Advokatforeningen.pdf>

topartsprosess, men innenfor rammene av et forvaltningsorgan. Praksisen i Norge vil etter utvalgets forslag skille seg fra de øvrige nordiske land. Det er betenkelig og vanskelig å forstå, at man har vurdert hensynet til rettssikkerhet så fundamentalt annerledes i Norge. Tittelen på den svenske utredningen av klagesystemet i Sverige, «Ökad rättssäkerhet i asylärenden»²⁰¹ er illustrerende for hvordan hensynet til rettssikkerhet har vært det primære hensyn i vårt naboland, mens man i Norge har latt hensynet til politisk styring og effektivitet gå foran.

Utvalget er også selv tydelig på at domstolsbehandling best sikrer hensynet rettssikkerhet og legitimitet.²⁰² Når utvalget likevel avviser en domstolsmodell er det primært fordi det vil være «*svært kostnadskrevenne både å etablere og drive.*»²⁰³ Hensynet til økonomisk effektivitet synes å ha fortrenget rettssikkerhetskensyn i utvalgets forslag. A&P mener at rettssikkerhet og legitimitet må være primære ambisjoner på et felt hvor vedtakene er så inngripende overfor enkeltmennesker og får så store velferdsmessige konsekvenser. At Norge skulle stå ressursmessig svakere enn andre nordiske land er et uholdbart argument. Det er også mulig å innføre en topartsprosess innenfor rammene av et forvaltningsorgan.

Uten umiddelbar bevisførsel og kontradiktorisk partsprosess for ankeorganet vil rettssikkerheten i utlendings- og asylsaker ikke bli tilfredsstillende ivaretatt. Det er viktig at en reform av UNE innebærer tilstrekkelige endringer slik at klageprosessen er holdbar over tid. I disse spørsmål er A&P helt på linje med Advokatforeningens synspunkter slik de er uttrykt i de to høringsuttalelsene datert 28.09.2010 og 15.06. 2012.

5.2.2.3 A&Ps forslag

Innledning

Som nevnt er A&P sterkt kritiske til omfattende politisk styring på utlendingsfeltet. A&P er også uenige i det sterke fokus på ressursbruk som går igjen i utvalget og departementets vurderinger. I asyl- og øvrige utlendingsaker bør man kunne forvente at hensynet til legitimitet og rettssikkerhet vektlegges i stor grad. Asyl- og utlendingsaker gjelder svært alvorlige spørsmål hvor den enkelte står alene mot statens maktapparat. I mange tilfeller er konsekvensene av feilaktige vurderinger i utlendingsaker langt mer inngripende enn i straffesaker hvor tiltalte risikerer å havne i et norsk fengsel. Ressurshensyn kan derfor ikke trumfe alle andre hensyn.

.....
201 SOU 1999: 16.

202 NOU 2010:12 s. 79.

203 NOU 2010:12 s. 79.

Selv om A&P er kritisk til at spørsmålet om en særdomstol på utlendingsfeltet så enkelt avvises, mener vi at en domstolsbehandling er mindre viktig så fremt rettsikkerheten sikres i tilstrekkelig grad. En god og rettsikker behandling av utlendingssaker kan realiseres også innenfor rammen av et uavhengig forvaltningsorgan. Derved kan man unngå den generelle diskusjon om opprettelse av særdomstoler. Det er da nødvendig å stille en rekke grunnleggende krav til saksbehandlingen.

Grunnleggende krav til klagesaksbehandlingen

A&P mener at klagesaksbehandlingen i utlendingssaker må organiseres etter de samme grunnleggende regler for god saksbehandling som gjelder for domstolene. Det vil si etter prinsippene om partsoffentlighet, kontradiksjon, muntlighet og bevisumiddelbarhet.

Det er helt avgjørende at klagesaksbehandlingen organiseres som en topartsprosess med fulle partsrettigheter for klageren, kontradiksjon og umiddelbar bevisførsel i nemnd. Klageren må ha full innsyn i sakens dokumenter samt uttalerett. Dette omfatter også mulige utarbeidede saksnotater eller muntlige kommentarer utarbeidet av saksbehandler eller landinformasjon, formidlet forut for, eller etter avsluttet forhandling- I forhandlingen stiller klager da sammen med en advokat med UDI som motpart. UDI som statens representant må redegjøre for begrunnelsene for avslaget samt hvilken landinformasjon og øvrige bevis som er anvendt, eventuelle nye opplysninger som måtte foreligge, samt redegjøre for rettsanvendelsen.

En kontradiktorisk partsprosess med fulle partsrettigheter sikrer at begge parter får innsyn i de bevis som anføres og den jus som påberopes. Klageren må også få anledning til å føre sakkyndige vitner. En bedre opplysning av saken vil styrke nemndas mulighet til å håndtere nasjonale og internasjonale rettsforpliktelser samt bidra til bedre grunnlag for å fatte riktige avgjørelser.

Klagerens rettsikkerhet sikres gjennom at prosessen tilrettelegger for kontradiksjon. Søkerne kan dermed imøtegå argumentene fra UDI. I dagens klagesaksbehandling bringes det stadig opp nye forhold som ikke var et tema i UDIs vurdering av saken, og som søker og eventuelt advokat derfor ikke har hatt mulighet til å kommentere.

Modell - fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker

A&P har foran fremhevet de sentrale hensyn som må ivaretas ved en omorganisering av klageordningen. Det avgjørende er at disse hensyn ivaretas, ikke hvorvidt dette organiseres som et «domstolslignende» forvaltningsorgan eller en domstol. En måte å oppfylle de grunnleggende kravene til rettssikkerhet og legitimitet er å organisere

klagesaksbehandling i UNE på tilsvarende måte som i Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker Dette er et velprøvet organ som ivaretar de tunge rettssikkerhetshensyn nevnt foran. Fylkesnemnda behandler som førsteinstans saker om tiltak etter barnevernloven og sosialtjenesteloven. Nemnda er også klageorgan i saker om bruk av tvang overfor personer med psykisk utviklingshemming samt klageorgan for hastvedtak truffet av kommunen forut for ordinær førsteinstansbehandling i fylkesnemnda.²⁰⁴ Fylkesnemndenes avgjørelser kan bringes inn for tingretten for rettslig overprøving.²⁰⁵

Ved opprettelsen av fylkesnemnda i 1993 var intensjonen at rettssikkerheten skulle styrkes ved et avgjørelsesorgan som var uavhengig og frittstående. Videre var det et krav at saksbehandlingen skulle bli gjennomført som en topartsprosess etter de grunnleggende regler for god saksbehandling som også gjelder for domstolene. Det ble også lagt opp til at avgjørelsesorganet kombinerte juridisk og faglig innsikt med legmannsskjønn og at saksbehandlingen skulle være rask.²⁰⁶

Rapporter fra forskning og evaluering viste at rettssikkerheten ble ivaretatt på en svært god måte.²⁰⁷ Samtidig var ordningen ressurskrevende og fylkesnemndene slet med til dels lang saksbehandlingstid. Det ble derfor opprettet et utvalg for vurdering av effektivitetsfremmende og kostnadsbesparende forenklinger.²⁰⁸ På bakgrunn av utvalgets rapport fremmet regjeringen et lovforslag som skulle legge til rette for «*en enhetlig og hensiktsmessig saksbehandling i fylkesnemndene i tråd med de grunnregler for god saksbehandling som gjelder for domstolene.*»²⁰⁹

Etter endringen er saksbehandlingen i større grad basert på prinsippene om proporsjonalitet og saksstyring. Omfanget av saksbehandlingens skal i større grad stå i forhold til sakens tema. I tillegg er grundig saksforberedelse og kortere forhandlingsmøter også tillagt vekt.²¹⁰

Hovedregelen er at fylkesnemnda i den enkelte sak har tre medlemmer, men slik at nemnda kan utvides til fem medlemmer dersom sakens vanskelighetsgrad tilsier det.²¹¹ I nemnda deltar både en fagkyndig samt et alminnelig medlem. Hvis partene sam-

.....
204 Ot.prp.nr.76 (2005-2006) *Om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven mv. (saksbehandlingsregler for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker mv.)* s. 8.

205 Barnevernloven (bvl.) § 7-24

206 NOU 2010:12 s. 33.

207 NOU 2005:9 *om Ressursbruk og rettssikkerhet i Fylkesnemndene for sosiale saker*, s. 7.

208 Ot.prp.nr.76 (2005-2006) s. 77.

209 Ot.prp.nr.76 (2005-2006) s. 6.

210 Bvl. § 7-5.

211 Bvl. § 7-5.

tykker kan også nemndleder avgjøre en sak alene dersom hensynet til betryggende saksbehandling ikke er til hinder.²¹²

Saksbehandlingen i fylkesnemnda er en partsprosess der partene møter med hver sin prosessfullmektig. Nemndmøtet følger samme mønster som en hovedforhandling i domstolen. Partsforklaringene og bevisførselen er muntlig og skjer umiddelbart for nemnda. Nemndas saksbehandling skal tilrettelegge for kontradiksjon og partene i saken skal l behandles likt i den forstand at de får samme mulighet til å påvirke utfallet av saken.²¹³

Det er langt på vei samsvar mellom reglene om vitne- og dokumentbevis for fylkesnemndene og det som følger av den tvistelovens regler.²¹⁴ Fylkesnemnda sørger for at bevisførselen er tilstrekkelig til å gi et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen.²¹⁵ Dette betyr at nemnda må sikre at nødvendig supplering legges frem eller innhentes hvis det avgjørelsesgrunnlag som partene legger frem er mangelfullt.²¹⁶

Hovedprinsippene for fylkesnemndas saksbehandling er at denne skal være «*betryggende, rask og tillitsskapende (.. samt) tilpasset tiltaket og sakens art, omfang og vanskelighetsgrad.*»²¹⁷ Håndteringen styres således av et proporsjonalitetsprinsipp slik at saksbehandlingens omfang står i forhold til den enkelte sak. Det legges også vekt på at saksforberedelsen skal være planmessig og målrettet, og at nemndleder skal drive aktiv saksstyring.²¹⁸

Det er full innsynsrett i alle dokumenter som fremlegges for fylkesnemnda og parten kan begjære kopi av disse.²¹⁹ Dersom parten ønsker å se andre dokumenter enn de som fremlegges for nemnda må henvendelsen rettes til barnevernstjenesten. For denne begjæring gjelder reglene i forvaltningsloven om dokumentinnsyn, men dersom fylkesnemnda begjærer ytterligere dokumenter fremlagt er innsynsretten utvidet også for disse dokumentene.²²⁰

Fylkesnemndsutvalget forslø at også sakens dokumenter skulle inngå i fylkesnemndas avgjørelsesgrunnlag i tillegg til det som var fremkommet under forhandlingsmøtet.²²¹

.....
212 Bvl. § 7-5.

213 Bvl. § 7-3 annet ledd bokstav c) og d).

214 Bvl. § 7-17.

215 Bvl. § 7-3 annet ledd bokstav a).

216 Ot.prp.nr.76 (2005-2006) s. 32.

217 Bvl. § 7-3.

218 Ot.prp.nr.76 (2005-2006) s. 19.

219 Bvl. § 7-4.

220 Ot.prp.nr.76 (2005-2006) s. 33.

221 NOU 2005:9 s. 59.

Mange av høringsinstansene var kritiske til dette og departementet vurderte også at dette var betenkelig ut fra hensynet til rettsikkerhet.²²² Man valgte derfor å videreføre den tidligere rettstilstanden hvor saksdokumentene var en del av avgjørelsesgrunnlaget bare hvis de var blitt gjennomgått under forhandlingsmøtet.²²³

Det kan gjøres unntak fra hovedregelen om forhandlingsmøte hvis partene samtykker i at behandlingen skjer skriftlig og nemnda mener det er forsvarlig, eller hvis saken gjelder krav om endring i forhold til et tidligere vedtak eller dom, og nemndleder finner dette ubetenkelig. Det er også mulighet for en kombinasjon av muntlig og skriftlig behandling i disse tilfellene.²²⁴ Avgjørelsesgrunnlaget vil da være de saksdokumenter som nemnda får oversendt og eventuell bevisførsel i saksforberedende møte. Ved kombinasjon av muntlig og skriftlig behandling vil avgjørelsesgrunnlaget være det som har fremkommet under forhandlingsmøte, samt sakens dokumenter.²²⁵

Sammendrag:

I både utlendingssaker og i de saker som føres for fylkesnemnda er hensynet til rettsikkerhet av særlig stor vekt, hvilket gjør det relevant å vurdere en saksbehandling etter de samme prosessuelle linjene. Selv om mange av de samme prinsippene som gjelder for domstolenes saksbehandling gjør seg gjeldende, er fylkesnemnda likevel et forvaltningsorgan. Dette viser at også de grunnleggende krav til klagesaksbehandlingen i utlendingssaker kan realiseres uten at det er nødvendig å opprette en særdomstol. Etter effektiviseringen av fylkesnemndas saksbehandling sitter man igjen med en modell som på en balansert måte avveier hensynet til rettsikkerhet mot ressurs hensyn. Et ytterligere argument er at det er et system man har adskillig erfaring med. Dette gjør at det blir langt mindre risikofylt å ta utgangspunkt i fylkesnemndas modell også på utlendingfeltet enn å organisere klagebehandlingen på en måte som man ikke har prøvd ut tidligere.

A&P mener derfor det er hensiktsmessig å la fylkesnemnda tjene som modell for UNEs saksbehandling. Også saksbehandlingen i et nytt UNE bør legge til rette for kontradiksjon i stor grad, samt likebehandling av partene. For å muliggjøre reell kontradiksjon er det helt essensielt at partene har innsyn i alle dokumenter som fremlegges for utlendingnemnda og som nemnda bygger sin avgjørelse på. Avgjørelsesgrunnlaget må som hovedregel utelukkende baseres på det som fremkommer ved forhandlingsmøtet.

.....
222 Ot.prp.76 (2005-2006) s. 84.

223 Ot.prp. nr.76 (2005-2006) s. 84.

224 Bvl. § 7-14 annet ledd bokstav a) og b) jf tredje ledd.

225 Bvl. § 7-8 annet og tredje ledd.

Det nye klageorganet bør liksom fylkesnemndene være uavhengig og frittstående uten adgang til politisk styring.²²⁶

Hva gjelder sammensetningen av nemndmedlemmer er det ønskelig med en ordning som tilgodeser at nemnda får større faglig kompetanse enn i dag. I utlendingssaker er det ofte behov for kunnskap om landinformasjon og innsikt om et komplekst internasjonalt regelverk i løpende utvikling. Dette tilser behov for en viss spesialisering. Dersom legmedlemmer har større innsikt i slike spørsmål vil det føre til at stemmegivningen i mindre grad baseres på irrelevante forhold. Faglig kunnskap vil ikke bare kunne få betydning ved avgjørelsen av risikospørsmålet, men også i vurderingen av klagerens troverdighet. Nemndmedlemmenes faglige kompetanse kan sikres enten gjennom å opprette et utvalg bestående av personer med særlig kompetanse på området, eller gjennom at medlemmene skolerer. En del kunnskap på området blir fort utdatert og det må da legges opp til løpende kursing.

Liksom i fylkesnemndene må hovedregelen være at det gjennomføres muntlige forhandlinger i alle saker. Som prosedyreprosjektet har vist unnlater UNE i stor utstrekning å gjennomføre nemndbehandling med fremmøte i saker der klagerens troverdighet står sentralt samt i en rekke saker med vanskelige vurderinger av bevis- og rettsspørsmål. Dette gjelder f.eks. mangler/uklarheter i informasjonsgrunnlaget om bl.a. landrapporter eller barns forhold. Hva spesielt gjelder rettsspørsmål kan det gjelde uavklarte nasjonal- eller internasjonalrettslige spørsmål. Unnlatt nemndbehandling med personlig fremmøte vil medføre stor risiko for feilaktige vedtak. Med muntlighet i saksbehandlingen får nemnda bedre forutsetninger for å ta stilling til klagerens troverdighet, misforståelser kan oppklares og klageren gis samtidig en opplevelse av å bli hørt i prosessen. Det er også viktig at barn blir hørt i saker som berører dem.

En topartsprosess vil også gjøre utredningsbehovet mindre for klageinstansen da klagers deltagelse vil avlaste UNE. Liksom fylkesnemnda bør det nye klageorganet ha et hovedansvar for at de bevisene som føres er tilstrekkelige for å gi et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen. Dersom det er mangler i avgjørelsesgrunnlaget bør nemnda kunne supplere med ytterligere materiale. For å tilgodese nemnda med supplerende informasjon er det mulig å forestille seg et sekretariat med en mer begrenset funksjon enn i dag. Saksbehandlers primære oppgave kan eksempelvis begrenses til å forberede saksmappen og beslutningsmaterialet, men uten å komme med en selvstendig vurdering av saken. Slik vil et bredt beslutningsgrunnlag være til stede også uavhengig av advokatens arbeid.

.....
226 Se ovenfor i kap. 5.1.5.3, undertittel politisk styring, hvor A&P er enig med Advokatforeningens lovutvalg i at det kan være hensiktsmessig å styrke de politiske ansvarslinjene i behandlingen av saker der forvaltningen har fritt skjønn.

Som nevnt vil en forbedring av advokatordningen gjennom etterutdanning og åremålsordninger også kunne bidra til å sikre rettshjelpens kvalitet slik at UNE avlastes i sitt arbeid med å opplyse saken. Prosessmaterialet vil da bli mer utfyllende gjennom at partene med advokater tar et større ansvar for sakens opplysning.

En betryggende og realitetsbasert ressurstilpasning:

Selv om A&P prinsipielt mener at det er nødvendig å gjennomføre muntlig behandling i alle saker, anser man at Barnevernlovens saksbehandlingsregler for fylkesnemnda gir det tilstrekkelig grunnlag for en betryggende og realitetsbasert ressurstilpasning. Dette gjelder hovedprinsippet om at saksbehandlingen skal være «tilpasset tiltaket og sakens art, omfang og vanskelighetsgrad» og at «*partene i saken blir hørt, normalt ved muntlige forklaringer umiddelbart for nemndene*». ²²⁷ Det gjelder videre kravet om at partene må samtykke i at nemndleder alene avgjør saken. I tillegg er det et vilkår at «hensynet til en betryggende saksbehandling ikke er til hinder for det.» ²²⁸

Gjennom å tillempe prinsipper om proporsjonalitet og saksstyring kan man videre spisse sakene slik at forhandlingene ikke trekker unødvendig langt ut. Liksom for barnevernssaker kan man tilpasse omfanget av saksbehandlingen etter sakens karakter. En asylsak med troverdighetsspørsmål vil nødvendigvis kreve mer enn en sak om statsborgerskap. Et bevisst forhold til prinsippene om proporsjonalitet, konsentrasjon og aktiv saksstyring ved saksbehandlingen vil gjøre at ressursbruken begrenses på en betryggende og realitetsbasert måte.

5.3 *Lengeværende barn – konkretisering av vilkår*

5.3.1 *Innledning*

Det vises til fremstillingen foran i kap. 4.3 hvor det gjøres gjeldende at det etter A&Ps oppfatning er behov for reform på området. Dagens system har flere svakheter, hvilket bl.a. A&Ps egne saker har vist. Regelverket er uklart og praksis uensartet.

.....
227 Bvl. § 7-3.

228 Bvl. § 7-14 annet ledd a).

5.3.2 Rettslig utgangspunkt for lengeværende barns rettsstilling

5.3.2.1 Gjeldende regelverk

Spørsmålet om opphold på grunnlag av barns tilknytning til riket er regulert i utl. § 38. Det følger av denne at

«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».

Bestemmelsen legger opp til en helhetsvurdering og angir hvilke momenter som er relevante. Ifølge utl. § 38 tredje ledd skal barnets beste være et grunnleggende hensyn i vurderingen:

«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.»

Det kan også legges vekt på innvandringsregulerende hensyn, jf. utl. § 38 fjerde ledd:

«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.»*

Bestemmelsen om barnets beste i tredje ledd suppleres av (utf.) § 8-5, som lyder:

«Ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn etter lovens § 38, skal barns tilknytning til riket tillegges særlig vekt.»

Både utl. § 38 tredje ledd og utf. § 8-5 implementerer FNs barnekonvensjon (BK) art. 3 nr. 1.²²⁹ Barnekonvensjonen er også generelt inkorporert som norsk lov, jf. Menneskerettsloven (mnskr.) § 2 nr. 4, og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. mnskr. § 3.²³⁰ Dette følger også av utl. § 3, som sier at loven skal praktiseres i samsvar med *«internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling»*.

.....
229 FNs Konvensjon om barns rettigheter av 20.11.1989.

230 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, 21.5.1999 nr. 30.

Dette innebærer at også konvensjonen og dens kilder er relevante ved vurderingen av gjeldende rett. Også ifølge BK art. 3 skal «*barnets beste*» være et grunnleggende hensyn. Bestemmelsen lyder:

«In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.»

5.3.2.2 Sterke menneskelige hensyn – «*barnets beste*»

Hva som er «*barnets beste*», må vurderes konkret i hver enkelt sak. Av forarbeidene fremgår det at det ikke generelt kan legges til grunn at det vil være til barnets beste om barnet og familien innvilges opphold i Norge, og viser til at det også er betydelige verdier knyttet til å vokse opp et sted hvor røttene, nettverkene og tilhørigheten er sterk. Det uttales likevel at det i mange tilfeller vil være klart at det vil være til barnets beste om barnet og familien innvilges oppholdstillatelse i Norge. Dette beror på en skjønnsvurdering basert på ulike forhold som for eksempel barnets alder, barnets integrering gjennom opphold i Norge så som ved skolegang mv, omsorgssituasjonen ved retur, den sosiale og menneskerettslige situasjonen for øvrig ved retur osv.²³¹ Også hensynet til kontinuitet og stabilitet i barnets nåværende og fremtidige situasjon vil kunne få betydning. På grunn av vurderingstemaets skjønnsmessige karakter er det ikke mulig å oppstille noen uttømmende liste over relevante momenter.²³²

I forarbeidene uttales at det «*i enkelte saker [kan] være større grunn til å legge vekt på helseproblemer og traumatiske opplevelser hos barn enn hos voksne.*»²³³ Oppholdstid etter endelig vedtak skal telle med ved vurderingen av barns tilknytning til landet.²³⁴ Barnets situasjon ved retur skal også vektlegges og helsesituasjonen skal vurderes særskilt.²³⁵

231 Ot.prp.nr.76 (2005-2006) pkt. 7.6.4.

232 Generell kommentar nr. 14 (2013) om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art. 3, para. 1) (CRC/C/GC/14) (2013) s. 12.

233 Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) pkt. 7.6.4.

234 Vedlegg 8 til rundskriv A-63/09 om ikrafttredelse av ny utlendingslov og ny utlendingsforskrift fra 1. januar 2010 – Oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket, s. 2.

235 Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) pkt. 7.6.3.2 og CRC/C/GC/14 (2013) s. 16.

5.3.2.3 *Avveiningen mellom barnets beste og innvandringsregulerende hensyn*

Dersom barnets beste taler for at opphold gis, skal det foretas en avveining mellom barnets beste og motstående hensyn. Departementet uttaler i Ot. Prp. Nr. 75 (2006–2007):

«Departementet presiserer at den nærmere avveining mellom hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn, må foretas konkret i hver enkelt sak. Det ville innebære en krenkelse av konvensjonen å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn dersom dette ikke er forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste. Departementet vil imidlertid *understreke viktigheten av at forvaltningen foretar en grundig vurdering av alle sider ved barnets situasjon som kan ha betydning for saken, og at de vurderinger som er foretatt fremkommer tydelig av vedtaket ...*».²³⁶

Departementet presiserer at BK art. 3 nr. 1 ikke gir noe absolutt direktiv for hvordan den enkelte saken må avgjøres, og understreker at det er rom for at motstående hensyn kan bli avgjørende.²³⁷ Uttalelsene gir dermed begrenset veiledning for den konkrete vektingen mellom ulike hensyn. Mer klargjørende er imidlertid følgende uttalelse:

«Hensynet til barna kan imidlertid tilsi at det på et tidspunkt bør skje en formalisering av oppholdet. Det vises i denne forbindelse til den forskriftsendring som ble foretatt 1. juni 2007 som innebærer at barns tilknytning til riket skal tillegges særlig vekt ved vurderingen av om tillatelse skal gis i medhold av utlendingsloven § 8 *annet ledd*.»²³⁸

Ved komitébehandlingen i Stortinget støttet flertallet det synet som hadde kommet til uttrykk i proposisjonen.²³⁹ Et flertall bemerket at jo større betydning avgjørelsen har for barnets situasjon, desto mer skal det til for å legge vekt på innvandringsregulerende hensyn. Et annet flertall understreket, i samsvar med ovennevnte sitat fra departementet, at «*i visse sammenhenger vil hensynet til barnets beste være så tungtveiende at det ikke vil være adgang til å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn.*»²⁴⁰

Det vil altså i visse tilfeller ikke være rom for å legge vekt på innvandringsregulerende hensyn i det hele tatt, selv om det i skulle foreligge alvorlige forhold som tilsier at oppholdstillatelse ikke gis.

.....
236 Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) pkt. 7.6.4.

237 Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) pkt. 7.6.4.

238 Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) pkt. 7.7.7.

239 Innst.O.nr.42 (2007-2008) s. 26.

240 Meld. St. 27 (2011-2012) «Barn på flukt» s. 26.

Regjeringen la i juni 2012 frem Stortingsmeldingen «*Barn på flukt*», som blant annet omhandler lengeværende barn. Etter en redegjørelse for vektingen mellom hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn uttales følgende:

*«Det vil imidlertid uansett være slik at jo større betydning avgjørelsen om oppholdstillatelse har for barnets situasjon, desto mer skal det til for å legge vekt på innvandringsregulerende hensyn.»*²⁴¹

Regjeringen pekte på at «*den senere tids praksis i UNE*» kunne tyde på at «*det i en del saker legges mer vekt på innvandringsregulerende hensyn enn hva som ble forutsatt da regelverket ble vedtatt,*» samtidig som praksis fremstod som «*lite entydig*», og mente derfor det var behov for å tydeliggjøre hvordan bestemmelsen skal forstås, «*også ved begjæring om omgjøring*». Formålet med denne såkalte klargjøringen var å «*sikre en likebehandling og en praksis som ivaretar hensynet til barnets beste i tråd med lovgivers hensikt*».²⁴²

I alle sakene må det ifølge meldingen foretas en individuell vurdering, hvor barnets alder og samlet oppholdstid i landet står sentralt, og det må legges til grunn at et barn i skolepliktig alder lettere vil opparbeide tilknytning til Norge enn et barn som har bodd her i sine aller første leveår. Barnets tilknytning til det norske samfunnet gjennom barnehage, fritidsaktiviteter, språk og andre forhold kan også ha betydning. Oppholdstid etter endelig avslag teller med. Andre sterke menneskelige hensyn enn barnas tilknytning vil også inngå i en helhetsvurdering etter utlendingsloven § 38.²⁴³

Om betydningen av de innvandringsregulerende hensyn uttalte regjeringen følgende:

*«Det er særlig når det gjelder vurderingen av oversittet utreisefrist og ulovlig opphold Regjeringen mener at deler av praksis befinner seg i grenseland for hva som var formålet med bestemmelsen.»*²⁴⁴

Det ble videre presisert at innvandringsregulerende hensyn kan få avgjørende betydning, men også her blir det fremhevet at

*«På et tidspunkt vil likevel hensynet til barnets beste måtte gå foran andre hensyn.»*²⁴⁵

241 Meld. St. 27 (2011–2012) s. 69.

242 Meld. St. 27 (2011–2012) s. 11.

243 Vedlegg 8 til rundskriv A-63/09 om ikrafttredelse av ny utlendingslov og ny utlendingsforskrift fra 1. januar 2010 – Oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket.

244 Meld. St. 27 (2011–2012) s. 56.

245 Meld. St. 27 (2011–2012) s. 56.

Det ble også påpekt at barn med en botid som i seg selv tilsier at oppholdstillatelse bør gis, nesten alltid vil ha lengre perioder uten lovlig opphold, og at det derfor bør skilles mellom dem som samarbeider om retur og dem som ikke gjør det. Det forutsettes en ytterligere differensiering, hvor de som ikke samarbeider, skal vurderes forskjellig avhengig av hvor aktiv motstand de gjør. «*Oversittet utreisefrist og ulovlig opphold er i denne sammenheng å betrakte som mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn*»,²⁴⁶ mens bruk av falsk identitet eller aktiv unndragelse fra tvangsmessig retur er et tungtveiende innvandringsregulerende hensyn.

En utlending som har fått avslag på søknad om oppholdstillatelse plikter iht. utl § 19 å melde fra til politiet om skifte av bopel frem til utreise. Ikke å overholde denne plikten er et forhold som ifølge meldingen kan tale mot å innvilge en tillatelse, men i mindre grad enn der familien aktivt har gått i skjul.²⁴⁷

Plenumsdommen i Rt. 2012 s. 1985 gjaldt gyldigheten av et avslag på søknad om asyl og opphold på humanitært grunnlag for en iransk familie med barn som hadde bodd i Norge i lang tid. Her konkluderte Høyesterett etter en gjennomgang av det samlede rettskildet bildet slik:

*«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.»*²⁴⁸ (Vår uth.)

Høyesterett la dessuten til grunn at rettighetene etter Barnekonvensjonen ikke går lenger enn det som kan utledes av utlendingsloven og -forskriften:

*«Etter mitt skjønn er de krav som stilles i utlendingsloven § 38 til å vurdere hensynet til barnets beste, i godt samsvar med disse synspunktene fra barnekomiteen.»*²⁴⁹

FN barnekomité fremhever at den anerkjenner behovet for en viss grad av fleksibilitet i anvendelsen av bestemmelsen om barnets beste, siden den vil kunne stride mot andre hensyn. Det understrekes likevel at hensynet til barnets beste alltid skal ha høy prioritet og ikke bare være *«just one of several considerations»*.²⁵⁰

246 Meld. St. 27 (2011-2012) s. 56 og 57.

247 Meld. St. 27 (2011-2012) s. 57.

248 Rt. 2012 s. 1985, avsnitt 134.

249 Rt. 2012 s. 1985, avsnitt 135 og 136. Dette er også fulgt opp i Rt. 2013 s. 449.

250 CRC/C/GC/14 (2013) avsnitt 39.

5.3.2.4 Retten til privatliv etter EMK art. 8

EMK kan etter omstendighetene sette en grense for hvor lenge de innvandringsregulerende hensynene kan være avgjørende. EMD har nå slått fast at personer som oppholder seg i et land uten oppholdstillatelse, også kan ha utviklet et privatliv som er beskyttet etter EMK art. 8.²⁵¹

I saken *Butt v. Norway* kom EMD til at Norge ville krenke konvensjonens art. 8 ved ikke å gi oppholdstillatelse til to søsken som hadde oppholdt seg i Norge i svært lang tid, idet det forelå «*exceptional circumstances*».²⁵² Her var det kombinasjonen av meget lang oppholdstid, nesten 20 år og begrenset med kontakt og bånd til familiens hjemland, Pakistan. Hva spesielt gjaldt mulig identifikasjon med foreldres adferd, fant EMD at det i mange tilfeller var behov for å identifisere barna med foreldrene hva gjaldt innvandringsregulerende hensyn. I motsatt fall ville det være en fare for at foreldrene utnytter barna for å få opphold. Siden søsknene var voksne på domstidspunktet og moren død, var det ikke lenger fare for slik utnyttelse av barna i denne saken, slik at det ikke kunne foretas en identifikasjon mellom moren og barna når det gjaldt lovbruddene og dermed de innvandringsregulerende hensynene.

5.3.3 Manglende samsvar mellom regelverk og praksis

5.3.3.1 Innledning

Stortingsmeldingen «*Barn på flukt*» konkluderer med at regelverket om oppholdstillatelse til barn på grunn av tilknytning opparbeidet gjennom lang botid i Norge er «*hensiktsmessig*».²⁵³ Uttalelsen strider direkte mot mye av det som fremgår av den samme meldingen.

For det første oppsummeres rettstilstanden for lengeværende barn, og man konkluderer med at det på ett tidspunkt ikke lenger vil være rom for en skjønnsmessig vurdering, men at opphold må gis på grunn av barnets tilknytning til riket. Man slår med andre ord fast at det allerede i dag er en grense for når opphold må gis på grunnlag av barns tilknytning. Å fastsette denne grensen i lov eller forskrift i stedet for i forarbeidene, vil dermed forutsetningsvis ikke medføre noen endring av rettstilstanden, men likevel kunne bidra til rettsavklaring.²⁵⁴

.....
251 *Antwi and others v. Norway*, no. 26940/10, § 89, 14.02.2012.

252 *Butt v. Norway*, no. 47017/09, §79-91, 04.12.2012.

253 Meld. St. 27 (2011–2012) pkt. 6.4.

254 Meld. St. 27 (2011–2012) pkt. 3.2.

For det andre er situasjonen i dag den at UNE har et for vidt spillerom, og ser ut til å utnytte dette, noe som også bekreftes i Stortingsmeldingen, der det står at praksis har blitt for streng og er uensartet.²⁵⁵

En årsak til at praksis er for streng og uensartet er etter vår vurdering nemndas organisering. Ca. 30 nemndledere jobber horisontalt og uavhengig av hverandre, uten at man har noen praksisavklaring av overordnet karakter. Dette gjør det vanskelig å behandle like saker likt, særlig når regelverket overlater store deler av vurderingen til forvaltningens eget skjønn. UNE kan heller ikke instrueres i enkeltsaker, og den konkrete interesseavveiningen kan ikke prøves av domstolene. Når det i Stortingsmeldingen konstateres at praksis ligger i yttergrensen for det som hadde vært meningen, blir juridisk sett den eneste muligheten til å påvirke praksis en regelendring i forskrift eller lov. Selv om UNE har uttalt i sin rapport at den legger vekt på stortingsmeldingen ved siden av andre rettskilder, er ikke klargjøringen som følger av denne en fullgod løsning så lenge UNE nettopp skal være et uavhengig organ som ikke kan instrueres.

5.3.3.2 *Forholdet mellom barnets selvstendige rettigheter og identifikasjon med foreldrenes handlinger – Tidspunktet for når «barnets beste» blir avgjørende*

Reglens utforming og enkeltuttalelser i forarbeidene og praksis skulle tilsi at lengeværende barn rettslig sett står svært sterkt. Bildet er imidlertid mer sammensatt. «*Barnets beste*» skal være et grunnleggende hensyn, men innvandringsregulerende hensyn skal også ha sin plass og kan i enkelte tilfeller være avgjørende. Det kan til tider se ut til å være en logisk brist i argumentasjonen i rettskildene, i og med at de motstående hensynene ofte vil vokse i takt med hverandre. Ettersom barnet får sterkere tilknytning, blir nødvendigvis også det ulovlige oppholdet lenger og de innvandringsregulerende hensynene tyngre. Dette medfører at hensynet til «*barnets beste*», som i utgangspunktet skal være det grunnleggende hensynet, i realiteten ikke blir mer tungtveiende selv om tilknytningen underveis blir styrket, slik uttalelsene i både forarbeider og rettspraksis skulle tilsi.

Om regelverket forstås på denne måten, vil man aldri kunne komme i en posisjon der «*barnets beste*» blir et «*grunnleggende hensyn*,» og barnekonvensjonens innflytelse på rettsområdet kan bli illusorisk. Identifikasjon mellom barnet og foreldrene kan derfor ikke skje på en slik måte at innvandringsregulerende hensyn på denne måten overstyrer barnets beste. Da vil ikke barnets beste være et grunnleggende hensyn.

.....
255 Meld. St. 27 (2011–2012) pkt 3.3 og pkt. 3.4.

Det ser ut til at både politikerne og domstolene har anerkjent dette, og forsøkt å forhindre en slik situasjon, gjennom uttalelsene om at barnets beste på «*et tidspunkt skal være så tungtveiende at innvandringsregulerende hensyn ikke får noen betydning*»²⁵⁶ og at «*hensynet til barnet etter omstendighetene [kan] være så tungtveiende at det må slå igjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende.*»²⁵⁷ Dette må forstås slik at hensynene riktignok ofte vil vokse i takt ettersom det ulovlige oppholdet eller unndragelsen fra tvangsmessig retur blir lengre, men bare frem til barnets beste blir så tungtveiende at dette må bli avgjørende.

Det må med andre ord gå en grense for i hvilken utstrekning hensynet til barnas beste undergraves som følge av identifikasjon med foreldrenes ulovlige handlinger. Noen annen tolkning er ikke forenlig med det foreliggende rettskildebildet. Både lovgiver og domstolene viser gjennom uttalelsene en vilje til å anerkjenne at barn har selvstendige rettigheter og at barn ikke kan holdes rettslig ansvarlig for foreldrenes handlinger.

Når utlendingsforskriften § 8-5 uttrykkelig sier at barns tilknytning til riket skal tillegges «*særlig vekt*», innebærer dette videre at tilknytningen til Norge ofte skal være det mest tungtveiende momentet for opphold, og følgelig også alene etter omstendighetene vil kunne begrunne at opphold gis. Det samme har UNE lagt til grunn i sin praksis, jf. rapporten «*Ett år etter barn på flukt*». Ifølge denne er barnas alder og oppholdstid de tyngste momentene etter praksis, i samsvar med stortingsmeldingen:

*«Flere avgjørelser viser til at eldre barn er i en alder der de løsriver seg fra foreldrene og knytter seg til samfunnet rundt seg. Barnets sosiale liv, deltakelse i fritidsaktiviteter, om det lykkes på skolen, språkferdigheter mv. kan bidra til å styrke tilknytningen men ser i avgjørelsene ikke ut til å ha hatt avgjørende betydning på toppen av oppholdstid og alder mht. om barnet har en tilknytning som tilsier at det foreligger sterke menneskelige hensyn.»*²⁵⁸

Sammenholdt med det som er sagt over, betyr dette at et barn utelukkende på grunn av oppholdstid på ett tidspunkt vil ha rett til oppholdstillatelse (selv om innvandringsregulerende hensyn gjør seg gjeldende) selv om det ikke foreligger andre særlige omstendigheter som støtter at opphold gis, som retursituasjonen, helsemessige forhold etc. Dersom slike forhold i tillegg skulle foreligge, er det naturlig å anta at tidspunktet for når innvandringsregulerende hensyn ikke lenger kan komme i betraktning vil inn- tre tidligere.

