



# NORGES HØYESTERETT

Den 5. november 2013 ble det av Høyesteretts ankeutvalg bestående av dommerne Skoghøy, Øie og Noer i

**HR-2013-02313-U, (sak nr. 2013/1746), sivil sak, anke over kjennelse:**

A

B

(advokat Victoria Holmen)

mot

Staten v/Utlendingsnemnda

(Regjeringsadvokaten  
v/advokat Marius Emberland)

avsagt slik

## K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder spørsmål om avskjæring av bevis i sak for tingretten som gjelder prøving av vedtak av Utlendingsnemnda (UNE) om ikke å omgjøre tidligere vedtak om å nekte asyl etter utlendingsloven § 28.
- (2) A og B er begge fra Rwanda. De søkte om asyl i Norge i 2005. Utlendingsdirektoratet avsto søknadene ved vedtak 13. og 14. desember 2005. Disse vedtakene ble etter klage opprettholdt ved vedtak av UNE 18. og 19. juni 2007. UNEs vedtak ble forgjeves brakt inn for domstolene. Staten ble frifunnet ved dom av Oslo tingrett 23. mai 2008, og ved dom av Borgarting lagmannsrett 19. januar 2009 ble anke forkastet. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 14. april 2009 ble anke til Høyesterett nektet fremmet.
- (3) Senere har det vært fremsatt flere omgjøringsbegjæringer. I omgjøringsbegjæringer av 4. november 2009 anførte A og B at de hadde lyktes i å komme i kontakt med vitnet C, og at vitnet kunne bekrefte at klagerne stod oppført på Division of Military Intelligence's likvideringsliste i Rwanda. Disse omgjøringsbegjæringene ble avgjort ved vedtak av UNE 27. september 2012, hvor omgjøring ble nektet. UNE fant at forklaring fra C ikke var egnet til å endre avgjørelsen av returspørsmålet.
- (4) Ved stevning 16. desember 2012 reiste A og B søksmål mot staten v/Utlendingsnemnda for Oslo tingrett med påstand om at UNEs vedtak av 27. september 2012 skal kjennes ugyldige.
- (5) Som grunnlag for asyl har A og B blant annet påberopt at myndighetene i Rwanda forfølger personer som er knyttet til motstandsbevegelsen Rwandian National Congress (RNC), som ble opprettet i 2010. C har vært sterkt delaktig i opprettelsen av RNC. A og B har støttet C. Det

sittende regime anser RNC som den største trusselen mot regimet, og personer som søker asyl i andre land, blir automatisk mistenkt for å støtte RNC.

