

Domstolens prøvings- og sikrings- plikt i asylsaker

*Rettstilstanden etter plenumsdommene fra
2012*

Kandidatnummer: 199594

Antall ord: 13 298



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2014

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Bakgrunn for tema og aktualitet.....	1
1.3	Presiseringer og avklaring av begrep	2
1.3.1	Avgrensning mot adgangen til å avsi realitetsdom	2
1.3.2	Hva menes med ”faktum på vedtakstidspunktet”?	3
1.4	Metode og veien videre	4
2	HOVEDDEL	5
2.1	Oversikt over den materielle asylretten.....	5
2.2	Hvordan skal domstolen forholde seg til etterfølgende omstendigheter dersom påstanden er at vedtak om avslag på asyl er ugyldig?	6
2.2.1	Innledning	6
2.2.2	Presentasjon av Plenumsdom I - Rt. 2012 s. 1985 (P).....	7
2.2.3	Avgjør Plenumsdom I hvorvidt domstolen kan ta stilling til etterfølgende rettsfakta i asylsaker?.....	10
2.3	Er det adgang til å kreve dom i norske domstoler for at et avslag på søknad om asyl er i strid med EMK artikkel 3?.....	13
2.3.1	Nåtidsvurdering av faktum	13
2.3.2	Adgangen til å fremsette fastsettelsessøksmål for norske domstoler for brudd på en inkorporert menneskerettskonvensjon	14
2.3.3	Presentasjon av Plenumsdom II – Rt. 2012 s. 2039 (P).....	14
2.3.4	Avgjør Plenumsdom II hvorvidt man kan kreve fastsettelsesdom for brudd på EMK artikkel 3?	16
2.3.5	Kan man kreve fastsettelsesdom for at iverksettelse av vedtaket er i strid med EMK artikkel 3?	19
2.4	Er det en ønsket rettsstilling at skjæringstidspunktet for faktumvurderingen i asylsaker er vedtakstidspunktet?.....	22
2.4.1	Innledning	22
2.4.2	Retten til ny vurdering hos utlendingsmyndighetene	22
2.4.3	System og struktur	25
2.4.4	Juridiske vurderinger	27
2.4.5	Full prøving av vedtaket	28
2.4.6	Forholdet til EMK.....	29

2.4.7	Utlendingsnemndas omgjøringsprøvelse	31
2.4.8	Svakheter med den etablerte strukturen	33
2.4.9	Konklusjon	35
3	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	36
4	KILDEHENVISNINGER MED FORKORTELSERREGISTER	37
4.1	Litteratur	37
4.2	Lover og konvensjoner	38
4.3	Forarbeider	38
4.4	Dommer	38
4.5	Domstoler	39
4.6	Internett	39
4.7	Andre	40

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Etter vedtak om avslag på søknad om asyl fra Utlendingsdirektoratet (UDI) og negativt svar på klage fra Utlendingsnemnda (UNE), bestemte Abdul Ali fra Iran seg for å stevne utlendingsmyndighetene for retten. Alis påstand var at vedtaket om avslag på asyl av XXXX var ugyldig. Tingretten frifant utlendingsmyndighetene, og Ali bestemte seg for å anke til lagmannsretten over lovanvendelsen. Det hadde nå gått lang tid siden UNE fattet sitt endelige vedtak, og i mellomtiden hadde Ali konvertert til kristendommen. I UNEs endelige vedtak var det derfor ikke tatt stilling til Alis konvertering. Med konverteringen tatt i betraktning var Ali sikker på at han oppfylte vilkårene for asyl. Etter iransk straffelov er det dødsstraff for å frafalle den offisielle religionen. I anken la Ali derfor prinsipalt ned påstand om at vedtaket om avslag på asyl var ugyldig, og subsidiært at effektivering av UNEs vedtak ville føre til brudd på Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 3.

Spørsmålene det skal tas stilling til i denne avhandlingen er om domstolen kan ta de nye faktiske omstendighetene i betraktning når de vurderer om forvaltningens vedtak om avslag på asyl er gyldig og om effektivering av vedtaket er i strid med EMK. Alternativt må Ali fremsette en ny søknad eller en omgjøringsbegjæring overfor forvaltningen. Basert på hva jeg kommer til, vil jeg vurdere i hvilken grad gjeldende rett gir uttrykk for en ønsket rettstilstand. Herunder skal det vurderes om gjeldende rett bidrar til å skape et godt system og en god struktur i det norske rettssystemet, og hvorvidt dette sikrer asylsøkeren reell rettsikkerhet.

1.2 Bakgrunn for tema og aktualitet

Prosjektet Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe i utlendingsrett ble opprettet i 2007 på initiativ av advokatene Arild Humlen og Jonas W. Myhre. Temaet for prosjektet var norske utlendingsmyndigheters behandling av utlendings- og asylsaker. UNEs statistikk på hvor mange av deres vedtak som ble prøvd for retten viste et urovekkende antall tatt i betraktning betydningen av et slikt vedtak. Humlen og Myhre mente at utlendinger som hadde fått endelig avslag fra UNE hadde et stort udekket rettshjelpsbehov. Årsaken var at utlendingene ofte var uten ressurser til å anlegge sak og i de få sakene som ble ført, var balansen mellom utlendingen og UNE med sine saksbehandlere og Regjeringsadvokater svært skjev. Prosjektet gikk blant annet ut på å gi tilbud om gratis rettshjelp i utvalgte saker for å få prøvd UNEs ved-

tak for tingretten.¹ Som et resultat av dette prosjektet har flere spørsmål av prinsipiell karakter på utlendingsfeltet blitt prøvd for Høyesterett.

I plenumsdommen inntatt i Rt. 2012 s. 1985 (Plenumsdom I) tok Høyesterett stilling til hvordan domstolene skulle forholde seg til etterfølgende rettsfakta i en sak som gjaldt opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38. I dommen kom 14 mot 5 dommere til at prøving av forvaltningsvedtak som utgangspunkt skal skje på grunnlag av det faktum som forelå på vedtakstidspunktet. Samme dag avsa Høyesterett også en dom, inntatt i Rt. 2012 s. 2039 (P) (Plenumsdom II), for at det er adgang til å kreve fastsettelsesdom for at uttransportering av en asylsøker var i strid med retten til privat- eller familieliv etter EMK artikkel 8.

I denne avhandlingen skal jeg undersøke rekkevidden av disse dommene og hvilken betydning de får for de ordinære asylsakene, altså flyktningers rett til å få anerkjent flyktningstatus etter flyktningkonvensjonen artikkel 1A og artikkel 33 jf. utlendingsloven § 28 jf. § 3, EMK artikkel 3 og det lovbestemte vernet mot retur etter utlendingsloven § 73.

Problemstillingen er ikke kun et spørsmål om hvilket faktum domstolen kan ta hensyn til. Problemstillingen reiser prinsipielle spørsmål om arbeidsfordelingen mellom forvaltning og domstol, hensynet til Norges internasjonale forpliktelser, og hvordan domstolen best kan ivareta rettssikkerheten til en svært utsatt gruppe. I tingrettens behandling av Neda-I ble domstolens kontrollfunksjon satt på spissen.² En familie hadde fått avslag på fem søknader om opphold i Norge. I tingretten ble UNEs utvisningsvedtak opphevet. UNE hadde valget mellom å anke eller å fatte et nytt vedtak. Resultatet ble at det ble fattet et nytt negativt vedtak. Ved å gå tilbake og fatte et nytt negativt vedtak, slik at asylsøkeren må anlegge nytt søksmål, kan det påstås at norske myndigheter vil kunne hindre effektiv domstolsprøving av forvaltningens vedtak. Asylsøkerne vil dermed, i de fleste tilfeller, være avskåret fra en rettslig prøving fordi de ikke har midler til å anlegge nytt søksmål.

1.3 Presiseringer og avklaring av begrep

1.3.1 Avgrensning mot adgangen til å avsi realitetsdom

¹ Rapport fra Advokatforeningens aksjons og prosedyregruppe i utlendingsrett 2007-2014 av Arild Humlen og Jonas W. Myhre.

² TOSLO-2013-76824

Det er viktig å understreke at denne avhandlingen ikke gjelder domstolens adgang til å avsi realitetsdom i saken. Utgangspunktet i norsk rett er at domstolen må nøye seg med å oppheve vedtaket dersom det er beheftet med feil med mindre det foreligger særlig hjemmel for annet.³ Dette gjelder selv om forvaltningsvedtaket er strengt lovbundet og domstolen har full overprøvingskompetanse, slik de har i de ordinære asylsakene.

Konsekvensen av at domstolen finner vedtaket ugyldig etter en vurdering basert på de faktiske omstendigheter som foreligger på domstidspunktet, er at saken sendes tilbake til forvaltningen som må treffe et nytt vedtak i tråd med domspremissene.⁴ Utfallet av et gyldighetssspørsmål hvor domstolen foretar en nåtidsvurdering av faktum kan bli at vedtaket erkjennes ugyldig selv om vedtaket per definisjon ikke lider av mangler. Vedtaket vil kjennes ugyldig fordi etterfølgende rettsfakta gjør at det opprinnelige vedtaket ble truffet på mangelfullt faktisk grunnlag, og at subsumsjonen eller en interesseavveining etter dette er uriktig.

1.3.2 Hva menes med "faktum på vedtakstidspunktet"?

Det som skal vurderes i denne avhandlingen er om domstolen ved gyldighetsprøvingen av asylsaker kan ta hensyn til nye påberopte rettsfakta som ikke forelå på vedtakstidspunktet. Det er derfor viktig å ha klart for seg hva som menes med faktum på vedtakstidspunktet.

I artikkelen "Tidspunkt for faktumvurderinga ved domstolsprøving av forvaltningsvedtak - rettstilstanden før mai 2012", behandler Gunnar Hæreid dette temaet.⁵ Spørsmålet Hæreid stiller er om det skal legges til grunn et objektivt- eller et subjektivt skjæringstidspunkt for hva domstolen kan vektlegge. Et subjektivt skjæringstidspunkt betyr at domstolen kan legge vekt på de faktiske omstendighetene som var eller burde være kjent for forvaltningen på vedtakstidspunktet. Men legges et objektivt skjæringstidspunkt til grunn, kan domstolen ta utgangspunkt i alle faktiske omstendigheter som hadde funnet sted på vedtakstidspunktet, uavhengig av om forvaltningen hadde eller burde ha vurdert dette.

For å illustrere forskjellen mellom de ulike skjæringstidspunktene, trekker Hæreid frem et eksempel fra asylretten, ganske likt den illustrerende saken i punkt 1.1. Vi kan tenke oss en utlending som søker asyl på bakgrunn av frykt for forfølgelse på grunn av medlemskap i et politisk parti. Søknaden blir avslått fordi utlendingen søkte under falsk identitet og viste seg å ikke være medlem i partiet. Senere kommer det frem at vedkommende kunne hatt rett på asyl

³ Rt. 2001 s. 995 og Skoghøy, Tvisteløsning s. 26.

⁴ Plenumsdom I (avsnitt 96)

⁵ Punkt 2.3.2

fordi han var kristen konvertitt. Dette vurderte ikke forvaltningen, fordi asylsøkeren ikke hadde opplyst om det. Legger man et objektivt skjæringstidspunkt til grunn kan domstolen kjenne vedtaket ugyldig på grunn av konverteringen, men ut fra et subjektivt skjæringstidspunkt vil vedtaket være gyldig.

Etter en gjennomgang av høyesterettspraksis konkluderer Hæreid med at det foreligger en entydig praksis, hvor hvilket faktum som kan vektlegges vurderes ut fra et subjektivt skjæringstidspunkt.⁶ I det følgende er det derfor faktiske omstendigheter forvaltningen har eller burde tatt stilling til i vedtaket jeg sikter til, når jeg snakker om faktum på vedtakstidspunktet. I avhandlingen vil for øvrig uttrykket ”omstendigheter” benyttes om ”rettsfakta som kan utløse en rettsvirkning”.

1.4 Metode og veien videre

Domstolens prøvingsrett har konstitusjonell forankring, men verken Grunnloven eller folkeretten setter skranker for hvilket faktum domstolen skal legge til grunn ved prøvingen av forvaltningsvedtak.⁷ Hvilken kompetanse domstolene har, beror derfor i utgangspunktet på en tolking av de enkelte lovbestemmelsene.

Et eksempel på hvor loven sier noe om prøvingsintensiteten er tvistelovens kapittel 36, som gjelder administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren. Innenfor rammene av vedkommende lov skal retten prøve ”alle sider av saken”.⁸ Det er ikke tvilsomt at dette innebærer at domstolen må prøve saken slik den står på domstidspunktet.⁹

Utlendingsloven viser ikke til tvistelovens kapittel 36. Spørsmålet blir da hvilket tidspunkt for faktumvurderingen som skal legges til grunn når loven ikke gir noe svar. Reglene for domstolens kontroll med gyldigheten av forvaltningsvedtak er domstolskapt. Det vil derfor vurderes hva tidligere rettspraksis har sagt av betydning for spørsmålet og hvilke rettskilder som er vektlagt. Denne fremgangsmåten er i tråd med alminnelig juridisk metode.

For å kartlegge domstolens prøvings- og sikringsplikt i asylsaker må det først tas stilling til i hvilken grad Plenumsdom I og Plenumsdom II avgjør spørsmålene. Det første spørsmålet blir hvordan domstolen skal forholde seg til etterfølgende rettsfakta dersom påstanden er at vedta-

⁶ Rt. 2007 s. 1815 (trygderetten), Rt. 2008 s. 688 (trygderetten), HR-2011-1694 (U) (utlendingsrett, asyl)

⁷ Plenumsdom I (avsnitt 53)

⁸ Tvisteloven § 36-5 tredje ledd

⁹ Skoghøy, Tvisteløsning, s. 26 og Plenumsdom I (avsnitt 53)

ket er ugyldig. Det andre blir om det er adgang til å fremme et krav om dom for at effektivering av vedtaket er i strid med Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 3, som innebærer at domstolen prøver saken ut fra en nåtidsvurdering. Ut i fra hva jeg kommer frem til blir spørsmålet om vi har en ønsket rettstilstand på området.

2 Hoveddel

2.1 Oversikt over den materielle asylretten

Før det går inn på den konkrete drøftelsen skal det gjøres rede for hvilke lov- og konvensjonsbestemmelser det er som spørres om plenumsdommene regulerer domstolsprøving av. Reglene om beskyttelse, altså asyl, finner man i utlendingsloven kapittel 4. I § 28 første ledd er det regulert hvem som har rett til å bli anerkjent som flyktning. Det er § 28 første ledd bokstav a) som er det primære rettsgrunnlaget for asyl. Denne bestemmelsen gir beskyttelse til de som har ”velbegrunnet frykt for forfølgelse” som følge av “etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning”, og som ikke kan få beskyttelse i hjemlandet. Bestemmelsen er en forkortet gjengivelse av flyktningkonvensjonen artikkel 1A.¹⁰

Det subsidiære grunnlaget for asyl er utlendingsloven § 28 første ledd bokstav b). Bestemmelsen gir en utledning som ikke faller inn under bokstav a) men likevel ”står i reell fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ved tilbakevending til hjemlandet” rett til å anerkjennes som flyktning. Bestemmelsen er ikke hentet fra flyktningkonvensjonen, men er en inkorporasjon av EMK artikkel 3 som skal sikre at Norge ikke bryter sine folkerettslige forpliktelser.¹¹ Det kan for eksempel være at asylsøkeren er dømt for tyveri i hjemlandet som straffes med avkapping av hånd og at forholdene i fengslene i det aktuelle landet krenker EMK artikkel 3. Oppfyller man vilkårene i EMK artikkel 3 har man i utgangspunktet krav på flyktningstatus, men det er et vilkår at man ved retur til hjemlandet risikerer overgrep. Lider asylsøkeren av alvorlig sykdom, og det ikke kan påregnes at hjemlandets helsevesen kan gi nødvendig hjelp, er det i stedet et sterkt argument for at det bør gis opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38.¹²

¹⁰ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 414.

¹¹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 414.

¹² Dybvik Øyen, Lærebok i utlendingsrett s. 275 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 414.

Om en person fyller vilkårene for å bli anerkjent som flyktning beror på en vurdering av faktum og risiko. Disse vurderingene åpner ikke for skjønn verken på vedtaks- eller vilkårssiden. Med andre ord; er det fare for forfølgelse ved retur til hjemlandet, har flyktningen krav på beskyttelse selv om innvandringsregulerende hensyn tilsier at Norge ikke burde ta inn flere utlendinger. Dette betyr at domstolens kompetanse i disse sakene ikke er begrenset, og kan prøve både sakens rettslige og faktiske side fullt ut.

Selv om man ikke oppfyller vilkårene i § 28 førte ledd bokstav a) eller b), kan man må opphold i Norge dersom ”sterke menneskelige hensyn” tilsier det. Dette reguleres i utlendingsloven § 38 jf. § 28 syvende ledd. Denne bestemmelsen faller utenfor det jeg i denne avhandlingen betegner som de ordinære asylsaker, og skal ikke behandles.

En som er anerkjent som flyktning har et absolutt vern mot utsendelse etter utlendingsloven § 73. Bestemmelsen sier eksplisitt at en utlending ikke kan sendes til et område der vedkommende vil være i en situasjon som nevnt i § 28 første ledd bokstav a) eller b). Det absolutte vernet mot retur gjelder også for personer som står i en forfølgelsessituasjon, men som ikke anerkjennes som flyktning fordi de har begått forbrytelser mot menneskeheten.¹³

Bestemmelsen i § 73 er en lovfesting av det internasjonale ”non refoulment-prinsippet” som i dag er ansett som folkerettslig sedvane, og er nedfelt i en rekke konvensjoner. Herunder kan nevnes flyktningkonvensjonen artikkel 33. Prinsippet går i det store og hele ut på at ingen kan sendes til et land eller tredjeland hvor de kan risikere forfølgelse eller alvorlige overgrep.¹⁴

Det er altså om en person har rett på beskyttelse etter utlendingsloven § 28 jf. flyktningkonvensjonen 1A jf. EMK artikkel 3 jeg skal vurdere om plenumsdommene regulerer domstolsprøving av.

2.2 Hvordan skal domstolen forholde seg til etterfølgende omstendigheter dersom påstanden er at vedtak om avslag på asyl er ugyldig?

2.2.1 Innledning

¹³ Utlendingsloven § 73 jf. § 31

¹⁴ Dybvik Øyen, Lærebok i utlendingsrett s. 336

Som nevnt tidligere sier ikke loven noe om hvordan domstolen skal forholde seg til etterfølgende omstendigheter dersom påstanden er at vedtak om avslag på asyl er ugyldig, men Høyesterett har drøftet hvilket tidspunkt domstolen skal legge til grunn for faktumvurderingen ved gyldighets søksmål. Jeg skal nå gjøre rede for votumet og argumentasjonen i Plenumsdom I, for så å ta stilling til i hvilken grad dommen avgjør tidspunktet for faktumvurderingen i de ordinære asylsakene.

2.2.2 Presentasjon av Plenumsdom I - Rt. 2012 s. 1985 (P)

Høyesterett ble satt i plenum i desember 2012 for å overprøve en dom avsagt i Høyesterett mai samme år.¹⁵ Saken fra mai gjaldt opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38. I den saken kom Høyesterett, med dissens 4-1, til at domstolen kunne vektlegge omstendigheter som var kommet til etter at forvaltningen hadde truffet sitt siste vedtak.

Saken Høyesterett skulle behandle i desember gjaldt gyldigheten av et avslag på søknad om asyl og opphold på humanitært grunnlag i Norge, og hvorvidt domstolsprøvingen skal bygge på faktum på vedtakstidspunktet eller domstidspunktet.¹⁶ Høyesteretts ankeutvalg tillot ikke anken fremmet i sin helhet. Det var kun det prinsipielle spørsmålet om tidspunkt for faktumvurderingen og anførslene om opphold etter utlendingsloven § 38 som ble fremmet.¹⁷

Med dissens 14 mot 5 kom Høyesterett til at den klare hovedregelen er at vedtakstidspunktet er skjæringstidspunkt for faktumvurderingen ved gyldighetsprøvingen av forvaltningsvedtak, og at dette også gjelder saker som berører menneskerettighetene, herunder utlendingssakene. Det betyr at omstendigheter på søkerens side som har betydning for vedtaket, men som er kommet til etter forvaltningens siste vedtak, ikke kan tas i betraktning når domstolen prøver gyldigheten av vedtaket. At skjæringstidspunktet er vedtakstidspunktet ble også lagt til grunn for gyldighetsprøvingen i Plenumsdom II som ble avgjort senere samme dag.¹⁸

Jeg går nå over til å gjøre rede for de ulike votaene og begrunnelsen for disse.

2.2.2.1 Flertallet ved førstvoterende dommer Webster

¹⁵ Rt. 2012 s. 667 (U)

¹⁶ (avsnitt 1)

¹⁷ (avsnitt 15)

¹⁸ (avsnitt 39)

Flertallet ved førstvoterende dommer Webster kom til at Norges menneskerettslige forpliktelser og reelle hensyn ikke tilsier at det må gjøres unntak fra hovedregelen om at vedtak av forvaltningen skal prøves på grunnlag av faktum på vedtakstidspunktet.¹⁹

Det første spørsmålet førstvoterende stiller er om faktum på vedtaks- eller domstidspunktet skal legges til grunn ved gyldighetsprøvingen generelt sett, altså i alle typer forvaltningssaker. Etter en gjennomgang av rettskildebildet, og spesielt rettspraksis, kommer hun til at det ikke er tvil om at det generelle utgangspunktet er at faktum på vedtakstidspunktet skal legges til grunn, men at det kan fremlegges nye bevis som kaster lys over situasjonen på vedtakstidspunktet.²⁰ Som jeg skrev i punkt 1.3.2 er det altså kun omstendigheter forvaltningen tok eller burde tatt i betraktning da de fattet vedtaket, som kan tas hensyn til av domstolen.

Etter dette går førstvoterende over til å vurdere om Norges menneskerettslige forpliktelser tilsier at domstolene på visse områder likevel skal legge faktum på domstidspunktet til grunn. For det første påpeker førstvoterende at selv om utlendingens situasjon endrer seg etter forvaltningens siste vedtak, vil systemet vi har i dag oppfylle kravet EMK artikkel 13 og Den europeiske menneskerettsdomstols (EMDs) praksis stiller til en nasjonal effektiv prøving av konvensjonsrettighetene. Dette fordi utlendingsmyndighetene har en plikt, etter utlendingslovens § 73 jf. § 90 siste ledd, til å behandle nye forhold som blir påberopt før utlendingen kan returneres.²¹

Heller ikke reelle hensyn, finner førstvoterende, at tilsier at saker som berører menneskerettigheter skal prøves ut fra faktum på domstidspunktet. Selv om EMD foretar en nåtidsvurdering når de prøver konvensjonen, legger ikke førstvoterende vekt på hensynet til subsidiaritetsprinsippet og at norske domstoler bør ha samme mulighet til å forhindre menneskerettsbrudd.

Førstvoterende legger størst vekt på at å ta stilling til om det nye faktumet som påberopes er riktig, hva det går ut på, hvilken relevans det har for saken og presedensvirkningen er ”oppgaver som i utgangspunktet er av forvaltningsmessig karakter”.²² At forvaltningen først behandler nytt faktum, og at domstolens kontroll er etterfølgende mener hun ivaretar hensynet til en betryggende saksbehandling. Begrunnelsen er at sakene da vil bli behandlet likt som sakene som ikke blir tatt inn for retten. I tillegg mener hun at det er lite å hente tidsmessig med en

¹⁹ (avsnitt 81)

²⁰ (avsnitt 81)

²¹ (avsnitt 88)

²² (avsnitt 94)

nåtidsvurdering, da domstolen uansett ikke kan avsi realitetsdom og saken må tilbake til forvaltningen som vurderer omgjøring.

Det er ikke tvil om at domstolen ikke kan avsi realitetsdom i forvaltningssaker uten at det foreligger særlig hjemmel. Dette gjelder uavhengig av om det er tale om et strengt lovbundet vedtak hvor en part har krav på en ytelse dersom lovens vilkår er oppfylt. I avsnitt 62 viser førstvoterende til dom inntatt i Rt. 2001 s. 995 hvor dette ble tatt stilling til på prinsipielt grunnlag. Selv om saken ikke angår det konkrete spørsmålet de sto overfor i Plenumsdom I, mener førstvoterende at dommen er av interesse for spørsmålet. Det sies ikke eksplisitt, men sammenhengen mellom å ta stilling til nytt faktum og å avsi realitetsdom synes å være et viktig poeng for hvorfor førstvoterende argumenterer så sterkt mot at domstolen skal ta stilling til nytt faktum. Jeg kommer tilbake til forklaringen på dette i punkt 2.4.3.1.

2.2.2.2 Mindretallet ved annenvoterende dommer Bårdsen og tredjevoterende dommer Skoghøy

Annenvoterende dommer Bårdsen mener at skjæringstidspunktet må være domstidspunktet i alle utlendingssaker, uavhengig om de berører menneskerettslige spørsmål eller ikke. Hovedbegrunnelsen hans er at det er det nasjonale beslutningssystemet sett under ett som må gi sikkerhet for at det faktiske grunnlaget for vedtaket er oppdatert før en eventuell retur. Han mener også at det er det nasjonale beslutningssystemet sett under ett, som har ansvar for gjennomføringen av Norges menneskerettslige forpliktelser og håndhevingen av disse. Annenvoterende fremhever særlig at subsidiaritetsprinsippet tilsier at norske domstoler bør ha den samme prøvingskompetansen som EMD, slik at det ikke blir nødvendig å klage til EMD for å oppnå den rettsbeskyttelse konvensjonen fastsetter.²³

Annenvoterende mener også at faktum som ikke er menneskerettslig relevant i utlendingssakene må kunnes legges vekt på selv om de ikke er tatt stilling til av forvaltningen. Dette fordi man ellers også vil kunne få en situasjon der er vedtaket dels prøves ut fra en datidsvurdering og dels ut fra en nåtidsvurdering. En slik deling vil være gjennomførbar.

Tredjevoterende, dommer Skoghøy, hevder at domstolen som hovedregel må legge faktum på domstidspunktet til grunn med mindre det finnes særlig hjemmel for annet. Skoghøy har en pragmatisk tilnærming til spørsmålet, og i avsnitt 227 skriver han at hvilket faktum som skal legges til grunn må ”avgjøres ut fra hvilken løsning som ut fra dagens rettsoppfatning best

²³ (avsnitt 178)

tilfredsstillende behov som domstolskontrollen med forvaltningen skal ivareta". Med de behov domstolskontrollen skal ivareta sikter han til tvistelovens § 1-1 om at flest mulig avgjørelser skal være materielt riktige.

At domstolens oppgave er å avsi materielt riktige dommer, og at borgerne har et behov for å få avklart rettigheter av stor velferdsmessig betydning, synes å være kjernen i Skoghøys argumentasjon. I likhet med annenvoterende trekker Skoghøy frem den uholdbare situasjonen det vil føre til om det i et og samme søksmål blir nedlagt påstand om at et vedtak er ugyldig kombinert med en påstand om menneskerettsbrudd og man opererer med ulike tidspunkt for faktumvurderingen.

Det skal nå gjøres en nærmere vurdering av om, og i hvilken grad, Plenumsdom I er et prejudikat for hva som er skjæringstidspunktet for faktumvurderingen i de ordinære asylsakene.

2.2.3 Avgjør Plenumsdom I hvorvidt domstolen kan ta stilling til etterfølgende rettsfakta i asylsaker?

2.2.3.1 *Saken gjaldt opphold på humanitært grunnlag*

Plenumsdom I gjaldt gyldigheten av et avslag på asyl og opphold på humanitært grunnlag i Norge for en iransk familie med barn som hadde konvertert til kristendommen og hadde bodd i Norge lenge. Som nevnt i punkt 2.2.2 var det kun spørsmålet om opphold på humanitært grunnlag og spørsmålet om tidspunktet for faktumvurderingen som ble tillatt fremmet.²⁴ Hvilket faktum som skal legges til grunn for gyldighetsprøvingen i asylsaker ble derfor ikke prosedert på for Høyesterett. Dette kan tale for at dommen ikke er et prejudikat for tidspunktet for faktumvurderingen i asylsaker.

2.2.3.2 *Bredt utformede premisser*

Førstvoterende konkluderer med at "domstolens prøving av et forvaltningsvedtaks gyldighet også i saker som berører menneskerettigheter, herunder utlendingssakene, må knytte seg til faktum på vedtakstidspunktet".²⁵ Premissene i dommen er altså svært generelt utformet.

²⁴ (avsnitt 15)

²⁵ (avsnitt 98)

I tillegg trekkes saker om asyl spesifikt inn i vurderingen flere ganger.²⁶ Innledningsvis, i avsnitt 49, går førstvoterende for eksempel gjennom de nye omstendigheter som det anføres at domstolen må ta stilling til i den konkrete saken. Det første er den gradvis sterkere tilknytningen til landet som kan medføre at interesseavveiningen etter utlendingsloven § 38 kan bli en annen på domstidspunktet enn på vedtakstidspunktet. Det andre er en endring i iransk straffelov som innebærer dødsstraff for konvertitter. Endringen ble vedtatt etter at forvaltningen fattet vedtaket, og det ble anført at domstolen må prøve om endringen tilsier at vedtaket om avslag på asyl etter utlendingsloven § 28 må oppheves.

Premissene, og at etterfølgende omstendigheter som har betydning for retten til asyl skal vurderes om kan tas hensyn til, taler sterkt for at Plenumsdom I er et prejudikat for tidspunktet for faktumvurderingen i de ordinære asylsakene.

2.2.3.3 Mangelfulle premisser

Som nevnt tidligere var det kun anførselene knyttet til opphold på humanitært grunnlag som ble tillatt fremmet for Høyesterett. Opphold på humanitært grunnlag reguleres i utlendingslovens kapittel 5, mens reglene for asyl finnes i kapittel 4. Som jeg kommer tilbake til i punkt 2.4.7 er det mye som taler for at omgjøringsbegjæringer står i en særstilling i asylsaker. Denne særstillingen går ut på at forvaltningen har en plikt til å omgjøre på eget initiativ dersom de ser, eller burde sett at asylsøkeren oppfyller vilkårene for flyktningstatus. Dersom det er tilfelle vil det være en ren formalitet at asylsøkeren må begjære omgjøring før domstolen kan prøve saken. Dette vurderer ikke Høyesterett. Om dette trekker i retning av at plenumsdommene ikke er et prejudikat for tidspunktet for faktumvurderingen ved gyldighetsprøvingen av de ordinære asylsakene, er jeg ikke så sikker på. Men det må i alle fall svekke prejudikatsverdien av dommen på dette området.

2.2.3.4 Spørsmålet ble forsøkt reist for Høyesterett

Etter plenumsdommene i 2012 har spørsmålet om tidspunktet for faktumvurderingen i asylsaker vært forsøkt tatt inn for Høyesterett. Dette skjedde i juni 2014. Saken gjaldt gyldigheten av UNEs avslag på asyl for en afghaner og beslutningen om ikke å omgjøre vedtaket. Det som

²⁶ (avsnitt 49 og 88)

skulle prøves for domstolen var om ankende part hadde konvertert til kristendommen, og hadde en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av religion om han ble returnert.²⁷

Etter at afghaneren ikke fikk medhold i lagmannsretten, anket han til Høyesterett hvor de gjorde gjeldende to rettskrav. For det første måtte forvaltningens omgjøringsbeslutning kjennes ugyldig, og for det andre ville de ha dom for at det ville være i strid med EMK artikkel 3 å iverksette vedtaket. I relasjon til ugyldighetskravet la han prinsipalt ned påstand om at lagmannsrettsdommen måtte oppheves fordi det var lagt til grunn feil prøvingstidspunkt for det materielle asylgrunnlaget.²⁸

Lagmannsretten hadde lagt følgende til grunn:

”Skjæringstidspunktet for relevant faktum er XXX, som er tidspunktet for UNEs siste omgjøringsbeslutning, men lagmannsretten kan legge vekt på senere fremkomme bevis dersom disse kaster lys over den faktiske situasjonen på vedtakstidspunktet, jf. Rt. 2012 side 1985 avsnitt 81 og 98.”²⁹

Ankende part anførte for Høyesterett at tidspunktet for faktumvurderingen i asylsaker ikke kan anses avgjort ved plenumsdommene fra 2012.³⁰ Begrunnelsen var henholdsvis at premisene er knappe blant annet fordi forholdet til nye omgjøringsbegjæringer står i særstilling i asylsaker,³¹ og at førstvoterende og flertallets argument om at en hensiktsmessig arbeidsfordeling mellom domstol og forvaltning tilsier at domstolen ikke skal ta stilling til nytt faktum, ikke slår til i asylsaker.

UNE, ved regjeringsadvokaten, hevdet på sin side at lagmannsrettens vurdering av faktum ut fra vedtakstidspunktet var i tråd med rettstilstanden etter plenumsdommene, og at Høyesterett har sett og vurdert hensynene som gjør seg gjeldende på asylrettens område. UNE hevdet også at omgjøringsbegjæringer ikke står i en særstilling i asylsaker, slik at det ikke stiller seg annerledes enn i sakene om opphold på humanitært grunnlag.³²

²⁷ Anketilsvaret i Afghanersaken s. 1 punkt. 1 og LB-2012-166185

²⁸ Anken i Afghanersaken s. 1-2 punkt. 1.

²⁹ LB-2012-166185 (Afghanersaken) side 7

³⁰ Anken i Afghanersaken s. 3 punkt. 3

³¹ Anken i Afghanersaken s. 7

³² Anketilsvaret i Afghanersaken s. 3 og 4

Anken ble ikke fremmet. Begrunnelsen var at verken avgjørelsens betydning utenfor den foreliggende sak eller andre forhold tilsa at saken skulle fremmes for Høyesterett.³³ At Høyesterett avviser anken på dette grunnlaget, finner jeg å tale for at spørsmålet om tidspunktet for faktumvurderingen i de ordinære asylsakene er avgjort.

2.2.3.5 Konklusjon

Med hovedvekt på de bredt utformede premissene og at asyl nevnes spesifikt flere ganger i vurderingen, er jeg kommet til at de særlige rettsspørsmålene om tidspunktet for faktumvurderingen i de ordinære asylsaker er avgjort i plenumsdommene fra 2012. Prejudikatsvekten av dommen kan likevel sies å være svekket fordi domstolen overser viktige elementer i vurderingen. For den illustrerende saken innledningsvis, betyr det at domstolen ikke kan legge vekt på at Ali har konvertert til kristendommen når de vurderer om utlendingsmyndighetenes vedtak om avslag på asyl er ugyldig.

2.3 Er det adgang til å kreve dom i norske domstoler for at et avslag på søknad om asyl er i strid med EMK artikkel 3?

2.3.1 Nåtidsvurdering av faktum

Selv om domstolen ikke kan ta i betraktning nye faktiske forhold om påstanden er at vedtaket er ugyldig, stenger ikke dette for at de kan ta nye faktiske omstendighetene i betraktning dersom det nedlegges påstand om at vedtaket er i strid med EMK. En påstand om konvensjonsstrid er i juridisk teori omtalt som et håndhevelsessøksmål.³⁴ I motsetning til et gyldighets-søksmål, som fordrer en etterfølgende kontroll med noe forvaltningen har gjort på et bestemt tidspunkt, går et fastsettelsessøksmål ut på å få fastlagt rettigheter og plikter mellom private parter og offentlige organer. For sistnevnte skal ikke domstolen begrense seg til å prøve gyldigheten av vedtaket. Er det lagt ned påstand om konvensjonsstrid skal domstolen prøve om vedkommende sine rettigheter er krenket, og den vurderingen gjøres da ut fra faktum på domstidspunktet.

³³ HR-2014-1329 (U)

³⁴ Skoghøy, *Tvisteløsning* s.436

I Plenumsdom II var det både nedlagt påstand om at utsendelsen var i strid med EMK artikkel 8, og at selve vedtaket var ugyldig. Høyesterett kunne da ikke ta stilling til faktiske omstendigheter som hadde inntruffet etter vedtaket ble fattet i gyldighetsvurderingen, men om vedtaket var i strid med EMK artikkel 8, skulle vurderes etter en nåtidsvurdering.

2.3.2 Adgangen til å fremsette fastsettelsessøksmål for norske domstoler for brudd på en inkorporert menneskerettskonvensjon

I Rt. 2003 s. 301 kom Høyesterett til at det kan kreves fastsettelsesdom overfor staten for at det foreligger brudd på en inkorporert menneskerettskonvensjon, når konvensjonen gir rett til å få spørsmålet om konvensjonsbrudd prøvd nasjonalt. Saken gjaldt hvorvidt en beslutning om å iverksette en undersøkelsessak etter barneloven § 4-3 første ledd utgjorde et inngrep i retten til respekt for privat- og familieliv etter EMK artikkel 8. Høyesterett kom til at søksmålsbetingelsene i tvisteloven generelt sett ikke stengte for at det kunne fremsettes slike søksmål.³⁵

Saken fra 2003 gjaldt ikke utlendingsrett, men i Plenumsdom II slo Høyesterett fast at det kan reises krav om dom for at en utsendelse av en asylsøker var i strid med EMK artikkel 8. Spørsmålet er om denne dommen også er et prejudikat for at det er adgang til å reise søksmål for at iverksettelse av et vedtak om avslag på asyl er i strid med retten til vern mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling eller straff etter EMK artikkel 3.

Før jeg vurderer om det kan kreves dom for at selve iverksettelsen av vedtaket er konvensjonsstridig, skal jeg ta stilling til om man generelt sett kan kreve fastsettelsesdom for brudd på EMK artikkel 3.

2.3.3 Presentasjon av Plenumsdom II – Rt. 2012 s. 2039 (P)

I Plenumsdom II reises mange av de samme rettsspørsmålene som reises i Plenumsdom I. Plenumsdom II gjaldt gyldigheten av UNEs nektelse av å omgjøre et avslag på opphold på humanitært grunnlag for en familie fra Bosnia-Hercegovina. Familien hadde fått barn i Norge, og det eldste barnet hadde på vedtakstidspunktet bodd her i mer enn syv år. Av tiden i Norge hadde familien totalt vært her ulovlig i fire år og ti måneder. Staten ble frifunnet i tingretten og anken til lagmannsretten ble forkastet. Familien ble deretter uttransportert til hjemlandet. I

³⁵ Rt. 2003 s.302 (avsnitt 39)

anken til Høyesterett ble det lagt ned påstand om at vedtaket om avslag på opphold på humanitært grunnlag var ugyldig. I tillegg ble det krevd fastsettelsesdom for at uttransporteringen var en krenkelse av EMK artikkel 8 og barnekonvensjonen artikkel 3.³⁶

EMK artikkel 8 gir rett til vern mot inngrep i en persons privat- og familieliv. I denne saken var det spørsmål om utsendelsen var et uforholdsmessig inngrep i den eldste datterens rett til respekt for sitt privatliv. Jenta hadde bodd i Norge i mange år, og en utsendelse ville bryte opp hennes tilvante liv.³⁷ Barnekonvensjonens artikkel 3 går ut på at myndigheter og organisasjoner først og fremst må ta hensyn til hva som er barnets beste når de handler og tar beslutninger som angår barn. Ankende part hevdet at UNE ikke hadde vektlagt hensynet til barnets beste på riktig måte da de besluttet å gi avslag på søknad om opphold etter utlendingsloven § 38, og at dette utgjorde en krenkelse av barnekonvensjonen artikkel 3.

I Høyesterett ble staten frikjent under dissens 14-5 i gyldighetssøksmålet. Samme votering lå til grunn for at staten også ble frikjent for brudd på EMK artikkel 8. Et flertall på 11 mot 8 avviste på prinsipielt grunnlag kravet om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3.

Selv om det var dissens i realitetsvurderingen av om uttransporteringen var i strid med EMK artikkel 8, var det enighet i Høyesterett om at det er prosessuell adgang til å kreve slik dom. Førstvoterende Matningsdal begrunner dette med at EMK stiller krav om et effektivt nasjonalt rettsmiddel for å sikre menneskerettighetene. I tillegg tilsier subsidiaritetsprinsippet³⁸ at det må være adgang til å kreve slik dom.³⁹

Førstvoterende fremhever i avsnitt 95 at adgangen til å fremme et slikt søksmål allerede var lagt til grunn av Justisdepartementet i forarbeidene til tvisteloven.⁴⁰ På side 154 i proposisjonen uttaler departementet at de anser det klart at det må være adgang til å fremme et slikt søksmål ”når den aktuelle menneskerettskonvensjon stiller krav om et effektivt rettsmiddel, slik EMK artikkel 13 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 2 nr.

³⁶ (avsnitt 1-15)

³⁷ (avsnitt 69)

³⁸ Protokoll nr. 15 til Den Europeiske menneskerettskonvensjon: «Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention.»

³⁹ (avsnitt 99)

⁴⁰ Ot.prp. nr. 51(2004-2005)

3 gjør”. Departementets standpunkt er en stadfesting av rettstilstanden i kjennelsen som er nevnt ovenfor, Rt. 2003 s. 301, og departementet viser også direkte til kjennelsen.

Når det kommer til at det ikke er adgang til å kreve dom for krenkelse av barnekonvensjonen artikkel 3, var flertallets, ved førstvoterende Matningsdal, begrunnelse at barnekonvensjonen ikke stiller krav om et effektivt nasjonalt rettsmiddel.⁴¹ Etter en gjennomgang av praksis fra EMD kom de til at det ikke kunne oppstilles et krav om adgang til å fremme et fastsettelses-søksmål for brudd på denne bestemmelsen. Et slikt krav kunne heller ikke utledes av norsk intern rett.⁴² Tvistelovens § 1-3 angir søksmålsbetingelsene i norsk rett og stiller krav til at det må foreligge et ”rettskrav” og et ”reelt behov” for å få avgjort kravet. Selv om barnekonvensjonen er tilføyd i menneskerettsloven § 2 og er anvendelig som norsk lov, angir den ikke individuelle rettigheter. Bestemmelsen er kun en retningslinje for skjønnsutøvelsen, og derfor oppfylles ikke kravet til at saken må gjelde et rettskrav.

2.3.4 Avgjør Plenumsdom II hvorvidt man kan kreve fastsettelsesdom for brudd på EMK artikkel 3?

2.3.4.1 *Bredt utformede premisser*

Det er klart at det er adgang til å kreve fastsettelsesdom for at en utsendelse av en asylsøker er en krenkelse av EMK artikkel 8, men er Plenumsdom II også et prejudikat for at det kan kreves slik dom for brudd på EMK artikkel 3?

I likhet med Plenumsdom I er premissene i denne dommen generelt utformet. Førstvoterendes begrunnelse for at det er adgang til å kreve særskilt dom for brudd på EMK kommer implisitt frem i vurdering av om det kan kreves fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3. Etter en gjennomgang av forarbeidene konkluderer førstvoterende med at det er ”retten til et effektivt rettsmiddel og hensynet til subsidiaritetsprinsippet som har begrunnet adgangen til å kreve særskilt fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP”.⁴³ Siden det i dommen ikke går inn på hvilke bestemmelser i EMK det kan kreves fastsettelsesdom for krenkelse av, taler de vide premissene for at det også er adgang til å avsi fastsettelsesdom for brudd på EMK artikkel 3.

⁴¹ (avsnitt 99)

⁴² (avsnitt 89)

⁴³ (avsnitt 99)

2.3.4.2 Argumentasjonen

Som nevnt over viser førstvoterende til at adgangen til å kreve fastsettelsesdom for brudd på menneskerettskonvensjoner er tatt stilling til av Justisdepartementet i forarbeidene til tvisteloven, hvor de viderefører rettsstillingen fra dommen inntatt i Rt.2003 s. 301.⁴⁴ Det er da nærliggende å tro at førstvoterende har lagt avgjørende vekt på vurderingsmomentene som kommer til uttrykk i forarbeidene. Dette støttes av at han bruker de samme vurderingsmomentene når han vurderer om det kan kreves fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen.

I forarbeidene står det at adgangen til å kreve fastsettelsesdom for brudd på EMK, ikke gjelder alle bestemmelsene i konvensjonen, selv om EMK artikkel 13 stiller krav om et effektivt nasjonalt rettsmiddel for å håndheve alle konvensjonsrettighetene. Herunder uttaler departementet at ”de anser det klart at det ikke bør åpnes for et nytt selvstendig søksmål om hvorvidt domstolens behandling oppfylte menneskerettskonvensjonens krav, heller ikke der domstolen selv har unnlatt å ta stilling til det menneskerettslige spørsmålet”.⁴⁵ Departementet sikter her til konvensjonens krav om en rask og rettferdig rettergang og de andre kravene til domstolens saksbehandling i EMK artikkel 6.

EMK artikkel 3 gir rett til vern mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling og straff. Disse rettighetene er ikke av den karakter som departementet i forarbeidene ikke anser som egnet til å reise søksmål om for den nasjonale domstolen. Tvert imot er disse rettighetene, i likhet med rettighetene i EMK artikkel 8, rettigheter man ikke får prøvd uten et søksmål for domstolene. Når rettighetenes karakter er avgjørende for at det i Plenumsdom II åpnes for at det kan kreves særskilt dom for brudd på EMK, taler dette for at dommen er et prejudikat for at det kan reises fastsettelsessøksmål om brudd på rettighetene i EMK artikkel 3.

Som nevnt over legger førstvoterende vekt på at subsidiaritetsprinsippet begrunner adgangen til å kreve fastsettelsesdom for brudd på EMK.⁴⁶ EMD prøver om det foreligger en krenkelse av EMK artikkel 3 og artikkel 8 etter en nåtidsvurdering, og begrenser ikke sin prøving til om enkeltvedtaket forvaltningen har truffet er gyldig. At man kan også kreve fastsettelsesdom for brudd på EMK artikkel 3 er derfor i tråd med førstvoterendes argumentasjon også på dette punktet.

⁴⁴ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005)

⁴⁵ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 154

⁴⁶ (avsnitt 99)

I likhet med EMK artikkel 8 gir EMK artikkel 3 individuelle rettigheter som det kan reises søksmål om innenfor tvistelovens regler om søksmålsadgang i kapittel 1. Etter mitt skjønn omfatter premissene i Plenumsdom II at det kan kreves fastsettelsesdom for at et vedtak om avslag på asyl er i strid med EMK artikkel 3.

2.3.4.3 Etterfølgende rettspraksis

Som nevnt over i punkt 2.2.3.4 ble det forsøkt fremmet et krav for Høyesterett, i Afghanersaken, om fastsettelsesdom for at iverksettelse av et vedtak om avslag på asyl var i strid med EMK artikkel 3. Anken ble avvist med den begrunnelse at verken avgjørelsens betydning utenfor den foreliggende sak eller andre forhold tilsa at saken ble fremmet for Høyesterett.⁴⁷ Dette kan enten bety at Høyesterett mener at spørsmålet om hvorvidt man kan kreve fastsettelsesdom for brudd på EMK artikkel 3 er avgjort i Plenumsdom II, eller at Høyesterett ønsker å låse tidspunktet for faktumvurderinger ved vurdering av brudd på EMK artikkel 3 til vedtakstidspunktet.

I sak inntatt i Rt. 2013 s. 588 ble imidlertid spørsmålet om det forelå en krenkelse av EMK artikkel 3 tatt opp av Høyesterett. Saken gjaldt hvorvidt staten hadde ansvar for mangelfull beskyttelse av en kvinne mot krenkelse av hennes rettigheter etter konvensjonen.⁴⁸ Høyesterett kom til at politiet ikke hadde oppfylt sin plikt til å sikre kvinnen mot forfølgelse fra en mann kvinnen hadde hatt et kortvarig forhold til. Det var ikke tvilsomt at mannens handlinger krenket kvinnens rettigheter etter EMK artikkel 8.⁴⁹ Om det forelå en krenkelse av EMK artikkel 3 valgte Høyesterett å holde åpent fordi subsumsjonsspørsmålet ikke hadde betydning for synet på statens ansvar.⁵⁰

Om denne saken er et prejudikat for at det kan avsies dom for krenkelse av EMK artikkel 3, er likevel ikke sikkert. Kravet i denne saken var nemlig erstatning for økonomisk tap og ikke-økonomisk skade som følge av at staten ikke hadde gitt tilstrekkelig beskyttelse mot As krenkelser av hennes rettigheter etter EMK artikkel 2, 3, 5 og 8, samt krav om oppreisningserstatning for sine fire barn. Dette kan tale for at prejudikatsverdien av denne dommen når det kommer til dette spørsmålet ikke er særlig stor. På en annen side støtter dommen opp om min tolking av Plenumsdom II og at gjeldende rett er at det kan avsies fastsettelsesdom for brudd

⁴⁷ HR-2014-1329 (U)

⁴⁸ Rt. 2013 s. 588 (avsnitt 1)

⁴⁹ Rt. 2013 s. 588 (avsnitt 34)

⁵⁰ Rt. 2013 s. 588 (avsnitt 36)

på EMK artikkel 3. Etterfølgende rettspraksis støtter i alle fall opp om at gjeldende rett er at det kan kreves fastsettelsesdom for brudd på EMK artikkel 3.

For øvrig har Oslo tingrett i Neda-II⁵¹ avsagt en dom som trekker i samme retning. I denne saken ble det nedlagt påstand om at tvangsutsendelse av en familie som søkte asyl i Norge var en krenkelse av EMK artikkel 3 og artikkel 8. Barna ville ikke få nødvendig medisinsk behandling i hjemlandet, og utsendelsen ble derfor påstått å utgjøre nedverdiggende og umenneskelig behandling i strid med EMK. Resultatet ble at tingretten frifant staten.

Konklusjonen er dermed at Plenumsdom II er et prejudikat for at det kan kreves særskilt dom for brudd på EMK artikkel 3.

2.3.5 Kan man kreve fastsettelsesdom for at iverksettelse av vedtaket er i strid med EMK artikkel 3?

I Plenumsdom II hadde utsendelsen funnet sted da saken kom opp for retten. Spørsmålet er om det også er adgang til å kreve slik dom når uttransportering ikke har skjedd.

Førstvoterende Matningsdal skriver i avsnitt 66 og 67, at det er prosessuell adgang til å avsi fastsettelsesdom for at utsendelsen av vedkommende krenker EMK, men at det er uklart for Høyesterett om det også er anført at vedtaket er i strid med EMK artikkel 8. Når førstvoterende ikke fant at utsendelsen, som i tid ligger etter vedtaket, var i strid med artikkel 8 fant han ingen grunn til å gå inn på om vedtaket var i strid med EMK. Det er derfor vanskelig å si om førstvoterende også legger til grunn at det er prosessuell adgang til å avsi fastsettelsesdom for at iverksettelsen av vedtaket er i strid med EMK ut fra det han skriver i avsnitt 66 og 67. Etter mitt skjønn kan det ikke med sikkerhet sies at dette spørsmålet er avklart av Høyesterett, og jeg har heller ikke funnet underrettspraksis eller juridisk teori hvor dette er vurdert.

Hva det kan reises sak om for norske domstoler er imidlertid regulert i tvisteloven. For sivile saker kommer dette til uttrykk i tvisteloven § 1-3. Det avgjørende er om saken bringes inn for domstolen av en med rettslig interesse. I tvisteloven § 1-3 første ledd heter det at det kan reises sak for domstolen om ”rettskrav”. Videre må den som reiser søksmål ha et ”reelt behov” for å få avgjort kravet. Forarbeidene presiserer at det skal foretas en konkret vurdering i hver sak,⁵² og om det foreligger rettslig interesse beror på en helhetsvurdering av om det er naturlig

⁵¹ TOSLO-2014-39885

⁵² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 364

og rimelig at saken skal bringes inn for domstolen. Det må derfor vurderes om det er naturlig og rimelig at det kan kreves fastsettelsesdom for at iverksettelsen av et vedtak om avslag på asyl er i strid med EMK artikkel 3.

For spørsmålet om det foreligger et rettsforhold, er det av betydning at EMK omfattes av menneskerettsloven og er inkorporert med forrang. En dom for at det foreligger brudd på de materielle rettighetene i EMK vil derfor ha tilnærmet de samme rettslige konsekvensene som en dom for at noe er ulovlig eller rettsstridig.⁵³ Dette taler for at det er naturlig og rimelig at domstolen kan ta stilling til søksmålet, men man må også se på hvilket behov det er for at domstolen skal avgjøre spørsmålet.

I vurderingen av behovet for særskilt dom for brudd på EMK viser tvistelovens forarbeider,⁵⁴ som nevnt, til kjennelsen inntatt i Rt. 2003 s.301. Begrunnelsen for at søksmålsbetingelsene i tvisteloven var oppfylt i denne saken, var at det ikke forelå noen annen klageadgang til overordnet forvaltningsorgan. Dette, sammenholdt med at EMK artikkel 13 stiller krav om en effektiv nasjonal prøvingsrett, tilsa at prøvingen måtte skje i domstolene.⁵⁵ I forarbeidene presiseres det at det avgjørende for om det foreligger søksmålsinteresse i saker hvor påstanden er konvensjonsstrid, er om det foreligger et reelt behov for rettslig avklaring. Det fremheves at det ikke skal stilles strenge krav til søksmålsinteressen i disse sakene og at karakteren av den påståtte krenkelsen, og hvilken betydning søksmålet har for den enkelte skal stå sentralt i vurderingen.

I asylsaker har utlendingsmyndighetene en stående plikt til å sikre vern mot retur, selv om det foreligger et vedtak om avslag på asyl som ikke er påklaget eller anmodet omgjort.⁵⁶ Det innebærer at ved utsending må utlendingsmyndighetene foreta en nåtidsvurdering av forfølgelsesrisikoen og risikoen for krenkelse av EMK artikkel 3. Dette kan tale for at domstolsbehandling ikke vil være strengt nødvendig for at det ikke skal begås menneskerettighetsbrudd, og at det ikke foreligger et reelt behov for rettslig avklaring i domstolen for at vedtaket er konvensjonsstridig.

Sett fra en annen side bøter ikke nødvendigvis utlendingsmyndighetenes lovpålagt plikt til å vurdere forfølgelsesrisiko og faren for menneskerettsbrudd ved utsendelse på behovet for domstolskontroll. Om utlendingsmyndighetene, for eksempel i en konvertittsak, har lagt til grunn feil beviskrav for hva det innebærer å være reell konvertitt vil det ikke hjelpe asylsøke-

⁵³ Skoghøy, *Tvisteløsning* s. 291

⁵⁴ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 364

⁵⁵ Rt. 2003 s. 301 (avsnitt 37)

⁵⁶ Utlendingsloven § 73 jf. EMK artikkel 3

ren at utlendingsmyndighetene foretar en ny vurdering av de faktiske forhold på utsendelsestidspunktet.

Dersom det potensielt foreligger et brudd på EMK artikkel 3, er det retten til absolutte menneskerettigheter som står i fare for å bli krenket. Karakteren av rettighetene i EMK artikkel 3 taler for at statene gjør sitt ytterste for å forhindre at rettighetene krenkes. Dette taler sterkt for at domstolen bør kunne vurdere dette før utsendelsen faktisk har skjedd. Det er også av svært stor betydning for saksøkeren å få avgjort om vedkommende har en rett til å bli i Norge så tidlig som mulig, da denne usikkerheten ofte utsetter hele familier for store psykiske påkjenninger. Etter forarbeidene er dette momenter som taler for at det foreligger rettslig interesse.

Det avgjørende hensynet for at det i avgjørelsen Rt. 2003 s.301 åpnet for særskilt dom for konvensjonsbrudd, var at en slik ordning kunne forhindre klager til EMD og den uheldige eksponeringen internasjonalt en fellende dom medfører.⁵⁷ Dette hensynet ivaretas neppe av at utlendingsmyndighetene har en plikt til å vurdere returvern før utsendelse. Det er lite trolig at asylsøkeren vil ta sjansen på at utlendingsmyndighetene vil endre mening på utsendelsestidspunktet. EMD stiller krav til at det nasjonale rettsapparatet er uttømt før det kan reises sak,⁵⁸ og dette kravet vil være oppfylt dersom asylsøkeren har uttømt ankemulighetene ved gyldighetssøksmålet. Dette taler for at det bør være adgang til å kreve særskilt dom, også for at iverksettelsen av vedtaket er i strid med EMK artikkel 3.

Etter mitt syn taler de beste grunner for at det foreligger et reelt behov for å kreve særskilt dom for at iverksettelsen av vedtak er i strid med menneskerettighetene. Det fremkommer av Grunnlovens § 92 at domstolene er selvstendig adressat for sikreplikten av menneskerettighetene. Det er derfor naturlig at det kan fremsettes et krav om fastsettelsesdom for at et vedtak om avslag på asyl er i strid med EMK før vedtaket er blitt effektivisert.

2.3.5.1 Konklusjon

Etter mitt skjønn taler de beste grunner for at det for spørsmålet om adgangen til å kreve særskilt dom for brudd på EMK artikkel 3, ikke bør skilles mellom krav for at utsendelsen er i strid med EMK og krav for at iverksettelsen av selve vedtaket er i strid med EMK. Etter dette må det etter gjeldende rett være adgang til å kreve dom for at iverksettelsen av et vedtak om avslag på søknad om asyl er i strid med EMK artikkel 3.

⁵⁷ Aal, Rettsstat og menneskerettigheter s.94

⁵⁸ EMK artikkel 35

I den illustrerende saken innledningsvis var det tale om å fremsette et nytt krav i anken til lagmannsretten. For det henseende må det vurderes om kravet kan fremmes etter reglene i tvistelovens kapittel 29. Hvilke krav som kan behandles i en ankesak reguleres av § 29-4. Om det nye kravet om konvensjonsstrid vil bli tillatt fremmet i den illustrerende saken er en konkret vurdering som jeg ikke går inn på i denne avhandlingen, men det går kort og godt ut på sammenhengen til kravet som ble avgjort i den saken som ankes og om det foreligger tungtveiende hensyn for at kravet skal kunne fremmes.

2.4 Er det en ønsket rettsstilling at skjæringstidspunktet for faktumvurderingen i asylsaker er vedtakstidspunktet?

2.4.1 Innledning

Etter at rettstilstanden etter plenumsdommene i 2012 nå er fastlagt med tanke på prøvings- tidspunkt for faktumvurderingen i gyldighetssøksmål og adgangen til å kreve dom for at iverksettelsen at et vedtak er konvensjonsstridig, skal det vurderes om det er en ønsket retts- stilling av vedtakstidspunktet er skjæringstidspunktet for faktumvurderingen i asylsaker. Her- under skal det vurderes hvorvidt gjeldende rett bidrar til å skape et godt system og en god struktur i det norske rettssystemet, og om dette sikrer asylsøkeren reell rettsikkerhet.

2.4.2 Retten til ny vurdering hos utlendingsmyndighetene

2.4.2.1 Realitetsbehandling av begjæring om omgjøring

Selv om domstolen kun kan ta hensyn til de omstendighetene forvaltningen har vurdert, og må kjenne vedtaket gyldig selv om utlendingen oppfyller vilkårene for asyl på domstidspunktet, avskjærer ikke det asylsøkeren fra å fremsette en anmodning om omgjøring eller en ny søknad om asyl i ettertid. Utlendingen kan når som helst anmode om at forvaltningen skal omgjøre vedtaket, og det gjelder ingen tidsfrist eller begrensninger i antall ganger man kan be om om- gjøring. Om det er nødvendig for å få vurdert de nye omstendighetene i omgjøringsbegjæ- ringen, skal utlendingsmyndighetene utsette iverksettelsen av vedtaket.

I asylsaker har utlendingsmyndighetene en plikt til å realitetsbehandle alle omgjøringsbegjæ- ringer. Dette følger direkte av utlendingsloven § 73 jf. § 90 siste ledd. Plikten til realitetsbe-

handling er også drøftet og lagt til grunn av både førstvoterende og annenvoterende i Plenumsdom I.⁵⁹ Selv om det står i UNEs interne retningslinjer at UNE har en plikt til å besvare, men ikke nødvendigvis realitetsbehandle anmodninger om omgjøringer av eget vedtak,⁶⁰ er det ikke tvil om at gjeldende rett er at utlendingsmyndighetene har en plikt til å foreta en realitetsbehandling av anmodning om omgjøring av et vedtak om avslag på asyl.

Det er ikke uvanlig at utreisefristen aktiveres ved rettskraftig dom. Om domstolen kommer til at vedtaket er gyldig, og asylsøkeren returneres før utlendingsmyndighetene får prøvd om de nye omstendighetene gir rett på asyl, risikerer domstolen å bidra til å bryte Norges internasjonale forpliktelser i medhold av flyktningkonvensjonen og EMK. Lovgivningen setter imidlertid opp skranker for at dette ikke skal kunne skje. Selv uten en anmodning om omgjøring kan UNE få en plikt til å vurdere om utlendingen ved retur kan utsettes for forfølgelse eller menneskerettighetsbrudd. Utlendingsloven § 73 jf. § 90 sier at staten ”til enhver tid”, uavhengig av søknad eller omgjøringsbegjæring, må sikre at ingen sendes til et område hvor en kan havne i en situasjon som følger av utlendingsloven § 28 og EMK artikkel 3.

Utlendingsloven har dermed en særregel for iverksettelse av vedtak. Mens et vedtak etter forvaltningsloven⁶¹ kan iverksettes før klagefristen er ute eller klage er avgjort, kan ikke et vedtak etter utlendingsloven⁶² iverksettes dersom utlendingen påberoper seg å være flyktning eller gir opplysninger som tyder på vern mot utsendelse etter § 73, før det er endelig. Et unntak fra dette gjøres dersom det er åpenbart at vedkommende ikke oppfyller vilkårene for vern mot utsendelse.

Om utlendingen påberoper seg omstendigheter som nevnt i § 28, som det ikke allerede er tatt stilling til, skal politiet forelegge spørsmål om utsatt iverksettelse for utlendingsmyndighetene. Dette betyr at om utlendingen, så sent som på flyplassen, påberoper seg nye forhold som kan tale for vern mot retur, har han krav på en ny vurdering og blir ikke sendt ut før UNE har realitetsbehandlet saken.

Plikten til å realitetsbehandle omgjøringsbegjæringer kan, som førstvoterende i Plenumsdom I legger stor vekt på, tale for at asylsøkerens rettssikkerhet er ivaretatt selv om domstolen ikke prøver gyldigheten av vedtaket etter en nåtidsvurdering. Retten til å få realitetsbehandlet en begjæring om omgjøring, at det ikke gjelder noen frist for å fremsette slike anmodninger, samt at UNE skal vurdere forfølgelsesfare og faren for menneskerettighetsbrudd uten at det er

⁵⁹ (avsnitt 89 og avsnitt 175)

⁶⁰ UNEs interne retningslinjer om behandling av anmodning om omgjøring av UNEs vedtak punkt 1.1

⁶¹ Forvaltningsloven § 42

⁶² Utlendingsloven § 90 fjerde ledd c) og siste ledd

fremsatt en formell anmodning, kan derfor tale for at det er en forsvarlig regel at skjærings-
tidspunktet for faktumvurderingen i asylsaker er vedtakstidspunktet.

2.4.2.2 Begjæring om omgjøring parallelt med rettsprosessen

I samme retning trekker det at dersom utlendingens situasjon forandrer seg til gunst for hans status som flyktning i løpet av eller etter tingrettsbehandlingen, kan asylsøkeren fremsette en ny begjæring om omgjøring parallelt med anken til lagmannsretten.

Behandler UNE omgjøringsbegjæringen før ankebehandlingen i lagmannsretten, vil det være unødvendig formalistisk om domstolen ikke kan ta stilling til de nye faktiske omstendighetene. Etter mitt skjønn stenger heller ikke tvistelovens regler om hva som kan behandles i ankesaken for dette.⁶³

Spørsmålet er hvor praktisk dette er. I UNEs standardbrev ved anmodninger om omgjøring opplyser de om at saksbehandlingstiden i asylsaker er ca. 8 måneder, men at man må kunne påregne lengre tid ved omfattende saker. Borgarting lagmannsrett behandler som den klare hovedregelen anker i asylsaker.⁶⁴ Tiden det tar fra man bestemmer seg for å anke og at saken blir berammet er for Borgarting lagmannsrett 9-12 måneder.⁶⁵ UNE har også en målsetning om å realitetsbehandle og besvare alle omgjøringsbegjæringer som kommer inn og skal opp til retten, før saken skal opp.⁶⁶ Dette tilsier at det bør være praktisk mulig å få behandlet en omgjøringsbegjæring parallelt med anken.

Det kan likevel ikke legges til grunn at en omgjøringsbegjæring parallelt med ankebehandlingen vil være praktisk mulig i alle tilfeller hvor utlendingens situasjon har forandret seg. I enkelte saker vil det imidlertid la seg gjøre, og domstolen vil da kunne ta stilling til det faktum som foreligger på domstidspunktet. Muligheten for å få behandlet en omgjøringsbegjæring før saken skal prøves for retten vil derfor bøte på behovet asylsøkeren har for at domstolen skal ta hensyn til nytt faktum.

⁶³ Tvisteloven § 29-4

⁶⁴ Borgartinglagmannsrett behandler som den klare hovedregel ankesaker i asylsaker fordi Oslo tingrett er rett vernet for asylsaker jf. tvisteloven § 4-4 (1).

⁶⁵ Behandlingstiden er bekreftet av Line Brodahl, konsulent ved administrasjonsavdelingen i Borgartinglagmannsrett, på telefon 20.11.2014

⁶⁶ UNEs interne retningslinjer om behandling av anmodning om omgjøring av UNEs vedtak punkt 1.5

2.4.2.3 UNE prøver saken fullt ut

Et annet moment som taler for at det er en god regel at domstolen ikke skal ta stilling til nytt faktum, er at i klagebehandlingen av forvaltningssaker har klageorganet, som i asylsaker er UNE, svært vid prøvingskompetanse. UNE kan ta stilling til nye omstendigheter, og kan i tillegg til å behandle partenes anførsler, ta opp forhold som ikke er berørt av klageren.⁶⁷

I sivile søksmål om forvaltningsvedtak er domstolen i motsetning til UNE bundet av disposisjonsprinsippet. Prinsippet går ut på at partene har full råderett over tvistegjenstanden, og domstolen kan derfor bare vurdere om vedtaket er ugyldig innenfor de påstander og påstandsgrunnlag som er påberopt.⁶⁸

Regelen om at nytt faktum først skal vurderes av forvaltningen, som har et bredt erfaringsgrunnlag med slike saker, sikrer derfor at utlendingen får en helhetlig vurdering av situasjonen med de nye omstendighetene tatt i betraktning. Dette kan tas til inntekt for at regelen om at utlendingsmyndighetene først skal behandle nytt faktum styrker asylsøkerens rettssikkerhet.

2.4.3 System og struktur

2.4.3.1 Forholdet til dom for realitet

Ut fra et prosessperspektiv er det også gode grunner til at domstolens prøving med forvaltningsvedtak skjer ut fra faktum på vedtakstidspunktet. Domstolens primære oppgave ved gyldighetssøksmål er å føre kontroll med forvaltningens myndighetsutøvelse. Det er ikke domstolens oppgave å avgjøre om asylsøkeren skal få bli i Norge eller ikke. Om domstolen skal vurdere gyldigheten av et forvaltningsvedtak ut fra et faktum forvaltningen ikke har tatt stilling til, er det per definisjon ikke en kontroll med forvaltningens myndighetsutøvelse.

Som jeg nevnte i presentasjonen av Plenumsdom I, synes det å stå svært sentralt i førstvoterendes argumentasjon at å ta stilling til nytt faktum innebærer en forhåndsbinding av forvaltningen.

⁶⁷ Forvaltningsloven § 34 annet ledd

⁶⁸ Tvisteloven § 11-2 (1)

Førstvoterendes argumentasjon kan på mange måter være forståelig. Ved gyldighetssøksmål har ikke domstolen kompetanse til å avsi dom for realitet,⁶⁹ altså om utlendingen skal få opphold i Norge eller ikke. Dersom domstolen tar stilling til nytt faktum, men likevel kun avsier dom for at vedtaket er ugyldig, holder man seg i teorien innenfor rammene av denne reglen. I realiteten er følgene av å ta stilling til nytt faktum svært like følgene av å avsi realitetsdom, nettopp at man forhåndsbinder forvaltningen.

Så hvordan binder domstolen forvaltningen ved å ta stilling til nytt faktum? Domstolens prøvesesrett med forvaltningsvedtak går ut på å vurdere om det foreligger personell, prosessuell og materiell kompetanse etter lovens ordlyd. Vurderingen av om det foreligger materiell kompetanse innebærer å fastlegge lovbestemmelsens nærmere innhold og vurdere om vedtaket ligger innenfor den materielle kompetansen.⁷⁰ Når domstolen skal ta stilling til om vedtaket, med det nye faktumet tatt i betraktning, er innenfor lovens rammer, kommer de ikke utenom å gå inn på subsumsjonen. Domstolen kan ikke lenger begrense seg til å kontrollere om forvaltningen for eksempel har forstått hvordan hensynet til barnets beste skal vektes. Domstolen må gjøre denne vektingen selv. Dette er oppgaver som i utgangspunktet ligger til forvaltningen. Om domstolen legger til grunn faktiske omstendigheter forvaltningen ikke har tatt i betraktningen, og kommer til at vedtaket er ugyldig fordi vedtakets innhold ikke ligger innenfor lovens rammer, vil forvaltningen være bundet av denne forståelsen når de skal fatte et nytt vedtak i tråd med dommens premisser.

Som jeg tidligere har vært inne på er det enkelte forvaltningsvedtak domstolen prøver ut fra en nåtidsvurdering. Dette gjelder saker om overprøving av administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren og barns rettsforhold etter barneloven. For disse sakene følger det av tvisteloven § 36-5 tredje ledd at retten skal prøve ”alle sider av saken”. Det innebærer at domstolen må prøve saken slik den står på domstidspunktet og i tillegg innebærer det at domstolen skal avsi realitetsdom.

Med unntak av de nevnte forvaltningsvedtak, vil en prøving av saken slik den står på domstidspunktet ved gyldighetssøksmål vil harmonere dårlig med systemet og strukturen i vår domstolskontroll. Poenget er at en nåtidsvurdering egner seg best i de tilfeller domstolen også kan avsi dom for realitet slik som i saker som omfattes av tvistelovens § 36.

⁶⁹ Rt. 2001 s. 995

⁷⁰ Rt. 1995 s. 72 (s.77)

2.4.4 Juridiske vurderinger

Selv om det generelt sett bryter med den innarbeidede arbeidsfordelingen mellom domstol og forvaltning at domstolen skal ta stilling til nytt faktum, betyr det ikke at det er like problematisk i alle typer saker. Som vi nå skal se er det stor forskjell, og det bør nyanseres, mellom saker som er strengt lovbundet, og saker hvor det er stort rom for faglige og politiske vurderinger. Når førstvoterende i Plenumsdom I⁷¹ uttalte at hensynet til en betryggende saksbehandling tilsa at domstolen ikke skal ta stilling til etterfølgende rettsfakta, foretok hun ikke en slik nyansering.

For å illustrere hvilken betydning det har å skille mellom saker som er strengt lovbundet og saker hvor det foreligger fritt skjønn, altså et kan-skjønn eller et hensiktsmessighets skjønn, skal vi først ta for oss utlendingsloven § 38. I denne bestemmelsen heter det at det "kan" gis oppholdstillatelse dersom det foreligger "sterke menneskelige hensyn". Det følger videre av bestemmelsen at det skal foretas en totalvurdering, hvor man avveier hensynet til utlendingen opp mot innvandringsregulerende hensyn.

Vurderingen av om utlendingen skal få opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn er av svært politisk karakter, og innebærer skjønn både på vedtaks- og vilkårssiden. I slike saker kan forvaltningen som behandler mange slike saker, ha særkunnskaper om hvor terskelen ligger sett i sammenheng med andre saker, og dermed være mer egnet enn domstolen til å foreta denne type vurderinger.

På den andre siden har vi asylvurderingen, som er en strengt lovbundet vurdering. Er vilkårene i utlendingsloven § 28 oppfylt, skal utlendingen anerkjennes som flyktning. Flyktning er noe man er og ikke en status man erverver gjennom vedtak.⁷² Det er ikke rom for at forvaltningen kan foreta en hensiktsmessighetsvurdering av om en person skal anerkjennes som flyktning. I motsetning til vurderingen av opphold på humanitært grunnlag, er det ikke tale om politiske vurderinger hvor forvaltningen kan skape sin egen praksis, men vurderinger av ren juridisk karakter. Slike vurderinger kan domstolene være like egnet, om ikke bedre, enn forvaltningen til å gjøre.

Selv om vurderingen etter § 28 er av juridisk karakter, kan det likevel argumenteres for at utlendingsmyndighetenes brede erfaring og mengdebehandling gir dem spesielle forutsetninger for å vurdere asylsøkerens forklaring opp mot andre fakta. Til dette kan det innvendes

⁷¹ Plenumsdom I (avsnitt 95)

⁷² Rt. 2012 s. 139 (avsnitt 52)

at under domstolsprosessen vil utlendingsmyndighetene få kjennskap til de nye rettsfakta som anføres. Da har utlendingsmyndighetene full mulighet til å komme med sine synspunkter på de nye forholdene. På den måten vil domstolen uansett få kjennskap til forvaltningens bedømmelse av saken. Dommere er også generelt godt trent i å vurdere nytt faktum, og i tillegg vitner Landinfo, som samler og gjør tilgjengelig oppdatert landinfo om det aktuelle utsendelseslandet til risikovurderingen,⁷³ direkte for domstolen. Domstolen har da anledning til å stille spørsmål direkte til det faktum som presenteres for å skaffe seg et godt avgjørelsesgrunnlag. Etter min mening svekkes derfor ikke rettssikkerheten av at domstolen blir første instans for nytt påberopt faktum i asylsaker.

Førstvoterende og flertallets argument om at en hensiktsmessig arbeidsfordeling mellom forvaltning og domstol tilsier at domstolen ikke skal ta stilling til nytt faktum, treffer derfor ikke like godt i asylsakene. Når det ikke er tale om skjønnsmessige og politiske vurderinger, men lovbundne vurderinger, vil ikke det å ta stilling til nytt faktum forrykke domstolens oppgaver i like stor grad.

2.4.5 Full prøving av vedtaket

Som nevnt i punkt 2.1 er det ikke rom for skjønn i vurderingen av om søknad på asyl skal innvilges eller hva vedtaket skal gå ut på, slik at det ikke er like problematisk at domstolen forhåndsbinder forvaltningen om de tar stilling til nytt faktum. I tillegg er det juridiske vurderinger som domstolen er svært egnet til å foreta.

I visse tilfeller kan domstolens prøvingsrett med forvaltningsvedtak, som nevnt over, være underlagt visse begrensninger hvor det følger av loven at forvaltningen har et fritt skjønn. Da det ikke foreligger skjønn på vilkårs- eller vedtakssiden i asylsaker, tilsier det at domstolskontrollen ikke er begrenset. I så fall skal domstolen prøve både sakens rettslige og faktiske side, altså subsumsjonen. Det betyr at selv om domstolen tar stilling til nytt faktum i sterkt lovbundne saker, vil de ikke gå utover sin kompetanse og sine arbeidsoppgaver etter de fastlagte prøvingsnormene. Dersom saken kommer opp for domstolen på ny, fordi utlendingen ikke fikk medhold i sin omgjøringsbegjæring på grunn av de nye forholdene, vil situasjonen være at vi kun flytter den eksakt samme saken fra en domstol til en domstol med lavere kompetanse.

⁷³ Se punkt 2.4.5 for mer informasjon om hva Landinfo er.

Det finnes imidlertid noen lagmannsrettsdommer hvor det uttales at domstolen må vise "tilbakeholdenhet" med å overprøve utlendingsmyndighetene vurderinger dersom vurderingene fremstår som forsvarlige, og er foretatt av noen med spesialkompetanse.⁷⁴

I dommene vises det til risikovurderingen som er foretatt av Landinfo. Landinfo, er som nevnt i punkt 2.4.4, en norsk statlig organisasjon som samler og gjør tilgjengelig informasjon om menneskerettighetssituasjonen i land vi mottar asylsøkere fra. Landinfo er administrativt underlagt UDI, men er uavhengig i faglige saker og deltar ikke i saksbehandling.⁷⁵

At domstolen viser tilbakeholdenhet med å overprøve risikovurderingen, er imidlertid ikke ensbetydende med at det foreligger fritt skjønn. Når lagmannsrettene tidvis skriver at de viser "tilbakeholdenhet" i prøvingen, må dette etter mitt skjønn leses slik at domstolen vektlegger den risikovurdering UNE har foretatt med utgangspunkt i informasjonen fra Landinfo. UNE har erfaring med denne type vurderinger, har tilgang til oppdatert landinformasjon og behandler et betydelig antall saker, i motsetning til domstolene. En slik vektlegging er derfor ikke det samme som fritt skjønn.⁷⁶

Full prøving i asylsakene taler derfor for at det ikke er problematisk at domstolen er første instans for nytt faktum og at skjæringstidspunktet for relevant faktum er domstidspunktet.

2.4.6 Forholdet til EMK

Et annet moment, som både kan være et argument for og mot at skjæringstidspunktet for faktumvurderingen ved gyldighetssøksmål er vedtakstidspunktet, er forholdet til EMK. Samtidig som Plenumsdom I låser tidspunktet for faktumvurderingen ved gyldighetssøksmål til vedtakstidspunktet, åpner Plenumsdom II for at det kan avsies fastsettelsesdom for krenkelse av EMK. Som nevnt i punkt 2.3.1, skal vurderingen av om det foreligger konvensjonsstrid gjøres ut fra en nåtidsvurdering av faktum.

Slik det går frem av min redegjørelse av den materielle asylretten, i punkt 2.1, er EMK artikkel 3 inkorporert i utlendingsloven § 28 bokstav b, som er subsidiært grunnlag for asyl etter bokstav a (konvensjonsflyktning). Det er derfor nær sammenheng mellom ugyldighetskravet og kravet om dom for brudd på EMK artikkel 3. Uavhengig av om man legger ned påstand

⁷⁴ LB-2012-96733, LB-2012-147989 og LB-2008-124644

⁷⁵ <http://no.wikipedia.org/wiki/Landinfo>

⁷⁶ En slik forståelse er også lagt til grunn av Jørgen Vangsnes i artikkelen "Om den såkalte tilbakeholdenheten i domstolsprøvingen" inntatt i Tidsskrift for Rettsvitenskap 2014 nr.02

om at vedtaket er i strid med EMK artikkel 3, eller om man legger ned påstand om at vedtaket om avslag på asyl er ugyldig, vil man altså få prøvet de samme materielle rettighetene.

Også konsekvensene av gyldighetssøksmål og fastsettelsessøksmål i asylsaker vil kunne bli tilnærmet like. Det avgjørende er om en dom for at et vedtak er i strid med EMK artikkel 3 påvirker forvaltningens senere vurdering av en anmodning om omgjøring eller en ny søknad om asyl. I boken *Tvisteløsning*⁷⁷ uttaler Skoghøy seg om akkurat dette i forbindelse med at han skriver om adgangen til å kreve fastsettelsesdom for brudd på en inkorporert menneskerettskonvensjon. Skoghøy skriver at siden konvensjoner som omfattes av menneskerettsloven har forrang etter menneskerettsloven § 3, vil en dom for at det foreligger brudd på en slik konvensjon ha omtrent tilsvarende rettsfølger som en dom for at noe er ulovlig eller rettsstridig. Han trekker frem at selv om det kanskje må reises ny sak for å få fastslått følgene av at det foreligger konvensjonsbrudd, representerer spørsmålet om konvensjonsbrudd en viktig mellomstasjon.

Om Høyesterett kommer til at asylsøkeren, med de etterfølgende omstendighetene tatt i betraktning, kan bli utsatt for umenneskelig straff i strid med EMK artikkel 3 ved retur, må utlendingsmyndighetene innrette seg lojalt etter premissene i dommen når de skal vurdere saken på ny. Adgangen til å kreve dom for at iverksettelse av vedtaket er i strid med EMK artikkel 3, og dermed få en nåtidsvurdering av saken, vil derfor avhjelpe behovet for at domstolen skal ta stilling til nytt faktum ved gyldighetssøksmål. En slik tilnærming har Gunnar Hæreid i sin artikkel ”Tidspunkt for faktumvurderinga ved domstolsprøving av forvaltningsvedtak - rettsstilstanden etter mai 2012”.⁷⁸ Jeg er enig med Hæreid i at adgangen til å legge ned en subsidiær påstand om brudd på menneskerettighetene til en viss grad avhjelper behovet for en nåtidsvurdering ved gyldighetssøksmål, men jeg mener at Hæreid overser tre viktige poeng.

For det første er det mulig å kombinere et krav om at vedtaket er ugyldig og et krav om dom for konvensjonsstrid i et og samme søksmål, og konsekvensene av resultatet kan bli uheldige.⁷⁹ I saker hvor det er nedlagt påstand om at vedtaket er ugyldig og subsidiært at iverksettelse av vedtaket ville være i strid med EMK artikkel 3, vil domstolen måtte ta utgangspunkt i ulikt faktum. Domstolen risikerer da å måtte avsi en dom for at vedtaket er gyldig, samtidig som de avsier dom for at iverksettelsen av vedtaket er konvensjonsstridig. Dette gjør at domstolen kan havne i en situasjonen hvor de avsier innbyrdes motstridende domsslutninger. Dette er svært retts teknisk uheldig. Mindretallet i Plenumsdom I trakk også frem dette poenget.⁸⁰

⁷⁷ Skoghøy, *Tvisteløsning* s. 391

⁷⁸ Hæreid, *Rettsstilstanden etter mai 2014*, side 537

⁷⁹ Se for eksempel Plenumsdom II

⁸⁰ Plenumsdom I (avsnitt og avsnitt 229)

For det andre er det viktig å påpeke at det ikke er slik at man kan sikre seg en nåtidsvurdering av om man oppfyller vilkårene for flyktningstatus ved å fremsette en påstand om brudd på menneskerettighetene. Terskelen for å bli anerkjent som flyktning etter utlendingslovens § 28 første ledd bokstav a), som kun stiller krav til forfølgelse, er lavere enn terskelen etter første ledd bokstav b). Det er med andre ord ikke sikkert at forfølgelsen kvalifiserer til brudd på EMK artikkel 3, og dette kreves heller ikke for at man skal anerkjennes som flyktning.

For det tredje har Høyesterett ved å sette skjæringstidspunktet for faktumvurderingen ved gyldighetssøksmål til vedtakstidspunktet, og samtidig åpne for en nåtidsvurdering ved at det kan reises fastsettelsessøksmål for brudd på EMK, skapt et system hvor EMK-retten gir bedre prøvelse enn intern rett. EMK er inkorporert i norsk rett og således en del av norsk rett, men EMK-retten skal ikke utgjøre de materielle reglene borgerne må påberope seg for å få håndhevet sine rettigheter. EMK artikkel 6 skal for eksempel heller ikke utgjøre strafferetten og gi et bedre vern enn norsk intern rett. EMK-retten er ment å være momenter i en helhetsvurdering, eller gi retningslinjer for hvordan norsk lov skal tolkes. Det bærer preg av systemfeil at man har en ordning hvor en kan komme lenger ved et søksmål om konvensjonsstrid enn ved å anvende nasjonale regler. Dette taler sterkt mot at vedtakstidspunktet er skjæringstidspunktet for faktumvurderingen ved gyldighetssøksmål.

2.4.7 Utlendingsnemndas omgjøringsprøvelse

Dersom utlendingsmyndighetene har en plikt til å omgjøre et vedtak om avslag på asyl på eget initiativ hvis de ser at vilkårene i utlendingsloven § 28 er oppfylt, har det stor betydning for om det er en god regel at skjæringstidspunktet er vedtakstidspunktet. Jeg skal nå se nærmere på om det er grunnlag for å oppstille en slik regel.

Utlendingsmyndighetene har, etter flyktningkonvensjonen artikkel 33, EMK artikkel 3 og utlendingsloven § 73 en plikt til å sikre vern mot retur av personer som risikerer å bli forfulgt i hjemlandet. Denne plikten gjelder til enhver tid og uavhengig av søknad.

At man har vern mot retur etter utlendingsloven § 73 betyr ikke nødvendigvis at man har rett til flyktningstatus. Retten til vern mot retur er et selvstendig rettsgrunnlag og supplerer reglene om beskyttelse i utlendingsloven kapittel 4. Absolutt vern mot utsendelse etter utlendingsloven § 73 har likevel den som er flyktning i rettslig forstand.

I utlendingslovens regler for saksbehandling, står det at dersom utlendingen ”påberoper seg å være flyktning” eller ”gir opplysninger som tyder på at vernet etter § 73 vil komme til anven-

delse” kan et vedtak bare iverksettes før det er endelig, dersom vilkårene for opphold etter § 28 eller § 73 ”åpenbart ikke er oppfylt.”⁸¹ Regelen gjelder dersom utlendingen påberoper seg nye omstendigheter, altså omstendigheter som ikke er vurdert tidligere, som kan tale for at han eller hun har rett til vern mot retur. Skjer dette rett før utsendelse har politiet en plikt til å forelegge disse opplysningene for utlendingsmyndighetene.⁸²

Utlendingsmyndighetene har derfor en plikt til, på eget initiativ, å vurdere nye opplysninger som kan tyde på at utlendingen er vernet mot retur etter § 73 jf. § 28, dersom disse opplysningene kommer til deres kunnskap før uttransportering skal skje.

Etter min forståelse må også dette gjelde dersom opplysningene kommer til utlendingsmyndighetens kunnskap gjennom en rettssak. Ofte vil utreisefristen aktiveres dersom staten frifinnes i gyldighetssøksmålet, og det vil si at man i tid ikke er lagt fra tidspunktet for uttransporteringen. Om de nye omstendighetene som kan tale for at asylsøkeren skal anerkjennes som flyktning, kommer fra regjeringsadvokaten i stedet fra politiet som det eksplisitt står i utlendingsloven § 90 siste ledd, kan ikke spille noen rolle. Dette tilsier at vurderingen av omgjøring i asylsaker står i en særstilling på grunn av utlendingsmyndighetens plikt til å sikre vern mot retur.

Utlendingsmyndighetene har en plikt til å anerkjenne flyktninger dersom vilkårene er oppfylt,⁸³ og en plikt til å ta initiativ til å vurdere om en person er vernet mot retur hvis de får kjennskap til omstendigheter som kan tilsa at utledningen risikerer forfølgelse ved retur. Når man ser dette i sammenheng med at Grunnloven⁸⁴ pålegger alle statens organer å sikre menneskerettighetene, må utlendingsmyndighetene etter mitt skjønn ha en løpende lovpålagt plikt til å anerkjenne er utlending som flyktning dersom de skjønner, eller burde skjønne oppfyller vilkårene. Denne plikten må gjelde uavhengig av ny søknad eller omgjøringsbegjæring.

Dette tilsier at når UNE gjennom rettssaken får kjennskap til nye omstendigheter asylsøkeren mener tilsier at han oppfyller vilkårene for asyl, men opprettholder sine påstander om at vedtaket om avslag på asyl er gyldig, er de uenige. Om UNE var enig i at asylsøkeren oppfyller vilkårene for flyktningstatus, ville de ha trukket saken og omgjort vedtaket. Når man vet at utlendingsmyndighetene er uenige, vil det være en ren formalitet at asylsøkeren må fremsette en omgjøringsbegjæring før domstolen kan ta stilling til om vedtaket er ugyldig på grunn av

⁸¹ Utlendingsloven § 90 fjerde ledd bokstav c)

⁸² Utlendingsloven § 90 siste ledd

⁸³ Utlendingsloven § 28 sier at utlendingsmyndighetene ”skal” anerkjenne en flyktning dersom vilkårene er oppfylt.

⁸⁴ Grunnloven § 92

de nye omstendighetene. Dette taler sterkt for at det ikke er en god regel at domstolen ikke kan ta stilling til nytt faktum.

2.4.8 Svakheter med den etablerte strukturen

2.4.8.1 Er det hensiktsmessig å skille mellom bevisfakta og rettsfakta?

Selv om skjæringstidspunktet for hvilke omstendigheter, altså rettsfakta, domstolen kan ta hensyn til ved et gyldighets søksmål er vedtakstidspunktet, kan domstolen legge vekt på bevis forvaltningen ikke har tatt tilling til dersom disse kaster lys over den faktiske situasjonen på vedtakstidspunktet.⁸⁵

Skillet mellom bevisfakta og rettsfakta er grundig behandlet i juridisk teori. Mens rettsfakta er omstendigheter som er relevante for en rettsregel og er de rettsstiftende fakta man bygger en påstand på, er bevisfakta omstendigheter som indikerer at det foreligger et rettsfaktum.⁸⁶ Men hva er en ny omstendighet og hva er et nytt bevis, og hvor går skillet?

Grensen for hva som er rettsfakta, og hva som er bevisfakta kan være subtil og vanskelig å trekke. Om vi igjen tar for oss en sak hvor spørsmålet er om asylsøkeren er en reell konvertitt, blir spørsmålet om de etterfølgende handlingene asylsøkeren har foretatt seg er bevis for at vedkommende hadde konvertert på vedtakstidspunktet, eller nye rettsstiftende omstendigheter som ikke kan tas i betraktning av domstolen. Et annet eksempel på at skillet er subtilt kan være hvor utlendingsmyndighetene avslår en søknad om asyl fordi de mener at det ikke er forfølgningsfare for personer som kun har medlemskap i et politisk parti. Asylsøkeren stevner staten for retten og saken kommer opp ett år senere. Etter vedtaket hadde det kommet frem flere rapporter hvor det fremgikk at medlemskap medfører forfølgningsfare. Er det et nytt bevis for en tidligere omstendighet eller er det en ny omstendighet?

I en artikkel publisert i Lov og Rett⁸⁷ skriver Gunnar O. Hæreid om utfordringene dette skillet reiser. For det første trekker han frem at det er vanskelig å trekke skillet, og for det andre er ikke rettstilstanden klar angående hvor skillet skal trekkes. Det sistnevnte gjelder særlig for saker som innebærer prognosevurderinger for fremtiden slik som asylvurderingen. Hæreid trekker særlig frem Altadommen og en dom inntatt Rt. 2007 s. 667 som illustrerer uklarheten.

⁸⁵ Plenumsdom I (avsnitt 81 og 98)

⁸⁶ Skoghøy, Tvisteløsning s. 549

⁸⁷ Hæreid, Rettstilstanden før mai 2012 s. 8-9

Altadommen gjaldt gyldigheten av et forvaltningsvedtak om utbygging av et kraftverk i Alta-elva.⁸⁸ Om domstolsprøvingen av prognosevedtak i forvaltningen uttalte Høyesterett i plenum, at i og med at det var tale om prognoser som etter sin art er forbundet med usikkerhet, vil saksbehandlingen være i orden dersom prognosen er forsvarlig på den tid den foretas. Høyesterett konkluderte med at det avgjørende for om vedtaket måtte kjennes ugyldig på grunn av uriktige faktiske forutsetninger, var om prognosen var forsvarlig på vedtakstidspunktet selv om utviklingen skulle ta en annen retning eller nyere kunnskap skulle gjøre det mulig å oppstille bedre prognoser.⁸⁹

En annen tilnærming hadde Høyesterett i Rt. 2007 s. 667 som gjaldt utlendingsrett. Høyesterett var ikke enige i at domstolen ikke kunne trekke inn omstendigheter fra tiden etter at vedtaket ble trukket. Høyesterett uttalte at domstolene ved prøving av forvaltningsvedtak ikke skal måtte se bort fra etterfølgende bevis om slike forhold, og vektla derfor etterfølgende omstendigheter som stadfestet at prognosen i vedtaket var riktig.⁹⁰

Det er en klar forskjell på det Høyesterett gir uttrykk for i de to dommene. Hæreid mener at det er en tradisjon for at domstolene i utlendingssaker som innebærer en prognosevurdering, vurderer om faktiske omstendigheter som finner sted etter at vedtaket er fattet, utgjør et bevis for at prognosen bygget på feil faktum.⁹¹ Selv om dette kan tenkes å stride mot prinsippet om at skjæringstidspunktet er vedtakstidspunktet når domstolen legger vekt på hendelser som har funnet sted etter vedtakstidspunktet, er det forståelig at det blir gjort på den måten. Det vil jo være en umulig oppgave for domstolen å finne ut om de etterfølgende omstendighetene også reflekterer situasjonen på vedtakstidspunktet eller ikke.

For det første er jeg enig med Hæreid om at det er et behov for at domstolen avklarer hvilke bevis som kan legges vekt på. Her trenger man en avklaring på om regelen åpner for at domstolen kan vektlegge nye bevis som er kommet til etter vedtakstidspunktet som gjør at det er mulig å oppstille bedre prognoser, eller om man må følge skiller slavisk og holde seg til bevis som fantes før vedtakstidspunktet.

For det andre oppstiller dette skillet som nevnt, en prosessuell regel som det er svært vanskelig å anvende med mindre det er tale om de helt klare tilfellene. Dette taler, etter min mening

⁸⁸ Rt. 1982 s. 241 (side 242)

⁸⁹ Rt. 1982 s. 241 (side 266)

⁹⁰ Rt. 2007 s. 667 (avsnitt 48-50)

⁹¹ Hæreid, Rettstilstanden før mai 2012 s. 10

for at skillet mellom faktum som er kommet til før og etter vedtakstidspunktet ikke er en god regel.

2.4.9 Konklusjon

Som vi har sett er det både argumenter for og mot at domstolen skal ta stilling til nytt faktum ved prøvingen av gyldigheten med forvaltningsvedtak. Etter mitt skjønn er det hensynet til prosessuelle regler som blant annet skal ivareta en hensiktsmessig arbeidsfordeling mellom domstol og forvaltning, som i størst grad taler mot at domstolen skal ta stilling til nytt faktum. I sterkt lovbundne saker som asyl blir dette argumentet svekket fordi det ikke er tale om skjønnsmessige vurderinger av politisk karakter, og at domstolen uansett skal prøve subsumsjonen i saken. Selv om forvaltningen kan sies å ha særlige kunnskaper om asylsaker som kan tilsi at forvaltningen først burde vurdert nytt faktum, er domstolen generelt godt trent til å ta stilling til faktum og har gode muligheter til å skaffe seg et godt avgjørelsesgrunnlag gjennom prosessen.

Tatt i betraktning at konsekvensene av at feil avgjørelse i asylsaker kan være uopprettelige, at forvaltningen er belastet med mange saker og at kapasiteten til å prøve nytt faktum kan være dårlig, bør man tilstrebe den domstolskontrollen som i størst grad ivaretar hensynet til en forsvarlig saksbehandling. Som vist i gjennomgangen av saksgangen i NedaI-saken i punkt 1.2, kan asylsakene være svært kompliserte. Når vi i tillegg står overfor en svært ressurs svak gruppe, tilsier dette at en effektiv domstolskontroll er særdeles viktig.

Det avgjørende er om behovet for domstolskontroll må realiseres gjennom at domstolen tar stilling til nytt faktum ved gyldighetssøksmål. På den ene siden kan man si at adgangen til å få en nåtidsvurdering gjennom å fremsette en subsidiær påstand om at iverksettelse av vedtaket er i strid med EMK, tilfredsstillende behovet for en effektiv domstolskontroll. På den andre siden er det sterke argumenter som tilsier at dette ikke er en ønsket løsning. For det første er det svært uheldig at domstolen kan havne i en situasjon hvor de kommer til at et vedtak er gyldig, men samtidig konvensjonsstridig. For det andre medfører dette at vi skaper et system hvor EMK-retten gir bedre prøvelse enn intern rett. Jeg mener at dette utgjør en systemfeil som Norge som rettsnasjon ikke kan opprettholde.

Dette, tatt i betraktning de øvrige momentene som taler for at skjæringstidspunktet bør være domstidspunktet, tilsier at det ikke er en ønsket rettsstilling at skjæringstidspunktet for faktumvurderingen i asylsaker er vedtakstidspunktet.

3 Avsluttende bemerkninger

Som nevnt i punkt 2.2.3.4 avviste Høyesteretts ankeutvalg Afghannersaken, hvor det ble anført at lagmannsrettens dom måtte oppheves fordi lagt til grunn feil prøvingstidspunkt for det materielle asylgrunnlaget. Mye kan tale for at Høyesterett ikke ønsket å måtte ta stilling til dette, da det faktisk er snakk om å endre en praksis som er fastslått i to plenumsdommer.

Asylsøkeren i Afghannersaken har nå tatt saken til FN-organet, nærmere bestemt FNs Menneskerettighetskomité.⁹² Klagen gjelder krenkelse av SP artikkel 7, om fare for umenneskelig behandling mv. ved retur, og artikkel 2(3) om rett til et effektivt rettsmiddel. På det siste punktet gjelder klagen at asylsøkeren ikke har fått en effektiv prøving av risikoen for å bli utsatt for krenkelse i strid med artikkel 7, begrunnet i skjæringstidspunktet for faktumvurderingen ved domstolsprøving.

Staten har nå seks måneder på å besvare klagen, men har så langt (per 3. desember 2014) ikke inngitt tilsvaret til Komiteen. Selv om uttalelser fra FNs Menneskerettighetskomité ikke er bindende for Norge, vil det legge et sterkt press på norske myndigheter om Komiteen konkluderer med at det foreligger en krenkelse av SP. Det blir derfor spennende å se om UNE omgjør saken, av frykt for at Komiteens behandling vil føre til at plenumsdommene vil falle.

⁹² <http://www.dagbladet.no/2014/11/13/nyheter/asylsaker/une/asylpolitikk/36223848/>

4 Kildehenvisninger med forkortelsesregister

4.1 Litteratur

Aal, Rettsstat og menneskerettigheter:	Aal, Jørgen, Rettsstat og menneskerettigheter, 2 utgave (Bergen 2007)
Dybvik Øyen, Lærebok i utlendingsrett:	Dybvik Øyen, Øyvind, Lærebok i utlendingsrett (Oslo 2012)
Einarsen, Plenumsdommene om domstolsprøving:	Einarsen, Terje, ”Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets besteinteresser være underlagt forvaltningens frie skjønn”, Jussens Venner, vol. 48 s.287-319
Hæreid, Rettstilstanden før mai 2012:	Hæreid, Gunnar, ”Tidspunkt for faktumvurderinga ved domstolsprøving av forvaltningsvedtak - rettstilstanden før mai 2012”, Lov og Rett 2012 s. 451-472 (LOR-2012-451)
Hæreid, Rettstilstanden etter mai 2012:	”Hæreid, Gunnar, ”Tidspunkt for faktumvurderinga ved domstolsprøving av forvaltningsvedtak - rettstilstanden etter mai 2012”, Lov og Rett 2012 s. 533-551 – (LOR-2012-533)
Skoghøy, Tvisteløsning:	Skoghøy, Jens Edvin A, Tvisteløsning, 2.utgave (Oslo 2014)
Vangsnes, Tilbakeholdenhet i domstolsprøvingen:	Vangsnes, Jørgen ”Om den såkalte tilbakeholdenheten i domstolsprøvingen”, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2014 nr.02 Rapport fra Advokatforeningens aksjons og prosedyregruppe i utlendingsrett 2007-2014 av Arild Humlen og Jonas W. Myhre.

4.2 Lover og konvensjoner

Barnekonvensjonen:	FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989
EMK:	Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950
Flyktningkonvensjonen:	De Forente Nasjoners konvensjon om flyktnings stilling av 28. juli 1951
Forvaltningsloven:	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker
Grunnloven:	Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814
Menneskerettsloven:	Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
SP:	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966
Tvisteloven:	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister
Utlendingsloven:	Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her

4.3 Forarbeider

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005):	Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
Ot.prp. nr. 75 (2006-2007):	Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

4.4 Dommer

Altasaken:	Rt. 1982 s. 241 (P)
	Rt. 1995 s. 72 (A)
	Rt. 2001 s. 995 (U)
	Rt. 2003 s. 301 (A)

	Rt. 2007 s. 667 (A)
	Rt. 2007 s. 1815 (trygderetten)
	Rt. 2008 s. 688 (trygderetten)
	HR-2001-1694 (U)
	Rt. 2012 s. 667 (A)
	Rt. 2012 s. 139 (A)
Plenumsdom I	Rt. 2012 s. 1985 (P)
Plenumsdom II	Rt. 2012 s. 2039 (P)
	HR-2014-1329 (U)
	Rt. 2013 s. 588 (A)
	LB-2008-124644
Afghanersaken	LB-2012-166185
	LB-2012-96733
	LB-2012-147989
Neda-I	TOSLO-2013-76824
Neda-II	TOSLO-2014-39885

4.5 Domstoler

A:	Avdelingsavgjørelse av Norges Høyesterett
EMD:	Den europeiske menneskerettsdomstol (The European Court of Human Rights)
P:	Plenumsavgjørelse av Norges Høyesterett
S:	Storkammeravgjørelse av Norges Høyesterett
U:	Avgjørelse av Høyesteretts kjæremålsutvalg/ankeutvalg

4.6 Internett

<http://no.wikipedia.org/wiki/Landinfo> (sist endret 11.11.14)

<http://www.dagbladet.no/2014/11/13/nyheter/asylsaker/une/asylopolitikk/36223848/>

4.7 Andre

UNEs interne retningslinjer om behandling av anmodninger om omgjøring 22. november 2011

Anken i Afghannersaken:

Anken til asylsøkerne over LB-2010-134086, avvist i Høyesteretts ankeutvalg HR. 2013-425 (U)

Anketilsvaret i Afghannersaken:

Anketilsvaret til regjeringsadvokaten over sak LB-2010-134086, avvist i Høyesteretts ankeutvalg HR. 2013-425 (U)

UNEs standardbrev ved anmodning om omgjøring datert 13.05.2014