.....
256 Meld. St. 27 (2011–2012) pkt. 7.7.7.

257 Rt. 2012 s. 1985 (Plenum I) avsnitt 134.

258 UNEs rapport til Justisdepartementet om tiltak 3 i stortingsmeldingen «*Ett år etter barn på flukt*» av 17. juni 2013 s. 19.

Også hensynet bak identifikasjonen mellom barn og foreldre blir svakere ettersom tiden går. Når barnet blir eldre, blir det også mer selvstendig og mindre knyttet til foreldrenes handlinger. Også risikoen for utnyttelse blir da mindre. Dermed vil ikke foreldrenes ulovlige opphold og de innvandringsregulerende hensynene kunne veie like tungt.

Selv om det fremgår av forarbeidene at det går en grense for når opp skal gis, er UNE tilbakeholdne med å angi denne konkret i sin egen rapport om praksis. Det som fremgår om botid er at om lag 4 ½ års oppholdstid og 1 år på skole gir barn i barnefamilier en tilknytning til Norge som kan utgjøre sterke menneskelige hensyn og gi grunnlag for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Dette sier imidlertid ingenting om når opphold vil gis, fordi «*barnets beste*» i slike tilfeller skal avveies mot innvandringsregulerende hensyn. En slik tilbakeholdenhet med nærmere konkretisering av praksis i slike saker kan nok skyldes at forvaltningen ønsker å holde muligheten åpen for å nekte tillatelse der svært sterke innvandringsregulerende hensyn gjør seg gjeldende, og dessuten frykt for at en fast regel kan medføre økt utnyttelse av barn for å få opphold.

Både utlendingsmyndighetene og politikerne trekker dette frem som et hensyn mot å fastlegge dette tidspunktet. Begrunnelsen for regelverkets skjønnsmessige og uoversiktlige utforming er først og fremst å hindre utnyttelse av systemet og egne barn: «*Regjeringen mener det vil sende uheldige og motstridende signaler hvis det innføres faste ordninger for at oppholdstillatelse skal gis etter et visst antall år i Norge.*»²⁵⁹ Dette er også i samsvar med uttalelser fra utvalget som skrev NOU 2004:20²⁶⁰ og Departementet.²⁶¹

Dette beror etter vårt syn på en misforståelse. Som det fremgår av det ovenstående, er det allerede i dag uttalt at det går en grense for når opphold gis i norsk rett. Når regjeringen i Stortingsmeldingen uttaler at «*på et tidspunkt må imidlertid barnets beste blir avgjørende*» har også den erkjent dette. Når man på samme tid understreker at det ikke kan oppstilles en fast regel for når opphold skal gis, motsier man både seg selv og den rettsstilstand som har best dekning i det foreliggende rettskildet bildet. En klarere regel i lov eller forskrift om når opphold gis, vil skape bedre forutberegnelighet og vil dessuten styrke enheten i rettssystemet.

Når en slik grense allerede i dag er erkjent, er det grunn til å spørre om det virkelig vil medføre økt tilstrømming av folk og utnyttelse av barn til Norge med en regel som tydeligere angir når opphold gis. Tvert imot vil dagens situasjon – der reglene er skjønnsmessige og politikerne tvetydige i sine uttalelser, medføre et håp for mange om at de har mulighet til å få oppholdstillatelse dersom de prøver å bli i Norge litt til – man vet

.....
259 Meld. St. 27 (2011–2012) pkt. 6.4.5.

260 NOU 2004:20 Ny utlendingslov pkt. 9.1.

261 Meld. St. 27 (2011–2012) pkt. 7.6.1.

at det på et tidspunkt vil gis opphold, bare ikke når. Rettsklarhet kan forhindre dette og dermed også at foreldre utnytter barna sine for å få oppholdstillatelse.

Hensynene som taler mot å oppstille en fast grense i lov eller forskrift blir enda svakere nå som det tas sikte på mer effektiv utsendelse av refuserte asylsøkere, da det vil bli vanskeligere å motvirke retur.

5.3.3.3 *Endring av forvaltningspraksis over tid – for streng praksis*

Domstolene overprøver ikke den konkrete interesseavveiningen, så det er først og fremst forvaltningspraksis som gir et bilde av hvordan reglene praktiseres i dag. Etter vårt syn er denne ikke alltid i samsvar med regelverket, forvaltningsrettslige prinsipper og saksbehandlingsreglene for forvaltningen. Dette taler blant annet for at sakene som behandles i UNE publiseres, anonymisert, i fulltekst, og ikke bare som sammendrag.

Det skjønnsmessige regelverket kan bidra til at reglene treneres, og at praksis blir strengere ettersom tiden går. Stortingsmeldingens oppsummering av UNEs praksis de siste årene bekrefter at det også er det som har skjedd. Regjeringen uttalte blant annet at det så ut til at UNEs praksis hadde blitt strengere enn det lovgiver hadde forutsatt. «*[D]en senere tids praksis i UNE» kunne tyde på at «det i en del saker legges mer vekt på innvandringsregulerende hensyn enn hva som ble forutsatt da regelverket ble vedtatt.»*²⁶² Også UNE skriver i sin egen rapport at «*UNE mener at praksis har beveget seg i strengere retning, ved at det nå oftere legges avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn, men understreker at i mange saker har hensyn som taler mot innvilgelse vært særlig sterke.»*²⁶³

Og videre:

«*Selv om noen saker kan fremstå som mer likeartede enn andre, kan konkrete vurderinger gi ulike utfall innenfor et skjønnssrom. Praksis kan ikke forventes til enhver tid å være entydig. Praksis vil utvikles over tid.»*²⁶⁴

«*Barnets beste*» skal vektlegges som et grunnleggende hensyn i hver enkelt sak, og når innvandringsregulerende hensyn over tid tillegges gradvis mer vekt, innebærer dette i realiteten at «*barnets beste*» ikke får den betydningen det er forutsatt å ha, noe som vil være brudd på folkerettslige forpliktelser etter Barnekonvensjonen.

.....
²⁶² Meld. St. 27 (2011–2012) s. 56.

²⁶³ UNE: «Ett år etter barn på flukt» s. 11.

²⁶⁴ UNE «Ett år etter barn på flukt» s. 18.

5.3.3.4 Uensartet praksis

UNE: Ett år etter barn på flukt

UNE uttaler flere steder i sin rapport at det ikke er mulig å angi mer konkret hvor grensen går for i hvilke tilfeller oppholdstillatelse gis. A&P er enig i at det i slike skjønnsmessige og konkrete saker ikke er mulig å angi dette generelt, men mener det er grunn til å stille spørsmål ved UNEs følgende uttalelser i rapporten:

«Ulikt utfall i saker med tilsynelatende lik tilknytning kan skyldes at hver sak er unik... Videre kan det være en faktor at det er ulike nemnder med ulike beslutningsfattere som behandler sakene...»

«Den enkelte avgjørelse tar stilling til den konkrete saken og har ikke presedens for andre saker.»

*Blant sakene vi har gjennomgått fikk to familier med flere fellestrekk i saksforholdene, bl.a. samme nasjonalitet og 6 ½ års oppholdstid, ulike utfall på sine omgjøringsanmodninger. I begge avgjørelsene er alle momenter, både de som taler for og mot oppholdstillatelse, vurdert i sammenheng og konkret avveid. Avgjørelsene illustrerer at saker med likhetstrekk kan få ulike utfall etter individuell vurdering av selvstendige beslutningstakere. Begge avgjørelser ligger innenfor skjønnsrommet».*²⁶⁵

Selv om avgjørelsene er innenfor skjønnsrommet vil det kunne være i strid med likebehandlingsprinsippet/ forbudet mot usaklig forskjellsbehandling, å fatte ulik beslutning der saksforholdet er nokså likt. Dette gjelder uansett hvem som er beslutningsfatter i den enkelte sak. Hvem som tilfeldigvis fatter vedtak i den enkelte saken bør ikke ha betydning for utfallet. Det kan dessuten bli svært vanskelig å opprettholde en fast praksis om ikke avgjørelsene kan ha presedens for andre saker.

At praksis fremstod som «*lite entydig*»,²⁶⁶ var nettopp grunnen til at regjeringen oppstilte sin «*klargjøring*» av utlendingsforskriftens § 8-5. Ut fra ovennevnte uttalelser fra rapporten ser det ikke ut til at UNE har tatt til seg dette. Det var heller ikke helt riktig som daværende justisminister Grete Faremo uttalte, at hun var «*godt fornøyd med denne grundige rapporten fra UNE. Den viser at praksisen er i tråd med Stortingets intensjoner.*»

.....
265 UNE «Ett år etter barn på flukt» s. 11, 17 og 18.

266 Meld. St. 27 (2011–2012) s. 56.

A&Ps saker

Som nevnt har A&P hatt ti saker der det avgjørende temaet har vært barns tilknytning til Norge.²⁶⁷ Flere forhold gjør at det er grunn til å stille spørsmål om UNEs praksis er vilkårlig.

Stevningen som moment i helhetsvurderingen – sak 48

I sak 48 ble stevningen uttrykkelig brukt som argument for UNEs omgjøring. Saken gjaldt et iransk ektepar og deres sønn født i 1997. Sønnen var seks år gammel da familien kom til Norge i 2004. Familien fikk endelig avslag på sine asylsøknader i 2007, men ble værende i Norge. Det ble deretter fremmet en rekke omgjøringsanmodninger uten at disse ble tatt til følge. I mai 2011 ble det sendt stevningsvarsel i saken. UNE behandlet dette som en anmodning om omgjøring og saken ble behandlet i nemndmøte uten personlig fremmøte. Anmodningen ble forkastet.

Det ble tatt ut stevning mot staten i februar 2012. UNE besluttet på nytt å vurdere saken på bakgrunn av faktum på stevningstidspunktet. I vedtak av 16.03.2012 tok UNE anmodningen delvis til følge. Nemnda kom til at guttens sterke tilknytning til riket, gjennom hans botid i nesten 8 år, veide tyngre enn innvandringsregulerende hensyn i saken. Ut fra hensynet til barnets beste og familiens enhet ble også foreldrene innvilget tillatelse. Etersom det var tvil om foreldrenes identitet ble det gitt en begrenset tillatelse som ikke dannet grunnlag for familieinnvandring eller permanent oppholdstillatelse.

Omgjøringen ble fattet 5 måneder etter forrige avslag, da han hadde oppholdt seg 7 år og 11 måneder i Norge. Det forelå ifølge UNE «sterke innvandringsregulerende hensyn». Saken hadde vært behandlet i nemnda åtte ganger, og familien hadde hver gang blitt informert om plikten til å forlate Norge. Nemnda uttalte følgende i sin vurdering:

«Han er 14 år og har gått på skole i Norge omtrent siden han ankom riket og er i henhold til bekreftelser i saken godt integrert i lokalsamfunnet. Etter hvert som tiden går blir [klager]s tilknytning til samfunnet han lever i sterkere...Når [klager] nå har vært i Norge i nærmere åtte år, må det tas utgangspunkt i den faktiske situasjonen han er i, og han bør ikke rammes av at foreldrene har brutt norsk lov ved å ikke innrette seg etter UNEs endelige avslag. Hensynet til [klager]s beste tilsier nå at han får en stabil og forutsigbar tilværelse. Å gjennomgå en rettsprosess vil ikke bidra til dette. Gjennom en slik prosess vil [klager] også opparbeide seg ytterligere oppholdstid i Norge.»

Dette belyser dels betydningen av at stevning er tatt ut, dels viktigheten av at utlendingen har nok ressurser til å reise sak.

.....

²⁶⁷ Se fotnote 63 og tilhørende tekst.

Tilsvarende endret standpunkt ved ny omgjøring fikk man i sak 15, 17 og 28. I sak 15 var stevning tatt ut, i sak 17 sto saken for lagmannsretten, etter at tingretten hadde kjent UNEs vedtak ugyldig. I sak 28 var det sendt varsel om stevning. I sak 35 var stevning tatt ut.

Utredning av saken først etter at stevning er tatt ut – sak 15

I sak 15 kan det se ut til at stevningen indirekte har hatt betydning for utredningen av saken. Saken omhandlet en etiopisk kvinne med barn som søkte asyl i 2002. UNE ved nemndleder alene avslo søknaden 16.04.2004. Vedtaket ble begjært omgjort i 2006 og det ble nå anført at barnets tilknytning til riket måtte tillegges vekt i vurderingen om opphold på humanitært grunnlag, jf. utlendingsloven § 8 annet ledd jf. den ventede endringen i utlendingsforskriften om lengeværende barn i Norge.

Omgjøringsanmodningen ble avslått av UNE 08.01.2008 og det ble lagt avgjørende vekt på de innvandringspolitiske hensyn i saken. Moren hadde ikke innrettet seg etter tidligere avslag, og hadde relativt langvarig ulovlig opphold. Det ble tatt ut søksmål mot UNE 26. august 2008, og i den forbindelse fremlagt en omfattende bevisførsel rundt barnets tilknytning til riket samt uttalelser fra psykolog og barnevern om kvinnens reduserte omsorgsevne.

UNE valgte da å behandle saken på nytt i nemndmøte. En enstemmig nemnd konkluderte 28.11.2008 med at barnets sterke tilknytning til riket måtte veie tyngre enn de innvandringsregulerende hensyn, og innvilget oppholdstillatelse i medhold av utl § 8 annet ledd. Saken ble trukket fra domstolene.

Siden UNE hadde behandlet saken sist, hadde det gått ca. 10 måneder.

Nemnda la avgjørende vekt på at retursituasjonen fremstod som mer usikker enn tidligere.

Saken skilte seg i tillegg ut fra andre saker fordi gutten hadde vært mye i barnevernet, avlastningshjem og hadde svært liten tilknytning til hjemlandet. Disse forholdene forelå imidlertid allerede ved avslaget av 18. januar 2008, og UNEs nærmere utredning av saken i form av verifiseringsadmodning til den etiopiske ambassaden og nemndmøte med personlig fremmøte (nærmere i neste avsnitt) ser dermed ut til å ha vært den avgjørende faktor. Disse tiltakene ble først iverksatt etter at stevning var tatt ut. At man i siste omgang ikke fant grunn til å tvile på søkers forklaring om moren er påfallende.

Ifølge fvl. § 17 skal saken skal være best mulig opplyst før vedtak fattes. Utl. § 93 (4) 3 pkt. viser uttrykkelig til fvl. § 17 og slår fast at utlendingsmyndighetene har et selvstendig ansvar for å innhente nødvendige og tilgjengelige opplysninger før avgjørelsen

blir truffet. Bestemmelsen gjelder saker om beskyttelse, men også av forarbeidene til bestemmelsen om opphold på humanitært grunnlag fremgår det at «*For å ta stilling til om hensynet til barnets beste tilsier at det innvilges oppholdstillatelse eller ikke, må for øvrig utlendingsmyndighetene vurdere behovet for å innhente supplerende opplysninger...*»²⁶⁸

Endret vurdering av samme faktum etter at stevning er tatt ut – betydningen av nemndas behandlingsform og personlig fremmøte – sak 15, 17 og 28

Sak 15 (se avsnittet over) er også et eksempel på at nemnda endrer sin vurdering av det samme faktiske forholdet etter at stevning er tatt ut. Som nevnt, fant nemnda i sin siste vurdering ikke «*grunnlag for å betvile*» at klagerens mor var død, mens den i tidligere avgjørelser hadde lagt «*betydelig vekt*» på det motsatte. En årsak til denne endringen i UNEs vurdering kan være at saken i siste omgang ble behandlet i nemnd med personlig fremmøte. Det opprinnelige vedtaket var fattet av nemndleder alene.

Et annet eksempel på at nemnda endret sin vurdering av saksforholdet etter at stevning var tatt ut, er *sak 17*. Her hadde UNE tapt i tingretten før vedtaket ble omgjort av UNE. Likevel ble omgjøringen kun begrunnet med tilknytningen datteren hadde opparbeidet seg i mellomtiden. Saken omhandler en iransk kvinne og hennes datter, som søkte asyl i Norge i januar 2004. Datteren var da 5 år gammel. I 2006 ble saken berostilt fordi det var varslet endringer i utlendingsforskriften om lengeværende barn i Norge.

I desember 2007 ble saken behandlet i nemndmøte uten personlig fremmøte. UNE kom til at det ikke skulle innvilges oppholdstillatelse på grunnlag av datterens tilknytning til riket. Også flere begjæringer om omgjøring av vedtaket ble avslått, siste gang 11.10.08. UNE la til grunn at det var best for barnet å returnere til Iran.

I april 2009 ble det tatt ut søksmål og framlagt dokumentasjon på at barnet var godt integrert i Norge. Oslo tingrett kom 08.02.2010 til at UNEs avslag var ugyldige på grunn av rettsanvendelsesfeil. Retten fant at nemnda bygget på en gal forståelse av barnets beste og ikke hadde foretatt en forsvarlig vurdering og avveining av de motstående hensyn som gjorde seg gjeldende. Retten viste til at begrunnelsen i avgjørelsene var mangelfull, at barnets beste ikke var forsvarlig vurdert og at konsekvensene for barnet ved retur til hjemlandet ikke var drøftet i avgjørelsene.

UNE anket dommen 8.3.2010, men 18.11.2010, rett før behandlingen i lagmannsretten omgjorde UNE vedtaket. Av vedtaket fremgår at «*I forbindelse med en gjennomgang av praksis i saker som gjelder barns tilknytning til riket ble det anbefalt at den praksis som har utviklet seg i denne type saker etter det såkalte barneberoprojektet ble*

.....
268 Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) pkt. 7.6.4.

avsluttet, bør forankres/etterprøves i nemndmøter. Nemndleder har på denne bakgrunn besluttet å behandle saken som en omgjøringsanmodning i nemndmøte uten personlig frammøte før ankesaken eventuelt behandles i lagmannsretten.»

UNE kom til at barnets tilknytning gjennom oppholdstid, skolegang og alder tilsa at det forelå sterke menneskelige hensyn. De innvandringsregulerende hensynene ble ikke tillagt avgjørende vekt. Datteren var på dette tidspunktet 12 år og 2 måneder gammel og hadde oppholdt seg i Norge i ca. 6 år og 10 måneder.

Det ulovlige oppholdet hadde vart i til sammen ca 1 år og 7 måneder. Moren hadde «*heller ikke medvirket til retur*», ettersom hun ikke hadde lagt frem eller fremskaffet ID- eller reisedokumenter. Hun hadde løyet i forbindelse med asylsøknaden, hun hadde ikke opplyst at de reiste lovlig fra Iran til Hellas.

Nemnda uttalte følgende om barnets situasjon: «*Nemnda vil dessuten bemerke at barnet nå er kommet i en alder, noe over 12 år, hvor det er naturlig å knytte tette vennskap til andre personer på samme alder, noe som er med på å skape en ytterligere tilknytning. Nemnda har også i vurderingen sett hen til den usikkerheten som foreligger ved retur i forhold til hennes situasjon med hensyn til hvem av foreldrene hun vil komme til å bo hos, uten at det er tillagt avgjørende betydning.*»

Også her kan det tenkes at muligheten til muntlig forklaring har spilt inn. Klager ble riktignok ikke tillatt å møte personlig, men til grunn for sin avgjørelse la nemnda de opplysningene som hadde fremkommet under rettssaken i først instans.

Et tredje eksempel på at UNE legger en fornyet vurdering til grunn etter at klageren har fått forklare seg muntlig, er sak 28. Saken var riktignok behandlet i nemnd tidligere, men uten at klageren ble tillatt å møte. En statsløs palestinsk kvinne og hennes sønn som var født i 1992 kom til Norge i 1998, da sønnen var seks år. Sønnen bodde her senere, med unntak av ett års opphold i Syria fra 2004 til 2005. Søknad om asyl etter retur til Norge i 2005 ble endelig avslått av UNE 22.5.2006. Senere i 2006 ble saken berostilt på grunn av de varslede endringene i utlendingsforskriften om lengeværende barn i Norge.

I juli 2007 ble omgjøringsbegjæring behandlet i nemndmøte uten personlig frammøte. UNE kom til at gutten ikke hadde tilstrekkelig tilknytning til riket, og innvilget ikke oppholdstillatelse. I forarbeidene til forskriftsbestemmelsen stod det at det i utgangspunktet stilles krav til uavbrutt oppholdstid i Norge, men at det kan være tilfeller hvor kortvarige opphold utenfor Norge ikke bør være til hinder for at tillatelse gis. UNE mente at ett år i Syria ikke var et slikt «*kortvarig opphold*», og la derfor til grunn at gutten bare hadde to og et halvt års oppholdstid i Norge. UNEs avslag ble flere ganger begjært omgjort, men anmodningene ble avslått, senest 31.08.2009. På det tidspunktet hadde sønnen 4 ½ års oppholdstid.

Den 16.04.2010 ble det sendt varsel om stevning og begjæring om utsatt iverksetting. UNE innkalte etter dette til nemndmøte med personlig frammøte, og innvilget søkerne oppholdstillatelse i 10.09.2010. Nemnda kom til at guttens sterke tilknytning til riket, særlig gjennom de siste årene fra ankomsten i januar 2005, veide tyngre enn de innvandringsregulerende hensynene. UNE la vekt på guttens lange oppholdstid og hans behov for medisinsk behandling. Siden tillatelsen ble gitt på grunnlag av barnets tilknytning, fikk mor ikke selvstendig tillatelse, og siden søkerne ikke hadde dokumentert identiteten sin, ble det gitt tillatelse uten rett til familieforening.

Den 19.06.2009, altså før avslag på omgjøring av 31.08.2009, fikk UNE legeerklæring for klagerens sønn, om at han *er sterkt preget av morens psykiske lidelse og hennes suicidal forsøk. Han ringer moren hver kveld eller besøker henne om morgenen for å sjekke at hun lever. Videre opplyses det at gutten er overvektig, og at det ved BUP vurderes at han i sin depresjon ikke har et naturlig forhold til sin egen kropp. BUP vurderte at guttens psykiske helse og totale helsetilstand er alvorlig påvirket av livssituasjonen han er i, og hans psykiske lidelse forsterkes av usikkerheten i fremtiden».*

Informasjonen om psykiske problemer var ikke ny da stevning ble tatt ut. Forskjellen i saken var at oppholdstiden hadde økt med 1 år, samlet var den nå 5 ½ år. Likevel begrunner UNE vedtaket slik:

«I sum står man overfor et tilfelle der et barn, nå snart 18 år, har opparbeidet så sterk tilknytning til riket, gjennom langvarig oppholdstid, med og uten tillatelse, utdanning, sosial tilknytning og på andre måter, at dette må slå igjennom ut fra det som nå er blitt de psykologiske realiteter for gutten.»

De innvandringsregulerende hensyn i saken bestod av langvarig ulovlig opphold. Man kan vanskelig forstå dette annerledes enn at man i det sistnevnte vedtaket vektlegger de samme faktiske forholdene på en annen måte enn man har gjort tidligere. En årsak til dette kan være at det før dette vedtaket ble fattet ble holdt nemndmøte med personlig fremmøte.

I sak 35 omgjorde UNE sin egen beslutning etter at stevning var tatt ut. En iransk familie med to barn født 1990 og 1999 søkte om asyl i Norge 23.09.2004. UNE avslø familiens asylsøknader i 2006. Fra 2008 til 2010 avslø UNE flere ganger å innvilge familien oppholdstillatelse på grunnlag av barnas tilknytning til riket.

I desember 2010 ble det varslet søksmål, og UNE innkalte deretter til nemndmøte uten personlig frammøte. Hva gjaldt spørsmålet om asyl, jfr. utl § 28 første ledd, fastholdt

nemndleder som avgjorde dette spørsmål alene, tidligere avslag. Hva gjaldt spørsmålet om opphold på humanitært grunnlag, jfr utl § 38 første ledd, ble dette avgjort av nemnd uten personlig fremmøte.

Nemndas flertall mente at den yngste sønnen hadde fått en slik tilknytning til riket at det ikke var til hans beste å bryte opp fra Norge for å returnere til Iran. Omgjøringsvedtaket ble fattet 27.01.2011. Gutten hadde da vært i Norge i nesten ett år til siden forrige avslag. Han var født i 1999, og var altså 12 år på dette tidspunktet

Gjennomgangen viser at stevningen ser ut til å ha indirekte betydning for sakene ved at UNE foretar en grundigere behandling i form av nemndmøte og tillatelse av personlig fremmøte. Dette medfører igjen at UNE foretar en annen vektig av momentene i helhetsvurderingen, noe som kan være avgjørende for resultatet.

Sammendrag:

Sammenlikningen mellom regelverk og praksis viser at praksis er uensartet og like saker behandles ulikt. Det er også regjeringens konklusjon i «*Barn på flukt*». UNE har for vidt spillerom, noe som innebærer dårligere rettssikkerhet for den enkelte. UNE skriver selv at praksis er uensartet, men ser ikke ut til å erkjenne at dette er et problem. Et slikt vidt spillerom for forvaltningen er dermed et hinder for at barnekonvensjonens verdigrunnlag får gjennomslag.

Som nevnt i innledningen, vanskeliggjør nemndas organisering med uavhengige nemndledere en likebehandling av alle saker. Når man heller ikke har andre kontrollmekanismer, som instruksjon av utlendingsmyndighetene, og domstolene ikke kan kontrollere den konkrete interesseavveiningen, vil den eneste veien til bedret rettssikkerhet være en regelendring. A&R mener derfor at det bør oppstilles en klarere regel i lov eller forskrift om når opphold skal gis lengeværende barn. Barn er samfunnets mest sårbare individer, og deres rettigheter bør i større grad bli absolutte og selvstendige rettigheter, ikke tøyelige rettigheter som kan overstyres av andre hensyn.

Våre erfaringer viser videre en klar mangel på barnefaglig kompetanse i forvaltningen. Også regjeringen sier i «*Barn på flukt*» at den barnefaglige kompetansen må styrkes. At man har tatt opp dette som ett av flere tiltak for barn på flukt er en erkjennelse av at dagens kompetanse ikke er god nok.²⁶⁹

Avtale mellom regjeringspartiene om styrking av rettighetene og engangsordning

Regjeringspartiene inngikk etter sonderingene i september en avtale som blant annet omhandler rettsstillingen til lengeværende barn, «*Avtale mellom Venstre, Kristelig*

.....
269 Meld. St. 27 (2011–2012) s. 13.

Folkeparti, Fremskrittspartiet og Høyre om utlendingsfeltet.»

B: Varig ordning som sikrer sterkere vektlegging av barns situasjon

Avtalens punkt B har følgende ordlyd:

«Barns tilknytning til Norge gjennom flere års botid i Norge skal klargjøres gjennom en regelendring som gjør at utlendingsmyndighetene i større grad vektlegger hensynet til hva som er barnefaglig forsvarlig. Forutsetningen er at foreldrene som hovedregel har medvirket til å avklare sin identitet og bidratt til å muliggjøre retur, men at retur ikke har vært mulig.»

A&P er enig i partienes intensjon om å styrke vektleggingen av barnets situasjon. Forutsetningene som er satt for gjennomføringen gir imidlertid grunn til å stille spørsmål ved om gjennomføring av avtalen i det hele tatt kan medføre noen reell endring, siden slike tilfeller rettslig sett allerede med dagens system står sterkt. Det vil sjelden gjøre seg gjeldende sterke innvandringsregulerende hensyn når foreldrene har samarbeidet. Familien har hverken løyet om identitet, forsøkt å utnytte systemet eller liknende. Hvis en familie i et slikt tilfelle likevel skulle vise seg å ha bodd flere år i Norge, for eksempel fordi retur ikke er mulig, følger det da ofte allerede direkte av utl § 38, jfr. utlf., § 8-5 at «*barnet beste*» veier tyngst i saken, og at opphold skal gis.

Ifølge dagens regelverk må foreldrene som hovedregel bidra til å avklare identiteten, jf. utlf. § 8-12, som lyder:

«Som vilkår for oppholdstillatelse etter lovens § 38 kreves det som hovedregel at utlendingen fremskaffer dokumentasjon på sin identitet, jf. lovens § 83 tredje ledd, med mindre det er mest sannsynlig at den oppgitte identiteten er riktig, og

a) utlendingens hjemland mangler en fungerende sentraladministrasjon, eller det av andre grunner er umulig å fremskaffe originalt gyldig pass eller annen tilsvarende legitimasjon med tilstrekkelig notoritet, eller

b) hensynet til søkerens sikkerhet tilsier at vedkommende ikke kan kreves å kontakte hjemlandets myndigheter.»

Ifølge avtalen skal det være et vilkår at foreldrene i tillegg til å «*ha medvirket til å avklare egen identiteten*», har «*bidratt til å muliggjøre retur*», jf. ordlyden «*og*». Selv om det kan gjøre seg gjeldende en viss usikkerhet hva angår forståelsen av «*medvirket*», vil vurderingen av hvilken reell endring avtalen innebærer, i første rekke avhenge av hva som menes med «*bidratt til å muliggjøre retur*». Spørsmålet er med andre ord om man tar sikte på en utvidelse eller innskrenkning av praktiseringen av reglene man

har i dag, hvorvidt man gjør noe mer enn ikke aktivt å motvirke retur. Rent språklig skulle man anta at ren passivitet faller utenfor kriteriet «*bidratt*». I dag er passivitet og det å ikke respektere utreisefristen et innvandringsregulerende hensyn av mindre betydning.²⁷⁰ Om det kreves aktivt samarbeid fra søkerne vil det altså innebære en innstramning, og hensynet til barnets beste svekkes i de sakene hvor foreldrene ikke aktivt har bidratt til retur, det vil si i de aller fleste sakene der opphold på grunn av barns tilknytning til riket er aktuelt. Dette er for det første vanskelig forenlig med intensjonen med avtalen, som fremgår av første ledd: at utlendingsmyndighetene i større grad skal vektlegge hensynet til hva som er barnefaglig forsvarlig. Om det i større grad skal legges vekt på hensynet til «*barnets beste*», kan man ikke samtidig styrke identifikasjonen med foreldrenes ulovlige handlinger.

For det andre vil en innstramning være i strid med den intensjon som er kommet til uttrykk i Stortingsmeldingen om at hensynet til barnets beste skal tillegges mer vekt. Et tredje problem er de rettslige skrankene: Regelverket ligger allerede i dag på grensen for hva Norges internasjonale forpliktelser tillater, og det vil kunne være i strid med Barnekonvensjonen å innføre strengere regel enn den vi har i dag.

Vi mener det vil være mer hensiktsmessig å vurdere andre sanksjoner ovenfor foreldrene enn nektelse av oppholdstillatelse. På den måten vil man kunne holde foreldrene ansvarlig uten at det går utover barna.

C: Engangsløsning for langtidsboende barn og deres familier fra land med returavtale

Videre følger det av avtalens punkt C:

«Definisjon av tid: Utgangspunktet for tidsregningen er når søknaden om opphold første gang ble levert for barnet eller når barnet ble født. Hvis det er dokumentert at barnet i perioden har opphold seg i utlandet, skal denne tiden trekkes fra.

Hvor bor barnet/familien: Vilkåret er at barnet bor i mottak eller på annen måte kan dokumentere opphold i Norge.

Status: Engangsløsningen gjelder de som ikke har en tillatelse, ved at de har fått et endelig avslag, og de som ikke har en ferdigbehandlet sak på en gitt dato.

Engangsløsningen gjelder barn og deres familie (foreldre og enslige søsken under 18 år som oppholder seg sammen med barnet) hvor det er mer enn tre år siden søknad om asyl. Forutsetningen er at foreldrene som hovedregel medvirker til å avklare sin

.....
²⁷⁰ Meld. St. 27 (2011–2012) s. 56.

identitet. De må komme fra land med returavtale og søknaden må være registrert før returavtalen trådte i kraft.»

Forslaget til endring i utlf. § 8-13, er nærmere beskrevet i høringsbrev fra Justis- og Beredskapsdepartementet.²⁷¹

Vilkåret å ha «*bidratt til å muliggjøre retur*», gjøres ikke gjeldende for engangsløsningen i pkt. C. Når det gjelder vilkåret om at foreldrene må «*medvirke til å avklare sin og barnets identitet*», gjelder det samme som nevnt i drøftelsen av avtalens punkt B, en viss usikkerhet hva angår forståelsen av «medvirket», men at hovedbemyndringen knytter seg til kravet «*bidratt til å muliggjøre retur*»: Hovedandelen av sakene som gjelder lengeværende barn gjelder nettopp *ikke* slike saker: I sakene der familien har avklart identiteten og bidratt til å muliggjøre retur, vil familiene som oftest også rent faktisk bli returnert, og oppholdstillatelse i Norge ikke lenger være aktuelt.

Det samme gjelder vilkåret om at familien må komme fra et land med returavtale. De fleste familiene som har oppgitt rett identitet og som kommer fra et land med returavtale, vil være returnert før det blir snakk om en slik tilknytning til Norge for barnet at familien får amnesti. Et engangsamnesti vil dessuten bare løse situasjonen i dag, og ikke på sikt.

5.3.4 *Særlig om domstolenes prøvingsrom vedrørende barnekonvensjonens art. 3*

5.3.4.1 *Utgangspunktet – fritt skjønn med skjerpet begrunnelsesplikt*

Domstolenes kontroll med forvaltningens vedtak er en grunnleggende rettsikkerhetsgaranti. Domstolene kan alltid prøve saksbehandlingen ved forvaltningens vedtak, lovtolkningen og om vedtaket bygger på riktig faktum. Av Høyesterett er faktum presisert til å gjelde rettsfakta på vedtakstidspunktet.²⁷² I tillegg kan domstolene prøve om det foreligger myndighetsoverskridelse. Om domstolene kan prøve subsumsjonen, altså den konkrete rettsanvendelsen, avhenger av hvilken regel det er snakk om å anvende. Når det gjelder saker om lengeværende barn, er det flere vurderinger det kan være aktuelt å prøve: For det første fastleggelsen av om videre opphold i Norge er i barnets beste interesser og hvor tungtveiende interessene skal være. Dersom hensynet til barnets beste tilsier at oppholdstillatelse skal gis, er spørsmålet også om avveiningen mellom

.....
271 Justis- og Beredskapsdepartementet, Høring – endring i utlendingsforskriften (engangsløsning for lengeværende barn) datert 11.04.2014, med høringsfrist 23.05.2014.

272 Rt. 2012 s. 1985 (Asylbarndom I) avsnitt 79, 81 og 98.

dette hensynet og de innvandringsregulerende hensyn, kan overprøves.

Når det gjelder utl. § 38 generelt, følger det at oppholdstillatelse «*kan*» gis. Ordlyden viser at skjønnsutøvelsen er såkalt «fritt skjønn» innenfor rammen av internasjonale forpliktelser. Det konkrete skjønn kan da ikke prøves utover en kontroll av om skjønnnet er tilstrekkelig bredt og saklig, og at resultatet ikke fremstår som åpenbart urimelig.²⁷³ At det skal være fritt skjønn følger også av forarbeidene.

I Asylbarndom I²⁷⁴ foretok Høyesterett i plenum en grundig gjennomgang av rettskildene. Også her slår Høyesterett fast at § 38 er underlagt forvaltningens frie skjønn, men likevel slik at skjønnnet ikke er like fritt når det gjelder vedtak som berører barn. Det kreves ifølge lov og forskrift at barnets beste skal tillegges vekt som et grunnleggende hensyn, og at barns tilknytning til riket *skal* tillegges særlig vekt. Et samlet Høyesterett har likevel uttrykt tilslutning til den presisering at den «*konkrete vurderingen av barnets beste hører under forvaltningens frie skjønn*».²⁷⁵ Plenumsdommene slår videre fast at avveiningen mellom hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn er underlagt forvaltningens frie skjønn, det vil si at den ikke kan overprøves av domstolene.

Når det gjelder hva domstolene *kan* prøve, viste Høyesterett til Rt. 2009 s. 1261, der det i avsnitt 77 konkluderes med at

*«[d]omstolenes oppgave blir ... å kontrollere forvaltningens generelle forståelse av begrepet <barnets beste> på det aktuelle saksområdet, og at hensynet er forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn. Den konkrete vurderingen av barnets beste, og den konkrete interesseavveiningen, hører derimot under forvaltningens frie skjønn.»*²⁷⁶

Videre uttalte Høyesterett (i Asylbarndom I):

«Oppsummert 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.

.....
273 Rt. 2012 s. 2025 (Asylbarndom II) avsnitt 68.

274 Rt. 2012 s. 1985.

275 Høyesterett viser her til uttalelsen i Rt. 2009 s. 1261, se Rt. 2012, avsnitt 146-147 (flertallet) og avsnitt 203 (mindretallet).

276 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 146.

Det har vært innvendt at domstolene ikke kan kontrollere at hensynet til barnet er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn uten å prøve selve skjønnet. Dette er jeg ikke enig i. Domstolene må kunne foreta sin kontroll ut fra den begrunnelsen som er gitt i vedtaket. Jeg viser til utlendingsforskriften § 17-1a, som fastsetter at vedtak som berører barn som hovedregel skal begrunnes slik at det fremkommer hvilke vurderinger som har vært foretatt av barnets situasjon, herunder hvordan hensynet til barnets beste er vektlagt. En slik begrunnelse vil være tilstrekkelig for den kontrollen domstolen skal foreta.»²⁷⁷

Dette betyr at domstolene for det første kan prøve om begrunnelsen er tilstrekkelig omfattende, og for det andre om det fremgår av begrunnelsen at alle sider ved barnets beste har vært vurdert, hvilke dette er, og at barnets beste har vært et grunnleggende hensyn. Domstolen kan også prøve selve vurderingene som fremgår av vedtaket for å kontrollere at barnets beste har vært et grunnleggende hensyn.