- (6) I søksmålet for tingretten har A og B påberopt vitneforklaring fra C og bedt om at han blir avhørt ved bevisopptak i Johannesburg, jf. tvisteloven § 27-2. A og B har anført at C som tidligere leder av Rwanda Patriotic Fronts militære etterretning har god kjennskap til hvordan landets etterretning fungerer, og at han vil kunne bekrefte at A og B står på likvideringslisten og vil bli forfulgt av regimet i form av fengsling, tortur og henrettelse dersom de blir returnert til Rwanda.
- (7) Staten har krevd vitnebeviset avskåret etter tvisteloven § 21-7 første ledd, § 21-7 andre ledd bokstav a og § 21-8. Kravet er begrunnet med at de omgjøringsbegjæringer som ble avslått ved UNEs vedtak av 27. september 2012, var begrenset til hvorvidt vitneforklaring fra C kunne ha betydning for avslaget på søknaden om asyl i Norge, og gjaldt ikke asylspørsmålet i sin fulle bredde. A og B anførte i omgjøringsbegjæringerne at C hadde tipset dem om at de stod på likvideringslisten til Departement of Military Intelligency. Etter statens oppfatning var det bare dette som var tema for vedtakene 27. september 2012. Da det C skal forklare seg om i det verserende søksmål for Oslo tingrett, ikke var tema for vedtakene av 27. september 2012, må vitneforklaring fra ham avskjæres som irrelevant for vurderingen av gyldigheten av disse vedtakene.
- (8) Dersom vitneforklaring fra C ikke blir avskåret, har staten bedt om at vitnet blir avhørt ved fjernavhør.
- (9) Oslo tingrett avsa 3. mai 2013 kjennelse om at vitneforklaring fra C ikke blir tillatt ført som bevis. Avgjørelsen er blitt presisert i beslutning 6. juni 2013, hvor tingretten har fastholdt kjennelsen av 3. mai 2013. Tingrettens begrunnelse går i korte trekk ut på at det C skal forklare seg om, faller utenfor det som var temaet for UNEs vedtak av 27. september 2012, og at vitneforklaring fra ham dermed er irrelevant for avgjørelsen av søksmålet, jf. tvisteloven § 21-7 første ledd.
- (10) A og B påanket tingrettens kjennelse til Borgarting lagmannsrett, som 5. juli 2013 avsa kjennelse med slik slutning:
- "1. Anken forkastes.**
- 2. I sakskostnader for tingretten og lagmannsretten betaler A og B til sammen, én for alle og alle for én, kr 5 000 – femtusen – til staten v/Utlendingsnemnda innen to uker fra forkynnelse av kjennelsen."**
- (11) Lagmannsrettens avgjørelse er i hovedsak begrunnet på samme måte som tingrettens avgjørelser.
- (12) Under saksforberedelsen for tingretten har A og B under henvisning til utlendingsloven § 73 utvidet søksmålet med en subsidiær påstand om at de for tiden ikke kan sendes til Rwanda. Denne påstanden er ikke kommentert i tingrettens avgjørelser. Lagmannsretten har lagt til grunn at den subsidiære påstand må avvises da domstolene ikke kan avsi dom for realitet, og at denne påstanden dermed ikke får betydning for hvorvidt C kan føres som vitne for tingretten.
- (13) A og B har påanket lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett. Staten har tatt til motmæle.

- (14) De ankende parter – *A og B* – har i korte trekk anført:
- (15) Lagmannsretten har bygd på en uriktig forståelse av prinsippene for domstolskontroll med forvaltningsvedtak og tolket returvernet i utlendingsloven § 73 feil.
- (16) Det sentrale spørsmål i søksmålet for tingretten er hvorvidt frykten for forfølgning ved retur til Rwanda er berettiget. Etter plenumsdommen i Rt. 2012 side 1985 skal dette vurderes ut fra situasjonen på vedtakstidspunktet, men slik at det kan tas hensyn til senere tilkomne bevis som bidrar til å opplyse faktum på vedtakstidspunktet.
- (17) Ved vurderingen av om det er grunnlag for asyl etter utlendingsloven § 28, er det forfølgningsfaren som er temaet, og ikke det enkelte bevis. Lagmannsretten bygger på at prøving av forvaltningsvedtak skal skje på grunnlag av de opplysninger forvaltningsorganet hadde. Dette er grunnleggende feil. Dersom et vedtak bygger på uriktig faktum, er det ugyldig selv om forvaltningsorganet ikke kan klandres for sin feiltakelse.
- (18) Lagmannsretten har også begått saksbehandlingsfeil eller tolket loven uriktig når den har lagt til grunn at det ikke kan avsies dom for at *A og B* etter utlendingsloven § 73 for tiden ikke kan sendes tilbake til Rwanda. Vernet etter § 73 følger direkte av loven og er ikke avhengig av noe vedtak. Ved domstolsprøving av det returvern utlendingsloven § 73 gir, skal det foretas en nåtidsvurdering. Vitneforklaring fra *C* er relevant for vurderingen av den risiko som *A og B* vil bli utsatt for ved utsendelse.
- (19) *A og B* har nedlagt slik påstand:
- "Lagmannsrettens kjennelse oppheves."**
- (20) Ankemotparten – *staten v/Utlendingsnemnda* – har i korte trekk anført:
- (21) Da anken bygger på en snever og ensidig tolking av lagmannsrettens kjennelse uten interesse for andre saker, må anken nektes fremmet etter tvisteloven § 30-5. Under enhver omstendighet kan anken ikke føre frem. Lagmannsrettens kjennelse må leses i sammenheng, og når den blir lest i sammenheng, er det ikke grunnlag for å anta at lagmannsretten har tatt feil av de generelle prinsippene for domstolskontroll med forvaltningen. Det er heller ikke grunn til å tro at lagmannsretten har tatt feil med hensyn til hva som er vurderingstemaet etter utlendingsloven § 28.
- (22) Det lagmannsretten har uttalt om utlendingsloven § 73, er et obiter dictum. Lagmannsrettens uttalelse om hvorvidt det kan fås dom for vern etter denne bestemmelse, gir for øvrig ikke uttrykk for noen uriktig generell lovforståelse, og kan heller ikke ses å være beheftet med noen saksbehandlingsfeil.
- (23) Staten har nedlagt slik påstand:

"1. Lagmannsrettens dom stadfestes.

