

**UAVHENGIG GJENNOMGANG AV UNES PRAKSIS I VALG AV  
AVGJØRELSESFORM I ASYLSAKER**

Lillestrøm, 10. juni 2008

Henning Harborg

---



## INNHOOLD

1.	INNLEDNING – MANDAT OG METODE .....	5
1.1.	Mandat.....	5
1.2.	Metode.....	7
2.	PROBLEMSTILLING OG GRUNNLEGGENDE HENSYN .....	10
2.1.	Det overordnede temaet for utredningen: Hva er ”vesentlige tvilsspørsmål”?.....	10
2.2.	Kryssende hensyn.....	11
3.	LOV- OG FORSKRIFTSREGLER OM NEMNDLEDERS ADGANG TIL Å AVGJØRE SAKER ALENE .....	13
3.1.	Innledning.....	13
3.2.	Lovteksten .....	13
3.3.	Forarbeidene til § 38b .....	13
3.4.	Utlendingsforskriften .....	16
3.5.	Nærmere om det avgjørende vurderingstemaet – analyse og vurdering.....	17
3.6.	Kan begrunnelsen for reglene om nemndas sammensetning si noe om hvilke saker nemndleder bør og ikke bør behandle alene?.....	19
3.7.	Forholdet til utlendingslovens regler om utsatt iverksettelse.....	27
4.	SAKSBEHANDLINGEN I VALGET AV BEHANDLINGSFORM .....	29
4.1.	Kravene til saksbehandling og begrunnelse av valget av behandlingsform.....	29
4.2.	Saksbehandlingens innhold .....	30
4.3.	Særlig om likebehandling.....	33
5.	GJENNOMGANG AV UNES PRAKSIS I VALGET AV BEHANDLINGSFORM ....	36
5.1.	Innledning.....	36
5.2.	Bevisbedømmelse – innledende bemerkninger.....	36
5.3.	Bevisbedømmelse – generelle risikovurderinger .....	37
5.3.1.	Nærmere om normen – når er nemndbehandling påkrevd for å avgjøre generelle risikovurderinger .....	37
5.3.2.	Nemnda velger ut saker for å avklare praksis .....	40
5.3.3.	Når foreligger en tilstrekkelig fast og etablert praksis? .....	41
5.3.4.	Saker som er avgjort iht. fast og etablert praksis .....	43
5.3.5.	Tvil om praksis dekker klagers sak .....	44
5.3.6.	Oppsummering om valg av behandlingsform ved generelle risikovurderinger.....	45
5.4.	Bevisbedømmelse – individuelle risikovurderinger.....	46
5.4.1.	Problemstillinger .....	46
5.4.2.	Troverdighetsspørsmål – normen.....	46
5.4.3.	Gjennomgang av praksis – saker der retningslinjene etterleves .....	48
5.4.4.	Gjennomgang av praksis – saker der det kan være grunnlag for kritikk eller delte meninger .....	53
5.4.5.	Spørsmålet om klagers forklaring gir grunnlag for asyl eller vern mot utsendelse .....	60
5.4.6.	Oppsummering om valg av behandlingsform ved individuelle risikovurderinger .....	61
5.5.	Tolkningsspørsmål .....	62
5.6.	Skjønnsutøvelse (spørsmålet om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag) .....	62
5.6.1.	Nærmere om normen – bør skjønnsutøvelsen legges til nemndmøter? .....	62
5.6.2.	Praksis om behandlingsformen av oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.....	65
5.7.	Generelle inntrykk av valget av behandlingsform – likebehandling.....	67
6.	OPPSUMMERING OG KONKLUSJONER.....	69

7.	PRESISERINGER OG MULIGE FORBEDRINGER .....	71
7.1.	Bør kriteriene for nemndleders adgang til å avgjøre saker alene presiseres? .....	71
7.2.	Er det mulig å forbedre saksbehandlingen på andre måter?.....	72
7.2.1.	Tiltak for å konsentrere nemndmøter .....	72
7.2.2.	Bør det åpnes for møter med klagerne utover nemndmøter? .....	74

## 1. INNLEDNING – MANDAT OG METODE

### 1.1. Mandat

Arbeids- og inkluderingsdepartementets (AID) mandat for undersøkelsen følger av oppdragsbeskrivelsen som ble benyttet forut for kontraktstildelingen. Mandatet er også inntatt som pkt. 2.1.2 i kontrakten inngått mellom oppdragsgiver (AID) og oppdragstaker (Henning Harborg) 30. januar 2008:

”Formålet med oppdraget vil være å avklare:

- hvor terskelen ligger for at en sak avgjøres i nemndmøte og om praksis er i samsvar med gjeldende regelverk, herunder også UNEs egne retningslinjer,
- hvordan beslutning om avgjørelsesform treffes, og om prosessen på dette punkt er tilfredsstillende,
- om man oppnår en tilstrekkelig grad av likebehandling og
- om det er behov for tydeliggjøring eller endringer i forskrift eller retningslinjer.

Gjennomgangen skal ikke undersøke bruken av adgangen til å overlate saker til avgjørelse av UNEs sekretariat.

Som grunnlag for arbeidet skal utreder gjennomgå minst 100 tilfeldig utvalgte asylsaker fra de ti landene som det kommer flest asylsøkere fra. Utvalget av saker skal ikke inneholde saker som er behandlet etter Dublin-regelverket eller saker hvor det ikke er gitt utsatt iverksettelse i klageomgangen. Sakene skal være avgjort i 2006 og 2007. Utreder kan også foreta intervju med enkelte nemndledere og seksjonssjefer om generelle problemstillinger knyttet til valg av avgjørelsesform, som grunnlag for arbeidet. Dersom det anses nødvendig for å få et riktig bilde av terskelen for valg av avgjørelsesform, kan utreder også be om å få seg forelagt flere asylsaker.

Utreder skal utarbeide en rapport som redegjør for gjeldende regelverk (lovbestemmelser, forskriftsbestemmelser og interne retningslinjer) som gjelder valg av avgjørelsesform, og som gir en vurdering av forholdet mellom regelverk og praksis, dvs. om terskelen for nemndmøtebehandling ligger på riktig nivå ut fra gjeldende regelverk. Videre skal det vurderes om det er oppnådd en tilstrekkelig grad av likebehandling når det gjelder valg av avgjørelsesform.

Utreder skal også redegjøre for og vurdere den saksprosessen som ligger til grunn for nemndleders beslutning om avgjørelsesform.

Utreder skal ikke vurdere eller uttale seg om det konkrete utfallet i de forelagte sakene (om UDIs vedtak ble omgjort eller ikke). Oppdraget gjelder kun valget av avgjørelsesform.

Ut fra den redegjørelse som gis, skal det foretas en vurdering av behovet for eventuelle endringer eller tydeliggjøringer i gjeldende regelverk, herunder UNEs egne retningslinjer.”

NOAS ble gitt anledning til å kommentere et utkast til mandat før dette ble ferdigstilt, og fremsatte et ønske om at undersøkelsen skulle ha de enkelte nemndledere for øye, dvs. at det skulle undersøkes om enkelte nemndledere var strengere enn andre. Departementet tok imidlertid ikke synspunktet til følge, og det er en klar forutsetning for denne undersøkelsen at den skal rette seg mot UNEs praksis som sådan, og ikke den enkelte nemndleders virksomhet.

NOAS ønsket også det første strekpunktet under formålsangivelsen endret slik at det skulle undersøkes ”hvor terskelen ligger for at en sak avgjøres i nemndmøte og om praksis, herunder UNEs egen retningslinjer, er i samsvar med gjeldende regelverk, herunder lovforarbeider”. NOAS ønsket derved presisert at lovligheten av UNEs retningslinjer skulle vurderes som eget punkt. I brev til NOAS av 27.11.2007 fremholdt imidlertid departementet at dersom utreder skulle finne at det er uoverensstemmelser mellom UNEs retningslinjer og lov- og forskriftsverket ville det – slik mandatet er formulert – måtte fremkomme av utredningen. Departementet fant det derfor ikke nødvendig å endre mandatet på dette punkt.

Den kritikk som har vært reist mot UNEs valg av behandlingsform har særlig vært rettet mot asylsaker. AID har ved å kreve gjennomgang av minst 100 utvalgte *asyl*saker vist at det er særlig behandlingsformen av asylspørsmål som er av interesse, og utredningen er derfor fokusert på hvilke krav loven stiller til behandlingsform i slike saker (se særlig kapittel 3). Dette gjelder behandlingen både av 1) selve asylspørsmålet, dvs. spørsmålet om asyl skal tilstås etter loven § 17, 2) spørsmål om vern mot utsendelse etter andre regler, først og fremst loven § 15, og 3) spørsmål om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Behandlingen av alle disse tre spørsmålene vil bli behandlet i det følgende, men beskyttelsesspørsmålene behandles grundigst fordi det er beskyttelsesspørsmål som i størst grad belyses i saksmappene. Som jeg skal komme tilbake finnes det blant de gjennomgåtte saker en del der valget av behandlingsform er problematisert for avgjørelsen av om det skal gis oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, men disse sakene er i mindretall. At det er få slike saker skyldes antakelig bl.a. at det er beskyttelsesspørsmål som de siste årene har stått mest sentralt for de fem landene saker er hentet fra.

Oppholdstillatelse på humanitært grunnlag har selvfølgelig vært prøvet i flere av vedtakene uten at valget av behandlingsform er særlig problematisert. I slike tilfeller vil vedtakene kunne gi grunnlag for slutninger om graden av tvil som eksisterte, men på grunn av den

omfangsrrike og utpenslede praksis som foreligger, er det vanskeligere for utenforstående å etterprøve disse vurderingene enn beskyttelsesvurderingene.

Dersom man ønsker en grundigere gjennomgang av valget av behandlingsform i saker om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, må man benytte en annen metode enn den mandatet i denne saken foranlediger. For å vurdere behandling av slike saker er det ikke hensiktsmessig å velge ut tilfeldige asylsaker. Dette gjelder nær sagt uansett hvor mange som velges ut. Det er ingen grunn til å tro at NOAS' forslag om å øke antallet saker fra 100 til 200 ville ha avhjulpet problemet i særlig grad. For en like grundig vurdering av behandlingen av saker om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag må man aktivt søke opp saker der det har vært det dominerende spørsmål.

## **1.2. Metode**

Etter mandatet skal undersøkelsen omfatte minst 100 tilfeldig utvalgte asylsaker fra de ti landene som det kommer flest asylsøkere fra. Jeg forsto dette slik at det ikke skulle innhentes saker fra *flere enn* ti land fordi sammenliknbarheten da ville bli for dårlig. Derimot må antallet land kunne reduseres nettopp for å øke sammenliknbarheten. I samråd med AID, UNE og NOAS besluttet jeg derfor å hente inn 20 saker fra hvert av de fem største landene i asylsammenheng, dvs. Afghanistan, Irak, Russland, Serbia-Montenegro og Somalia. Sakene ble innhentet ved at jeg mottok lister over alle asylsaker fra disse landene som var avgjort av UNE i 2006 og 2007 og der UDI hadde gitt utsatt iverksettelse. Listene inneholdt kun saksnummer og angivelse av land, og utvalget ble gjort tilfeldig ved at jeg krysset av 100 av sakene. Disse ble tatt ut av arkivet og levert til et kontor som jeg disponerte i UNEs lokaler.

Enkelte av sakene viste seg ikke å tilfredsstillende kriteriene, og måtte derfor byttes ut. Det gjaldt Dublin-saker, saker der klager viste seg å være fra et annet land og saker der kun omgjøringsanmodninger var behandlet i 2006 eller 2007 og det opprinnelige klagevedtaket var fattet vesentlig tidligere. Jeg har nummerert de 100 sakene fortløpende slik at det kan henvises til de enkelte saker uten å bruke DUF-nr.

I tillegg til de 100 sakene har det av forskjellige grunner vært nødvendig å innhente noen til. Det gjelder for det første saker til andre familiemedlemmer for å undersøke om disses saksmapper kunne inneholde mer informasjon om behandlingsformen. For det annet vises det

ved valget av behandlingsform i noen av de innhentede sakene til andre saker, og disse har blitt innhentet. I enkelte saker har det videre vært hentet inn ytterligere dokumenter fra politiet eller UDI fordi det har vært nødvendig for å avklare om klagers troverdighet var så svekket at det var forsvarlig å unnlate nemndbehandling.

Jeg har ved gjennomgang av sakene til eget bruk fylt ut et skjema for hver enkelt sak. Skjemaet inneholder opplysninger om saksnummer, datoer for behandling i UDI og UNE, nemndleders navn og valget av behandlingsform. I tillegg er det redegjort for hvordan valget av behandlingsform er avgjort i UNE (dvs. hvilke merknader som finnes om dette i saksmappen), og hvilket utfall saken fikk. Til slutt er det inntatt kommentarer om saken som kan ha betydning for vurderingen av valget av behandlingsform. For enkelte av sakene er flere vedtak kommentert. Dette gjelder de tilfeller der det er fattet omgjøringsvedtak, og behandlingen av dette er egnet til å belyse UNEs praksis om behandlingsformer.

På et tidlig stadium i prosjektet hadde jeg møter (hver for seg) med NOAS og UNEs ledelse. Mot slutten av prosjektet – etter å ha gjennomgått de aller fleste av sakene – hadde jeg samtaler med ca. halvparten av nemndlederne om den generelle forståelsen av lovens vilkår, saksbehandlingen i UNE og evt. muligheter for forbedring. Samtalene varte i snitt ca. 45 minutter.

Jeg har gjennom arbeidet hatt sekretærbistand fra en dreven saksbehandler i sekretariatet, og har også fått nødvendig informasjon fra henne.

Asylsaker reiser mange forskjellige spørsmål og forutsetter kunnskap ikke bare om utlendingsrett, men også om de land og samfunn de gjelder. Det gjør at det ikke er enkelt for en utenforstående å vurdere valget av behandlingsform i den enkelte sak. Vurderingen må gjøres dels på bakgrunn av de dokumenter som finnes om valget av behandlingsform, men også på bakgrunn av de øvrige saksdokumentene og innholdet i vedtakene som er fattet. I mange saksmapper finnes det ingen særlig dokumentasjon som belyser valget av behandlingsform, slik at man bare har vedtaket og de underliggende dokumenter å forholde seg til. I disse sies det imidlertid sjelden noe om graden av tvil, og det blir da særlig vanskelig å vurdere om utfallet har vært så klart at det var grunn for nemndleder til å avgjøre saken alene.



Vanskelighetsgraden varierer også med hvilke spørsmål som er avgjørende. Man kan grovt gruppere de avgjørende spørsmål i asylsaker i fire:

- generelle risikovurderinger, dvs. spørsmålet om den generelle situasjonen på klagers hjemsted er til hinder for retur
- troverdighetsspørsmål, dvs. spørsmålet om klagers forklaring kan legges til grunn
- individuelle beskyttelsesbehov, dvs. spørsmålet om klager ut fra sin forklaring (eller det faktum som alternativt legges til grunn der forklaringen settes til side) har grunn til å frykte forfølgelse eller overgrep ved retur – og evt. på hvilket grunnlag
- om oppholdstillatelse bør gis på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket.

Selv om man har jobbet mye med utlendingsrett tidligere, sier det seg selv at ingen utenforstående kan ha samme kunnskap om de forskjellige landene eller om UNEs praksis som personer som jobber med disse spørsmålene daglig over år. Som allerede nevnt i punkt 1.1 er vurderinger av oppholdstillatelse på humanitært grunnlag særlig vanskelige å etterprøve. De konkrete vurderinger av klagers individuelle sikkerhetsbehov er også vanskelige. Disse krever ofte en kunnskap og forståelse som gjør at en utenforstående bør være forbeholden med å overprøve nemnda. Det gjelder et stykke på vei også de generelle risikovurderingene, men disse er tross alt enklere enn de individuelle vurderingene – ikke minst fordi det er enklere å benytte UNEs praksisbaser samt å sjekke mot tilgjengelige kilder som rapporter fra Landinfo, US State Department, UNHCR, Amnesty International osv.

De spørsmål det er enklest for en utenforstående å etterprøve er dem som gjelder den individuelle troverdigheten. Når man skal vurdere om behandlingsformen var riktig i saker der troverdighetsspørsmål er avgjørende, er temaet om man ut fra dokumentene i saken kan være tilstrekkelig sikker på at klager mangler troverdighet. Ofte krever det også landkunnskap idet klagers forklaring nødvendigvis må vurderes opp mot det man ellers vet om det landet eller området forklaringen gjelder, men det er like fullt enklere for en utenforstående å etterprøve slike vurderinger.

## 2. PROBLEMSTILLING OG GRUNNLEGGENDE HENSYN

### 2.1. *Det overordnede temaet for utredningen: Hva er ”vesentlige tvilsspørsmål”?*

Etter utlendingsloven § 38b og delegasjon iht. loven, kan en asylsak behandles på en av fire måter:

- ved avgjørelse i stornemnd
- ved avgjørelse i nemndmøte (med eller uten personlig fremmøte)
- ved avgjørelse av nemndleder alene
- ved avgjørelse av sekretariatet

Lovens utgangspunkt – eller normalordning, om man vil – er etter § 38b at saker skal avgjøres i nemndmøte. Det sies ikke helt eksplisitt i loven, men følger av formuleringen i første ledd og også av at det er satt vilkår for at de andre avgjørelsesformene skal benyttes. Etter § 38b fjerde ledd er det nemnda selv som bestemmer behandlingsformen, uten at det presiseres om valget skal tas av nemndleder eller av en full nemnd. For at det skal være et reelt valg, og for at man skal oppnå de rasjonaliseringsgevinster som avgjørelse av nemndleder alene (eller sekretariatet) innebærer, er det imidlertid nødvendig at nemndleder fatter avgjørelsen om behandlingsform uten at det innkalles til nemndmøte. Det er også slik det praktiseres i UNE.

Verken adgangen til å benytte stornemnd eller adgangen til å la sekretariatet avgjøre saken faller innenfor mandatet for denne utredningen. Temaet her er derfor kun adgangen til å la nemndleder selv avgjøre saken, dvs. nemndleders avgjørelse av om han skal avgjøre saken alene eller henvise den til behandling i nemnd. Nemndleder kan etter loven, dersom nærmere angitte vilkår er oppfylt, avgjøre saken alene både ved å gi medhold og ved å avslå klagen. For begge utfall er det grunnleggende vilkåret at saken ikke reiser ”vesentlige tvilsspørsmål”. Forståelsen og anvendelsen av dette uttrykket er derfor hovedspørsmålet i denne utredningen.

Selv om lovens hovedvilkår er det samme både for adgangen til å gi medhold og til å avslå saker, er det liten tvil om at nemndleders adgang til alene å avslå klager er den viktigste problemstillingen. Det er avslag som reiser de vesentligste rettssikkerhetsspørsmål, og når det fra organisasjonene har vært reist kritikk mot nemndledere for å avgjøre for mange saker alene, har det neppe vært fordi organisasjonene mener at nemndlederne for ofte har gitt

medhold. Utredningen vil derfor primært fokusere på nemndleders adgang til å avslå klager uten å fremme saken for nemndmøte.

## **2.2. Kryssende hensyn**

Det har fra tid til annen vært reist mot kritikk mot at asylsaker overhodet kan behandles på annen måte enn ved nemndbehandling. Synspunktet har vært at de ekstra rettsikkerhetsgarantier nemndbehandling skal gi, bør få anvendelse i alle asylsaker fordi disse sakene per definisjon har et meget alvorlig tema og derfor er av største viktighet. Dette synspunktet har imidlertid konsekvent blitt tilbakevist fra fagdepartementenes side. Departementenes synspunkt har vært at den saksbehandlingsmessige merbelastning en avgjørelse i nemndmøte medfører, bør reserveres for saker som inneholder en viss tvil. Dersom en sak ikke byr på tvil, fortjener den ikke så omfattende ressursbruk. Det har vært fremholdt at både økonomiske hensyn, og ikke minst hensynet til andre klagere, tilsier det.

Det er ingen tvil om at behandling i nemndmøte innebærer vesentlig mer tidsbruk og ressurser fra UNEs side enn behandling av nemndleder alene. Dette gjelder både for nemndlederne og sekretariatet. Nemndlederne har i samtalene jeg har hatt med dem antydnet at den jevne nemndmøtesak vil innebære minst to dagsverk for nemndlederne, og noen ganger mer. På samme tid kan de avgjøre 5-10 saker på egenhånd. For sekretariatet innebærer nemndmøtebehandling at det, av hensyn til nemndmedlemmene, må skrives vesentlig mer utførlige merknader og presenteres et bredere materiale (ikke minst med landkunnskap) enn i saker som avgjøres av nemndleder alene. I tillegg kommer administrative kostnader forbundet med å arrangere nemndmøter, samt utgifter til nemndmedlemmer. Samlet sett er det etter min oppfatning ingen tvil om at nemndmøtebehandling er en så omfattende behandlingsform at det er velbegrunnet at den reserveres for saker som byr på en viss tvil.

På den annen side er det viktig at terskelen for nemndbehandling ikke legges for høyt, og det gjelder særlig i asylsaker der rettssikkerhetsgarantier er spesielt viktige. Adgang til nemndmøter er viktig av iallfall tre grunner:

1. Nemndmøter sikrer en bredere behandling ved at saken avgjøres av tre personer, og gjennom diskusjon mellom disse. Etter reglene i § 38a skal nemndmedlemmene oppnevnes av regjeringen etter forslag fra fagdepartementet for utlendingsrett, Utenriksdepartementet, Norges Juristforbund og humanitære organisasjoner.

2. Nemndmøter (særlig med personlig fremmøte) kan ha vesentlig betydning for sakens opplysning. Alle nemndlederne har forklart at de ved flere anledninger har opplevd at saken gjennom klagerens forklaring i nemndmøtet har tatt en ny og uforutsett vending.
3. Personlig fremmøte vil normalt styrke klagers tillit til saksbehandlingen og derved til avgjørelsen. Personlig fremmøte garanterer klager en adgang til å få fremlegge sin sak personlig, og gir derved klager en sikkerhet for at de synspunkter han anser som vesentlige når frem til dem som skal avgjøre saken. Derigjennom skapes tillit til avgjørelsen og systemet. I all prosessteori trekkes det frem to hovedhensyn som saksbehandlingen skal ivareta: å sikre et materielt riktig resultat og å sikre at det nås gjennom en prosess som er tillitsvekkende både for partene og andre. At adgangen til personlig fremmøte i det store og hele bidrar til dette, er neppe tvilsomt.

Ved utformingen av regler og retningslinjer om valget av behandlingsform må hensynet til effektivitet balanseres mot de nevnte hensyn.

### **3. LOV- OG FORSKRIFTSREGLER OM NEMNDLEDERS ADGANG TIL Å AVGJØRE SAKER ALENE**

#### **3.1. Innledning**

En viktig del av min oppgave er å utrede det nærmere innholdet i det eksisterende regelverket. Det innebærer en nærmere redegjørelse for, og analyse av, utlendingsloven § 38b tredje ledd og forskriften gitt med hjemmel i § 38b siste ledd. Analysen må skje i lys av forarbeidene til bestemmelsen og reelle hensyn – derunder begrunnelsen for reglene om sammensetning og oppnevning av nemndene.

#### **3.2. Lovteksten**

Etter § 38b tredje ledd er nemndleders adgang til avgjøre saker alene begrenset til "[s]aker som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål". Loven gir i tredje punktum og fjerde punktum en viss veiledning om forståelsen av uttrykket "vesentlige tvilsspørsmål" ved at den fastsetter at:

"Saker som kan avgjøres av en leder alene, er bl.a. klager der vilkårene for å omgjøre Utlendingsdirektoratets vedtak åpenbart må anses å foreligge, og klager som må anses grunnløse. Det samme gjelder anmodning om omgjøring av vedtak truffet av Utlendingsnemnda når det ikke er grunn til å anta at nemnda vil endre vedtaket."

Av de tre eksemplene i loven er det bare alternativet at en klage "må anses grunnløs" som kan lede til at en klage avslås uten nemndbehandling. Et spørsmål blir da om det bare er ett eksempel og at klager kan avslås av nemndleder også i andre tilfeller (dvs. uten at klagen anses grunnløs), eller om loven på dette punkt er uttømmende slik at det er et vilkår for at nemndleder alene kan avslå en klage at den anses grunnløs. Dette spørsmålet må – i fravær av andre rettskilder – løses på bakgrunn av forarbeidene.

#### **3.3. Forarbeidene til § 38b**

Utlendingsnemnda ble formelt opprettet ved innlemming av de nye §§ 38a og 38b i utlendingsloven. Dette ble gjort ved lov av 30. april 1999 nr. 22 som trådte i kraft 1. januar 2001.

Justisdepartementet hadde allerede i mars 1996 foreslått å opprette en nemnd til å behandle alle klagesaker etter utlendingsloven, jf. Ot.prp. nr. 39 (1995-96). Departementets forslag fikk imidlertid ikke flertall i justiskomiteen som i stedet ba regjeringen utrede en nemnd til å behandle bare asylsaker. En slik nemnd ("Flyktningnemnda") ble utredet og sendt på høring i desember 1997 sammen med et fornyet forslag til en nemnd som skulle behandle alle klager etter utlendingsloven ("Utlendingsnemnda"). Etter at høringen var gjennomført, fremmet Justisdepartementet alternative forslag til Stortinget, jf. Ot.prp. nr. 17 (1998-99). Stortinget måtte derved velge om den ønsket en generell utlendingsnemnd som skulle være klageorgan i (så godt som) alle utlendingssaker eller en flyktningnemnd som skulle være klageorgan i asylsaker mens departementet skulle beholde de andre utlendingssakene.

Det er av interesse i denne sammenheng at forslagene til regler om behandlingsform var forskjellige for de to alternative nemndene. For den såkalte Flyktningnemnda foreslo departementet at:

"En leder alene kan avgjøre klager der vilkårene for å omgjøre Utlendingsdirektoratets vedtak åpenbart må anses å foreligge, og klager som må anses åpenbart grunnløse."

For asylsaker foreslo departementet altså at bare åpenbart grunnløse klager kunne avgjøres av nemndleder alene. For Utlendingsnemnda derimot foreslo departementet den regel som senere ble vedtatt og som i dag finnes i § 38b tredje ledd, dvs. regelen om at "[s]aker som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål, kan avgjøres av en leder alene":

Bakgrunnen for forskjellen var ifølge høringsbrevet fra desember 1997 at Utlendingsnemnda skulle behandle også andre saker enn asylsaker, se referatet av høringsbrevet i Ot.prp. nr. 17 (1998-99) s. 38:

"Som begrunnelse for forslaget ble anført at fordi nemnda skulle behandle alle utlendingssaker og ikke bare asylsaker, må et relativt stort antall saker kunne anses som forholdsvis enkle, i den forstand at avgjørelsen ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål. Forslaget ivaretar hensynet til effektivitet og en så rask saksbehandling som mulig, noe som også er en side av rettssikkerheten."

Tilsvarende synspunkt gjentas av departementet i merknadene til § 38b på s. 86-87:

”Saker som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål, kan avgjøres av en leder alene, og i slike saker kan nemnda også delegere vedtaksmyndighet til sekretariatet, jf. første og annet punktum. I tredje punktum er det gitt eksempler på saker som kan avgjøres av en leder alene. Dette er for det første klager der vilkårene for å omgjøre Utlendingsdirektoratets vedtak åpenbart må anses å foreligge. Det vil naturligvis være en fordel for klageren å få positivt vedtak snarest mulig i stedet for å måtte vente på nemndbehandling. For det andre gjelder det klager som må anses grunnløse. Nemnda skal ikke bare behandle asylsaker, men alle saker etter utlendingsloven. En del av disse er helt kurante, mens andre gjennomgående ikke byr på særlige tvilsspørsmål. Regelbundne vedtak vil som hovedregel ikke innebære vesentlige tvilsspørsmål, f.eks. søknader i medhold av lovens § 8 første ledd, jf forskriftens §§ 2 - 5, og søknader om fornyelse av slike tillatelser eller bosettingstillatelse. *Åpenbart grunnløse asylsøknader og en del søknader om visum vil også kunne avgjøres av en leder alene.*” (Kursivert her)

Stortingets justiskomiteé synes å ha adoptert dette synspunktet, se Innst. O. nr. 42 (1998-99) pkt. 2.2.6 der komiteen uttaler:

”Flertallet slutter seg til forslaget om at nemndas leder på egen hånd kan behandle og avgjøre saker som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål og saker som tidligere har vært behandlet i nemnda, når det ikke er grunn til å anta at nemnda vil endre vedtaket.

Flertallet viser til at når det gjelder den første gruppen saker, dreier det seg om kurante saker; dersom vilkårene for å omgjøre et negativt vedtak fra UDI til et positivt vedtak åpenbart foreligger, er det ingen grunn til å forlenge saksbehandlingstiden med å trekke hele nemnda inn i avgjørelsesprosessen. Dersom det foreligger en klage som må ansees grunnløs, kan det heller ikke være nødvendig å forelegge den for nemnda. Flertallet vil imidlertid understreke at dette er en kan-regel, og at nemndlederen ved negative vedtak må være spesielt aktsom i vurderingen av om klagen er grunnløs.”

Etter dette er det etter min oppfatning sterke holdepunkter i forarbeidene for å hevde at ”grunnløse klager” ikke bare er et ett eksempel på klager nemndleder kan avslå alene, men det eneste grunnlaget for en slik kompetanse. Jeg mener altså at loven ut fra forhistorien og forarbeidene må forstås slik at det i asylsaker kun er grunnløse klager som kan avslås av nemndleder alene. I departementets merknader til § 38b er det til og med holdepunkter for at normen bør være ”åpenbart grunnløs”, og ikke bare ”grunnløs”. Distinksjonen mellom ”grunnløs” og ”åpenbart grunnløs” er imidlertid etter min oppfatning mest av akademisk interesse. Bruken av uttrykket ”åpenbart” har kanskje en viss signalverdi, men det har neppe noen reell betydning i praksis. Det er vanskelig å tenke seg et praktisk tilfelle der en nemndleder etter grundig vurdering av alle dokumentene i en sak finner at klagen er grunnløs, men ikke åpenbart grunnløs. I praksis vil vurderingen gå ut på om nemndlederen føler seg

trygg på at klagen ikke kan føre frem, slik at det er uhensiktsmessig å benytte så store ressurser på saken som et nemndmøte innebærer.

### 3.4. *Utlendingsforskriften*

Loven inneholder i § 38b siste ledd en forskriftshjemmel hvoretter departementet kan gi ”regler om nemndas arbeidsform og den nærmere behandlingen av saken”. Denne er benyttet til å gi bl.a. utlendingsforskriften § 140 (tilføyd ved forskrift 20.12.2000 nr. 1398) der vilkåret ”saker som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål” er nærmere konkretisert. I annet og tredje ledd i forskriften ramses opp en rekke saker som skal anses som ”saker som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål”. Av de saker som nevnes er det kun én kategori som har betydning for adgangen til å avslå klager i asylsaker, og det er annet ledd bokstav a:

”Nemndleder alene kan opprettholde Utlendingsdirektoratets vedtak når det er åpenbart at klageren ikke fyller vilkårene for slik tillatelse det er søkt om”.

Her benyttes altså ikke vilkåret ”grunnløs klage” slik loven gjør i § 38b tredje ledd annet punktum, men at det er ”åpenbart” at vilkårene for tillatelsen ikke er oppfylt.

Lest i lys av fjerde ledd gir ikke forskriften § 140 annet ledd bokstav a en uttømmende regulering av når nemndleder kan avslå klager alene. Det følger av fjerde ledd at ”en nemndleder alene kan også avgjøre andre saker som ikke byr på tvilsspørsmål”. Forskriften gir imidlertid ingen veiledning om hva slags saker dette kan være.

Etter min oppfatning er § 140 fjerde ledd utslag av en nokså underlig reguleringsteknikk. Hele poenget med § 140 er gjennom forskrift å legge et konkret innhold i lovens uttrykk ”vesentlige tvilsspørsmål”. Dette gjøres på den måten at departementet i første ledd første og annet punktum gjengir lovens regler, og deretter i tredje punktum fastsetter at ”[s]aker som nevnt i annet og tredje ledd anses som saker som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål”. Oppregningen i annet og tredje ledd skal derved utfylle lovens generelle kriterium og gi dette et konkret innhold. Når departementet så i fjerde ledd fastslår at nemndleder alene også kan avgjøre *andre saker* som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål, vender departementet tilbake til utgangspunktet og lar lovens generelle uttrykk være avgjørende. Virkningen av fjerde ledd blir at sakene nevnt i andre og tredje ledd må anses som *eksempler* på saker som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål, og ikke en uttømmende oppregning av slike saker. Betydningen av



fjerde ledd er derfor den samme som betydningen av innskuddet ”bl.a.” i loven § 38b tredje ledd annet punktum.

Som nevnt ovenfor tyder imidlertid forarbeidene til loven på at lovgiver ikke har sett for seg at nemndleder alene kan avgjøre asylsaker på annet grunnlag enn at de er ”grunnløse”, og derfor er det ikke grunn til å tro at heller forskriften § 140 fjerde ledd kan ha nevneverdig betydning i asylsaker.

### 3.5. Nærmere om det avgjørende vurderingstemaet – analyse og vurdering

Lovens hovedvilkår for at en klage skal kunne avgjøres av nemndleder alene – at saken ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål – er etter min oppfatning vanskelig håndterlig i praksis. Det skyldes for det første at uttrykket ”vesentlige tvilsspørsmål” språklig sett kan ha flere betydninger. Det kan forstås slik at det må foreligge *vesentlig tvil*, i motsetning til lavere gradere av tvil, om ett eller flere spørsmål i saken. Men det kan også forstås slik at det må foreligge tvil om *vesentlige spørsmål*. Et tredje alternativ er at uttrykket ”vesentlig” gjelder både tvilen og spørsmålet, slik at det altså må foreligge vesentlig tvil om vesentlige spørsmål. Det er imidlertid ikke bare den semantiske flertydigheten som gjør kriteriet vanskelig å håndtere. Det skyldes også at det er vagt og upresist.

Som nevnt finner man en viss veiledning om forståelsen av uttrykket ”vesentlige tvilsspørsmål” både i § 38b annet ledd tredje punktum (tolket i lys av forarbeidene) og forskriften § 140. Etter forskriften er som nevnt det avgjørende for om nemndleder alene kan avslå klager i asylsaker om det er *åpenbart at vilkårene for tillatelse ikke foreligger*, mens det etter loven § 38b tredje ledd er avgjørende om *klagen er grunnløs*.

Ingen av disse formuleringene innebærer mer enn omskriving av vurderingstemaet i loven, og de kan derfor ikke sies å konkretisere vilkåret ”vesentlige tvilsspørsmål” i betydelig grad. Også omskrivningene er generelle og ganske vage, men de gir likevel etter min oppfatning mer håndgripelige vurderingstemaer enn ”vesentlige tvilsspørsmål”, og fremstår derfor som bedre egnede utgangspunkter for den vurdering nemndleder skal gjøre. Både vilkåret om at det må være åpenbart at vilkårene for tillatelsen ikke er oppfylt og vilkåret om at klagen er grunnløs er enklere å anvende i praksis enn lovens flertydige og vage hovedkriterium.

Nemndleders adgang til å avslå klager er etter min forståelse språklig sett noe snevrere etter forskriftsbestemmelsen enn etter loven. Etter mitt syn skal det altså noe mer til for å si at det er åpenbart at vilkårene ikke er oppfylt enn for at en klage er grunnløs. Men på samme måte som at forskjellen mellom grunnløse og åpenbart grunnløse klager mest er av akademisk interesse, tror jeg det er liten realitetsforskjell på disse to vurderingstemaene.

Formuleringene peker mot samme underliggende realitet: om klagen kan føre frem eller ikke. Begge gir – slik jeg ser det – i bunn og grunn uttrykk for at nemndleder kan avslå klagen alene dersom han er trygg, eller rimelig sikker, på at klagen ikke kan nå frem. Dermed har man iallfall kommet dit at det avgjørende må være klagens muligheter for å føre frem. Det igjen betyr at ”vesentlige tvilsspørsmål” må forstås slik at nemndbehandling er påkrevd der det er tvil om spørsmål som kan være avgjørende for utfallet av saken. Det er også slik vilkåret synes å ha blitt forstått i UNE. I de samtaler jeg hadde med nemndledere utla de fleste av dem vilkåret ”vesentlige tvilsspørsmål” nettopp slik. Denne forståelsen er også i overensstemmelse med synspunktene i forarbeidene til ny utlendingslov, se Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 313 høyre spalte:

”Det er bare i de sammenhenger hvor tvilsspørsmålene gjelder momenter som kan være av betydning for avgjørelsen av saken, at det er grunn til å behandle saken i nemndmøte. Det forhold at det for eksempel kan være tvil om hvorvidt en utenlandsk arbeidstaker fyller vilkårene for å anses som faglært, gir ikke grunn til å behandle saken i nemndmøte, dersom det uansett er klart at lønnsvilkårene ikke er oppfylt. Dette er i samsvar med den forståelse UNE har lagt til grunn for sin praksis.”

Fra uttrykkene ”grunnløs” og ”åpenbart” kan man videre slutte at det ikke stilles *kvalifiserte* krav til tvilen. Det kan ikke være slik at nemndbehandling bare er påkrevd der nemndleder er i absolutt tvil om, eller er meget usikker på, sakens utfall. Tvert imot må ”grunnløs” og ”åpenbart” forstås slik at nemndleder på grunnlag av dokumentene i saken må føle seg trygg på at klagen ikke kan medføre et annet resultat enn det UDI kom til. Andre måter å formulere samme norm på er at nemndleder må være rimelig sikker på at klager ikke kan få medhold, eller at nemndleder må finne det klart at klagen ikke kan føre frem. En tredje alternativ formulering som må bety det samme er at nemndleder bare kan avgjøre saker der han ikke finner at det er reell tvil om noen spørsmål som kan være avgjørende for sakens utfall.

AID gir i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) uttrykk for at dagens formulering bør videreføres, se s. 313 venstre spalte:

”Departementet er kommet til at det ikke er ønskelig å endre kriteriet «vesentlige tvilsspørsmål». Ut fra de ulike hensyn som må avveies, kan ikke departementet se at noen annen formulering vil være mer egnet. Departementet har vurdert forslaget om å stryke «vesentlig» slik som foreslått av flere frivillige organisasjoner, men mener at dette vil gi en for vidtrekkende bestemmelse. I en rekke saker vil det foreligge tvilsspørsmål av perifer eller ingen betydning for sakens utfall. Begrepet «vesentlig» skal nettopp markere at det er når tvilsspørsmålene er viktige for sakens vurdering og avgjørelse, at avgjørelsesformen skal være nemndmøte.”

Forslaget ble fulgt av Stortinget, og dagens tekst er derfor videreført i den nye loven § 78 tredje ledd. Selv synes jeg likevel at flere av de formuleringene som er nevnt ovenfor er bedre egnet enn lovens – iallfall i asylsaker. Ettersom lovens hovedregel ikke er begrenset til asylsaker, er lovens formulering kanskje likevel å foretrekke som overordnet norm, men jeg er ikke helt overbevist. Jeg kan ikke helt forstå hvorfor man ikke kan benytte f.eks. følgende formulering som hovedregel for alle typer av utlendingssaker: ”Nemndleder avgjøre en sak alene der det er klart at det er grunnlag for å omgjøre Utlendingsdirektoratets vedtak eller det er klart at klagen ikke kan føre frem.” Det ville etter min oppfatning vært en mer egnet beskrivelse av det avgjørende vurderingstemaet.

### **3.6. Kan begrunnelsen for reglene om nemndas sammensetning si noe om hvilke saker nemndleder bør og ikke bør behandle alene?**

Så langt har jeg ikke kommet lenger enn til å formulere det overordnede vurderingstemaet som vil være utgangspunktet for enhver avgjørelse av hvilken behandlingsform som skal benyttes i asylsaker. Asylsaker kan imidlertid reise forskjellige typer av spørsmål, alt fra helt konkrete troverdighetsspørsmål til prinsipielle tolkningsspørsmål, og en problemstilling er om nemndleders adgang til å avgjøre saker alene bør være lik for de forskjellige typer av spørsmål. Det igjen avhenger av hvilken rolle nemndmedlemmene var tenkt å fylle da UNE ble etablert. Derved blir spørsmålet om begrunnelsen bak reglene om oppnevningen og sammensetningen av nemnda kan gi veiledning om hvilke spørsmål det er særlig viktig at fremmes for nemndmøter.

Ved gjennomgang av forarbeidene til utlendingsloven §§ 38a og 38b er det et hovedinntrykk at både departementet og Stortinget var mest opptatt av å flytte enkeltsaksbehandlingen ut av departementet. De forskjellige dokumentene handler mer om behovet for å få flyttet enkeltsakene ut av departementet enn om hvem som skulle overta dem. Forarbeidene er meget

knappe i drøftelsen av hvem som skulle sitte i det nye organet – til tross for at loven til slutt fikk detaljerte regler om sammensetning av nemndene og oppnevningen av nemndmedlemmer.

Allerede i de opprinnelige forarbeidene til gjeldende utlendingslov (se særlig NOU 1983: 47 og Ot.prp. nr. 46 for 1986-87) ble det drøftet om det skulle etableres en flyktningnemnd. Deretter blusset diskusjonen opp igjen på nittitallet og det ble fremmet flere forskjellige forslag (se særlig Ot.prp. nr. 38 for 1995-96 og Ot.prp. nr. 17 for 1998-99) før Utlendingsnemnda endelig så dagens lys 1.1.2001. Tatt i betraktning antall utredninger om etablering av en utlendingsnemnd til å overta klagesaksbehandlingen fra departementet, er det sagt oppsiktsvekkende lite *konkret* om hvilken funksjon nemndmedlemmene er ment å fylle og hvilke egenskaper de skal representere.

Fra rettslivet for øvrig kjenner man iallfall tre prinsipielt forskjellige begrunnelser for å oppnevne meddommere eller nemndmedlemmer til bestemte organer:

1. Å sikre representasjon for bestemte interesser. Dette er vanlig på områder med typiske interessekonflikter, f.eks. innenfor arbeidslivet. I organer på arbeidsrettens område er det derfor vanlig å sikre representasjon både for arbeidstaker- og arbeidsgiversiden.
2. Å sikre en særlig innsikt i bestemte fag eller problemstillinger – og da gjerne kunnskap som det for øvrig ikke kan forventes at vedkommende organ besitter. Dette er f.eks. begrunnelsen for å oppnevne fagkyndige meddommere i rettssaker.
3. Å sikre lekmandsdeltakelse. Dette er vektlagt både i straffesaker og i sivile saker for domstolene. Lekmandsdeltakelsen er et uttrykk for at fagjurister ikke er spesielt egnet særlig til bevisvurderinger, og det ønskes derfor et bidrag fra lekmen.

Justisdepartementets opprinnelige forslag til klagenemnd i utlendingssaker ble inntatt i Ot.prp. nr. 38 (1995-1996). Departementet foreslo der at nemndmedlemmene skulle trekkes ut fra de alminnelige utvalg av lagrettemedlemmer og meddommere. Tanken var altså at meddommerne skulle fylle samme rolle som meddommere har i rettssaker, dvs. en ren lekmandsfunksjon.

Forslaget ble imidlertid ikke fulgt opp fra Stortingets side. Et flertall i Stortinget forkastet regjeringens forslag både om en generell utlendingsnemnd og om nemndas sammensetning. Flertallet ønsket i stedet en flyktningnemnd, og mente også at sammensetningen skulle være annerledes enn regjeringens forslag, se i Innst. O. nr 24 (1996-1997):

”Oppnemning etter forslag frå Justisdepartementet/Utanriksdepartementet og frå Den norske Advokatforening/Juristforbundet/humanitære organisasjonar som arbeider innafor området som gjeld asyl- og flyktningepolitikk. Oppnemninga skal skje av Kongen i statsråd, og samansetjinga skal vera slik at alle kategoriar er representerte.

Ved ei oppnemning som fleirtalet her føreslår, sikrar ein seg både at nemnda får særleg kompetanse og at ein ivaretek kravet til at nemnda får ei fri stilling.”

I den påfølgende debatten i Stortinget (10. desember 1996) sto Arbeiderpartiet fast på at nemndmedlemmene fortrinnsvis burde utpekes fra de alminnelige utvalg. Begrunnelsen ble oppsummert av representanten Olav Akselsen:

”Arbeidarpartiet ser det som eit mål at all lovhandsaming skal vera like uomtvisteleg som avgjerder tekne av domstolane. Det er derfor eit mål for oss at eit domstolliknande organ skal avgjera saker etter utlendingslova. Etter vårt syn vil ei nøytral og uavhengig nemnd best kunna ta vare på rettstryggleiken i slike saker. Regjeringa foreslår at medlemene i nemnda skal trekkjast ut blant vanlege lagrettsmedlemer og meddommarar. ...

Når ein skal ha eit domstolsliknande organ, bør det òg vera ei domstolsliknande samansetning av dette organet som tek avgjerdene. Vårt primære ønskemål er at all lovhandsaming skal vera like uomtvisteleg som vedtak gjorde av domstolane.”

Flertallets syn ble i første rekke målbåret av Sp-representant Jorunn Ringstad:

”Det er viktig for det arbeidet nemnda skal gjere, at nemnda får den tilliten ein ynskjer. Nemnda må ha tillit både blant utlendingar som ankar sakene sine, og blant folk flest. Samansetjing av nemnda og kompetanse er to viktige stikkord for at nemnda skal oppnå tillit. Komitefleirtalet går inn for at Kongen i statsråd oppnemner nemndmedlemmene, men fleirtalet har klare kriterium for samansetjinga. Utanom leiaren, som skal vere dommar - etter mitt syn helst lagdommar - og to medlemmer frå høvesvis Utanriksdepartementet og Justisdepartementet skal det òg vere to frå høvesvis Advokatforeningen/Juristforbundet og humanitære organisasjonar som arbeider innanfor området som gjeld asyl- og flykningpolitikken. Fleirtalet føreset at dei to siste medlemmene blir utpeika etter forslag frå dei nemnde organisasjonane. Med denne framgangsmåten, der det ikkje blir direkte representasjon frå organisasjonane, unngår ein at desse organisasjonane kjem i ei dobbeltrolle. Det er viktig ved samansetjing av nemnda at nemndmedlemmene er menneske som har interesse for, kunnskap om og erfaring frå arbeid med dette saksområdet.

Komitefleirtalet har avgrensa saksområdet for nemnda til asylsøknader og søknader om opphald på humanitært grunnlag. Med andre ord er saksfeltet avgrensa til saker der grunnlaget i utgangspunktet er eit vernebehov. Senterpartiet har gjeve uttrykk for at vi i denne omgangen ikkje vil leggje fleire saker til nemnda, iallfall ikkje på noverande tidspunkt.