FN har etter plenumsdommene publisert General Comment nr. 14 (2013) som også må forstås slik at domstolene har et selvstendig ansvar for å opplyse og vurdere de sider av saken som innbefatter BK art. 3 og barnets beste:

«Article 3, paragraph 1, creates an intrinsic obligation for States, is directly applicable (self-executing) and can be invoked before a court.»²⁷⁸

Uttalelsen ser ut til å utvide domstolenes prøvingsrom betraktelig sammenliknet med det som ble lagt til grunn i plenumsdommene. Kommentaren er i utgangspunktet en relevant rettskilde, jf. Rt. 2009 s. 1261²⁷⁹ og Asylbarndom I²⁸⁰, men Oslo tingrett kom i sak 13-148635 TVI-OTIR/04 til at den ikke er tilstrekkelig tungtveiende til at plenumsdommene ikke lenger er gjeldende rett når det gjelder tolkningen av hva norske domstoler kan prøve.

5.3.4.2 Nærmere om domstolenes prøving

Det ovenstående innebærer at det skal en del til for at domstolen skal kunne sette et vedtak til side som ugyldig. Einarsen uttrykker dette slik:

.....
²⁷⁷ Rt. 2012 s. 1985, avsnitt 149 og 150.

²⁷⁸ CRC/C/GC/14 (2013) avsnitt 6 (a).

²⁷⁹ Avsnitt 43 og 44.

²⁸⁰ Avsnitt 136.

«et tydelig flertall (synes) å ville innrømme forvaltningen (UNE) en nokså bred margin med hensyn til mindre alvorlige feil, uklarheter og ufullstendigheter i vedtakenes premisser.»²⁸¹

Et eksempel på dette er Asylbarndom II, som gjaldt prosedyregruppas sak 36. Saken gjaldt en familie fra Bosnia Herzegovina som hadde fått barn i Norge. Paret kom til Norge 28 februar 2003, fikk 17. September 2003 datteren C. I februar 2012, mens de bodde på mottaket, fikk de en datter til. Ved vedtaket 15. desember 2010 var datteren i familien, C, 7 år og 3 måneder gammel og gikk i 2. klasse i norsk skole. Da familien ble sendt ut i mars 2012, var hun 8 år og 6 måneder med like lang botid her. På vedtakstidspunktet i desember 2010 hadde familien oppholdt seg ulovlig i Norge i om lag 4 år og 10 måneder, mens den ulovlige oppholdstiden ved uttransporteringen var 6 år og 2 måneder.²⁸²

Høyesterett uttalte at «(d)et følger av barnekonvensjonen at forvaltningen også må foreta en forsvarlighetsvurdering» og viste deretter til et sitat fra vedtaket, som viser at «nemnda har lagt vekt på at barnet vil returnere til foreldrenes hjemland sammen med foreldrene, og at dette etter nemndas oppfatning ikke vil reise spesielle problemer.»

Om vedtaket uttalte Høyesterett:

«Etter min oppfatning kan det nok sies at vedtaket har enkelte svakheter i sin oppbygging: Som redegjørelsen foran viser, er hensynet til barnets beste som et grunnleggende hensyn først uttrykkelig trukket fram etter at det er vist til nødvendigheten av å foreta en helhetsvurdering. Men på den annen side er det ved helhetsvurderingen trukket fram som et særlig hensyn at C har opparbeidet seg tilknytning til riket, som er det vesentlige hensynet ved vurderingen av «barnets beste.»²⁸³ Vedtaket ble kjent gyldig på tross av enkelte svakheter.

I etterfølgende praksis er det likevel tydelig at domstolene ikke bare prøver om begrunnelsen er tilstrekkelig omfattende, men også hvordan barnets beste er vurdert og om det er lagt til grunn som et grunnleggende hensyn. Med andre ord må begrunnelsen vise at vurderingene som ligger til grunn for resultatet er tilstrekkelig. Om vedtak kjennes ugyldig er et spørsmål om feilens innvirkning på resultatet. Årsaken til at vedtak kjennes ugyldig på grunn av manglende begrunnelse er at denne kan tyde på at det er mangler ved selve avgjørelsen. Skal domstolskontrollen ha noen realitet, må domstolene altså foreta en kontroll med de vurderinger som ifølge begrunnelsen er foretatt.

.....
281 Einarsen: *Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn?* Jussens venner vol. 48 s. 287-319, s. 311.

282 Rt. 2012 s. 2039, avsnitt 3.

283 Avsnitt 52.

De følgende sakene har ikke vært en del av prosjektet, men de illustrerer at domstolene i tillegg til å overprøve begrunnelsens bredde, også foretar en forsvarlighetskontroll med UNEs vedtak innenfor begrunnelsens rammer.

5.3.4.3 *Borgarting lagmannsretts rettskraftige dom av 24.10.13*²⁸⁴

Saken gjaldt en russisk familie som hadde flyktet til Norge fordi familiefaren ikke ville utføre et oppdrag han var pålagt av FSB. Lagmannsretten kom til at familien kunne henvises til internflukt, men at UNEs avgjørelse var ugyldig fordi skjønnet ved avgjørelsen av om sterke menneskelige hensyn tilsa at sønnen fikk oppholdstillatelse etter utl § 38 var mangelfullt. Sentrale momenter for bedømmelsen av hvilken betydning guttens helsetilstand skulle ha, var ikke vurdert, og UNEs begrunnelse viste ikke hvordan barnets beste var vektlagt som et grunnleggende hensyn.

«Lagmannsretten konstaterer at UNE har tatt riktig rettslig utgangspunkt ved at det i avgjørelsene pekes på barnets beste som et grunnleggende hensyn og at terskelen for å innvilge oppholdstillatelse til barn er lavere enn for voksne. Retten har imidlertid vanskelig for å se hvorledes UNE har anvendt dette utgangspunktet ved bedømmelsen av Bs situasjon.»

Retten viste til at UNE redegjør for praksis om psykiske lidelser, som «åpenbart» er etablert i saker som gjelder voksne. Lagmannsretten uttaler deretter:

«UNEs beslutninger problematiserer ikke anvendelsen av denne praksis på barn, noe som burde vært gjort både fordi terskelen for barn skal være lavere enn for voksne og fordi det ikke er gitt at psykose eller sykdom som kan sidestilles med psykose, er et hensiktsmessig kriterium ved bedømmelse av psykiske lidelser hos barn.»

UNE hadde i sin begrunnelse nøydt seg med å vise til praksis for deretter å konstatere at barnets lidelse ikke var alvorlig nok, uten å begrunne dette nærmere.

Deretter pekte lagmannsretten på at de psykiske lidelsene hadde sin bakgrunn i det anførte asylgrunnlaget. I slike tilfeller skal helsemessige forhold ifølge forarbeidene tillegges særlig vekt. Lagmannsretten mente på den bakgrunn at man burde kunne forvente en omtale av hvilken betydning årsaken til lidelsen skulle tillegges i Bs tilfelle.

Til slutt viste lagmannsretten til at UNE i faktumdelen av en av beslutningene hadde referert en uttalelse fra BUP om sannsynlig forverring av barnets psykiske helsetilstand hvis han skulle bli tvangssendt tilbake til Russland: *«Heller ikke dette momentet behandler UNE i sin vurdering.»*

.....
284 LB-2013-58457.

Etter dette fant lagmannsretten at «*vesentlige momenter knyttet til Bs helsetilstand ikke har blitt vurdert av UNE.*» Skjønnnet var derfor ikke «*tilstrekkelig bredt*», og begrunnelsen viste ikke «*hvorledes barnets beste [var] tillagt vekt som et grunnleggende hensyn.*» Det var dermed «*betydelig tvil*» om hvorvidt UNE hadde vektlagt barnets beste som et grunnleggende hensyn slik loven krever. Kombinasjonen av momentene lagmannsretten hadde fremhevet, krevde «*i det minste en nærmere vurdering som retten ikke ser spor av i UNEs beslutninger.*»

Siden manglene ved UNEs begrunnelse reflekterte en tilsvarende svakhet ved UNEs skjønn som kunne ha hatt betydning for vedtakets innhold, ble vedtaket kjent ugyldig. Lagmannsretten tok altså utgangspunkt i UNEs begrunnelse, men vurderte også sakens faktum opp mot gjeldende regelverk, for eksempel at det skal være en lavere terskel for barn, for å avgjøre om skjønnsutøvelsen var tilfredsstillende.

5.3.4.4 *Neda-saken 08.11.2013*²⁸⁵

Saken gjaldt en familie fra Jordan med fire barn som hadde kommet til Norge i september 2003. Domstolen påpekte at det var uheldig at alle barna ble vurdert under ett, hensett til forskjellen i barnas alder. Også her oppstiller retten nærmere krav til hva som må fremgå av begrunnelsen:

«*det må fremgå av UNEs beslutninger at UNE har vurdert og vektlagt forhold som kan påvirke avveiningen mellom hensynet til barnets beste og hensynet til innvandringsregulerende tiltak. Dette gjelder særlig nye forhold. Nye forhold kan ikke anses vurdert ved at UNE i vedtaket henviser til tidligere beslutninger. Det er ikke nok at det fremgår av beslutningen at UNE har mottatt opplysningene eller at det fremgår at klager har vist til dem i sin begjæring. UNE må vurdere dem, og det må fremgå av beslutningen at det er gjort.*»

Retten presiserer også,

«*... at barnets beste anses som et grunnleggende hensyn i tidligere avslag, innebærer ikke at vekten er endelig fastlagt, og ikke påvirkes av nye opplysninger om barnet.*»

Når det gjelder den konkrete overprøvingen av vedtaket, uttaler retten følgende:

«*At UNE i beslutningen viser at de er kjent med opplysningene, sannsynliggjør ikke at de er vurdert og tillagt vekt ved avveiningen mellom hensynet til barnets beste og*

.....
285 13-076824TVI-OTIR/03.

innvandringsregulerende hensyn. Heller ikke UNEs generelle uttalelse om at helsemessige forhold trekker i retning av at oppholdstillatelse gis, sannsynliggjør dette... At UNE legger til grunn at barnas beste er et grunnleggende hensyn, sannsynliggjør heller ikke at de nye helseopplysningene er vurdert. Dette har UNE også lagt til grunn i tidligere vedtak hvor disse opplysningene ikke var en del av vurderingsgrunnlaget... Vekten av hensynet til Naels beste skal påvirkes av de nye helseopplysningene, og det må fremgå av vedtaket at de har gjort det.»

Mangelen kunne ha påvirket avveiningen mellom hensynet til barnets beste og de innvandringsregulerende hensynene, og var derfor i seg selv nok til at beslutningen er ugyldig. Videre uttalte retten at «Mangelen forsterkes av at ytterligere botid på ett år og ti måneder ikke synes å ha blitt tillagt vekt for noen av barna. Det er usannsynlig at UNE i denne saken vil gi oppholdstillatelse til ett barn. Mangelen kan da også påvirke vurderingen av de øvrige saksøkerne.» Avslaget ble på denne bakgrunn kjent ugyldig. Dommen er anket av staten.

5.3.4.5 Sammenfattende om prøvingen av «barnets beste»

Domstolene kan som nevnt ikke vurdere konkret hvilken vekt hensynet til barnets beste skal ha, men sitatet over viser at domstolen til en viss grad prøver selvstendig når hensynet skal ha *mer* vekt.

Både uttalelsene fra Stortinget i melding nr 27 om «Barn på Flukt» og uttalelser fra domstolsprøvingen av «barnets beste», viser at UNE i mange saker ikke vektlegger barns rettigheter på en korrekt måte, heller ikke innenfor det regelverket som er etablert. Det er konstatert at de politiske intensjonene bak regelverket går lenger i å anerkjenne og respektere barns selvstendige rettigheter, enn utlendingsforvaltningens praksis viser. Regjeringens ønske, med bistand fra Stortinget, om å styrke barnas rettigheter ytterligere ved endringer i regelverket, viser dette klart.

Det er etter A&Ps oppfatning utvilsomt slik at mye av forklaringen på dette ligger i at UNE mangler et kompetanseverktøy for å forstå det barnefaglige element. Det er dette barnefaglige element som FN´s Konvensjon om Barns Rettigheter bygger sitt verdigrunnlag på. Manglende domstolskorrektiv fra Høyesterett i plenumssakene, kan ikke tas til inntekt for at disse elementene av skjønnsutøvelsen utføres betryggende av UNE. Dette skyldes begrensningene i prøvelsesretten det frie skjønn oppstiller. Det er også vår mening at UNE´s oppgave og selvforståelse som et innvandringsregulerende organ, er en reell hindring for at «barnets beste» får nødvendig gjennomslag. Dette er etter vår mening, noe som ligger forankret i vårt system for innvandringsregulering og behandling. Det er derfor påkrevet, å etablere et tydeligere regelverk med klarere

bindende retningslinjer for praktiseringen og vernet av barns rettigheter. Lovgivers intensjoner slik de har kommet til uttrykk, må nedfelles i konkrete lovs- og/eller forskriftsbestemmelser, for å sikre at rettighetene får det nødvendige gjennomslag i konkurransen med innvandringsregulerende hensyn.

5.3.4.6 *EMK Art. 8 om retten til privatliv som skranke for forvaltningens frie skjønn*

Det er prosessuell adgang til å avsi fastsettellesdom for at en utsendelse krenker EMK art. 8 om retten til privatliv.²⁸⁶ EMK art. 8 fungerer derfor som en skranke for forvaltningens frie skjønn. Se kap. 5.3.2.4 om betydningen av EMK art. 8 i slike saker.

5.3.5 *Forslag til nye regler – lengeværende barn – «barnets beste»*

5.3.5.1 *Begrunnelse*

Det fremgår av fremstillingen foran at A&P stiller seg meget kritisk både til eksisterende regelverk, den begrensede domstolsprøving og UNEs anvendelse av forvaltningsskjønn, hva gjelder behandlingen av «barnets beste» i lengeværende barn situasjoner. Det vises bl.a. til kap. 5.3.2 - kap. 5.3.4 foran.

Det er behov for nye regler/lov/forskrift hvor det fastsettes nærmere vilkårene for når opphold skal gis. Siktemålet bør være at barnas rettigheter i større grad bør gjøres absolutte og selvstendige.

Et nytt regelverk må gjennomgående fastlegge at «barnets beste» skal være et grunnleggende hensyn, som i konkurransen med andre hensyn må sikres en særskilt stilling. Det er ikke slik å forstå at ikke andre konkurrerende hensyn kan vei tyngre, men da må det foreligge særlige og konkrete hensyn, som i det enkelte tilfelle må gis forrang. Videre må det sikres at det barnefaglige grunnlaget FN's Konvensjon om Barns Rettigheter er forankret i, videreføres inn i utlendingsmyndighetenes praktisering av regelverket. Det kan bare gjøres gjennom en synliggjøring i regelverket, samtidig som barnefaglig kompetanse inngår som et fast referansegrunnlag i UNE's håndhevelse av regelverket.

Der «barnets beste» taler for at barnet sikres opphold for seg og sin familie, kan ikke generelle innvandringsregulerende mothensyn veie tyngre, dersom det ikke i den konkrete saken foreligger barnefaglige grunner for å tilsidesette hensynet til barnets beste.

.....
286 Rt. 2012 s. 1985.

Videre må det i større grad vektlegges prognoser om hvilke konsekvenser en reetablering/etablering i det landet barnet skal sendes til, får for dets utvikling og velferd. Barnets rettigheter må videre sikres en selvstendig plass i skjønnsvurderingen, slik at det klart kommer til uttrykk av barn har selvstendige rettigheter.

Videre må det i større utstrekning legges til rette for at barna kommer til orde og blir hørt både i UNE og i domstolsbehandlingen, og bruk av barnefaglig sakkyndighet bør bli et fast innslag.

A&P mener å ha påvist at det til tider kan være en logisk brist i argumentasjonen i rettskildene, i og med at de motstående hensynene, «barnets beste» og innvandringsregulerende hensyn ofte vil vokse i takt med hverandre. Dette medfører at hensynet til barnets beste, som i utgangspunktet skal være det grunnleggende hensynet, i realiteten ikke blir mer tungtveiende ettersom tilknytningen blir sterkere, slik uttalelser i både forarbeider og rettspraksis skulle tilsi.

Om regelverket forstås på denne måten, vil man aldri kunne komme i en posisjon der barnets beste blir et «*grunnleggende hensyn*,» og barnekonvensjonens innflytelse på rettsområdet blir illusorisk. Som allerede påvist foran, synes det som man både på politisk hold og fra domstolenes side har erkjent at på ett punkt blir hensynet til barnets beste så tungtveiende at dette må bli avgjørende.²⁸⁷

A&P har videre vanskelig for å forstå hvorfor domstolene i saker hvor barnets beste inngår som en del av avgjørelsesgrunnlaget, ikke skal kunne prøve dette hensynet fullt ut.. Dette skaper en dårlig sammenheng med den praktisering EMD bygger sine standarder på. Barnets beste inngår som et fast prøvingstema i alle saker hvor EMD prøver EMK art 8 og dette kommer eksplisitt til uttrykk i EMD dommen Üner mot Nederland (Grand Chamber 18.10.2006, appl.no. 46410/99) avsnitt 57 og 58. EMD foretar en full prøving av om barnets beste er tilstrekkelig vurdert og vektet mot statens innvandringsregulerende hensyn. Det er en rekke eksempler på at Høyesterett tilpasser sin praksis til EMD´s praksis på rettsområder hvor prøvingstemaet er det samme, jfr. for eksempel forholdsmessigheten i utvisningssaker. Norske domstoler bør derfor foreta en tilsvarende full prøving av barnets beste i alle saker hvor dette er et prøvingstema i UNE´s vedtak.

Det beror etter A&Ps syn på en misforståelse når det gis uttrykk for at begrunnelsen for regelverkets skjønsmessige og uoversiktlige utforming først og fremst er å hindre utnyttelse av systemet og egne barn.²⁸⁸ Tvert imot vil dagens situasjon, der reglene er

.....
287 Se kap. 5. 3.3.2.

288 Se kap. 5. 3.3.2.

skjønnsmessige og politikerne tvetydige i sine uttalelser, medføre et håp for mange om at de har mulighet til å få oppholdstillatelse dersom de prøver å bli i Norge litt til. Man vet at det på et tidspunkt vil gis opphold, bare ikke når. Rettsklarhet kan forhindre dette og dermed også at foreldre utnytter barna sine for å få oppholdstillatelse.

Hensynene som taler mot å oppstille en fast grense i lov eller forskrift blir enda svakere med den situasjonen som nå foreligger, hvor det tas sikte på mer effektiv utsendelse av asylsøkere som har fått endelig avslag.

Hvilke reaksjonsmidler som er naturlig å reagere med overfor foreldre som har brutt utlendingsloven, bør behandles som et separat spørsmål. Skal man sikre at barnets beste legges til grunn som et grunnleggende hensyn, må den nåværende sterke identifikasjonen med foreldrenes handlinger opphøre. I stedet må utlendingsmyndighetene vurdere sanksjoner, mot foreldrene, som i mindre grad rammer barna. I den forbindelse understreker A&P at både utlendingsretten og strafferetten har håndfaste reaksjonsmidler mot foreldre som har brutt utlendingslovens regler og forpliktelser, som ikke er tiltak som rettes mot barna i samme grad som foreldre som gjerningsmenn. Dette reaksjonsregime bør benyttes i større utstrekning enn i dag og vil ramme de som er lovbrytere direkte uten at barns som ikke har brutt loven, blir utsatt.

Basert på den politiske erkjennelse, som bekreftes av A&Ps erfaringer, at det er en klar mangel på barnefaglig kompetanse i forvaltningen, anses det nødvendig å styrke slik kompetanse.

5.3.5.2 *Forslag*

Det har slik A&P ser det, vist seg at generelle retningslinjer for skjønnsutøvelser ikke har vært tilstrekkelig for å virkeliggjøre rettighetenes innhold. Da regelverket ble endret i 2007, påpekte lovgiver at barns tilknytning ble etablert etter 3 år og at 41/2 år med minimum ett års skolegang var tilstrekkelig. A&P har underveis i sin funksjonstid, sett at familier hvor barna har hatt mer enn ti års oppholdstid og sågar blitt født i Norge, ikke har vært tilstrekkelig til opphold etter gjeldende regelverk.²⁸⁹

Dersom barn kommer til Norge i ung skolepliktig alder, vil barnet være mer enn 18 år, uten å komme i posisjon for opphold som følge av sin forankring i Norge. A&P mener dette er en undergraving av de internasjonale rettsforpliktelser Norge har påtatt seg og en uakseptabel neglisjering av hensynet til «barnets beste» i utlendingssaker som omfatter lengeværende barn og en tilsidesettelse av den lovpålagte plikten til å la hensynet være «et grunnleggende hensyn».

.....
289 Se Sak 65.

A&P er kjent med at det for øyeblikket arbeides i Justis -og Beredskapsdepartementet med nye regler i form av en ny utf. § 8-5, som i hht. avtale mellom Venstre, Kristelig Folkeparti, Fremskrittspartiet og Høyere, har et uttalt formål om i større grad å vektlegge hva som er barnefaglig forsvarlig ved behandling av saker som omfatter barn. På den ene siden synes forslaget å ville styrke barns rettigheter og vektlegging av disse, ved å synliggjøre og konkretisere hensynet bak barnets beste. A&P er fornøyd med at det rettes et fokus på intensjonen om å styrke inkorporasjonen av FN's Barnekonvensjons verdigrunnlag og den grunnleggende forutsetningen at barn har egne selvstendige rettigheter og at disse skal være et grunnleggende hensyn ved enhver vurdering som omfatter barn , jfr. også omtalen foran under pkt. 5.3.3.4.

A&P har vurdert om man i den foreliggende situasjon skal avvende det varslede forslag til ny utlf. §8-5. Gitt behovet for en raskest mulig avklaring av den rettslige situasjonen for lengeværende barn, har A&P funnet det riktig på det nåværende tidspunkt i det minste å foreslå en hovedstruktur. Denne bør kunne bidra til klargjøring av hovedspørsmålene knyttet til lengeværende barn og «barnets beste».

Hovedstruktur:

1. Etter 4 1/2 års sammenhengende opphold i Norge hvorav ett år i skolegang, etter at opprinnelig søknad om asyl eller opphold ble innlevert, kan oppholdstillatelse innvilges, dersom ikke konkrete innvandringsregulerende hensyn med styrke taler for at oppholdstillatelse ikke innvilges.
2. Etter 6 års opphold, forutsetningsvis sammenhengende i Norge, skal opphold innvilges. Bare i tilfelle hvor det etter en barnefagelig utredning kan konkluderes med at det vil være mer skadelig å innvilge opphold for barn enn å returnere det til eget eller foreldrenes opprinnelsesland, kan oppholdstillatelse nektes.
3. Hvorvidt barnets øvrige nære familie skal innvilges opphold sammen med barnet, må vurderes med utgangspunkt i barnefaglige vurderinger, ut fra hva som er til barnets beste. Generelle innvandringsregulerende hensyn kan ikke i seg selv være utslagsgivende for vedtak om å nekte opphold til familiemedlemmene.

6. Sammendrag

1. Innledning

Etter drøyt syv års virksomhet går aksjons- og prosedyregruppen (A&P) nå inn i en evalueringsfase. Tiden er kommet for å gi en samlet fremstilling av A&Ps virksomhet, de saker prosjektet har behandlet, de erfaringer man har gjort seg og hvilken lærdom man bør trekke av disse erfaringene. Rapporten munner ut i tre konkrete temaer som gis en mer inngående behandling og hvor det foreslås regelendringer. Dette gjelder offentlig fri sakførsel, klageorganet Utlendingsnemnda (UNE) og lengeværende barns rettsstilling. Det vises til kap. 5.1, 5.2 og 5.3 nedenfor.

1.1 *Hvorfor ble A&P opprettet?*

Det forelå et klart udekket rettshjelpsbehov hos utlendinger, som hadde fått et endelig negativt vedtak mot seg fra UNE. Det man særlig festet seg ved var at så forsvinnende få av det store antall UNE - vedtak, ble rettslig prøvet. Dette var særlig oppsiktsvekkende i disse typer saker, hvor et avslag er av så inngripende betydning for den enkelte utlending og dennes familie.

Årsaken syntes klar, de utlendinger eller asylsøkere som fikk avslag i UNE mot seg, var uten ressurser til å anlegge sak og å betale for advokatbistand. Offentlig rettshjelp var nærmest ikke tilgjengelig. Man konstaterte også at UNE ikke fungerte som det «domstolslignende organ» som lovgiverne i sin tid skapte forventninger om, idet et overveldende flertall av asylsakene ble avgjort av nemndleder alene.

1.3 *Hva skulle A&P oppnå?*

Hensikten med A&P var å styrke den enkelte utlendings / asylsøkers rettsikkerhet ved å gi «access to court» for prøving av prinsipielle UNE vedtak i retten. Ved å muliggjøre rettslig prøvning av UNEs vedtak, særlig vedtak truffet av nemndleder alene, ville man kunne gjennomføre en effektiv kontroll med UNEs saksbehandling, bevisvurdering og rettsanvendelse. Dette ble sett på som særlig viktig, gitt den minimale domstolsprøving som hadde skjedd tidligere.

Ved å tilby gratis rettshjelp og styrke ressursene på saksøkersiden søkte man å oppnå en viss utjevning av den eksisterende ubalansen i partsforholdet mellom saksøker og staten.

Man så for seg at A&Ps deltagelse i den rettspolitiske debatt, ikke minst knyttet til UNEs virksomhet som administrativt klageorgan, kunne komme til å spille en rolle. Dette skyldtes ikke minst verdien av de erfaringer man etter hvert regnet med å samle.

2. *Hvordan A&P har fungert*

2.1 *Generelt*

A&P har fungert som et lavterskeltilbud til ressurssvake utlendinger/ asylsøkere, hvor spørsmålet om bistand er blitt avgjort basert på en begrenset dokumentasjon som er blitt gjennomgått i flere ledd. Henviste saker ble overtatt av privatpraktiserende advokatfirmaer/enkeltstående advokater som fikk anledning til å benytte sakene som praksissaker for sine fullmektiger, under overoppsyn av ansvarlig partner.

2.3 *Behandlede saker – typer og opprinnelsesland*

Saker om asyl utgjør den største saksgruppen. De fleste asylsøkerne kommer fra Iran og Etiopia.

3. *Måloppnåelse – overordnet status*

Totalt har A&P gjennomgått i alt 1755 saker. Opprinnelig er 74 saker henvist til advokat for rettslig prøvning. Totalt 57 er endelig avgjort, herav 36 med positivt resultat og 21 med negativt resultat. Av de 37 saker med positivt resultat, er 13 avgjort ved dom og 23 ved omgjøring etter at søksmålsvarsel er sendt eller stevning uttatt. 9 saker verserer fortsatt, 6 saker er av forskjellige årsaker avvirket før endelig avgjørelse. Det innebærer at av de endelig avgjorte sakene, er ca. 63 % avgjort med positivt resultat for klienten. Det er totalt 41 saker hvor nemndleder i UNE alene har truffet det opprinnelige vedtak. Av disse er 29 saker avgjort med positivt resultat, 10 ved dom og 19 ved omgjøring etter prosessvarsel mottatt av UNE eller stevning uttatt, dvs. medhold i vel 70% av sakene.

4. *A&Ps erfaringer*

4.1 *Det udekkete rettshjelpbehovet*

Eksisterende regler om fri sakførsel tilbyr i disse sakene praktisk talt ingen hjelp fordi, «Utlendingens grunnleggende rettssikkerhet anses tilstrekkelig ivaretatt gjennom den forvaltningsmessige behandlingen av saken».

4.2 *UNE som administrativ ankeinstans*

4.2.1 *Utstrakt bruk av nemndleder alene*

Her påpekes at behandling av asylsaker som hovedregel skal behandles i nemndmøte med personlig fremmøte. Dette følges ikke i praksis. A&P har forgjeves søkt å få tilgang til visse deler av underlagsmaterialet til advokat Henning Harborgs evaluering av UNEs praksis i valg av avgjørelsesform, foretatt i 2008. Basert på A&Ps egne erfaringer sitter man igjen med et helt annet inntrykk av situasjonen enn advokat Harborgs utlegning. Dette illustreres med en summarisk gjengivelse av A&Ps egne saker hvor opprinnelige vedtak er fattet av nemndleder alene, men hvor A&P har fått medhold.

4.2.2 *Den begrensede mulighet for personlig forklaring*

Den omfattende bruk av beslutningsformen nemndleder alene, representerer den mest omfattende begrensning av muligheten for personlig forklaring. Det innebærer at kun et fåtall av asylsøkere får oppleve «den sterkeste siden ved Utlendingsnemnda» som er «at den enkelte asylsøker får anledning til å forklare seg for klageinstansen».

Men selv ved nemndsbehandling med personlig fremmøte gjør det seg gjeldende begrensninger i adgangen til å forklare seg. Dette har bl.a. sammenheng med at asylsøkeren mer behandles som et undersøkelsesobjekt enn en part i nemndmøtet.

4.2.3 *Brudd på forvaltningslovens partsrettigheter – innsyn og uttalerett*

Det er påvist brudd på fvl. §§ 17 og 18 med krav til innsyn, kontradiksjon og uttalerett. Dette innebærer at adgangen til å øve innflytelse på saken fortsatt er klart i favør av UNE og landrådgiverne. Dette skyldes dels den mangelfulle forhåndsorientering til klager og advokat hva gjelder saksnotat og landrappporter, dels muligheten for å bli

avskåret av nemndleder og ikke minst at klager og advokat ikke får være til stede når saksbehandler og landrådgiver svarer på spørsmål fra nemnda, etter at møtet er hevet. Det innebærer at tidligere brudd på forvaltningslovens regler om partens rett til innsyn og til å uttale seg, påvist i 2003, fortsetter i samme spor.

4.2.4 Mangelfull/feilaktig vurdering av asylsøkerens troverdighet

Grunnlaget for å foreta en forsvarlig og realitetsorientert vurdering av asylsøkerens troverdighet svekkes på alvorlig vis av det faktum, at kun de færreste saker behandles i nemnd med rett til personlig fremmøte. At nemnda henviser til en lite detaljert forklaring som avslagsgrunn, uten å ha gitt asylsøkeren anledning til å forklare seg, er en alvorlig saksbehandlingsfeil. A&P har flere eksempler på dette. Men selv med nemndbehandling viser A&Ps praksis at det ofte er svikt og mangler i troverdighetsvurderingen. Betydningen av supplerende landinformasjon er illustrert med eksempler fra A&Ps erfaringer.

4.2.5 Mangelfull/feilaktig vurdering av bevis, beviskrav, bevisbyrde og risikokrav

Det forekommer ofte at bevis- og risikospørsmålene innebærer komplekse vurderinger som ikke egner seg for avgjørelse av nemndleder alene uten mulighet for utdypende og avklarende informasjon fra klager. Dette illustreres ved eksempler fra A&Ps erfaringer. Men selv når saken er behandlet i nemnd viser det seg at vurderingen av bl.a. bevis og risikokrav blir for streng.

4.2.6 Beskjeden domstolskontroll

Det konstateres at det skjer en meget begrenset legalitetskontroll med UNEs vedtak. Det er særlig problematisk fordi det innebærer at UNE, som også er frikoblet fra politisk styring, blir en «stat i staten» uten ytre korrektiv og hvor et minimalt antall saker behandles med personlig fremmøte i nemnd. Dette gjør at sakene blir dårligere opplyst og at risikoen for feilaktige vedtak blir større. UNE er både utreder og beslutter. Konsekvensen er at saksbehandlingen i UNE er lukket og selvforsterkende, uten tilstrekkelig forankring i eksterne rettskilder. Dette gir utfordringer også hva gjelder harmonisering og kontroll av Norges internasjonale rettsforpliktelser, herunder flyktningkonvensjonen, EMK, og barnekonvensjonen. Disse forhold har negativ innvirkning på tilliten og legitimiteten til UNEs vedtak.

4.3 *Lengeværende barn*

Det er etter A&Ps oppfatning behov for reform på området. Dagens system har flere svakheter, hvilket bl.a. A&Ps egne saker har vist. Regelverket er uklart, utydelig og praksis uensartet.

5. *Behovet for endringer*

5.1 *Offentlig fri sakførsel i asyl/utlendingssaker*

Her utdypes de kritiske kommentarer de gjeldende regelverk i kap. 4.1. Det redegjøres nærmere for gjeldende regler for fri sakførsel, herunder mulige internasjonal-rettslige føringer og gjeldende regler i Sverige, Danmark og Finland. De spesielle hensyn som gjør seg gjeldende på utlendingfeltet blir forklart, og det påpekes at den manglende reelle domstolsadgang fører til begrenset legalitetskontroll av UNEs vedtak. Deretter følger i kap. 5.1.6 forslag til endring i gjeldende regler.

Forslaget innebærer at det bør gis fri sakførsel uten behovsprøving i følgende definerte saker:

- Saker om beskyttelse, jfr. utl. § 28.
- Saker om vern mot utsendelse, jfr. utl. § 73.
- Saker om prøving av forholdsmessigheten av utvisningsvedtak, jfr. utl. § 70.
- Saker hvor EMK art. 3 eller EMK art. 8 er påberopt.

I tillegg introduseres en silingsmekanisme og en begrenset prøvning av om saken er prosedabel, representert ved kriteriet «åpenbart grunnløs»

5.2 *Ny ankeinstans i asyl- og utlendingssaker*

5.2.1 *Kritikkverdige forhold ved UNEs saksbehandling*

Det vises til fremstillingen foran i kap. 4.2.1 – 4.2.6 om lovgrunnlag, faktiske forhold og A&Ps egne erfaringer. I den videre vurderingen i kap. 5.2 sammenholdes dette med hensynene bak etableringen av UNE. Det påpekes bl.a. i kap. 5.2.1.1 at det «domstols-lignende organ» lovgiver så for seg, i praksis ikke er blitt realisert. Lovgiver fremhevet også at «den sterkeste siden ved Utlendingnemnda er at den enkelte asylsøker får anledning til å forklare seg for klageinstansen». Som A&P viser, er virkeligheten en helt annen, hvor kun de færreste får oppleve denne «sterkeste siden».

I kap. 5.2.1.3 påpekes at kritikken mot UNEs saksbehandling fremført av Knoff i 2003, fortsatt er aktuell. Det innebærer at tidligere brudd på forvaltningslovens regler om partens rett til innsyn og å uttale seg fortsetter i vesentlig samme spor. Adgangen til å øve innflytelse på sakene er fortsatt klart i favør av UNEs saksbehandlere og landrådgiverne.

Det anføres at det er sannsynlig at de saker som er kommet til A&Ps kjennskap utgjør toppen av et isfjell og at misbruket av denne behandlingsformen har ført til avslag i mange saker hvor behandling i nemndmøte ville ha ført til et annet resultat. Dette gjelder både saker om beskyttelse og i andre utlendingssaker hvor UNEs vedtak vil ha stor velferdsmessig betydning for de berørte. I mange av de saker A&P har vunnet frem har det dreiet seg om svært alvorlige forhold, hvor klagerne hadde møtt livstruende sanksjoner dersom ikke A&P hadde engasjert seg.

I kap. 5.2.1.4 redegjøres for de internasjonale rettslige føringer og i kap. 5.2.1.5 beskrives klageordningene i Sverige, Danmark og Finland.

5.2.2 *Forslag til ny klagesaksprosess*

Her kommenteres Klagesaksutvalgets innstilling i NOU 2010:12. Det uttales bl.a. at utvalgets forslag til reform ikke går langt nok. Etter A&Ps oppfatning representerer forslaget et tilbakeskritt, selv i forhold til dagens situasjon. Det gjøres gjeldende at uten umiddelbar bevisførsel og kontradiktorisk partsprosess for ankeorganet vil rettsikkerheten i utlendings- og asylsaker ikke bli tilfredsstillende ivaretatt. Det er viktig at en reform av UNE innebærer tilstrekkelige endringer slik at klageprosessen er holdbar over tid.

A&Ps konkrete, begrunnede forslag, presenteres i kap. 5.2.2.3. A&P mener at klagesaksbehandlingen i utlendingssaker må organiseres etter de samme grunnleggende regler for god saksbehandling som gjelder for domstolene. Det vil si etter prinsippene om partsoffentlighet, kontradiksjon, muntlighet og bevisumiddelbarhet. Hovedregelen må være at det gjennomføres muntlige forhandlinger i alle saker, men med en betryggende og realitetsbasert ressurstilpasning i den enkelte sak. Blant annet for å unngå en diskusjon om opprettelse av særdomstoler, mener A&P at en smidigere løsning kan være et uavhengig forvaltningsorgan, med Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker som en tjenlig modell. I denne modellen ligger også virkemidler for en betryggende og realitetsbasert ressurstilpasning i den enkelte sak.

5.3 *Lengeværende barn – konkretisering av vilkår*

5.3.1 *Innledning*

Det vises til fremstillingen foran i kap. 4.3 hvor det gjøres gjeldende at det etter A&Ps oppfatning er behov for reform på området.

5.3.2 *Rettslig utgangspunkt for lengeværende barns rettsstilling*

I kap. 5.3.2.1 redegjøres for utl. § 38, som åpner for å gi oppholdstillatelse dersom det bl.a. foreligger «sterke menneskelige hensyn». I saker som berører barn «skal barnets beste være et grunnleggende hensyn».

I kap. 5.3.2.2 påpekes at hva som er «barnets beste» må vurderes konkret i den enkelte sak.

I kap. 5.3.2.3 beskrives avveiningen mellom «barnets beste» og innvandringsregulerende hensyn. Lovforarbeider, Stortingsmeldingen «Barn på flukt» og plenumsdommen i Rt 2012 s. 1985 blir gjennomgått og kommentert. Fra «Barn på flukt» gjengis bl.a. følgende sitat: «*På et tidspunkt vil likevel hensynet til barnets beste måtte gå foran andre hensyn.*»

I kap. 5.3.2.4 redegjøres for EMDs praksis hva gjelder EMK art. 8, hvor det nå er slått fast at personer som har oppholdt seg i et land uten oppholdstillatelse, også kan ha utviklet et privatliv som er beskyttet etter EMK art. 8.

5.3.3 *Manglende samsvar mellom regelverk og praksis*

I kap. 5.3.3.1 uttales bl.a. at en årsak til UNEs strenge og uensartede praksis, er den måten UNE er organisert på og at det ikke skjer en overordnet intern praksisavklaring.

I kap. 5.3.3.2 behandles spørsmålet om forholdet mellom barnets selvstendige rettigheter og identifikasjonen med foreldrenes handlinger. Her gjøres det bl.a. gjeldende at det kan se ut til å være en logisk brist i argumentasjonen i rettskildene, i og med at de motstående hensynene ofte vil vokse i takt med hverandre. Ettersom barnet får sterkere tilknytning, blir nødvendigvis også det ulovlige oppholdet lenger og de innvandringsregulerende hensynene tyngre. Det argumenteres også mot Regjeringens syn om at «*det vil sende uheldige og motstridende signaler hvis det innføres faste ordninger for at oppholdstillatelse skal gis etter et visst antall år i Norge.*»

I kap. 5.3.3.3 uttales det kritikk av den gradvis strengere forvaltningspraksis som har utviklet seg.

I kap. 5.3.3.4 kommenteres UNEs rapport «Ett år etter barn på flukt». Det anføres at det ikke ser ut til at UNE har tatt til seg den «klargjøring» av utlf. § 8-5 som regjeringen ga uttrykk for i «Barn på flukt».

Deretter redegjøres det for eksempler fra A&Ps saker, hvor det bl.a. er flere tilfeller av omgjøring til gunst for klageren, etter at prosessvarsel eller stevning er sendt til UNE. En av erfaringene er at det er en klar mangel på barnefaglig kompetanse i forvaltningen.

«Avtale mellom regjeringspartiene om styrking av rettighetene og engangsordning», som omfatter punkt «B: Varig ordning som sikrer sterkere vektlegging av barns situasjon» og «C: Engangsløsning for langtidsboende barn og deres familier fra land med returavtale», blir kommentert. Det reises spørsmål om hvilken reell endring avtalens punkt B og C, med foreslåtte endring i utlf. §§ 8-5 og 8-13 vil innebære. Dette vil kunne være avhengig av forståelsen av vilkårene «*bidratt til å muliggjøre retur*» og «medvirker til å avklare sin identitet».

5.3.4 *Særlig om domstolenes prøvingsrom vedrørende barnekonvensjonens art. 3*

I kap. 5.3.4.1 drøftes utgangspunktet for domstolsprøvingen, fritt skjønn med skjerpet begrunnelsesplikt. Deretter foretas en nærmere analyse av plenumsdommen i Rt. 2012 s. 1985. Med utgangspunkt i at FN etter plenumsdommene har publisert General Comment nr. 14 (2013) hevdes det at domstolenes prøvingsrom synes å være utvidet betraktelig sammenlignet med hva plenumsdommene la til grunn.

I kap. 5.3.4.2 redegjøres det nærmere for domstolenes prøving. I kap. 5.3.4.3 omtales Borgarting lagmannsretts rettskraftige dom av 24.10.2013 og i kap. 5.3.4.4 omtales Oslo tingretts dom av 08.11.2013 (Neda-saken) ingen av disse er A&P saker. I kap. 5.3.4.5 gis det sammenfattende kommentarer til domstolenes prøving av «barnets beste». Her gis det bl.a. uttrykk for at UNE i mange saker ikke vektlegger barns rettigheter på en korrekt måte, selv ikke innenfor det regelverket som er etablert. I kap. 5.3.4.6 påpekes det at EMK art. 8 om retten til privatliv, fungerer som en skranke for forvaltningens frie skjønn.

5.3.5 Forslag til nye regler – lengeværende barn - «barnets beste»

5.3.5.1 Begrunnelse

Det anføres bl.a. at et nytt regelverk må gjennomgående fastlegge at «barnets beste» skal være et grunnleggende hensyn, som i konkurranse med andre hensyn må sikres en særskilt stilling. Videre må det sikres at det barnefaglige grunnlaget FN´s Konvensjon om Barns Rettigheter er forankret i, videreføres i utlendingsmyndighetenes praktisering av regelverket. Hvilke reaksjonsmidler som er naturlig å reagere med overfor foreldre som har brutt utlendingsloven, bør behandles som et separat spørsmål, atskilt fra spørsmålet om barns rett til opphold.

5.3.5.2 Forslag

Det har slik A&P ser det, vist seg at generelle retningslinjer for skjønnsutøvelse hva gjelder lengeværende barn og «barnets beste» ikke har vært tilstrekkelig for å virkeliggjøre rettighetenes innhold.

A&P har vurdert om man i den foreliggende situasjon skal avvende det varslede forslag til ny utlf. §8-5. Gitt behovet for en raskest mulig avklaring av den rettslige situasjonen for lengeværende barn, har A&P funnet det riktig på det nåværende tidspunkt i det minste å foreslå en hovedstruktur. Denne bør kunne bidra til klargjøring av hovedspørsmålene knyttet til lengeværende barn og «barnets beste».

Hovedstruktur:

1. Etter 4 1/2 års sammenhengende opphold i Norge hvorav ett år i skolegang, etter at opprinnelig søknad om asyl eller opphold ble innlevert, kan oppholdstillatelse innvilges, dersom ikke konkrete innvandringsregulerende hensyn med styrke taler for at oppholdstillatelse ikke innvilges.
2. Etter 6 års opphold, forutsetningsvis sammenhengende i Norge, skal opphold innvilges. Bare i tilfelle hvor det etter en barnefagelig utredning kan konkluderes med at det vil være mer skadelig å innvilge opphold for barn enn å returnere det til eget eller foreldrenes opprinnelsesland, kan oppholdstillatelse nektes.
3. Hvorvidt barnets øvrige nære familie skal innvilges opphold sammen med barnet, må vurderes med utgangspunkt i barnefaglige vurderinger, ut fra hva som er til «barnets beste». Generelle innvandringsregulerende hensyn kan ikke i seg selv være utslagsgivende for vedtak om å nekte opphold til familiemedlemmene.

Vedlegg 1

SØKNADSSKJEMA

Hjelp til rettslig prøving av utlendingssak

Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe
Kristian Augustsgate 9, 0164 Oslo, tlf 22 03 50 50 (tirsdag & torsdag kl 13-14)
prosedyregruppe@advokatforeningen.no
www.advokatenhjelperdeg.no

Etternavn: _____

Fornavn: _____

Adresse: _____

Telefon: _____

Fødselsdato: _____

Inntekt: _____

Tidligere advokats navn: _____

Kryss av for hvilke dokumenter som er vedlagt søknaden. Dersom du mangler noen av disse dokumentene, kan du få kopi ved henvendelse til Utlendingsnemnda, Utlendingsdirektoratet, Politiet eller tidligere advokat.

1. Egenerklæring/registrerings skjema
2. Asylintervju
3. Vedtak fra Utlendingsdirektoratet (UDI)
4. Vedtak fra Utlendingsnemnda (UNE)
5. Avslag på omgjøringsbegjæring

I asylsaker må dokument 1-4 være vedlagt søknaden. Dersom det er søkt omgjøring, må også dokument 5 være vedlagt. I saker om familiegjenforening, utvisning eller annet, må alle søknader, vedtak og annen relevant dokumentasjon være vedlagt.

Skriv under på dette: Jeg har lest og forstått vedlagte standardorientering, og ønsker advokatbistand til rettslig prøving av endelig vedtak fra Utlendingsnemnda.

Jeg gir aksjons- og prosedyregruppens medarbeidere tillatelse til å innhente opplysninger om min utlendingssak fra utlendingsmyndighetene og andre som har taushetsplikt.

Sted og dato

Navn/underskrift

Vedlegg 2

Behandlingsregler for Advokatforeningens Aksjons- og Prosedyregruppe i utlendingsrett

§ 1 Aksjons- og Prosedyregruppens sammensetning

Aksjons- og Prosedyregruppen i utlendingsrett skal bestå av et sekretariat og en referansegruppe.

Sekretariatet ledes av en juridisk rådgiver fra Advokatforeningen, og skal i tillegg bestå av ansatte utredere.

Aksjons- og Prosedyregruppen ledes av en leder og en nestleder som begge er advokater og medlemmer av Advokatforeningen. Disse er også leder og nestleder for referansegruppen.

Referansegruppen, med minimum 3 og maksimalt 10 medlemmer, skal bestå av advokater som er medlemmer av Advokatforeningen, og andre personer/organisasjoner som har særlig kunnskap om internasjonale rettsforhold og utledningsrett.

Aksjons- og Prosedyregruppen knytter til seg prosedyreadvokater som skal fungere som prosessfullmektiger for utlendinger i de enkeltsaker man beslutter å følge opp.

§ 2 Aksjons- og Prosedyregruppens oppgaver

Aksjons- og Prosedyregruppens oppgaver skal være:

- a) Å motta og behandle anmodninger om bistand i utledningsrettslige problemstillinger fra advokater som er medlem av Advokatforeningen.
- b) Å motta og behandle anmodninger om bistand fra enkeltpersoner med utledningsrettslige problemstillinger.

§ 3 Kriterier for bistand fra Aksjons- og Prosedyregruppen til enkeltpersoner

Forutsetning for bistand til enkeltpersoner som nevnt i § 2 b) er at vedkommende utlendings sak er endelig avgjort av utlendingsmyndighetene, eller at saken gjelder nektet utsatt iverksettelse eller andre beslutninger bestemmende for utlendingens rettsstilling i Norge. Videre forutsetning for slik bistand er at vedkommende på tidspunktet for forespørselen ikke er representert ved annen advokat, eller at rettshjelpstilbudet anses å være uttømt eller ikke er tilgjengelig.

I særlige tilfeller kan også anmodninger i andre saker behandles.

§ 4 Sekretariatets arbeid

a) Anmodninger fra advokater etter § 2 a) behandles av sekretariatet. Dersom det er nødvendig kontaktes leder eller nestleder for Aksjons- og Prosedyregruppen.

b) Anmodninger fra enkeltpersoner etter § 2 b) rettes til sekretariatet. Anmodningen fremsettes skriftlig og må være på norsk for å kunne tas til behandling. Som vedlegg til anmodningen skal følge UNEs, evt. UDIs, vedtak/beslutning, samt opplysning om evt. utreisefrist.

Aksjons- og Prosedyregruppens leder eller nestleder kan etter omstendighetene samtykke i at muntlige anmodninger eller anmodninger på andre språk behandles. I slike tilfeller sørger sekretariatet for at det minimum nedtegnes et kort resymé på norsk. Anmodninger journalføres etter innkommende dato.

c) Dersom enkeltpersoner som anmoder Aksjons- og Prosedyregruppen om bistand har vært representert ved advokat, jfr. § 3, skal advokaten kontaktes for å avklare om vedkommende fortsatt skal representere denne. Hvis svaret er bekreftende skal i utgangspunktet utlendingen henvises til vedkommende advokat. Dersom advokaten ikke lenger skal bistå klienten, fortsetter sekretariatet sin behandling av saken.

d) Dersom advokaten ikke lenger skal bistå klienten og sekretariatet tar saken til behandling, skal sekretariatet etter behov be om oversendelse av dokumentene.

e) Etter at anmodningen er registret og representasjonsforholdet er avklart, skal sekretariatet utarbeide en kort redegjørelse i saken. Etter dette skal det avgjøres om saken skal avvises eller behandles videre.

f) Dersom sekretariatet finner at saken ikke har rimelig utsikt til å vinne frem eller for øvrig faller utenfor Aksjons- og Prosedyregruppens oppgaver, eller er åpenbart grunnløs, avvises saken på dette nivået. Saken kan også avvises dersom de dokumenter som etterspørres ikke oversendes sekretariatet etter en nærmere fastsatt frist. Sekretariatets avvisning skjer etter konsultasjon med leder eller nestleder eller en særskilt utpekt advokat fra referansegruppen.

g) Dersom saken ikke avvises av sekretariatet skal den fremlegges for referansegruppen med sekretariatets innstilling om avvisning eller videre behandling. Referansegruppen tar stilling til disse spørsmål overensstemmende med reglene i § 5 nedenfor.

§ 5 Referansegruppens arbeid

Referansegruppen skal møtes en gang per måned eller så ofte det er behov for dette.

Referansegruppen skal ta stilling til de saker som kommer inn til Aksjons- og Prosedyregruppen, og som ikke blir avvist etter § 4 f.

De saker som referansegruppen mener det ikke er grunnlag for å forfølge videre besluttes avvist av referansegruppen.

Dersom referansegruppen beslutter at Aksjons- og Prosedyregruppen skal yte bistand i saken, kontaktes en advokat i prosedyreutvalget med forespørsel om å prosedere saken i første instans. I bekreftende fall tilbys prosessfullmektigen faglig bistand.

Referansegruppens avgjørelser treffes ved simpelt flertall. I tilfelle av stemmelikhet har referansegruppens leder, eller i lederens fravær, nestleder eller annen særskilt utpekt møteleder, dobbeltstemme.

§ 6 Prosedyreadvokatenes arbeid

Prosedyreadvokatene tilknyttet Aksjons- og Prosedyregruppen utpekes etter beslutning fra referansegruppen.

Bistand fra prosedyreadvokatene gis på «no cure no pay»-basis.

Advokaten pålegges på ethvert trinn av saken å vurdere om det er grunnlag for å søke om fri saksførsel.

Enkeltpersonen som mottar bistand fra en av prosedyreadvokatene kan pålegges å dekke rettsgebyr og sidekostnader, i tillegg til å erstatte statens/motpartens tilkjente saksomkostninger.

Prosedyreadvokaten betaler 15 % av evt. tilkjente saksomkostninger til Aksjons- og Prosedyregruppen som tilretteleggelsehonorar for saken. Forfall er to uker etter at salæret har innkommet.

§ 7 Klageadgang

De beslutninger som fattes etter disse behandlingsregler kan ikke påklages.

§ 8 Taushetsplikt

Forvaltningslovens § 13 og §§ 13 a-f om taushetsplikt gjelder for de som er tilknyttet Aksjons- og Prosedyregruppen.

Vedlegg 3

STANDARDORIENTERING TIL SØKERE

Advokatforeningens Aksjons- og prosedyregruppe
Kristian Augustsgate 9, 0164 Oslo, tlf 22 03 50 50
prosedyregruppe@advokatforeningen.no / www.advokatenhjelperdeg.no

Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe i utlendingsrett tilbyr hjelp til domstolsprøving av utlendingsmyndighetenes vedtak. Vi velger kun ut prinsipielle saker med en rimelig mulighet til å vinne frem i rettssystemet. Vi må dessverre avslå ca 95 % av alle søknader om bistand. Det er ikke mulig å klage på våre beslutninger.

Du kan søke aksjons- og prosedyregruppen om hjelp dersom:

- du er asylsøker eller innvandrer
- saken din er **endelig avgjort** av utlendingsmyndighetene, og
- du **ikke** har **omgjøringsbegjæring** til behandling hos UNE
- du **ikke er representert** ved annen advokat

Det vil være økonomisk risiko ved å gå til rettssak, selv om du får hjelp av aksjons- og prosedyregruppen. Dersom aksjons- og prosedyregruppen vil hjelpe deg med domstolsprøving av din sak, slipper du å betale for din advokat. Men dersom du ikke vinner i domstolen, vil du som hovedregel måtte betale statens saksomkostninger, samt rettsgebyr og sidekostnader. Aksjons- og prosedyregruppen tilbyr i utgangspunktet kun bistand til domstolsprøving i første instans (tingretten). Det vil være opp til den prosederende advokat eventuelt å føre saken for ankedomstolen.

Slik søker du:

- Vi tar kun i mot **skriftlige søknader**. Vennligst send pr. post, e-post eller lever ved vårt kontor.
- Vi har **ikke personlige møter** med søkere.
- Søknaden må være på norsk eller engelsk, og innholde:
 1. I asylsaker må også egenerklæring/**registreringsskjema** og **asylintervju** vedlegges.
 2. **Vedtak** fra Utlendingsdirektoratet (UDI)
 3. Endelig **vedtak** fra Utlendingsnemnda (UNE)
 4. **Svar** på omgjøringsbegjæring (hvis det er søkt om omgjøring)
 5. Aksjons- og prosedyregruppens søknadsskjema. Skjemaet kan lastes ned på www.advokatenhjelperdeg.no/artikler/gratis-advokathjelp-i-utlendingssaker/.

Har du tidligere hatt advokat, vil vi kontakte denne advokaten for å avklare oppdraget. Saken vil kunne bli avvist dersom du ikke lenger er i Norge.

Du vil motta en skriftlig bekreftelse på mottatt søknad, og deretter et **sva**r innen **10 uker**. Dokumentene vil bli returnert til deg når saken avsluttes. Dersom vi ikke får kontakt med deg, vil dokumentene etter en tid bli destruert. Dersom du endrer adresse eller telefonnummer før det, må du informere oss om dette. Vi besvarer e-post og telefon **tirsdag og torsdag kl 13-14**.

Vi har taushetsplikt om de opplysninger vi blir kjent med som følge av arbeidet med din sak. Det er frivillig å søke om bistand og gi personlig informasjon til aksjons- og prosedyregruppen. Personopplysningene i dine saksdokumenter vil kun bli brukt for det formål å muligens bringe saken for retten. Informasjonen vil kun bli spredd til samarbeidspartnere og myndigheter i den grad dette er nødvendig for å oppfylle dette formålet. Advokatforeningens styre er behandlingsansvarlig for informasjonshåndteringen. Mer informasjon om prosjektet, gruppens mandat og behandlingsregler, kan finnes på www.advokatenhjelperdeg.no eller www.advokatforeningen.no.

Vedlegg 4

Personer tilknyttet Advokatforeningens aksjons – og prosedyregruppe i utlendingsrett 2007-2014

Ledelse

Arild Humlen, leder

Jonas W. Myhre, nestleder

Koordinatorer ansatt i Advokatforeningen

Jannicke Naustdal

Jan Rino Austdal

Stian Oen

Studentmedarbeidere

Maria Bergram-Aas

Øystein Block

Martin Eiebakke

Fredrik Ellingsen

Helle Aase Falkenberg

Ella Havnevik Giske

Ida Jordal

Maria Pitz Jacobsen

Hanne Krogenæs

Tine Larsen

Inga Laupstad

Elise Gedde Metz

Mari S. Morken

Elise Nygaard

Erik Osvik

Rachna Rohatgi

Mari S. Seilskjær

Ida Moen Ødegård

Medlemmer av Referansegruppen

Maria Montes Amundsen, advokat

Cecilia Bailliet, professor dr. juris, Institutt for offentlig rett (UiO)

Kjell Dahl, advokat

Ivar Dale, Den norske Helsingforskomite

Halvor Frihagen, advokat

Andreas Furuseth, NOAS

Ole Lilleås, Den norske Helsingforskomite

Berit Lindeman, Den norske Helsingforskomite

Anna Maria Lundberg, Norsk senter for menneskerettigheter (UiO)

Jon Ole Martinsen, SEIF/NOAS

Geir Nese, Amnesty International

Marius Sandvig, advokat

Cecilie Schjatvet, advokat

Beate Slydal, Amnesty International

Paula Talonen, NOAS

Morten Tjessem, NOAS

Bente Mostad Tjugum, advokat

Vigdis Vevstad, professor dr. juris

Vedlegg 5

Advokatfirmaer og advokater som har ført saker for Advokatforeningens Aksjons- og prosedyreprosjekt 2007-2014

Advokat Jonas W. Myhre
Advokat Knut Rognlien
Advokatfirma Ræder DA
Advokatfirmaet BA-HR DA
Advokatfirmaet Eckhoff, Fosmark & CO DA
Advokatfirmaet Elden DA
Advokatfirmaet Hestenes og Dramer & Co ANS
Advokatfirmaet Hjort DA
Advokatfirmaet Hoff, Schøning & Tjugum DA
Advokatfirmaet Lund & Co DA
Advokatfirmaet Schjødt AS
Advokatfirmaet Selmer DA
Advokatfirmaet Stabell & Co
Advokatfirmaet Staff AS
Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA
Advokatfirmaet Thommessen AS
Advokatfirmaet Wiersholm AS
Arntzen de Besche Advokatfirma AS
Deloitte Advokatfirma AS
Ernst & Young Advokatfirma AS
Humlen & Rieber-Mohn
Reiss-Andersen & Co Advokater MNA i kontorfallskap
Simonsen Advokatfirma DA
Wikborg, Rein & CO Advokatfirma AS

Vedlegg 6

Sakspresentasjon av henviste saker
– avgjort av domstol eller av UNE ved omgjøring

Oppdatert pr. 12.06.14.

I det følgende benyttes fortløpende nummerering av sakene som samsvarer med nummerering i A&P-rapporten av 2014. Tallene i parentes referer til sammendragene i Juss-buss' jubileumstidsskrift.

1.(1) Sterke menneskelige hensyn, helsemessige forhold

Utlendingsloven (1988) § 8 annet ledd

Nemndleder alene

En mann med alvorlige nyreproblemer var avhengig av medisinsk behandling for å overleve, men hadde fått avslag på behandling i hjemlandet Albania. Han kom til Norge og søkte asyl i 2004. UNE la til grunn at det fantes behandlingstilbud i hjemlandet, og at klageren hadde tilgang til slik behandling. Søknaden ble derfor avslått i desember 2006. Etter at det ble sendt inn bekreftelser fra helsemyndighetene i hjemlandet om at de ikke hadde kapasitet til å hjelpe vedkommende, og A&P besluttet å forfølge saken, omgjorde UNE vedtaket i juni 2007 og innvilget søkeren oppholdstillatelse på grunnlag av sterke menneskelige hensyn.

I betraktning av at UNE omgjorde sitt vedtak før prosessvarsel var sendt, er saken ikke med i oppregningen av saker som i A&Ps statistikk endte med positivt resultat.

2. Trukket etter stevning ble sendt

3. (7)(Medhold) Restfare, tvilsrisiko og helseforhold

Utlendingsloven (1988) § 8 annet ledd

Nemndleder alene

Mor og sønn fra Usbekistan søkte asyl i Norge i 2003. Flere av deres nære familiemedlemmer var drept, og det ble anført at dette hadde sammenheng med familiens etniske og religiøse bakgrunn. Sønnen var i tillegg alvorlig psykisk syk.

UNE mente at personer med denne etniske og religiøse bakgrunnen ikke risikerer forfølgelse på generelt grunnlag, og at det ikke var noe som tydet på at dødsfallene i familien kunne knyttes til en konvensjonsgrunn. De mente også at sønnen kunne få helsemessig oppfølging i hjemlandet. Flere senere omgjøringsbegjæringer ble også avslått av UNE.

I 2007 ble det tatt ut stevning, og det ble blant annet vist til at situasjonen i hjemlandet var svært usikker. I 2008 innkalte UNE til nemndmøte med personlig frammøte. Nemnda mente at det ikke var nærliggende fare for at de to skulle miste livet eller bli utsatt for umenneskelig behandling, men at det likevel forelå tvil om hva som ville skje med dem ved retur. UNE la til grunn at hjemlandets myndigheter visste at de hadde søkt asyl, og at det var usikkert hva de ville risikere av tiltak ved retur. UNE mente at denne tvilen måtte komme søkerne til gode. Nemnda så også hen til sønnens helsesituasjon. Nemnda kom til at det forelå sterke menneskelige hensyn, og innvilget søkerne oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.

4. Trukket før stevning

5. (4)(Medhold) Beviskrav og troverdighet

Utlendingsloven (1988) § 15 første ledd første punktum

Nemndleder alene

Saken gjaldt et iransk ektepar som søkte asyl i 2003. Mannen hadde vært aktiv for det forbudte Kurdiske Demokratiske Partiet (KDPI). Mannens virksomhet hadde vesentlig bestått i å dele ut ulovlige løpesedler for partiet og i å delta i demonstrasjoner. Som asylgrunnlag anførte ekteparet frykt for forfølgelse fra iranske myndigheter etter at mannen hadde blitt oppdaget i å aktivt støtte partiet når hadde delte ut løpesedler.

UNE, ved nemndleder, mente at ektefellenes forklaringer ikke var troverdige og avslo søknadene i vedtak fra 2006 og i senere omgjøringsbeslutninger. UNE viste blant annet til at han hadde lite kunnskap om partiets struktur og at det var lite sannsynlig at han ville dele ut løpesedler når det var forbundet med så stor risiko.

I 2008 ble det tatt ut stevning og anført at ektefellenes forklaringer måtte legges til grunn.

Oslo tingrett fant i dom av juni 2008, at en samlet vurdering av bevisene tilsa at søkernes forklaring ikke var troverdig, og at staten måtte frifinnes. Saken ble anket, og Borgarting lagmannsrett kom i mars 2009 til at UNEs vedtak var ugyldig. Lagmannsretten mente at flere forhold underbygget ekteparets troverdighet, og at beviskravet for returvern, som ikke er like strengt som etter asylvurderingen, måtte anses oppfylt.

Dommen er rettskraftig.

6.(2) (Ikke medhold) Troverdighetsvurdering og tilbakeholdenhet ved prøving

Utlendingsloven (1988) § 17 jf. § 16

Nemndmøte med personlig fremmøte

En iransk kvinne og hennes to barn søkte asyl i Norge i 2005. Ektemannen hadde søkt asyl noen år tidligere etter at han hadde blitt oppdaget mens han delte ut løpesedler for et parti. Hun opplevde problemer med etterretningstjenesten etter at mannen flyktet, og hadde blant annet blitt presset til å være infiltratør for dem.

UNE behandlet saken i nemndmøte med personlig fremmøte, og avsto hennes og barnas søknad med henvisning til at mannens søknad tidligere hadde blitt avslått. UNE mente det var høyst usikkert om det omtalte partiet fantes, og fant at ektefellenes forklaringer ikke var troverdige.

Det ble tatt ut stevning i saken med påstand om at UNEs vedtak var ugyldig. Det ble anført at det aktuelle partiet fantes, og at kvinnens forklaring måtte legges til grunn.

Oslo tingrett avsa dom i mai 2008. Retten fant at staten måtte frifinnes. Det ble lagt til grunn at det var begrensninger i prøvingsadgangen, og tingretten var derfor tilbakeholden med å overprøve UNEs vurdering. Retten godtok UNEs vurdering av at det var høyst usikkert om det omtalte partiet fantes. Retten mente videre at det var grunn til å trekke søkerens troverdighet i tvil, og viste til at det hadde blitt gitt ulike opplysninger og at forklaringen inneholdt usannsynlige forhold.

Dommen er rettskraftig.

7.(g) (Ikke medhold) Svekket troverdighet, aktualitetskrav og manglende risiko for forfølgelse

Utlendingsloven (1988) § 17 første ledd første punktum jf. § 15 første ledd første punktum

Nemndleder alene

Saken vedrørte en kvinne fra DRC Kongo som søkte asyl i Norge i 2001. Som grunnlag for sin søknad anførte kvinnen at hun hadde deltatt i en studentdemonstrasjon samme år, og som følge av dette ble fengslet og voldtatt i fengselet av offentlige tjenestemenn. Hun klarte etterhvert å rømme fordi faren hennes bestakk en politimann.

UNE avsto søknaden i 2004 med henvisning til at hennes forklaring ikke var troverdig. UNE viste til at det forelå detaljerte rapporter fra fengslingene knyttet til den aktuelle demonstrasjonen, og at de fleste ble løslatt i løpet av et døgn.

UNE ble stevnet i 2008 med påstand om at nemndas vedtak var ugyldig som følge av saksbehandlingsfeil, rettsanvendelsesfeil og feil bevisbedømmelse. Det ble blant annet fremlagt en avisartikkel fra hjemlandet som bekreftet hennes historie, samt en arrestordre på kvinnen fra kongolesiske myndigheter.

Det ble avsagt dom i Oslo tingrett i november 2008. Retten fant at UNEs vedtak var gyldig, og bemerket at saksøkers forklaringer om omfanget av fengslingen og tilhørende overgrep ikke var samsvarende med rapportene som senere er publisert. Selv om hennes forklaring ble lagt til grunn, var det etter rettens syn ingen reell risiko for at hun ville bli utsatt for forfølgelse ved retur. Retten viste til at det ikke forelå opplysninger om at de øvrige deltakerne i demonstrasjonen har blitt utsatt for forfølgelse i ettertid, og etter tingrettens syn måtte demonstrasjonen betegnes som en enkeltstående hendelse, med klare avgrensninger med hensyn til mobilitetsgrunnlag, omfang, tidsperiode og reaksjonsmønster.

Tingretten fant videre at kvinnen ikke var vernet mot retur etter utlendingsloven (utl.) § 15 første ledd første punktum da det ikke forelå en aktuell forfølgelsesfare, og det var ikke begått saksbehandlingsfeil fra UNEs side.

Dommen er rettskraftig.

8. (3)(Medhold) Beviskrav, «sur place»-aktivitet og kumulasjon

Utlendingsloven (1988) § 15 første ledd første punktum

Nemndmøte med personlig fremmøte

En etiopisk journalist søkte asyl i Norge i 2001. Som grunnlag for sin søknad om asyl anførte mannen at han hadde blitt fengslet og utsatt for tortur som følge av sitt arbeid som journalist i hjemlandet. Mannen hadde videre engasjert seg i politisk opposisjonsvirksomhet da han kom til Norge, blant at gjennom partiene CUDP og Ginbot 7.

UNE avslo søknaden i 2006 og opprettholdt avslaget i tre senere beslutninger. I 2007 ble det tatt ut søksmål mot staten med påstand om at UNEs vedtak og senere beslutninger var ugyldige som følge av rettsanvendelsesfeil.

Oslo tingrett fant i 2008 at UNEs vedtak var ugyldig. Det ble etter en konkret vurdering lagt til grunn at mannen var vernet mot retur, jf. tidligere utl. § 15 første ledd første punktum. Staten anket dommen til Borgarting lagmannsrett som i 2009 forkastet anket. Lagmannsretten la vekt på at de sakkyndige gav et annet bilde av situasjonen i Etiopia, og viste til at norske myndigheter har bevisbyrden for at det er trygt å returnere. Denne bevisbyrden var ikke oppfylt.

Retten foretok en samlet vurdering av de asylgrunnene som knyttet seg til mannens virksomhet før han ankom Norge og den forfølgelsesrisikoen som knyttet seg til hans virksomhet under oppholdet i riket, og konkluderte under noe tvil at det forelå en velbegrunnet frykt for forfølgelse i hjemlandet.

Dommen er rettskraftig.

9. (12)(Ikke medhold) Beviskrav, svekket troverdighet og betydningen av voldtekt

Utlendingsloven (1988) § 17 første ledd første punktum og § 15 første ledd første punktum

Nemndmøte med personlig fremmøte

Saken vedrørte en kvinnelig etiopisk asylsøker som ankom Norge i 2001. Som grunnlag for asyl anførte kvinnen at hun risikerte forfølgelse i Etiopia på grunn av sitt medlemskap i Oromo Liberation Front (OLF) og sine aktiviteter for organisasjonen. Kvinnen hadde blant annet blitt fengslet uten dom, utsatt for tortur og blitt voldtatt flere ganger av polititjenestemenn.

UNE behandlet saken i nemndmøte med personlig fremmøte, og avslo kvinnens søknad i 2004 med den begrunnelse at hennes anførsler ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort. UNE viste til at det forelå motstridende forklaringer i asylintervjuet og nemndmøtet, samt at hennes forklaring rundt sentrale punkter var vag og lite detaljert.

Det ble tatt ut stevning i 2008 med påstand om at UNEs vedtak var ugyldig. Det ble blant annet anført at UNE ikke hadde tillagt utlendingens forklaring tilstrekkelig vekt, samt at UNE hadde lagt til grunn en uriktig vurdering og et for høyt sannsynlighetskrav hva angikk bevisbyrden som kreves.

Oslo tingrett fant i januar 2009 at staten ved UNE måtte frifinnes. Retten la vekt på søkerens vage, lite detaljerte og delvis motstridende forklaringer i asylintervjuet, nemndmøtet og for domstolen. Det ble blant annet lagt vekt på at det var uvanlig at OLF hadde medlemmer tilhørende kvinnens etniske gruppe. Retten fant det videre påfallende at kvinnen ikke kunne redegjøre mer for OLFs arbeid i Etiopia tatt i betraktning hennes anførte engasjement og medlemskap i organisasjonen.

Dommen er rettskraftig.

10. (8)(Medhold) Privat mishandling som forfølgelsesgrunn – troverdighet

Utlendingsloven (1988) § 15 første ledd annet punktum

Nemndleder alene

Saken gjaldt en iransk kvinne som i flere år hadde blitt alvorlig mishandlet av ektemannen. Kvinnen søkte asyl i Norge i 2003. I Norge ble hun samboer med en kristen mann, og fryktet derfor også straffeforfølgelse på grunn av utroskap ved retur.

UNE avslo asylsøknaden i 2007. Avslaget ble delvis begrunnet med at historien hennes ikke var troverdig, og delvis at hun ikke oppfylte vilkårene for flyktningstatus. UNE mente at hun ikke var medlem av en «spesiell sosial gruppe», og at iranske myndigheter har evne og vilje til å gi beskyttelse.

I 2008 ble det tatt ut stevning. Oslo tingrett fant, i dom av november 2008, at UNEs vedtak var ugyldig. Tingretten mente at kvinnens historie var troverdig, og fant at det forelå velbegrunnet frykt for forfølgelse. Tingretten mente videre at gifte kvinner i Iran er en «spesiell sosial gruppe», og at iranske myndigheter ikke har evne og vilje til å gi beskyttelse.

Saken ble anket til Borgarting lagmannsrett, som i dom av september 2009 frifant UNE. Lagmannsretten uttalte at kvinnens forklaring var troverdig og la den til grunn. Retten mente imidlertid at kvinnen ikke tilhørte en «spesiell sosial gruppe». Lagmannsretten la til grunn at overgrep mot kvinner var utenfor flyktningbegrepets kjerneområde, og at domstolene derfor måtte være tilbakeholdne med å overprøve utlendingsmyndighetenes vurderinger. Videre kom retten til at det ikke forelå nærliggende fare for at søkeren ville miste livet eller bli utsatt for umenneskelig behandling. Retten la vekt på at kvinnen ville kunne få hjelp og beskyttelse av sin egen familie ved retur, og la til grunn at hun etter omstendighetene ville ha mulighet til å søke myndighetene om beskyttelse. Retten mente at sannsynligheten for at hun ville bli straffet for utroskap var svært liten på grunn av de strenge beviskravene i Iran.

Saken ble anket, men Høyesterett forkastet anken. Kvinnen var på dette tidspunktet blitt gravid, og Høyesterett viste til at det nye faktumet kunne vurderes av utlendingsmyndighetene ved en eventuell begjæring om omgjøring.

Advokaten sendte inn en ny omgjøringsbegjæring med bakgrunn i graviditeten. UNE avslø begjæringen i februar 2010, under henvisning til at det ikke hadde kommet nye opplysninger som tilsa en annen vurdering enn tidligere. Advokaten begjærte deretter midlertidig forføyning overfor UNE. I mars 2010 traff Oslo byfogdembete avgjørelse om at UNEs vedtak ikke kunne iverksettes før et søksmål var rettskraftig avgjort. Byfogden anså det sannsynliggjort at UNEs siste avslag var ugyldig, og at kvinnen ved retur ville kunne risikere straffeforfølgning med svært alvorlige konsekvenser på grunn av utroskap.

UNE innkalte deretter til nemndmøte med personlig frammøte, og i vedtak av juni 2010 ble kvinnen og barnet innvilget oppholdstillatelse. Nemnda mente, i motsetning til Byfogden, at det ikke var reell fare for at hun vil bli dømt for utroskap. UNE kom likevel til at det forelå sterke menneskelige hensyn, og la blant annet vekt på hensynet til barnets beste.

11. (5)(Medhold) Beviskrav og individualisering av forfølgelsesfare

Utlendingsloven (1988) § 15 første ledd første punktum

Nemndleder alene

Saken gjaldt en kurdisk mann som søkte asyl i Norge i 2004. Som grunnlag for sin søknad om asyl anførte mannen frykt for forfølgelse som følge at han hadde vært aktiv i det forbudte kurdiske partiet KDPI i Iran og i eksil i Nord-Irak.

UNE, ved nemndleder, avsto søknaden i 2006. UNE mente at aktiviteten hans var av for beskjeden art og karakter, og at myndighetene ikke hadde kjennskap til ham. Nemnda bemerket også at det var gitt divergerende opplysninger i saken og at mannen hadde lite kunnskap om KDPIs organisering i Nord-Irak, og at dette bidro til å svekke hans generelle troverdighet. Vedtaket ble begjært omgjort flere ganger, men UNE fastholdt avslaget.

Det ble tatt ut stevning i 2008 med påstand om at vedtaket var ugyldig på grunn av feil bevisvurdering og feil rettsanvendelse.

I dom av januar 2009 fant Oslo tingrett mannens forklaring konsekvent og troverdig. Retten mente det var sannsynlig at han var av interesse for myndighetene, og konkluderte med at han risikerte forfølgelse ved retur. Retten bemerket at det at han ikke ble utsatt for noen reaksjoner før utreise, ikke er det samme som at han ikke risikerer forfølgelse. Retten fant at vilkårene for returvern måtte anses oppfylt, og UNEs vedtak ble kjent ugyldig. Staten anket, men anken ble trukket rett før ankeforhandlingen.

Dommen er rettskraftig.

12. (9)(Medhold) Beviskrav og «sur place»-aktivitet

Utlendingsloven (1988) § 15 første ledd første punktum

Nemndleder alene

Saken omhandlet en etiopisk kvinne som søkte asyl i 2003. Søknaden ble endelig avslått i 2005, men i mellomtiden hadde kvinnen innledet et forhold til en kjent regimekritisk eksil-etiopier i Norge med oppholdstillatelse. Forholdet til denne mannen fikk henne interessert i politikk og hun engasjerte seg sterkt i politisk opposisjonsvirksomhet mot myndighetene i hjemlandet.

I 2005 ble det fremmet en omgjøringsbegjæring til UNE hvor det ble anført at hennes politiske virksomhet, «sur place» i Norge medførte at hun ville risikere forfølgelse ved retur til Etiopia. UNE behandlet saken i nemndmøte med personlig fremmøte, men nemnda besluttet med dissens (2-1) at kvinnen ikke risikerte slik forfølgelse. UNE viste til at hennes aktivitet ikke var av et slikt omfang at hun var av interesse for etiopiske agenter i Norge og for myndighetene i hjemlandet.

Det ble tatt ut stevning mot UNE i 2008. Tingretten la til grunn at kvinnen ikke hadde rett til beskyttelse etter utl. § 15 første ledd, men at den del av UNEs vedtak som knyttet seg til avslag på opphold etter utl. § 8 annet ledd var ugyldig grunnet feil i faktum.

Begge parter anket dommen til Borgarting lagmannsrett som behandlet saken i 2009. Lagmannsretten kom under dissens (2-1) frem til at UNE hadde lagt et for strengt beviskrav til grunn ved vurderingen, og konkluderte med at kvinnen hadde krav på beskyttelse etter utl. § 15 første ledd første punktum. Det ble lagt stor vekt på uttalelsene fra de sakkyndige vitner.

Dommen er rettskraftig.

13. (11)(Medhold)- Tilbakekall på grunn av endrede forhold

Flyktningkonvensjonen artikkel 1 C (5)

Nemndleder alene

En iransk kvinne kom til Norge i 2004. Hun fikk innvilget asyl fordi hun var lesbisk og hadde blitt truet på livet i hjemlandet. I Norge giftet hun seg med en mann og fikk barn med ham. Hun konverterte også til kristendom.

I 2007 ble asylstatusen hennes tilbakekalt. UNE kom til at grunnlaget for tillatelsen var falt bort fordi ekteskapet tilsier at hun ikke har intensjoner om å leve ut sin eventuelle lesbiske legning i Iran. Det var ikke sannsynliggjort at hun risikerer forfølgelse i framtida. Heller ikke konverteringen ble ansett å være til hinder for retur, fordi nemndleder ikke la til grunn at hun vil bedrive slik aktiv utadrettet virksomhet at hun vil være utsatt.

Det ble sendt inn flere omgjøringsbegjæringer, hvor det blant annet ble opplyst at kvinnen var gravid. UNE uttalte at dette forholdet ikke endret deres vurdering.

I 2008 ble det tatt ut stevning. Oslo tingrett fant i dom av januar 2009 at søkeren ikke lenger hadde behov for beskyttelse, og at det i utgangspunktet var grunnlag for tilbakekall av tillatelsen. Tingretten kom imidlertid til at vedtaket var åpenbart urimelig og derfor ugyldig. Retten viste blant annet til at det var en viss reell risiko for overgrep av ulik art, at hensynet til barnets beste ikke var tilstrekkelig vurdert, og at fem års lovlig opphold i Norge ikke var vektlagt.

Saken ble anket til Borgarting lagmannsrett som avsa dom i desember 2009. Lagmannsretten vurderte om det forelå endrede forhold, som er et vilkår for å trekke asylstatusen tilbake, jf. Flyktningkonvensjonen art. 1 C (5). Lagmannsretten kom til at individuelle omstendigheter ikke er tilstrekkelig, og at det kreves vesentlige og varige generelle endringer i flyktningens hjemland. Det var ikke tilfelle i denne saken, og Lagmannsretten kom derfor til at UNEs vedtak om tilbakekall var ugyldig.

Saken ble anket videre til Høyesterett. Ankebehandlingen var begrenset til spørsmålet om forståelsen av Flyktningkonvensjonen art. 1 C (5). Høyesterett kom i dom av juni 2010 til at personlige forhold er tilstrekkelig til at det foreligger «endrede forhold» i konvensjonens forstand, og at det således ikke kreves endringer i vedkommendes hjemland. Høyesterett konkluderte med at Lagmannsrettens lovtolkning var uriktig, og dommen fra Borgarting lagmannsrett ble opphevet.

Rett før saken skulle behandles på nytt i lagmannsretten, besluttet UNE å vurdere saken igjen, og saken ble behandlet i nemndmøte. Nemnda oppfattet klageren som en vanlig utøver av sin kristne tro, fant at det på grunn av omfattende medieomtale av klageren var berettiget å anse henne som høyprofilert, og la til grunn at iranske myndigheter følger godt med i eksilmiljøene og i hva som omtales i media. I vedtak av juni 2011 kom nemnda derfor til at klager hadde krav på beskyttelse og omgjorde sitt eget vedtak.

14. (16)(Ikke medhold) Forståelsen av flyktningkonvensjonen artikkel 1 D annet ledd i norsk rett

Flyktningkonvensjonen artikkel 1 D annet ledd

Nemndleder alene

Saken vedrørte en statsløs palestiner fra Gaza-stripen som søkte asyl i Norge i 2004. Som følge av at søkerens far fikk arbeid i De forenede Arabiske Emirater flyttet familien dit kort tid etter at søkeren ble født. Søkeren hadde oppholdstillatelse i Emiratene i ca. 25 år, men denne var bortfalt da han fremmet sin søknad om asyl i Norge. Videre nekter Israel innreise til palestinere som har oppholdt seg utenfor Gaza-stripen i over ett år, slik at søkeren var avskåret fra å returnere dit.

UNE avsto søknaden i 2005 ved nemndleder alene, og viste til at søkeren hadde en asylrettslig relevant tilknytning til Emiratene som gjorde det rimelig å henvise ham til å søke beskyttelse der. UNE ble stevnet i 2009 med påstand om at nemndas vedtak var ugyldig grunnet feil rettsanvendelse. Det ble vist til at UNE ikke hadde vurdert flyktningkonvensjonen artikkel 1 D annet ledd i sitt vedtak.

Artikkel 1 D annet ledd sier at personer som ikke lenger er under beskyttelse av FN (i dette tilfellet palestinere under beskyttelse fra FN-organet UNWRA på Gaza-stripen) skal disse innvilges flyktningstatus «ipso facto» – det vil si uten at det skal foretas noen skjønnsmessig vurdering av beskyttelsesbehovet.

Det foreligger imidlertid en ulik oppfatning av bestemmelsens forståelse blant konvensjonspartene. FNs Høykommissær for flyktninger (UNHCR) uttalte likevel i 2009 at når artikkel 1 D annet ledd kommer til anvendelse, skal palestinere ikke gjennomgå en individuell asylprosedyre men innvilges opphold på et objektivt grunnlag. Bestemmelsen har ikke tidligere blitt vurdert av norske domstoler.

I februar 2010 fant Oslo tingrett, i strid med UNHCRs anbefalinger, at palestinere som har mistet UNWRAs beskyttelse ved utreise bare har krav på beskyttelse som flyktninger i andre land dersom de oppfyller de alminnelige vilkårene for flyktningstatus. Videre viste retten til at man ikke har krav på asyl i Norge dersom man har reist til riket av eget tiltak etter å ha oppnådd beskyttelse i et annet land, jf. konvensjonens artikkel 1 A (2). Retten fant det overveiende sannsynlig at saksøker kunne få utstedt et palestinsk eksterntpass fra de palestinske selvstyremyndighetene eller reisedokumenter fra Egypt, som kunne brukes for innreise til Emiratene. Tingretten mente også at det var overveiende sannsynlig at mannen ville få innreise til Emiratene, og en arbeids- og oppholdstillatelse der.

Dommen ble anket til Borgarting lagmannsrett som i dom av februar 2011 fant at forståelsen av artikkel 1 D var uklar og at det forelå flere tolkningsalternativer. Lagmannsretten konkluderte imidlertid med at palestinere i samme situasjon som saksøker ikke hadde et automatisk krav på beskyttelse, og fant støtte for dette i en dom fra European Court of Justice (ECJ) avsagt i 2010. Hva angikk spørsmålet om retur til Emiratene uttalte lagmannsretten at saksøker hadde bevisbyrden for at han ikke kunne få pass eller reisedokumenter fra de palestinske selvstyremyndighetene eller Egypt. Retten fant at det ikke forelå en sannsynlighetsovervekt for at saksøker ikke kunne få utstedt slike dokumenter av praktiske årsaker, og antok at dersom slike dokumenter ble innvilget ville han få en oppholdstillatelse i Emiratene.

Saksøker ble fritatt fra å betale motpartens saksomkostninger med henvisning til at tolkningen av artikkel 1 D ikke tidligere har vært behandlet for norske domstoler.

Anke til Høyesterett ble frafalt da klienten ble innvilget opphold på familiegjennforeningsgrunnlag.

Lagmannsrettens dom er rettskraftig.

15. (10)(Medhold) Barns tilknytning til riket og mors omsorgsevne

Utlendingsloven (1988) § 8 annet ledd jf. utlendingsforskriften § 21 b

Nemndleder alene

Saken omhandlet en etiopisk kvinne med barn som søkte asyl i 2002. Kvinnen anførte at familien og hun selv var blitt utsatt for overgrep av etiopiske myndigheter som følge av at de mistenkte kvinnens far for å støtte Eritreas frigjøringskamp.

UNE ved nemndleder alene avsto søknaden i 2004 med henvisning til at det ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort at kvinnen risikerte forfølgelse i hjemlandet på grunn av farens tidligere engasjement i frigjøringskampen. Vedtaket ble begjært omgjort i 2006 og det ble nå anført at barnets tilknytning til riket måtte tillegges vekt i vurderingen om opphold på humanitært grunnlag, jf. utl. § 8 annet ledd jf. den ventede endringen i utlendingsforskriften om lengeværende barn i Norge.

Omgjøringsanmodningen ble avslått av UNE i januar 2008. Det ble lagt avgjørende vekt på de innvandringspolitiske hensyn i saken. Moren hadde ikke innrettet seg etter tidligere avslag og hadde relativt langvarig ulovlig opphold. Det ble tatt ut søksmål mot UNE senere samme år, og i den forbindelse fremlagt en omfattende bevisførsel rundt barnets tilknytning til riket samt uttalelser fra psykolog og barnevern om kvinnens reduserte omsorgsevne.

UNE valgte da å behandle saken på nytt i nemndmøte med to nemndmedlemmer. I vedtak av november 2009 konkluderte en enstemmig nemnd med at barnets sterke tilknytning til riket måtte veie tyngre enn de innvandringsregulerende hensyn, og innvilget oppholdstillatelse i medhold av utl. § 8 annet ledd.

Saken ble trukket fra domstolene.

16. (13)(Ikke medhold) Begrepet «spesiell sosial gruppe» og adekvat beskyttelse fra hjemlandets myndigheter

Utlendingsloven (1988) § 17 første ledd første punktum jf. § 15 første ledd første punktum

Nemndleder alene

Saken omhandlet en irakisk mann som søkte asyl i Norge i 2006. Som grunnlag for sin asylsøknad anførte mannen at han hadde blitt utsatt for tortur og kidnapping som følge av farens tilknytning til det tidligere Baath-partiet. Etter Saddam Husseins fall

dannet farens kolleger i partiet en terroristgruppe, og ønsket at mannen og hans far skulle bli med i denne. Begge nektet og ble utsatt for represalier fra terroristgruppen, noe som endte med at faren ble drept.

UNE avsto søknaden i 2007 med henvisning til at mannens forklaring ikke var troverdig og at hans frykt for forfølgelse grunnet tilknytning til Baath-partiet ikke var omfattet av flyktningkonvensjonens begrep om «spesiell sosial gruppe.» Mannen var heller ikke vernet mot retur, jf. tidligere utlendingslov § 15. I 2008 ble det tatt ut søksmål mot staten med påstand om ugyldighet.

Oslo tingrett avsa dom i mars 2009. Retten kom til at vedtaket var gyldig, og viste til at de forhold saksøker påberopte seg som forfølgelse dreier seg om kriminelle handlinger som etter irakisk lovgivning er straffbare. Retten mente videre at irakiske myndigheter både hadde evne og vilje til å yte adekvat beskyttelse i slike saker. Det var videre lite sannsynlig at saksøker skulle bli utsatt for tvangsrekruttering eller kidnapping ved retur til hjemlandet, og han kunne derfor ikke anses som flyktning, jf. tidligere utlendingslov § 17 første ledd første punktum.

Ut i fra den tilgjengelige landinformasjon fant retten at sikkerhetssituasjonen i landet ikke var slik at saksøker var vernet mot retur etter tidligere utlendingslov § 15 første ledd første punktum.

Dommen er rettskraftig.

17. (18)(Medhold) Lengeværende barn

Utlendingsloven (1988) § 8 annet ledd jf. utlendingsforskriften § 21 b

Nemndleder alene

En iransk kvinne og hennes datter søkte asyl i Norge i januar 2004. Dattera var da fem år gammel. I 2006 ble saken berostilt fordi det var varslet endringer i utlendingsforskriften (utf.) om lengeværende barn i Norge.

I desember 2007 ble saken behandlet i nemndmøte uten personlig fremmøte. UNE kom til at det ikke skulle innvilges oppholdstillatelse på grunnlag av datterens tilknytning til riket. Også flere begjæringer om omgjøring av vedtaket ble avslått, siste gang i oktober 2008. UNE la til grunn at det var best for barnet å returnere til Iran.

I april 2009 ble det tatt ut søksmål og framlagt dokumentasjon på at barnet var godt integrert i Norge. Oslo tingrett kom i 2010 til at UNEs avslag var ugyldige på grunn av rettsanvendelsesfeil. Retten fant at nemnda bygget på en gal forståelse av barnets beste og ikke hadde foretatt forsvarlig vurdering og avveining av motstående hensyn

som gjør seg gjeldende. Retten viste til at begrunnelsen i avgjørelsene var mangelfull, at barnets beste ikke var forsvarlig vurdert og at konsekvensene for barnet ved retur til hjemlandet ikke var drøftet i avgjørelsene.

Avgjørelsen ble anket, men rett før behandlingen i lagmannsretten omgjorde UNE vedtaket. UNE kom i vedtaket, datert november 2010, til at barnets tilknytning gjennom oppholdstid, skolegang og alder tilsa at det forelå sterke menneskelige hensyn. Innvandringsregulerende hensyn ble ikke tillagt avgjørende vekt. Det ulovlige oppholdet hadde da vart i ca. 1 år og 7 måneder. Moren hadde heller ikke medvirket til retur. Hun hadde ikke lagt frem eller fremskaffet ID- eller reisedokumenter. Hun hadde løyet i forbindelse med asylsøknaden, det var ikke opplyst at de reiste lovlig fra Iran til Hellas.

18. (17)(Ikke medhold) Troverdighet

Utlendingsloven (1988) § 15 første ledd første punktum

Nemndleder alene

En iransk mann søkte asyl i Norge i 2003. Han hadde forlatt Iran ulovlig etter å ha nektet å utføre ordre og desertert fra Revolusjonsgarden, og fryktet derfor alvorlige straffereaksjoner ved retur. Gjennom sin stilling hadde han tilgang til sensitiv og konfidensiell informasjon om Irans innenrikssikkerhet, og han fryktet derfor også å bli straffeforfulgt for spionasje ved en eventuell retur.

UNE avsto søknaden og viste til at de anførte asylgrunnene ikke kunne legges til grunn som troverdige. UNE fant videre at sanksjoner han eventuelt ville risikere uansett ikke ville bero på en konvensjonsgrunn eller være av en slik karakter at det kunne karakteriseres som forfølgelse. I 2009 ble det tatt ut stevning med påstand om at UNEs vedtak var ugyldig.

Oslo tingrett avsa dom i februar 2010. Retten fant at UNE måtte frifinnes. Retten kom til at de anførte forfølgelsesgrunnene ikke kunne legges til grunn som sannsynliggjort, og at det dermed ikke var tilstrekkelige holdepunkter for å anta at det forelå en konkret og reell risiko for forfølgelse. Retten la vekt på at forklaringen om utreisen fra Iran var lite troverdig, og at det var sprikende forklaringer om følgene av den anførte ordrenekten og foranledningen til at han besluttet å flykte. Disse forholdene svekket søkerens troverdighet i vesentlig grad.

Dommen er rettskraftig.

19. Saken trukket før stevning

20. (14)(Ikke medhold) Betydningen av utmålt straff sammenliknet med strafferammen

Utlendingsloven (1988) § 29 tredje ledd jf. første ledd bokstav b

Nemndleder alene

Saken vedrørte en familiefar fra Afghanistan som ble utvist med 2 års innreiseforbud for gjentatte trusler og brudd på besøksforbud overfor sin niese. Mannen hadde oppholdt seg 10 år i Norge med ektefelle og fem barn, og ble i straffesaken idømt betinget fengsel i 60 dager. UDIs vedtak ble opprettholdt av UNE i juli 2008.

UNE ble stevnet og det ble anført at den utmålte straffen sett opp mot utvisningsvedtakets konsekvenser for barna medførte at vedtaket var uforholdsmessig, jf. tidligere utl. § 29 annet ledd.

Oslo tingrett fant i dom av november 2009 at UNEs vedtak var gyldig, og la blant annet vekt på at trusler og brudd på besøksforbud i nære relasjoner måtte anses som gjentatte lovbrudd av alvorlig karakter. Retten var enig med saksøker i at den utmålte straffen var mild, men denne måtte ses i sammenheng med strafferammen og det forhold at en vesentlig grunn til at dommen ble gjort betinget, var hensynet til at saksøker skulle la den fornærmede være i fred.

Retten konkluderte med at vedtaket ikke var uforholdsmessig overfor utlendingen selv, ektefellen eller de fem barna. Hva gjelder sistnevnte la tingretten vekt på at det ikke forelå holdepunkter for at barna hadde særlige omsorgsbehov, men at de heller fremstod som godt integrerte i Norge og del av en velfungerende familie med et stort støtteapparat.

Domstolen fant imidlertid at saken var av stor velferdsmessig betydning for saksøker, og tilkjente derfor ikke staten saksomkostninger.

Dommen er rettskraftig.

21. Trukket etter stevning

22. (22)(Medhold) Tilknytning til riket og familiesplittelse ved utvisning

Utlendingsloven (1988) § 30 annet ledd bokstav b

Nemndleder alene

En ung mann fra Bangladesh ble innvilget familiegjening med sin mor i 1997 da han var 15 år. I 2004 ble han dømt til fengsel i 11 måneder for et ran.

UDI fattet vedtak om utvisning med fem års innreiseforbud i 2005. Innen saken ble tatt inn til klagebehandling i UNE hadde mannen giftet seg og fått et felles barn med sin ektefelle. Etter løslatelsen fra fengselet hadde mannen fått fast jobb og bodde sammen med familien.

UNE stadfestet UDIs vedtak i 2008, og vedtaket ble fastholdt etter flere omgjøringsbegjæringer. I 2009 ble det tatt ut stevning med påstand om ugyldighet. Det ble anført at vedtaket var uforholdsmessig sett hen til alvoret i de straffbare handlingene mannen hadde begått, hans tilknytning til riket gjennom familie, og egen botid målt mot hans svært begrensede tilknytning til hjemlandet.

UNE behandlet stevningen som en omgjøringsbegjæring, og behandlet saken på nytt i et nemndmøte med personlig fremmøte. En enstemmig nemnd fant i oktober 2010 at vedtaket om utvisning måtte omgjøres, da utvisning i den konkrete saken ville være et uforholdsmessig tiltak. Det ble blant annet vist til at båndene til hjemlandet ble ettertrykkelig brutt ved ankomst til Norge og gjenforening med mor og hennes etnisk norske ektefelle og at det ville være urealistisk at hans kone og barn kunne reise med ham til Bangladesh.

23. (23)(Ikke medhold) Troverdighet og forholdet mellom et uvanlig og et usannsynlig faktum

Utlendingsloven (1988) § 15 første ledd første punktum

Nemndmøte med personlig fremmøte

Saken vedrørte en kvinnelig etiopisk asylsøker som anførte forfølgelse grunnet tilknytning til partiet Ogaden National Liberation Front (ONLF). Kvinnen opplyste at hun ble arrestert og mishandlet i fengselet som følge av sin politiske aktivitet, men at hun etterhvert klarte å rømme.

UNE behandlet saken i nemndsmøte med to nemndmedlemmer og avsto søknaden i 2006 med henvisning til at kvinnens forklaring ikke var troverdig. UNE ble stevnet i 2010 med påstand om at UNEs vedtak var ugyldig grunnet feil rettsanvendelse og bevisbedømmelse.

I dom av november 2010 la Oslo tingrett til grunn at tilknytning til ONLF på et objektivt grunnlag kunne medføre overgrep ved retur til Etiopia, men fant samtidig at kvinnens forklaring om fengslingen ikke fremstod som troverdig. Tingretten viste blant annet til at det svært sjelden forekom tilfeller hvor OLNF-medlemmer hadde den samme etniske tilhørigheten som kvinnen. Retten konkluderte med at det ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort at etiopiske myndigheter har et grunnlag for å mistenke kvinnen for OLNF-tilknytning og at det derfor ikke forelå forfølgelsesfare ved retur.

Dommen ble anket, men trukket før ankebehandling.

24. (19)(Medhold) Beviskrav og «sur place»-aktivitet

Utlendingsloven (2008) § 28 første ledd bokstav a

Nemndleder alene

En etiopisk musiker søkte asyl i Norge i 2001. Som grunnlag for sin søknad om asyl anførte søkeren at han hadde vært et aktivt medlem av Ethiopian Democratic Party (EDP) i hjemlandet, herunder forsøkt å verve nye medlemmer og optrådt som valgobservatør under valget i sin bydel.

UNE ved nemndleder alene fattet endelig avslag på søknaden om asyl og opphold på humanitært grunnlag i 2002. UNE viste til at søkerens aktivitet ikke ble ansett å være av en slik art at den ga grunnlag for forfølgelse ved retur. Vedtaket ble senere begjært omgjort flere ganger med henvisning til at søkeren hadde drevet med politisk opposisjonsvirksomhet i Norge, såkalt «sur place»-aktivitet.

UNE tok ikke omgjøringsanmodningen til følge. Det ble vist til at kun profilerte leder-skikkelser i eksilmiljøet hadde grunnlag for å frykte forfølgelse fra etiopiske myndigheter ved en retur. Etter UNEs vurdering var det ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at søkerens aktivitet i denne saken var av en slik art og karakter.

Staten ble stevnet i 2008 med påstand om at UNEs vedtak var ugyldig. UNE anså stevningen som en begjæring om omgjøring og besluttet i 2010 å behandle saken på nytt i nemndmøte med personlig fremmøte.

I vedtaket fra mai 2010 fant nemndas flertall (to nemndmedlemmer) at søkerens politiske engasjement og aktiviteter var registrert av etiopiske myndigheter på grunn av

hans synlige posisjon i miljøet, og at det var sannsynlig at miljøet var utsatt for overvåkning av etiopiske myndigheter. Flertallet var i tvil hva gjaldt den konkrete risikoen for forfølgelse ved retur til Etiopia, men fant at tvilen var såpass sterk at denne måtte lede til at utlendingen hadde rett til asyl etter utl. § 28 første ledd bokstav a.

Mindretallet ved nemndleder fant også at mannens politiske virksomhet var registrert av etiopiske myndigheter, men mente samtidig at hans opposisjonelle aktivitet ikke hadde vært av en slik art og omfang at han ville risikere forfølgelse ved retur. Mindretallet mente derfor at søkeren ikke hadde krav på beskyttelse i Norge.

25. (15)(Medhold) Betydningen av ung alder ved ankomst

Utlendingsloven (1988) § 29 første ledd bokstav c

Nemndleder alene

Saken omhandlet en enslig mindreårig asylsøker som ankom Norge i 2003 i en alder av 13 år og 8 måneder. I perioden 2005-2008 ble mannen dømt for en rekke lovbrudd, herunder befatning med mindre mengder narkotika, brudd på våpenloven, ran av en togkonduktør og trusler. Tidligere dommer ble gjort betinget, men i 2008 ble mannen dømt til 90 dagers ubetinget fengsel.

UDI fattet samme år vedtak om utvisning med varig innreiseforbud, jf. tidligere utl. § 29 første ledd bokstav c. UNE opprettholdt utvisningen i 2009, men gjorde innreiseforbudet tidsbegrenset til fem år.

Det ble tatt ut søksmål i 2009 med påstand om at UNEs vedtak var ugyldig. Det ble anført at utvisningen ville være i strid med utl. § 29 annet ledd, idet en helhetsvurdering av alle forhold i saken innebærer at utvisningen ville være et uforholdsmessig tiltak overfor mannen selv. Oslo tingrett avsa dom i desember 2009. Retten fant under noe tvil etter en samlet vurdering av alle momenter i saken at utvisningsvedtaket ville være et uforholdsmessig inngrep overfor saksøker. Det ble særlig lagt vekt på hans lave alder ved ankomst til Norge.

Staten anket saken til Borgarting lagmannsrett som i desember 2010 forkastet anken. Lagmannsretten fant i likhet med tingretten at vedtaket var uforholdsmessig, men at saken fremstod som et grensetilfelle. Retten la avgjørende vekt på hans lave alder ved ankomst til Norge og at han forlot hjemlandet allerede før fylte 12 år.

Dommen er rettskraftig.

26. (Medhold) Familiesplittelse ved utvisning og barnets beste

Utlendingsloven (1988) § 29 første ledd bokstav a

Nemndleder alene_

Saken gjaldt en etiopisk kvinne som kom til Norge i 2002. Hun fikk endelig avslag i sin asylsak i UNEs vedtak av april 2004. Kvinnen fikk en sønn i 2007 og fremmet samme år søknad om familiegjenforening med sin samboer.

UDI fattet i 2008 vedtak om utvisning for en periode på to år fordi kvinnen hadde oppholdt seg ulovlig i Norge etter utreisefristen. UNE stadfestet UDIs vedtak i juni 2009. Senere samme år fikk kvinnen på nytt en sønn. Vedtaket ble begjært omgjort, men begjæringen ble ikke tatt til følge. I juni 2011 ble det sendt varsel om stevning med påstand om at UNEs vedtak og etterfølgende beslutning var ugyldige.

UNE behandlet stevningen som en omgjøringsbegjæring og vurderte saken på nytt. Vedtak ble fattet i august 2011. Nemndleder fant at tidligere vedtak måtte omgjøres da utvisning ville innebære et uforholdsmessig tiltak overfor kvinnens barn som var henholdsvis fire og ett og ett halvt år. UNE viste til at kvinnen var barnas hovedsakelige omsorgsperson og at barnas far hadde norsk statsborgerskap med flyktningstatus og følgelig ikke kunne bli med kvinnen til Etiopia. En utvisning ville derfor innebære en familiesplittelse og hensynet til barnas beste tilsa at vedtaket måtte omgjøres.

27. (24)(Ikke medhold) Risikovurdering og landinformasjon

Utlendingsloven (2008) § 28 første ledd bokstav a og bokstav b

Nemndmøte med personlig fremmøte

Saken gjaldt en tsjetsjensk mann som fryktet forfølgelse fra tsjetsjenske myndigheter på grunn av sin bistand til en opprørsgruppe. Søkeren forklarte at han hadde blitt bortført og mishandlet fordi han hadde bistått opprørerne. Søkerens bror hadde vært rådgiver for den tidligere presidenten Maskhadov, og dette forsterket søkerens frykt for forfølgelse.

UNE mente at det var grunn til å stille spørsmål ved søkerens troverdighet, og viste til at det var gitt motstridende opplysninger og at sentral informasjon kom fram først i klageomgangen. UNE mente at selv om klagerens forklaring ble lagt til grunn, ville ikke klageren risikere forfølgelse ved retur. UNE fant at klagerens aktivitet var beskjedent og at det ikke var sannsynliggjort at aktiviteten hans var kjent for myndighetene. UNE mente at det heller ikke forelå fare for forfølgelse på bakgrunn av brorens tidligere aktivitet.

I 2010 ble det tatt ut stevning med påstand om at UNEs vedtak var ugyldig. Det ble anført at UNE hadde lagt til grunn feil faktum mht. forholdene i Tsjetsjenia og at UNEs risikovurdering var feil.

Oslo tingrett kom i desember 2010 til at UNEs vedtak var ugyldig. Tingretten la stor vekt på en rapport fra Helsingforskomiteen og vitneuttalelser fra en forsker ved NUPI, og fant at det var en aktuell og reell fare for at saksøker kunne bli utsatt for forfølgelse ved retur til Tsjetsjenia. Det ble opplyst om en sikkerhetsmessig og politisk situasjon som fortsatt var svært spent, massive menneskerettsbrudd og en kampanje der familier til opprørere ansvarliggjøres.

Saken ble anket til lagmannsretten som avsa dom i desember 2011. Lagmannsretten frifant staten. Retten la vekt på at utlendingens forklaring ikke virket troverdig og viste til de samme momenter som UNE vektla i sitt tidligere vedtak. Retten konkluderte med at søker ikke hadde en velbegrunnet frykt for forfølgelse etter utl. § 28 første ledd, som følge av brorens engasjement.

Dommen er rettskraftig.

28.(21) (Medhold) Lengeværende barn

Utlendingsloven (2008) § 38 jf. utlendingsforskriften § 7-5

Nemndleder alene

Saken gjaldt en statsløs palestinsk kvinne og hennes sønn, de søkte asyl i Norge i 1998. Sønnen var da seks år. Med unntak av ett års opphold i Syria fra 2004 til 2005, er sønnen vokst opp i Norge. Søknad om asyl etter retur til Norge i 2005 ble endelig avslått av UNE i mai 2006. Saken ble deretter berostilt på grunn av de varslede endringene i utlendingsforskriften om lengeværende barn i Norge.

I juli 2007 ble omgjøringsbegjæring behandlet i nemndmøte uten personlig frammøte. UNE kom til at gutten ikke hadde tilstrekkelig tilknytning til riket, og innvilget ikke oppholdstillatelse. I forarbeidene til forskriftsbestemmelsen stod det at det i utgangspunktet stilles krav til uavbrutt oppholdstid i Norge, men at det kan være tilfeller hvor kortvarige opphold utenfor Norge ikke bør være til hinder for at tillatelse gis. UNE mente at ett år i Syria ikke var et slikt «kortvarig opphold», og la derfor til grunn at gutten bare hadde to og et halvt års oppholdstid i Norge. UNEs avslag ble flere ganger begjært omgjort, men anmodningene ble avslått, senest i august 2009.

I april 2010 ble det sendt varsel om stevning og begjæring om utsatt iverksetting. Det ble anført at vedtaket av 2007 led av rettsanvendelsesfeil og var således ugyldig, da det i beslutningen ble fremholdt at klagers sønn ikke direkte var omfattet av bestemmelsen i den tidligere utf. § 21 b.

UNE innkalte etter dette til nemndmøte med personlig frammøte, og innvilget søkerne oppholdstillatelse i september 2010. Nemnda kom til at guttens sterke tilknytning til riket, særlig gjennom de siste årene fra ankomsten i januar 2005, veide tyngre enn de innvandringsregulerende hensynene. Innvandringsregulerende hensyn besto i langvarig ulovlig opphold. UNE la vekt på guttens lange oppholdstid og hans behov for medisinsk behandling. Siden tillatelsen ble gitt på grunnlag av barnets tilknytning, fikk mor ikke selvstendig tillatelse, og siden søkerne ikke hadde dokumentert identiteten sin, ble det gitt tillatelse uten rett til familieforening.

29. (27)(Medhold) Retur til Hellas etter Dublin-regelverket

EMK artikkel 3 jf. flyktningkonvensjonen og utlendingsloven (2008) § 73

Stornemnd

Saken omhandlet en mann fra Irak som søkte asyl i Norge i 2008. På veien til Norge ble hans fingeravtrykk registrert i Hellas ved en ulovlig grensepassering, og UDI anmodet derfor greske myndigheter om å motta søkeren i henhold til Dublin II-forordningen. Greske myndigheter aksepterte å overta ansvaret for søkeren, og UDI av slo derfor mannens asylsøknad i 2009.

UNE behandlet klagen i stornemnd i 2010. Stornemnda fant (under dissens) på daværende tidspunkt at retur til Hellas ikke ville være i strid med utl. § 73 (absolutt vern mot utsendelse). I oktober 2010 ble det tatt ut stevning mot UNE med påstand om at stornemndas vedtak var ugyldig grunnet feil forståelse av faktum og feil rettsanvendelse.

På anmodning fra UNE avsa retten kjennelse om å stanse saken inntil dom falt i en ver-serende sak for EMD vedrørende EMK artikkel 3. EMD avsa i 2011 dom i den aktuelle saken, M.S.S. mot Belgia og Hellas. EMDs storkammer fant at Belgia hadde krenket EMK artikkel 3 ved å overføre klageren i den aktuelle saken til Hellas i juni 2009. EMD vurderte det slik at klageren hadde blitt utsatt for nedverdiggende behandling under fengslig forvaring og oppholdet som asylsøker i Hellas, og fordi han etter EMDs oppfatning risikerte å bli videresendt til Afghanistan uten en reell vurdering av asylsøknaden.

UNE valgte etter dette å omgjøre sitt eget vedtak, og viste til at rettskildebildet nå var endret. Med særlig vekt på den nye dommen fra EMD mente UNE at det på vedtakstidspunktet måtte legges til grunn at retur av søkeren til Hellas kunne komme i strid med EMK artikkel 3, jf. utl. § 32 tredje ledd og § 73 tredje ledd.

Saken ble returnert til UDI for realitetsbehandling og stevningen ble trukket tilbake. UDI innvilget senere asyl.

30. (20) (Medhold) Troverdighet og posttraumatisk stresslidelse (PTSD)

Utlendingsloven (1988) § 17 jf. § 16 og § 15 første ledd første punktum
Nemndmøte med personlig fremmøte

Mor og sønn fra Tsjetsjenia søkte asyl i Norge etter at den eldste sønnen i familien og to av hans fettere hadde blitt drept fordi de hadde deltatt i den separatistiske geriljaen i Tsjetsjenia. Moren hadde blitt innkalt til innenriksministeriet i forbindelse med den eldste sønnen, og hadde blitt oppsøkt av militære flere ganger, og utsatt for vold og trusler. Den yngre sønnen hadde blitt bortført av president Kadyrovs folk, mishandlet og forhørt om hvor våpen var gjemt og hvem broren hadde vært sammen med.

UNE avslo søknadene om asyl. Nemnda mente at søkerens forklaringer var lite troverdige og la dem ikke til grunn.

A&P henviste saken til advokat, som sendte begjæring til Oslo byfogdembete om forbud mot iverksettelse av vedtaket og samtidig pådømmelse av hovedkravet. Det ble blant annet anført at vedtaket bygget på feil faktum og rettsanvendelsen var uriktig. Det ble framlagt dokumentasjon innhentet av Helsingforskomiteen som underbygget søkerens forklaringer. Byfogden fant at vesentlige elementer i søkerens forklaringer var bekreftet av andre kilder, og at forklaringene var tilstrekkelig troverdige til at de måtte legges til grunn. Det forelå enkelte mindre uoverensstemmelser, men retten fant at det ikke var usannsynlig at dette skyldtes søkerens posttraumatiske stresslidelse (PTSD). Retten fant at vilkårene for returvern var oppfylt, og at UNEs vedtak var ugyldig.

Dommen er rettskraftig.

31. (29)(Medhold) Barns tilknytning til riket og sikkerhetssituasjonen i hjemlandet

Utlendingsloven (2008) § 38

Nemndleder alene

Et ektepar fra Russland med barn ankom Norge og søkte asyl i 2003. Som grunnlag for sin søknad anførte mannen at han hadde deltatt i krigen i Tsjetsjenia på tsjetsjenernes side. UNE avsto søknaden i 2005 og viste til at mannen ikke risikerte forfølgelse ved retur til hjemlandet. Samme år fikk paret et nytt barn. UNEs vedtak ble begjært omgjort en rekke ganger med henvisning til de to barnas tilknytning til riket.

I 2010 ble det sendt varsel om søksmål til UNE. UNE valgte etter dette å foreta en ny vurdering av saken i nemndmøte, men fant at de innvandringsregulerende hensyn måtte tillegges avgjørende vekt til tross for at barna etter hvert hadde fått sterk tilknytning. UNE ble deretter stevnet med påstand om at vedtaket var ugyldig grunnet rettsanvendelsesfeil, herunder blant annet at UNE synes å stramme inn praksis i strid med lovgivers intensjon ved å gi innvandringspolitiske hensyn større vekt og at det ikke var foretatt en forsvarlig vurdering av barnets beste. Det ble videre påstått feil bedømmelse av faktum, usaklig forskjellsbehandling og sterk urimelighet. Videre ble det anført at sikkerhetssituasjonen i hjemlandet var ustabil og at familien som følge av dette var vernet mot retur.

Oslo tingrett behandlet saken i 2011, og nå var barna blitt 8 og 6 år gamle – begge to med sterk tilknytning til riket gjennom barnehage og skole. Tingretten gjennomgikk blant annet forhistorien til utf. (1988) § 21 b) nåværende utl. (2008) § 38 og utf § 8-5 og HR praksis hva gjaldt en noe utvidet kontroll av den del av skjønnsvurderingen som knyttet seg til barnets beste. Tingretten fant at verken saksøkers anførsler om rettsanvendelsesfeil, bevisbedømmelse, usaklig forskjellsbehandling, eller sterk urimelighet kunne føre frem. Imidlertid konkluderte retten med at sikkerhetssituasjonen i hjemlandet hadde forverret seg i vesentlig grad. Dette var ikke vurdert i UNEs vedtak, til tross for at det av UNEs praksisnotat fremgikk at endringer i retursituasjonen kunne danne grunnlag for omgjøring av vedtak, noe som hadde skjedd tidligere. Denne feilen måtte lede til ugyldighet da det kunne være grunn til å anta at feilen hadde hatt innflytelse på resultatet.

Dommen er rettskraftig.

32. (26)(Medhold) Beviskrav, ankerbarn og familiesplittelse

Utlendingsloven (2008) § 28, utlendingsloven § 38 jf. EMK artikkel 8 og BK artikkel 3

Nemndmøte med personlig fremmøte

Saken vedrørte en enslig mindreårig asylsøker fra Sri Lanka som fikk innvilget oppholdstillatelse i 2006. I 2007 kom foreldrene samt hans søster til Norge og søkte asyl. Som grunnlag for deres søknader ble det anført at faren hadde tilknytning til LTTE, og i den forbindelse risikerte forfølgelse i hjemlandet. Faren var en profilert person i LTTE og hadde arbeidet med rekruttering og informasjonsarbeid. Videre var han aktiv i valgkampen i 2003 for et parti som ble ansett som LTTEs forlengede arm.

Guttens oppholdstillatelse ble trukket tilbake av UDI i 2009 fordi direktoratet mente hans oppholdsgrunnlag hadde bortfalt i anledning foreldrenes ankomst til landet. UNE omgjorde imidlertid UDIs vedtak i 2010 og gav gutten medhold. Samtidig avslo UNE den øvrige familiens søknader etter å ha behandlet saken i nemndmøte.

Det ble tatt ut stevning i 2010 med påstand om at vedtaket knyttet til foreldrene og søsteren var ugyldig. Det ble anført at familien hadde krav på beskyttelse, jf. utl. § 28. Videre ble det anført at UNEs vedtak om å nekte opphold på humanitært grunnlag etter § 38 måtte anses ugyldig da det var grovt urimelig og ikke i tråd med EMK og barnekonvensjonen.

Oslo tingrett avsa dom i februar 2011. Retten fant at familien ikke hadde krav på beskyttelse etter utl. § 28, og la vekt på at faren ikke var ettersøkt på Sri Lanka. Hva gjelder vurderingen etter § 38 fant retten at UNEs vurdering av gutten som et ankerbarn var riktig, og at vedtaket ikke utgjorde et brudd på barnekonvensjonen artikkel 3, 7 eller 9 eller EMK artikkel 8. Når det gjelder spørsmålet om familiesplittelse uttalte tingretten at familien selv valgte splittelse av familien da foreldrene sendte gutten fra seg alene til Norge. Familien stod fritt til å velge å bli gjenforent på Sri Lanka fremfor at sønnen blir boende alene i Norge. Retten kunne derfor ikke se at familien ble splittet «mot sin vilje».

Dommen ble anket og det ble blant annet anført at familien hadde krav på beskyttelse og at det måtte innvilges beskyttelse på humanitært grunnlag fordi UNEs vedtak innebar en krenkelse av retten til familieliv etter EMK artikkel 8. Ved Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse av november 2011 ble ankene forkastet. Det ble lagt til grunn at gutten kunne returnere til Sri Lanka sammen med sin familie.

Familien anket over lagmannsrettens dom for så vidt gjaldt bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. Etter at lagmannsretten hadde behandlet saken fikk gutten i desember 2011 innvilget norsk statsborgerskap. I anken til Høyesterett ble det gjort gjeldende at domstolene måtte ta hensyn til denne etterfølgende omstendighet ved sin prøving av vedtakets gyldighet. Siden gutten nå ikke lenger var statsborger av Sri Lanka kunne det ikke uten videre legges til grunn at han kunne følge familien tilbake til Sri Lanka. Saken ble tillatt fremmet for Høyesterett for så vidt gjaldt spørsmålet om domstolene kunne bygge på faktiske forhold som var kommet til etter at vedtaket ble truffet.

Høyesterett fant at nye omstendigheter kunne trekkes inn jf. Rt 2012 s. 667. Dommen ble avsagt under dissens (4-1). Det ble vektlagt at EMD prøver sakens menneskerettslige spørsmål ut fra en nåtidsvurdering. Dette tilsa at også norske domstoler måtte basere sin prøving på de faktiske forhold ved domstidspunktet. På bakgrunn av denne konklusjon opphevet Høyesterett lagmannsrettens dom. (Høyesterett har i etterkant behandlet spørsmålet i plenum og kommet til motsatt resultat, se Rt 2012 s 1985)

På bakgrunn av Høyesterettsdommen begjærte familien omgjøring av UNEs vedtak. I september 2012 avslo UNE begjæringen. Det ble vektlagt at gutten, selv om han nå var norsk statsborger kunne velge å bli med familien til Sri Lanka.

Saken ble deretter prøvd på nytt i Borgarting lagmannsrett. Påstand om at UNEs vedtak av 2012 var ugyldig ble trukket inn i behandlingen for lagmannsretten.

Borgarting lagmannsrett foretok en nåtidsvurdering av barnets beste. De fant at det ikke var noe reelt alternativ at gutten flyttet til Sri Lanka. Dersom den øvrige familien ble tvunget til å flytte ville det innebære en familiesplittelse. Retten fant at UNEs vedtak av 2012 manglet en konkret vurdering av innvandringsregulerende hensyn veid opp mot hensynet til barnas beste og fant at UNEs vedtak var ugyldig.

Dommen er rettskraftig.

33. Risikokrav

Utlendingslovens § 28

Nemndleder alene

Saken gjaldt en tsjetsjensk kvinne med tre barn som søkte asyl på bakgrunn av trakassering og bortføring fra russiske myndigheter.

Søkerne ble uttransportert før saken ble prøvd, A&P fikk ikke medhold i krav om tilbaketakelse. Familien kom senere tilbake til Norge og ble i april 2014 innvilget asyl i andre omgang. Saken er derfor ikke medregnet i A&Ps saker med positivt resultat.

34. (Medhold) Risikokrav, troverdighet

Utlendingslovens § 28

Nemndleder alene

Saken gjaldt en homofil asylsøker fra Iran som kom til Norge i 2008. Han anførte frykt for forfølgelse grunnet sin homofile legning og fordi han hadde konvertert til kristendommen. UDI avsto hans søknad og UNE opprettholdt avgjørelsen i vedtak av februar 2010. UNE fant at klageren ikke hadde sannsynliggjort at han var homofil og viste til flere forhold i hans forklaring. Blant annet fant man at hans flukthistorie ikke var troverdig. Hva gjelder konverteringen bemerket UNE at konvertitter ikke er forfulgt på generelt grunnlag i Iran og at det ikke var sannsynliggjort at klageren ville innta en aktiv, misjonerende rolle.

A&P engasjerte seg i saken og det ble reist søksmål mot UNE med krav om at UNEs vedtaket var ugyldig. I dom av desember 2012 fant tingretten at klageren ikke hadde krav på beskyttelse etter utl. § 28, verken som følge av at han er homofil eller som følge av konverteringen.

Saken ble anket til Lagmannsretten. Anken begrenset seg til spørsmålet om risikoen ved retur grunnet klagerens homofile legning. I dom av juli 2013 konkluderte Borgarting lagmannsrett med at UNEs vedtak var ugyldig. Lagmannsretten viste til at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt for at klagerens forklaring skulle legges til grunn men at forklaringen måtte være «noenlunde sannsynlig.» Lagmannsretten gjennomgikk de ulike delene av klagerens forklaring og fant at store deler av denne måtte anses som noenlunde sannsynlig og derfor måtte legges til grunn. Hva gjaldt flukten bemerket lagmannsretten at denne delen av forklaringen var lite sannsynlig, men sett hen til de milde krav til sannsynliggjøring på området fant man at dette ikke kunne lede til den første delen av forklaringen også måtte settes til side.

Etter bevisførselen ble det lagt til grunn det i rimelig grad er mulig å leve ut en homofil legning i Iran, men at dette må skje i det private rom og ikke i offentligheten. Retten fant at søker ville skjule sin legning ved en retur grunnet det sterke sosiale presset, og det var derfor ikke grunnlag for å innvilge asyl når han ønsket å skjule sin legning. Retten viste til Høyesterettsdom Rt. 2012 side 494 hvor det ble uttalt at en person har en velbegrunnet frykt for forfølgelse bare dersom årsaken til at man holder sin seksuelle orientering skjult er fordi man frykter forfølgelse.

Lagmannsretten viste imidlertid til at det var en reell mulighet for at iranske myndigheter hadde registrert at klageren var homofil. Det ble også vektlagt at alvorligheten av det klager risikerte, nemlig dødsdom eller pisking tilsa at terskelen for sannsynliggjøring ikke skal være særlig streng. Det ble konkludert med at klageren hadde en velbegrunnet frykt for forfølgelse og dermed krav på asyl.

Dommen er rettskraftig.

35. (25)(Medhold) Lengeværende barn

Utlendingsloven (2008) § 38 jf. utlendingsforskriften § 7-5

Nemndleder alene

En iransk familie med to barn født 1990 og 1999 ankom Norge som asylsøkere i 2004. UNE avsto familiens asylsøknader i 2006. Fra 2008 til 2010 avsto UNE flere ganger å innvilge familien oppholdstillatelse på grunnlag av barnas tilknytning til riket.

I desember 2010 ble det varslet søksmål, og UNE innkalte deretter til nemndmøte uten personlig frammøte. Hva gjaldt spørsmålet om asyl, jfr. utl. § 28 første ledd, fastholdt nemndleder som avgjorde dette spørsmål alene, tidligere avslag. Hva gjaldt spørsmålet om opphold på humanitært grunnlag, jf. utl. § 38 første ledd, ble dette avgjort av nemnd uten personlig fremmøte.

Nemndas flertall mente at den yngste sønnen hadde fått en slik tilknytning til riket at det ikke var til hans beste å bryte opp fra Norge for å returnere til Iran. Ut fra hensynet til barnets beste og hensynet til familiens enhet ble foreldrene og broren innvilget oppholdstillatelse etter utl. § 38 første ledd. Dette til tross for at flertallet mente at det forelå sterke innvandringsregulerende hensyn, og at det var rimelig grunn til å anta at foreldrene bevisst hadde «brukt» barna i den hensikt å få en tillatelse. Man mente imidlertid at disse hensyn ikke skulle få avgjørende betydning i saken. Flertallet viste også til at det var tvil om identiteten, og innvilget familien oppholdstillatelse for seks måneder, jfr. utl. § 38 femte ledd.

Nemndas mindretall, ved nemndleder, mente at det ikke var grunnlag for å vurdere saken annerledes enn tidligere, og at innvandringsregulerende hensyn måtte tillegges avgjørende vekt.

36. (Ikke medhold) Opphold på humanitært grunnlag, barnets beste

Utlendingsloven § 38, jf. BK art. 3 nr. 1

Nemndleder alene (delegert til sekretariatet)

Saken gjaldt et ektepar fra Bosnia, nå Bosnia Herzegovina, i det tidligere Jugoslavia. De søkte asyl i februar 2003 og fikk avslag av UDI i november 2003. Samme år fikk de også en datter. Utlendingsnemnda opprettholdt avslaget i vedtak av februar 2008. Familien etterkom ikke sin plikt til å forlate landet, og søkte flere ganger om omgjøring. Saken ble stilt i bero i 2006 etter instruks fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet fordi departementet arbeidet med en endring av utlendingsforskriften som ville innebære at barns tilknytning opparbeidet ved lang botid skulle tillegges særlig vekt ved helhetsvurderingen.

Etter at forskriftsendringen trådte i kraft avslo Utlendingsnemnda begjæring om omgjøring i beslutning av september 2007. I februar 2012 fikk paret en datter til. De søkte om omgjøring på nytt i 2010 på grunn av datterens tilknytning til Norge. Begjæringen ble avslått av UNE i mai 2010. Det ble reist søksmål til prøvingen av dette vedtaket. UNE besluttet igjen i desember å ikke omgjøre vedtaket. Det ble nedlagt påstand om at UNEs beslutning av mai og desember 2010 skulle kjennes ugyldige.

Oslo tingrett frifant UNE i dom av mai 2011. Dommen ble anket til lagmannsretten, som forkastet anken i dom av mars 2012. Denne dommen ble anket til Høyesterett, plenumsdommen er inntatt i Rt 2012, s. 2039. Høyesterett viste til at domstolene kunne kontrollere forvaltningens forståelse av begrepet «barnets beste» på det aktuelle saksområdet. Høyesterett kan også prøve om hensynet er forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn. Den konkrete interesseavveiningen er imidlertid overlatt til forvaltningens skjønn.

Høyesterett fant det ikke tvilsomt at UNE hadde lagt en riktig forståelse av utlendingsloven § 38 til grunn for sin vurdering av om det skal gis oppholdstillatelse, og at vedtaket viste at hensynet til barnets beste var vektlagt og forsvarlig vurdert og avveid mot motstående hensyn. Utsendelsen krenket heller ikke EMK artikkel 8.

Når det gjelder spørsmålet om søkerne kunne kreve fastsettelsesdom for at utsendelsen krenker barnekonvensjonen artikkel 3, kom Høyesterett til at det ikke kan utledes noe slikt krav av barnekonvensjonens artikkel 3. Et slikt krav følger heller ikke av tvisteloven § 1-3. Saken ble forsøkt brakt inn for EMD, som 7. januar 2014 nektet å realitetsbehandle klagen med henvisning til artikkel 34 og 35 EMK.

Dommen er rettskraftig.

37. (30)(Medhold) «Sur place» aktivitet

Utlendingsloven (2008) § 28 første ledd bokstav a

Nemndleder alene

Iraner, etnisk kurder, ankom Norge 2002 og søkte asyl på grunn av politisk aktivitet for Komala og fordi han var fra en politisk aktiv familie. UNE avsto i 2004 fordi man ikke fant tilstrekkelig sannsynliggjort at klageren ved retur til hjemlandet risikerte reaksjoner som kunne karakteriseres som forfølgelse. I alt 8 omgjøringsbegjæringer, den siste i mars 2010, ble forkastet.

A&P engasjerte seg i saken og det ble i februar 2011 innsendt stevning i saken med påstand om at UNEs vedtak var ugyldig. Det ble blant annet anført at det var en uriktig forutsetning når UNE la til grunn at utdeling av løpesedler i årene før 2004 ikke var en kjent politisk aktivitet i kurdiske områder, og at klageren hadde vært politisk aktiv og eksponert i Norge.

UNE, ved nemndleder alene, behandlet dette som en omgjøringsbegjæring. UNE fant det ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at klageren var i myndighetenes søkelys da han forlot Iran. UNE la likevel til grunn at han hadde vært en aktiv og synlig motstander av regimet i Iran siden 2004 og frem til d.d. UNE viste til at menneskerettighetssituasjonen i Iran hadde blitt forverret, og at myndighetene gjennom ambassaden overvåker iranske borgere i eksil og følger med på politisk opposisjonsvirksomhet. Det var nærliggende å tro at iranske myndigheter kjente til klagerens politiske oppfatting og aktiviteter i Norge. UNE kom til at den usikkerhet som forelå med hensyn til hva slags reaksjoner klageren ville bli møtt med var av en slik art og styrke at tvilen måtte komme klageren til gode. Klageren ble innvilget asyl etter utl. § 28 første ledd bokstav a jf. annet ledd.

38. (Medhold) «Sur place»-aktivitet, risikovurdering

Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a

Nemndleder alene

Saken gjaldt en etiopisk asylsøker som kom til Norge i 2001. Opprinnelig asylgrunnlag ble avslått i UNEs vedtak av 2003. I 2006 ble dette vedtak anmodet omgjort på grunn av søkerens omfattende politiske aktivitet i Norge. Søkeren var en sentral skikkelse og en av grunnleggerne av den norske avdelingen av det etiopiske opposisjonspartiet Ginbot 7, samt aktiv i opposisjonspartiet KSDON. Han hadde flere verv og organiserte og deltok i demonstrasjoner, debatter og pengeinnsamlinger. Søker hadde imidlertid

ikke vært politisk aktiv i Etiopia, behovet for beskyttelse relaterte seg til hans aktivitet etter at han kom til Norge. UNE fant i beslutning av november samme år at det ikke var grunn til å omgjøre vedtaket.

Vedtaket ble på nytt anmodet omgjort i 2007, 2008 og 2009. Dokumentasjon på søkerens opposisjonsvirksomhet ble fremlagt samt uttalelser om etiopiske myndigheters overvåkning av eksilmiljøer, blant annet fra forskerne Tronvoll ved Oslo Universitet og Pausewang fra Christian Michelsens institutt. UNE avslo alle begjæringer om omgjøring og i siste beslutning av 2010 uttalte UNE at det ikke var tilstrekkelig å inneha et verv eller lederposisjon i et eksilparti for å utløse fare for forfølgelse. Det ble vektlagt at mannens aktivitet ikke hadde vært av en slik art eller omfang at det ville innebære en risiko ved retur.

A&P engasjerte seg i saken og varsel om stevning ble sendt i februar 2011 med påstand om at vedtaket var ugyldig på grunn av uriktig vurdering av faktum og feilaktig risikovurdering. UNE opprettholdt tidligere vurderinger i beslutning av februar 2011. Etter utveksling av en rekke prosesskriv valgte UNE å vurdere saken på nytt i nemndmøte med personlig fremmøte. Søkeren fikk der anledning til å redegjøre for sin aktivitet. UNE besluttet i juni 2012 å innvilge søkeren beskyttelse. UNE la vekt på at søkerens politiske aktivitet var genuin og gjennomtenkt. I nemndmøte oppfattet de hans engasjement som sterkt og ekte. UNE la til grunn at den etiopiske diasporaen ble overvåket og at søkerens aktivitet gjennom mange år gjorde at han var blitt så eksponert at han ville stå i en reell fare for å bli utsatt for forfølgelse dersom han ble returnert til hjemlandet.

39. (Medhold)Beskyttelse på grunn av risiko for kjønnslemlestelse

Utlendingsloven (2008) § 28 første ledd bokstav a og § 38, jfr. EMK artikkel 8

Avslag ved vedtak fra Justisdepartementet i 1997

Saken gjaldt en etiopisk familie, mor far og tre barn født hhv 2003, 2006 og 2009. Moren kom til Norge i 1995 på gyldig visum. Hun søkte asyl i Norge samme år under uriktig identitet og fikk endelig avslag på sin søknad i vedtak fra Justisdepartementet i 1997. Faren kom til Norge i 1998, også han på visum. Han søkte asyl i 1998, også han under uriktig identitet, og fikk endelig avslag i 2000. Far ble deretter utvist med varig innreiseforbud i vedtak av UDI av februar 2004. Vedtaket ble opprettholdt av UNE i 2005.

En rekke omgjøringsbegjæringer ble sendt. Det ble anført at barnas tilknytning til riket, etter hvert med en oppholdstid i over sju år for den eldste gutten, tilsa at oppholdstillatelse ble innvilget. Videre ble det anført at datteren ved en retur til Etiopia risikerte kjønnslemlestelse. UNE avslo alle anmodninger om omgjøring. Det ble vektlagt at barnas tilknytning til riket isolert sett var tilstrekkelig, men at sterke innvandringsregulerende hensyn gjorde seg gjeldende i saken. Angående risiko for kjønnslemlestelse fant UNE at det ikke forelå en risiko fordi begge foreldre motsatte seg praksisen.

Varsel om stevning ble sendt i januar 2012 med påstand om at UNEs og justisdepartementets vedtak var ugyldige. Det ble anført at UNE ikke hadde vurdert risikoen for at datteren ville kunne bli omskåret samt at det ikke var foretatt en forsvarlig vurdering av barnets beste. UNE behandlet dette som en anmodning om omgjøring og besluttet i vedtak av desember 2012 å innvilge datteren beskyttelse på grunnlag av risiko for kjønnslemlestelse. Det ble vektlagt at en stor andel av etiopiske kvinner blir kjønnslemlestet og at det var uklart hvilket standpunkt foreldrene hadde til praksisen. Selv om foreldrene hadde generelt svekket troverdighet kunne dette ikke legges datteren til last, da hun har krav på å få sitt beskyttelsesbehov vurdert på selvstendig grunnlag. For å hindre familiesplittelse ble den øvrige familien innvilget oppholdstillatelse i medhold av § 38 jf. EMK. artikkel 8

40. (Medhold) Risikovurdering og landinformasjon

Utlendingsloven (2008) § 28 første ledd bokstav a

Nemndmøte uten personlig fremmøte

Saken gjaldt en tsjetsjensk mann som kom til Norge i 2008. Han fryktet forfølgelse fra tsjetsjenske myndigheter fordi han hadde gitt bistand til en opprørsgruppe. Bistanden hadde vært kontinuerlig fra 2000 til sent i 2003. I 2004 ble han tatt til fange og torturert under avhør, men etter hvert løslatt. I etterkant fikk han vite at det var fordi hans onkel hadde betalt løsepenger. Fra 2004 frem til han flyktet til Norge oppholdt seg søker i skjul for myndighetene.

UNE behandlet saken i nemnd uten personlig fremmøte. UNE la mannens forklaring til grunn, men mente at hans aktivitet var for beskjedent samt at forholdene lå langt tilbake i tid til at det forelå risiko ved retur. UNE avslo søknaden i vedtak av august 2009. En etterfølgende begjæring om omgjøring ble ikke tatt til følge. I februar 2010 ble det tatt ut stevning i saken med påstand om at UNEs vedtak var ugyldig. Det ble anført at UNEs vedtak bygget på en uriktig vurdering av faktum og feilaktig risikovurdering.

UNE behandlet stevningen som en begjæring om omgjøring og besluttet å behandle saken sammen med klagesaken til mannens ektefelle og datter. Ektefellen kom til Norge i 2009 og de fikk en datter i april 2010. Hun hadde blitt trakassert og mishandlet i hjemlandet som følge av mannens aktiviteter. Sakene ble behandlet i nemndmøte med personlig fremmøte.

I UNEs vedtak av juni 2011 ble mannen innvilget asyl. UNE la til grunn at mannen var blitt torturert og at hans familie i Tsjetsjenia var blitt oppsøkt så sent som i 2008 på leting etter ham. UNE viste til ny landinformasjon som viste at opprørene og deres medhjelpere ble straffeforfulgt dersom de ble arrestert, og at straffeforfølgelsen i noen tilfeller kvalifiserte til forfølgelse i flyktningkonvensjonens forstand. UNE fant derfor at mannen hadde en velbegrunnet frykt for forfølgelse. Internflukt ble ikke ansett for å være et trygt og rimelig alternativ da personer med tilknytning til opprørsbevegelsen i flere tilfeller hadde blitt pågrepet i øvrige deler av Russland og tvangsreturnert til hjemstedet.

Mannens ektefelle og datter fikk anerkjennelse som flyktninger som følge av ektefellens flyktningstatus.

41. (Medhold) Politisk virksomhet og religion

Utlendingsloven § 28

Nemndleder alene

Saken gjaldt en kristen familie med to voksne barn fra Iran. Faren anførte at han hadde vært aktiv i KDPI i mange år. UNE mente forklaringen ikke var troverdig, og la ikke til grunn det han forklarte om tilknytningen til KDPI. UNE la til grunn at kristne ikke på generelt grunnlag risikerte forfølgelse i Iran og at familien ikke tidligere hadde hatt problemer i hjemlandet på grunn av sin religiøse tilhørighet.

A&P engasjerte seg i saken. Prosessvarsel med omgjøringsbegjæring ble sendt i juni 2011 og stevning uttatt i juli 2011. Omgjøringsbegjæringen ble avslått i desember 2011. Spørsmålet om konvertering fra islam til kristendommen ble avgjort i nemnd med personlig fremmøte. Øvrige anførsler ble avgjort av nemndleder alene.

Oslo Tingrett avsa dom i april 2012. Staten ble frifunnet og saksøkerne ble idømt saksomkostninger. Retten var enig med UNE i at saksøkernes forklaringer var lite troverdige på en rekke punkter. Retten anså det ikke nødvendig å ta stilling til om saksøkerne ved ankomst var «reelle kristne», fordi man fant at det i alle tilfeller ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort at saksøkerne risikerte forfølgelse på grunn av sin re-

ligiøse tilhørighet ved retur til Iran. Det ble lagt vekt på at familien ikke tidligere hadde opplevet noen alvorlige problemer som følge av sin religiøse tilhørighet.

Saken ble anket til lagmannsretten, som ved dom av januar 2014 ga familien fullt medhold og tilkjente saksomkostninger. Lagmannsretten fastslo at saken i første rekke reiste et spørsmål om de ankende parters asylhistorie var sann. Basert blant annet på vitneførsel knyttet til farens medlemskap og arbeid i KDPI og «ankemotpartenes detaljerte og konsistente forklaringer», fant lagmannsretten at også denne delen av forklaringen fremsto som sannsynlig. Det forelå derfor en reell mulighet for at han ville bli møtt med forfølgelse ved retur. Hva gjaldt de øvrige medlemmer av familien fant lagmannsretten, blant annet basert på vitneforklaring fra en norsk pastor, at det ikke var grunn til å tvile på at samtlige hadde vært «reelle kristne» allerede fra før de kom til Norge og at de hadde en «grunnfestet kristen tro».

Lagmannsretten konkluderte med at det dreiet seg om en kristen familie som eventuelt ville returnere til Iran og at familien også ville bli regnet som kristen av iranske myndigheter. Basert på en dansk/norsk landinfo rapport fra februar 2013 ble det lagt til grunn at troen man er født inn i var avgjørende. Dette innebar at både far og hans to barn ville regnes som kristne konvertitter etter loven. Den samlede konklusjon ble da at hele familien hadde en velbegrunnet frykt for å bli forfulgt, både på grunn av fars politiske aktivitet og hans kristne tro.

Dommen er rettskraftig.

42. (28)(Medhold) Forholdsmessighet, barn i riket

Utlendingsloven (2008) § 66 bokstav a, jf. § 70

Nemndleder alene

En irakisk mann hadde oppholdt seg og arbeidet ulovlig i Norge. Mannen hadde norsk barn og samboer, og hun hadde i tillegg to barn fra et tidligere forhold.

I vedtak fra mars 2010 vedtok UNE å utvise mannen med fem års innreiseforbud og å innmelde ham i Schengen Information System (SIS) på grunnlag av to og et halvt års ulovlig opphold og arbeid.

I februar 2011 ble det sendt varsel om søksmål med påstand om at utvisningsvedtaket var ugyldig. Det ble blant annet anført at vedtaket bygget på feil faktum og var mangelfullt begrunnet, at vedtaket var uforholdsmessig overfor utlendingen selv og familiemedlemmene hans, og at hensynet til barnets beste ikke var forsvarlig vurdert.

UNE anså søksmålsvarselet som en omgjøringsbegjæring og behandlet saken på nytt. I mars 2011 vedtok UNE, ved nemndleder, å sette ned innreiseforbudet til to år. UNE viste til endringer i utf. §14-2 som trådte i kraft mars 2011, om at innreiseforbud på grunnlag av ulovlig opphold og arbeid som hovedregel ikke skal settes til mer enn to år når utlendingen har barn i Norge.

43. (Ikke medhold) Troverdighet, homofili

Utlendingsloven (1988) § 15 første ledd første punktum

Nemndleder alene

Saken gjaldt en iransk mann som kom til Norge som sekstenåring i 2006 som enslig mindreårig asylsøker. Han anførte frykt for retur til Iran grunnet en nabokrangel samt at han var homofil. UDI og UNE avslo asylsøknaden i vedtak av hhv november 2006 og mars 2007.

Klageren begjærte omgjøring av vedtaket og UNE besluttet å behandle denne i nemnd med personlig fremmøte. Ved beslutning av april 2008 fikk klager på nytt avslag. Nemnda fant at det ikke var sannsynliggjort at han var homofil. Det ble vektlagt at de homofile opplevelser han fortalte om skjedde når han var svært ung og at det slett ikke er uvanlig i Iran å ha biseksuelle forhold. Nemnda la også vekt på at eksperimentering i puberteten ikke er et ukjent fenomen. Det ble også lagt vekt på at han aldri hadde hatt samleie og at han ikke hadde hatt noe homofilt kjæresteforhold etter at han kom til Norge.

A&P engasjerte seg i saken og i april 2011 ble det tatt ut stevning. Spørsmålet for retten begrenset seg til spørsmålet om hvorvidt klager var homofil, og om han i så fall risikerte forfølgelse ved retur. Klageren fikk ikke medhold i tingretten og saken ble anket til lagmannsretten som avsa dom i februar 2013. Lagmannsretten konkluderte med at UNEs vedtak og etterfølgende beslutning var gyldig. Flertallet fant at det ikke var sannsynliggjort at klager var homofil. Det ble vektlagt at det ikke var bevist at den ankende part har levd ut sin homofili i et kjæreste-/parforhold eller på annen måte etter at han kom til Norge i 2006, denne avholdenheten fant man å være påfallende. Det ble også vektlagt at det forelå få og høyst usikre opplysninger om klagers seksuelle erfaringer før han kom til Norge som sekstenåring. Det var ikke avgjørende for flertallet at den ankende part ikke i første forklaring for utlendingsmyndigheten fortalte at han var homofil, dette ga likevel grunnlag for en viss skepsis til hans troverdighet. Mindretallet fant at det var sannsynlig at klager var homofil og viste til at hans seksuelle erfaring

i hjemlandet ikke kan tillegges vekt da han var svært ung på dette tidspunktet og at det varierer med livssituasjon, personlige forhold og ønsker, samt rene tilfeldigheter hvorvidt en person har et aktivt seksualliv over en gitt periode.

Avgjørelsen ble anket til Høyesterett, men ikke tillatt fremmet.

44. (Medhold) «Sur place»- politisk aktivitet, risikovurdering

Utlendingsloven (2008) § 28 første ledd bokstav a

Nemndleder alene

Saken gjaldt en iransk kvinne og hennes datter som kom til Norge og søkte asyl i 2005. Kvinnen fryktet reaksjoner fra myndighetene fordi hun hadde forsøkt å få publisert noen myndighetskritiske fortellinger. Hun fryktet også sin voldelige ektefelle. Søkerne fikk endelig avslag i UNEs vedtak av juni 2009. Vedtaket ble begjært omgjort, men anmodningen ble ikke tatt til følge.

A&P engasjerte seg i saken og det ble begjært omgjøring av UNEs vedtak på bakgrunn av nye opplysninger om forholdene i Iran, og kvinnens politiske aktivitet for MKO i Norge. Kvinnen hadde i Norge fått publisert en bok med regimekritiske dikt, og hun hadde holdt appeller og taler i offentlige sammenhenger. Det ble anført at UNE hadde undervurdert risikoen for konvensjonsbrudd ved retur av opposisjonelle. I tillegg ble det anført at kvinnen risikerte forfølgelse fordi hennes ektefelle i Iran gjennom Facebook hadde blitt kjent med at kvinnen hadde et samboerforhold i Norge. Dette blir vurdert som utroskap og innebærer at kvinnens familie ikke vil gi henne beskyttelse ved en retur. UNE besluttet å behandle saken i nemndmøte med personlig fremmøte.

UNE fant på bakgrunn av søkers forklaring i nemnd at hennes anførsler om «sur-place»-aktivitet framsto som troverdige. Nemnda fant at hun var reflektert og engasjert og redegjorde på en troverdig måte for hvorfor hun begynte med politisk aktivitet i Norge. UNE la til grunn at kvinnen hadde vært aktiv og synlig i det iranske eksilmiljøet og at iranske myndigheter fører en intensiv kontroll med hva iranske borgere i utlandet. På bakgrunn av oppdatert landinformasjon la UNE til grunn at risikoen for opposisjonelle var forverret og at det forelå en reell risiko for at kvinnen risikerte forfølgelse ved en retur. UNE besluttet å omgjøre tidligere vedtak og innvilge kvinnen beskyttelse.

45 (Ikke medhold) Politisk virksomhet, egen og avledet forfølgelse, lang tid

Nemndleder alene

Utlendingsloven § 28

Saken gjaldt en iransk statsborger, kurder og KDPI-medlem, som kom til Norge i oktober 2006 og søkte asyl. Han hadde sammen med to eldre brødre hengt opp plakater og fordelt løpesedler for å informere om KDPI. Han gjorde dette i ca. fem måneder, frem til 1988, da han var ca. tretten år gammel og familien dro til Suleimaniyah i Irak. Årsaken til flyttingen var farens aktivitet for KDPI. Far ble arrestert i 1993 og senere henrettet. Bror ble arrestert i 1994 og senere dømt til 10 års fengsel. I Irak deltok han i møter i KDPI regi og drev en viss informasjonsvirksomhet.

UNE avslo søknaden i sitt vedtak i november 2009. Hans egen politiske aktivitet ble ansett å være beskjedent og ligge langt tilbake i tid. Basert på UNEs «kunnskap» ble det lagt til grunn at Iran ikke praktiserte avledet forfølgelse. Det ble også lagt vekt på at farens forhold lå langt tilbake i tid. Det var derfor ikke fare for avledet forfølgning. Tre omgjøringsbegjæringer førte ikke frem.

A&P engasjerte seg i saken og i oktober 2012 ble det tatt ut stevning. Oslo Tingrett avsa dom i mars 2013. Det ble anført at vedtaket var ugyldig på grunn av feil i bevisvurderingen. Staten ble frifunnet og tilkjent saksomkostninger. Retten var enig med UNE i at søkerens egen rolle i KDPI hadde vært beskjedent. Retten fant imidlertid det ikke usannsynlig at faren ble bortført i 1993 og senere henrettet på grunn av sin politiske aktivitet. Likevel påpekte retten at da UNE fattet sitt vedtak i saken var det ikke risiko for at søker ville bli forfulgt av iranske myndigheter på grunn av faren sine forhold for 19 år siden. Retten vurderte det slik at UNE hadde bedre forutsetning enn retten selv i saken, til å vurdere om det var risiko for at det forelå avledet forfølgning. Retten fant også at det var «godt under noko lunde sannsyneleg» at søkeren ved retur til Iran risikerte forfølgelse på grunn av fars og brors aktivitet.

Dommen er rettskraftig

46. (Ikke medhold) Seksuell legning, risikokrav

Nemndleder alene

Utlendingsloven § 28

Saken gjaldt en iransk mann som søkt asyl Norge i 2007. Som grunnlag for sin søknad anførte han frykt for forfølgelse fra iranske myndigheter grunnet homofil legning/utøvelse. Under asylintervjuet opplyste søker at han måtte rømme etter at faren hadde oppdaget at han og kjæresten hadde hatt sex i farens bolig. Mannen fryktet derfor at han også risikerer å bli drept av sin far på bakgrunn at han ble avslørt som homofil.

Ved vedtak av desember 2009 fra UNE, fikk mannen endelig avslag på sin søknad om beskyttelse og opphold på humanitært grunnlag. Vedtaket ble påklaget og anmodet omgjort to ganger, men UNE fant ikke grunnlag for å omgjøre tidligere vedtak. I beslutning av juni 2010 vektla UNE at søker hadde generell svekket troverdighet og at det ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort at søker ved retur til Iran ville forholde seg på en slik måte at han risikerte å bli straffet eller forfulgt ved å leve ut sin legning. UNE la derfor til grunn at søker ikke kunne anses som flyktning der i utlendingslovens eller flytningskonvensjonens forstand.

A&P engasjerte seg i saken. Det ble tatt ut stevning for Oslo tingrett i desember 2011 med krav om at UNEs vedtak og etterfølgende beslutninger ble kjent ugyldige. Det ble anført at UNE hadde bedømt bevisene i saken uriktig og lagt til grunn feil rettsanvendelse når nemda ikke hadde vurdert om frykten for forfølgelse er årsaken til at søker ville skjule sin legning ved retur. Det var for partene i saken ikke omstridt at søker er homofil. For retten syntes grunnlaget for vurderingen å være i hvilken grad søker ville leve som «åpent» homofil, og i hvilken grad dette ville medføre risiko for ulike typer forfølgelse. Retten la vekt på informasjon fra Landinfo der det fremgikk at personer som fremstår som stereotype homofile kan være utsatt for inngrep fra politiet og vold fra andre som myndigheten ikke ville beskytte dem imot. Retten fant det mest sannsynlig at søker ikke vil fremstå eller snakke om at han er homofil til andre på en slik måte at det kunne utløse forfølgelse i Iran.

Saken er anket til Borgarting lagmannsrett og er berammet til 28. og 29. august 2014.

47. (Medhold) Pro-forma, troverdighet

Utlendingsloven (2008) § 40 første ledd jf. § 39

Nemndmøte uten personlig fremmøte

Saken gjaldt en iransk mann som kom til Norge i 2006 og søkte asyl. Han anførte frykt for reaksjoner fra iranske myndigheter grunnet sin homofile legning. Mens saken varte for utlendingsmyndighetene giftet mannen seg i 2008 med en kvinnelig norsk statsborger. Han søkte deretter om oppholdstillatelse i familieinnvandringsøyemed. Søknaden ble avslått av UDI i 2010 under henvisning til at det ikke var sannsynliggjort at ekteskapet var reelt.

UNE behandlet saken i nemndmøte uten personlig fremmøte og avslaget ble opprettholdt i vedtak av desember 2010. Flertallet viste til at partene inngikk ekteskap etter at de hadde kjent hverandre svært kort tid, og at det ikke var noen feiring i forbindelse med bryllupet. Videre ble det lagt vekt på at mannen hadde anført at han var homofil i forbindelse med sin asylsøknad. I tillegg ble det vist til at søkers identitet ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort. Mindretallet kom til at hovedformålet med ekteskapet ikke var å oppnå oppholdstillatelse.

Stevningsvarsel ble sendt i juni 2007 og UNE behandlet varslet som en anmodning om omgjøring. UNE fant ikke grunnlag for å omgjøre vedtaket på dette tidspunkt. I juni 2011, før saken kom opp for tingretten, valgte imidlertid UNE å omgjøre sitt tidligere vedtak. UNE viste til at mannen nå hadde fremlagt pass slik at hans identitet var dokumentert. UNE fant at tvilen vedrørende ekteskapets realitet skulle komme søker til gode.

48. (Medhold) Lengeværende barn, barns tilknytning til riket

Utlendingsloven (2008) § 38

Nemndleder alene

Saken gjaldt et iransk ektepar og deres sønn født i 1997. Sønnen kom til Norge som seksåring i 2004. Foreldrene søkte asyl i Norge, men fikk endelig avslag på sine asylsøknader i 2007. Det ble deretter fremmet en rekke omgjøringsanmodninger uten at disse ble tatt til følge. I mai 2011 ble det sendt stevningsvarsel i saken. UNE behandlet dette som en anmodning om omgjøring og saken ble behandlet i nemndmøte uten personlig fremmøte. UNE besluttet i juni 2011 ikke å omgjøre tidligere vedtak. UNE fant at sønnen på dette tidspunktet isolert sett hadde opparbeidet seg tilstrekkelig tilknytning, gjennom opphold i sju og et halvt år. Nemnda fant likevel at innvandringsregulerende

hensyn måtte tillegges avgjørende vekt. Foreldrene hadde brutt norsk lov ved ikke å innrette seg etter UNEs endelige avslag.

Det ble tatt ut stevning mot staten i februar 2012. Det ble anført at UNEs beslutning var ugyldig grunnet usaklig forskjellsbehandling og feil rettsanvendelse. UNE besluttet på nytt å vurdere saken på bakgrunn av faktum på stevningstidspunktet. I vedtak av mars 2012 tok UNE anmodningen delvis til følge. UNE, ved nemndleder alene kom til at guttens sterke tilknytning til riket, gjennom hans botid i nesten åtte år, veide tyngre enn innvandringsregulerende hensyn i saken. Ut fra hensynet til barnets beste og familiens enhet ble også foreldrene innvilget tillatelse. Ettersom det var tvil om foreldrenes identitet ble det gitt en begrenset tillatelse som ikke dannet grunnlag for familieinnvandring eller permanent oppholdstillatelse.

49. (Ikke medhold) Bevisvurdering, troverdighet

Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a

Nemndmøte med personlig fremmøte

Saken gjaldt en irakisk mann, som kom til Norge som asylsøker i 2008. Han anførte frykt for irakiske myndigheter fordi han som lege tilhørte en særlig utsatt gruppe. Søknaden ble avslått av UDI i desember 2009. I klageomgangen anførte mannen at han også risikerte reaksjoner ved retur fordi han siden mai 2009 hadde vært medlem av Baath-partiet. Han var aktiv i en menneskerettighetsgruppe i partiet og hadde sendt en rekke e-poster til irakiske tv-stasjoner. Søker var blitt kjent med at gruppelederen var blitt arrestert av irakisk politi samme år og at han antok at lederen hadde gitt opplysninger om gruppens medlemmer til politiet. Han fremla en arrestordre og en straffedom, hvor det fremgikk at han var dømt til fengsel i 7 år in absentia. Det ble avholdt nemndsmøte med personlig fremmøte. UNE vedtok i januar 2011 ikke å ta søkerens klage til følge. UNE vektla at hans regimekritiske aktivitet var svært beskjeden og at irakiske dokumenter generelt har lav notoritet. Det var ikke holdepunkter for at irakiske myndigheter var kjent med hans aktivitet.

En anmodning om omgjøring ble avslått av UNE i mai 2011 hvor det også ble vist til at søkeren kunne ta opphold i andre deler av Irak.

A&P tok saken. Det ble tatt ut stevning i saken i september 2011 med påstand om at UNEs vedtak av januar 2011 var ugyldig på grunn av grunn av feil bevis- og risikovurdering. Det ble også anført at det forelå en saksbehandlingsfeil fordi UNE ikke hadde verifisert arrestordren og dommen, og således unnlatt å oppfylle sin utredningsplikt etter forvaltningslovens § 17.

Oslo tingrett avsa dom i desember 2011. Retten fant at UNEs vedtak var gyldig. Retten fant at mannens forklaring ikke fremsto som troverdig. Det ble vektlagt at søkeren videreformidlet opplysningene om gruppelederens arrestasjon og om at han selv var etterlyst lenge etter at han selv var blitt kjent med forholdet. Liksom UNE la retten til grunn at hans aktivitet hadde vært beskjedent og at det ikke var grunn til å tro at irakiske myndigheter hadde kjennskap til denne. Retten fant videre at de fremlagte dokumentene fra irakiske myndigheter samsvarte dårlig med informasjon om prosesskrav i irakiske domstoler.

Dommen er rettskraftig

50. (Ikke medhold) Troverdighet, sur-place-aktivitet

Utlendingsloven (2008) § 28 første ledd bokstav a

Nemndleder alene

Saken gjaldt en iransk mann som kom til Norge i 2007. Han anførte frykt for forfølgelse fordi han sympatiserte med det iranske partiet KDPI og hadde delt ut løpesedler for partiet. Hans asylsøknad ble avslått av UDI i 2008, og avslaget ble opprettholdt av UNE i vedtak av oktober 2010. UNE viste til at hans forklaring om hvordan myndighetene hadde oppsøkt ham ikke var troverdig. Videre ble det vist til at hans kunnskaper om KDPI var vage, generelle og fremsto som tillært. En begjæring om omgjøring av vedtaket ble ikke tatt til følge.

A&P tok saken. Det ble inngitt stevning i saken i desember 2011 med påstand om at UNEs vedtak var ugyldig på grunn av feil faktum, feil lovanvendelse og feil ved saksbehandlingen.

Oslo tingrett avsa dom i juni 2012 og retten fant at staten måtte frifinnes. Dersom det kunne legges til grunn at den anførte aktiviteten hadde funnet sted, ville dette innebære en risiko for forfølgelse ved retur til Iran. Retten mente imidlertid at det var grunn til å trekke søkerens forklaring i tvil fordi den var vag, lite detaljert og det var blitt gitt ulike opplysninger. Når det kom til søkers anførsel om risiko for retur grunnet sur-place aktivitet fant retten at søker ikke hadde vært en ledende skikkelse. Retten la til grunn at myndighetene bare overvåker de mest profilerte og at det derfor ikke var risiko for forfølgelse på dette grunnlag.

51 (Ikke medhold) Beskyttelse, troverdighet

Utlendingsloven (2008) § 28 første ledd bokstav a og b

Nemndleder alene

En aserbajdsjansk statsborger søkte asyl ved ankomst til Norge i november 2008. Hans kone og eldste barn ankom Norge i august 2009 og søkte også asyl. I mars 2011 fikk paret ett barn til. Mannen fryktet forfølgelse for opposisjonell virksomhet i tidsrommet 1997 og frem til 2008, da han flyktet. Han var medlem av Aserbajdsjansk Nasjonal-demokratisk parti (ANDP) fra 1997 og ble leder av partiets ungdomsfløy. Fra 1998 til 2000 var han medlem av Union for Aserbajdsjansk Enhet (VAV) og opprettet organisasjonens avdeling i Zangelanddistriktet. Han ledet denne frem til dens oppløsning i 2000. I 1998 deltok han i en demonstrasjon mot landets leder og ble arrestert og torturert. Han ble dømt til to års fengsel. I 2003 ble han anholdt i forbindelse med en demonstrasjon og dømt til fengsel i 15 dager. To dager etter presidentvalget i 2005 ble han arrestert og banket opp av politiet. Han fikk ryggskader han fortsatt sliter med. I forkant av valget i 2008 reiste han rundt og oppfordret folk til å boikotte valget. Han ble oppsøkt i sitt hjem av en politimann som ba ham møte for politiet innen tre dager. Da flyktet han.

UNE avsto søknaden idet man fant at mannen hverken hadde berettiget frykt for forfølgelse eller at han ville bli forfulgt ved retur til hjemlandet, jfr. utl. § 28 første ledd bokstav a og b. Dette til tross for at UNE la det meste av hans forklaring til grunn. UNE fant imidlertid ikke å kunne bygge på at han hadde vært aktiv også i 2008 og var blitt oppsøkt av politiet. Ektefellens klage bygget hovedsakelig på mannens klage. Hennes forklaring om press og trusler fra myndighetspersoner fant UNE ikke å kunne bygge på.

Omgjøringsbegjæring ble ikke tatt til følge.

A&P engasjerte seg i saken og stevning ble inngitt i oktober 2011. Det ble anført at UNEs vedtak var ugyldig og videre at familien hadde rett til opphold etter utl. § 73, jf. § 28.

Tingretten frifant staten og tilkjente staten saksomkostninger. Retten var enig med UNE i at man måtte se bort fra at asylsøkeren ble oppsøkt av politiet i 2008. Retten holdt det for usannsynlig at politiet plutselig i 2008 skulle begynne å interessere seg for asylsøkeren. Saken måtte derfor vurderes på grunnlag av hans samlede deltakelse i og arbeid med opposisjonell virksomhet fra 1997 til 2005. Retten la til grunn at forholdene for opposisjonelle har forverret seg noe de siste årene, men det var ikke avgjørende, i og med at asylsøkerens politiske aktivitet, ifølge UNE og rettens vurdering, opphørte i 2005. Det ble heller ikke antatt at tidligere overgrep fra politiet utgjorde en reell fare

for fortsatt forfølgelse ved retur. Retten satte til side Helsingforskomiteens vurdering, fordi den forutsatte at asylsøkeren fortsatt var i myndighetenes søkelys i 2008. Vitnet opplyste at asylsøkeren «ikke er veldig kjent.»

Hjemtransport av familien ble gjennomført i oktober 2012.

Saken ble anket til lagmannsretten. Asylsøkeren og ektefellen avga forklaring for retten over skype fra Georgia. Lagmannsretten avsa dom i november 2013. Anken ble forkastet og asylsøkeren ble pålagt saksomkostninger. Lagmannsretten var enig med tingretten i vurderingen av asylsøkerens forklaring. Vitnet fra Helsingforskomiteen ga uttrykk for at det etter hennes oppfatning var mindre sannsynlig at asylsøkeren ved retur i 2011 ville fått problemer på grunn av sin opposisjonelle virksomhet og myndighetenes reaksjoner på hans virksomhet frem til og med 2005. Lagmannsretten fant at UNEs vurdering av risikosituasjonen ved retur var forsvarlig. En oversatt innkalling til politiavhør ble fremlagt i kopi under saksforberedelsen. Lagmannsretten fant at dokumentet ikke kunne tillegges nevneverdig vekt. Retten anså det vanskelig å feste lit til at asylsøkeren som var jurist ikke forsto at innkallelsen kunne være et viktig bevis i saken og ikke en gang nevnte den for sin egen advokat. Basert på plenumsdommen, Rt. 2012 s.1985, hvor det fastslås at forholdene på vedtakstidspunktet er avgjørende, fant lagmannsretten ikke å kunne ta i betraktning de nye opplysningene knyttet til hjemsendelsen og hva ektefellene var blitt utsatt for.

Dommen er rettskraftig.

52. Trukket før stevning

53. (Ikke medhold) Afghansk konvertitt- troverdighet

Utlendingsloven § 28 bokstav a

Nemndmøte med personlig fremmøte

En afghansk statsborger, tadsjiker, født i Kandahar, bodde i Iran i 11 år, men returnerte deretter til Kandahar. Han kom til Norge i november 2008. Hans opprinnelige asylgrunnlag var at han var blitt kidnappet og holdt fanget av to menn fra hjembyen. Mens saken sto for UNE konverterte han til kristendommen. Han ble døpt i Filadelfiamenigheten i Bodø. I forbindelse med UNEs behandling av saken ble det oversendt dåpsbekreftelse og diverse bevitnelser fra ulike personer, blant annet soknepresten i Saltstraumen menighet, om asylsøkerens forhold til kristendommen og hans deltakelse i menigheten.

UNE tok i mars 2011 ikke klagen til følge. Flertallet i nemnda anså at asylsøkeren ikke i tilstrekkelig grad hadde sannsynliggjort at han hadde en reell kristen overbevisning og at han derved ikke sto i fare for forfølgelse ved retur til Afghanistan. – To omgjøringsbegjæringer ble avslått.

A&P engasjerte seg og stevning ble tatt ut i januar 2012. Ved dom i juni 2012 ble UNEs vedtak kjent ugyldig og asylsøkeren ble tilkjent saksomkostninger. Retten anså konverteringen for reell Det ble samtidig bestemt utsatt iverksettelse av UNEs vedtak.

Staten anket saken til lagmannsretten som ved dom i mars 2014 frifant staten og tilkjente staten saksomkostninger for begge instanser. For lagmannsretten ble en rekke prester, inklusive en biskop, ført som vitner for å bekrefte asylsøkerens genuine kristne overbevisning. Som lagmannsretten i sak 55, se nedenfor, fant Lagmannsretten veiledning i UNCHR's retningslinjer ved vurderingen av Religion-Based refugee Claims pkt. 34 og 35 som ifølge lagmannsretten gir anvisning på en streng og inngående undersøkelse av omstendighetene rundt konverteringen og om denne er genuin. Det ble også sett hen til asylpraksis overfor afghanere og tilsynelatende påfallende variasjoner i antall konvertitt saker, avhengig av en streng eller imøtekommende innvilgelsespraksis. På denne bakgrunn lot lagmannsretten seg ikke overbevise av bevisførselen. Retten uttalte blant annet at man ikke kunne se bort fra at konverteringen var en strategisk handling for å oppnå et ønsket gode. Lagmannsretten la til grunn at asylsøkeren hadde fremstått som oppriktig i sin kontakt med kristne miljøer, men at hans engasjement måtte ses i lys av den verserende saken. Konverteringen fant sted kort tid etter at hans opprinnelige asylgrunnlag ikke hadde ført frem. Asylsøkeren ble ikke trodd på sin forklaring i lagmannsretten at han ikke kjente til at konvertering kunne gi ham asylgrunnlag da han ble døpt. Etter en samlet vurdering kom lagmannsretten til at det ikke var noenlunde sannsynlig at asylsøkeren hadde en kristen overbevisning på skjærings-tidspunktet, dvs. tidspunktet for avgjørelsen av den siste omgjøringsbegjæringen.

Dommen ble anket til Høyesterett i mai 2014.

54. (Medhold)Forholdsmessighet ved utvisning

Utlendingsloven (2008) § 67 første ledd bokstav b jf. § 70

Nemndmøte uten personlig fremmøte

En iransk mann kom som sekstenåring til Norge i 2003 og søkte asyl. Søker var født og oppvokst i en flyktningleir i Irak og hadde aldri vært i Iran. Han ble innvilget opphold på humanitært grunnlag. Etter ankomst til Norge bodde han i en periode på asylmottak, og etter hvert på et ungdomshjem. Mannen hadde store psykiske problemer. I

2006 ble han dømt for en rekke mindre forhold til fengsel i 21 dager, samt bot. Han ble deretter vurdert utvist, men saken ble henlagt da UDI fant at det ville utgjøre et uforholdsmessig tiltak.

I 2008 ble søker dømt til ubetinget fengsel i åtte måneder for legemsbeskadigelse og narkotikalovbrudd. På bakgrunn av dette besluttet UDI å utvise søker med varig innreiseforbud. UNE oppretthold utvisningen i april 2011, men begrenset innreiseforbudet til to år.

Vedtaket ble deretter begjært omgjort en rekke ganger, men ble opprettholdt av UNE. A&P tok saken. Staten ble stevnet i februar 2010 med påstand om at utvisningsvedtaket var ugyldig. Det ble anført at vedtaket lider av rettsanvendelsesfeil fordi det ble lagt en uriktig terskel til grunn ved forholdsmessighetsvurderingen.

Oslo tingrett kom i juni 2012 til at vedtaket innebar et uforholdsmessig inngrep overfor søker, jfr. utl. § 70 og derfor var ugyldig. Retten la til grunn at de forhold mannen var domfelt for utgjorde lovbrudd av alvorlig karakter og at allmennpreventive hensyn tilsa at han skulle bli utvist. Retten la imidlertid avgjørende vekt på søkers manglende tilknytning til Iran. Søkers unge alder ved ankomst, at han hadde hatt en lovlig oppholdstid på åtte år i Norge, samt at han ikke hadde begått ytterligere lovbrudd etter 2007 ble også tillagt betydning.

Dommen er rettskraftig.

55 (Ikke medhold) Afghansk konvertitt -troverdighet

Utlendingsloven § 28 a) og b)

Nemndmøte med personlig fremmøte

Saken gjaldt en afghansk mann som kom til Norge i 2009. Som grunnlag for asyl oppga han at han hadde hatt utenomekteskapelig forhold til svogerens søster, blitt arrestert og torturert av iransk sikkerhetstjeneste. UDI avsto søknaden i oktober 2009. Rundt juletid 2009, før saken ble avgjort i UNE, fikk klager kontakt med et kristent miljø og konverterte til kristendommen. I mai 2010 lot han seg døpe. Mannen fremla videre en redegjørelse for sin kristne tro for UNE. UNE behandlet saken i nemnd med personlig fremmøte. I vedtak av april 2011 ble klagen avslått. Selv om det ble lagt til grunn at han risikerte forfølgelse dersom konverteringen var reell fant UNE at klager ikke i tilstrekkelig grad hadde sannsynliggjort en reell kristen overbevisning. Vedtaket ble begjært omgjort uten at dette førte til et annet resultat.

A&P tok saken og det ble sendt varsel om saksanlegg i februar 2012. Det ble anført at UNE hadde lagt til grunn en for streng bevisnorm, herunder at vedtaket bygger på feil bevisbedømmelse når det var lagt til grunn at mannen ikke var reell konvertitt. Oslo tingrett avsa dom juli 2012 og konkluderte med at UNEs vedtak var gyldig.

Saken ble anket til lagmannsretten som kom til det samme resultatet i desember 2013. Dommen ble avsagt før lagmannsrettsdommen i sak 53. Som lagmannsretten i sak 53, fant retten veiledning i UNCHR's retningslinjer ved vurderingen av Religion-Based refugee Claims pkt. 34 og 35. Det ble også sett hen til asylpraksis overfor afghanere og tilsynelatende påfallende variasjoner i antall konvertitt saker, avhengig av en streng eller imøtekommende innvilgelsespraksis. Flertallet bemerket at klager hadde konvertert rett etter avgjørelse i UDI og at man generelt kunne se en tidsmessig sammenheng mellom antallet saker hvor konvertering ble påberopt av afghanske asylsøkere og innstramninger i asylpraksis hva gjelder Afghanistan. Det særlig lagt vekt på at klager ikke hadde reflektert over hvordan konverteringen ville ha betydning for ham og hans familie. Sett hen til den kultur klager hadde vokst opp i samt det han tidligere hadde beskrevet om ære og forholdet til familien fant flertallet at dette var påfallende. Det ble også vist til en rekke uoverensstemmelser i hans tidligere forklaringer. Mindretallet fant det ikke bevist at det var en klar korrelasjon mellom utlendingsmyndighetenes praksis og økning i anførsler om konvertering. Mindretallet hadde dessuten en annen vurdering av klagerens generelle troverdighet.

Dommen ble anket til Høyesterett, men ble ikke tillatt fremmet. Lagmannsrettens dom er rettskraftig.

56 (Medhold) Risikovurdering, troverdighet

Utlendingsloven § 28 a) og b)

Nemndleder alene

Saken gjaldt to iranske lesbiske kvinner som kom til Norge i 2009. De anførte frykt for forfølgelse grunnet sin seksuelle legning. Søkerne opplyste at myndighetene og familien hadde fått kjennskap til at klagerne var lesbiske gjennom at en arbeidskollega, som var Basij-medlem hadde stjålet mobilen til en av klagerne hvor det var en lagret en sex-video av klagerne. UDI festet ikke lit til klagerens forklaringer og avsto asylsøknadene i juli 2007. Klagerne fikk endelig avslag på sin asylsøknad i UNEs vedtak av september 2011. Selv om UNE la til grunn at klagerne var lesbiske fant man at de øvrige deler av forklaringen ikke fremsto som troverdige og det ble ikke funnet tilstrekkelig sannsynliggjort at det seksuelle forholdet var kjent for omgivelsene.

A&P varslet om søksmål i april 2012. UNE besluttet å behandle saken på nytt i nemndmøte med personlig fremmøte. Nemnda stilte seg fortsatt tvilende til deler av klagerens forklaringer. Det ble ikke ansett som sannsynlig at det ble lagret en sex-video på mobilen da dette ville kunne få alvorlige konsekvenser hvis denne kom på avveie. Nemnda la til grunn at klagerne hadde blitt offentlig eksponert som et lesbisk par etter at de kom til Norge gjennom at ulike aviser og nettsteder hadde omtalt deres sak. Det ble videre lagt til grunn at homofile par kan utsettes for forfølgelse i Iran dersom dette blir kjent for myndighetene. På bakgrunn av klagerens engasjement for lesbiske etter at de ankom Norge, samt deres opptreden under nemndmøte, la UNE til grunn at de begge ønsket å opptre som kjærester også ved en retur til Iran. De ble derfor ansett som flyktninger med rett til beskyttelse.

57. (Ikke medhold) Troverdighet, risikovurdering

Utlendingsloven § 28

Nemndmøte med personlig fremmøte

Saken gjaldt en familie fra Somalia. Mor kom til Norge i 2008 og søkte asyl grunnet den spente situasjonen i hjemlandet og fordi hun fryktet sin mann som mishandlet henne. Hun anførte at hun kom fra Mogadishu. Medfølgende var hennes tre barn med tidligere ektefelle. En språktest konkluderte med at kvinnen snakket en dialekt som hører hjemme i Nord-Somalia. I Norge møtte hun en ny mann og de fikk sammen tre barn.

Far kom til Norge i 2008 og anførte frykt for å bli drept av fundamentalister dersom han ble returnert. Han opplyste at han kom fra sør-Somalia. En språktest konkluderte med at han snakket en dialekt som hørte hjemme i Nord-Somalia.

Familiens sak ble behandlet samlet i UNE i nemndmøte med personlig fremmøte. UNE avsto asylsøknadene i vedtak av februar 2011. UNE fant at søkerne hadde generelt svekket troverdighet. Det ble blant annet lagt vekt på konklusjonen fra språktesten, at det forelå en viss motstrid i forklaringene, og at søkerne hadde overfladisk kunnskap om klientilhørighet. UNE la derfor ikke til grunn søkerens anførte geografiske tilhørighet og den øvrige asylforklaringen. Risikoen for kjønnslemlestelse av datteren ble også vurdert. Begge foreldrene forklarte at de var i mot denne praksisen, men at det sosiale presset ville være stort ved en retur. UNE fant at foreldrene ville kunne beskytte datteren og at det følgelig ikke forelå en reell risiko for kjønnslemlestelse.

A&P tok saken. Det ble tatt ut stevning for Oslo tingrett i mars 2012 med krav om at UNEs vedtak ble kjent ugyldig. Det ble anført at datteren risikerte kjønnslemlestelse ved en retur, at søkerens forklaring var sannsynliggjort, samt at familien hadde krav på opphold på humanitært grunnlag etter loven § 38 grunnet barnas tilknytning til Norge.

Retten fant vedtaket var gyldig. Det ble vektlagt at saksøkerens forklaring, ikke fremsto som «noenlunde sannsynlig» og at det ikke var grunnlag for å sette UNEs vurdering av troverdighet til side. Tingretten la til grunn at datteren hadde krav på beskyttelse etter utl. § 28 dersom det forelå reell risiko for at hun ville bli omskåret. Retten fant imidlertid ikke at UNE hadde lagt for høy terskel til grunn ved vurderingen. Selv om en veldig høy prosentandel av somaliske kvinner er omskåret la retten vekt på at foreldrene var ressurssterke personer som var sterkt imot kjønnslemlestelse. Retten fant videre at UNEs vurdering av barnas tilknytning til riket og barnas beste var forsvarlig og tilstrekkelig slik at vedtaket ikke heller var ugyldig på dette grunnlag.

Bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen ble anket til lagmannsretten. De ble anført at UNE hadde lagt feil faktum til grunn ved vurderingen risikoen for kjønnslemlestelse og at UNE hadde anvendt et for strengt beviskrav.

Lagmannsretten fant liksom UNE at søkerne hadde svekket troverdighet. Det ble vektlagt at begge hadde mangelfulle og feilaktige kunnskaper om sitt anførte hjemsted. Retten fant derfor at søkernes geografiske tilhørighet ikke var klarlagt og at de kunne komme fra et annet land enn Somalia. På bakgrunn av bevisførselen la retten likevel til grunn at kjønnslemlestelse var svært utbredt også blant etniske somaliere bosatt utenfor Somalia. Retten fant imidlertid at det ikke forelå en reell risiko for kjønnslemlestelse. Det hadde stor betydning ved risikovurderingen at begge foreldre var motstandere og de ikke skulle returnerte til familien hvor presset ville være størst. At foreldrene hadde bodd flere år i et vestlig land gjorde at deres holdninger mot praksisen kunne antas å være styrket og at påvirkningen av vestlig kultur og holdninger vil gjøre det lettere å motstå et press om omskjæring av datteren ved retur til hjemlandet.

Lagmannsretten konkluderte med at det forelå en viss risiko, men at denne ikke var tilstrekkelig høy. Saken ble anket til Høyesterett, men ikke tillatt fremmet.

Lagmannsrettens dom er rettskraftig.

58. (Medhold) Politisk virksomhet – oppdatert Landinformasjon

Utlendingsloven (2008) § 28 første ledd bokstav a) og b)

Nemndleder alene

Saken gjaldt en etiopisk mann som kom til Norge i 2009. Han søkte asyl fordi han fryktet forfølgelse fra Etiopiske myndigheter grunnet sin politiske aktivitet for opposisjonspartiet EPRP. Søker forklarte seg om sin aktivitet i Etiopia og om hvordan han ble fengslet, mishandlet, men etter hvert klarte å flykte.

UDI avsto søknaden i april 2010. Søker påklaget vedtaket og anførte i tillegg risiko for forfølgelse grunnet engasjement i partiet i Norge. Avslaget ble opprettholdt av UNE i juli 2011. På bakgrunn av Landinfos respons om EPRP-aktivitet i Etiopia, fant UNE at det ikke kunne legges til grunn at det ble utøvet organisert virksomhet for EPRP i Etiopia. Dermed var søkers forklaring ikke troverdig.

A&P tok saken. Det ble sendt søksmålsvarsel i saken i juli 2012, med påstand om at vedtaket var ugyldig fordi UNE la feil faktum til grunn om de faktiske forholdene i Etiopia. Det ble fremlagt en uavhengig rapport fra Etiopia-ekspert Günther Schröder som vurderte søkers forklaring som troverdig og i samsvar med kjent informasjon.

UNE behandlet varslet som en anmodning om omgjøring. Nemnda fant at den nye landinformasjonen nyanserte bildet hva gjaldt EPRP-aktivitet i Etiopia. Nemnda la til grunn at det forekom aktivitet, men at denne var begrenset og forgikk i det skjulte. Nemnda la således til grunn søkers forklaring om aktivitet i Etiopia. På bakgrunn av denne og søkers virksomhet i eksil, samt at han fremsto som en velutdannet mann med evne til å mobilisere, fant UNE at det forelå en reell risiko for forfølgelse ved retur.

59. (Ikke medhold) Tvilsrisiko, kjønnslemlestelse, troverdighet

Utlendingsloven § 28

Nemndmøte med personlig fremmøte

Saken gjaldt en nigeriansk kvinne som har vært offer for menneskehandel. Kvinnen kom til Norge i 2009 og fikk innvilget søknad om refleksjonsperiode med begrenset midlertidig arbeidstillatelse. Kvinnen fikk en datter i 2010 og fremmet samme år søknad om asyl. Kvinnen flyktet fra bakmannen/halliken etter ankomsten i Norge og deretter fått hjelp av ROSA-prosjektet. Kvinnen skal i etterkant ha mottatt telefontrusler fra halliken. Ved retur til hjemlandet frykter hun at halliken skal drepe både henne og at hennes datteren vil bli omskåret.

UNE avsto ved nemndsmøte, under dissens 2-1, søknad om beskyttelse i vedtak i februar 2012. Flertallet la delvis kvinnens forklaring til grunn, men anså ikke kvinnen for å kvalifisere for beskyttelse etter utl. § 28, jf. §§ 29 og 30. Mindretallet la derimot klagers asylforklaring i sin helhet til grunn, både kvinnens trusselbilde og den overhengende fare for at datteren ville bli utsatt for kjønnslemlestelse ved retur til Nigeria. NOAS fremmet omgjøringsbegjæring av UNEs vedtak, som deretter ble avslått.

A&P engasjerte seg i saken i 2013 og det ble samme år tatt ut søksmål mot staten med påstand ugyldighet om avslag på beskyttelse og opphold på humanitært grunnlag.

Oslo tingrett kom til at vedtaket var gyldig og frifant staten. Retten kom til at de anførte forfølgelsesgrunnene ikke kunne legges til grunn som sannsynliggjort, og at det dermed ikke var tilstrekkelig holdepunkter for å anta at det forelå en velbegrunnet frykt for forfølgelse. Retten la vekt på at betydningen av «forfølgeren» i saken var én privatperson, som kvinne i flere år hadde levd i et vanskelig parforhold med og som er far til hennes barn, ligger utenfor den tradisjonelle begrunnelse og rammen for asylinstitutet. Hva gjaldt faren for kjønnslemlestelsen av datteren viste retten til at det ikke hadde fremkommet bevis som ga grunn til å endre oppfatningen av de vurderingene som ble foretatt av UNEs flertall. Retten fant heller ikke fare for kjønnslemlestelse av datteren og konkluderte med at det ikke var grunnlag for asyl.

Dommen er anket til Lagmannsretten og berammet til 26. og 27. juni 2014.

60. (Ikke medhold) Iransk konvertitt, troverdighet

Utlendingsloven § 28

Nemndsmøte med personlig fremmøte

Saken gjaldt en iransk kvinne som kom til Norge i 2010. Hun fremmet søknad om asyl grunnet frykt for forfølgelse i hjemlandet fordi hun har konvertert fra islam til kristendommen. Hun praktiserte kristendommen i et hjemmekirkemiljø i Iran før ankomst til Norge. I Norge har kvinnen også vært aktiv kristen og deltatt i menighetsarbeid. I Iran kan konvertittkirken utøve sin religion, men det er et forbud mot å gjøre dette offentlig. Det foreligger betydelig risiko for at kristne konvertitter utsettes for forfølgelse i Iran.

UDI avsto søknad om beskyttelse i vedtak av september 2010. Vedtaket ble påklaget til UNE, og kvinnens sak ble behandlet i nemndsmøte med personlig fremmøte. Flertallet fant ikke klagers forklaring troverdig og avsto klagen i vedtak av november 2011. UNE la til grunn at klager ikke konverterte til kristendommen, lot seg døpe eller deltok i møter i en hjemmekirke hjemlandet. UNE fant dermed ikke tilstrekkelig holdepunkter for at klager risikerer forfølgelse fra myndighetene eller andre ved retur til hjemlandet i utlendingsloven eller flytningskonvensjonens forstand. Etter dette tok UNE stilling til fem begjæringer om omgjøring, uten at UNE fant grunnlag for å omgjøre vedtak.

A&P engasjerte seg i saken og det ble innsendt stevning i august 2012. Det ble nedlagt påstand om at samtlige av UNEs vedtak og beslutninger var ugyldige, som følge av at UNE hadde lagt feil faktum og feil vurdering av retursituasjonen til grunn for sitt vedtak. Oslo tingrett kom i dom av januar 2013 til at UNEs vedtak var ugyldig. Oslo tingrett fant UNEs vedtak ugyldig, Tingretten mente kvinnens historie var troverdig, og fant at det forelå velbegrunnet frykt for forfølgelse.

Saken ble anket til Borgarting lagmannsrett som avsa dom i desember 2013. Lagmannsretten kom til et annet resultat enn tingretten og frifant staten. Lagmannsrett vurderte om kvinnens asylhistorie skulle legges til grunn for vurderingen av hennes beskyttelsesbehov. Retten la vekt på hennes forklaringer ikke virket troverdige og henviste til de samme momentene som UNE hadde vektlagt. Etter lagmannsrettens syn var særlig to forhold, i tillegg til den manglende medvirkningen for å opplyse saken, med hensyn til kvinnens identitet. For det første bemerket retten en glidning og tilpasning av hennes forklaring omkring forhold til familien. For det andre fant retten kvinnens forklaring om utreise fra Iran som tvilsom. Lagmannsretten fant på bakgrunn av kvinnens troverdighet i relasjon til hennes asylhistorie, at det ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort at kvinnen hadde en velbegrunnet frykt for forfølgelse i hjemlandet på grunn av religiøs aktivitet.

Dommen er rettskraftig.

61. (Ikke medhold) Homofil legning - troverdighet

Utlendingsloven (1988) § 15 første ledd, jfr. utlendingsloven §28 a)

Stornemndmøte med personlig fremmøte

En mann fra Etiopia søkte om asyl i 2007. Han oppga sin homofile legning som asylgrunn. Han opplyste også at han var blitt presset på penger av guttegjenger samt utsatt for tre voldsepisoder som følge av sin legning.

Ved vedtak av mai 2008 avslo UDI søknaden. Vedtaket ble påklaget til UNE som i mars 2009 besluttet ikke å ta klagen til følge. UNE fant at det ikke var noe som tydet på at homofile ble utsatt for forfølgelse i flyktningkonvensjonens forstand i Etiopia. Vedtaket ble begjært omgjort to ganger. Den siste gangen ble saken behandlet i stornemnd med personlig fremmøte. UNE besluttet i februar 2012 at det ikke var grunnlag for omgjøring. Flertallet la vekt på at klagers forklaring om hvordan han levde ut sin seksuelle legning var påfallende detaljfattig. Han kunne ikke navngi mer enn et møtested for homofile, selv om det i følge landinformasjon var flere slike i Addis Abeba. Flertallet så ikke bort fra at han kunne ha blitt utsatt for voldsepisoder, men at de nærmere omstendigheter som tid, sted og omfang ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort.

Nemnda la til grunn at homofili er sterkt tabubelagt i Etiopia og at man risikerer utstøtelse, fordømmelse, diskriminering og trakassering. Det ble også lagt til grunn at enkelte homofile kan bli utsatt for fysiske overgrep og andre alvorlige krenkelser, men at dette er mindre fremtredende enn i andre afrikanske land og at muligheten for å leve i tråd med sin seksuelle legning varierte avhengig av nettverk, utdannelsesnivå, res-

surser mv. Siden klageren ikke i tilstrekkelig grad hadde bidratt til å opplyse hvem han var og hans sosiale situasjon fant man at det ikke var tilstrekkelige holdepunkter for å anta at han ville risikere forfølgelse ved retur. Beslutningen ble avsagt under dissens idet to nemndsmedlemmer kom til at vilkårene for beskyttelse etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a var oppfylt.

A&P engasjerte seg og i juli 2012 ble UNE orientert om at rettslige skritt ville bli tatt. UNE vurderte varslet som en anmodning om omgjøring og besluttet i oktober 2012 nok en gang at det ikke var grunnlag for omgjøring. Det ble tatt ut stevning mot staten i november 2012. Det ble anført at vedtaket var ugyldig, da UNE hadde lagt til grunn feil i faktum, foretatt feil bevisføring samt hatt feil rettsanvendelse i vurderingen om utl. § 28 første ledd bokstav a.

I dom av mars 2013 kom Oslo tingrett til at UNEs vedtak var gyldig. Retten delte UNEs syn vedrørende klagerens troverdighet. Det ble uttalt at hans forklaring om opplevelser av vold og utpresning framsto som overflatisk og usammenhengende. Det ble videre vektlagt at han til dels hadde endret sin forklaring om sin familie i asylintervju, i stormøte og under rettsmøtet. Retten var enig i UNEs vurdering at det i tillegg til en homofil legning må konkrete holdepunkter for at det foreligger en reell risiko ved en retur. Retten fant at det ikke var tilstrekkelige holdepunkter for at saksøker ved en retur ville risikere reaksjoner, da man fant at klager hadde holdt tilbake opplysninger rundt familie, nettverk og bosted. Han hadde heller ikke sannsynliggjort omstendighetene rundt de voldelige handlingene og pengeutpresningene han hadde opplyst å ha vært utsatt for.

Dommen er rettskraftig.

62. (Medhold i tingretten – anket) Iransk konvertitt – troverdighet

Utlendingsnemnda § 28

Nemndmøte med personlig fremmøte

Saken gjelder en konvertitt fra Iran. Mannen kom til Norge i 2009, som asylgrunn opplyste han da at han var politisk aktiv i et opposisjonsparti i hjemlandet. Under asylintervjuet oppga han også at han hadde begynt å tro på kristendommen da han kom til Norge og at han ønsket å konvertere. Kort tid etter lot han seg døpe og oppga deretter konverteringen som et nytt grunnlag for asyl. I vedtak av september 2010 ble hans søknad avslått av UDI.

UNE ga klager anledning til å møte i nemnd, men avsto klagen i vedtak av mars 2012. Det ble vektlagt at klager hadde svekket troverdighet da han hadde angitt en rekke motstridende opplysninger om sin politiske aktivitet i Iran. Hva gjaldt konverteringen fant UNE det påfallende at klageren ikke reflekterte over at det hadde vært vanskelig å bytte religion sett hen til at dette er en alvorlig handling som ikke bare innebærer et brudd med islam, men også med tradisjoner, familiens verdigrunnlag og fellesskapet i hjemlandet. Det ble ikke tatt endelig stilling til om klager var reell konvertitt da UNE fant at han uansett ikke hadde sannsynliggjort at han ville utøve sin tro på en utadrettet måte som kunne føre til at han risikerte forfølgelse.

Klager begjærte omgjøring av vedtaket, men denne ble ikke tatt til følge i beslutning av oktober 2012.

A&P tok saken. I desember 2012 ble det tatt ut stevning. Oslo tingrett kom i dom av april 2013 til at vedtaket var ugyldig. Retten var enig med UDI og UNE i at klager hadde gitt motstridende opplysninger om sin politiske aktivitet som bidro til å svekke hans troverdighet. Retten fant imidlertid at det likevel var sannsynliggjort at han hadde hatt et engasjement inn mot opposisjonspartiet Komala, men at klager ikke hadde sannsynliggjort at hans aktivitet hadde vært av et slikt omfang at han hadde en velbegrunnet frykt for forfølgelse.

Hva gjaldt konverteringen fant retten på bakgrunn av bevisførselen at denne var reell. Retten bemerket at det ikke var avgjørende at han ikke viste en troverdig erkjennelse av at han var en kristen person ved asylintervjuet, fordi han uansett senere kunne ha blitt påvirket gjennom sin kontakt med menigheten og prester til å ha fått en kristen tro. Retten fant å kunne legge til grunn at klager ville ta sikte på en utadrettet og synlig misjonering i Iran og at han derfor hadde en reell frykt for forfølgelse. I helhetsvurderingen ble det også vektlagt at klager hadde vært i myndighetenes søkelys i forbindelse med sin politiske aktivitet og at det derfor ville være en forhøyet risiko for ham sammenlignet med andre som returnerer.

Saken er anket av staten, og berammet til 18. og 19. september 2014. Det er også begjært omgjøring i saken.

63. (Medhold) Iransk konvertitt - troverdighet, risikovurdering

Utlendingsloven § 28 første ledd a)

Nemndmøte med personlig fremmøte

Klager kom til Norge i 2008 og fremmet søknad om asyl. Søknaden var begrunnet i at han fryktet fengsling ved retur fordi han hadde konvertert til kristendommen. Han ble omvendt da han arbeidet som sjåfør for en mann og ble etterhvert med til en såkalt hjemmekirke. Han ble senere pågrepet i sitt eget hjem av to sivilkleddede menn, og holdt innesperret på ukjent sted i 15-20 dager. Han mistenkte at han ble matforgiftet og han ble også slått og truet. Broren pantsatte huset slik at han ble løslatt mot kausjon og han flyktet da fra landet. I Norge ble han døpt i den norske kirke i april 2009 og senere også døpt som et Jehovas vitne. UDI avslo søknaden i mars 2009 og vedtaket ble påklaget. Klageren fastholdt sin forklaring. UNE avslo klagen i vedtak av mai 2010. UNE tok ikke stilling til om klageren var en reell konvertitt, men kom til at det uansett ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort at han hadde en tilknytning til kristendommen som tilsa at han ville bedrive en aktiv utadrettet virksomhet ved retur.

Klageren begjærte omgjøring av vedtaket og UNE besluttet å behandle saken i nemndmøte med personlig fremmøte. I beslutning av april 2012 valgte UNE ikke å omgjøre tidligere vedtak. Flertallet av nemndmedlemmene fant at klager ikke hadde foretatt en reell overgang til å bli et Jehovas vitne. Klagerens forklaring ble ikke funnet troverdig. Det ble vektlagt at han ikke husket antall ganger hadde vært i hjemmekirken, samt at han ikke visste om personene i hjemmekirken var konvertitter eller opprinnelige kristne. Nemnda la til grunn at han ikke ville misjonere ved retur til Iran og at han kunne utøve sin kristne tro så lenge han holdt en lav profil om dette. Mindretallet ved nemndleder la under noe tvil til grunn at konverteringen til Jehovas vitner var reell, men fant at det ikke var sannsynliggjort at han ville drive forkynnelse ved en retur.

A&P engasjerte seg og prosessvarsel ble sendt i november 2012. UNE anså prosessvarselet som en begjæring om omgjøring, og opprettholdt sitt vedtak i desember 2012. Det ble innsendt stevning i januar 2013, hvor det ble anført at vedtaket var ugyldig, da UNE hadde lagt feil faktum og feil vurdering av returrisikoene til grunn for sitt vedtak.

I dom av april 2013 kom Oslo tingrett til at UNEs vedtak var ugyldig. Retten fant at klageren var generelt troverdig. Det ble vist til at klageren hadde fastholdt den samme forklaringen i egenerklæringen og i asylintervjuet. At han på noen punkter forklarte seg annerledes i nemnda tre år senere ble ikke tillagt nevneverdig vekt da retten viste til tidsaspektet samt at referatet fra forklaringen i nemnda kunne inneholde misforståelser eller unøyaktigheter. Retten la også til grunn hans forklaring om samtalene han hadde hatt som sjåfør samt at han ble invitert med til en hjemmekirke.

Etter en totalvurdering fant retten at klagerens asylhistorie framsto som troverdig og noenlunde sannsynlig og at han hadde foretatt en reell konvertering til å bli et Jehovas vitne. Det ble også lagt til grunn at klageren ville bedrive forkynningsarbeid dersom han ble returnert til Iran.

På bakgrunn av bevisførselen la retten til grunn at frafall fra islam (apostasi) er straffbart i Iran og at man i ytterste konsekvens kan dømmes til døden for dette. Retten fant dermed klageren hadde en reell og velbegrunnet frykt for forfølgelse.

Dommen er rettskraftig.

64. (Medhold) Politisk virksomhet – beviskrav og bevisvurdering

Utlendingsloven (2008) § 28 første ledd bokstav b

Nemndleder alene

En Iransk mann søkte asyl i Norge i 2009 grunnet frykt for forfølgelse fra iranske myndigheter etter at han hadde deltatt i en demonstrasjon i etterkant av det iranske presidentvalget i juni 2009. I forkant av demonstrasjonen var han blitt oppsøkt og for-søkt vervet til oppdrag for Ettelaat, hvilket var årsaken til at han demonstrerte. Under demonstrasjonen havnet han i fysisk konfrontasjon med en representant for Basij's og han oppdaget at han ble filmet.

I vedtak fra mars 2012 avsto UNE søknaden da man fant at søkerens forklaring ikke kunne legges til grunn og at det dermed ikke var tilstrekkelige holdepunkter for å anta at det forelå en konkret og reell risiko for forfølgelse. UNE la vekt på at mannens forklaring på flere punkter var lite detaljert og til dels i strid med landinformasjon.

A&P tok saken. Søksmålsvarsel ble sendt i november 2012 og i desember ble det tatt ut stevning med påstand om at UNEs vedtak var ugyldig. Saksøker anførte at forklaringen var troverdig og konsistent og at han som følge av sine handlinger risikerte forfølgelse.

Oslo tingrett kom i april 2013 til at UNE hadde lagt et for strengt beviskrav til grunn. I tillegg hadde UNE på flere punkter bygget på uriktig faktum. Retten fant at søkers forklaring i det vesentlige framsto som troverdig og i tråd med tilgjengelig landinformasjon. Arten og omfanget av mannens politiske aktivitet var imidlertid så beskjedent at han ikke risikerte forfølgelse på bakgrunn av denne. Mannens konfrontasjon med basij'srepresentanten under demonstrasjonen gjorde imidlertid at han risikerte en reaksjon, eventuelt fengselsstraff. På bakgrunn av tilgjengelig landinformasjon om forholdene i iranske fengsel fant retten at det forelå en reell risiko for at søker ville bli

utsatt for nedverdiggende eller umenneskelig behandling ved retur. Vilkårene for å anse søkeren som flyktning etter § 28 første ledd bokstav b var dermed oppfylt.

Dommen er rettskraftig.

65. (Medhold) – lengeværende barn

Utlendingsloven § 38

Nemndmøte med personlig fremmøte

Familie med opprinnelig fire barn ble registrert som asylsøkere i juni 2002. Opprinnelig ble det oppgitt at de var borgere av Tyrkia, senere ble det endret til Libanon. Det ble senere brakt på det rene at familien i lengre tid hadde oppholdt seg i Tyskland. Det femte barnet ble født i Norge. UNE fattet endelig vedtak om avslag på søknadene om asyl i november 2003. Asylgrunnlaget var oppgitt å være frykt for PKK og tyrkiske myndigheter på grunn av fars aktiviteter for PKK i Libanon. Kort etter vedtaket forsvant familien fra mottaket til Sverige hvor det ble søkt om beskyttelse. Mor returnerte til Norge med barna og søkte på ny om beskyttelse, etter å ha fått avslag i Sverige. Ved vedtak i august 2004 ble mor utvist for brudd på utlendingsloven, og i januar 2005 ble mors søknad om beskyttelse og opphold på humanitært grunnlag avslått. Familien ble forgjeves forsøkt uttransportert til Tyrkia i januar 2005, men ble avvist av tyrkiske myndigheter. Nye opplysninger om identitet, som viste seg å være falske, ble presentert for myndighetene både i 2006/2007 og 2009. Far ble straffedømt i november 2010 til syv måneders fengsel for narkotikaovertridelser og ble uttransportert til Tyrkia i november 2011. Det ble fremsatt i alt 12 omgjøringsbegjæringer som samtlige ble forkastet.

Det ble inngitt omgjøringsbegjæringer hvor UNE ble anmodet om å innvilge familien oppholdstillatelse basert på barnas langvarige og sterke tilknytning til Norge. UNE avslø flere begjæringer, og A&P engasjerte seg i saken. Stevning ble uttatt i mars 2013. UNE tok saken opp til fornyet vurdering, herunder vurdering av nye helseopplysninger om ett av barna. Ved beslutning av juni 2013 fant ikke UNE grunn til å omgjøre tidligere vedtak/beslutninger. På tidspunktet for UNEs beslutning var barna henholdsvis 18, 16, 14, 12 og 8 år og hadde bodd i Norge i vel 10 år.

UNE fant at det forelå tungtveiende innvandringsregulerende hensyn mot å gi tillatelse og at det ville gi en uheldig signaleffekt hvis en «treneringsstrategi» skulle lede frem til tillatelse. Det ble videre anført at retur til hjemlandet heller ikke for barnas del fremsto som så tyngende at det måtte anses utilrådelig.

Tingretten avsa dom i november 2013. Staten ble frifunnet og tilkjent saksomkostninger. Retten bygget på HR dommene i Rt-2012-1985 og Rt 2012-2039. Det innebar at retten så bort fra den økte tilknytning for barna etter juni 2013 og tok inn over seg domstolenes begrensede prøvningsrett hva gjaldt «barnets beste.» Retten fant det ikke tvilsomt at UNE hadde lagt en riktig forståelse av utl. §38 til grunn for sin vurdering. Det var ikke i strid med bestemmelsen at UNE konkluderte med at innvandringsregulerende hensyn etter en helhetsvurdering av saken måtte veie tyngre enn barnas beste. Retten fant også at «oppbruddskonsekvensene» for barna var vektlagt og forsvarlig vurdert og avveid mot motstående hensyn.

Etter fornyet omgjøringsbegjæring omgjorde UNE i vedtak i mars 2014 tidligere avslag og innvilget oppholdstillatelse. UNE fastholdt tidligere vurderinger om at barna hadde en tilstrekkelig sterk tilknytning til Norge, til at denne alene kunne danne grunnlag for en tillatelse. Samtidig fastholdt UNE at det fortsatt forelå innvandringsregulerende hensyn som i utgangspunkt var til hinder for å gi en tillatelse, selv om hensynet til barnas beste isolert sett talte for å innvilge opphold. UNE la avgjørende vekt på helse-situasjonen til yngste sønnen. Barnet er blitt rammet av en alvorlig sykdom som kan medføre livstruende fare dersom han ikke får hurtig behandling og oppfølging. Det ble videre vektlagt at terskelen for tillatelse er lavere ved barns sykdom. UNE fant at hensynet til stabilitet og forutsigbarhet rundt barnet, samt barnets lange oppholdstid i Norge veide så tungt at øvrige mothensyn måtte vike. Av hensyn til familiens enhet ble også øvrige søsken og mor innvilget tillatelse.

66. (Ikke medhold) Beskyttelse, sur-place, risikokrav

Utlendingsloven § 28 første ledd

Nemndmøte med personlig fremmøte

Saken gjaldt en afghansk mann som søkte om beskyttelse i Norge i 2008. Som grunnlag for søknaden oppga han at han fryktet arrestasjon og henrettelse ved retur grunnet politisk aktivitet i hjemlandet. Han anførte å ha blitt truet både av Taliban og av afghanske myndigheter.

Ved UDIs vedtak av februar 2011 ble mannens krav om asyl i Norge, jf. utl. § 28 første ledd bokstav a) eller b) avslått. UDI ikke la mannens forklaring om alder til grunn, og at hans forklaringer om alder svekket hans generelle troverdighet. Det ble videre pekt på motstrid i mannens forklaringer, særlig knyttet til antallet trusler han hadde mottatt.

I april 2011 var søker delaktig ved en brenning av koranen på asylmottaket hvor han bodde. Episoden ble lagt ut på YouTube. På grunn av dette ble han angrepet på asylmottaket.

Ved vedtak av november 2011 fra UDI ble mannen utvist fra Norge med fem års innreiseforbud på grunn av forsettlig uriktige opplysninger om alder.

Mannens klage ble behandlet av UNE i nemndmøte. Han opplyste at han hadde fått høre at han var blitt gjenkjent på filmen, selv og noen afghanere på mottaket fortalte han at hele opptaket var sendt til de afghanske myndighetene via ambassaden. UNE traff vedtak september 2012. Nemnda uttalte at man trodde på hans forklaring om at han medvirket til å tenne på koranen. Vilkårene for å anse ham som flyktning etter lovens § 28 første ledd bokstav a eller bokstav b var ikke oppfylt. Begjæring om omgjøring ble avslått i vedtak av november 2012.

A&P bestemte seg for å forfølge saken og i april 2013 ble det varslet søksmål. Det ble vist til at mannen risikerte forfølgelse ved retur grunnet koranbrenningen samt annen politisk aktivitet i Norge. Vedlagt begjæringen fulgte støtteskriv fra Norsk PEN, og fra South Asian Free Media Association. UNE behandlet dette som en ny begjæring om omgjøring, men besluttet mai 2013 å ikke ta denne til følge.

I stevning til Oslo tingrett i september 2013 ble det anført at UNEs vedtak og etterfølgende beslutninger led av saksbehandlingsfeil ved at saken ikke var tilstrekkelig opplyst. UNE hadde ikke fått fremlagt politidokumentene som gjaldt angrepet på mannen ved asylmottaket etter episoden med koranbrenning. UNE vurderte dette som en ny begjæring om omgjøring, og vurderte saken på ny på bakgrunn av straffesaksdokumentene. I beslutning av oktober 2013 fant UNE ikke grunnlag for å omgjøre det tidligere vedtaket.

Saken ble da brakt inn for retten og det ble anført at UNEs risikovurdering knyttet til koranbrenningen var feil. Videre ble det anført at UNE ikke hadde foretatt en riktig vurdering av risikoen for mannen knyttet til hans omfattende skribentvirksomhet og politisk aktivitet både i hjemlandet og i Norge.

I dom av februar 2014 fant Oslo tingrett at UNEs vedtak var gyldig. Retten fant at han hadde generelt svekket troverdighet. Retten uttalte at hans bakgrunnshistorie om politisk aktivitet i Afghanistan fremsto som oppkonstruert og betydelig overdrevet. Det ble også vist til mannens uriktige angivelse av alder ved ankomst.

Retten fant videre at UNE hadde bygget på en riktig vurdering av bevisene knyttet til farevurderingen når man har kommet til at mannen ikke hadde velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av koranbrenningen. Retten viste til at UNE hadde lagt til grunn at han risikerte svært alvorlige konsekvenser ved en retur dersom afghanske myndigheter ble klar over forholdet. Retten viste imidlertid til vitneforklaringer om at det i hovedsak var det første året etter hendelsen at det var aktivitet på internett knyttet til den pu-

bliserte You Tube-videoen. Heller ikke kumulasjonsprinsippet tilsa at mannen hadde en velbegrunnet frykt for forfølgelse dersom han ble returnert, jf. utl. § 28 bokstav a)

Saken er anket til lagmannsretten.

67. Saken trukket da søker benyttet egen advokat.

68. (Ikke medhold) Beskyttelse, konvertering

Utlendingsloven § 28

Nemndmøte med personlig fremmøte

Saken vedrørte en iransk mann som kom til Norge og søkte asyl i januar 2009, etter å først ha søkt asyl i Hellas. Som beskyttelsesgrunnlag oppga han at han hadde blitt trakassert av hjemlandets myndigheter grunnet sin tilknytning til Bahai-religionen, og fordi han hadde kontakt med kristne armenere. Han ble også beskyldt for å ha hatt et ulovlig forhold til en troende kvinne. Mannen lot seg døpe etter at han hadde flyktet til Hellas, og har fortsatt sin kristne aktivitet her i Norge.

Mannen fikk avslag på asyl av UDI i mars 2010. Etter klage ble saken behandlet i nemndmøte i UNE, hvor nemnda under dissens fant at det ikke forelå risiko for forfølgelse. Selv om apostasi er straffbart i Iran, la flertallet la avgjørende vekt på at mannen tilsynelatende hadde en relativt begrenset religiøs aktivitet utad. Det ble derfor lagt til grunn at han ikke ville tiltrekke seg myndighetenes interesse.

A&P engasjerte seg i saken. Det ble anført at søker på grunn av sin kristne tro risikerte forfølgelse dersom han ble returnert til Iran, og at risikoen også var forsterket fordi mannen allerede var kjent for myndighetene på grunn av sin tilknytning til Bahai. UNE vurderte saken på nytt, men fant i juni 2013 at omgjøringsbegjæringen ikke skulle tas til følge.

Oslo tingrett fant i dom av januar 2014 at UNEs vedtak var gyldig. Retten la til grunn at mannen var reell konvertitt, og at han ville fortsette og praktisere sin kristne tro også dersom han ble returnert til Iran. Retten fant det sannsynliggjort at mannen ville forsøke å spre det kristne budskapet. Det fant likevel ikke at det var holdepunkter for at han ville ha en ledende eller spesielt utadrettet rolle. På bakgrunn av informasjon fra landinfo la retten til grunn at det var liten risiko for at kristne konvertitter som ikke misjonerer åpenlyst risikerer tortur eller dødsstraff. Retten la til grunn at han ville

holde seg innenfor de sosiokulturelle normene, og dermed ikke risikerer forfølgelse fra myndighetene. Retten fant at mannens tilknytning til Bahai-religionen var svak, og så vidt langt tilbake i tid at denne ikke kunne vektlegges ved risikovurderingen.

Saken er anket og berammet til behandling i Borgarting Lagmannsrett den 11. desember 2014.

69. (Ikke medhold) Konvertitt, Afghanistan, troverdighet

Utlendingsloven § 28 første ledd a)

Nemndmøte med personlig fremmøte

Mann fra Afghanistan, søkte opprinnelig om arbeidstillatelse og familiegjenforening i 2002. Kom til Norge i april 2006 og søkte om asyl. Oppga å ha hatt et utenomekteskapelig forhold og å være på flukt fra hennes familie. Konverterte til kristendommen i 2008.

Mens klagesaken verserte for UNE ble han døpt i kirke. UNE behandlet saken i nemndmøte med personlig fremmøte og vedtok, med en dissens, endelig avslag om asyl i juni 2010. UNE la ikke konverteringen til grunn som reell. Han ble ansett for å være en såkalt «bekvemmelighetskonvertitt.» Flertallet la vekt på at mannen på flere punkter forklarte seg selvmotsigende, mangelfullt og på mange punkter direkte feil om sentrale spørsmål. Den generelt svekkede troverdigheten spilte inn på vurderingen av om konverteringen var reell. Det ble også lagt vekt på at konverteringen fant sted etter at han hadde fått sitt første avslag på asyl i 2008. UNEs vedtak avstedkom reaksjoner i menigheten han tilhørte, flere prester og biskoper uttalte at konverteringen var reell, og det ble fremsatt en rekke omgjøringsbegjæringer. Samtlige ble forkastet.

A&P tok saken og søksmålsvarsel ble sendt i juni 2013. UNE behandlet dette som en omgjøringsbegjæring, som ble forkastet i juli 2013. Et par uker senere ble mannen uttransportert til Afghanistan. Hovedforhandling ble avholdt i februar 2014, uten at mannen var til stede. Han avga i stedet forklaring pr. telefon fra Iran. Staten ble frikjent og tilkjent saksomkostninger. Retten var enig med UNE i vurderingen av mannens reduserte generelle troverdighet. Temaet var om konverteringen var «noenlunde sannsynlig». Som Borgarting lagmannsrett i sak 55 og 53, fant retten veiledning i UNCHR's retningslinjer ved vurderingen av Religion-Based refugee Claims pkt. 34 og 35. Det ble også sett hen til asylpraksis overfor afghanere og tilsynelatende påfallende variasjoner i antall konvertitt saker, avhengig av en streng eller imøtekommende innvilgelsespraksis. Det ble også vist til Borgarting lagmannsretts dom av februar 2009 (LB-2009-74123) om det «vanskelige bevistema» som vurderingen av om en person har konvertert representerer.

Selv om retten vurderte at mannen hadde meget begrenset generell kunnskap om kristendommen, anså ikke retten dette som et særlig tungtveiende bevismoment i vurderingen av om konverteringen var reell. Derimot fant retten det «langt mer påfallende» at han så ut til å ha tatt lett på valget om å konvertere. Hva gjaldt teologene som dels møtte som vitner eller hadde gitt erklæringer tidligere, uttalte retten at selv om teologer «normalt vil være skikket til å vurdere om en konvertering er reell», burde ikke det medføre at utlendingsmyndighetene eller retten skulle utvise tilbakeholdenhet med å foreta en selvstendig prøvning av om det forelå «en reell kristen overbevisning». Det ble påpekt at i saken kunne det oppstå «mellommenneskelige forhold som i sin tur kan medføre at en lettere lar seg føre bak lyset». Retten anså at det var «lite av konkret verdi» i prestenes uttalelser som var egnet til å stille konverteringen i et mer troverdig lys. Retten konkluderte med at mannen hverken på tidspunktet for UNEs siste vedtak eller tidligere «har hatt en reell kristen overbevisning» Konverteringen ble ansett som et «omgåelsesarrangement» som tok sikte på å få beskyttelse i Norge.

Dommen er anket til lagmannsretten i april 2014.

70. (Ikke medhold) Troverdighet

Utlendingsloven § 28 første ledd b)

Nemndleder alene

Søker er araber fra Ibb-distriktet i Jemen. Han søkte om asyl i Norge juni 2008. Anførte å være anklaget for å ha drept en politimann/soldat, og at han derfor var forfulgt av myndighetene og politimannens familie. Han anførte også å være anklaget for å være tilknyttet al-Houthi-bevegelsen.

UNE stadfestet UDIs nektelse i vedtak i september 2012. UNE mente asylsøkeren hadde svekket troverdighet, at hans asylhistorie ikke var sannsynlig og at det ikke var sannsynlig at han var blitt dømt til døden i sitt fravær. Dødsdommen var søkt bevist ved fremleggelse av en faks, mottatt fra asylsøkerens familie.

A&P tok saken. Det ble sendt begjæring om midlertidig avgjørelse til Byfogden i Oslo, som ved kjennelse i oktober 2013 ikke tok begjæringen tilfølge. Stevning ble uttatt i november 2013. Oslo tingrett frifant staten ved dom i mars 2014. Staten ble også tilkjent saksomkostninger. Hva gjaldt beviskravet, viste retten til Rt. 2011 s. 1481, forarbeidene til utl.§ 28 og avgjørelse fra Borgarting lagmannsrett, LB-2011-23448 som siterte fra håndboken til FNs Høykommissær for flyktninger. Her ble det fremhevet forbeholdet om at saksbehandler måtte anse søkeren generelt for å være troverdig, for at tvilen skulle komme søkeren til gode. Med henvisning til Rt. 2011 s. 1481 ble det videre nevnt

forutsetningen om at asylsøkeren selv hadde medvirket til å opplyse saken «så langt det er rimelig og nødvendig».

Retten gikk deretter over til å vurdere asylsøkerens alminnelige troverdighet. Retten festet seg ved at asylsøkeren på mange og vesentlige punkter hadde endret forklaring. Han kunne ikke høres med at det først var under tingrettsbehandlingen at han hadde fått anledning til å forklare seg fritt. Forklaringen om hvordan han hadde skaffet penger til flukt, kjøp av pass og religiøs- og familietilhørighet, var til dels usannsynlig og hadde blitt endret. Retten mente det var mye som tydet på at asylsøkeren søkte å tilpasse sin forklaring til momenter som kom frem i saken. Endret forklaring om hvordan en soldat ble drept, ble også ansett å være en tilpasning. Tilsvarende gjaldt for flukten fra kontrollposten. Samlet sett anså retten disse endringene egnet til i vesentlig grad å svekke asylsøkerens troverdighet. Forklaringen ble også vurdert å være i strid med allment kjente fakta. I og med asylsøkerens svekkede generelle troverdighet fikk heller ikke dødsdommen «særlig troverdighet.»

Dommen er rettskraftig.

71. (Ikke avgjort) Beskyttelse, internflukt, landinformasjon

Utlendingsloven § 28

Nemndleder alene

Saken gjelder to borgere av Den demokratiske republikken Kongo. Begge er etniske tutsier (banyamulenge) fra Sør Kiwu/Øst Kongo, retur til hjemstedet er utelukket grunnet den rådende sikkerhetssituasjonen. Spørsmålet er om søkerne kan henvises til internflukt i Kinshasa. UNE har vurdert at søkerne kan få effektiv beskyttelse der, på bakgrunn av informasjon om situasjonen fra blant annet landinfo.

Det foreligger imidlertid landinformasjon fra andre kilder, blant annet UK Home Office og UNHCR som tilsier at det ikke er trygt for banyamulenge å søke internflukt i Kinshasa. A&P har derfor henvist saken til rettslig prøving. Det vil bli anført at de rettslige vilkårene for internflukt ikke er oppfylt, og at søkerne har krav på beskyttelse etter utl. § 28 første ledd.

Hovedforhandling er berammet til juni 2014 i Oslo tingrett.

72. (Medhold) Utvisning, forholdsmessighet, familiesplittelse

Utlendingsloven §§ 66 og 70

Nemndleder alene

Søker er eritreisk kvinne som søkte om asyl i Norge i 2003. Hun fikk avslag på søknad om asyl i 2005 og har deretter oppholdt seg ulovlig i riket. Søker er gift med en norsk statsborger og har tre barn, en datter født 2007, og to sønner født hhv 2011 og 2013. Alle barn er norske statsborgere.

I 2011 fattet UNE vedtak om utvisning på grunn av ulovlig opphold i riket. UNE viste til at søker aldri har hatt noen berettiget forventning om å kunne etablere et familieliv i Norge. Det ble også vist til at familien kan gjenforenes i Eritrea, da søkers ektemann opprinnelig er derfra.

A&P henviste saken til advokat, og stevning ble sendt i desember 2013. Det ble anført at UNE ikke hadde vurdert eller tatt hensyn til risikoen for kjønnslemlestelse for parets felles datter, dersom familien skulle følge mor til Eritrea. Det ble videre vist til at en utvisning av mor sannsynligvis ville innebære en varig splittelse av familien, da søker ikke vil få utreisetilatelse fra Eritrea ved en senere retur til Norge.

UNE behandlet stevningen som en begjæring om omgjøring. På bakgrunn av en konkret helhetsvurdering basert på sakens faktiske omstendigheter herunder barnas beste, fant UNE at en opprettholdelse av utvisningen ville være uforholdsmessig, og besluttet i januar 2014 å omgjøre tidligere vedtak om utvisning.

73. Beskyttelse, iransk konvertitt, troverdighet

Utlendingsloven § 28

Nemndmøte med personlig fremmøte

Saken gjaldt en iransk kvinne som kom til Norge som asylsøker i 2003. I Norge ble søker medlem i Kilden menighet i Ål, og lot seg døpe året etter. Søker har i ettertid vært tilknyttet ulike menigheter i Norge og aktivt praktisert sin kristne tro. Videre har søker engasjert seg for konvertitters rettigheter i Iran gjennom demonstrasjoner, noe som også er blitt publisert på sosiale medier og omtalt av den iranske nyhetsbyrået for kristne, Mohabat News.

UDI avsto søknad om asyl og UNE opprettholdt avslaget i 2006. Det ble deretter inn-sendt en rekke omgjøringsbegjæringer, som samtlige ble avslått av UNE. UNE tok ikke

stilling til om søker reelt sett kunne anses å ha konvertert, verken i det opprinnelige vedtaket eller ved senere omgjøringsbegjæringer. Selv om søker kunne anses som personlig kristen, og dermed som en reell konvertitt, vil det etter UNEs syn dette uansett ikke innebære at hun har krav på beskyttelse etter utl. § 28 bokstav a. På bakgrunn av de opplysningene som forelå om kvinnens aktivitet i Norge, fremsto det for UNE som svært lite sannsynlig at klager risikerte forfølgelse fra iranske myndigheter på bakgrunn av konverteringen. Det ble også vist til at iranske myndigheter er innforstått med at mange iranere lar seg døpe som ledd i en migrasjonsstrategi.

A&P engasjerte seg i saken og på vegne av prosjektet ble det innsendt stevning til Oslo tingrett februar 2014 med påstand om at UNEs vedtak må kjennes ugyldig. Det anføres at UNE har tatt feil når nemnda har konkludert med at søker ikke er flyktning. Det vises til at vedtakene dels bygger på uriktig faktum vedrørende søkers religiøse overbevisning, samt at situasjonen i Iran er verre for konvertitter enn det UNE har lagt til grunn. Det anføres også at UNEs vedtak lider av rettsanvendelsesfeil.

Saken er berammet til behandling i Oslo tingrett i september 2014.

74. (Ikke medhold) Troverdighet

Utlendingsloven § 28 første ledd a) og b)

Nemndleder alene

Palestinsk journalist fra Gaza søkte om asyl i Norge i oktober 2010. Han fryktet forfølgelse fra Hamas på grunn av sin aktivitet som journalist, fordi han jobbet med betente temaer, var kritisk til Hamas og ble truet på livet av Hamas.

UNE fattet sitt avslagsvedtak i april 2013. UNE fant at asylsøkeren hadde forklart seg «vagt, unnvikende og lite detaljert» Det ble reist tvil om hans troverdighet, uten at UNE tok endelig stilling til troverdigheten. Det ble uansett ikke ansett å foreligge risiko for forfølgelse ved retur.

A&P tok saken og stevning, med begjæring om midlertidig forføyning, ble innsendt i januar 2014. UNE behandlet dette som en begjæring om omgjøring. Ved beslutning i januar 2014 ble begjæringen ikke tatt til følge. UNE fant at saken i det vesentlige sto i samme stilling som tidligere. Ved denne anledningen tok UNE stilling til asylsøkerens troverdighet. Etter en nærmere vurdering av hans forklaring, herunder angivelsen av når han ble anholdt, konkluderte UNE med at han fremsto som lite troverdig og at forklaringen ikke kunne legges til grunn.

Tingretten avsa dom i februar 2014. Staten ble frifunnet, men saksomkostninger ble ikke tilkjent. Til tross for at flere sider ved asylsøkerens troverdighet fremsto som troverdig, anså retten at hans forklaring om bakgrunnen og grunnlaget for asylsøknaden, herunder forfølgelsen av Hamas, samlet sett fremsto som lite troverdig. Retten la avgjørende vekt på at forklaringen på «nokså sentrale» punkter hadde utvidet seg og til dels endret seg gjennom behandlingen av saken. Det ble også lagt vekt på at han ikke hadde medvirket til å avklare sin reiserute til Norge. Retten påpekte at asylsøkeren på sentrale punkter ga en mer detaljert forklaring i asylforklaringen og i retten enn i politirapporten ved ankomstregistreringen. En sentral begivenhet var anholdelsen av asylsøkeren. Den opprinnelige tidsangivelsen viste seg objektivt ikke å være korrekt og var blitt påpekt av UNE, noe asylsøkeren først erkjente i retten. Han oppga også en mer dramatisk årsak for opphøret av sitt arbeidsforhold i retten enn han hadde gjort tidligere og ga en ny forklaring på hvorfor han skulle ha blitt forfulgt etter filming av en militærøvelse. Tilsvarende ble det brukt mot asylsøkeren at han ikke hadde nevnt et drapsforsøk ved ankomstregistreringen. Hverken vilkårene etter utl.§ 28 a) eller § 28 b) ble ansett oppfylt. Hva gjaldt utl. § 28 b) ble det erkjent at situasjonen for journalister i Gaza var blitt verre, men ikke alvorlige nok til å utgjøre dødsstraff, tortur mv.

Dommen er rettskraftig.

Vedlegg 7



Advokatforeningen

Utlendingsnemnda
Direktør Ingunn-Sofie Aursnes
Stenersgaten 1 B/C,
Postboks 8165 Dep.
0034 Oslo

Deres ref:

Vår ref: 170741/V1

Saksbehandler: Silan Oen
sto@advokatforeningen.no
T +47 91 66 44 19

08.01.2014

Advokat Harborgs gjennomgang av UNEs praksis i valg av avgjørelsesform i asylsaker av 10.06.2008 – begjæring om tilgang til underlagsmateriale

Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe i utlendingsrett gjennomfører for tiden et utrednings- og dokumentasjonsarbeid knyttet til prosjektets mer enn syv års virksomhet. I den anledning vil det være av betydning for oss å få tilgang til noe av den informasjon som ligger til grunn for advokat Harborgs gjennomgang.

UNE selv har ved en rekke anledninger tilbakevist kritikk med henvisning til de to evalueringer som ble foretatt, henholdsvis i 2003 av rhKnoff og i 2008 av advokat Henning Harborg.

Vi er særlig interessert i utredningen fra advokat Harborg, og har festet oss ved omtalen av utredningen i NOU 2010:12 på s. 79, venstre spalte. Her heter det at gjennomgangen viste at saker der klagers troverdighet var avgjørende ikke burde behandles av nemndleder alene, med mindre det var «åpenbart at klagers forklaring ikke er troverdig». Deretter anføres det: «Gjennomgangen av de konkrete klagesakene tydet på at denne normen stort sett ble etterlevd loyalt».

For en utenforstående leser av gjennomgangen er det vanskelig å få tak i grunnlaget for de generelle karakteristikker som benyttes, idet fremstillingen kun viser til enkelte «eksempler».

På denne bakgrunn ber vi opplyst hvor mange av de drøyt 100 (?) saker angikk saker hvor klagers troverdighet var tema/avgjørende og hvor mange av disse saker som ble behandlet av respektive nemdsleder og nemnd.

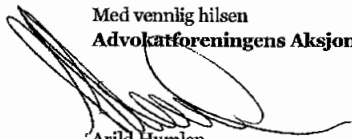
Videre ber vi om en nærmere konkretisering av underlaget for slutningene om lojal etterlevelse av normen om nemndsbehandling i asylsaker med mindre det er åpenbart at klagers forklaring ikke er troverdig.

I forbindelse med konkretiseringen ber vi også om å få tilgang til det skjema som advokat Harborg fylte ut for hver av de drøyt 100 saker han behandlet, jfr. hans gjennomgang på s. 8. Her fremgår det bl.a. at det var inntatt kommentarer om saken som kan ha betydning for vurderingen av valget av behandlingsform.

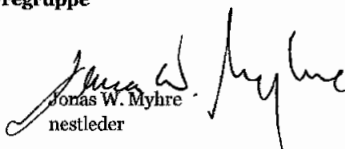
Vi er takknemlige for et raskt svar.

Med vennlig hilsen

Advokatforeningens Aksjons- og prosedyregruppe



Arild Humlen
leder



Jonas W. Myhre
nestleder



UTLENDINGSNEMNDA
[UNE]

Advokatforeningen
Kristian Augusts gat 0
0164 OSLO

Deres referanse
170741

Vår referanse
08/00124-4

Dato
16.01.2014

Gjennomgang av UNEs praksis i valg av avgjørelsesform i asylsaker Begjæring om tilgang til underlagsmateriale

Det vises til brev av 08.01.2014 fra Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe, hvor det bes om ulik informasjon knyttet til advokat Henning Harborgs gjennomgang av UNEs praksis i valg av avgjørelsesform fra 10.06.2008.

Harborgs rapport ble bestilt av Arbeids- og inkluderingsdepartementet som oppdragstaker, og var en uavhengig, ekstern gjennomgang av praksis. Grunnlagsdokumenter som advokat Harborg utarbeidet, inkl. de etterspurte skjemaene, ligger ikke i UNEs arkiver. Det kan tenkes at slikt materiale er arkivert hos Justis- og beredskapsdepartementet eller Arbeidsdepartementet, ev. hos advokat Harborg selv.

Rapporten kommer med konklusjoner og anbefalinger basert på gjennomgang av et større utvalg saker. UNE har ingen oversikter over hvilke saker advokat Harborg gjennomgikk, eller noen beskrivelse av disse utover det som fremgår av rapporten. Vi kan derfor ikke svare på hvor mange av sakene som hadde troverdighet som avgjørende tema og hvilken avgjørelsesform de hadde.

UNE har heller ikke grunnlag for å foreta en nærmere konkretisering av underlaget for slutningene om lojal etterlevelse av normen om nemndsbehandling i asylsaker. Spørsmål om dette må ev. rettes til advokat Harborg. Hvordan rapporten er å forstå, og holdbarheten i dens slutninger, må ellers basere seg på en tolkning av rapporten.

Med hilsen

Øyvind Havnevik
seksjonssjef

Arild Hjelmervik
seniorrådgiver

Dette brevet er godkjent elektronisk i Utlendingsnemnda og har derfor ingen signatur.

UTLENDINGSNEMNDA

Besøksadresse: Stenersgata 1 B/C
Postboks 8165 Dep. 0034 Oslo

Tlf: 21 08 50 00 Faks: 21 08 50 01
Internett: <http://www.une.no>

Org.nr: 9820 19095
Bank: 7694.05.02302

Den Norske Advokatforening
Juristenes Hus
Kristian Augusts gate 9, 0164 Oslo

T 22 03 50 50
E post@advokatforeningen.no



Advokatforeningen