2. Staten v/Utlendingsnemnda tilkjennes sakskostnader for Høyesterett."

(24) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker:

(25) Anken er en videre anke over kjennelse av lagmannsretten hvor ankeutvalgets kompetanse er begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling og generelle rettslige forståelse av skrevne rettsregler, jf. tvisteloven § 30-6 bokstav b og c.

(26) Etter fast rettspraksis har ulovfestede regler og prinsipper innenfor prosessretten vært ansett som skreven rett, se for eksempel Rt. 2002 side 509 på side 523. Det samme gjelder grunnleggende forutsetninger eller prinsipper som lovfestet materiell rett er basert på, jf. blant annet Rt. 2013 side 556 avsnitt 39. Vår forvaltningslovgivning bygger på at domstolene kan prøve gyldigheten av forvaltningsvedtak, og selv om reglene om domstolskontroll med forvaltningen er ulovfestet, kan disse prøves ved videre anke over kjennelse, jf. Rt. 2003 side 460 avsnitt 16 og 2003 side 1287 avsnitt 22–23.

(27) Ankeutvalget er kommet til at anken må tas til følge.

(28) Etter tvisteloven § 21-7 første ledd kan partene bare føre bevis om faktiske forhold som kan være av betydning for den avgjørelse som skal treffes. For at et bevis skal kunne avskjæres etter denne bestemmelse, må det gjelde retts- eller bevisfakta som er irrelevante for den avgjørelse som skal treffes, se Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2010, side 756–757 med nærmere henvisninger til rettspraksis.

(29) Det er sikker rett at forvaltningsvedtak kan kjennes ugyldig dersom det bygger på uriktig faktum, og feilen kan ha virket inn på vedtakets innhold, jf. Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave 2010, side 493–494. Ofte vil årsaken til at forvaltningen har lagt til grunn feil faktum være at forvaltningen ikke har utredet saken tilstrekkelig. Dette er imidlertid ikke noe vilkår for at et forvaltningsvedtak skal kunne kjennes ugyldig. Hvis vedtaket bygger på uriktig faktisk grunnlag, kan det kjennes ugyldig selv om forvaltningen ikke kan klandres for sin feiltakelse, jf. Eckhoff og Smith, *op. cit.* side 493.

(30) Dersom det ikke finnes særlig hjemmel for annet, må gyldigheten av forvaltningsvedtak prøves på grunnlag av de rettsstiftende kjensgjerninger som foreligger på det tidspunkt forvaltningsvedtaket ble truffet. Med mindre annet følger av særlige rettsregler, kan det således under domstolsbehandlingen bare påberopes bevis som kaster lys over situasjonen på vedtakstidspunktet, jf. Rt. 2012 side 1985 avsnitt 81. Hvis det etter at forvaltningens vedtak ble truffet, inntreer nye rettsstiftende kjensgjerninger, må borgerne be forvaltningen om omgjøring. Dersom forvaltningens avgjørelse av omgjøringsbegjæringen blir angrepet, må domstolene prøve dette på grunnlag av det rettsfaktum som forelå da omgjøringsbegjæringen ble avgjort.

(31) Lagmannsretten har lagt til grunn at det som var tema for UNEs vedtak av 27. september 2012, bare var hvorvidt den påberopte vitneforklaring fra C gav grunnlag for en endret vurdering av spørsmålet om asyl, og at dette også danner rammen for domstolsbehandlingen av vedtaket. Dette gir etter ankeutvalgets oppfatning uttrykk for en uriktig oppfatning av hva domstolene kan prøve. Utvalgets medlemmer begrunner imidlertid sitt standpunkt noe

forskjellig.