Som eg alt har nemnt, har det overordna for oss i Senterpartiet vore rettstryggleiken for klagaren. Svært mange av høyringsinstansane har gått inn for at klagaren må ha rett til å møte i nemnda. Dette synet støttar vi i Senterpartiet. I mange av asylsakene og sakene som gjeld søknad om opphald på humanitært grunnlag, står spørsmålet om søkjaren sitt truverde sentralt, og då er det viktig at søkjaren har høve til å møte i nemnda. Viktig for rettstryggleiken er òg at klagaren får rett til innsyn i dokument som blir brukte som vedtaksgrunnlag. Eg er svært glad for at Senterpartiet har fått gjennomslag for viktige punkt som vi følte var avgjerande for å gjere rettstryggleiken for klagaren best mogeleg.

I Senterpartiet meiner vi òg det er viktig at hovudregelen skal vere at søknadene skal handsamast i samla nemnd. Men vi ser at det kan vere nødvendig med unntak. Det kjem av og til søknader som er openbert grunnlause, og i slike tilfelle bør klaga kunne avvisast utan nemndhandsaming. Talet på saker som skal nemndhandsamast, vil bli så stort at det vil bli snakk om fleire nemnder - dei same nemndmedlemmene kan ikkje handsame alle sakene. Etter mitt syn er det viktig at det ikkje blir for mange av det eg vil kalle enkeltnemnder. Det kan tenkjast ulike måtar å organisere dette på, f.eks kan ein modell vere at kvar nemnd får ansvar for saker frå bestemte avgrensa geografiske område i verda.”

På vegne av KrF, som også inngikk i flertallet, uttalte representanten Anita Apelthun Sæle:

”For Kristeleg Folkeparti har det vore viktig å auka rettstryggleiken når vi går inn for den omtala nemnda. Derfor har det vore viktig for oss at personar som arbeider spesielt innanfor område som gjeld asyl- og flyktningspolitikk, fekk ein plass i nemnda. Det er godt tatt vare på i og med at både Den Norske Advokatforening, Juristforbundet og dei humanitære organisasjonane får sin plass i nemnda. Det borgar for spesiell fagkunnskap i nemnda, som vi trur vil koma dei asylsøkjande til gode. Høg kompetanse er avgjerande for at nemnda skal ha truverde. ...

Kristeleg Folkeparti er svært nøgd med at asylsøklarar skal ha rett til å møte i flyktningsnemnda, at han eller ho skal ha rett til å ha med advokat, og at vedkomande skal ha innsynsrett i dokumenta som vert brukte som vedtaksgrunnlag - det tryggjer rettstryggleiken. Asylsøkjaren si munnlege forklaring kan gje ytterlegare opplysningar i saka. Tidlegare eventuelle mistydingar må kunna ryddast av vegen. Som eit apropos vil eg streka under det urimelege i at fyrste politiavhøyr i eit framand land kan verta lagt slik vekt på at seinare korrigeringar vert umoglege. Det er ikkje naturleg å forventa at forfølgde og trakasserte menneske umiddelbart skal ha full tillit til norsk politi.”

Ettersom stortingsflertallet gikk mot regjeringens forslag, ba Stortinget regjeringen legge frem et nytt forslag i tråd med flertallets merknader. Dette ble fulgt opp av justisdepartementet, og saken ble på nytt sendt på høring med forslag til oppnevningsregler i tråd med det stortingsflertallet hadde foreslått (og som senere ble vedtatt). KRD ga i høringsrunden klart uttrykk for at nemndmedlemmer burde ”utpekes på samme måte som lekmenn utpekes til

domstolene (lekmannsprinsippet)”, alternativt at to medlemmer burde utpekes etter lekmannsprinsippet ”og to medlemmer utpekes på grunnlag av særskilt kompetanse på området (kompetanseprinsippet)”. For øvrig var høringsinstansene jevnt over enig i forslaget, med påpekninger som at ”[f]agkunnskapen i nemnda vil på denne måte ha stor variasjon og bredde” (JURK), ”representasjon fra humanitære organisasjoner og jurister må sikres for å få den tilstrekkelige faglige tyngde hva gjelder landsituasjoner, konvensjonsforpliktelser og rettsutvikling internasjonalt” (Kirkerådet/Mellomkirkelig Råd), og ”[d]et bør sikres et bredt kompetansespekter, faglig så vel som organisasjonsmessig” (Tunsberg biskop).

Deretter ble ikke spørsmålet om oppnevning av nemndmedlemmer viet stor oppmerksomhet verken i proposisjonen eller i den følgende stortingsbehandlingen. Innstillingen fra justiskomiteen inneholder lite annet enn referat av lovforslaget, og i den påfølgende debatten i Odelstinget var sammensetningen ikke et vesentlig spørsmål. Kun KrF og Sp kommenterte sammensetningen spesielt. KrF-representant Finn Kristian Marthinsen kommenterte:

”Kristelig Folkeparti er tilfreds med at henholdsvis humanitære organisasjoner, Den Norske Advokatforening, Juristforbundet, Justisdepartementet og Utenriksdepartementet skal komme med forslag til hvem som kan oppnevnes som nemndsmedlemmer. Kristelig Folkeparti mener denne framgangsmåten/organiseringen er gunstig, fordi den vil sikre at nemndsmedlemmene vil ha kompetanse på saksområdet. Medlemmene skal ikke opptre på vegne av den instansen som foreslår dem, men ta avgjørelse på fritt og selvstendig grunnlag.”

Sp-representant Tor Nymo uttalte følgende:

”Sammensetningen av nemnda, med medlemmer fra henholdsvis Justisdepartementet, Utenriksdepartementet, juridiske organisasjoner og humanitære organisasjoner, samt en leder med dommererfaring, vil sikre den forutsatte nøytraliteten. Medlemmene sitter på åremål, på deltidsbasis. Den enkelte anker skal i all hovedsak gis anledning til personlig oppmøte i nemnda. I sum vil dette gjøre mye for å sikre en balansert og skjønnsmessig riktig behandling.”

Denne gjennomgangen viser etter min oppfatning at spørsmålet om sammensetningen av nemnda aldri har vært grundig utredet i Norge, og at det ikke finnes en bearbeidet og entydig begrunnelse for sammensetningen. De gjeldende regler ble til etter forslag fra Stortinget, men det finnes ikke blant politikerne en unison oppfatning av *hvorfor* oppnevningen skulle skje etter forslag fra de forskjellige departementene og organisasjonene.

Den politiske begrunnelsen fremstår som tydeligere enn den rettslige. Politisk bunner oppnevningsreglene etter alt å dømme i et ønske om å sikre legitimitet for avgjørelsene, derunder at man verner seg for kritikk fra organisasjoner og andre meningsberettigede. Rettslig er begrunnelsen imidlertid mindre klar. Gjennomgangstonen i dokumentene og debatten er at nemndbehandling vil øke rettssikkerheten, men det finnes ingen konkret redegjørelse for hvordan denne styrkes.

Mens regjeringen tok utgangspunkt i lekmannsprinsippet, valgte stortingsflertallet en annen løsning som skulle innebære at nemnda fikk ”særleg kompetanse og at ein ivaretek kravet til at nemnda får ei fri stilling”. Det er også dette som fremheves i flertallets innlegg i debatten i Odelstinget. Men *hvilken* kompetanse nemndmedlemmene skal representere, og hvordan kompetansen skal sikres ved oppnevningen, berøres ikke.

Det fremkommer heller ingenting om hvordan oppnevningsreglene sikrer at nemnda får en friere stilling. Hvis ”friere” skal forstås slik at nemnda blir mer uavhengig og mer objektivt sammensatt, er det vanskelig å få tak i resonnementet. Det sentrale virkemiddelet for å sikre uavhengighet var å legge avgjørelsen av klagesaker til en nemnd utenfor departementene, altså en nemnd som i stor utstrekning var unntatt fra instruksjon fra regjeringen. Dette oppnås uavhengig av hvem som oppnevner nemndmedlemmer – og uavhengig av hvor mange personer som avgjør den enkelte sak. Et synspunkt om at nemnda får en friere stilling gjennom de gjeldende oppnevningsregler, er etter min oppfatning derfor underlig. Et slikt synspunkt forutsetter at UNEs ansatte, derunder nemndlederne, ikke er uavhengige og objektive, men snarere opptrer som myndighetsrepresentanter med en egeninteresse i utfallet av saken. Det er en forestilling som strider klart både med lovgivers forutsetninger og nemndledernes faktiske virksomhet. Hvis siktemålet er å oppnå en mest mulig objektiv og uavhengig nemnd, er det enn videre vanskelig å forstå hvorfor oppnevningen av medlemmene legges til departementer og organisasjoner som kan ha en interesse i utfallet av saken. Uavhengighet burde være bedre sikret gjennom oppnevning fra de alminnelige meddommerutvalg.

Det er videre lite som tyder på at hensynet til å sikre ”særleg kompetanse” har fått gjennomslag ved gjennomføringen av oppnevningsreglene i § 38a. Fagdepartementet (for tiden AID), UD, Norges Juristforbund og de humanitære organisasjonene utpeker så vidt jeg forstår sine kandidater uten klare føringer på at kandidatene skal ha bestemt kompetanse.



Mange av kandidatene vil selvfølgelig ha juridisk eller annen relevant faglig bakgrunn, eller besitte relevant landkunnskap eller forståelse for innvandringspolitiske hensyn m.v., men det er ingen mekanismer i utvelgelsesprosessen som sikrer en bestemt kompetanse.

Heller ikke ved oppnevningen til den enkelte sak velges medlemmene ut fra bestemt kompetanse eller kunnskap. I den enkelte sak *kan* nemnda bli satt med medlemmer med særlig kunnskap om det landet eller de problemstillingene saken gjelder, men systemet inneholder ingen mekanismer for å sikre dette. Tvert imot er systemet lagt opp slik at det er nemndlederen (med bistand av sekretariatet) som er den fremste garantist for fagkunnskap.

Ved forberedelse og tilretteleggelse av saker for nemndmedlemmene, forutsetter ikke sekretariatet spesiell kompetanse eller kunnskap hos medlemmene. Sekretariatet ser det som sin oppgave å utstyre medlemmene med det materialet som er nødvendig for at de skal kunne ta stilling til saken, og gir utførlige merknader og kopier av en rekke rapporter m.v. Det er etter min oppfatning grunnlag for å hevde at nemndmøtene forberedes som om det var tale om ren lekmandsdeltakelse.

Slik systemet er lagt opp i praksis bærer det altså preg av at medlemmene representerer tradisjonell lekmandsdeltakelse, og ikke en særskilt og definert kompetanse som nemnda ikke ellers har. Det er også slik nemndmedlemmene har blitt omtalt i senere lovarbeid. Da KRD i Ot.prp. nr. 38 (2004-2005) fremmet forslag om opprettelse av en stornemnd, uttalte det f.eks.:

”I dag er det et lekmannsinnslag i nemndmøtene, der lekmennene er i flertall. Departementet finner det naturlig å videreføre dette prinsippet ved etableringen av stornemnd. Hensynet til demokrati og nemndas tillit utad taler for dette. For å sikre juridisk korrekte vedtak, er det viktig at stornemnda også består av flere nemndledere. Departementet foreslår en sammensetning av fire lekmenn og tre nemndledere, hvorav en er stornemndleder. Med en slik sammensetning vil det være lite sannsynlig at stornemnda fatter juridisk feilaktige vedtak. ...

Når det gjelder *lekmenn*, mener departementet derimot at disse uansett bør sitte på fast basis i en lengre periode for å sikre kontinuitet og kompetanse”.

Synspunktene – og terminologien – ble gjentatt av stortingskomiteens flertall i Innst. O. nr. 68 (2004-2005):

”Komiteens flertall, medlemmene fra Arbeiderpartiet, Høyre, Sosialistisk Venstreparti, Kristelig Folkeparti og Senterpartiet, er enig med departementet i at hensynet til demokratiet og nemndas tillit utad taler for at lekmennene skal være i flertall i stornemnda. Flertallet støtter forslaget om at nemnda skal være sammensatt av fire lekmenn og tre nemndledere, hvorav en er stornemndleder.”

Etter min oppfatning er det etter dette grunnlag for å konkludere med at stortingsflertallets opprinnelige intensjon om å sikre en ”særleg kompetanse” ikke har blitt realisert, og at nemndmedlemmene i dag først og fremst fyller en lekmannsfunksjon. På samme måte som man i enkelte rettssaker kan få særskilt kompetente meddommere, kan man få nemndmedlemmer med en særlig kompetanse, men ordningen er like fullt i bunn og grunn et lekmanssystem.

Dette må kunne ha en viss betydning ved forståelsen og anvendelsen av lovens uttrykk ”vesentlige tvilsspørsmål”. Et vanlig synspunkt er at lekmenn er et viktigere supplement i bevisvurderinger enn i juridiske tolkningsspørsmål og ved utøvelsen av faglige skjønn. Og det er også grunn til å mene at lekmanndeltakelse er viktigere ved noen bevisvurderinger enn ved andre. Etter min oppfatning er f.eks. lekmanndeltakelse viktigere der klagers troverdighet vil være utslagsgivende enn der bevisvurderingen gjelder de generelle forholdene i en region eller provins. Om klager forklarer seg sannferdig eller ikke, er typisk en vurdering nemndleder ikke nødvendigvis har bedre forutsetninger enn andre for å foreta. Vurderingen av forklaringen vil riktignok kunne kreve landkunnskap som nemndleder regelmessig besitter mer av enn nemndmedlemmene, men det er en rekke andre omstendigheter som har betydning for om man fester lit til en forklaring eller ikke som nemndleder ikke har bedre forutsetninger for å tolke og vurdere enn andre.

Disse forhold tilsier etter min oppfatning at det er særlig viktig at nemndledere ikke legger kriteriet ”vesentlige tvilsspørsmål” på strekk når klagers troverdighet vil kunne være avgjørende. Man bør i slike tilfeller ha sikre holdepunkter i dokumentasjonen for at klagers forklaring er uriktig for at man skal kunne konkludere med at klagen er grunnløs. Selv om stortingsflertallet hadde et annet syn på oppnevningen av nemndmedlemmene, finner jeg støtte for dette synspunktet også i flertallets uttalelser i odelstingsdebatten. På vegne av flertallet poengterte Jorunn Ringstad der at:

”Som eg alt har nemnt, har det overordna for oss i Senterpartiet vore rettstryggleiken for klagaren. Svært mange av høyringsinstansane har gått inn for at klagaren må ha

rett til å møte i nemnda. Dette synet støtter vi i Senterpartiet. I mange av asylsakene og sakene som gjeld søknad om opphold på humanitært grunnlag, *står spørsmålet om søkeren sitt truverde sentralt, og då er det viktig at søkeren har høve til å møte i nemnda.*” (Kursivert her.)

Jeg antyder ikke med dette at nemndmedlemmer bare bør delta der saken reiser troverdighetsspørsmål. Det er lovens normalordning at alle tvilsspørsmål, også dem som ikke gjelder klagers troverdighet, skal avgjøres i nemndmøte. Det gjelder også helt prinsipielle tolkningsspørsmål og faglige vurderinger av den generelle sikkerhetssituasjonen. Ved opprettelsen av stornemndene kom dette klart til uttrykk. I høringsrunden nevnte UNE som et alternativ at rent juridiske spørsmål, særlig lovtolkningsspørsmål, bare skulle behandles av tre nemndledere, men konkluderte med at fire nemndmedlemmer bør være med fordi ”et flertall av nemndmedlemmer i stornemndavgjørelser i stor grad vil være med på å gi vedtakene tillit og legitimitet og bygge opp under stornemndas anseelse utad”. Dette ble fulgt opp av departementet og Stortinget. Tilsvarende må gjelde vanlige nemndmøter. Det er altså klart at også tvilsspørsmål som gjelder lovtolkning eller en generell sikkerhetssituasjon e.l. skal avgjøres i nemndmøte, men det er ikke til hinder for at det ved valget av behandlingsform er et *relevant moment* hva slags spørsmål man står overfor. Poenget må være at ettersom lekmansdeltakelse må anses særlig påkrevd i troverdighetsspørsmål, er det særlig viktig at disse sakene ikke unntas fra nemndbehandling.

### **3.7. Forholdet til utlendingslovens regler om utsatt iverksettelse**

Utlendingsloven inneholder regler om utsatt iverksettelse i asylsaker som har vilkår som etter sitt innhold kan minne mye om dem som regulerer nemndleders adgang til å avgjøre saker alene. Lovens system er slik at klager i asylsaker etter hovedregelen i § 40 har oppsettende virkning, men at UDI likevel kan beslutte at et vedtak skal iverksettes før klagebehandlingen er avsluttet og vedtaket har blitt endelig. Vilkårene for at UDI kan unnta en klagesak fra utsatt iverksettelse er ganske like forskriftens vilkår for at nemndleder alene kan avslå en asylsak, jf. § 40 annen setning:

”I saker der omstendigheter som nevnt i § 15 første ledd er påberopt, kan vedtak som innebærer at utlending må forlate riket, ikke iverksettes før det er blitt endelig. Unntatt fra dette er saker hvor *Utlendingsdirektoratet finner det åpenbart at slike omstendigheter ikke foreligger* og saker hvor utlendingen har søknad om asyl til behandling i annet land eller har fått avslag på slik søknad der.”

Likheten i formulering kunne tilsi at samme norm må gjelde i spørsmålene om utsatt iverksettelse og nemndleders adgang til å avslå klagen alene. I så fall kunne praksis i spørsmålet om utsatt iverksettelse hatt betydning ved nemndleders valg av behandlingsform. Jeg tror imidlertid ikke at man kan se på formuleringene alene her. Formålet med de to vurderingene er så forskjellige at normen ikke bør være lik. Det er en unntaksfri hovedregel i asylsaker at man har klageadgang til Utlendingsnemnda. Toinstansbehandling er en vesentlig rettssikkerhetsgaranti, og i saker som er så viktige som asylsaker er det av avgjørende betydning at man har tilgang til denne. Verdien av toinstansvurderingen kan imidlertid lett bli redusert dersom førsteinstansvedtaket iverksettes før klagen er behandlet. Derfor må UDI utvise stor varsomhet med å nekte klager oppsettende virkning.

Ved valget av behandlingsform er ikke spørsmålet for nemndleder om klagen skal iverksettes før toinstansbehandling kan gjennomføres med den risiko det innebærer, men snarere hvor store ressurser klageorganet skal benytte på saken. Det er et ganske annet spørsmål. De hensyn som tilsier stor forsiktighet hos UDI slår ikke til overfor nemndleders behandling, og effektivitetshensynet må ha vesentlig større vekt ved nemndleders valg av behandlingsform enn det har ved UDIs avgjørelse av om saken skal unntas fra utsatt iverksettelse. Det er lite tvilsomt at dersom nemndlederne skulle lagt seg på samme norm som UDI i spørsmålet om utsatt iverksettelse, ville nemndmøter vært holdt i en rekke saker som ikke forsvarer en så tid- og ressurskrevende behandlingsform.

Det er derfor min klare oppfatning at nemndleders adgang til alene å avslå klager ikke kan være begrenset til de tilfeller der UDI nekter utsatt iverksettelse. Under enhver omstendighet kunne ikke UNE vært bundet av UDIs vurdering. UNE måtte hatt full kompetanse til å overprøve UDIs vurdering av om saken er åpenbar eller ikke, men jeg mener at normen ut fra hensynene ikke kan være den samme – til tross for likheten i formulering.

Det er etter min oppfatning uheldig at formuleringene i de to bestemmelsene (loven § 40 første ledd annet punktum og forskriften § 140 annet ledd bokstav a) er så like når hensynene klart tilsier forskjellige normer, og dette kan det med fordel ryddes opp i ved det forskriftsarbeidet departementet skal foreta.

#### 4. SAKSBEHANDLINGEN I VALGET AV BEHANDLINGSFORM

##### 4.1. *Kravene til saksbehandling og begrunnelse av valget av behandlingsform*

Valget av behandlingsform er forvaltningsrettslig å anse som en prosessledende avgjørelse, og er derfor ikke et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. Det innebærer at saksbehandlingsreglene i fvl. kap. 4-6 ikke får anvendelse. Det gjelder derfor ingen spesielle krav til utredning eller begrunnelse, og valget av behandlingsform kan ikke påklages. Heller ikke utlendingsloven eller utlendingsforskriften stiller krav til saksbehandlingen. De eneste formelle føringer på saksbehandlingen er derfor de svært begrensede kravene til begrunnelse som er inntatt i UNEs interne retningslinjer:

”Valget av avgjørelsesform skal fremgå på side 1 i vedtaket. Dette skal ikke gjøres utelukkende ved å vise til den aktuelle lovbestemmelsen, men ved i tillegg å sitere det som står der. I alle nemndmøte- og stornemndvedtak skal det dessuten stå uttrykkelig på side 1 om klageren var/ikke var til stede i møtet. Ethvert fremmøte av andre enn klageren skal også fremgå på side 1.

I henhold til lovens § 38b sjette ledd foreligger det ikke plikt til å begrunne valget av avgjørelsesform. På bakgrunn av at hensynet til likebehandling tilsier at like saker i størst mulig utstrekning undergis lik avgjørelsesform, skal beslutninger om avgjørelsesformen nemndmøte eller stornemnd uten personlig fremmøte i asylsaker begrunnes særskilt. Hensett til at det fremgår av lovens § 38b femte ledd at klageren som hovedregel skal gis adgang til å møte personlig i asylsaker som avgjøres i nemndmøte og stornemnd, skal det opplyses hvorfor klageren i det konkrete tilfellet ikke ble gitt slik adgang. Det kan gjerne vises til forskriftens § 142 tredje ledd, men en ren henvisning til denne bestemmelsen er ikke tilstrekkelig som begrunnelse.”

I min gjennomgang har jeg ikke sett noen vedtak som inneholder begrunnelser som går utover minstekravene i de interne retningslinjene. I samtlige vedtak der klager avslås av nemndleder alene er følgende formulering inntatt på den første siden:

”Saken er i henhold til utlendingsloven § 38b tredje ledd første punktum behandlet og avgjort av nemndleder alene etter forberedelse av sekretariatet, da saken ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål”

Tilsvarende standardformuleringer benyttes i vedtak der nemndleder alene gir medhold. I nemndmøtesaker med personlig fremmøte gis det uttrykk på første siden for at klager har møtt personlig (og som regel sammen med sin advokat), men uten at det gjøres rede for hvilke

tvilsspørsmål som er definert. I de få nemndmøtesakene uten personlig fremmøte jeg har sett refereres avgjørelsesformen før det gis det en helt kortfattet begrunnelse for hvorfor klagers tilstedeværelse ikke ble funnet nødvendig. Normalt sies det ikke mer enn at det ikke ble ansett nødvendig av hensyn til sakens opplysning.

#### **4.2. Saksbehandlingens innhold**

Selve vedtakene inneholder altså lite informasjon om saksbehandlingen av valget av behandlingsform. Kildene til informasjon om saksbehandlingen er derfor andre dokumenter i saksmappene og samtaler med nemndledere og saksbehandlere i sekretariatet.

Min gjennomgang av saker og samtaler med nemndledere tyder på at valget av behandlingsform alltid tas av nemndleder etter innstilling fra sekretariatet. Det vanlige er at en saksbehandler enten skriver et utkast til vedtak eller et notat om saken og om valget av behandlingsform. I en del tilfeller gjennomgås utkastet også av en annen i sekretariatet i annen hånd før det fremlegges for nemndleder.

Blant saker som blir avgjort av nemndleder alene, er det sjeldent man finner utførlige notater e.l. om valget av behandlingsform. I de fleste slike saker inneholder saksmappen bare det endelige vedtaket og (ofte en rekke) utkast til dette – evt. også kortfattede notater om valget av behandlingsform. I slike tilfeller ligger altså forslaget til behandlingsform implisitt i utkastet til vedtak. Forskjellige utkast verserer deretter frem og tilbake mellom nemndleder og sekretariatet, og da gjerne slik at nemndleder skriver på sine merknader for hånd. Disse merknadene kan inneholde merknader om avgjørelsesform, men det er sjeldent at de strekker seg utover at nemndleder kortfattet uttrykker enighet.

Lange notater om valget av behandlingsform er først og fremst å finne i saksmappene til saker der det har vært holdt nemndmøte. Ut fra gjeldende regelverk er det naturlig. Går man først til det skritt å skrive et langt notat om behandlingsformen, er det formodentlig fordi spørsmålet ikke virker opplagt, hvilket er en klar indikasjon på at saken bør avgjøres i nemnd. Det finnes likevel iallfall fem eksempler på at det er skrevet lengre notater om behandlingsformen i saker nemndleder har valgt å avgjøre alene. Ett eksempel gir sak nr. 2 (Afghanistan) der sekretariatet hadde skrevet et langt notat om mulige kilder til tvil. Sekretariatet avsluttet med at nemndleder måtte ta avgjørelsen, og denne valgte å avslå klagen alene bl.a. fordi klager

allerede hadde fått utførlig behandling av saken sin i Danmark og fordi de anførte overgrep etter hvert lå langt tilbake i tid. Et annet eksempel er sak nr. 98 (Somalia) der nemndleder valgte å behandle saken alene etter langt notat fra sekretariatet om klagers troverdighet. Et tredje eksempel gir sak nr. 44 (Russland) der nemndleder etter et lengre notat fra sekretariatet om behandlingsformen valgte å gi medhold uten å fremme saken for nemndmøte. Det fjerde eksempelet er sak nr. 95 (Somalia) der sekretariatet produserte et lengre notat for å begrunne at klager manglet troverdighet. Dette ble også lagt til grunn av nemndleder som avslo klagen alene. Det femte og siste eksempelet er sak nr. 82 (Somalia) der sekretariatet i notats form ga uttrykk for at det var i tvil om behandlingsformen, men at det ”hellet til å foreslå nemndmøte”. Til dette svarte nemndleder per e-post at:

”Min vurdering er at klagen må bli å avslå NL alene. Det er her fhv massive troverdighetsproblemer. Om hans asylansørsøker har vi intet annet enn hans egne ord, som vanskelig kan legges til grunn. Klageren har i flere omganger, også overfor norske myndigheter, gitt uriktige forklaringer på sentrale punkter. En nemndbehandling innebærer at vi kommer i en situasjon der vi i beste fall for søkeren vil vurdere den generelle sikkerhetssituasjon for Ashraf i Nedre Shabelle - og jeg ser ikke at klageren her kan få noen tillatelse.”

I en stor andel av de sakene som fremmes for nemndmøte inneholder saksmappene egne redegjørelser for valget av behandlingsform. Notatene varierer fra noen få linjer til mange sider. I en del sammenhenger finnes også materiale av interesse i merknadene som gis til nemndmedlemmene. Disse merknadene gir som regel en utførlig redegjørelse for saken i full bredde, men i noen inntas også opplysninger om hvilke tvilsspørsmål som er identifisert. Det er imidlertid ikke vanlig at man i merknadene klart beskriver hvilke spørsmål som anses å medføre tvil. Tvert imot redegjør sekretariatet regelmessig for alle spørsmål i like stor detalj. Det gjør at det i ettertid ikke alltid er enkelt å finne ut hva som ble vurdert som tvilsspørsmål.

Mitt klare hovedinntrykk er at nemndleder oftest følger sekretariatets innstilling til behandlingsform, men det gjøres ikke alltid. Blant sakene jeg har gjennomgått er det fem eksempler på at nemndleder ikke har fulgt sekretariatets innstilling. Av disse er det fire tilfeller av at nemndleder valgte å holde nemndmøte til tross for at sekretariatet hadde innstilt på at nemndleder skulle avgjøre saken alene. Det eneste eksempelet på at nemndleder avgjorde saken alene etter at sekretariatet hadde innstilt på nemndmøte er sak nr. 82 (Somalia) som er nevnt ovenfor. Den saken er heller ikke et helt rent eksempel i og med at sekretariatet ikke gikk lenger enn til å si at det ”hellet til å foreslå nemndmøte”.

Blant de fire eksemplene på at nemndleder overprøvde sekretariatets oppfatning om at nemndleder kunne avgjøre saken alene, er det første sak nr. 41 (Russland) der sekretariatet først skrev et utkast til vedtak av nemndleder alene. Dette ble imidlertid ikke fulgt opp, og nemndleder innkalte i stedet til nemndmøte med personlig fremmøte – uten at det fremkommer klart hvilke tvilsspørsmål han identifiserte. Det andre eksempelet er sak nr. 56 (Russland) der nemndleder etter å ha gått gjennom saken skrev et notat til sekretariatet der han ga uttrykk for at klagers troverdighet reiste tvilsspørsmål og derfor ba om at saken ble fremmet for nemndmøte med personlig fremmøte. Et tredje eksempel er sak nr. 88 (Somalia) der sekretariatet hadde skrevet forslag til vedtak av nemndleder alene, men han fant at saken burde avgjøres i nemndmøte med personlig fremmøte. Det fjerde eksempelet er sak nr. 16 (Afghanistan) der saksbehandler skrev to utkast til vedtak av nemndleder alene før saksbehandler i annen hånd kommenterte at det måtte gjøres klarere hva som var risikovurdering og hva som var troverdighetsvurdering, og at saken ikke kunne avgjøres av nemndleder alene med mindre klagers forklaring åpenbart ikke var troverdig. Nemndleder besluttet deretter å fremme saken for nemndmøte.

Det finnes også ett eksempel på at nemndleder i strid med sekretariatets anbefaling besluttet å behandle en sak alene, men så revurderte denne oppfatningen etter påtrykk fra sekretariatet. Det gjaldt sak nr. 89 (Somalia) der sekretariatet opprinnelige bemerket:

”Sekretariatet anbefaler at saken behandles i nemndmøte, da man har begrensa kjennskap til klagers klan og den konkrete sikkerhetssituasjonen for denne på hjemstedet. Området er for øvrig urolig, og det er vanskelig å avslå nemndleder alene.”

Ved e-post påfølgende dag svarte nemndleder:

”Jeg har sett på denne saken, der du går inn for NMF. Jeg mener denne ligger an til avslag NL alene, idet jeg er enig i direktoratets resultat og premisser. Det er særlig de anførte individuelle hensyn jeg legger vekt på. Det er ikke konvensjonsrelatert forfølgelse det er tale om, hans klantilhørighet kan ikke innebære noe avgjørende mothensyn, og den generelle sikkerhetssituasjon i området kan ikke begrunne noen tillatelse isolert sett.

Jeg er som vanlig mottakelig for dine kloke innspill, men slik ser jeg saken pr. nå.”



Deretter skrev sekretariatet to notater der essensen var at praksis etter sekretariatets vurdering ikke var "helt soleklar", og at det ba om at nemndleder skulle vurdere denne (og tre andre saker) en gang til. Nemndleder svarte til dette:

"Takk for fyldig notat utarbeidet først og fremst av ..., som jeg har gjennomgått med stor interesse.

Som vi alle er kjent med, opptar nå Somalia-porteføljen en meget høy andel av UNEs nemndkapasitet.

Generelt tror jeg vi alle bør være meget bevisste på den ressursbruk en nemndbehandling innebærer. Men det viktigste er selvfølgelig de rettssikkerhetshensyn som ligger i loven og saksbehandlingsreglene. Den konkrete avveining kan man selvfølgelig mene forskjellig om.

Når sekretariatet, basert på gjennomgåelse av sakene enkeltvis og helhetlig, finner å ville opprettholde sin anbefaling om nemndbehandling, og begrunner dette godt og fyldig, finner jeg å ta dette til følge, og jeg har derfor besluttet NMF i de 4 sakene dette dreier seg om.

Jeg setter stor pris på den meget nyttige informasjon jeg har fått i denne prosessen."

Samlet sett tilsier min gjennomgang av saker at det ikke er grunn til å stille spørsmål ved grundigheten i behandlingen av valget av behandlingsform. Det aller meste tyder på at valget vurderes alvorlig og med den oppmerksomhet det fortjener. Mitt klare inntrykk er videre at valget utelukkende styres av graden av tvil som identifiseres. Uttalelsen som er sitert umiddelbart ovenfor fra sak nr. 89 (Somalia) ("[g]enerelt tror jeg vi alle bør være meget bevisste på den ressursbruk en nemndbehandling innebærer") er den eneste der ressursbruken åpent nevnes som hensyn. Men selv der understrekes det i påfølgende setning at "det viktigste er selvfølgelig de rettssikkerhetshensyn som ligger i loven og saksbehandlingsreglene".

#### **4.3. Særlig om likebehandling**

Gjennomgangen av sakene gir et godt innblikk i saksbehandlingen i den enkelte sak og derved også et klart inntrykk av saksbehandlingens grundighet, men den gir i beskjeden grad grunnlag for slutninger om hvilke virkemidler som benyttes for å sikre likebehandling i valget av behandlingsform. Enkelte saksmapper inneholder riktignok henvisninger til andre, tilsvarende saker der en behandlingsform er valgt, men for øvrig sier mappene lite om hvordan nemnda sikrer at de forskjellige nemndlederne praktiserer samme norm. Den fremste kilden til informasjon om dette er derfor samtalene med nemndlederne.

Da UNE ble opprettet i 2001 og alle nemndlederne var uerfarne, ble det iverksatt iallfall to formelle virkemidler for å sikre lik behandling både i valget av avgjørelsesform og (selvfølgelig) i sakens utfall. Det ene var en ordning som gikk ut på at nemndlederne arbeidet i grupper på fire og fire og gikk gjennom hverandres saker – både når det gjaldt valget av behandlingsform og de materielle vurderingene. Ordningen var ikke lov- eller forskriftsregulert, men ble så vidt jeg forstår fulgt systematisk av alle nemndledere. Det er litt uklart hvor lenge den ble praktisert, men det dreier seg om en betydelig periode. Ordningen ble avvirket etter at nemndlederne ble mer erfarne og sikrere i sine vurderinger.

Det andre virkemiddelet var det såkalte Koordineringsutvalget som tidligere var regulert i loven § 38a. Utvalget skulle ivareta likebehandling både i valget av behandlingsform og i de materielle spørsmålene. Det ble imidlertid avvirket på bakgrunn av rapporten fra det såkalte Knoff-utvalget som var opptatt av at avgjørelser i Koordineringsutvalget ikke hadde en presedensskapende funksjon. Derfor foreslo Knoff-utvalget etablering av en stornemnd til erstatning for Koordineringsutvalget. Dette ble som kjent gjennomført ved lov av 10. juni 2005 nr. 50 som trådte i kraft 9. september 2005. Stornemnda fungerer som en forlengelse – og på mange måter en forsterkning – av Koordineringsutvalget når det gjelder likebehandling av de materielle spørsmål, men har ingen funksjon når det gjelder valget av behandlingsform.

Begge de opprinnelige, formelle virkemidlene for å sikre ensartet praksis i valget av behandlingsform har derfor falt bort uten at de har blitt erstattet av nye. Alle nemndledere jeg har snakket med poengterer at det eksisterer forskjellige uformelle kvalitetssikringsmekanismer som også omfatter valget av behandlingsform. Den aller viktigste er at nemndlederne opplever å arbeide i et kollegium og at terskelen for å be hverandre om råd er liten. Særlig de ferskeste nemndlederne bekreftet at deres eldre og mer erfarne kolleger er enkle å søke råd og erfaring hos. Andre uformelle kvalitetssikringsmekanismer som nevnes er nemndlederlunsjer og andre møter og seminarer nemndlederne i mellom. I tillegg sikres selvfølgelig likebehandling i en viss grad av at sekretariatet arbeider for forskjellige nemndledere og derved kan gi tilbakemeldinger på den enkeltes vurderinger sammenliknet med de øvrige.

Selv om det utvilsomt finnes uformelle ordninger som er egnet til å bidra til likebehandling, er det et svakhetsstegn ved et system at det ikke inneholder noen formelle, dvs. tvungne,

kvalitetssikringsmekanismer. De uformelle mekanismene har det fellestrekk at en nemndleder selv må oppsøke dem. En tilstrekkelig egenrådig nemndleder kan derfor operere i betydelig frihet uten å søke noen kvalitetssikring.

Som jeg skal komme tilbake til, tilsier ikke min gjennomgang av praksis at UNE i dag har store likebehandlingsproblemer. Det gjelder også i valget av behandlingsform. Det er imidlertid en kjensgjerning at UNE for tiden har en stor andel meget erfarne nemndledere. Ettersom UNE har eksistert i snart sju og et halvt år og nemndledere etter loven ikke kan virke i mer enn åtte år, vil det bli gjort en rekke utskiftninger inneværende år. Ut fra de opplysninger jeg har mottatt, skal over en tredjedel av nemndlederne gå av i løpet av kommende (drøye) halvår. Det betyr at gjennomsnittlig virketid for nemndlederne vil bli kraftig redusert, og at man vil få en stor andel helt uerfarne nemndledere. I en slik situasjon fremstår fravær av formelle kvalitetssikringsmekanismer som betenkelig.

## **5. GJENNOMGANG AV UNES PRAKSIS I VALGET AV BEHANDLINGSFORM**

### **5.1. Innledning**

Jeg gikk i forrige kapittel gjennom hvordan saksbehandlingen av valget av behandlingsformen skjer i UNE. Jeg skal i dette kapittelet gå nærmere inn i praksis og forsøke å vurdere om denne ligger innenfor de rammer som loven og forskriften etter min forståelse setter, jf. kap 3. Det er samtidig grunn til å sammenlikne praksis med UNEs interne retningslinjer om valget av behandlingsform.

Det er i gjennomgangen hensiktsmessig å skille mellom de prinsipielt forskjellige typene av spørsmål som kan oppstå i asylsaker. Selv om den klare hovedregel er at alle tvilsspørsmål som kan ha betydning for utfallet av en sak skal avgjøres i nemndmøte, kan det som nevnt ut fra de rådende hensyn være mer betenkelig at noen typer av spørsmål avgjøres av nemndleder alene enn andre.

Det vil i det følgende bli skilt mellom rettslige tolkningsspørsmål, bevisbedømmelse (faktaspørsmål) og skjønnsutøvelse. Det gjør seg et stykke på vei gjeldende forskjellige synspunkter for disse spørsmål for så vidt gjelder valget av behandlingsform. Som ledd i behandlingen av flere av spørsmålene vil jeg derfor gå gjennom de hensyn som etter min oppfatning gjør seg gjeldende for derigjennom å si noe om hvilken norm som bør gjelde.

I praksis er utvilsomt bevisbedømmelse viktigst, og det er klart flest saker som belyser slike spørsmål. Bevisbedømmelse vil derfor bli behandlet først i punktene 5.2 til 5.4. Deretter behandles tolkningsspørsmål i pkt 5.5, og skjønnsutøvelse i pkt. 5.6.

### **5.2. Bevisbedømmelse – innledende bemerkninger**

I asylsaker vil utlendingsmyndighetene for det første måtte ta stilling til om klager har et individuelt beskyttelsesbehov, dvs. om det foreligger individuelle omstendigheter som gjør at klager har grunn til å frykte forfølgelse eller overgrep ved retur – og evt. på hvilket grunnlag. For det annet – selv om klager ikke skulle ha et individuelt beskyttelsesbehov – må

utlendingsmyndigheten vurdere om den generelle situasjonen (sikkerhetsmessig og humanitært) på klagers hjemsted er til hinder for retur. I begge tilfeller, dvs. både om klager har et individuelt eller et generelt beskyttelsesbehov som gir vern mot retur til hjemstedet, vil utlendingsmyndigheten måtte vurdere om klager alternativt kan returneres til et annet sted i hjemlandet (internflukt). Det krever etter praksis i så fall at internflukt anses både trygt og rimelig.

Etter min oppfatning er det i gjennomgangen av valget av behandlingsform hensiktsmessig å skille mellom den generelle og den individuelle risikovurderingen. For nemndleders adgang til å avgjøre saker alene, vil det kunne være til dels stor forskjell på generelle og individuelle spørsmål.

### **5.3. Bevisbedømmelse – generelle risikovurderinger**

#### *5.3.1. Nærmere om normen – når er nemndbehandling påkrevd for å avgjøre generelle risikovurderinger*

De generelle spørsmålene omhandler forholdene i et land eller en region, enten for alle innbyggere eller for spesielle grupper – f.eks. alle tilhørende en bestemt religion, en klan, et politisk parti e.l. Slike spørsmål kjennetegnes ved at de vil gjelde en større gruppe personer. Dersom det legges til grunn at det eksisterer et beskyttelsesbehov for f.eks. en bestemt region, vil det gjelde en stor gruppe personer.

Verken ut fra effektivitets- eller likebehandlingshensyn vil det da være hensiktsmessig at hvert enkelt tilfelle behandles i nemndmøte. Tvert imot vil det hensiktsmessig være at praksis avklares gjennom noen nemndmøter, og at denne praksis deretter følges av nemndledere alene. Dette er også lagt til grunn av UNE i de interne retningslinjene om valget av behandlingsform:

”2.1 Bestemmelsen i lovens § 38b tredje ledd første punktum innebærer at klage skal avgjøres i nemndmøte når saken byr på vesentlige tvilsspørsmål. Dette kan bl.a. være tilfellet når: ...

b) nemnda vurderer å endre praksis, ...

2.2 Klage bør avgjøres i nemndmøte når:

- a) saken er blant de første som nemnda skal etablere praksis for, og det ikke er utvilsomt hva utfallet av saken bør bli
  - fra en ny gruppe eller et nytt område
  - når det gjelder nye problemstillinger, for eksempel knyttet til nye bestemmelser i lov eller forskrift
  - av et større antall likeartede saker, ...
- c) saken er særlig egnet til å bidra til å avklare en uavklart praksis,
- d) saken omfattes av en etablert praksis, men individuelle forhold i saken kan lede til en annen vurdering, ...”

At saker avgjøres av nemndleder alene iht. en etablert praksis kan for så vidt kritiseres ut fra lovens ordlyd ettersom *tvilen* i den enkelte sak objektivt sett er den samme også etter at nemnda har etablert en fast praksis. Men selv om ordlyden i loven § 38 tilsier at ethvert tvilsspørsmål skal forelegges nemndmøte, finnes det solide holdepunkter for å hevde at nemnda kan overlate avgjørelse av sammenliknbare saker til nemndleder alene etter at en fast praksis er etablert.

For det første taler som allerede nevnt effektivitets- og likebehandlingshensyn med styrke for at nemnda må kunne fastsette en praksis som senere opprettholdes av nemndleder alene – inntil det evt. inntreer endringer i den sikkerhetsmessige eller humanitære situasjonen som tilsier at det bør gjøres endringer. Nemndmøtebehandling innebærer vesentlige merressurser sammenliknet med behandling av nemndleder alene – ressurser det tjener liten hensikt å benytte der man allerede har en klar praksis.

Hensynet til likebehandling tilsier at nemnda har en bevisst og tydelig praksis som etterleves i alle saker som ikke inneholder andre elementer enn dem som praksisen gjelder. Likebehandling er et alminnelig forvaltningsrettslig prinsipp og en av de viktigste rettssikkerhetsgarantiene, og bør ha stor gjennomslagskraft. Samtidig bør det være et klart utgangspunkt at det ikke skal holdes nemndmøter uten at nemnda skal gjøre en fri og selvstendig vurdering av saken som legges frem for den. Det er ikke tjenlig å benytte nemndmøter til saker som involverer lite annet enn å følge en etablert praksis. Det kan like gjerne gjøres av nemndleder alene.

Mot synspunktet om at praksis bør følges og at det like gjerne kan gjøres av nemndleder alene, kan det selvfølgelig innvendes at praksis bare er én relevant rettskilde og at man ved enhver rettslig avgjørelse må ta også andre rettskilder i betraktning: Dette er bl.a. poengtert av KRD i Ot.prp. nr. 31 (2004-2005) s. 39. Fra et klassisk rettskildeperspektiv er det utvilsomt riktig, men det er likevel et synspunkt som må ha større gjennomslagskraft for andre rettsanvendere (typisk domstoler) enn for forvaltningen selv. Forvaltningen er i en egen situasjon, og det kan være liten tvil om at forvaltningspraksis både er og bør være en tungtveiende rettskilde for forvaltningen selv. Noe annet ville være et kraftig inngrep i hensynene til effektivitet og likebehandling.

For det annet må innføringen av stornemndene i 2005 etter min oppfatning sies å inneholde en anerkjennelse fra lovgivers side av egen praksis som sentral rettskildefaktor for UNE. Poenget med stornemndene er nettopp å etablere en praksis i prinsipielle spørsmål som skal være retningsgivende for nemndas senere avgjørelser, se Ot.prp. nr. 31 (2004-2005):

”Det eksisterende Koordineringsutvalget har ikke denne presedensskapende funksjonen, da det må betraktes som et rent rådgivende organ som skal overvåke praksisen i nemnda. I følge UNE-evalueringen er ikke dette en tilfredsstillende ordning. Mangelen på en presedensskapende instans fører i følge evalueringen bl.a til fare for inkonsekvente og gale avgjørelser. På denne bakgrunn anbefales det i evalueringen at en stornemnd opprettes og at vedtakene stornemnda fatter, skal ha presedensskapende virkning.”

I dette ligger slik jeg ser det nettopp at fast praksis *skal* følges av nemnda inntil det inntrer endringer (av juridisk eller faktisk art) som tilsier at praksis må vurderes på ny. Det ville innebære vesentlig ressursspille om nemndmøter måtte settes i saker som ikke reiser andre spørsmål enn dem som er avgjort i stornemnd.

De hensyn som er gjennomgått kan imidlertid ikke strekkes lenger enn til at *fast og etablert praksis* bør kunne legges til grunn av nemndleder som avgjørende for en sak. Inntil man kan snakke om en fast og etablert praksis, må sakene forelegges nemndmøter. Er nemndleder i tvil om praksis er fast og etablert bør han – i tråd med lovens hovedregel – fremme saken for nemndmøte.

Etter dette må en kunne konkludere med at ”vesentlige tvilsspørsmål” i lovens forstand skal forstås slik at det må dreie seg om tvil om hva *UNE* skal komme til. For en domstol som skal

overprøve et vedtak vil tvilsspørsmålet være det samme hva enten nemnda har fattet ett eller en lang serie av vedtak, men for UNE vil det like fullt være uhensiktsmessig å fortsette å behandle sakene i nemndmøter etter at en fast og konsistent praksis er etablert. Poenget må være at det etter at en slik praksis er etablert, ikke lenger er noen tvil om hva UNE skal komme til, og da må det være riktig at nemndleder avgjør sakene alene.

At praksis kan følges av nemndleder alene, gjelder imidlertid selvfølgelig bare så lenge den etablerte praksis er *relevant* – dvs. så lenge det ikke inntreer endringer som kan ha betydning for hvilken praksis som skal gjelde. Endringer kan være både av rettslig og faktisk art. Rettslige endringer kan være at frem til det tilkommer nye autoritative rettskilder som kan stille spørsmålet i et nytt lys. Dersom det f.eks. blir avsagt en relevant dom, vil praksis måtte vurderes på ny. Det samme gjelder selvsagt der det gjøres endringer i forskriften. På tilsvarende måte må praksis vurderes på ny dersom det inntreer relevante endringer i den sikkerhetsmessige eller humanitære situasjonen i landet. Begge typer av endringer må medføre at praksis må vurderes på nytt, og det må skje gjennom behandlinger i nemndmøte (evt. i stornemnd). Dersom nemndleder er i tvil om det har inntrådt endringer som kan ha betydning for relevansen av den praksis han vil basere sin avgjørelse på, bør saken i tråd med lovens hovedregel fremmes for nemndmøte.

Oppsummert kan man altså si at når nemndleder skal vurdere om det generelle beskyttelsesbehovet reiser ”vesentlige tvilsspørsmål”, vil ofte de viktige spørsmål være 1) om det er etablert en fast praksis, og 2) hvis så, om det har inntrådt noe som tilsier at den må vurderes på ny. Hvis det foreligger en etablert praksis og nemndleder ikke kan se noen fornuftig grunn til at den bør revurderes, må nemndleder kunne avgjøre saken alene (med mindre den reiser andre tvilsspørsmål). Som gjennomgangen av praksis vil vise, er imidlertid heller ikke disse spørsmålene nødvendigvis enkle.

### 5.3.2. *Nemnda velger ut saker for å avklare praksis*

Både samtalene med nemndledere og de saker jeg har gjennomgått viser at UNE, dersom det oppstår nye spørsmål, ofte vil fatte en beslutning om at det skal gjennomføres et bestemt antall nemndsaker for å få etablert en praksis. Det gjelder både der det oppstår helt nye spørsmål, f.eks. at det for første gang kommer asylsøkere fra et land, og der det inntreer relevante endringer av faktisk eller rettslig art.



Så vidt jeg forstår vil nemnda i slike tilfeller ofte håndplukke saker som er egnet til å belyse spørsmålet. Siktemålet er å finne saker der spørsmålet som ønskes avklart vil være avgjørende. Man søker altså å finne så "rene" saker som mulig – saker der det ikke er andre potensielle grunnlag for å få en tillatelse.

Sak nr. 11 (Afghanistan) gir et eksempel på at faktiske endringer ga behov for etablering av en ny praksis, og at UNE besluttet hvordan denne skulle etableres. I et notat fra sekretariatet ble det gitt en konkret begrunnelse for tvilen:

"Hovedproblemstillingen i saken er av prinsipiell karakter og omhandler spørsmålet om klagere uten individuelt beskyttelsesbehov og som bare har tilknytning til ustabile distrikter i Afghanistan, kan henvises til relokalisering.

Slik saken står før nemndmøtet byr den ikke på vesentlig tvil når det gjelder klagerens individuelle asylansøker. Saken byr imidlertid på vesentlige tvilsspørsmål av prinsipiell karakter og behandles derfor i nemndmøte. Til nemndas orientering skal i alt ni saker prøves i nemnd med den hensikt å avklare dette prinsipielle spørsmålet. Grunnen til at spørsmålet om relokalisering skal prøves nå, til tross for at seksten nemndmøter i 2005 prøvde samme prinsippet og spørsmålet har blitt behandlet i mange saker både i nemndmøter og av nemndleder alene etter det, er særlig den informasjonen som kom fram under et møte sekretariatet i UNE hadde med UNHCR den 30.10.2006. I møtet viste UNHCR til at det også kunne være sikkerhetsmessige utfordringer forbundet med relokalisering."

I utvalget av saker finnes også et eksempel på en endring i den rettslige situasjonen som skapte behov for en ny praksis, og at UNE aktivt tok skritt for å få denne etablert. Endringen gjaldt imidlertid barns tilknytning til riket (den nye bestemmelsen i forskriften § 21b), og derfor ikke den egentlige beskyttelsesvurderingen. Endringen gjennomgås derfor sammen med andre spørsmål om skjønnsutøvelse i pkt 5.6.2 nedenfor.

### *5.3.3. Når foreligger en tilstrekkelig fast og etablert praksis?*

Ved valget av behandlingsform må nemndleder som nevnt ta stilling til om det foreligger en fast og etablert praksis. Spørsmålet om det foreligger en tilstrekkelig etablert praksis er et av de spørsmål som hyppigst er skriftlig kommentert i saksmappene når det gjelder valget av behandlingsform. Blant de sakene jeg har gjennomgått gjelder en rekke spørsmålet om det foreligger en praksis som gjør at avgjørelsen kan overlates til nemndleder alene.

De enkleste er de sakene der man ikke finner noen relevante avgjørelser for det området man skal ta stilling til. Dersom man da ikke har utvilsomme og entydige kilder fra autoritativt hold, bør saken fremmes for nemnd. En illustrerende sak er sak nr. 87 (Somalia) der sekretariatet innstilte på nemndbehandling med den kortfattede begrunnelse at:

”- Vi har ingen praksis på Bay og dette tilsier at saken tas i nemndmøte

- Kvinne fra Digil og i denne regionen har de tradisjonelt tilhold. Saken er således godt egnet til nemndmøte. ...

Innstilling: Nemnd m/ pers. fremmøte.”

Hvor mange saker som skal til for at en praksis skal anses etablert er et vanskelig spørsmål som må vurderes konkret. Det vil nødvendigvis avhenge av hvilket utfall de forskjellige sakene får, hvor tydelig mønster de danner, og hvor mange grenser som må trekkes opp. Desto flere relevante momenter som kan ha betydning, jo mer finmaskede blir vurderingene, og da økes antallet saker som anses nødvendig for å etablere en fast praksis. Saker som gjelder internflukt kan illustrere dette. Etersom klager bare kan henvises til internflukt der det anses både trygt og rimelig, er det ikke bare sikkerhetssituasjonen som vil være avgjørende, men også en rekke andre momenter som hvilken tilknytning klager har til de trygge områdene, om klagers øvrige bakgrunn tilsier at han vil kunne etablere et liv der, samt betydningen av man har barn, handicap, utdanning osv. Derved må det gjennomføres en rekke nemndmøter før en tilstrekkelig avklart praksis foreligger. Sak nr. 68 (Serbia) gir et godt eksempel. I et internt notat fra sekretariatet uttales det der:

"Nemndas praksis har til nå vært at serberfamilier fra Kosovo (utenom de serbiskdominerte nordområdene) behandles i nemndmøte. Så langt har litt over 20 slike saker vært behandlet. Nylig har 5-6 nye blitt lagt til nemndleder, så vidt vites alle med nemndmøte som anbefalt behandlingsform. Så langt har fem familier fått opphold, to asyl da internflukt ble funnet urimelig, og tre opphold etter § 8 annet ledd". Som det fremgår av merknadene har tilknytning til Serbia vært et vurderingsmoment i slike saker. Denne familien har en viss tilknytning til Serbia gjennom familie og trolig tidligere opphold, men denne svekkes av at familie og opphold har vært i form av midlertidige bosettinger som internt fordrevne. Et uklart moment her er klagerens bror, som tilsynelatende har vært fast bosatt i Serbia i en årrekke.

Dersom man ser helt isolert på denne saken, kan det synes som om det ikke skulle være nødvendig å behandle den i nemndmøte. Internflukt synes å være tilgjengelig, trygt og rimelig, og det bør ikke foreligge vektige momenter under § 8 annet ledd. Sett hen til nemndas praksis, bør imidlertid saken behandles i nemnd. Den synes ikke å

være egnet til å være den første saken med en kosovoserberfamilie nemnda behandler nemndleder alene, da den ikke skiller seg i vesentlig grad fra de rundt 25 tilsvarende sakene."

Dersom tvilsspørsmålet derimot kun gjelder den generelle sikkerhetssituasjonen i et bestemt land eller en bestemt region eller provins, vil praksis kunne avklares gjennom et lavt antall saker. I sak nr. 91 (Somalia) var det store spørsmålet sikkerhetssituasjonen i Gedo. Sekretariatet utredet sikkerhetssituasjonen der i et eget notat, og anbefalte at saken burde behandles i nemndmøte for å få etablert en praksis. Deretter var det e-postkorrespondanse mellom saksbehandler og nemndleder om behandlingsformen. De diskuterte først om nemndmøte skulle være med eller uten personlig fremmøte når temaet var den generelle sikkerhetssituasjonen i Gedo. Dernest viste saksbehandler til to navngitte saker som gjaldt den generelle sikkerhetssituasjonen i Gedo og som allerede var behandlet i nemndmøte, og reiste på den bakgrunn spørsmål ved om nemndmøte overhodet var nødvendig i denne saken. Til dette bemerket nemndleder at bare den ene av de to avgjørelsene gjaldt Gedo, og besluttet derfor at også denne saken burde behandles i nemndmøte.

Her som ellers må gjelde at saken bør fremmes for nemndmøte der nemndleder er i tvil om en etablert praksis foreligger. Gjennomgangen av saker viser at det gjøres. Det beste eksempelet er kanskje sak nr. 89 (Somalia) der nemndleder opprinnelig, i strid med sekretariatets anbefaling, mente at saken burde avgjøres av ham alene. Sekretariatet tok deretter på ny til orde for behandling i nemndmøte bl.a. med denne begrunnelsen:

"Etter sekretariatets vurdering *er ikke praksis på Nedre Jubba helt soleklar*. Det er imidlertid en tendens i at den generelle sikkerhetssituasjonen ikke gir grunnlag for verken vern etter ul. § 15 (1) el. ot.hum. Dog foreligger det noen innvilgelser også. Praksis er altså ikke ensartet nok per i dag. I tillegg skal det bemerkes at klager kommer fra Baidabo-regionen - og ikke Kismayo - og situasjonen i Baidabo vurderes som mer ustabil enn ellers i regionen. Tatt i betraktning en sprikende praksis ellers for regionen mener sekretariatet at ikke per i dag kan avslå NL alene."

#### 5.3.4. *Saker som er avgjort iht. fast og etablert praksis*

Gruppen av saker som jeg har gjennomgått inneholder flere eksempler på klager som er avgjort av nemndleder alene under henvisning til fast og etablert praksis. Det finnes eksempler både på saker der det er gitt medhold på grunnlag av fast praksis og klager som er avslått på det grunnlag.

Sak nr. 13 (Afghanistan) gjaldt en klager som forsvant forut for avgjørelsen av klagen, og klagen ble derfor rutinemessig avslått uten realitetsbehandling. Klager dukket imidlertid opp igjen 20 måneder etterpå og begjærte omgjøring. Asylgrunnlaget fremsto som lite troverdig (påstått utenomekteskapelig forhold med svært vag forklaring), men tillatelse ble likevel innvilget etter nemndas nye praksis om relokalisering til Afghanistan. Denne praksisen var etablert bl.a. gjennom to stornemndsaker og gikk ut på at afghanere kun unntaksvis kunne henvises til internflukt til sikkerhetsmessig stabile områder der man ikke har tilknytning. Sak nr. 14 (Afghanistan) er helt identisk.

I de fleste av de sakene der klager er avslått under henvisning til en etablert praksis sies det lite konkret om omfanget av praksis eller annet som kan belyse nærmere hvorfor praksisen ble ansett som etablert. Sak nr. 25 (Irak) er ett eksempel. Saksmappen inneholder et kortfattet notat med merknader fra sekretariatet der det slås fast at:

”Klager er kurder fra Kirkuk, uten individuelle anførsler. Disse sakene gir etter praksis avslag, og det er i en rekke nemndmøter vurdert ikke å være generelle forhold i Kirkuk som tilsier vern mot retur etter § 15. ... Saken vurderes etter dette å være enkel og grei og egnet for avgjørelse NL alene.”

Det vanskeliggjør etterprøvingen at begrunnelsene i slike saker ofte er så knappe som dette, men ut fra søk i UNEs praksisbase og andre tilgjengelige kilder om praksis og om situasjonen i landet, har jeg ikke grunn til å tro annet enn at slike begrunnelser er reservert for de tilfeller der praksis er klar.

#### 5.3.5. *Tvil om praksis dekker klagers sak*

Det er ikke bare spørsmål om praksis er tilstrekkelig etablert som kan volde tvil, men også om den praksis det er snakk om å følge faktisk dekker klagers sak (dvs. det man kan kalle subsumsjonen under praksis). Tilsvarende betraktninger bør gjelde slike saker, dvs. at nemndleder kun bør behandle saker der han finner det klart at det foreligger en etablert praksis som dekker klagers sak.

Av de saker jeg har gjennomgått er det to der det åpent reises spørsmål ved om en praksis kan anvendes på klagers sak. Det gjelder sak nr. 99 (Somalia) der det i omgjøringsomgangen ble

reist spørsmål ved om den generelle praksis som gjaldt Sør-Somalia kunne få anvendelse på klagers sak. Det var i realiteten et spørsmål om det kunne legges til grunn at klager var fra Afgoye i Sør-Somalia slik han hadde anført (i realiteten altså en troverdighetsvurdering). Språktester viste at klager ”åpenbart hørte hjemme i Nord-Somalia”, men saken ble likevel avgjort i nemndmøte. Saksmappen inneholdt følgende begrunnelse for dette (i et notat fra sekretariatet):

”De ovennevnte momenter tilsier at det er tvil om klagerens tilhørighet til Afgoye. Da nemnda per i dag gir midlertidige tillatelser med tilhørighet til Sør-Somalia, men avslår personer med tilhørighet til Nord-Somalia, anbefales det at saken behandles i nemnd med personlig oppmøte for å avklare klagerens tilknytning til Afgoye.”

Dette fikk gjennomslag hos nemndleder. Den andre saken er sak nr. 31 (Irak) der klagen opprinnelig var avslått på det grunnlag at klager etter Baath-regimets fall og den politiske demokratiseringsprosessen ikke lenger hadde grunn til å frykte forfølgelse, og at han trygt kunne returnere til Mosul som ligger i den såkalte randsonen. Klager anmodet senere om omgjøring, og det oppsto da spørsmål om nemndas praksis om retur til den såkalte randsonen. Det ble anført at både at den generelle sikkerhetssituasjonen var forverret og at grensene for randsonen stadig ble tøyd. Saken ble derfor fremmet for nemndmøte, men nemnda fant enstemmig at situasjonen på klagers hjemsted var trygt.

#### *5.3.6. Oppsummering om valg av behandlingsform ved generelle risikovurderinger*

Det er mitt klare inntrykk at UNE generelt har et meget bevisst forhold til at det skal etableres en fast og avklarende praksis før nemndleder alene kan legge den til grunn for sine avgjørelser. Min gjennomgang tyder klart på at saker legges frem i nemndmøte der man er i tvil om praksis er etablert, og at man heller tar et nemndmøte for mye enn et for lite. Det virker videre som om UNE gjennomgående er interessert i å få etablert en praksis der det inntreffer endringer eller oppstår nye situasjoner, og at den aktivt finner frem til et tilstrekkelig antall egnede saker. Det overordnede inntrykket er således godt.

#### 5.4. *Bevisbedømmelse – individuelle risikovurderinger*

##### 5.4.1. *Problemstillinger*

Den individuelle risikovurderingen handler om hvorvidt klager har selvstendig grunn til å frykte forfølgelse ved retur til sitt hjemsted – altså om det på grunn av individuelle omstendigheter eksisterer en risiko for overgrep som går utover den generelle risikoen som gjelder enhver som returneres til stedet. Dette betyr at den individuelle risikovurderingen består av to elementer:

- 1) om klagers forklaring kan legges til grunn, dvs. om klagers forklaring er troverdig, og
- 2) om klagers forklaring, der den legges til grunn, kan gi grunnlag for asyl eller vern mot utsendelse etter § 15 annet ledd.

Det vil i det følgende bli skilt mellom disse prinsipielt forskjellige spørsmålene, men troverdighetsspørsmål vil bli omtalt i bredest grad. Dette skyldes først og fremst at tvil rundt disse spørsmål vies mest oppmerksomhet i nemndas praksis, men også at det for utenforstående er enklere å etterprøve de vurderinger som gjøres om disse spørsmål. Troverdighetsspørsmålene blir omtalt i pkt. 5.4.2 til 5.4.4, deretter omtales selve beskyttelsesvurderingen i pkt. 5.4.5.

##### 5.4.2. *Troverdighetsspørsmål – normen*

I mange asylsaker, men langt ifra alle, vil troverdighetsvurderinger være avgjørende for om en tillatelse skal gis. Først og fremst vil troverdighetsspørsmålene gjelde selve asylforklaringen, og spørsmålet blir da om de *individuelle* omstendigheter klager gjør gjeldende kan legges til grunn for risikovurderingen. Konkret vil det kunne være spørsmål om sannhetsgehalten i klagers anførsler om politisk aktivitet, overgrep man har opplevd, tilhørighet til en minoritet, konflikter man har vært deltaker i – kort sagt grunner til at man frykter forfølgelse eller overgrep ved retur. Men troverdighetsspørsmål kan også oppstå om andre spørsmål enn selve asylforklaringen og de temaer som er avgjørende for om klageren har grunn til å frykte forfølgelse. En gjenganger er spørsmålet om klagers alder.

Som tidligere nevnt er avgjørelse i nemndmøte etter min mening av særlig viktighet nettopp i saker der klagers troverdighet kan være avgjørende for utfallet. Dette synes også lagt til grunn

av UNE som i sine interne retningslinjer presiserer at det foreligger vesentlige tvilsspørsmål når:

”det er tvil om klagerens troverdighet, og det kan få avgjørende betydning for sakens utfall om forklaringen legges til grunn. Dette gjelder ikke når klagerens forklaring klart framstår som ikke troverdig eller klagen er grunnløs. En klage kan være grunnløs når det er klar motstrid eller sprik i opplysninger som gis på vesentlige punkter, eller når forklaringen ut fra nemndas kjennskap til forholdene i hjemlandet åpenbart er usann.”

Etter retningslinjene er altså det avgjørende om ”klagerens forklaring klart fremstår som ikke troverdig”. I mine samtaler med nemndledere har de aller fleste av disse uttrykt at de er særlig tilbakeholdne med å avgjøre saken alene der klagers troverdighet er avgjørende. På spørsmål om hvilken norm som ble praktisert siterte enkelte av nemndlederne retningslinjene, mens andre ga uttrykk for at det avgjørende var om klagers forklaring åpenbart ikke var troverdig.

Det kan være flere grunner til at klagers forklaring trekkes i tvil. Det kan for det første være bestemte trekk ved forklaringen, f.eks. at den er usammenhengende, selvmotsigende, har blitt endret en rekke ganger eller er oppsiktsvekkende vag på sentrale punkter der det er grunn til forvente detaljert kunnskap hos klager. For det annet kan grunnen til at forklaringen trekkes i tvil være at den fremstår som usannsynlig på bakgrunn av nemndas landkunnskap. I mange tilfeller vil manglende troverdighet skyldes en kombinasjon av slike betraktninger. Etter hovedregelen skal enhver tvil forelegges nemndmøte, men ut fra hensynene er det etter min oppfatning viktigst at troverdighetsspørsmål om bestemte trekk ved forklaringen behandles på denne måten. Det er den type troverdighetsvurderinger som ligger i kjerneområdet for lekmannsskjønnet.

Der landkunnskap er den vesentlige grunn til at forklaringen anses utroverdig, er det så vidt jeg kan forstå mindre grunn til å tro at nemndmøtet vil ha en annen oppfatning enn nemndleder. Dette har sammenheng med nemndas sammensetning og hvordan nemndsaker forberedes. Systemet for oppnevning – både generelt og til den enkelte sak – inneholder som tidligere nevnt ingen mekanismer som sikrer at nemnda settes med annen særlig kompetanse enn den nemndleder og nemndas sekretariat besitter. Det er også bakgrunnen for at saksforberedelsen skjer på den måte at UNEs sekretariat utstyrrer nemndmedlemmene med utførlige merknader samt kopier av rapporter fra Landinfo, utlendingsforvaltningens egen informasjonstjeneste, eller fra internasjonale organer som f.eks. Amnesty International, U.S.

State Department, UNHCR osv. Det betyr at det normalt vil være de samme kilder som nemndleder baserer sin vurdering på, som også vil være avgjørende for nemndmedlemmene.

Etter min oppfatning bør derfor nemndleder kunne avgjøre saken alene der han ut fra de tilgjengelige kilder finner det klart at klagers forklaring ikke kan være riktig. Der han finner at klager mangler troverdighet pga. inkonsistens, selvmotsigelser, endret forklaring o.l. bør han være enda sikrere på at klagers forklaring er uriktig for å avgjøre saken alene.

#### 5.4.3. Gjennomgang av praksis – saker der retningslinjene etterleves

De fleste notater som gjøres om valget av behandlingsform inneholder stort sett konkrete redegjørelser for faktum. Det er få eksempler på gjengivelse av normen for når en sak skal behandles i nemndmøte på grunn av tvil om troverdigheten. Det finnes imidlertid noen. I sak nr, 56 (Russland) uttales f.eks.:

”Jeg har gått gjennom saken, og mener at den reiser tvilsspørsmål. Generelt går det på klagers troverdighet. Jeg mener imidlertid at *det ikke kan utelukkes* at klager må anses som enslig forsørger med tilhørighet til Tsjetsjenia. Klager bør derfor få anledning til å forklare seg før det avgjøres om han kan omfattes av UNHCRs råd og vår praksis. ... Ber derfor om at saken forberedes for nemnd med personlig fremmøte.” (Kursivert her)

Uklarheten i dokumentasjonen gjaldt en rekke forhold, men i første rekke forholdet til en (påstått) ektefelle og klagers tilknytning til Tsjetsjenia. Troverdigheten av om han var forsørger fra Tsjetsjenia var så vidt jeg forstår helt avgjørende for om klagen kunne føre frem eller ikke ettersom det forelå en klar praksis om forsørgere fra Tsjetsjenia.

Et annet eksempel er sak nr. 16 (Afghanistan) der det i interne merknader beskrives at den sentrale problemstillingen var ”om klager åpenbart ikke er troverdig”. I saken hadde en saksbehandler først innstilt på at avgjørelse skulle fattes av nemndleder alene, men en annen i sekretariatet (som hadde saken i annen hånd) uttalte eksplisitt at med mindre klagers forklaring (at han var dømt til døden) åpenbart ikke var troverdig, kunne ikke klagen avgjøres av nemndleder alene ut fra landkunnskap. Saken ble derfor fremmet for nemndmøte der klagers forklaring ikke ble lagt til grunn.



Et tredje eksempel gir sak nr. 51 (Russland) der saken ble behandlet av nemndleder alene idet man ifølge merknadene om behandlingsform fant at ”klagerens forklaring fremstår som klart ikke troverdig”. Etter min vurdering er det en riktig vurdering, også etter å ha lest originaldokumentene i saken.

Disse tre sakene er klare eksempler på at nemndlederne etterlever retningslinjen om at saken skal behandles i nemnd med mindre ”klagerens forklaring klart framstår som ikke troverdig”.

Et annet tegn på at retningslinjene etterleves er at det finnes flere eksempler på saker som er fremmet for nemndmøte pga. tvil om forklaringen, men der denne i nemndmøte opplagt viser seg ikke å være troverdig. Ett eksempel er sak nr. 10 (Afghanistan). Saken ble behandlet i nemnd på grunn av tvil om klagers troverdighet, men hans forklaring ble ikke lagt til grunn på grunn av den inneholdt motstridende opplysninger og at den på sentrale punkter savnet detaljer. Et annet eksempel er sak nr. 3 (Afghanistan) der klager hevdet å være konvertitt. Saken ble fremlagt for nemndmøte, men det ble ikke funnet troverdig at klager var konvertitt. Ytterligere eksempler gir sak nr. 47 (Russland), sak nr. 54 (Russland) og sak nr. 42 (Russland).

Det foreligger en rekke vedtak der nemndleder har avslått klagen alene ved å trekke troverdigheten i tvil uten at det er inntatt bestemte merknader om valget av behandlingsform. For de aller fleste av disse er det etter min oppfatning ingen grunn til å stille spørsmål ved valget av behandlingsform. Det fremstår mao. i de aller fleste av disse sakene som åpenbart at klager ikke er troverdig. Det gjelder f.eks. sak nr. 40 (Irak). Klagers troverdighet var et hovedspørsmål i saken, men ikke det eneste (det ble lagt til grunn at klager uansett kunne returneres). Det ble avdekket at klager tidligere hadde søkt asyl i Tyskland og at han hadde gitt en helt annen – og uforlikelig – forklaring der uten på noen måte å kunne forklare forskjellene. Sak nr. 7 (Afghanistan) minner mye om den saken. Den gjaldt en klager som fryktet å bli drept av en navngitt person fordi klager på midten av 90-tallet hadde angitt hans bror og fetter med den virkning at disse ble drept. Klager hadde tidligere søkt asyl i Danmark med en forklaring som var vesensforskjellig fra den som var gitt til norske myndigheter. Klagen ble derfor avslått, men det ble også gitt uttalelser om at klagers forklaring etter sitt innhold uansett ikke ga grunnlag for asyl eller vern mot utsendelse. Et annet eksempel er sak nr. 38 (Irak). To ektefeller hadde der gitt vesensforskjellige opplysninger om en rekke sentrale punkter. Uansett ble det lagt til grunn at klager hadde tilknytning til selvstyreområdene og

kunne relokaliseres dit. Sak nr. 5 (Afghanistan) gjaldt en klager som søkte asyl i Norge på grunn av at hans onkel og fettere hadde en konflikt med navngitte kommandanter. Onkelen og fetterne hadde blitt drept, og klager fryktet at det ville skje ham også. Nemndleder fant imidlertid ikke klager troverdig idet forklaringen hans inneholdt en rekke selvmotsigelser, var usammenhengende, vag og i strid med tilgjengelig landkunnskap. Dette fremstår som godt underbygget.

Tilsvarende må gjelde i tilfeller der forklaringen medfører tvil om troverdigheten, og forklaringen derfor er forsøkt verifisert, men viser seg å være feilaktig. Det er i saksporteføljen iallfall seks saker der utlendingsmyndighetene har vært i tvil om troverdigheten og derfor har sendt saken til verifikasjon på klagers hjemsted. I sak nr. 73 (Serbia) søkte klager asyl idet hun hevdet å være etnisk serber fra Jazince i Kosovo, en albanskdominert del av Kosovo der etniske serbere har en velgrunnet frykt for forfølgelse på grunn av sin etniske tilhørighet. En verifiseringsrapport utarbeidet av den norske utlendingsattacheen viste imidlertid at klagers forklaring var feilaktig på en rekke punkter. Særlig manglet den opplysninger om at hennes foreldre fortsatt var gift, at de bodde sammen i Serbia og at klager hadde bodd der sammen med dem i en periode på flere år. Derfor ble det lagt til grunn at klager hadde en tilknytning til Serbia som gjorde at hun kunne returneres dit. Sak nr. 69 (Serbia) og sak nr. 65 (Serbia) er i denne sammenheng tilsvarende saker. Det ble i førstnevnte innhentet to verifikasjonsrapporter som viste at klager og hans familie hadde bodd i Serbia før de ankom Norge og derfor hadde den nødvendige tilknytning dit, mens det i sistnevnte ble innhentet en verifikasjonsrapport som tilsa at klager ikke hadde bodd der han hevdet. Dette sammen med en rekke selvmotsigelser i forklaringen tilsa at den ikke kunne legges til grunn. Også i sak nr. 76 (Serbia) var klagers forklaring forsøkt verifisert, og verifikasjonsrapporten viste at klager ikke var etnisk rom som han hadde hevdet. Forklaringen inneholdt også en rekke uforståelige selvmotsigelser, og var endret flere ganger underveis på helt sentrale spørsmål. Klagen ble derfor avslått av nemndleder alene, idet det også ble lagt til grunn at situasjonen for minoriteter i Kosovo hadde forbedret seg slik at det uansett var trygt å returnere klager. I sak nr. 55 (Russland) søkte klager asyl som følge av at ektefellen hadde hatt en sentral posisjon i en komité mot sittende guvernør. Forklaringen inneholdt flere motstridende opplysninger, og ble også forsøkt verifisert ved at den norske utlendingsattacheen tok kontakt med lederen i komiteen. Lederen nevnte navnene på de sentrale medlemmene, men disse inneholdt ikke klagers ektefelle. Lederen for komiteen mente for øvrig at ikke engang han selv hadde noe å frykte som følge av den utviste aktivitet.

Klagen ble derfor avslått. I sak nr. 48 (Russland) ble det på bakgrunn av opplysninger innhentet fra ambassaden i Moskva og fra visumsøknader til Tyskland lagt til grunn at klager – i strid med hans forklaring – hadde kommet til Norge etter et lengre opphold i Moskva og at det derfor ikke var grunnlag for asyl.

I slike tilfeller der sekretariatet er i tvil og forsøker å få verifisert klagers forklaring, må det være grunnlag for å fastslå at tvilen er eliminert når man får verifikasjonsrapporter som viser klart at forklaringen ikke kan være riktig. I begge disse sakene var verifikasjonsrapportene grundige og basert på en rekke kilder. Det fremstår da ikke som hensiktsmessig at saken fremmes for nemndmøte.

En særlig sak er sak nr. 82 (Somalia) der sekretariatet uttrykte tvil om behandlingsformen, men ”hellet til å forslå nemndmøte” (også nevnt under pkt 4.2). Nemndleder ønsket imidlertid å avslå klagen alene:

”Min vurdering er at klagen må bli å avslå NL alene. Det er her fhv massive troverdighetsproblemer. Om hans asylanførsler har vi intet annet enn hans egne ord, som vanskelig kan legges til grunn. Klageren har i flere omganger, også overfor norske myndigheter, gitt uriktige forklaringer på sentrale punkter. En nemndbehandling innebærer at vi kommer i en situasjon der vi i beste fall for søkeren vil vurdere den generelle sikkerhetssituasjon for Ashraf i Nedre Shabelle – og jeg ser ikke at klageren her kan få noen tillatelse.”

Etter å ha innhentet originaldokumentene er jeg enig i at det ikke var grunn til å fremme saken for nemndmøte idet det fremstår som åpenbart at klageren manglet troverdighet. Klager hadde gitt uriktige opplysninger på sentrale punkter i sin asylforklaring, han hadde oppgitt en annen identitet og fødselsdato ved asylsøknad i Norge enn i Danmark, han hadde unnlatt å opplyse om at han tidligere hadde søkt asyl i Danmark og han hadde gitt feil opplysninger om sin reiserute til Norge.

Til tross for utgangspunktet om at nemndleder bare bør avgjøre troverdighetssaker alene der det er åpenbart at klager mangler troverdighet, er det altså etter min oppfatning en rekke saker som faller i den gruppen. I alle de saker som er gjennomgått i de foregående avsnitt er det slike åpenbare og uforklarlige feil ved forklaringene at nemndleder etter min oppfatning trygt kunne avgjøre sakene alene. Å fremme disse sakene for nemndmøter ville etter min oppfatning medføre ubegrunnet bruk av ressurser.

Det understrekes også at det bare var i to av disse sakene at klagers troverdighet var avgjørende alene. I de andre tilfellene var det selv etter klagers forklaring neppe grunn til å innvilge asyl eller gi vern mot utsendelse. Psykologisk sett er det grunn til å tro at *graden av risiko* ved en eventuell retur vil virke inn på vurderingen av om forklaringen medfører en slik tvil om troverdigheten at saken bør avgjøres i nemndmøte. Der klagers forklaring klart tilsier asyl eller vern mot utsendelse på annet grunnlag, kan ikke klagen avslås under henvisning til manglende troverdighet med mindre man har helt sikkert grunnlag for å hevde at forklaringen ikke er troverdig. Er det derimot liten eller ingen grunn til å frykte forfølgelse selv om forklaringen er riktig, er situasjonen en noe annen.

Blant troverdighetssaker er det en type av tilfeller som særlig peker seg ut, nemlig de som gjelder anførsler om frykt for forfølgelse fra private. Slike saker reiser ofte troverdighetsspørsmål, men situasjonen er samtidig den at for mange land er det nemndas faste praksis er at de nasjonale myndigheter har tilstrekkelig evne og vilje til å beskytte borgerne. Derfor ville asylsøknaden bli avslått iht. praksis også om klagers forklaring hadde blitt lagt til grunn, med mindre søkeren kunne dokumentert en særlig risiko for at myndighetene ikke ville tilby den alminnelige beskyttelse. I slike tilfeller – der forklaringen fremstår som lite troverdig, og det uansett er nemndas generelle praksis å henvise til beskyttelse lokalt – må det etter min oppfatning være riktig av nemndleder å avslå alene.

Et tilsvarende variant er saker der nemnda trekker troverdigheten i tvil, men der det uansett ikke er særlig grunn til å frykte forfølgelse pga. bedre forhold i hjemlandet. I det utvalget jeg har gjennomgått finnes det flere slike saker. Det gjelder iallfall sak nr. 26 (Irak), sak nr. 29 (Irak), sak nr. 34 (Irak) og sak nr. 37 (Irak). I ingen av disse har jeg funnet noe grunnlag for å kritisere valget av behandlingsform. Klagers forklaring tilsier ikke krav på beskyttelse selv om den hadde vært riktig, og tvil om troverdigheten understreker da at sakens utfall synes gitt og at det ikke er grunn til å holde nemndmøte.

5.4.4. *Gjennomgang av praksis – saker der det kan være grunnlag for kritikk eller delte meninger*

Gjennomgangen av praksis viser også en del saker der det er mindre klart at valget av behandlingsform var riktig. Det finnes eksempler på at sekretariatet i merknader om behandlingsform formulerer normen annerledes enn i de sakene som er nevnt ovenfor. Det gjelder for det første sak nr. 39 (Irak). Sekretariatet uttalte der:

”Den gjaldt en klager som fryktet å bli drept som følge av et forhold til en jente, som ble gravid etter at de hadde samleie i en park. Jeg er enig med direktoratet at klageren ikke har sannsynliggjort sin forklaring, og viser i stor grad til deres vurdering, i tillegg til noen egne punkt om troverdighet.

Klagers forklaring ligner på mange andre saker vi har avslått på troverdighet, jf eksempel  
 ... [tre DUF-nr]

Sett hen til manglende troverdighet og praksis for liknende saker, vurderes saken egnet til avgjørelse NL alene.”

To av de tre sakene det er henvist til er innhentet. Begge omhandler sammenliknbare tilfeller der klagerne fryktet forfølgelse etter å ha gjort jenter gravide utenfor ekteskap. Begge ble avslått av nemndleder alene under henvisning til manglende troverdighet og at klagerne uansett måtte søke hjemlandets beskyttelse. Den praksis det vises til i det siterte notatet er derfor andre saker avgjort av nemndleder alene – ikke praksis etablert i nemndmøter. Som nevnt ovenfor er det vanlig å fastlegge praksis i nemndmøter, slik at nemndleder deretter kan følge denne praksisen senere. Henvisningen til praksis her er derfor neppe egnet til å rettferdiggjøre behandling av nemndleder alene. Heller ikke normen for troverdighetsvurderingen synes korrekt gjengitt. Sekretariatet sier kun at ”klageren ikke har sannsynliggjort sin forklaring”. Det er noe ganske annet enn at klager anses åpenbart ikke troverdig. Heller ikke i vedtaket gis det en begrunnelse som viser at klager var åpenbart ikke troverdig. Begrunnelsen i vedtaket er meget knapp på dette spørsmål. Det sies kun:

”Nemnda mener i likhet med direktoratet at klageren ikke i tilstrekkelig grad kan anses å ha sannsynliggjort at han har et individuelt eller generelt beskyttelsesbehov. Nemnda viser til direktoratets vedtak, og er enig i at klageren har gitt motstridende opplysninger som bidrar til å svekke hans generelle troverdighet. Direktoratets vurderinger og resultat tiltres av nemndaa i sin helhet. Nemnda mener videre at klagers forklaring om å ha hatt samleie med sin kjæreste i en park er lite sannsynlig, sett hen til risikoen for å bli oppdaget og følgene ved en oppdagelse som klageren forutsettes å være kjent med.”

Etter min oppfatning fremkommer det verken i UDIs begrunnelse eller i nemndas egne vurderinger tilstrekkelig grunnlag for å si at klager er åpenbart utroverdig. Nemndas eget tillegg – at de hendelser klager har beskrevet sjeldent forekommer fordi det er stor risiko for å bli oppdaget – fremstår som lite overbevisende argumentasjon for at klager er utroverdig. Hvis man først mener at en episode eller situasjon kan medføre frykt for overgrep, kan den ikke ses bort fra med den begrunnelse at den generelt sjeldent forekommer.

Noe annet er at det kan ha vært åpenbart at klagen ikke kunne føre frem på annet grunnlag. Basert på de tre andre sakene det vises til og til nemndas praksis i saker om anført privat forfølgelse (se nedenfor under pkt. 5.4.5), kan det være grunn til å tro nemndleder avslo klagen alene fordi klager uansett måtte søkt beskyttelse hos lokale myndigheter. Men det er ikke eksplisitt nevnt i begrunnelsen.

En rekke av sakene fra Somalia dreier seg om klagernes klantilhørighet. Denne vil ofte ha vesentlig betydning for om tillatelse skal gis. Mot enkelte av disse sakene kan det reises tilsvarende innvendinger som i den irakiske. Saksmappen til sak nr. 98 (Somalia) inneholder lange merknader til valget av behandlingsform der spørsmålet om klantilhørighet var det sentrale:

### **”Innledende bemerkninger**

Det bemerkes innledningsvis at på bakgrunn av Utlendingsdirektoratets vedtak av 29.04.2005, anser sekretariatet det som usikkert hvorvidt klagen er fremsatt rettidig. Av vedtaket fremgår det at direktoratets vedtak ble påklaget den 25.04.2005. Klagefristen utløp imidlertid den 19.04.2005. Utlendingsnemnda har etter oversendelsen av saken mottatt en foreløpig klage datert 19.04.2005, uten at nemnda har nærmere kjennskap til hvorvidt denne ble innsendt innen fristens utløp samme dag. En avklaring av ovenstående er imidlertid ikke nødvendig, da nemnda under enhver omstendighet vil gi oppreisning etter forvaltningsloven § 31 bokstav b.

### **Klantilhørighet**

Spørsmålet er om de kunnskaper klageren har om klanen skal karakteriseres som alminnelige kunnskaper som alle somaliere er kjent med, eller spesifikke som tyder på tilhørighet til denne klanen. Riktignok fremviser klageren noen kunnskaper om klanen som at det er begrensninger på hvem klanen kan gifte seg med, og at klanen er sett ned på av de andre klanene. Han har kjennskap til underklanene Muse Dhariyo og Madhiban, og dessuten typiske yrkesroller som frisører og skomakere. Han legger videre ved en bekreftelse fra Somali International Minorities of America på at han har

tilhørighet til Midgan. Og angir en rekke forhold som begrunnelse for manglende opplæring om klanen, herunder manglende skolegang, farens tidlige død, krigsutbruddet da han var fem år, at hele familien konstant var på flukt samt at han ble kidnappet og holdt som fange fra han var 16 år.

På den andre side er det også en rekke forhold som tyder på at han ikke har tilhørighet til Midgan. Av de mangler ved hans forklaring som sekretariatet har vektlagt, nevnes følgende:

Opplysningen om at familien eide en egen åker inntil åkeren ble fratatt dem da krigen begynte, fremstår ikke i samsvar med hva som er tradisjonelle yrkesroller for denne klanen. Ifølge tilgjengelig landinformasjon er det klare utgangspunktet at et medlem av Midgan ikke driver med jordbruk. I seg selv er ikke denne opplysningen tilstrekkelig til å utelukke klantilhørighet, men den er ett moment i en helhetsvurdering.

Ved denne helhetsvurderingen må det også tas i betraktning at klageren ikke kunne gi noen gode svar på hvor klanen var mest utbredt. På dette punktet var han vag, og svarte at han ikke hadde hørt noe om det fra sin mor eller far.

Det at klageren ikke kunne gjøre rede for opprinnelsesmyten, men derimot fremkommer med motstridende opplysninger på dette punktet, er etter sekretariatets skjønn et tungt indisium på at klageren ikke tilhører denne klanen. Under politiregistreringen forklarer klageren at personen Bucor er klanens far, mens i asylintervjuet kunne klageren ikke gjøre rede for opprinnelsesmyten til klanen. I klagen av 25.04.2005 forteller klageren derimot at en av opprinnelsesmytene er at klanen stammer fra Israel. Ingen av klagerens redegjørelser vedrørende opprinnelsesmyten er i samsvar med våre kilder.

Et annet tungtveiende forhold er at klageren ikke er kjent med klanens særegne språk. Under politiregistreringen sier klageren at klanen ikke har noen egen dialekt, og at WORAM betyr "fortell". I asylintervjuet benekter klageren at klanen har noe eget språk som gjør at andre klaner ikke kan forstå dem, men han legger til at de kanskje har enkelte ord som gjør at de skiller seg ut. Først i klageomgangen gjør klageren gjeldende at klanen har et eget språk, som han behersker. Samtidig lister han opp flere ord fra dette språket. Sekretariatet bemerker at flere kilder hevder at dette språket utgjør nøkkelen for å få bekreftet hvorvidt en person tilhører en av minoritetsklanene Midgan, Tumul, Yibir og Yahar. Klageren har både fått spørsmål om klanen har en egen dialekt og om de har et eget språk. Følgelig er det lite rom for misforståelser på dette punktet. I tillegg ble han spurt hva Woram betyr, hvorpå hans svar ikke korresponderer med våre kilder. Ifølge våre kilder betyr Woram Midgan på dette språket. Ovennevnte bidrar således til å styrke indikasjonen om at klageren ikke har kjennskap til språket. Samlet sett må det kunne legges til grunn at klageren ikke har kjennskap til klanens særegne språk. I forbindelse med anførselen om at det er uklart hvorvidt det særegne språket er kjent av alle medlemmene av Midganklanen, bemerker sekretariatet at ifølge våre kilder skal enhver som påberoper seg tilknytning til Midgan ha kjennskap til det hemmelige språket. Minoritetsgruppen har en sterk tilknytning til det hemmelige språket, og anser det som vesentlig for sin identitet. Våre kilder understreker at det ikke finnes noen rimelig unnskyldning for ikke å kunne språket. Ovennevnte er en tung indikasjon på manglende klantilhørighet.

Sekretariatet bemerker at på bakgrunn av klantilhørighetens sentrale betydning i det somaliske samfunnet for den enkelte persons sikkerhetsmessige, økonomiske og humanitære situasjon, er klagerens forklaring på hvorfor han har manglende kjennskap til klanen, ikke tilstrekkelig til å begrunne de manglene han legger for dagen. Især når det tas hensyn til at manglene relaterer seg til basale forhold. Ei heller mener sekretariatet at bekreftelsen på klantilhørighet fra Somali International Minorities of America, er et forhold som kan tillegges nevneverdig betydning når det tas i betraktning manglenes graverende karakter og omfang.

Konklusjonen blir således at klageren ikke har sannsynliggjort sin klantilhørighet.”

Også her benyttes altså formuleringen ”ikke sannsynliggjort”. Som allerede sagt kan ikke den anses å gi uttrykk for den norm som skal gjelde ved spørsmålet om nemndleder kan avgjøre saken alene eller ikke. Det kan tyde på at man her har anvendt feil norm. Det kan selvfølgelig ikke utelukkes at forklaringen må anses åpenbart ikke troverdig selv om normen er uheldig formulert, men etter min oppfatning er det ikke tilfellet her. Det pekes i begrunnelsen på en rekke omstendigheter som gjør at troverdigheten trekkes i tvil, men jeg er skeptisk til om man kan si at forklaringen åpenbart ikke er troverdig. Vedtaket i saken kaster for øvrig ikke ytterligere lys over vurderingen. Der gjentas kun hovedpunktene i den begrunnelsen som er sitert ovenfor, med den konklusjon at klagers forklaring ikke kunne legges til grunn. Riktignok ga nemnda midlertidig oppholdstillatelse i ett år på grunn av situasjonen i Sør-Somalia, men ettersom det er en tillatelse som ikke gir fulle rettigheter, kan det ikke anses som fullt medhold. Etter min mening kan derfor mye tale for at denne saken burde vært avgjort i nemnd.

Sak nr. 99 er på mange måter sammenliknbar. Den gjaldt påstått tilhørighet til samme klan, men tilhørigheten ble ikke ansett sannsynliggjort, jf. følgende merknader til behandlingsform:

”Klageren har anført at han er fra Afgoye i Lower Shabelle. Han er stilt lite spørsmål om geografi, og dette er dermed lagt til grunn i vedtaket. Han har anført tilhørighet til klanen Midgan. Sekretariatet har funnet at han har generelle kunnskaper om denne klanen, dvs. kunnskaper som er kjent blant de fleste klaner. Klageren kjenner videre ikke til at klanen har eget språk, eller hva klanens opprinnelsesmyte er. Klagerens asylgrunnlag er videre begrunnet med hans klantilhørighet. Da sekretariatet er av den oppfatning at klageren *ikke har sannsynliggjort sin klantilhørighet*, er heller ikke hans asylgrunnlag lagt til grunn. Innstilling: Saken behandles av nemndleder alene.”

Også dette er en sak der mye etter min oppfatning taler for at den burde bli avgjort i nemnd, hvilket også senere skjedde. Vedtaket ble begjært omgjort etter at den generelle praksis om



Sør-Somalia ble endret, og nemndmøte ble da holdt for å avklare klagerens tilknytning til Afgoye.

Et ganske tilsvarende sak er sak nr. 95 (Somalia). Også der inntok sekretariatet det synspunkt at klantilhørighet ikke var sannsynliggjort, men at klantilhørigheten uansett ikke var avgjørende ettersom det dreide seg om en hovedklan. Det avgjørende var derfor klagers opplysning om at han var gift med en kvinne fra en mindre klan. Saksmappen inneholder følgende merknader til valget av behandlingsform:

”Klageren har anført tilhørighet til Tumul-klanen, og har fortalt at de er en ubevæpnet og undertrykt klan som er kjent for å arbeide med metall. De lager kniver og andre redskaper. Klageren har også opplyst at de bor over alt. I likhet med direktoratet er det her grunn til å påpeke at de kunnskaper klageren har, i ganske stor utstrekning må anses å være kjent blant den alminnelige somalier. Tumul betyr smed på somalisk, og at smeder jobber med metall er en rimelig slutning. Videre vil de som ser ned på/undertrykker noen normalt ha en idé om hvem de ser ned på/undertrykker.

I henhold til sekretariatets vurdering har klageren ikke sannsynliggjort tilhørigheten til Tumalklanen. Imidlertid bemerkes det at det ikke er stilt mange spørsmål om klan i asyLintervjuet. Forholdet tilsier ikke i seg selv at saken bør behandles i nemndmøte. Det bemerkes at nemndas praksis tilsier at tilhørighet til Tumalklanen ikke alene danner grunnlag for en tillatelse i medhold av utlendingsloven. I normalt tilfellet vil en Tuman ha tilstrekkelig beskyttelse i Somalia. Det avgjørende blir hvordan nemnda konkluderer i forhold til klagerens forklaring om ekteskapet med en kvinne fra Hawiye - Murusade.

Sekretariatet er av den oppfatning at det ikke er grunnlag for å feste lit til klagerens forklaring. Sannsynligheten for at en Tumalmann skal finne seg en hovedklanskvinne er klart begrenset. Ekteskap mellom Tumul og hovedklaner forekommer som en sjeldenhet. Videre er det arrangerte ekteskap normen i Somalia, og en kvinne går således i mindre grad utover sin families ønske hva gjelder ekteskap. Kvinnen må ha samtykke fra avdelingen for å kunne bli viet - verge kan imidlertid oppnevnes av Sheikhen dersom han finner forklaringen på hvorfor familien ikke er representert troverdig.

Det bemerkes at klagerens forklaring hva gjelder ekteskapet ikke fremstår som troverdig, i tillegg til at den er mindre sannsynlig i forhold til generell landinformasjon. Det bemerkes at det er lite egnet til å holde et ekteskap eller forhold skjult å reise hjem gravid til sin egen familie og der føde barn. Brudd på sosiale normer kan medføre utstøtelse – konen valgte å returnere frivillig til sin familie.”

Etter min oppfatning er det ikke opplagt at denne begrunnelsen isolert sett er tilstrekkelig til at man kan konkludere med at klager åpenbart ikke er troverdig. Argumentasjon om at en type ekteskap sjeldent forekommer kan ikke være tilstrekkelig, og de øvrige innsigelser mot

forklaringen er heller ikke av en slik styrke at den uten videre kan settes ut av betraktning. Det skal imidlertid i den sammenheng bemerkes at de øvrige innsigelser er forklart mer overbevisende i det endelige vedtaket. Nemndleder peker der på ytterligere forhold som tilsier at forklaringen ikke kan legges til grunn. Etter min oppfatning er det derfor ikke holdepunkter for å konkludere med at det var feil at saken ble avgjort av nemndleder alene, men det motsatte er heller ikke opplagt.

De tre Somalia-sakene som er nevnt står etter min oppfatning i et anstrengt forhold til lovens kriterium ”saker som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål”. Det er heller ikke innlysende at de er i tråd med praksis i sammenliknbare saker. Det er iallfall tre andre Somalia-saker med klare fellestrekk der en annen behandlingsform ble valgt.

Sak nr. 90 (Somalia) ble behandlet i nemnd, og merknadene i saksmappen tyder på at klagers klantilhørighet og sikkerhetssituasjonen i Lower Shabelle var bakgrunnen for det. Dette er langt på vei samme temaer som i sak nr. 99 (Somalia) som er nevnt ovenfor. Enkelte relevante forskjeller er det imidlertid. Nemndsaken ble for det første avgjort et halvt år før den som ble avgjort av nemndleder alene. For det annet poengteres det i nemndsaken at asylintervjuet var meget knapt om klagers klantilhørighet. Det tilsa antakelig at klager burde stilles ytterligere spørsmål om dette, og slik sett sto saken annerledes enn den som ble avgjort av nemndleder alene. Der ble klagers klantilhørighet ikke ansett sannsynliggjort på bakgrunn av klagers forklaring. Forskjellen er at utlendingsmyndighetene i sistnevnte tilfelle iallfall hadde fått en forklaring om klantilhørigheten som de kunne vurdere.

Sak nr. 88 (Somalia) ble avgjort omtrent samtidig som den nettopp gjennomgatte, dvs. minst et halvt år før de tre sakene som er nevnt ovenfor. Også denne saken ble behandlet i nemndmøte bl.a. pga. klagers anførte klantilhørighet. Saken gjaldt imidlertid en annen klan (Biyamal), og det er uttalelser i saksmappen som tyder på at det forelå lite informasjon om denne klanen, og særlig om dens stilling i Mogadishu der klager hevdet å komme fra. Også her foreligger det således relevante forskjeller, selv om det også er klare likheter.

Sak nr. 86 (Somalia) ble avgjort omtrent samtidig som de to nemndmøtesakene som er nevnt. Den reiser også en del sammenliknbare spørsmål, selv om den også selvfølgelig har sine særtrekk. Saksmappen inneholder merknader fra sekretariatet om behandlingsform der det først i en redegjørelse for faktum bl.a. poengteres at klager hadde vist en viss kjennskap til

den klanen hun hevdet å tilhøre, men at hun med fordel kunne ha blitt stilt flere spørsmål om det i asylintervjuet. Deretter kommer sekretariatets vurdering:

”Klageren har holdt tilbake opplysninger om sin asylsøknad og sitt opphold i Nederland, og hun har gitt flere forskjellige opplysninger i Nederland og Norge. Hun har imidlertid i Norge fortalt om overgrep som fant sted i Somalia i 2002. I følge opplysninger fra Nederland befant hun seg da i Nederland. Søknaden fremstår med svekket troverdighet.

Klageren har imidlertid både i Nederland og Norge anført tilhørighet til Shindle og å komme fra Mogadishu. Det er vanskelig ut fra opplysningene i asylintervjuet å bestemme hvorvidt hun har sannsynliggjort sin tilhørighet til Shindle.

Shindle er en minoritetsgruppe i Jareer (Bantu)gruppen. Nemnda har hittil ikke behandlet saker hvor klageren har anført tilhørighet til disse gruppene. Jareer (Bantu) er en jordbruksgruppe som i utgangspunktet har hatt tilhold i Lower og Middle Shabelle. Jareer-gruppene har tradisjonelt lav status og har tradisjonelt vært ekskludert fra å inngå ekteskap med medlemmer av de noble klanene.

Vi står her overfor en skilt kvinne med anført tilhørighet til en minoritetsgruppe med to barn, som potensielt skal returneres til Mogadishu. Nemnda har hittil behandlet få saker vedrørende kvinner med retur til Sør-Somalia. Enkelte klagesaker fra kvinner har blitt avslått av nemndleder alene. Dette har vært klager fra kvinner med tilhørighet til en hovedklan og med et nettverk bestående av ektefelle/familie på kjent sted i Mogadishu. Klagerens troverdighet er imidlertid i dette tilfellet svekket.

Etter min mening inneholder likevel saken usikkerhetsmomenter av en slik grad at den bør behandles i nemnd. Slik jeg ser det hadde det vært hensiktsmessig å kalle klageren inn til et nemndmøte hvor hun kan stilles spørsmål og forklare seg nærmere om flere forhold ved saken. Videre taler også hensynet til barna for at saken behandles i nemndmøte.”

Særlig betoningen av skilte kvinners situasjon og den manglende praksis om dette gjør at heller ikke denne saken er identisk med de foregående, og at det foreligger relevante forskjeller for valget av behandlingsform. Samlet syns jeg likevel at disse tre sakene gir et annet inntrykk av forståelsen av uttrykket ”vesentlige tvilsspørsmål” enn det man får i de tre forannevnte sakene som ble avgjort av nemndleder alene. På grunn av de forskjeller det er pekt på, er det ikke grunnlag for å konkludere med at det foreligger usaklig forskjellsbehandling, men det gis et inntrykk av at praktiseringen av normen ikke er helt ensartet.

#### 5.4.5. Spørsmålet om klagers forklaring gir grunnlag for asyl eller vern mot utsendelse

I en lang rekke av sakene reises det spørsmål om hvorvidt klagers individuelle forklaring gir grunnlag for asyl eller vern mot utsendelse, altså om klager har grunn til å frykte forfølgelse på grunn av hans konkrete forhold. Dette spørsmålet avgjøres gjerne av nemnda før den går over til å vurdere den generelle sikkerhetssituasjonen, men det er naturligvis også glidende overganger mellom de to spørsmålene.

Vurderingen vil i alle tilfeller skje på bakgrunn av den landkunnskap nemnda har. Temaet er jo nettopp om klagers forklaring – ut fra nemndas kunnskap om de stedlige forhold – tilsier at klager vil være i *særlig* (individuell) fare for overgrep eller forfølgelse. Selv om det her er spørsmål om en individuell risiko, har spørsmålene likevel mye til felles med dem som allerede er omtalt under punkt 5.3 ovenfor fordi også disse avgjørelsene ofte tas på grunnlag av fast praksis.

En veldig stor andel av de individuelle beskyttelsesvurderingene omhandler det man kan kalle private forhold, dvs. frykt for forfølgelse pga. familiefæder, ekteskapsforhold, at man har angitt noen, at man har blitt gjenstand for overgrep som ikke har annen (troverdigg) forklaring enn at det er utslag av alminneligg kriminalitet o.l. I disse tilfellene legger nemnda som nevnt under pkt. 5.4.3 nærmest uten unntak til grunn at det ikke foreligger grunnlag for asyl eller vern mot utsendelse etter § 15 fordi hjemlandets myndigheter har tilstrekkelig vilje og evne til å gi beskyttelse mot kriminelle handlinger. (Unntak gjelder der den generelle sikkerhetssituasjonen er dårligg, men da er vi over i de spørsmål som allerede er behandlet). Det kan selvfølgelig være delte meninger om rettmessigheten av den praksisen, men det kan ikke være tvil om at den er fast og ensartet. Det gjelder for alle de områder der slik argumentasjon er benyttet i de saker jeg har gjennomgått. Da kan det ikke være grunn til å anse slike spørsmål som ”vesentlige tvilsspørsmål” i lovens forstand.

En annen gruppe av tilfeller er dem der individuell beskyttelse ikke anses nødvendig pga. endringer i de lokale forhold. Også dette blir veldig likt de generelle risikovurderinger som er diskutert ovenfor. Man ser i mange saker at nemnda legger klagers forklaring til grunn, men finner at den ikke – iallfall ikke lenger – gir grunn for å frykte forfølgelse. Dette gjelder f.eks. i en rekke Irak-saker som gjelder frykt for forfølgelse fra det tidligere Baath-regimet, og det gjelder også i en rekke Afghanistan-saker fra de områder der det har blitt fastere

styringsforhold. Det gjelder også i en rekke Kosovo-saker. Også denne gruppen av saker handler derfor i stor grad om å etterleve en etablert praksis.

Til tross for at individuelle beskyttelsesbehov er asylrettens kjerne, spiller disse vurderingene derfor en tilbaketrasket rolle når det gjelder valg av behandlingsform. En stor andel av sakene løses på troverdighetsspørsmålene, og de resterende avgjøres i stor grad på grunnlag av fast praksis.

#### 5.4.6. Oppsummering om valg av behandlingsform ved individuelle risikovurderinger

I de fleste troverdighetssaker velges behandlingsformen ut fra om klagers forklaring åpenbart ikke er troverdig. Det meste tyder også på at denne normen etterleves lojalt, og at den ikke legges på strekk for at nemndledere skal kunne avgjøre flere saker alene enn de har adgang til etter loven.

Gjennomgang av praksis viser imidlertid en viss variasjon i formuleringen av den norm som anvendes. I en del saker begrunnes valget av behandlingsform med at klager *ikke har sannsynliggjort* bestemte forhold. Dette er ikke i tråd med lovens krav. I noen av tilfellene ser det heller ut som om begrunnelsen er uheldig formulert enn at nemndleder har avgjort ”vesentlige tvilsspørsmål” alene, men det er iallfall to eksempler på at troverdighetsspørsmål synes å ha vært avgjørende, men allikevel er avgjort av nemndleder alene til tross for at de ikke fremstår som åpenbare.

Det finnes eksempler på saker som, så langt de gjelder troverdighetsspørsmål, fremstår som ganske like, men der det er valgt forskjellig avgjørelsesform. Man kan imidlertid ikke derfra slutte at det foreligger usaklig forskjellsbehandling. Troverdighetsspørsmålet er sjelden *alene* avgjørende, og det verken kan eller skal vurderes i et vakuum av nemnda. Hvilken risiko klager vil være utsatt for dersom hans forklaring legges til grunn, vil uvegerlig påvirke valget av behandlingsform. Der klagers forklaring tilsier ingen eller liten risiko for overgrep (utover den som gjelder generelt) er det mindre grunn til å forelegge saken for nemndmøte enn der klagers forklaring opplagt tilser asyl eller vern mot utsendelse på annet grunnlag.

### **5.5. Tolknings spørsmål**

Både ut fra gjennomgangen av saker og tidligere erfaringer, er det min forståelse at rettslige tolknings spørsmål sjeldent er avgjørende i asylsaker. Når et tolknings spørsmål en sjelden gang reises eksplisitt, er bakgrunnen nærmest per definisjon at spørsmålet anses tvilsomt. Det ligger i tolknings spørsmåls natur at de ikke vil bli reist dersom svaret er opplagt. Når tolknings spørsmål oppstår, følger det derfor klart av loven og forskriften at spørsmålet bør behandles i nemndmøte.

Av de sakene jeg har gjennomgått, har det bare i én blitt reist et rent tolknings spørsmål. Det gjelder sak nr. 96 (Somalia) der nemnda måtte ta stilling til om kvinner i Somalia kunne anses som en ”sosial gruppe” i flyktningdefinisjonens forstand. Dette ble behandlet i nemndmøte. Saksmappen inneholder ingen merknader om valget av behandlingsform, men det fremkommer implisitt at det først og fremst var tolknings spørsmålet som begrunnet nemndbehandling.

### **5.6. Skjønnsutøvelse (spørsmålet om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag)**

#### *5.6.1. Nærmere om normen – bør skjønnsutøvelsen legges til nemndmøter?*

Selv om en asylsøker verken har krav på asyl eller vern mot utsendelse etter § 15, kan utlendingsmyndighetene gi arbeids- eller oppholdstillatelse etter § 8 annet ledd dersom sterke menneskelige hensyn taler for det, eller utlendingen har særlig tilknytning til riket.

Utlendingsloven skal etter § 2 første ledd ”gi grunnlag for kontroll med inn- og utreise og med utlendingers opphold i riket i samsvar med norsk innvandringspolitikk”. Etter § 5 skal Stortinget godkjenne ”hovedprinsippene for reguleringen av innvandringen”, men innenfor rammene av de hovedprinsippene samt eksisterende forskriftsverk, er det opp til utlendingsmyndighetene å gjennomføre den kontrollen § 2 omtaler. For den oppgaven er § 8 annet ledd et vesentlig virkemiddel. Det er gjennom den bestemmelsen store deler av innvandringspolitikken legges.

Som fremholdt i forarbeidene til ny utlendingslov (Ot.prp. nr. 75 for 2006-2007 s. 152) berører ”[t]erskelen for opphold på humanitært grunnlag ... klare politiske avveininger og har

betydning for den samlede innvandringen”. Avgjørelser etter § 8 annet ledd byr derfor på sammensatte avveininger der innvandringsregulerende hensyn inngår sammen med andre hensyn som beskyttelseshensyn og mer rendyrkede humanitære hensyn. Det er videre på det rene at utlendingsmyndigheten ikke bare skal se hen til omstendighetene i den konkrete saken, men også til mer generelle forhold. Utlendingsmyndigheten må, med basis i det grunnleggende kravet om likebehandling, se hen til hvilke konsekvenser det vil ha for innvandringen å gi tillatelse i den enkelte sak, og det kan også ses hen til de samfunnsmessige konsekvenser og til hensynet til kontroll og respekt for lovens øvrige regler. Dette er sagt eksplisitt i den nye utlendingsloven § 38 fjerde ledd, men gjelder også under dagens lov. Som en oppsummering må det kunne sies at vurderingen etter § 8 annet ledd byr på et bredt skjønn som både er faglig og politisk.

Vurderingens komplekse og innvandringspolitiske karakter gjør at det kan stilles spørsmål ved hvordan og av hvem slike spørsmål bør behandles. Selv om hovedregelen etter utlendingsloven er at også tvilsspørsmål om skjønnsutøvelsen skal avgjøres i nemndmøter, er det grunn til å påpeke at det ikke er tradisjon i Norge for å legge denne typen vurderinger til organer med stor grad av lekmannsdeltakelse. Tradisjonen går snarere i retning av at denne type skjønn legges til en spesialisert fagmyndighet. Det er i den sammenheng av betydelig interesse at norske domstoler nokså konsekvent har funnet at vurderingen under § 8 annet ledd er underlagt forvaltningens frie skjønn – dvs. at domstolene har veket tilbake fra å overprøve forvaltningens vurdering av om det foreligger sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket. Begrunnelsen for å unnlate prøving har dels vært at bestemmelsen byr på utpreget faglige og politiske vurderinger, og dels at subsumsjonen under de nevnte vilkår og ”kan-skjønn” langt på vei glir over i hverandre.

Høyesterett har ved tre anledninger lagt til grunn at vurderingen etter § 8 annet ledd er underlagt utlendingsmyndighetenes frie skjønn. Det ble første gang gjort i Rt. 1997 s. 1784 og så igjen i Rt. 2003 s. 1287. I ingen av disse sakene ble spørsmålet om domstolenes prøvelsesrett gjort til et hovedspørsmål for retten, og de konkrete begrunnelsene for standpunktet er derfor meget knappe. Høyesterett gjør lite annet enn å fastslå at det bestemmelsen byr på et fritt skjønn. Spørsmålet om domstolenes overprøving av utlendingsmyndighetenes vurdering under § 8 annet ledd ble imidlertid drøftet inngående i sak HR-2008-896-A, der dom ble avsagt 20.5.2008. Spørsmålet om domstolens kompetanse ble der drøftet som det eneste spørsmålet, og Høyesterett fant etter gjennomgang av så vel

autoritative rettskilder som reelle hensyn at ”§ 8 ikke kan forstås slik at andre ledd åpner for domstolskontroll med forvaltningens anvendelse av vilkårene «sterke menneskelige hensyn» eller utlendingens «særlige tilknytning til riket.» Det bærende synspunkt synes å være vurderingenes faglige og innvandringspolitiske karakter, se særlig avsnitt 43-45.

Høyesterett problematiserer ikke betydningen av at utlendingsmyndighetenes vedtak i siste instans etter hovedregelen skal fattes i nemndmøte der lekmenn er i flertall.

Selv om domstolsprøvelse og valg av behandlingsform i UNE i utgangspunktet er to forskjellige spørsmål, tilsier etter min oppfatning mange av de samme betraktninger som begrunner frihet fra domstolsprøvelse at de avgjørende vurderingene under § 8 annet ledd bør legges til nemndenes faste medlemmer, dvs. nemndlederne. Fellesnevneren mellom de to spørsmålene er at de handler om hvem som er *best egnet* til å ta en bestemt avgjørelse, og når domstolene synes å mene at avgjørelsen hører hjemme hos en fagmyndighet, bør tilsvarende synspunkt ha vekt ved valget av behandlingsform i UNE.

Verken innvandringsregulerende hensyn eller hensyn til konsekvens og likebehandling taler for at lekmenn bør være i flertall ved avgjørelse av om oppholdstillatelse skal gis på humanitært grunnlag. Det er grunn til å frykte at lekmanjustis i saker med et tema av en slik type som det i utlendingsloven § 8 annet ledd lettere blir styrt av konkret rimelighet og personlige sympatier enn det som vil være tilfellet hos fagmyndigheter. Som jeg skal komme tilbake til under pkt. 7.2.1. inneholder de utvalgte sakene flere eksempler på avgjørelser der nemndmedlemmene mot nemndlederens stemme gir oppholdstillatelse etter § 8 annet ledd med en begrunnelse som det er vanskelig å se at er i overensstemmelse med praksis. Mest outrert er sak nr. 68 (Serbia) der nemndmedlemmene innvilget oppholdstillatelse etter § 8 annet ledd på grunn av frykt for at klagerne ville stå uten arbeid og adekvat bolig. I den vurderingen synes hensynene til konsekvens og likebehandling å være helt fraværende.

Etter min oppfatning taler derfor reelle hensyn for at det ikke er like viktig at tvil ved spørsmålet om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag forelegges for nemndmøter som f.eks. spørsmål om klagers troverdighet. Jeg er innforstått med at flere av de synspunkter jeg har gjort gjeldende ikke bare taler for at normen ikke bør være spesielt streng, men til og med for at avgjørelsen *bør* avgjøres av nemndleder alene. En slik løsning er imidlertid i strid med dagens lov, og mitt syn bør derfor ikke tas for annet enn et rettspolitisk innspill.



Jeg understreker at jeg i dette avsnittet utelukkende diskuterer den rene skjønnsutøvelsen, altså avveiningen av de forskjellige hensyn. Også saker om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag reiser imidlertid selvfølgelig bevissspørsmål. Det gjelder både spørsmål om troverdigheten av klagers forklaring og spørsmål om de generelle forholdene i hjemlandet. Relevante spørsmål om klagers troverdighet kan f.eks. være om klager er fra det sted han hevder å være, hvilket nettverk han har, om han tilhører den klan eller etniske gruppe han hevder osv. Faktaspørsmål av mer generell art kan være om klager kan få behandling for sine medisinske problemer i hjemlandet, hvilken risiko personer av hans etnisitet lider osv. Behandlingsformen av slike faktaspørsmål må bli å avgjøre ut fra de samme retningslinjer som tilsvarende spørsmål i beskyttelsesvurderingen.

#### *5.6.2. Praksis om behandlingsformen av oppholdstillatelse på humanitært grunnlag*

Som nevnt under pkt. 1.1 er ikke denne undersøkelsesformen egnet til å gjøre en grundig vurdering av behandlingsformen ved avgjørelsen av spørsmål om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Det skyldes for det første at sakene er hentet fra land der beskyttelsesspørsmål står i sentrum, og for det annet at det i en del avslagssaker kan være vanskelig for utenforstående å mene noe om graden av tvil om dette spørsmålet. Når det er sagt, skal det likevel tillegges at jeg ikke i noen av de sakene som er avslått av nemndleder alene har sett begrunnelser som skulle tilsi at spørsmålet oppholdstillatelse på humanitært grunnlag var beheftet med en slik tvil at spørsmålet burde vært behandlet i nemndmøte.

Gruppen av saker jeg har gjennomgått inneholder flere eksempler på at saker er lagt til nemndmøte ut fra hva som fremstår som tvil utelukkende (eller iallfall først og fremst) om spørsmålet om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.

For det første ble det som nevnt under pkt. 5.3.2 innført en ny forskriftsbestemmelse om barns tilknytning til riket. Bestemmelsen, gitt 31.5.2007 og inntatt i utlendingsforskriften § 21b, sier at "[v]ed vurderingen av sterke menneskelige hensyn etter utlendingsloven § 8 annet ledd, skal barns tilknytning til riket tillegges særlig vekt". Endringen reiste en rekke spørsmål som måtte avklares i praksis, og UNE plukket derfor aktivt ut en rekke egnede saker.

Sak nr. 22 (Irak) er ett eksempel. Som følge av forskriftsarbeidet ble en rekke saker stilt i bero i påvente av at forskriften skulle tre i kraft, deriblant denne. Saksmappen (til ektefellen) inneholder et notat der sekretariatet opplyser:

”Denne saken er en av flere saker som har blitt plukket ut i prosjektet som en velegnet sak for prøving og fastsettelse av praksis etter den nye forskriftsbestemmelsen i utlendingsforskriften § 21b ... Prosjektet har plukket ut saker som ifølge rettstilstanden før forskriftsendringen var åpenbare avslagssaker. Denne saken inneholder altså ifølge vår vurdering ingen vesentlige argumenter for innvilgelse av noen tillatelse – annet enn nettopp barnets/barnas tilknytning til riket”.

Sak nr. 67 (Serbia) er en av de andre sakene som ble plukket ut til å belyse praksis rundt den nye bestemmelsen i forskriften § 21b. Saksmappen inneholdt et notat med en tilsvarende begrunnelse som den ovenfor siterte. I disse to sakene ble sakene avgjort i nemndmøter med personlig fremmøte. I tre andre saker ble andre spørsmål under den samme forskriftsbestemmelsen avgjort i nemndmøter uten personlig fremmøte – uten at forskjellen er forklart på annen måte enn at klagers tilstedeværelse i disse sakene ikke ble funnet nødvendig for sakens opplysning. Dette gjaldt sak nr. 26 (Irak), sak nr. 36 (Irak) og sak nr. 75 (Serbia).

Blant sakene jeg har gjennomgått er det også minst fire eksempler på saker som er avgjort av nemndleder alene på grunnlag av den nye forskriften. I alle fire sakene ble klagen gitt medhold på grunnlag av den nye forskriftsbestemmelsen, og alle er datert sent i 2007, i tid etter de nevnte nemndmøtesakene.

Det finnes også noen eksempler på at saker er behandlet i nemndmøte på grunn av individuell tvil om det var grunnlag for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Det gjelder for det første sak nr. 43 (Russland) der saken ble behandlet i nemndmøte med personlig fremmøte for – ifølge et notat i ektefellens saksmappe – ”bl.a. å avklare den sosiale situasjonen for klageren og sønnen i hjemlandet (nettverk og bosteder). Dette er forhold som etter sekretariatets vurdering vil være viktige, sett hen til kvaliteten på helse- og sosialtilbudet”. Oppholdstillatelse ble gitt på grunnlag av klagers psykiske lidelser og barnets spesielle forhold. Et annet eksempel er sak nr. 53 (Russland) som også ble behandlet i nemndmøte. Tvilen gjaldt der både risikovurderingen og helsemessige forhold – særlig betydningen av at klagers ene datter var psykisk utviklingshemmet og den andre hadde fått kreft. Et tredje eksempel gir – antakelig – sak nr. 41 (Russland) der sekretariatet opprinnelig hadde skrevet utkast til vedtak av nemndleder alene, men der det allikevel ble holdt nemndmøte. Verken

klagers eller ektefellens saksmapper inneholder merknader som kaster lys over dette valget, men vedtaket tyder på at bakgrunnen var manglende muligheter i hjemlandet (og fare for trakassering) fordi ektefellen var i et såkalt blandingssekteskap, samt barnas vanskelige situasjon. Et fjerde eksempel er sak nr. 81 (Somalia). Heller ikke der gir saksmappen informasjon om hvilken tvil som begrunnet at det ble holdt nemndmøte, men vedtaket tyder på at det skyldtes barnas lange botid og vanskelige situasjon (vedtaket ble fattet lenge før den nevnte forskriftsendringen). Det femte og siste (iallfall ganske rene) eksempelet er sak nr. 88 (Somalia). Også der innstilte sekretariatet opprinnelig på behandling av nemndleder alene, men denne vurderingen ble etter alt å dømme overprøvd av nemndleder. Bakgrunnen synes å være tvil om spørsmålet om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Tillatelse ble gitt på grunnlag av at klager kom fra en liten klan, at han var uten nettverk i form av nær familie og at han en alvorlig og behandlingstrengende skuddskade.

Denne gjennomgangen tyder etter min oppfatning på at lovens krav om nemndmøtebehandling av vesentlige tvilsspørsmål gjennomgående etterleves lojalt når det gjelder spørsmålet om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Jeg gjentar imidlertid at denne undersøkelsen nok gir tynnere grunnlag for sikre slutninger for dette spørsmålet enn for beskyttelsesspørsmålene.

### **5.7. Generelle inntrykk av valget av behandlingsform – likebehandling**

Det er et klart inntrykk ut fra samtalene med nemndlederne at de har et bevisst forhold til regelverket, og at de er opptatt av å etterleve dette. Samtlige synes å være av den oppfatning at et nemndmøte for mye er klart å foretrekke fremfor et for lite. Det er et klart inntrykk at valget av behandlingsform tas alvorlig og gjøres gjenstand for selvstendig vurdering i den enkelte sak.

Det er ingen tegn på at noen av nemndlederne har en egeninteresse i utfallet av saker eller i å få avgjøre dem alene. Samtlige nemndledere gir uttrykk for at de liker godt å holde nemndmøter, og at de ser på det som den mest interessante delen av sitt arbeid. Samarbeidet mellom nemndlederne og nemndmedlemmene er generelt veldig godt.

Det er videre et klart inntrykk fra gjennomgangen av saksmappene at valget av behandlingsform styres av graden av tvil, og ikke utenforliggende hensyn. Ressursbruk

benyttes i minimal grad som hensyn ved avgjørelsen av om en sak skal legges frem for nemndmøte. Det nevnes kun i en sak, og der poengteres det at det viktigste under enhver omstendighet er rettssikkerhet.

Jeg har i dette kapittelet delt inn asylsaker i forskjellige typer av spørsmål, og har forsøkt å analysere både den norm som bør gjelde og nemndas praksis om de forskjellige spørsmålstypene. Det er gjort for å påpeke likheter og ulikheter, og fordi jeg antar at en slik inndeling kan være et hensiktsmessig bidrag i et evt. videre arbeid med presiseringer av regelverket. Jeg presiserer imidlertid at det er de færreste saker som bare reiser ett spørsmål. De fleste saker vil inneholde forskjellige spørsmål, og det er ikke til å unngå at de forskjellige spørsmålene vil påvirke hverandre i valget av behandlingsform. Der klagers forklaring etter sitt innhold gir liten grunn til å frykte forfølgelse, vil spørsmålet om klagers troverdighet fortone seg annerledes enn der forklaringen etter sitt innhold opplagt gir krav på asyl.

I forlengelsen av dette er det vanskelig å trekke sikre slutninger om likebehandling. Ingen saker er helt like, og med et så stort sakstilfang som UNE har, er det innlysende at det vil bli subtile grenser mellom saker som kan avgjøres av nemndleder alene og saker som skal forelegges nemndmøte. Det er like klart at saker som minner mye om hverandre kan bli behandlet i forskjellige avgjørelsesformer uten at det er begått feil av den grunn. I en del tilfeller vil det tvert imot være riktig at like saker behandles på forskjellig måte. Det gjelder f.eks. der nemndmøte i en sak anses nødvendig for å etablere en fast praksis, mens den andre saken først kommer opp etter at en slik praksis er etablert.

Gjennomgangen av praksis viser enkelte eksempler på saker der klagers troverdighet har vært avgjørende og som nemndleder har avgjort alene til tross for at det ikke fremstår som åpenbart at klager ikke var troverdig. Gjennomgangen viser også eksempler på saker som fremmet for nemndmøter uten at verken saksmappen eller vedtaket indikerer at saken har budt på reell tvil. Det er imidlertid påregnelig at man i en så stor gruppe av saker, vil finne noen vedtak som fremstår som strenge mens andre fremstår motsatt. Så lenge menneskelige faktorer er involvert og det er forskjellige personer som fatter avgjørelsene, er visse forskjeller ikke til å unngå. Gjennomgangen av praksis viser ingen gjennomgående tendenser i noen retning, og jeg finner ikke grunnlag for å si at det ikke er en tilstrekkelig eller tilfredsstillende grad av likebehandling i nemndas generelle praksis. Visse forskjeller er det, men ikke mer enn det som er å forvente i en omfattende praksis der mange ulike personer er involvert.

## 6. OPPSUMMERING OG KONKLUSJONER

Lovens kriterium ”vesentlige tvilsspørsmål” er vagt og vanskelig håndterlig. I asylsaker, og særlig når det gjelder nemndleders adgang til å avslå saker alene, gir forarbeidene og utlendingsforskriften liten veiledning om forståelsen av lovens hovedvilkår. De gir imidlertid grunnlag for å si at det avgjørende må være om det foreligger tvil om spørsmål som kan være avgjørende for sakens utfall. Det er videre grunnlag for å omskrive vurderingstemaet til at det avgjørende er om klagen er grunnløs eller at det må være klart at klagen ikke kan føre frem.

Nemndbehandling skal etter loven foretas ved alle typer av tvilsspørsmål. Det gjelder både tolkningsspørsmål, generelle risikovurderinger, troverdighetsspørsmål og skjønnsutøvelse. Hensynene bak opprettelsen av UNE og sammensetningen av nemndene kan imidlertid tilsi at nemndbehandling er særlig viktig for troverdighetsspørsmål. Til tross for at det over lang tid, og etter mange forskjellige forslag, har vært diskutert om klagesaksbehandlingen i utlendingssaker skal legges til et uavhengig organ, finnes det ingen grundig drøftelse av hvilken funksjon nemndmedlemmene er ment å ivareta. Ved opprettelsen UNE uttalte Stortinget at nemndmedlemmene skulle sikre særlig kompetanse, men verken oppnevningensreglene innhold eller praktisering tilsier at nemndmedlemmene skal representere en kompetanse UNE ikke ellers har. Slik systemet praktiseres i dag fungerer det som et lekmannssystem.

Det gjelder ingen formelle krav til saksbehandlingen av valget av behandlingsform, men alt tyder på at saksbehandlingen er grundig og at valget tas alvorlig. Valget tas av nemndleder, men etter råd fra sekretariatet. Vanligvis følges rådet fra sekretariatet, og det er iallfall svært sjeldent at nemndleder overprøver en innstilling fra sekretariatet om at det bør holdes nemndmøte. Tidligere har systemet inneholdt to forskjellige kvalitetssikringsmekanismer som skulle bidra til likebehandling. Disse er senere fjernet, den siste av dem ved at Koordineringsutvalget ble erstattet av stornemnda. Det finnes i dag en rekke uformelle mekanismer for å sikre likebehandling, men ingen formelle. Med en stor andel erfarne nemndledere er dette neppe et stort problem, men man står overfor store utskiftninger. UNE anbefales å se nærmere på behovet for interne kvalitetssikringsmekanismer. .

Gjennomgangen av praksis om generelle risikovurderinger viser at UNE gjennomgående er opptatt av at det skal etableres en fast og avklarende praksis i nemndmøter. Først når en praksis er tilstrekkelig etablert i nemndmøter, kan nemndleder alene avgjøre saker på

grunnlag av praksisen. Det er overordnet inntrykk at saker legges til nemndmøte der nemndleder er i tvil om en fast praksis er etablert, og at man heller tar et nemndmøte for mye enn et for lite. Når det inntreer endringer eller oppstår nye situasjoner, virker UNE interessert i å få etablert en praksis så snart som mulig. Det er derfor vanlig at UNE aktivt finner frem til et tilstrekkelig antall egnede saker.

Saker der klagers troverdighet er avgjørende bør ikke behandles av nemndleder alene med mindre det er åpenbart at klagers forklaring ikke er troverdig. Det meste tyder på at denne normen stort sett etterleves lojalt, men det finnes eksempler på at nemndledere har avgjort troverdighetssaker alene uten at det for meg er åpenbart at klagers forklaring ikke var troverdig. I enkelte av disse er det imidlertid mye som tyder på at det er begrunnelsen heller enn den materielle vurdering som har sviktet.

Gjennomgang av praksis viser en viss variasjon i formuleringen av den norm som anvendes. I enkelte troverdighetssaker begrunnes valget av behandlingsform med at klager *ikke har sannsynliggjort* bestemte forhold. Dette er ikke i tråd med lovens krav. Det finnes videre eksempler på saker som, så langt de gjelder troverdighetsspørsmål, fremstår som ganske like, men der det er valgt forskjellig avgjørelsesform. Dette har imidlertid ikke et slikt omfang at det er grunn til å si at det ikke er tilfredsstillende likebehandling.

Denne undersøkelsen gir dårligere grunnlag for sikre slutninger om valget av behandlingsform når det gjelder spørsmålet om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, men alle indikasjoner går i retning av at loven etterleves lojalt også i dette spørsmålet.

## 7. PRESISERINGER OG MULIGE FORBEDRINGER

### 7.1. *Bør kriteriene for nemndleders adgang til å avgjøre saker alene presiseres?*

UNEs ledelse har ved en rekke anledninger bedt departementet om å presisere nærmere hvilke saker som kan avgjøres av nemndleder alene og hvilke som skal avgjøres i nemndmøte. Dette har også blitt foreslått av et mindretall på Stortinget. I forbindelse med Stortingets oppfølging av Ot.prp. nr. 31 (2004-2005) om styringsforhold på utlendingsfeltet fremmet SV og Sp følgende forslag i Innst. O nr 68 (2004-2005):

”Stortinget ber Regjeringen utferdige forskrifter som klargjør sentrale begreper i utlendingsloven: flyktning, sterke menneskelige hensyn, innvandringspolitiske hensyn, sterk tilknytning til riket og vesentlige tvilsspørsmål.”

Forslaget fikk ikke tilslutning fra andre på Stortinget. I debatten i Odelstinget 19. april 2005 oppsummerte statsråd Erna Solberg sine innsigelser mot forslaget:

”Det er ikke slik at vi ikke er villig til å bruke forskriftsbiten, men det er ganske viktig at vi ikke tror at vi kan gi uttømmende forskrifter på alle områder, for da forsvinner jo også skjønnsmomentene som det forutsettes at utlendingsforvaltningen skal ha. Jeg mener at noe skjønnsområde bør det også være, rett og slett fordi det vil være umulig å ha uttømmende opplysning f.eks om alle tilfeller som skulle falle inn under «særlige tvilstilfeller». Hvis jeg på forhånd hadde visst om alt det kunne oppstå tvil om i «særlige tvilstilfeller», tror jeg jeg burde søkt til den jobben i Roma. Jeg har forstått det slik at det nå har kommet hvit røyk nede i Roma. Det er utnevnt ny pave, har jeg fått beskjed om. Da hadde jeg hatt betydelig nærmere kontakt med øvrigheten enn med andre bestemmelser, hvis jeg hadde gjort det. Det tror jeg heller ingen i embetsverket vil klare å forutse på forhånd, og man ville hatt runden gående.”

Statsrådens manglende optimisme til tross, tror jeg det er mulig å gi et regelverk med mer presise føringer. Jeg nevnte under pkt 3.5 forskjellige formuleringer som etter min oppfatning gir et mer renskåret og hensiktsmessig vurderingstema. Det gir imidlertid bare et utgangspunkt for vurderingen – dvs. en overordnet norm – og innebærer lite egentlig presisering. For å sikre likebehandling ville det være ønskelig å konkretisere normen ytterligere gjennom presiseringer for forskjellige typer av spørsmål. Før man gjør det er det imidlertid etter min oppfatning nødvendig å definere klart hvilken funksjon nemndmedlemmene er tenkt å ha. Til tross for at det bør ha betydning for hvor normen legges for de forskjellige typene av spørsmål, finnes det ingen unison oppfatning av hvilken funksjon

nemndmedlemmene egentlig ivaretar – dvs. om de representerer en særlig kompetanse eller lekmanndeltakelse.

Selv om gjennomgangen av praksis ikke avslører betydelige svakheter, ville det etter min mening være hensiktsmessig med klarere føringer. Det skaper økt bevissthet rundt de avgjørende spørsmål. Etter min oppfatning bør normen kunne presiseres for alle de forskjellige typer av spørsmål som er gjennomgått under kapittel 5 ovenfor. Det gjelder:

- når nemndleder kan avgjøre saker alene basert på praksis
- når klager kan avgjøres av nemndleder alene basert på klagers forklaring, og
- når klagers forklaring kan settes til side.

## **7.2. Er det mulig å forbedre saksbehandlingen på andre måter?**

### *7.2.1. Tiltak for å konsentrere nemndmøter*

Mange nemndmøter er svært lange, og gjennomsnittlig lengde synes å ha økt gjennom den perioden UNE har vært i virksomhet. Nemndmøter holdes ved at nemndmedlemmer samles i Oslo for en periode på tre dager, normalt fra mandag til onsdag. Mandagen benyttes til lesing av saksdokumenter m.v., mens nemndmøtene holdes de påfølgende to dagene. Ved etableringen av UNE i 2001 var målsetningen at man skulle behandle fem saker per samling, men dette antallet er senere redusert som følge av at tiden ikke strakk til. Det vanlige er nå at man på en samling rekker to eller tre saker. Mange av nemndlederne forteller at det ikke er uvanlig at saker tar hele dagen og også fortsetter utover ettermiddagen og kvelden. Dette gjør, som jeg har vært inne på flere ganger, nemndmøter til en ressurskrevende behandlingsform. Det er grunn til å tro at UNE ved å forkorte møtene kunne øke antallet saker som behandles i nemnd, uten en tilsvarende økning i bemanningen. Derved kunne flere nyte godt av de utvidete rettssikkerhetsgarantier som nemndmøtebehandling innebærer selv innenfor dagens bevilgning.

En mulighet for å effektivisere møtene er i større grad å konsentrere møtene til de tvilsspørsmålene som var grunnen til at saken ble fremmet for nemndmøte. Slik loven og forskriften i dag lyder, skal *hele* saken avgjøres enten av nemndleder alene eller i nemndmøte. Dersom saken fremmes for nemndmøte har dette mao. ikke bare adgang til å avgjøre alle



spørsmålene i saken, det har også plikt til å gjøre det. Det betyr at selv om nemndleder bare har identifisert ett avgrenset tvilsspørsmål, må saken like fullt forberedes for, og drøftes av, nemnda i full bredde.

Dette systemet har etter min oppfatning flere uheldige sider. For det første innebærer det en sløsing med ressurser ved at spørsmål som nemndleder vurderer som opplagte må forberedes og drøftes på en tidkrevende måte. For det annet kan det gå utover likebehandlingen i nemnda. Blant de sakene jeg har gjennomgått finnes det iallfall to eller tre eksempler på at nemnda har løst saken på annet grunnlag enn tvilsspørsmålet som nemndleder hadde definert, og da med en løsning som synes å stå i strid med nemndas øvrige praksis. Det klareste eksempelet er etter min oppfatning sak nr. 68 (Serbia). Saken ble fremmet for nemndmøte på grunn av tvil om familiens tilknytning til Serbia (spørsmålet om familien kunne henvises til internflukt). Nemnda fant enstemmig at familien kunne returneres, men et mindretall på to (de to nemndmedlemmene) innvilget oppholdstillatelse etter § 8 annet ledd av humanitære grunner, nemlig at klagerne ville stå uten arbeid og adekvat bolig. Avgjørelsen etter § 8 annet ledd fremstår etter min oppfatning som et markant avvik fra nemndas praksis om sterke menneskelige hensyn.

Sak nr. 10 (Afghanistan) gir et annet eksempel. Det var der tvil ved klagers troverdighet som var av avgjørende betydning for risikovurderingen. Nemnda fant enstemmig at klager manglet troverdighet og at forklaringen hans ikke kunne legges til grunn, men et mindretall på to (de to nemndmedlemmene) innvilget oppholdstillatelse etter § 8 annet ledd fordi klager var handicappet i form av at han hadde amputert et ben. Klager var imidlertid høyt utdannet og hadde tilknytning til Kabul, faktorer som tilsier at vedtaket fremstår som et avvik fra nemndas praksis. Et tredje eksempel, men som ikke er like rent, er sak nr. 56 (Russland).

Selv om loven legger opp til at saker skal behandles enten av nemndleder alene eller i nemndmøte, er det vanskelig å se at hensynene bak nemndbehandling strekker seg lenger enn til at den skal behandle sakens vesentlige tvilsspørsmål. Etter min oppfatning bør man derfor vurdere om det bør innføres en adgang for nemndleder til å skjære til saken slik at bare de vesentlige tvilsspørsmål blir lagt frem for nemnda. Etter min vurdering er forskriftshjemmelen i § 38b sjuende ledd tilstrekkelig vid til at en slik adgang kan innføres ved forskriftsendring. Uten at adgangen kan formuleres likt, vil det evt. dreie seg om en kompetanse som kan sammenliknes med den Høyesteretts ankeutvalg har etter tvisteloven § 30-4 (2) annen setning.

En slik adgang ville fremtvunget enkelte endringer i UNEs saksbehandling. Nemndleders beslutninger om behandlingsformen måtte vært gjort skriftlig. I saker der nemndleder finner at det bare er tvil om enkelte spørsmål, måtte nemndleder alene avgjort de øvrige spørsmål og samtidig lagt rammene for nemndmøtets behandling.

Jeg har diskutert denne mulige ordningen med flere av nemndlederne. Mitt hovedinntrykk er at nemndlederne mener at mange nemndmøter er for lange, og at nemndas behandling i mange saker er bredere enn saken tilsier. En nemndleder ga uttrykk for usikkerhet, men flere andre nemndledere har gitt klart uttrykk for at de kunne tenke seg en hjemmel til i større grad å konsentrere nemndmøter rundt de avgjørende spørsmål. Jeg vil derfor anbefale departementet å vurdere en slik ordning.

#### *7.2.2. Bør det åpnes for møter med klagerne utover nemndmøter?*

Som nevnt kan muntlighet være av stor betydning både for sakens opplysning og ikke minst for klagers tillit til avgjørelsen. I dagens system holdes det bare møter mellom UNE og klagerne i ordinære nemndmøter (evt. i stornemnd). Det innkalles ikke til møter mellom sekretariatet og klager eller mellom nemndleder og klager. Det finnes altså ingen mellomting mellom full nemndbehandling og en ren skriftlig behandling av nemndleder alene. Etter min mening er det grunn til å diskutere om det bør være en adgang for nemndleder, med eller uten bistand fra sekretariatet, til å innkalle klager til møte også utenom nemndmøtene.

Verken forvaltningsloven, utlendingsloven eller utlendingsforskriften er så vidt jeg kan se til hinder for at det holdes slike møter om det skulle være ønskelig, men i praksis gjøres det ikke. Det skyldes formodentlig lojalitet til systemet som er forutsatt i dagens lov. Selv om det ikke er formelt nødvendig, ville det derfor, dersom departementet er enig i at nemndleder ved behov bør kunne innkalle klager til et møte, være hensiktsmessig å regulere en slik adgang i utlendingsforskriften.

Basert på samtaler med nemndledere, tror jeg en adgang til å holde møter mellom klager og nemndleder (evt. med deltakelse fra sekretariatet) kunne vært hensiktsmessig. Ikke minst vil det gjelde i saker der nemndleder er i tvil om saken kan behandles av nemndleder alene eller om den bør fremmes for nemndmøte. Flere nemndledere har bekreftet at de i tvilstilfeller

velger å holde nemndmøter, men at tvilen i slike tilfeller ofte elimineres svært raskt under nemndmøtet. Man får f.eks. raskt bekreftet at klagers forklaring stemmer, eller man blir raskt overbevist om at forklaringen ikke kan legges til grunn. I slike tilfeller kunne man unngått mye unødvendig saksbehandling gjennom et møte med klager i forkant.

I enkelte saker vil det være nødvendig å holde nemndmøte også etter et slikt møte, og saksbehandlingen vil da totalt sett bli mer omfattende, men det bør ikke være en avgjørende innvending. Dersom adgangen benyttes på en hensiktsmessig måte bør den kunne bidra til effektivisering av UNEs samlede saksbehandling, og øke antallet saker med et innslag av muntlighet.