(32) *Dommerne Øie og Noer* bemerker:

(33) Etter det som er anført av A og B, skal C forklare seg om hvorvidt A og B vil bli utsatt for forfølgelse ved hjemsendelse til Rwanda fordi de står på den såkalte likvideringslisten til Division of Military Intelligence i Rwanda. I stevningen heter det således:

**"C som tidligere ledet den militære etterretningen vil videre kunne bekrefte likvideringslistens eksistens – som er særlig relevant i denne saken. Han vil sannsynligvis også kunne bekrefte at navnene A og B sto og fremdeles står oppført på likvideringslisten."**

(34) Spørsmålet som ble vurdert i omgjøringsvedtaket av 27. september 2012, var om søkerne hadde krav på asyl etter utlendingsloven § 28 fordi de stod på likvideringslisten. Dette er blant de spørsmål vitnet C skal forklare seg om. Vitneforklaringen kan da ikke avskjæres etter tvisteloven § 21-7 første ledd.

(35) Slik saken ligger an, finner denne fraksjonen ikke grunn til å gå nærmere inn på rammene for domstolsprøvingen av vedtak hvor en begjæring om omgjøring ikke blir tatt til følge.

(36) *Dommer Skoghøy* bemerker:

(37) Ved avgjørelsen av begjæring om omgjøring må forvaltningen ta stilling til det relevante faktum som foreligger på det tidspunkt det nye vedtak blir truffet. Selv om det ved avgjørelsen av en omgjøringsbegjæring er det faktum som er anført i denne, som vil stå i fokus, må forvaltningen etter omstendighetene også undersøke andre sider ved det opprinnelige vedtaket. Dersom vedtaket i omgjøringsomgangen blir brakt inn for domstolene, må gyldigheten av dette prøves ut fra det rettsfaktum som foreligger på det nye vedtakstidspunktet. Det er ingen grunn til at det skal gjelde andre regler for prøving av avgjørelser av begjæringer om omgjøring enn for prøving av andre forvaltningsvedtak.

(38) Det rettsfaktum C skal forklare seg om, forelå da spørsmålet om omgjøring ble vurdert, og er relevant for spørsmålet om asyl etter utlendingsloven § 28. Dermed er forklaringen relevant også for gyldigheten av UNEs vedtak av 27. september 2012. Når vitneforklaringen er relevant for gyldigheten av UNEs vedtak av 27. september 2012, kan den ikke avskjæres etter tvisteloven § 21-7 første ledd.

(39) Ut fra begge fraksjoners oppfatning må lagmannsrettens kjennelse etter dette oppheves på grunn av feil ved lovtolkningen. Da samme feil rammer tingrettens kjennelse, og det er mest hensiktsmessig at ny behandling skjer i tingretten, oppheves også tingrettens kjennelse, jf. tvisteloven § 30-15.

(40) Siden tingrettens og lagmannsrettens kjennelser blir opphevet fordi de har bygd på en uriktig oppfatning om hva som er temaet for søksmålet for tingretten, er det ikke nødvendig for utvalget å gå inn på hvorvidt det kan fås dom for det vern mot utsendelse som følger av utlendingsloven § 73.

(41) A og B har fri sakførsel for tingretten, og de har ikke krevd sakskostnader for Høyesterett, idet de har lagt til grunn at fri sakførselsbevillingen også omfatter anken hit. Det fremgår av rundskriv G-12/2005 om fri rettshjelp punkt 6.2.3 at anke over prosessledende avgjørelser i en sak hvor det er innvilget fri sakførsel, skal behandles etter regelen i rettshjelpsloven § 22

første ledd tredje punktum om "rettergangsskritt ved annen domstol". Dette innebærer i dette tilfellet at spørsmålet om A og B skal få fri sakførsel i ankesaken for Høyesterett, må avgjøres av tingretten.

- (42) I resultatet er kjennelsen enstemmig, men den er avsagt med slik dissens om begrunnelsen som fremgår foran.

SLUTNING :

Lagmannsrettens og tingrettens kjennelser oppheves.

Toril M. Øie  
(sign.)

Jens Edvin A. Skoghøy  
(sign.)

Ragnhild Noer  
(sign.)

Riktig utskrift: