



# NOREGS HØGSTERETT

Den 18. desember 2015 sa Høgsterett slik dom i

**HR-2015-02524-P, (sak nr. 2015/203), sivil sak, anke over dom,**

Staten v/Utlendingsnemnda

(regjeringsadvokat Fredrik Sejersted)  
Rettslig medhjelper:  
(advokat Marius Emberland)  
(advokat Marius Stub)

mot

A

B

C

D

(advokat Christian Hauge)

Norsk organisasjon for asylsøkere  
(NOAS) (partshjelper)

(advokat Jan Fougner)

Redd Barna (partshjelper)

(advokat Mads Andenæs – til prøve)

## R Ø Y S T I N G :

- (1) Dommar **Utgård**: Saka gjeld gyldigheita av vedtak om avslag på asyl, jf. utlendingslova § 28, subsidiært av vedtak om nekting av opphald på humanitært grunnlag, jf. utlendingslova § 38. Særleg er det spørsmål om korleis omsynet til "barnets beste" skal vektleggjast. Vidare reiser saka spørsmål om innhaldet i domstolskontrollen med kriteriet "ikke er urimelig" i utlendingslova § 28 femte ledd om internflukt.
- (2) Vedtaket gjeld ein familie med ektefellane A og B og dei to døtrene deira, D, fødd 00. --- 2006, og C, fødd 00. --- 2009. Døtrene var seks og to år på vedtakstidspunktet.
- (3) B og A er frå Afghanistan og er afghanske statsborgarar. Dei høyrer til folkegruppa hazaraene som er sjiamuslimar, medan fleirtalet av befolkninga i Afghanistan er sunnimuslimar. Begge er fødde i Qarabagh-distriktet i Ghazni-provinsen, og begge flykta

til Iran. Flukta frå Afghanistan skjedde på ulike tidspunkt. B har opplyst at han flykta då han var 4 år gammal, det vil seie i 1983. A har opplyst at ho flykta då ho var 16-17 år gammal, det vil seie i 2000-2001. B og A var naboar i Teheran. Dei gifta seg der og drog så til Khoramabad, som også er i Iran. I 2010 reiste dei saman frå Iran, via Tyrkia, til Hellas. Familien delte seg ved reisa til Noreg i 2011.

(4) A søkte om asyl 24. juni 2011. Ho opplyste å ha kome til Noreg same dagen. Den yngste dottera, C, kom saman med mora.

(5) B søkte om asyl 1. august 2011. Han opplyste å ha kome til Noreg dagen før. Den eldste dottera, D, kom saman med faren.

(6) Utlendingslova § 28 inneheld hovudreglane for kven som skal godkjennast som flyktning og få asyl. I § 28 første og andre ledd heiter det:

**"[1] En utlending som er i riket eller på norsk grense, skal etter søknad anerkjennes som flyktning dersom utlendingen**

**a) har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, og er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt er uvillig til, å påberope seg sitt hjemlands beskyttelse, jf. flyktningkonvensjonen 28. juli 1951 artikkel 1 A og protokoll 31. januar 1967, eller**

**b) uten å falle inn under bokstav a likevel står i reell fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ved tilbakevending til hjemlandet.**

**[2] En utlending som anerkjennes som flyktning etter første ledd, har rett til oppholdstillatelse (asyl)."**

(7) Utlendingslova § 28 første ledd bokstav a, jf. andre ledd, gir vern til utlending som har "velbegrunnet frykt for forfølgelse" av nærare omtala grunnar, og som ikkje kan få vern i heimlandet, slik dette er regulert i FNs flyktningkonvensjon artikkel 1 A.

(8) Utlendingslova § 28 første ledd bokstav b, jf. andre ledd, gir vern til utlending som elles er i fare for alvorlege krenkingar i heimlandet. Det er særleg tale om slike krenkingar som går inn under Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 3, FNs konvensjon om sivile og politiske rettar (SP) artikkel 7 og FNs torturkonvensjon artikkel 3.

(9) Den som går inn under eitt av dei to alternativa i første ledd, har etter andre ledd rett til asyl, som er ei særleg form for opphaldsløyve.

(10) Ved vurderinga etter første ledd skal det takast omsyn til om utlendingen er eit barn, jf. utlendingslova § 28 tredje ledd. Eg legg til grunn at dette skal gjelde også andre delar av asylvurderinga.

(11) Det må vidare vurderast om utlendingen kan få eit trygt opphald andre stader i heimlandet enn på vedkomande sin heimstad – ved internflukt. Reglane om internflukt er inntekne i § 28 femte ledd og lyder:

**"[5] Retten til anerkjennelse som flyktning etter første ledd gjelder ikke dersom utlendingen kan få effektiv beskyttelse i andre deler av hjemlandet enn det området søkeren har flyktet fra, og det ikke er urimelig å henvide søkeren til å søke beskyttelse i disse delene av hjemlandet."**

- (12) Av § 28 sjuande ledd går det fram at om ein søknad om asyl blir avslegen, skal saka automatisk prøvast etter reglane om opphaldsløyve av humanitære grunnar i § 38, der dei fire første ledda lyder slik:

**"§ 38. Oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket**

- [1] **Det kan gis oppholdstillatelse selv om de øvrige vilkårene i loven ikke er oppfylt dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller utlendingen har særlig tilknytning til riket.**
- [2] **For å avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn skal det foretas en totalvurdering av saken. Det kan blant annet legges vekt på om**
- a) **utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur,**
  - b) **det foreligger tvingende helsemessige forhold som gjør at utlendingen har behov for opphold i riket,**
  - c) **det foreligger sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen som gir grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse, eller**
  - d) **utlendingen har vært offer for menneskehandel.**
- [3] **I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Barn kan gis oppholdstillatelse etter første ledd selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen.**
- [4] **Ved vurderingen av om tillatelse skal gis, kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn, herunder**
- a) **mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag,**
  - b) **de samfunnsmessige konsekvensene,**
  - c) **hensynet til kontroll, og**
  - d) **hensynet til respekten for lovens øvrige regler."**

- (13) Den 23. september 2011 avslo Utlendingsdirektoratet (UDI) søknaden frå familien om asyl, subsidiært om opphald på humanitært grunnlag, jf. utlendingslova §§ 28 og 38. UDI kom til at familien kunne få eit effektivt vern i Kabul, og at dette ikkje ville vere eit urimeleg alternativ, jf. regelen om internflukt i utlendingslova § 28 femte ledd.
- (14) Familien klaga på vedtaket til Utlendingsnemnda (UNE), som i vedtak 14. januar 2013 ikkje tok klagen til følgje. Saka vart behandla i nemndmøte.
- (15) Familien hadde sett fram krav om flyktningstatus etter utlendingslova § 28 første ledd bokstav a. Ei samrøystes utlendingsnemnd avslo søknaden om dette. I grunngivinga heiter det mellom anna:

**"Klagerne har anført at de frykter å bli utsatt for alvorlige overgrep ved retur til Afghanistan fordi de er hazara. Nemnda er kjent med at hazaraene historisk sett har vært i en sårbar situasjon i Afghanistan. Under Talibans regjeringsperiode fra 1996 til 2001 ble det begått alvorlige overgrep mot bl.a. hazaraer. Med bakgrunn i utviklingen etter 2001 er det i dagens situasjon imidlertid ikke grunnlag for å trekke den slutning at hazaraminoriteten blir forfulgt eller utsatt for andre alvorlige overgrep pga. sin etnisitet. Det vises blant annet til UNHCRs Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Afghanistan (desember 2010).**

**Klagernes forklaringer om at de risikerer forfølgelse fra sine familier fordi de har rømt og inngått ekteskap mot familiens vilje, anses som nevnt ikke tilstrekkelig sannsynliggjort.**

**Det er følgelig ikke holdepunkter for at klagerne risikerer forfølgelse pga. en konvensjonsgrunn ved retur til Afghanistan. Vilkårene for å anse dem som flyktninger etter lovens § 28 første ledd bokstav a er ikke oppfylt."**

- (16) Nemnda uttala særskilt at ho ikkje festa lit til foreldra sine forklaringar.
- (17) UNE drøfta så om familien hadde krav på asyl med heimel i utlendingslova § 28 første ledd bokstav b, som gir slik heimel for den som står i fare for nærare nemnde alvorlege krenkingar av anna slag enn etter bokstav a. I vedtaket heiter det om dette:

**"UNE vurderer den generelle sikkerhetssituasjonen for sivilbefolkningen i Afghanistan på bakgrunn av landinformasjon fra bl.a. Landinfo, UNHCR, andre FN-organisasjoner, andre lands utlendingsforvaltninger, statlige og ikke-statlige organisasjoner, forskningsinstitusjoner og ulike nyhetsformidlere. Sikkerhetssituasjonen i Qarabagh/Ghazni er for tiden slik at lovens § 28 første ledd bokstav b anses for å være til hinder for at klagerne returneres dit."**

- (18) UNE kom såleis til at familien hadde krav på vern etter utlendingslova § 28 første ledd bokstav b.
- (19) Deretter tok UNE opp spørsmålet om internflukt og uttala:

**"Retten til anerkjennelse som flyktning gjelder imidlertid ikke dersom utlendingen kan få effektiv beskyttelse i andre deler av hjemlandet enn det området han eller hun har flyktet fra, og det ikke er urimelig å henvise vedkommende til å søke beskyttelse i disse delene av hjemlandet, jf. lovens § 28 femte ledd og forskriftens § 7-1.**

**Vilkåret om 'effektiv beskyttelse' innebærer at området man returneres til må være trygt og tilgjengelig. Nemnda legger til grunn at klagerne kan få effektiv beskyttelse i andre deler av hjemlandet enn Qarabagh/Ghazni. Klagerne kan f.eks. ta opphold i Kabul by.**

**Den generelle sikkerhetssituasjonen i Kabul by anses for å være stabil, og for å ha vært det i lang tid. UNE er kjent med at der forekommer angrep i byen, i hovedsak rettet mot afghanske myndighetspersoner og den internasjonale tilstedeværelsen. Sivilbefolkningen rammes også i noen grad tilfeldig av disse aksjonene. Disse problemene er imidlertid ikke av slik art og omfang at retur ikke er å anse som forsvarlig. Kabul er også tilgjengelig for familien."**

- (20) Etter å ha konkludert med at internflukt til Kabul var trygt og tilgjengeleg, såg nemnda på om internflukt måtte reknast som urimeleg. Her delte nemnda seg.
- (21) Fleirtalet la til grunn at situasjonen i Kabul ikkje var slik at det var urimeleg å vise familien til internflukt dit, og uttala at det grunnleggjande omsynet til barnets beste ikkje

tilsa at internflukt var urimeleg. Mindretalet kom til at situasjonen i Kabul var så vanskeleg at internflukt var urimeleg.

- (22) Nemnda delte seg på same viset i spørsmålet om opphald på humanitært grunnlag, jf. utlendingslova § 38.
- (23) Når eg seinare omtalar vedtaket frå UNE, er det fleirtalsgrunngevinga eg viser til.
- (24) UNE avslo 8. februar 2013 eit krav om omgjerung av vedtaket då det ikkje låg føre nye opplysningar.
- (25) Same dagen tok B, A, D og C ut stemning for Oslo tingrett.
- (26) Tingretten gav 4. september 2013 dom med slik domsslutning:
- "1. Utlendingsnemndas vedtak av 14. januar 2013 og beslutning av 8. februar 2013 er ugyldige.**
- 2. Staten ved Utlendingsnemnda dømmes til innen 14 – fjorten – dager fra forkynnelsen av dommen å betale saksøkernes sakskostnader med kroner 130 500,- etthundreogtredvetusenfemhundre - samt rettsgebyr."**
- (27) Tingretten kom til at asylforklaringane frå familien om flukt frå tvangsekteskap var lite sannsynlege, og retten fann ikkje å kunne leggje dei til grunn som truverdige. Vilråa etter alternativet i utlendingslova § 28 første ledd bokstav a var derfor ikkje oppfylte. Det var ikkje omtvista at vilråa etter § 28 første ledd bokstav b var oppfylte. Retten kom der til at grunngevinga for vedtaket var mangelfull ved at det ikkje var drøfta om det var til barnas beste å bli viste til internflukt til foreldra sitt opphavslend, halde opp mot situasjonen ved opphald i Noreg. Retten kom dessutan til at manglar ved drøftinga av barna sin situasjon var ført vidare i vedtaket om opphald på humanitært grunnlag etter § 38.
- (28) Staten ved Utlendingsnemnda anka dommen til Borgarting lagmannsrett, som 10. november 2014 gav dom med slik domsslutning:
- "1. Anken forkastes.**
- 2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Staten v/Utlendingsnemnda 180 000 – etthundreogåttitusen – kroner til B og A innen 2 – to – uker fra dommens forkynning.**
- 3. Det gjøres ingen endring i tingrettens sakskostnadsavgjørelse."**
- (29) Lagmannsretten la til grunn at domstolane har full prøvingsrett etter utlendingslova § 28 første og femte ledd. Heller ikkje lagmannsretten festa lit til forklaringane frå foreldra, og kom på same vis som tingretten til at asylvilråa etter bokstav a ikkje var oppfylte.
- (30) I tilknytning til internfluktspørsmålet i § 28 femte ledd er uttala at det synest "å være uomtvistet at situasjonen i Kabul på vedtakstidspunktet ikke var slik at det er generelt uforsvarlig å returnere asylsøkere dit". Men ut frå ei vurdering av barnets beste skulle UNE ha prøvd situasjonen for barna i Kabul opp mot situasjonen i Noreg.

- (31) Lagmannsretten kom etter dette til at asylvedtaket ikkje var grunnlagt tilstrekkeleg, og at det var vanskeleg å vurdere om rettsbruken var korrekt og om skjønnnet var forsvarleg. Retten kom vidare til at UNE hadde lagt feil faktum til grunn med omsyn til D si helse. Vedtaket i asylsaka var derfor ugyldig.
- (32) I dommen er det lagt til grunn at også vedtaket om avslag på opphald av humanitære grunnar er ugyldig.
- (33) Staten ved Utlendingsnemnda har anka lagmannsrettens dom til Høgsterett. Anken gjeld rettsbruken og bevisvurderinga hos lagmannsretten.
- (34) Etter at saka var forhandla i avdeling, vedtok retten 21. august 2015 at saka skulle avgjerast av Høgsterett i forsterka rett, jf. domstollova § 6 andre ledd andre punktum. Justitiarius avgjorde 31. august 2015 at saka skulle behandlast av Høgsterett i plenum, jf. domstollova § 6 andre ledd siste punktum.
- (35) FNs høgkommissær for flyktningar (UNHCR) og organisasjonen Selvhjelp for innvandrere og flyktningar (SEIF) har sendt skriftlege innlegg til Høgsterett for klargjering av allmenne interesser, jf. tvistelova § 15-8.
- (36) Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS) og Redd Barna har erklært partshjelp til fordel for ankemotpartane. I vedtak frå Høgsteretts ankeutval 23. oktober 2015 vart partshjelp frå begge tillaten.
- (37) Ankeparten – *staten ved Utlendingsnemnda* – har i det hovudsaklege gjort gjeldande:
- (38) UNE sitt vedtak, der det er gitt avslag på søknadene om asyl og om opphald på humanitært grunnlag, er gyldig. Det same gjeld vedtaket om nekting av omgjerung. Vilkår for asyl etter utlendingslova § 28 første ledd bokstav b er isolert sett oppfylte, men familien kan visast til internflukt til Kabul, jf. utlendingslova § 28 femte ledd.
- (39) Vedtaka må prøvast ut frå situasjonen på vedtakstidspunktet, jf. plenumsdommane i Rt. 2012 side 1985 – lengjeverande barn I – og Rt. 2012 side 2039 – lengjeverande barn II – avsnitt 39.
- (40) Utlendingslova § 28 femte ledd inneheld som vilkår mellom anna at det ikkje er "urimelig" å vise utlendingen til internflukt. Ved vurderinga av dette vilkåret er det berre forholda i returlandet som det skal takast omsyn til. Barnekonvensjonen endrar ikkje vurderingstemaet for barn slik at det skal skje ei samanlikning av forholda i Kabul med forholda i Noreg. Rettsbruken hos lagmannsretten er derfor feil på dette punktet.
- (41) Utlendingsforskrifta § 7-1 inneheld ei nærare regulering av urimelegheitsvurderinga etter utlendingslova § 28 femte ledd. Denne føresegna har nødvendig lovheimel.
- (42) UNE har lagt til grunn rett forståing av bevisbyrda ved behandlinga av urimelegheitsvilkåret ved internflukt.
- (43) Vedtaket i UNE byggjer på riktig faktum. Dette gjeld like eins for forholda knytte til D si helse.

- (44) Det var ingen feil etter barnekonvensjonen artikkel 12 at D, som ikkje var fylt 6 år då nemndmøtet vart halde, ikkje fekk møte personleg for å forklare seg for nemnda. Ho var representert i møtet. Foreldra var til stades, og familien møtte med advokat.
- (45) Domstolane kan ikkje prøve urimelegheitsvurderinga i § 28 femte ledd ut over det som følgjer av læra om myndigheitsmisbruk. Vurderingstemaet er skjønnsmessig og har innvandringspolitisk karakter. Dei konvensjonspliktene som er gjennomførte ved utlendingslova § 28 første ledd bokstav b, inneheld ikkje ei avgrensing etter om internflukt er urimeleg, og norsk rett går såleis her lenger enn det folkeretten krev.
- (46) Grunngevinga for asylvedtaket er svært utførleg og grundig, og må klart vere tilstrekkeleg.
- (47) Også vedtaket om avslag på søknad om opphald på humanitært grunnlag etter utlendingslova § 38 er gyldig. Grunngevinga for vedtaket er tilstrekkeleg. Ved vurderinga må det takast omsyn til at denne saka ikkje representerer eit grensetilfelle.
- (48) Staten ved Utlendingsnemnda har sett fram slik påstand:
- "Staten v/Utlendingsnemnda frifinnes."**
- (49) Ankemotpartane – A, B, D og C – har i det hovudsaklege gjort gjeldande:
- (50) UNE sitt vedtak, der det er gitt avslag på asyl og på opphald på humanitært grunnlag, er ugyldig. Det same gjeld vedtaket om nekting av omgjerding. Der har no kome ein ny General Comment No. 14 frå FN's barnekomité, som kan gi haldepunkt for dette.
- (51) Ved prøvinga av barnets beste må det skje ei notidsvurdering, jf. barnekonvensjonen artikkel 3. Domstolane har full kompetanse til å prøve kva som er til barnets beste.
- (52) UNE har tolka utlendingslova § 28 femte ledd feil. Ved vurderinga av om internflukt er urimeleg for barn, må situasjonen for barnet i Noreg og på den aktuelle returstanden samanliknast. Dette følgjer særleg av prinsippet om barnets beste, jf. barnekonvensjonen artikkel 3.
- (53) Utlendingsforskrifta § 7-1, som gir tilvising på vurderingstemaet og terskelen for urimelegheitsvurderinga etter utlendingslova § 28 femte ledd, gir ein for høg terskel, i strid med heimelsgrunnlaget. Forskrifta er derfor ugyldig.
- (54) UNE har vidare lagt til grunn feil bevisbyrderegulering ved bruken av urimelegheitsvilkåret. Staten har bevisbyrda for at internflukt ikkje er urimeleg.
- (55) UNE har lagt til grunn feil faktum når det gjeld D si psykiske lidning (PTSD). Det går fram av ei erklæring som er lagt fram for Høgsterett, frå psykologen som har behandla henne, og som kastar lys over forholda på vedtakstidspunktet.
- (56) UNE sitt vedtak er uansett ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil. Det var feil av nemnda å ikkje høyre D, som advokaten hadde bede om skulle få forklare seg.
- (57) Grunngevinga av asylvedtaket er mangelfull når det gjeld barna.

- (58) Ved prøvinga av urimelegheitsvilkåret i utlendingslova § 28 femte ledd har domstolane full kompetanse. Domstolane kan prøve heile asylvurderinga medrekna spørsmålet om internflukt er urimeleg. Ved ei full prøving må Høgsterett, ut frå opplysningane i saka, leggje til grunn at internflukt er urimeleg.
- (59) Subsidiært må vedtaket opphevast fordi avgjerdsgrunnane er for mangelfulle til å prøve vedtaket etter § 28 femte ledd.
- (60) Vedtaket om å nekte opphald på humanitært grunnlag etter utlendingslova § 38 er mangelfullt grunnlagt når det gjeld vurderinga av barnets beste. I denne delen av vedtaket skal det i alle fall gjerast ei samanlikning med forholda i Noreg, og det er ikkje gjort. Dette fører til at vedtaket etter § 38 er ugyldig.
- (61) Ankemotpartane A, B, D og C har sett fram slik påstand:
- "1. Anken forkastes.**
  - 2. Staten ved Utlendingsnemnda dømmes til å erstatte B, A, C og Ds saksomkostninger for Høyesterett."**
- (62) Partshjelparen *Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS)* har slutta seg til synsmåtane frå ankemotpartane og særleg teke opp barnet sin rett til å bli høyrst, jf. artiklane 12 og 3 i barnekonvensjonen, samanhalde med FNs barnekomité sine General Comments No. 12 og No. 14.
- (63) NOAS har sett fram slik påstand:
- "1. Anken forkastes.**
  - 2. Staten v/Utlendingsnemnda dømmes til å betale sakens omkostninger for Høyesterett."**
- (64) Partshjelparen *Redd Barna* har slutta seg til synsmåtane frå ankemotpartane og særleg halde fram at kommentarane frå barnekomiteen er autoritativ tolking av barnekonvensjonen. Ut frå føremåla med barnekonvensjonen og flyktningkonvensjonen må prinsippet om barnets beste også ha innverknad på tolkinga av flyktningkonvensjonen.
- (65) Redd Barna har sett fram slik påstand:
- "1. Anken forkastes.**
  - 2. Staten v/Utlendingsnemnda dømmes til å betale sakens omkostninger for Høyesterett."**
- (66) *Mitt syn på saka*
- (67) Som det har gått fram av det eg har sagt tidlegare, la UNE til grunn at familien i utgangspunktet har krav på vern som flyktningar etter utlendingslova § 28 andre ledd, jf. første ledd bokstav b. Når dei likevel ikkje har fått asyl, er det fordi UNE meiner at det er trygt å vende tilbake til andre stader i Afghanistan enn der dei opphavleg kom frå, og at det heller ikkje er urimeleg å vise dei til internflukt etter § 28 femte ledd.



(68) *Tidspunktet for prøvinga*

(69) Familien har gjort gjeldande at så langt det gjeld barnets beste etter barnekonvensjonen artikkel 3, er det tale om ei notidsvurdering slik at det må takast omsyn til omstende som i tid ligg etter tidspunktet for vedtaket i UNE. Her viser eg til plenumsavgjerdene i Rt. 2012 side 1985 – lengjeverande barn I – avsnitt 153 og Rt. 2012 side 2039 – lengjeverande barn II – avsnitt 39, der det går fram at det er forholda på vedtakstidspunktet som er avgjerande. I dommane er det lagt til grunn at dette gjeld også når forholdet til barnets beste skal omsyntakast.

(70) Det har ikkje kome fram noko som gir grunnlag for å sjå annleis på dette spørsmålet enn det Høgsterett gjorde i desse plenumsdommane, og eg seier derfor ikkje meir om det.

(71) *Internflukt og barnekonvensjonen*

(72) Familien gjer gjeldande at barnekonvensjonen krev at UNE må samanlikne forholda for barna i Kabul med forholda for barna i Noreg ved vurderinga av om det er urimelig at dei dreg til Kabul. Staten på si side hevdar at det ved internfluktvurderinga berre er forholda i Kabul som skal vurderast, og at forholda for barna i Noreg først kjem inn under avgjerda av opphald på humanitært grunnlag.

(73) Eg startar med å sjå på korleis dette spørsmålet er omhandla i lova og i lovførearbeida. Ordlyden i § 28 femte ledd trekkjer klart i retning av at urimelegheitsvurderinga knytter seg til forholda på internfluktstaden. At det var tenkt slik frå departementet, går like eins fram av Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 98-99 og side 415. Eg siterer frå side 98:

**"Departementet bemerker at retten til internasjonal beskyttelse er subsidiær i forhold til muligheten for beskyttelse i eget hjemland. Personer som kan oppnå nødvendig beskyttelse ved å ta opphold i et annet område av hjemlandet enn der de risikerer forfølgelse, har derfor som utgangspunkt ikke rett på beskyttelse i Norge."**

(74) Som avslutning under drøftinga av internflukt uttala departementet på side 99:

**"Det bemerkes at internt fluktalternativ er en del av beskyttelsesvurderingen. Det er derfor forholdene ved retur som er avgjørende, og ikke hvorvidt søkeren har oppnådd en tilknytning til Norge eller for øvrig vil kunne få en bedre humanitær situasjon her."**

(75) Departementet uttalar vidare i proposisjonen side 92 at det må vere ein lågare terskel for barn enn for andre, og dette er like eins sagt på side 414 i spesialmotiva til § 28 tredje ledd. Proposisjonen gir derimot ingen haldepunkt for at vurderingstemaet skulle utvidast for barna slik at det også skulle samanliknast med forholda i Noreg.

(76) Spørsmålet er så om det følgjer noko anna av ei fleirtalsinnstilling frå Stortingets kommunal- og forvaltningskomité i Innst. O. nr. 42 (2007–2008) på side 21. Før eg siterer frå innstillinga skal eg seie litt om bakgrunnen for den.

(77) I eit vedtak frå stornemnda for utlendingssaker i UNE i 2006 behandla nemnda ei asylsak om internflukt som omfatta barn. Stornemnda kom der til at det ut frå barnekonvensjonen artikkel 3 skulle skje ei avveging av forholda i Noreg opp mot forholda på internfluktstaden i saker som gjeld barn. Avgjerda er – i eit avsnitt om gjeldande rett – omtala slik i proposisjonen side 96:

**"Stornemnda mener at retningslinjene fra UNHCR i dokumentet om internflukt fra 2003, punktene 24-30, i det alt vesentlige gir en hensiktsmessig og riktig ramme for rimelighetsvurderingen. Stornemnda presiserer at en klagers tilknytning til Norge som følge av en asylsøknad i utgangspunktet ikke skal tillegges noen vekt i rimelighetsvurderingen knyttet til det interne fluktalternativet, men at det gjelder et unntak fra dette i relasjon til barn."**

(78) Eg siterer så frå kommunal- og forvaltningskomiteen si fleirtalsinnstilling:

**"Flertallet merker seg at personer som kan oppnå nødvendig beskyttelse ved å ta opphold i et annet område av hjemlandet enn der de risikerer forfølgelse, som utgangspunkt ikke har rett til beskyttelse i Norge. Flertallet viser til at lovforslaget er formulert i samsvar med de retningslinjene som er gitt fra UNHCR om at det aktuelle internfluktområdet både må være trygt og tilgjengelig (relevansvurderingen) og at det må vurderes om det er rimelig å henvise utlendingen til å ta opphold i det aktuelle området (rimelighetsvurderingen). Flertallet har også merket seg at Stornemnda har avsagt en presedensavgjørelse hvor man har lagt til grunn at de utdypinger som er foretatt i UNHCRs retningslinjer, i det alt vesentlige gir en hensiktsmessig og riktig ramme for innholdet i den skjønsmessige rimelighetsvurderingen. Stornemnda har i tillegg lagt stor vekt på de menneskerettslige perspektiver og oppfyllelse av slike rettigheter ved bruk av internfluktalternativ."**

(79) Fleirtalet i stortingskomiteen uttala altså at det hadde merka seg det stornemnda hadde sagt om retningslinjene frå UNHCR. Dessutan viste komitéfleirtalet til at stornemnda hadde lagt stor vekt på dei menneskerettslege perspektiva.

(80) Etter mitt syn kan utsegnene frå komitéfleirtalet ikkje forståast slik at komiteen, ved ikkje å seie noko om vurderingstemaet for barn, gav si tilslutning til det stornemnda hadde sagt om dette. Det må gjelde så mykje meir når det i tilfelle ville vore ei endring i forhold til forslaget i proposisjonen.

(81) Lovtekst og lovhistorie gir såleis ikkje grunnlag for at det skal skje ei vekting av forholda i Kabul opp mot dei i Noreg, heller ikkje for barn. Asyl skal givast ut frå behovet utlendingen har for vern på grunn av situasjonen i heimlandet. Det er då unaturleg å trekkje forholda i landet det blir søkt asyl i, inn i vurderinga. Slike forhold høyrer heime under vurderinga av opphald på humanitært grunnlag, som skal gjerast i alle desse sakene dersom asylsøknaden ikkje blir teken til følgje, jf. § 28 sjuande ledd.

(82) Eg ser så på om vernet etter EMK artikkel 3 krev ei avveging mellom forholda i internfluktområdet og forholda i asyllandet i internfluktvurderinga. Avgjerda i vår sak om status som flyktning byggjer, som nemnt, på utlendingslova § 28 første ledd bokstav b. Eg legg til grunn at det er spørsmål om moglege krenkingar av EMK artikkel 3. Av særleg interesse er då dom 9. april 2013 frå Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) i sak *H. og B. mot Storbritannia*, der det i avsnitt 91 blir understreka at internflukt kan godtakast i høve til artikkel 3. Eg viser vidare til EMDs storkammerdom 4. november 2014 *Tarakhel mot Sveits*, der partane tok opp spørsmål kring barnekonvensjonen. EMD nøgde seg med å vise til innhaldet i artikkel 22 i barnekonvensjonen, som direkte gjeld flyktningar. EMK gir såleis ikkje støtte for at det skal skje ei avveging mellom forholda i asyllandet og heimlandet ved internflukt. At terskelen for forholda på returstanden etter konvensjonen vil kunne vere ein annan ved internflukt for barn saman med foreldra, eller for barn åleine, samanlikna med terskelen for einslege vaksne, er i samsvar med det som følgjer av utlendingslova § 28 tredje ledd.

- (83) Eg går så over til å sjå på barnekonvensjonen, som går føre anna lov, jf. menneskerettslova § 2 nr. 4. Artikkel 3 nr. 1 i barnekonvensjonen lyder slik i norsk omsetjing:
- "Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn."**
- (84) Dette inneber etter mitt syn at temaet for avgjerda ikkje blir endra, men at omsynet til barnets beste må vere eit grunnleggjande omsyn i avgjerda, jf. Rt. 2012 side 1985 – lengjeverande barn I – avsnitt 135.
- (85) Ei endring av vurderingstemaet ville innebære at asylretten ville få eit heilt anna innhald, og ein heilt annan karakter for familiar med barn. Det vil ikkje kunne sameinast med flyktningkonvensjonen.
- (86) Det må etter dette leggjast monaleg vekt på omsynet til barnet ved vurderinga av retursituasjonen i Kabul, slik det også følgjer av vanleg norsk lovgiving, jf. utlendingslova § 28 tredje ledd. Det skal mindre til av påkjenningar for at internflukt er urimeleg for eit barn enn til dømes for ein ung mann.
- (87) I barnekonvensjonen er det artikkel 22 som direkte gjeld asylspørsmålet. Det er ikkje sagt noko der om at vurderinga av asylsøknader for barn skal skje ut frå andre kriterium enn dei som elles gjeld etter flyktningkonvensjonen.
- (88) Dei opplysningane om statspraksis som er lagde fram for Høgsterett, gir ikkje grunnlag for å byggje på at det ligg føre nokon folkerettsleg sedvanerett som fyller ut innhaldet i konvensjonen på dette området. Opplysningane om statspraksis viser tvert om at mange land deler det standpunktet UNE har i denne saka. Det gjeld både Belgia, Canada (med visse reservasjonar), Finland, Tyskland, Irland, Sverige og Sveits. På eit område som dette, er det grunn til å leggje stor vekt på statspraksis. Noko anna vil opne for at asylsøkjara kan velje ut land som har ei meir liberal tolking enn andre.
- (89) Eg kan etter dette ikkje sjå at UNE har tolka utlendingslova § 28 tredje ledd, jf. barnekonvensjonen artikkel 3, feil når UNE ved vurderinga av om internflukt ville vere urimeleg, berre såg på forholda i internfluktområdet.
- (90) *Om utlendingsforskrifta § 7-1 har tilstrekkeleg lovheimel*
- (91) I utlendingslova § 28 åttande ledd er det heimel til å gi "nærmere regler om anvendelsen" av mellom anna § 28. Familien gjer gjeldande at utlendingsforskrifta § 7-1 ikkje har tilstrekkeleg heimel i § 28 åttande ledd, og at ho derfor er ugyldig.
- (92) Utlendingsforskrifta § 7-1 lyder slik:
- "Selv om lovens § 28 kommer til anvendelse ved en vurdering av retur til det området søkeren har flyktet fra, skal det bare anses urimelig å henvise utlendingen til å søke beskyttelse i trygge og tilgjengelige deler av hjemlandet, dersom retursituasjonen vil være slik at vedkommende fyller vilkårene for oppholdstillatelse etter lovens § 38. Ved vurderingen av om vilkårene for oppholdstillatelse etter lovens § 38 er oppfylt, er det forhold at utlendingen mangler tilknytning til en trygg og tilgjengelig del av hjemlandet, ikke alene tilstrekkelig."**

- (93) Bakgrunnen for forskrifta er å finne i høyringsbrev frå Arbeids- og sosialdepartementet 19. november 2008. Der vart det vist til at stornemnda i UNE i to saker hadde lagt til grunn at terskelen for å tilkjenne asyl trass i at det fanst eit internt fluktalternativ, ville vere lågare enn for å gi opphald på humanitært grunnlag. Departementet gjorde derfor framlegg om ei forskriftsendring for å etablere den same terskelen som i § 38 også i saker om internflukt etter § 28 femte ledd. Dette vart gjort gjennom § 21 d i forskrifta til utlendingslova av 1988, og innhaldet i denne forskrifta er så ført vidare til § 7-1 i forskrifta til den gjeldande utlendingslova.
- (94) Sjølv om utforminga av forskrifta ikkje er den heldigaste, er meininga klar. Det er berre urimeleg å vise til internflukt dersom retursituasjonen er slik at vedkomande fyller vilkåra om sterke menneskelege omsyn i lova § 38. Det er altså terskelen her som blir brukt i vedtak etter § 38 som skal vere avgjerande også når det blir vurdert om internflukt er urimeleg. Forhold som ikkje vedkjem retursituasjonen, så som tilknytninga til Noreg eller at den materielle eller humanitære situasjonen er betre her enn i heimlandet, skal ikkje ha vekt ved vurderinga av internflukt.
- (95) Forskrifta ligg innanfor ordlyden i § 28 åttande ledd ved at ho regulerer nærare korleis lova skal praktiserast. I førearbeida til lova var det utsegner om moment som skulle ha vekt. Eg går ikkje inn på i kva grad desse er bindande på eit rettsleg grunnlag, og i kva grad dei gir uttrykk for reine politiske synsmåtar. Forskrifta gjeld terskelen og det nærare vurderingstemaet, som det er klart at forskriftsstyresmakta kan regulere.
- (96) Utlendingsforskrifta § 7-1 har såleis heimel i lova. Vedtaket er dermed ikkje ugyldig fordi UNE ved urimelegheitsvurderinga har teke utgangspunkt i den.
- (97) *Spørsmålet om omfanget av prøvingsretten for "urimelig" i § 28 femte ledd*
- (98) I vilkåret i § 28 femte ledd om at utlendingen "kan få effektiv beskyttelse" ligg det eit krav om at internflukt må vere tilgjengeleg og trygt. I saka er det ikkje omtvista at desse vilkåra er oppfylte, og heller ikkje at domstolane kan prøve både lovtolking og konkret rettsbruk for desse vilkåra. Såleis er det ikkje omtvista at domstolane fullt ut kan prøve dei menneskerettslege sidene ved avgjerda. Det er derimot usemje om domstolane kan prøve den konkrete rettsbruken når det gjeld vilkåret om at internflukt ikkje må vere urimeleg. Prøvingskompetansen for domstolane må avgjerast ut frå ei tolking av den enkelte lovføresegna, jf. plenumsdommen i Rt. 2012 side 1985 – lengjeverande barn I – avsnitt 142.
- (99) Den nærare vurderinga må skje ut frå karakteren av den retten som skal prøvast. Som det er understreka fleire stader i førearbeida, er reglane om internflukt ein del av vernet av flyktningar. Såleis har ein utlending berre krav på vern dersom han ikkje kan få det i nokon del av heimlandet. Når § 28 femte ledd startar med at "[r]etten til anerkjennelse som flyktning etter første ledd gjelder ikke dersom utlendingen kan få effektiv beskyttelse i andre deler av hjemlandet", inneber det at utlendingen ikkje har krav på asyl sjølv om vilkåra i første og andre ledd isolert sett er oppfylte. Etter mitt syn regulerer såleis femte ledd ein føresetnad for asyl, nemleg at utlendingen ikkje kan få vern – nokon stad – i heimlandet. Det er derfor ikkje riktig å karakterisere regelen om internflukt som eit unntak frå asylretten.

- (100) Ein rettsposisjon som asylant får utlendingen såleis først når han får godkjent ein søknad om asyl ut frå ei samla vurdering av § 28 første ledd, jf. andre og femte ledd. Fram til dette har han ingen rettsposisjon som det kan gripast inn i. Avslag på søknad kan skje både fordi vilkåra etter første ledd ikkje er oppfylte, og fordi det er grunnlag for å vise til internflukt etter femte ledd. Dersom retur til internfluktområde er tilgjengeleg på trygt vis, er det såleis ikkje nødvendig å prøve om vilkåra i § 28 første ledd bokstavane a og b er oppfylte.
- (101) Eg går så over til å sjå på karakteren av vilkåret "ikke ... urimelig" i lys av lovhistorie og lovførearbeid.
- (102) Reglane om asyl i utlendingslova av 1988 gjaldt berre for flyktingar etter flyktingkonvensjonen. Lova inneheldt ingen reglar om internflukt. I NOU 2004: 20 side 122 er det – etter ei utgreiing om UNHCR sine retningslinjer om internflukt – uttala:
- "Verken når det gjelder relevansvurderingen eller rimelighetsvurderingen er det noen konflikt av prinsipiell karakter mellom de anbefalinger som er gitt av UNHCR og de utgangspunkter som gjelder for vurderingen i norsk praksis. De enkelte kriteriene er imidlertid ikke på samme tydelige måte definert i norsk rett. I norsk praksis presiseres vurderingstema normalt ikke på annen måte enn at man spør om søkeren ved å ta opphold i annen del av hjemlandet kan unngå forfølgelse, og om dette kan gjøres uten at søkeren kommer i en situasjon som ville gi grunnlag for opphold etter utlendingsloven § 8 annet ledd."**
- (103) Ein konvensjonsflykting med høve til internflukt, vart såleis også vurdert ut frå om forholda på staden ville føre han i ein situasjon som ville gi opphald på humanitært grunnlag, jf. § 8 andre ledd.
- (104) For utlendingar som fall utanom flyktingomgrepet etter flyktingkonvensjonen, men som likevel ikkje kunne vende attende til heimstaden utan å bli utsett for overgrep, slik tilfellet er for familien i vår sak, gjaldt ingen regel om internflukt. Her var det berre tale om ei vurdering av opphald på humanitært grunnlag etter § 8 andre ledd. Om det var rimeleg at utlendingen busette seg i andre delar av heimlandet, gjekk då inn i heilskapsvurderinga.
- (105) Ved rimelegheitsvurderinga etter utlendingslova av 1988 § 8 andre ledd var det eit fritt forvaltningsskjønn, jf. Rt. 2012 side 1985 – lengjeverande barn I – avsnitt 146 med vidare tilvising til Rt. 2009 side 1261 avsnitt 75 til 77. Dette omfatta både "kan"-vurderinga og innhaldet i omgrepa "sterke menneskelige hensyn" og "særlig tilknytning til riket". Anten det var spørsmål om internflukt for flyktingar etter flyktingkonvensjonen eller om opphald på humanitært grunnlag for utlending som ikkje kunne vende heim utan å risikere overlast, skulle retten såleis gjere si vurdering av rimelegheita etter reglane for prøving av fritt skjønn.
- (106) Vedtaking av § 21 d i utlendingsforskrifta til 1988-lova innebar inga endring samanlikna med det eg har gjort greie for når det gjaldt flyktingar etter flyktingkonvensjonen. Poenget med forskrifta var åleine å fastslå at terskelen for rimelegheitsvurderinga i tilknytning til internflukt skulle vere den same for konvensjonsflyktingar som for utlending med opphald på humanitært grunnlag.

- (107) I NOU 2004: 20 er det framlegg om lovfesting av internflukt når det gjeld konvensjonsflyktningar, jf. lovutkastet § 39 nr. 4. I merknadene til føresegna heiter det om rimelegheitsvurderinga:

**"Ved denne vurderingen skal det tas stilling til om humanitære grunner tilsier at det vil være utilrådelig å henvise søkeren til å ta opphold i det aktuelle internfluktområdet. Mange av de samme momenter vil være relevante ved denne vurderingen av om tillatelse bør gis fordi sterke rimelighetsgrunner tilsier det, jf. utkastet § 47 første ledd."**

- (108) Tilvisinga til utkastet § 47 første ledd svarar til utlendingslova § 38 første ledd om opphald på humanitært grunnlag.
- (109) Ved 2008-lova vart internfluktregelen lovfesta. Føresegna i § 28 femte ledd fekk ein tilnærma identisk utforming som utkastet § 39 nr. 4. Innleiingsvis under departementet si vurdering på side 98 i proposisjonen heiter det:

**"Det vises til utvalgets merknader under pkt. 6.2.6 på side 121 i utredningen og de særskilte merknadene til bestemmelsen om internflukt."**

- (110) Det er på denne bakgrunnen etter mitt syn ikkje tvilsamt at rimelegheitsvurderinga i § 28 femte ledd skulle vere slik ho var omtala i NOUen som gjeldande praksis og slik ho vart foreslått i utkastet § 39 nr. 4, jf. det eg har sitert frå merknadene til føresegna. Dei endringane departementet foreslo samanlikna med utkastet – at også flyktningar etter bokstav b skulle gå inn under internfluktføresegna, og at også individuelle forhold skulle trekkjast inn i rimelegheitsvurderinga– endrar ikkje dette. Det er derfor naturleg å forstå lova slik at karakteren av fritt skjønns for rimelegheitsvurderingaa skulle førstast vidare. Førearbeida til lova gir i alle fall ikkje uttrykk for at domstolane si prøving av rimelegheitsvurdering skulle praktiserast annleis enn tidlegare.

- (111) I Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 99 er det sagt litt om prøvingsgrunnlaget:

**"Utvalget har som nevnt foreslått at det bare skal gis tillatelse etter den generelle bestemmelsen om sterke menneskelige hensyn dersom det er individuelle forhold som gjør det urimelig å henvise søkeren til internflukt. Departementet viser imidlertid til det som fremkommer av UNHCRs retningslinjer om at man ved vurderingen av flyktningkonvensjonen, skal vurdere søkerens**

**'age, sex, health, disability, family situation and relationships, social or other vulnerabilities, ethnic, cultural or religious considerations, political and social links and compatibility, language abilities, educational, professional and work background and opportunities, and any past persecution and its psychological effects.'**

**Departementet understreker at retningslinjene fra UNHCR ikke er bindende for norske utlendingsmyndigheter. Det prinsipp som de refererte retningslinjer her gir uttrykk for; også å vektlegge individuelle omstendigheter hos søkeren, mener imidlertid departementet bør inngå i rimelighetsvurderingen. Skjønnsstemaet vil være hvorvidt henvisning til internflukt er urimelig eller ikke, og da bør også individuelle forhold av betydning for retursituasjonen overveies."**

- (112) Lovutvalet hadde gått inn for at berre objektive omstende ved returstaden skulle omsyntakast, sjå NOU 2004: 20 side 397. Departementet slutta seg i det siterte til "det prinsipp" som retningslinjene gir uttrykk for. For min del kan eg ikkje sjå at det ligg anna i dette, enn at individuelle omsyn av den karakteren som er trekte fram i retningslinjene frå UNHCR, skulle kunne vektlegglast. At det skulle skje ei barnesensitiv vurdering, går

fram ved at det er vist til alder – "age" – som eitt av omsyna. Skjønstemaet skulle vere om internflukt er urimeleg, og om dette er det berre sagt at både allmenne og individuelle omstende ved retursituasjonen skal liggje til grunn for avgjerda.

- (113) I saka har retningslinjene frå UNHCR av 23. juli 2003 avsnitt 23 vore framme. I desse retningslinjene er det vist til følgjande spørsmål som avklaring på om internflukt er urimeleg:

**"Can the claimant, in the context of the country concerned, lead a relatively normal life without facing undue hardship?"**

- (114) Spørsmålet er så om eit slikt krav følgjer av utlendingslova av 2008. I NOU 2004: 20 side 122, som eg alt har sitert frå, er ikkje urimelegheitskriteriet definert ut frå retningslinjene frå UNHCR, men ved ei tilvising til reglane om humanitært grunnlag. Kriteria som er stilte opp av UNHCR, er ikkje omtala i departementet sine framlegg i proposisjonen på annan måte enn at prinsippet om å vektleggje individuelle omstende må gå inn i vurderinga, jf. det siterte frå proposisjonen side 99. For ordens skuld minner eg om at rapportane frå UNHCR er av rettleiande og opplysende karakter, jf. flyktningkonvensjonen artikkel 35 og protokollen frå 1967 artikkel II. Førearbeida inneheld såleis, slik eg les dei, ikkje noko som gir nærare rettleiing om innhaldet i omgrepet "urimelig".
- (115) Lovtekst, lovførearbeid og lovhistorie peikar såleis i retning av at kriteriet urimeleg er gjenstand for fritt skjønn. Når det i tillegg kjem at skjønstemaet er vagt, utan nemnande rettleiing når det gjeld vektning av ulike moment for vurderinga og heilt utan rettleiing når det gjeld terskelvurderinga, meiner eg at noko anna vil vere lite naturleg. Det er også tale om eit tema som krev breie samfunnsvurderingar, som forvaltninga etter mitt syn er betre skikka til å behandle enn domstolane. I denne samanhengen vil eg dessutan peike på at det er tale om masseforvaltning, er forvaltninga betre eigna til å vareta likskapsomsyn enn domstolane. Domstolane kan ikkje ha like god innsikt i praksis. Om domstolane skal prøve sjølve skjønnsutøvinga, vil det derfor lett kunne føre til at praksis blir fragmentert.
- (116) Etter mitt syn er vi her på eit samfunnsområde som er sentralt for staten sin styringsrett, nemleg ei avgjerd om kven som skal ha tilgang til riket, ut over dei som har krav på vern med grunnlag i folkeretten. Først og fremst er dette etter sin art ei politisk vurdering. Vurderingane – som ikkje kan gjerast berre i enkeltsaker, men først og fremst ved overordna avgjerdar – reiser grunnleggjande krav til overordna samfunnsmessige vurderingar og prioriteringar. Gjennom forskrifta § 7-1 er sjølve terskelen, som kan variere med samfunnsforhold og politiske vurderingar, uttrykkeleg gjort til gjenstand for fritt skjønn.
- (117) Konklusjonen min så langt er at det er fritt skjønn hos forvaltninga ved bruk av urimelegheitsvilkåret i § 28 femte ledd, med den avgrensing i prøvingsretten for domstolane som det fører til.
- (118) Etter praksis kan domstolane prøve både tolking og konkret rettsbruk så langt folkeretten – menneskerettskonvensjonane og flyktningkonvensjonen – stiller opp vilkår. Spørsmålet er så kor langt slike vilkår rekk. Dersom vernet for utlendingane går lenger enn konvensjonane krev, er dette eit nasjonalt tilleggsvilkår som nasjonale styresmakter kan regulere fullt ut. Eg skal derfor sjå nærare på i kva grad barnekonvensjonen, EMK og flyktningkonvensjonen stiller krav om at internflukt ikkje må vere urimeleg.

- (119) Omsynet til barnets beste, jf. barnekonvensjonen artikkel 3, tilseier ikkje full prøving, jf. det eg alt har sagt om plenumsdommane frå 2012.
- (120) UNE tok i saka no stilling til spørsmålet om flyktningsstatus, for så å avgjere spørsmålet om internflukt. I vår sak har familien såleis som utgangspunkt fått godteke at den har vern etter utlendingslova § 28 første ledd bokstav b. Det er vist til EMK artikkel 3 som grunnlag for dette vernet. EMD har lagt til grunn at det er høve til å byggje på internflukt der denne er tilgjengeleg og trygg, utan at det er stilt opp noko vilkår om at dette ikkje skal vere urimeleg, jf. EMDs dom 28. juni 2011 *Sufi og Elmi mot Storbritannia* avsnitt 294 og dom 9. april 2013 *H. og B. mot Storbritannia* avsnitt 91. Terskelen for internflukt må etter denne praksisen vere at slik flukt ikkje må innebere reell risiko for ei krenking av konvensjonsvernet etter artikkel 3, jf. den siste avsnittet der det er spurt om internflukt ville "expose him to a real risk of being subjected to treatment proscribed by that provision". Etter mitt syn er dette uttrykk for det som kan kallast det menneskerettslege vernet. Vern ut over dette – altså at internflukt "ikke er urimelig" – knyter seg til innhald i lova som går ut over det konvensjonsvernet tilseier.
- (121) Til ein viss grad har det i saka vore argumentert med at det etter flyktningskonvensjonen også er eit vern mot internflukt som er urimeleg. Eg skal derfor sjå på kva prøvingsrett det er også i høve til § 28 første ledd bokstav a.
- (122) Status som flyktningsstatus etter flyktningskonvensjonen artikkel 1 A gjeld forholdet mellom statar. Vernet etter konvensjonen for ein individuell utlending ligg i at utsending – då også internflukt – krev at utsendingsområdet må vere tilgjengeleg og trygt, jf. "non-refoulement"-regelen i artikkel 33 nr. 1. Som ein følgje av karakteren av konvensjonsrettane, har staten stor fridom til å regulere kven som skal ha flyktningsstatus i Noreg, jf. NOU 2004: 20 side 102-103 med vidare tilvising til Rt. 1991 side 586. Denne fridommen må også omfatte spørsmålet om korleis det skal avgjerast om nokon skal få flyktningsstatus, medrekna spørsmålet om skjønn ved kriteriet "urimelig" er eit fritt skjønn eller eit rettsbruksskjønn. Det kan derfor ikkje trekkjast slutningar frå flyktningskonvensjonen artikkel 1 A eller bruken av føresegna i utlendingslova § 28 første ledd til prøvingsmåten i norsk rett.
- (123) I vår sak er det tale om asyl etter bokstav b, med grunnlag i vernet etter EMK artikkel 3. Dette vernet er ikkje til hinder for ein regel om tilvising til internflukt, der føresetnaden berre er at denne er tilgjengeleg og trygg.
- (124) Som eg har sagt tidlegare, kan det etter dette ikkje argumenterast med at omsynet til menneskerettane tilseier full prøving av urimelegheitsvilkåret.
- (125) Eg er ut frå dette komen til at domstolane ikkje kan prøve sjølve skjønn når det gjeld om internflukt er "urimelig" anna enn etter reglane om prøving av fritt skjønn.
- (126) *Bevisbyrde*
- (127) Familien har gjort gjeldande at UNE har lagt til grunn feil bevisbyrde ved bruken av urimelegheitsvilkåret.



- (128) UNE kom til at foreldra i saka heldt tilbake opplysningar om kva slektningar dei har i Afghanistan og kvar desse held til. Som følgje av dette meinte UNE at tvilen her ikkje kunne kome foreldra til gode, og at synsmåten frå dei om at dei manglar nettverk, ikkje kunne ha vekt i vurderinga av om internflukt er urimeleg.
- (129) Ut frå alminnelege prinsipp for bevisvurdering skulle regelen vore at ein asylsøkjjar måtte godtgjere som mest sannsynleg at vilkåra for asyl er oppfylte. Men Høgsterett har i ei asylsak i Rt. 2011 side 1481 ut frå det norske lovgrunnlaget i slike saker uttala at ved vurderinga av om det er ein reell fare for forfølgning skal asylforklaringa leggjast til grunn så langt ho er nokolunde sannsynleg, og søkjaren dessutan har medverka til å opplyse saka så langt det er rimeleg og mogleg.
- (130) Etter desse prinsippa må staten godtgjere at internfluktstaden er tilgjengeleg og trygg. Det er derimot ikkje same grunn til å snu bevisbyrda når det gjeld urimelegheitskravet. Her er det asylsøkjaren som har best grunnlag for å gi opplysningar, i alle fall om personlege og familiære forhold. Når det, som i dette tilfellet, dessutan er lagt til grunn at asylsøkjarene ikkje har medverka til å opplyse desse spørsmåla, men tvert om har halde attende opplysningar, må det vere rett når UNE har late tvilen gå ut over dei.
- (131) *Feil faktum*
- (132) Som eg sa tidlegare, er det vedtakstidspunktet som er avgjerande ved prøvinga. Etter rettspraksis er det likevel som utgangspunkt høve til å kome med nye bevis som kastar lys over den faktiske situasjonen på vedtakstidspunktet, jf. Rt. 2012 side 1985 – lengjeverande barn I – avsnitt 81, jf. Rt. 2007 side 1815 avsnitt 34. Eg går ikkje nærare inn på innhaldet i dette unntaket.
- (133) Staten har i saka no ikkje hatt innvendingar mot at nye opplysningar om Ds helsetilstand og behandlingsbehov blir lagde fram.
- (134) Nemnda omtalar helsesituasjonen for D slik:

**"Flertallet har merket seg opplysningene om at D kom bort fra sin far i en kort periode mens de befant seg i en park i Aten. Hva som skjedde er uvisst, ettersom D ikke har ønsket å fortelle om det. Flertallet legger likevel til grunn at episoden har vært en belastning for henne. Flertallet legger også til grunn at det har vært en belastning for D å være atskilt fra sin mor i en periode. Flertallet viser videre til de foreliggende opplysninger bl.a. om at D har slitt med mareritt og redsel for å være alene og mørke rom, samt til at hun fikk en formentlig stressreaksjon da familien fikk avslag på asylsøknaden av UDI.**

**Flertallet kan likevel ikke se at opplysningene om Ds problemer tilsier at det er urimelig å henvise familien til internflukt. Flertallet viser særlig til at D vil returnere sammen med sine foreldre. Det er ikke dokumentert at hun har behov for medisinsk/psykologisk behandling, og hun fungerer for øvrig fint i skole og barnehage. Det er forståelig at D har et sterkt ønske om å bli boende i Norge, men det tilsier ikke at retur er utilrådelig eller urimelig."**

- (135) Psykolog Elisabeth B. Hooper, som har behandla D, har i erklæring 25. juni 2015 gitt slik konklusjon:

**"Den diagnostiske vurderingen av D bygger på at hun ble traumatisert etter en hendelse i Hellas mens hun var på flukt, og at hun utviklet symptomer sammenfallende med**

**PTSD som følge av dette. D har selv hatt problemer med å snakke om hendelsen. I samtale 7. april 2014 forklarte hun at hun ble tatt med til et mørkt sted av to menn og at hun senere ble levert tilbake.**

**D har hatt vedvarende symptomer i tiden etter den beskrevne hendelsen. Symptomene har omfattet mareritt og redsel, hun snakker til veggen og har vært redd for afghanske menn og andre forhold som minner henne om hendelsen i Hellas. Marerittene har inneholdt gjenopplevelser fra denne episoden. Disse symptomene er typisk for PTSD. Symptombildet har variert med vedtak i familiens asylsak og utsendelsen av en nabogutt på asylmottaket, men de har vedvart siden den belastende hendelsen. Denne variasjonen innebærer som nevnt over, ikke at de diagnostiske kriteriene ikke anses oppfylt."**

- (136) Psykolog Hooper seier også at D er behandlingstrengende, og at ho også var det på vedtakstidspunktet.
- (137) Opplysningane frå psykolog Hooper fell i det store og heile saman med det som UNE bygde på i sitt vedtak. Dei nye bevisa endrar såleis ikkje i nemnande grad – om dei blir lagde til grunn – det faktumet som vedtaket er bygd på.
- (138) Etter UNE sine retningslinjer om helsemessige forhold, daterte 11. januar 2012, er det dessutan ein høg terskel for når helseomsyn skal vere avgjerande. I punkt 4.2.1 heiter det såleis:

**"Etter praksis må det foreligge en alvorlig sinnslidelse for at den alene skal kunne gi grunnlag for opphold i Norge.**

...

**Mindre alvorlige lidelser som lette og moderate depresjoner, angst, tvangslidelser og vanlige former for posttraumatisk stresslidelse (PTSD) gir etter praksis ikke alene grunnlag for opphold."**

- (139) Av retningslinjene punkt 7 går det fram at det er ein lågare terskel for barn enn for ein vaksen med tilsvarende sjukdom.
- (140) I lys av dei strenge krava har eventuelle mindre endringar i synet på D sin psykiske tilstand klart ikkje noko å seie for innhaldet i vedtaket på dette punktet.
- (141) Vedtaket i UNE er såleis heller ikkje ugyldig på dette grunnlaget.
- (142) *Om D skulle ha fått høve til å uttale seg direkte for UNE*
- (143) Familien sin advokat bad før nemndmøtet om at eldstedottera D måtte få forklare seg i nemndmøtet. Leiaren i nemnda avslo dette, med ei grunngeving som er gitt att slik i vedtaket:
- "Advokat Alv Stangeland rettet 05.12.12 en muntlig forespørsel til UNE om høring av klagerens datter A [feilskrift for D]. Nemndleder besluttet 07.12.12 at barnet ikke skulle høres pga. sin alder. Det ble også vist til at det ikke var grunn til å tro at det å høre barnet i nemndmøtet kunne antas å ville ha betydning for saken."**
- (144) På møtedagen i UNE mangla D nokre dagar på å vere seks år gammal.
- (145) Familien har gjort gjeldande at det er brot på barnekonvensjonen når D ikkje fekk møte og forklare seg i nemndmøtet.

(146) Barnekonvensjonen artikkel 12 har slik ordlyd:

- "1. Partene skal garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.**
- 2. For dette formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller gjennom en representant eller et egnet organ, på en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett."**

(147) Barnekonvensjonen artikkel 12 gir altså eit barn rett til å bli høyrte i rettslege og administrative saker dersom barnet er "i stand til å danne seg egne synspunkter". I konvensjonen er det likestilt om barnet skal høyrast direkte eller gjennom ein representant eller eit eige organ. Dette skal i begge tilfelle skje i samsvar med saksbehandlingsreglane i nasjonal rett.

(148) Eg kan ikkje sjå at den generelle føresegna i artikkel 3 nr. 1 om barnets beste, kan påverke innhaldet i artikkel 12 nr. 2, som er ein konkret og spesiell regel for sitt område. Men føremålet med reglane i artikkel 12 er sjølvstendig å syte for at rettane til barnet, mellom anna etter artikkel 3, blir oppfylte.

(149) Familien har vist til General Comments frå FN's barnekomité som støtte for at barnet her hadde krav på å forklare seg direkte for nemnda.

(150) Barnekomiteen er oppretta etter FN's barnekonvensjon artikkel 43, og har i sine eigne saksbehandlingsreglar bestemt at den skal gi ut General Comments, sjå nærare om dette i Rt. 2009 side 1261 avsnitt 33-39.

(151) Om vekta av General Comments viser eg til det som er sagt i plenumsdommen Rt. 2012 side 1985 – lengjeverande barn I – avsnitt 136 med vidare tilvising til Rt. 2009 side 1261 avsnitt 40–44. I 2009-dommen avsnitt 41 er det uttala:

**"Det er ... på det rene at komitéuttalelser generelt ikke er folkerettslig bindende."**

(152) I avsnitt 44 held førstvoterande fram slik:

**"... Det avgjørende vil likevel være hvor klart den må anses å gi uttrykk for overvåkingsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonene. Særlig må man vurdere om uttalelsen må ses som en tolkingsuttalelse, eller mer som en tilråding om optimal praksis på konvensjonens område. Dernest må man vurdere om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde. Dette siste er av særlig betydning ved generelle uttalelser som ikke er knyttet til enkeltsaker eller landrapporter, og som derfor ikke har vært gjenstand for dialog mellom komiteén og den berørte staten."**

(153) I General Comment No. 12 (2009) avsnitt 21 uttalar barnekomiteen at retten til å bli høyrte skal gjelde utan omsyn til alder, og i avsnitt 20 er det sagt at statane må ta utgangspunkt i at barnet kan uttrykke sitt eige syn, utan at barnet som utgangspunkt treng bevise det. I avsnitt 35 følgjer barnekomiteen opp med å seie at barnet har ein valrett:

**"After the child has decided to be heard, he or she will have to decide how to be heard: 'either directly, or through a representative or appropriate body'. The Committee recommends that, wherever possible, the child must be given the opportunity to be directly heard in any proceedings."**

- (154) Etter mitt syn må dette reknast som ei ytring frå barnekomiteen om korleis rettstilstanden bør utvikle seg. Eg kan ikkje sjå at synsmåten er forankra i konvensjonsteksten. Som barnekomiteen sjølv uttalar seinare i General Comment No. 14 (2013), er "barnets beste" eit komplekst og fleksibelt omgrep. Eg siterer litt frå avsnitt 32:

**"The concept of the child's best interests is complex and its content must be determined on a case-by-case basis. It is through the interpretation and implementation of article 3, paragraph 1, in line with the other provisions of the Convention, that the legislator, judge, administrative, social or educational authority will be able to clarify the concept and make concrete use thereof. Accordingly, the concept of the child's best interests is flexible and adaptable. It should be adjusted and defined on an individual basis, according to the specific situation of the child or children concerned, taking into consideration their personal context, situation and needs. For individual decisions, the child's best interests must be assessed and determined in light of the specific circumstances of the particular child. For collective decisions —such as by the legislator —the best interests of children in general must be assessed and determined in light of the circumstances of the particular group and/or children in general. In both cases, assessment and determination should be carried out with full respect for the rights contained in the Convention and its Optional Protocols."**

- (155) Dette er i samsvar med kravet om at tolking av ein konvensjon skal skje lojalt – "in good faith" – i artikkel 31 nr. 1 i Wienkonvensjonen om traktatretten.
- (156) Ved inkorporasjonen av barnekonvensjonen i norsk rett fekk forvaltningslova § 17 første ledd slik ordlyd:

**"Forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Det skal påse at mindreårige parter har fått mulighet til å gi uttrykk for sitt syn, i den grad de er i stand til å danne seg egne synspunkter på det saken gjelder. De mindreåriges syn skal tillegges vekt i samsvar med deres alder og modenhet."**

- (157) I Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) side 61 heiter det i spesialmotiva til denne føresegna:

**"§ 17 første ledd nytt annet punktum slår fast at forvaltningen skal påse at et barn som er part i en sak, får mulighet til å gi uttrykk for sitt syn, i den grad barnet er i stand til å danne seg egne synspunkter. Det gjelder ingen fast aldersgrense for når denne plikten utløses. Forvaltningen må vurdere konkret i forhold til sakens art i hvilken grad barnet kan være i stand til å danne seg egne synspunkter. For eksempel vil også svært små barn kunne gi uttrykk for synspunkter på valg av hjelpemidler for funksjonshemming, mens barn relativt sjelden vil ha kompetanse til å uttale seg om svært tekniske/økonomiske spørsmål. Bestemmelsen medfører ikke at forvaltningsorganet alltid må høre barnet direkte. Også dette må tilpasses vedtakets art, og barnets alder og utvikling. Det vil ofte være tilstrekkelig at barnets syn er innhentet via den som representerer barnet i forvaltningssaken. Foreligger det interessekonflikt mellom barnet og vergen, har forvaltningsorganet en større oppfordring til å innhente synspunktene direkte fra barnet eller via en annen person enn vergen."**

- (158) Eg går ikkje nærare inn på forvaltningslova her. For utlendingssaker er uttaleretten for barn regulert i utlendingforskrifta § 17-3, gitt med heimel i utlendinglova § 81 andre ledd. I Ot.prp. nr 75 (2006–2007) side 328–329 drøftar departementet dei særlege omsyna

og dei kryssande interessene som kjem inn ved om barn skal kunne forklare seg direkte. Det heiter der at

**"... det i mange asylsaker som gjelder barn over en viss alder, [vil] være behov for egne samtaler. På den annen side vil det i asylsaker være svært viktig å unngå at barnet havner i en pressituasjon hvor det kan oppstå skyldfølelse i forhold til resten av familien dersom søknadene blir avslått. Det må understrekes at det er barnets egen situasjon som skal belyses i en samtale med barnet, og ikke hvorvidt foreldrenes asylgrunnlag er troverdig eller ikke. Videre vil det også være mange tilfeller hvor det er åpenbart at det er unødvendig med en egen samtale med medfølgende barn, og det kan også være at barnets foreldre ikke ønsker at barnet skal intervjues. Tilsvarende kan det i utvisningssaker som gjelder en av barnets foreldre være ulike syn mellom foreldrene med hensyn til om barnet bør høres, og det kan også fremstå som åpenbart unødvendig med en egen samtale med barnet. I mange utvisningssaker vil for eksempel situasjonen være at hensynet til barnet er presentert skriftlig fra en advokat i saken, og at det anførte er lagt til grunn av forvaltningen."**

(159) Avslutningsvis uttalar departementet om dette:

**"I stedet for en generell bestemmelse om barns uttalerett i loven, anser departementet at spørsmålet om høring av barn bør reguleres i forskrift og i retningslinjer, og at reguleringen må tilpasses de ulike sakstyper og søknadssituasjoner. Departementet foreslår derfor en særskilt hjemmel i loven for nærmere forskriftsregulering, jf. departementets lovforslag § 81 annet ledd."**

(160) I utlendingsforskrifta § 17-3 er det fastsett at barn som har fylt sju år og dessutan yngre barn som er i stand til å danne seg egne meiningar, skal givast høve til å uttale seg. På vedtakstidspunktet lydte føresegna slik:

**"Barn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å bli hørt før det treffes avgjørelse i saker som vedrører dem etter utlendingsloven.**

**Barnet kan høres muntlig eller skriftlig eller gjennom foreldre, verge eller andre som kan uttale seg på vegne av barnet. På hvilken måte barnet skal høres, må vurderes ut fra sakens art og søknadssituasjonen. Utlendingsdirektoratet gir utfyllende retningslinjer om hvordan barnets uttalerett skal gjennomføres, tilpasset de ulike sakstyper og søknadssituasjoner."**

(161) Etter mitt syn ligg det ikkje føre bindande folkerettsleg grunnlag som talar for ei anna forståing av konvensjonen enn den som er komen til uttrykk i utlendingsforskrifta § 17-3. Og etter § 17-3 er det opp til UNE å avgjere høyringsmåten "ut fra sakens art og søknadssituasjonen".

(162) Grunnlova § 104 var ikkje vedteken då UNE gjorde sine vedtak, og det følgjer då av Rt. 2015 side 921 avsnitt 67 at denne grunnlovsføresegna ikkje kjem til bruk i saka her. Eg kan heller ikkje sjå at føresegna, om ho hadde vore lagt til grunn, ville gitt barna ei sterkare stilling enn dei hadde tidlegare, jf. Innst. 186 S. (2013–2014) side 30.

(163) Det var leiaren av nemnda som avgjorde at D ikkje skulle høyrast i møtet, slik det går fram av det eg siterte om dette frå vedtaket.

(164) Det sentrale i dei munnlege forhandlingane var å få klarlagt om foreldra si asylhistorie kunne leggjast til grunn. Det var ikkje omtvista i møtet at D hadde helseproblem; heller ikkje at ho gjerne ville bu i Noreg. I saka møtte både mor og far og ein advokat. Eg kan

ikkje sjå at det her var interessemotsetningar mellom D og foreldra, og både foreldra og advokaten må med det også reknast for å ha møtt på vegner av heile familien. D fekk etter dette høve til å bli høyrd i samsvar med det lova byggjer på. Det kan i denne situasjonen ikkje rettast innvendingar mot at nemndleiaren ikkje fann grunn til å høyre D sjølv i møtet.

- (165) Heller ikkje på dette punktet er det då etter mitt syn grunnlag for å kjenne UNE sitt vedtak ugyldig.
- (166) *Spørsmål om mangelfull grunngeving i vedtak etter § 28 når det gjeld barnets beste*
- (167) Eg har lagt til grunn at domstolane kan prøve vedtaket frå UNE etter reglane for fritt skjønn, og gått gjennom det som elles er gjort gjeldande som manglar. Eg skal no sjå på om det er manglar ved grunngevinga i asylvedtaket etter § 28.
- (168) Innleiingsvis minner eg om at ved fastlegginga av terskelen for når internflukt er urimeleg, skal utlendingsforskrifta § 7-1 liggje til grunn. I UNE sitt vedtak er det rettslege utgangspunktet ved internflukt summert opp slik:

**"Etter forskriftens § 7-1 anses det bare urimelig å henvise til internflukt dersom retursituasjonen er slik at vedkommende fyller vilkårene for tillatelse etter lovens § 38. Det vil således først være urimelig å henvise til internflukt dersom utlendingen, ut fra retursituasjonen, vil kvalifisere til oppholdstillatelse etter den praksis som gjelder eller lovens § 38. Forhold som ikke berører retursituasjonen, så som tilknytning til Norge eller at man vil kunne få det materielt eller sosialt bedre i Norge enn i hjemlandet, tilleggs ikke vekt ved vurderingen av internflukt. Slike forhold kan eventuelt inngå i en subsidiær vurdering av opphold på humanitært grunnlag etter lovens § 38. Manglende tilknytning til internfluktområdet er for øvrig ikke alene tilstrekkelig for at internflukt vil være urimelig.**

**Terskelen for å innvilge oppholdstillatelse etter lovens § 38 er lavere for barn enn for voksne, jf. fjerde ledd. Nemnda legger til grunn at terskelen for når det vil være urimelig å henvise barn til internflukt er lavere enn for voksne, jf. forskriftens § 7-1 første punktum."**

- (169) Det nærare innhaldet i barnekonvensjonen artikkel 3 har vore behandla i fleire avgjerder i Høgsterett. Plenumsavgjerda i Rt. 2012 side 1985 – lengjeverande barn I – gjaldt kravet til grunngeving etter utlendingslova § 38, der vurderingstemaet er eit noko anna enn i det spørsmålet eg drøftar no. Dommen gir likevel ei viss rettleiing for vurderinga etter § 28. Etter ein brei gjennomgang summerer førstvoterande opp i avsnitt 149, der det heiter

**"... at domstolene fullt ut kan prøve om forvaltningen har tolket loven riktig. At hensynet til barnets beste, herunder barnets tilknytning til Norge, må være forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn, innebærer at det må fremgå av vedtaket at hensynet til barnets beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn. Domstolene kan ikke prøve den konkrete interesseavveiningen."**

- (170) Spørsmålet om kravet til grunngeving har vore oppe i seinare avgjerder i Rt. 2015 side 93 og Rt. 2015 side 155. Desse sakene gjaldt høvesvis utvisingsvedtak og vedtak om utlevering; i begge tilfelle spørsmål der domstolane har full prøvingskompetanse. Eg går derfor ikkje nærare inn på desse dommane.
- (171) Utlendingsforskrifta § 17-1 a inneheld nærare reglar om grunngeving i vedtak som gjeld barn. På vedtakstidspunktet var ordlyden slik:

**"I vedtak som berører barn, skal det fremkomme hvilke vurderinger som har vært foretatt av barnets situasjon, herunder hvordan hensynet til barnets beste er vektlagt, med mindre det anses unødvendig."**

- (172) Familien har gjort gjeldende at det ikke er kome tydeleg fram i UNE sitt vedtak kva som er barnets beste. Innleiingsvis i drøftinga av om internflukt må reknast som urimeleg, uttalar nemnda:

**"Terskelen for å innvilge oppholdstillatelse etter lovens § 38 er lavere for barn enn for voksne, jf. fjerde ledd. Nemnda legger til grunn at også terskelen for når det vil være urimelig å henvise barn til internflukt er lavere enn for voksne, jf. forskriftens § 7-1 første punktum."**

- (173) UNE har såleis lagt til grunn og framheva at terskelen for å vise til internflukt er høgare for barn enn for voksne. I drøftingane er det gjennomgåande at det går fram at dei gjeld ein familie med barn.

- (174) Nemnda tok i drøftinga dessutan opp fleire forhold som spesielt gjaldt barna. Eg siterer frå vedtaket:

**"Flertallet kan ikke se at det foreligger opplysninger/dokumentasjon som tilsier at klagerens omsorgsevne er svekket, selv om de har forskjellige psykiske problemer. Det er heller ingen holdepunkter for at de ikke drar omsorg for sine barn. Tvert imot fremstår de som alminnelig gode foreldre som vil det beste for barna. Som nevnt vil klagerne også ha tilgang på medikamentell behandling mot sine helseproblemer i Kabul.**

Flertallet har merket seg opplysningene om at D kom bort fra sin far i en kort periode mens de befant seg i en park i Aten. Hva som skjedde er uvisst, ettersom D ikke har ønsket å fortelle om det. Flertallet legger likevel til grunn at episoden har vært en belastning for henne. Flertallet legger også til grunn at det har vært en belastning for D å være atskilt fra sin mor i en periode. Flertallet viser videre til de foreliggende opplysninger bl.a. om at D har slitt med mareritt og redsel for å være alene og mørke rom, samt til at hun fikk en formentlig stressreaksjon da familien fikk avslag på asylsøknaden av UDI.

Flertallet kan likevel ikke se at opplysningene om Ds problemer tilsier at det er urimelig å henvise familien til internflukt. Flertallet viser særlig til at D vil returnere sammen med sine foreldre. Det er ikke dokumentert at hun har behov for medisinsk/psykologisk behandling, og hun fungerer for øvrig fint i skole og barnehage. Det er forståelig at D har et sterkt ønske om å bli boende i Norge, men det tilsier ikke at retur er utilrådelig eller urimelig.

Flertallet viser også til at barna vil ha rett til å gå på skole i Kabul. Det er intet spesielt å bemerke til situasjonen for C.

Flertallet har sett hen til at barna aldri har bodd i Afghanistan, til at de er jenter, til at klagerne snart vil ha et spebarn og at barnedødligheten er høye i landet. Flertallet kan imidlertid ikke se at disse omstendigheter kan tillegges særlig vekt ved vurderingen av om *internflukt* er urimelig. I forhold til disse omstendigheter vil situasjonen for familien være den samme i Qarabagh/Ghazni som i Kabul by, bortsett fra at helsevesenet i Kabul er bedre utbygget enn i resten av landet.

Etter det kan flertallet ikke se at hensynet til barnas beste tilsier at internflukt er urimelig. Flertallet kan heller ikke se at det foreligger forhold som tilsier at familien må karakteriseres som særlig sårbar."

- (175) Det er også gjort gjeldande at forholdet for C, som var to år på vedtakstidspunktet, ikkje er tilstrekkeleg vurdert. Det går her fram av vedtaket at UNE tok omsyn til C. Ein del av drøftingane er sams for dei to jentene. Deretter uttala nemnda, slik det går fram av det eg akkurat har sitert, at det ikkje var noko spesielt å seie om situasjonen for C.
- (176) Familien har ikkje trekt fram særlege omstende ved C sin situasjon, som var annleis enn det som vil måtte gjelde for alle små jenter i Kabul.
- (177) Nemnda konkluderte gjennomgangen slik:
- "Etter dette kan flertallet ikke se at hensynet til barnets beste tilsier at internflukt er urimelig."**
- (178) Slik eg ser det, er avgjerdsgrunnane etter § 28 utførlege og grundige. UNE har drøfta dei ulike momenta som var trekte fram av familien i forhold til barna. Episoden som skal ha funne stad i Athen er drøfta, og det same er omsynet til D si psykiske helse. Nemnda har lagt til grunn at ho har eit sterkt ønskje om å bli buande i Noreg.
- (179) Etter mitt syn gir avgjerda tilstrekkeleg visse for at omsynet til barna er forsvarleg vurdert og avvege ut frå det temaet som skulle prøvast. Det er heller ikkje tvilsamt at omsynet til barnets beste er tillagt vekt som eit grunnleggjande omsyn.
- (180) Eg er etter dette komen til at grunngivinga av vedtaket etter § 28 femte ledd ikkje var mangelfull.
- (181) *Spørsmål om mangelfull grunngiving i vedtak etter § 38 når det gjeld barnets beste*
- (182) Familien har gjort gjeldande at vedtaket i UNE om å nekte opphaldsløyve grunna sterke menneskelege omsyn eller særleg tilknytning til riket, jf. utlendingslova § 38, er ugyldig på grunn av mangelfull grunngiving. Spørsmålet er om grunngivinga er tilstrekkeleg når det gjeld omsynet til barnets beste, jf. utlendingslova § 38 tredje ledd der det heiter:
- "I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Barn kan gis oppholdstillatelse etter første ledd selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen."**
- (183) Eg har allereie sitert Rt. 2012 side 1985 – lengjeverande barn I – avsnitt 149, der krava til grunngiving er drøfta.
- (184) Utlendingsforskrifta § 17-1 vart endra ved forskrift 8. desember 2014. Eg oppfattar for min del forskriftsendringa som ei oppdatering, mellom anna som følgje av plenumsdommane i Rt. 2012 side 1985 – lengjeverande barn I – og Rt. 2012 side 2039 – lengjeverande barn II – der forholdet til General Comment No. 5 (2003) og No. 12 (2009) frå FN's barnekomité stod sentralt.
- (185) Familien har vist til utsegner frå FN's barnekomité i General Comment No. 14 (2013) kunngjort 29. mai 2013, som den meiner går lengre i å tilrå at barnets beste må vurderast og trekkjast fram heilt uttrykkeleg enn med grunnlag i dei tidlegare General Comments. I General Comment No. 14 avsnitt 6 bokstav c heiter det at det i avgjerder som vedkjem barn må gjerast ei vurdering av "the possible impact (positive or negative) of the decision on the child or children concerned". Vidare er det sagt at det må gå fram korleis "the child's interests have been weighed against other considerations". Eg synest det er



vanskeleg å seie om dette er uttrykk for ei oppfatning av gjeldande rett eller som eit siktemål. Under alle omstende meiner eg dette ikkje har ei forankring som gjer at det endrar det som vart lagt til grunn i plenumsdommane i 2012.

- (186) Når grunngevinga skal prøvast, må det takast omsyn til forvaltningspraksis i opphaldssaker etter § 38. Her viser eg til ein rapport UNE gav ut 17. juni 2013 med tittelen "Ett år etter 'Barn på flukt'". I denne vart det sagt at det etter praksis
- "... i sin alminnelighet er utgangspunktet at barnefamilier med barn med en oppholdstid fra om lag 4 ½ år og 1 år på skole i Norge, har en tilknytning som kan utgjøre sterke menneskelige hensyn etter lovens § 38."**
- (187) Det UNE her i realiteten gir uttrykk for, er korleis avveginga mellom omsynet til barnets beste og innvandringspolitiske omsyn skal skje "i sin alminnelighet". Dette inneber at dersom ein familie med barn skal kunne få opphald trass i kortare oppholdstid og skulegang enn det som er sagt, må det påvisast spesielle forhold som må føre til at omsynet til barnets beste må givast ei større gjennomslagskraft.
- (188) Når det gjeld praksis for å gi opphald for psykiske lidningar, viser eg til det eg sa tidlegare om at som utgangspunkt berre alvorleg sinnsliding vil kunne gi opphald etter § 38.
- (189) Med dette som utgangspunkt og bakgrunn ser eg så på vedtaket om å nekte familien opphald etter § 38. Eg finn det naturleg å gi att UNE si avgjerd om dette spørsmålet i sin heilskap:

**"Når vilkårene for asyl ikke er oppfylt, skal UNE etter lovens § 28 syvende ledd vurdere om klageren skal gis tillatelse etter lovens § 38, dvs. 'opphold på humanitært grunnlag'. Etter denne bestemmelsen kan oppholdstillatelse gis når sterke menneskelige hensyn taler for det, eller når utlendingen har særlig tilknytning til riket. For å avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn, skal det foretas en totalvurdering, jf. annet ledd. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn, jf. lovens § 38 tredje ledd og barnekonvensjonen artikkel 3. Barn kan gis oppholdstillatelse selv om situasjonen ikke er av et slikt alvor at det ville blitt gitt tillatelse til en voksen.**

**Ved vurderingen kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn, herunder mulige konsekvenser av omfanget av søknader på liknende grunnlag, de samfunnsmessige konsekvensene, hensynet til kontroll og til respekt for lovens øvrige regler, jf. § 38 fjerde ledd.**

**Etter flertallets oppfatning foreligger ikke sterke menneskelige hensyn som tilsier at klagerne gis oppholdstillatelse. Mindretallet er uenig i det. Både flertall og mindretall viser til sine vota under internfluktvurderingen. Flertallet tilføyer at barnas tilknytning til riket i dette tilfellet ikke er tilstrekkelig sterk til å kunne tillegges særlig vekt ved vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn, jf. forskriften § 8-5. Flertallet viser også til at innvandringsregulerende hensyn taler mot at tillatelse gis, jf. lovens § 38 fjerde ledd bokstav a og b.**

**Klagerne har ikke en særlig tilknytning til riket som tilsier at oppholdstillatelse gis. Oppholdstid som asylsøker danner som regel ikke grunnlag for særlig tilknytning. Det er ikke grunnlag for en annen vurdering i dette tilfellet."**

- (190) Det innleiande avsnittet i vedtaket svarar – både i form og i innhald – til det Høgsterett i Rt. 2012 side 1985 – lengjeverande barn I – avsnitt 154 og Rt. 2012 side 2039 – lengjeverande barn II – avsnitt 46 kom til var riktig og tilstrekkeleg med omsyn til rettsbruken. I saka no er det – i motsetning til i dei to sakene frå 2012 – særskilt nemnt at

omsynet til barnets beste skal vere eit grunnleggjande omsyn og at terskelen skal vere lågare enn for vaksne.

- (191) I vedtaket frå nemnda om § 38 er det ikkje sagt noko om kva som skulle vere til barnets beste. Ankemotpartane har, under tilvising til Rt. 2012 side 1985 – lengjeverande barn I – avsnitt 149 gjort gjeldande at vedtaket då ikkje oppfyller norma om at det må "fremgå av vedtaket at hensynet til barnets beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn".
- (192) Dette er eg ikkje einig i. Den konkrete prøvinga i Rt. 2012 side 1985 – lengjeverande barn I – viser at det er tilstrekkeleg at dette let seg påvise gjennom ei tolking av vedtaket. Dette vart lagt til grunn av fleirtalet i Høgsterett, men det kjem særleg tydeleg fram hos mindretalet i avsnitt 205.
- (193) Heller ikkje i Rt. 2012 side 2039 – lengjeverande barn II – hadde nemnda gitt direkte uttrykk for kva som ville vere barnets beste. Førstvoterande uttalar i avsnitt 48 at han finn det "klart at nemnda har lagt til grunn at det vil være til Cs beste om hun får bli i landet". Også her er mindretalet tydeleg av same meining, sjå avsnitt 109.
- (194) Det avgjerande må såleis vere om det etter ei konkret vurdering av vedtaket som heilskap går fram kva som er barnets beste og at dette omsynet er vektlagt i samsvar med dei prinsippa eg har gjort greie for.
- (195) Det kan i saka no ikkje vere tvilsamt – sjølv om det altså ikkje er sagt med reine ord – at det nettopp er teke utgangspunkt i at det ville vere til barnets beste å bli i Noreg. Dei økonomiske og humanitære forholda er openbert mykje betre i Noreg enn dei er i Kabul. Dette er så sjølv sagt at det ikkje treng seiast i vedtaket. Indirekte har då også nemnda vektlagt dette ved å vise til at dei innvandringsregulerande omsyna talar mot opphaldsløyve.
- (196) I den konkrete vurderinga når det gjeld barna, har fleirtalet i UNE nøgd seg med å vise til vurderinga som vart gjort av situasjonen for barna etter § 28 femte ledd. Der var spørsmålet om det ut frå forholda i Kabul ville vere urimeleg å vise barna til internflukt.
- (197) Nemnda tok i drøftinga etter § 28 femte ledd opp fleire forhold som gjaldt barna og som eg gjorde greie for under drøftinga av avgjerdsgrunnane for det vedtaket. Desse momenta må altså lesast inn som ein del av grunnlaget for vurderinga etter § 38.
- (198) Nemnda la til at familien ikkje hadde ei slik særleg tilknytning til riket at det gav grunnlag for opphaldsløyve. Vedtaket må her sjåast på bakgrunn av at det for barn "i utgangspunktet" vart stilt krav om butid på fire og eit halvt år og skulegang i eitt år for å gi opphald. Butida for familien – på vedtakstidspunktet rundt eitt og eit halvt år – var så langt under dette at det ikkje er nødvendig med nærare grunngeving for å kunne prøve vedtaket på dette punktet. Det var heller ikkje slik sjukdom hos barna at det gav særleg grunn til å utdjupe vedtaket. Etter mitt syn må grunngevinga kunne gjerast enkel i dei tilfella der opphald på humanitært grunnlag etter praksis klart ikkje vil bli gitt.
- (199) Sjølv om framstillinga her ikkje er mønstergyldig, viser vedtaket såleis samla sett at nemnda har ei tilstrekkeleg brei vurdering av omstenda ved avgjerda om opphaldsløyve.

- (200) Samtidig må avgjerdsgrunnane sjåast i lys av det som var dei omtvista spørsmåla i saka. Det går fram av referatet frå nemndmøtet at temaet i hovudsak var spørsmålet om foreldra hadde asylgrunnlag. Også foreldra si tilknytning til Kabul gjennom familie og anna nettverk vart teke opp. I lys av den korte opphaldstida i landet, rundt ein tredel av det som til vanleg ville gi opphaldsløyve, og i lys av at helseproblema var langt under terskelen for å kunne gi opphaldsløyve, kan ikkje spørsmålet om opphald på humanitært grunnlag ha vore det som stod mest sentralt. Avgjerdsgrunnane må då vurderast annleis enn om det var opphald på humanitært grunnlag som var det dominerande tvistetemaet.
- (201) Samla sett viser avgjerda at UNE har lagt til grunn rett forståing av kravet til framheving av barnets beste, og av kva vekt som skal leggjast på dette. Også elles er det gjort ei vurdering med tilstrekkeleg breidde. Avveginga av dei kryssande omsyna kan domstolane ikkje prøve ut over det som følgjer av dei generelle reglane om prøving av vedtak etter fritt skjønn.
- (202) Grunngevinga er etter mitt syn tilstrekkeleg til å prøve vedtaket. Dei veikskapane som er ved utforminga av vedtaket, er etter mitt syn ikkje under noko omstende slik at dei kan ha hatt verknad for innhaldet av vedtaket, jf. forvaltningslova § 41.
- (203) Mitt syn er då at vedtaket etter § 38 ikkje er ugyldig som følge av mangelfulle avgjerdsgrunnar.
- (204) *Konklusjon*
- (205) UNE sine vedtak av 14. januar 2013 og 8. februar 2013 er då gyldige, og staten ved UNE blir å frifinne.
- (206) Anken har ført fram, men staten har ikkje kravd sakskostnader.
- (207) Eg røystar for slik

## D O M :

Staten ved Utlendingsnemnda blir frifunnen.

- (208) Dommer **Bergsjø**: Jeg er kommet til at vedtaket om opphold på humanitært grunnlag må kjennes ugyldig, men at statens anke fører frem for så vidt gjelder asylvedtaket.
- (209) I likhet med førstvoterende mener jeg at det ikke hefter mangler ved *rettsanvendelsen* i UNEs vedtak. Følgelig er jeg enig i at tilknytningen til Norge og forholdene her ikke skal trekkes inn ved internfluktvurderingen etter utlendingsloven § 28 femte ledd. Som ham mener jeg videre at utlendingsforskriften § 7-1 har tilstrekkelig hjemmel i lovens § 28 siste ledd, og at UNE har bygget på riktige bevisbyrdeprinsipper.
- (210) Jeg er også enig med førstvoterende i at forholdene på vedtakstidspunktet må være avgjørende ved prøvingen. På samme måte som ham mener jeg videre at vedtaket ikke er ugyldig som følge av at UNE har lagt til grunn *feil faktum*, og at det ikke var en *saksbehandlingsfeil* at D ikke fikk forklare seg for nemnda.

- (211) Imidlertid har jeg et annet syn enn førstvoterende på *domstolenes prøvingskompetanse* for så vidt gjelder spørsmålet om internflukt er urimelig, jf. utlendingsloven § 28 femte ledd. Slik jeg ser det, er det her tale om et skjønn som i prinsippet kan prøves fullt ut. Men det er grunn til å vise tilbakeholdenhet ved prøvingen. Jeg mener at det i dette tilfellet ikke vil være urimelig å henvise familien til internflukt, og at UNEs vedtak er gyldig så langt gjelder asylspørsmålet. I motsetning til førstvoterende mener jeg at vedtaket må kjennes ugyldig som følge av *mangler ved begrunnelsen under vurderingen av opphold på humanitært grunnlag*, jf. utlendingsloven § 38.
- (212) I fortsettelsen ser jeg først på prøvingskompetansen. Deretter vurderer jeg gyldigheten av asylvedtaket, før jeg går over til den delen av vedtaket som gjelder opphold på humanitært grunnlag. Her drøfter jeg kravene til begrunnelse og vurderer så UNEs vedtak konkret.
- (213) *Domstolenes prøvingskompetanse ved urimelighetsvurderingen etter utlendingsloven § 28 femte ledd*
- (214) Ankemotpartene er anerkjent som flyktninger etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav b. UNE har imidlertid lagt til grunn at internfluktunntaket i bestemmelsens femte ledd får anvendelse, fordi det ikke er urimelig å henvise familien til å ta opphold i Kabul. Spørsmålet er hvor langt domstolene kan gå i å prøve denne urimelighetsvurderingen – er det tale om et fritt skjønn, eller kan vurderingene prøves fullt ut?
- (215) Jeg finner innledningsvis grunn til å presisere problemstillingen nærmere. Som jeg allerede har nevnt, er jeg enig i at utlendingsforskriften § 7-1 har tilstrekkelig hjemmel. I dette ligger at departementet hadde adgang til å knytte terskelen i urimelighetsvurderingen opp mot kriteriet "sterke menneskelige hensyn" i utlendingsloven § 38. Hvilket spillerom *departementet* har til å foreta denne typen presiseringer, er et spørsmål om hvor langt hjemmelsbestemmelsen rekker. Problemstillingen nå er derimot hvor langt domstolene kan gå i å prøve om *UNE* har anvendt lov og forskrift riktig. Det er ingen motsetning mellom en adgang til å gi forskrift om urimelighetsvilkåret på den ene siden, og full prøving av UNEs vedtak på den annen.
- (216) Førstvoterende har tatt opp spørsmålet om våre folkerettslige forpliktelser også omfatter urimelighetsvilkåret. For meg har det ikke vært nødvendig å ta stilling til dette. Hvis det på et område foreligger slike forpliktelser, er det et argument for full kompetanse. Fraværet av folkerettslige bindinger betyr imidlertid ikke at skjønnet er fritt. Prøvingskompetansens innhold beror da fullt ut på hvilken ordning lovgiver har vedtatt.
- (217) Utgangspunktet er at en utlending etter søknad skal anerkjennes som flyktning hvis vilkårene i utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a eller b er oppfylt. Status som flyktning gir rett til oppholdstillatelse etter bestemmelsens andre ledd. Retten til anerkjennelse som flyktning gjelder imidlertid ikke hvor utlendingen kan henvises til internflukt. Jeg viser til § 28 femte ledd, som lyder:

**"Retten til anerkjennelse som flyktning etter første ledd gjelder ikke dersom utlendingen kan få effektiv beskyttelse i andre deler av hjemlandet enn det området søkeren har flyktet fra, og det ikke er urimelig å henvise søkeren til å søke beskyttelse i disse delene av hjemlandet."**

- (218) Bestemmelsen viser til retten til anerkjennelse som flyktning "etter første ledd". Den gjelder altså uavhengig av om beskyttelsesgrunnlaget følger av bokstav a eller b. I bestemmelsen oppstilles det for det første et relevansvilkår, som innebærer at internfluktområdet både må være trygt og tilgjengelig. Videre inneholder femte ledd et rimelighetsvilkår.
- (219) Før jeg går nærmere inn på domstolenes kompetanse til å prøve anvendelsen av urimelighetskriteriet, nevner jeg også at utlendinger kan innvilges opphold på humanitært grunnlag i medhold av utlendingsloven § 38. Førstvoterende har sitert de fire første leddene. For sammenhengens skyld minner jeg om at første ledd lyder:

**"Det kan gis oppholdstillatelse selv om de øvrige vilkårene i loven ikke er oppfylt dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller utlendingen har særlig tilknytning til riket."**

- (220) Av andre ledd fremgår at det ved vurderingen av "sterke menneskelige hensyn" skal foretas en totalvurdering av saken. Det gis anvisning på vurderingskriterier av utpreget skjønnsmessig art. Tredje ledd slår fast at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, og at barn kan gis oppholdstillatelse selv om situasjonen ikke er så alvorlig at en voksen ville fått det. I fjerde ledd heter det så:

**"Ved vurderingen av om tillatelse skal gis, kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn, herunder**

- a) mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag,
- b) de samfunnsmessige konsekvensene,
- c) hensynet til kontroll, og
- d) hensynet til respekten for lovens øvrige regler."

- (221) De vurderinger § 38 gir anvisning på, kan bare prøves etter de regler som gjelder for såkalt fritt skjønn, jf. blant annet Rt. 2008 side 681 avsnitt 46 og Rt. 2012 side 1985 – lengeværende barn I – avsnitt 142.
- (222) Med dette som bakgrunn ser jeg nærmere på det prøvingsspørsmålet som saken reiser. Jeg tar utgangspunkt i Rt. 1995 side 1427 – naturfredningsdommen. På side 1436 gir tredjevoterende uttrykk for følgende på vegne av flertallet:

**"Om de lovbestemte vilkår for en forvaltningsavgjørelse er til stede, må domstolene kunne prøve fullt ut, dersom det ikke er sikre holdepunkter for noe annet."**

- (223) Jeg viser her også til Rt. 2007 side 257. Avgjørelsen gjaldt forståelsen av den dagjeldende plan- og bygningsloven § 7, som ga adgang til dispensasjon fra planbestemmelser når "særlige grunner" åpnet for det. Om prøvingskompetansen uttaler førstvoterende i avsnitt 40 følgende om utgangspunktet for vurderingen:

**"Det kan være naturlig å anta at når lovgiver har skrevet inn en betingelse for å gi dispensasjon, vil denne betingelsen være en materiell kompetansebegrensning, som kan etterprøves av domstolene, med andre ord et rettsanvendelsesskjønn."**

- (224) Internfluktbestemmelsen i § 28 femte ledd oppstiller nettopp lovbestemte vilkår for en forvaltningsavgjørelse. At det ikke vil være urimelig å henvise utlendingen til et internfluktalternativ, er et vilkår for å gjøre unntak fra de rettigheter som i utgangspunktet følger av § 28 første og andre ledd. Vilkåret fremstår som en materiell kompetansebegrensning som normalt prøves fullt ut. Det alminnelige prinsippet om full prøving må derfor i utgangspunktet gjelde ved anvendelsen av bestemmelsen. Et unntak må begrunnes særskilt.
- (225) En begrenset prøvingskompetanse kan følge av en *tolkning av kompetansegrunnlaget*, jf. blant annet Rt. 2012 side 1985 – lengeværende barn I avsnitt 142 og HR-2015-2252-A avsnitt 30. Vurderingstemaets art vil være av betydning ved tolkningen. Dette fremgår av naturfredningsdommen, men også av Rt. 2012 side 18. I avsnitt 41 uttaler førstvoterende:
- "Ordlyden i første ledd gir anvisning på en rekke skjønnstemaer der den konkrete vurderingen må foretas på grunnlag av et faglig og politisk skjønn. Som det fremgår blant annet av Rt. 2000 side 1056 – Gausi – på side 1063, kan domstolene i slike tilfeller overprøve forvaltningens generelle tolkning, men ikke den konkrete rettsanvendelsen i form av den skjønnsutøvelse som er foretatt."**
- (226) Et annet sikkert utgangspunkt er at domstolene også kan prøve den konkrete subsumsjonen hvor det er spørsmål om forholdet til våre *menneskerettslige forpliktelser*. Det er på denne bakgrunn på det rene at domstolene har full kompetanse til å prøve om vilkårene i § 28 første ledd bokstav a og b er oppfylt. Av samme grunn beror relevansvurderingen i § 28 femte ledd på et skjønn som kan prøves fullt ut. Domstolenes kompetanse til å prøve om internfluktalternativet er trygt og tilgjengelig, er altså ikke begrenset.
- (227) Etter mitt syn følger domstolenes fulle prøvingskompetanse av lovens *ordlyd og sammenheng*. Her peker jeg først på at § 28 står i kapittel 4, som har overskriften "Beskyttelse". Overskriften gir en indikasjon på at kapitlet regulerer spørsmål om rettigheter. Til sammenligning står § 38 – hvor skjønnet er fritt – i kapittel 5 om adgang til opphold i riket. Plasseringen i ulike kapitler viser at det er tale om bestemmelser som er av forskjellig karakter.
- (228) I § 28 første ledd heter det så at en utlending "skal" anerkjennes som flyktning hvis vilkårene i bokstav a eller b er oppfylt. Igjen er det nærliggende å sammenligne med § 38. Etter den bestemmelsen "kan" oppholdstillatelse gis hvis sterke menneskelige hensyn tilsier det, eller utlendingen har særlig tilknytning til riket. Bruken av "kan" eller "skal" er gjerne et uttrykk for om det er tale om henholdsvis et fritt skjønn eller et rettsanvendelsesskjønn, se HR-2015-2252-A avsnitt 33. Dette har kommet til uttrykk også i avsnitt 142 i dommen om lengeværende barn I. Her uttaler førstvoterende:
- "Utlendingsloven § 38 første ledd er en 'kan'-bestemmelse. Den gir myndighetene adgang til å innvilge opphold på humanitært grunnlag når det foreligger sterke menneskelige hensyn. Med mindre noe annet følger av Norges internasjonale forpliktelser, har ingen rett til opphold i Norge på grunnlag av bestemmelsen. Ordlyden viser altså at skjønnsutøvelsen er såkalt 'fritt skjønn'."**
- (229) I § 38 er det videre gitt anvisning på en rekke vurderingskriterier av utpreget skjønnsmessig og politisk art – blant annet skal det etter fjerde ledd legges vekt på innvandringsregulerende hensyn. Til sammenligning viser ordlyden at § 28 første ledd – lest i sammenheng med andre ledd – er en rettighetsbestemmelse. Det er da som nevnt

heller ikke tvilsomt at domstolene fullt ut kan prøve om vilkårene i bokstav a eller b er oppfylt.

- (230) Dette danner etter mitt syn en sentral premiss også ved vurderingen av om urimelighetskriteriet i femte ledd er undergitt fritt skjønn. Internfluktbestemmelsen står ikke på egne ben, men er en del av beskyttelsesvurderingen, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 99. Det er således betegnende når UNHCR i sine retningslinjer 23. juli 2003 slår fast at "[t]he concept of an internal flight or relocation alternative is not a stand-alone principle of refugee law". Jeg viser også til UDIs praksisnotat 19. desember 2014, hvor det heter at internflukt vurderingen "inngår i vurderingen av om en asylsøker har rett til beskyttelse (asyl)...". Femte ledd er systematisk et unntak fra første ledd, som altså er en rettighetsbestemmelse. For meg blir det vanskelig å se noen logisk sammenheng i – eller reell begrunnelse for – at asylgrunnlaget skal kunne prøves fullt ut, men ikke unntaket om internflukt.
- (231) I tillegg kommer at femte ledd som nevnt oppstiller krav om at internfluktalternativet må være trygt, tilgjengelig og rimelig. Vurderingen under de to første vilkårene kan altså prøves fullt ut. Ut fra sammenhengen i § 28 kan jeg ikke se holdepunkter for at noe annet skulle gjelde urimelighetsvilkåret.
- (232) Det er nok så at uttrykket "urimelig" språklig sett kan hevdes å gi et signal om en skjønnsmessig avgjørelse. Uttrykket peker likevel mot en rettslig – og ikke faglig – standard. Allerede av den grunn kan det skjønnsmessige elementet ikke være avgjørende. Og det forhold at uttrykket gir anvisning på et visst skjønn, fratår ikke bestemmelsen preget av å være en materiell kompetansebegrensning. Slike materielle kompetansebegrensninger kan som nevnt prøves fullt ut. Høyesteretts avgjørelse HR-2015-2252-A er her illustrerende. I avsnitt 31 uttaler førstvoterende:
- "Uttrykket 'særlige grunner' er i seg selv generelt og utpreget skjønnsmessig og gir liten veiledning for innholdet i en eventuell overprøving fra domstolenes side. Men uttrykket er oppstilt som en betingelse for at forvaltningen har kompetanse, og slike betingelser kan det i utgangspunktet være naturlig å anse som en materiell kompetansebegrensning som domstolene prøver,..."**
- (233) Min konklusjon så langt er at lovens ordlyd og sammenhengen i bestemmelsene klart viser at domstolene har full kompetanse ved vurderingen av urimelighetsvilkåret i § 28 femte ledd.
- (234) Spørsmålet er om en annen løsning kan utledes av at utlendingsforskriften § 7-1 viser til lovens § 38. Etter mitt syn er ikke det tilfellet. Som også førstvoterende har lagt til grunn, kan henvisningen ikke forstås slik at den omfatter alle sider ved § 38, men bare kriteriet "sterke menneskelige hensyn". Dette fremgår blant annet av departementets høringsbrev 19. november 2008. Prøvingskompetansen må dessuten som nevnt utledes av kompetansegrunnlaget – i dette tilfellet utlendingsloven § 28 femte ledd. Kompetansen beror på lovgivers forutsetninger. Selv om departementet gjennom hjemmelsbestemmelsen i § 28 siste ledd gis et rom for å gi nærmere bestemmelser, kan ikke dette endre det prøvingsregimet som lovgiver har lagt opp til. For øvrig er forskriften § 7-1 utformet i et rettighetsspråk ved at den viser til "vilkårene for oppholdstillatelse". Ordlyden i bestemmelsen gir dermed heller ikke noen klare holdepunkter for begrenset kompetanse.

- (235) Jeg finner støtte for mitt syn også i lovens *forhistorie og forarbeider*. Staten har i sin argumentasjon lagt betydelig vekt på rettstilstanden før vedtakelsen av utlendingsloven 2008. Som førstvoterende har fremhevet, fantes det da ingen lovfestede regler om internflukt i norsk rett. Det var adgang til å henvise til internflukt innenfor rammen av våre internasjonale forpliktelser. Opphold ut fra en rimelighetsvurdering kunne innvilges etter reglene om opphold på humanitært grunnlag, jf. utlendingsloven 1988 § 8 andre ledd. Dermed ble domstolskontrollen begrenset, se blant annet Rt. 2008 side 681 avsnitt 46.
- (236) Etter mitt syn kan det ikke fra dette trekkes slutninger om prøvingsrettens omfang i dag. Her viser jeg til at utvalget i NOU 2004: 20 grovt sagt foreslo en videreføring av rettstilstanden. Det ble foreslått et internfluktunntak for konvensjonsflyktingene i utkastet § 39 fjerde ledd. For de øvrige asylsøkerne var vernet betinget av at de var forfulgt i hele hjemlandet, se side 394 i utredningen. Dersom retur til en annen del av landet fremsto som urimelig, kunne de etter forslaget søke om opphold på humanitært grunnlag.
- (237) Departementet ønsket imidlertid en *annen* løsning og tok uttrykkelig avstand fra utvalgforslaget på dette punktet. I Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 98 heter det om dette:
- "Departementet kan ikke se noen grunn til at reglene om internflukt ikke også skal gjelde for de situasjoner hvor det foreligger en fare for å miste livet eller bli utsatt for umenneskelig behandling av andre årsaker enn de som kan henføres under flyktningkonvensjonen, jf. § 28 første ledd bokstav b, og foreslår derfor at reglene skal gjelde også her. Departementet foreslår at bestemmelsen flyttes fra utvalgets forslag § 39 (tilsvarende departementets lovforslag § 30) til departementets lovforslag § 28."**
- (238) Kommunal- og forvaltningskomiteen sluttet seg til departementets forslag i Innst. O. nr. 42 (2007–2008). Lovgiver har med dette gått bort fra den ordningen som gjaldt tidligere ut fra et bevisst ønske om en endring. Internfluktbestemmelsen ble tatt inn i beskyttelsesregelen i § 28 og gitt anvendelse både for bokstav a- og bokstav b-tilfellene. Den tidligere rettstilstanden kan dermed ikke gi støtte til at urimelighetsvurderingen er et fritt skjønn. Lovhistorien er tvert imot et argument for det motsatte resultatet.
- (239) Heller ikke forarbeidene gir etter mitt syn holdepunkter for at domstolskontrollen med urimelighetsvilkåret i § 28 femte ledd var ment å være begrenset. Her peker jeg først på at de gir klart uttrykk for at vurderingen av opphold på humanitært grunnlag skal være underlagt fritt skjønn, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 160. Dersom departementet hadde ment at det samme skulle gjelde ved urimelighetsvurderingen etter § 28 femte ledd, ville det vært naturlig å si det.
- (240) Også redegjørelsen for vurderingstemaene i de to bestemmelsene tyder på at det er lagt opp til forskjeller i prøvingskompetansen. På side 152 uttaler departementet blant annet følgende om opphold på humanitært grunnlag:
- "Terskelen for opphold på humanitært grunnlag berører klare politiske avveininger og har betydning for den samlede innvandringen.**
- Det er imidlertid begrenset i hvilken grad det er mulig å styre praksis gjennom lovgivning. Dette ble også understreket da man utarbeidet gjeldende lov. På den ene side kan ikke unntaksbestemmelsen stenge muligheten for at man etter en konkret og skjønnsmessig vurdering, legger avgjørende vekt på individuelle forhold. På den annen side bør ikke bestemmelsen formes slik at den blir rettslig forpliktende; de hensyn som**



**taler for at opphold gis, må veies mot hensynet til en regulert og kontrollert innvandring."**

- (241) I forlengelsen av dette uttaler departementet at også andre land "har hatt behov for å utforme vide skjønnsmessige bestemmelser". Videre fremheves at sakene og vurderingstemaene er sammensatte, og behovet for en avveining mot innvandringsregulerende hensyn gjentas.
- (242) Redegjørelsen for internfluktbestemmelsen i § 28 femte ledd står i sterk kontrast til dette. Her gir departementet ingen henvisninger til politiske avveininger eller til utpreget skjønnsmessige vurderinger. Tvert imot bærer motivene preg av en rettighetstenkning. I Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 98 heter det:
- "Departementet bemerker at retten til internasjonal beskyttelse er subsidiær i forhold til muligheten for beskyttelse i eget hjemland. Personer som kan oppnå nødvendig beskyttelse ved å ta opphold i et annet område av hjemlandet enn der de risikerer forfølgelse, har derfor som utgangspunkt ikke rett på beskyttelse i Norge. Av hensyn til rettssikkerhet og likebehandling bør det imidlertid oppstilles visse kriterier for vurderingen av når det kan henvises til et internt fluktalternativ. Departementet er enig med utvalget i at unntaket fra retten til beskyttelse som prinsippet om internflukt representerer, bør inntas i loven."**
- (243) Disse uttalelsene gir klar støtte til at skjønnnet under internfluktvurderingen kan prøves fullt ut – også vurderingen av om henvisning til internflukt vil være urimelig. Vurderingen er begrenset til forholdene i internfluktområdet. Departementet legger ikke opp til en bredere interesseavveining eller til vurderinger av politisk karakter – det er rettssikkerheten som løftes frem. Og det har etter mitt syn vekt at det i den enkelte sak ikke er rom for å ta innvandringspolitiske hensyn ved praktiseringen av § 28 femte ledd.
- (244) Jeg finner støtte for mitt syn også i Rt. 1975 side 603 – swingballdommen. Det rettslige spørsmålet gjaldt kompetansen til å overprøve Patentstyrets avgjørelse av om patentlovens krav til nyhet og oppfinneshøyde er oppfylt. Om dette uttaler førstvoterende på side 606:
- "Jeg nevner for øvrig at den skjønnsmessige vurdering som patentmyndighetene utøver i henhold til lovens § 2 må karakteriseres som et subsumpsjonsskjønn. Loven hjemler i den enkelte sak intet spillerom for hensiktsmessighetsbetraktninger: Er kravet til nyhet og oppfinneshøyde oppfylt, har søkeren 'rett til' patent, jfr. § 1. Som allerede sagt, finner jeg at dette skjønn kan prøves av domstolene."**
- (245) På samme måte åpner ikke utlendingsloven § 28 for hensiktsmessighetsbetraktninger. Og hvis vilkårene i femte ledd ikke er oppfylt, utløser det rettigheter for utlendingene etter første og andre ledd.
- (246) Oppsummeringsvis gir verken lovtekst eller forarbeider noen holdepunkter for at prøvingskompetansen er begrenset for så vidt gjelder urimelighetsvilkåret. Rettspraksis trekker i retning av full prøvingsrett, og vurderingstemaets art tyder ikke på noen begrensning. Jeg er etter dette kommet til at vi her har å gjøre med et skjønn som i prinsippet kan prøves fullt ut.
- (247) Det er imidlertid grunn til å vise tilbakeholdenhet ved prøvingen av om internflukt vil være urimelig. I swingballdommen begrunnet Høyesterett en slik tilbakeholdenhet med Patentstyrets spesielle sakkunnskap og brede erfaringsgrunnlag. På samme måte har UNE

gjennom behandlingen av et stort antall saker opparbeidet betydelig erfaring og kompetanse, ikke minst når det gjelder landfaglige spørsmål. Dette gir mulighet for å se sakene i sammenheng, slik at likebehandling sikres. Domstolene vurderer til sammenligning bare enkeltsaker og har dermed ikke de samme forutsetningene for å se det store bildet. Etter mitt syn tilsier dette – og hensynet til en rasjonell utlendingsforvaltning – forsiktighet med å overprøve UNEs vurderinger. Fra et rettssikkerhetsperspektiv er det viktigste å sikre en forsvarlig saksbehandling. Det vil derfor ofte være naturlig å utøve kontrollen med utgangspunkt i det vedtak som er truffet og den begrunnelse som er gitt. På denne bakgrunn går jeg over til å vurdere gyldigheten av asylvedtaket.

(248) *Gyldigheten av asylvedtaket*

(249) Som jeg nettopp har slått fast, kan det i asylsakene ofte være naturlig å ta utgangspunkt i vedtakets begrunnelse. Etter mitt syn hefter det ikke mangler ved begrunnelsen i UNEs vedtak for så vidt gjelder drøftelsen av asyl etter utlendingsloven § 28. Jeg kan dermed si meg enig i førstvoterendes vurderinger på dette punktet.

(250) Spørsmålet for meg blir så om det vil være urimelig å henvise familien til internflukt i Afghanistan. Vurderingen må ta utgangspunkt i situasjonen på vedtakstidspunktet, jf. Rt. 2012 side 1985 avsnitt 98, og rammene for prøvingen er gitt i utlendingsforskriften § 7-1. Problemstillingen er på en dekkende måte formulert slik i UNHCRs retningslinjer 23. juli 2003 avsnitt 23, som departementet har vist til i Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) blant annet på side 96:

**"Can the claimant, in the context of the country concerned, lead a relatively normal life without facing undue hardship?"**

(251) Vurderingstemaet er altså situasjonen i internfluktområdet. I retningslinjene har UNHCR redegjort nærmere for de momenter som bør trekkes inn i vurderingen, henholdsvis "personal circumstances", "past persecution", "safety and security", "respect for human rights" og "economic survival". Jeg tar utgangspunkt i disse i min vurdering.

(252) Av FNs barnekonvensjon – barnekonvensjonen – artikkel 3 nr. 1 følger at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn. Fra mai 2014 slår Grunnloven § 104 andre ledd fast den samme regelen, uten at dette får betydning i denne saken. Høyesterett har i flere avgjørelser på utlendingsfeltet vurdert hva som nærmere ligger i dette, som Rt. 2012 side 1985, Rt. 2012 side 2039, Rt. 2015 side 93 og Rt. 2015 side 155. I disse sakene har det vært tale om en avveining mellom motstående interesser – barnets beste på den ene siden og eksempelvis innvandringsregulerende hensyn på den annen. Ved internfluktvurderingen etter § 28 femte ledd skal det ikke på samme måte foretas en avveining. Som jeg allerede har vært inne på, er vurderingstemaet utelukkende situasjonen på internfluktstedet. Dette innebærer at de retningslinjer for vurderingen av barnets beste som er oppstilt i de nevnte dommene, ikke uten videre får anvendelse. Jeg ser det slik at forholdene på internfluktstedet må vurderes ut fra et barneperspektiv, eller som det også har vært uttrykt: Det må foretas en barnesensitiv vurdering av forholdene på internfluktstedet, i dette tilfellet Kabul.

(253) I min konkrete vurdering av internfluktalternativet legger jeg vekt på UNEs syn på situasjonen i Kabul. Jeg ser videre hen til UNHCRs retningslinjer for vurderingen av beskyttelsesbehovet for asylsøkere fra Afghanistan 17. desember 2010. Det var disse

retningslinjene som gjaldt på vedtakstidspunktet. I introduksjonen heter det at henvisning til internflukt ikke vil være urimelig for dem som har et nettverk i landet. Men kjernefamilier vil ifølge retningslinjene også kunne klare seg – "subsist" – uten et slikt nettverk. En eventuell tvil rundt spørsmålet om familien Zade/Rezaei kan få bistand og beskyttelse fra familie i Afghanistan, kan dermed ikke utelukke retur dit.

- (254) Sikkerhetssituasjonen i Kabul er bedre enn i resten av landet. Det er tilgang til helsetjenester, selv om kvaliteten varierer. Barn i Afghanistan har rett til å gå på skole, og også på det området er situasjonen bedre i Kabul enn i landet for øvrig. Jenter har det generelt vanskelig i Afghanistan, men i en internflukt vurdering kan ikke det tillegges særlig vekt.
- (255) Jeg bygger videre på UNEs opplysninger om at B vil være i stand til å forsørge sine barn og sin ektefelle. Han har sju års skolegang og lang erfaring som skomaker. Kabul har hatt en kraftig befolkningsvekst, men opplysninger fra Landinfo tyder på at menn med en slik bakgrunn vil kunne få arbeid og livnære familien. Familien vil også ha krav på en betydelig retur støtte, noe som vil være et viktig bidrag i en lengre overgangsperiode. Verken barna eller familien for øvrig vil dermed lide noen direkte nød. Jeg legger til grunn at B og A vil være gode omsorgspersoner for barna.
- (256) Det knytter seg bekymring til Ds helsesituasjon. Jeg har imidlertid ikke holdepunkter for å fravike UNEs vurdering når det i vedtaket heter at retur ikke av den grunn er urimelig. Hennes psykiske lidelse er ikke av de alvorligste.
- (257) Som jeg har vært inne på, må det utvises tilbakeholdenhet ved prøvingen. Jeg har alt i alt ikke holdepunkter for å komme til en annen konklusjon enn UNE under asylvurderingen, og jeg mener at denne delen av vedtaket er gyldig.
- (258) *Saksbehandlingsfeil ved vurderingen av opphold på humanitært grunnlag – begrunnelseskravet*
- (259) Som jeg nevnte innledningsvis i mitt votum, mener jeg at UNEs vedtak er ugyldig som følge av mangler ved begrunnelsen for så vidt gjelder opphold på humanitært grunnlag, jf. utlendingsloven § 38. Jeg ser først på hvilke krav som må stilles til begrunnelsen.
- (260) Førstvoterende har redegjort for de rettslige utgangspunktene. Jeg nevner derfor bare kort at forvaltningsloven § 25 gir alminnelige regler om begrunnelsens innhold i forvaltningssaker. I saker som involverer barn, må begrunnelseskravet ses i sammenheng med barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, hvor det som nevnt fremgår at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn. Dette har kommet til uttrykk også i utlendingsloven § 38 tredje ledd. Som jeg også har vært inne på, slår Grunnloven § 104 andre ledd nå fast den samme regelen.
- (261) Utlendingsforskriften § 17-1 a gir nærmere regler om begrunnelse i vedtak som berører barn. Som førstvoterende har nevnt, lød bestemmelsen slik på vedtakstidspunktet:

**"I vedtak som berører barn, skal det fremkomme hvilke vurderinger som har vært foretatt av barnets situasjon, herunder hvordan hensynet til barnets beste er vektlagt, med mindre det anses unødvendig."**

(262) Ved forskrift 8. desember 2014 nr. 1519 ble bestemmelsen endret. Første ledd har nå følgende ordlyd:

**"I vedtak som berører barn, skal det fremkomme:**

- a) **hvilke vurderinger som har vært foretatt av barnets situasjon, herunder hvordan hensynet til barnets beste er vurdert,**
- b) **hvilke innvandringsregulerende hensyn som er vurdert, og**
- c) **avveiningen som er foretatt mellom eventuelle motstridende hensyn."**

(263) Det er åpnet for unntak i andre ledd, men dette er ikke aktuelt i foreliggende sak.

(264) Departementet har omtalt endringsforslaget i et høringsnotat 6. juni 2014. Av dette fremgår at hensikten var å klargjøre rettstilstanden, ikke å innføre realitetsendringer. Her viser jeg til at departementet i punkt 5.2 uttaler at det foreslår endringer i § 17-1 a "for å tydeliggjøre hvilke momenter som skal belyses i vedtak som berører barn". Departementet viser blant annet til Rt. 2012 side 1985 – lengeværende barn I. Jeg ser forskriftsbestemmelsens nye ordlyd som et uttrykk for begrunnelseskrav som gjaldt allerede da vedtakene ble fattet i vår sak.

(265) Begrunnelseskravet – og sammenhengen med barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 – er omhandlet i Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 160. Her uttaler departementet:

**"Departementet presiserer at den nærmere avveining mellom hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn, må foretas konkret i hver enkelt sak. Det ville innebære en krenkelse av konvensjonen å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn dersom dette ikke er forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste. Departementet vil imidlertid understreke viktigheten av at forvaltningen foretar en grundig vurdering av alle sider ved barnets situasjon som kan ha betydning for saken, og at de vurderinger som er foretatt fremkommer tydelig av vedtaket, jf. kapittel 17.1.7."**

(266) I kapittel 17.1.7 tilføyer departementet at det er "særlig viktig at vedtakene synliggjør hvilke vurderinger som har vært foretatt i forhold til barns rettigheter, herunder barnets beste etter barnekonvensjonen art. 3, og hvordan hensynet til barnet er vurdert i forhold til eventuelle motstridende hensyn". Jeg viser til side 331 i proposisjonen.

(267) Flertallet i kommunal- og forvaltningskomiteen sluttet seg til disse vurderingene. I Innst. O. nr. 42 (2007–2008) side 10 heter det således:

**"Et annet flertall, ..., påpeker at bestemmelsene også innebærer et krav til at forvaltningen foretar grundige vurderinger av alle sider ved barnets situasjon som kan ha betydning for saken, og at vurderingene fremgår tydelig av vedtakene. Dette flertallet vil fremheve at det er særlig viktig at vedtakene synliggjør hvilke vurderinger som har vært foretatt i forhold til barns rettigheter, herunder barnets beste etter barnekonvensjonen artikkel 3, og hvordan hensynet til barnet er vurdert i forhold til eventuelle motstridende hensyn."**

(268) Kravet til begrunnelse er som nevnt av førstvoterende presisert i Rt. 2012 side 1985 – lengeværende barn I – avsnitt 149–150. I avsnitt 149 uttaler førstvoterende:

**"At hensynet til barnets beste, herunder barnets tilknytning til Norge, må være forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn, innebærer at det må**

**fremgå av vedtaket at hensynet til barnets beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn."**

- (269) Dette utdypes i avsnitt 150, hvor førstvoterende viser til utlendingsforskriften § 17-1a. Hun fremhever at vedtak som berører barn "som hovedregel skal begrunnes slik at det fremkommer hvilke vurderinger som har vært foretatt av barnets situasjon, herunder hvordan hensynet til barnets beste er vektlagt". Førstvoterende påpeker at en slik begrunnelse vil være *tilstrekkelig* for den kontrollen domstolene skal foreta. Motstykket er ikke uttalt, men ligger der like fullt: For at domstolskontrollen skal kunne utøves effektivt, er det også *nødvendig* at disse minstekravene er oppfylt.
- (270) FNs komité for barnets rettigheter – barnekomiteen – har i General Comment No. 14 redegjort blant annet for hvilke krav til begrunnelse som etter komiteens forståelse følger av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. I avsnitt 6 uttaler komiteen blant annet at det i avgjørelser som berører barn, må foretas en vurdering av "the possible impact (positive or negative) of the decision on the child or children". Komiteen uttaler i forlengelsen av dette at begrunnelsen i avgjørelser om barn uttrykkelig må vise at barnets beste er tatt i betraktning. Begrunnelsen må etter komiteens syn videre forklare hvordan barnets rettigheter har blitt respektert, og det må fremgå hvordan "the child's interests have been weighed against other considerations".
- (271) Komiteens generelle kommentarer er ikke bindende, men tillegges likevel vekt. Jeg nevner at EMD ganske konsekvent viser til disse kommentarene i sine redegjørelser for gjeldende rett under barnekonvensjonen, se for eksempel dommen 21. juli 2015 *G.S. mot Georgia* avsnitt 32–33 og storkammerdommen 3. oktober 2014 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 74. Andre lands høyesteretter trekker disse generelle kommentarene inn i sine vurderinger. UK Supreme Court har således i flere avgjørelser fremhevet at General Comment No. 14 gir autoritativ veiledning for forståelsen av artikkel 3 nr. 1. Et eksempel er dommen 18. mars 2015 i saken *R mot Secretary of State for Work and Pensions*, avsnitt 105.
- (272) At barnekomiteens generelle kommentarer bør tillegges vekt ved konvensjonstolkningen, må ses i sammenheng med at kommentarene bygger på komiteens samlede erfaring og den særlige rollen komiteen er gitt som det primære folkerettslige håndhevingsorganet under barnekonvensjonen. Som påpekt i Rt. 2009 side 1261 avsnitt 44, med tilslutning i Rt. 2012 side 1985 avsnitt 136, vil tyngden imidlertid kunne variere. Det har her blant annet betydning hvor klart den aktuelle kommentaren gir uttrykk for komiteens syn på partenes rettslige forpliktelser. Jeg finner for min del god veiledning i General Comment No. 14 ved vurderingen av hvilke krav barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 oppstiller til begrunnelsen i saker som berører barn.
- (273) På denne bakgrunn oppsummerer jeg kravet til begrunnelse når saker om opphold på humanitært grunnlag berører barn: Det må fremgå at hensynet til barnets beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn. Barnets interesser må derfor være identifisert og beskrevet, og det må foretas en vurdering av de sider ved barnets situasjon som kan ha betydning for saken. Vedtaket må vise hvordan barnets beste er avveid mot andre hensyn.
- (274) Som jeg allerede har vært inne på, er disse kravene til begrunnelse nødvendige for at domstolskontrollen skal kunne utøves effektivt. Begrunnelseskravene har imidlertid også en annen side, som er viktig. De bidrar til å strukturere beslutningsprosessen og dermed

til å sikre at de relevante hensynene tas i betraktning. Begrunnelsen skal altså både sikre og vise at barnets beste har fått den plass som følger av at dette skal være grunnleggende.

- (275) Før jeg ser nærmere på UNEs begrunnelse i denne saken, legger jeg til at vi ikke må stille opp urealistiske krav. Hensynet til effektivitet i saksbehandlingen må generelt veie tungt, og begrunnelsen må kunne gjøres ganske enkel i de klare tilfellene. UNEs nyere praksis viser at det ikke er vanskelig å oppfylle de kravene som jeg her har oppstilt.
- (276) På bakgrunn av disse generelle utgangspunktene går jeg over til å vurdere UNEs begrunnelse under vurderingen av opphold på humanitært grunnlag.
- (277) *Saksbehandlingsfeil ved vurderingen av opphold på humanitært grunnlag – den konkrete prøvingen*
- (278) Førstvoterende har allerede redegjort for innholdet i UNEs vedtak på dette punktet. For sammenhengens skyld gjentar jeg at nemnda først har gjengitt de generelle vilkårene for å få opphold etter utlendingsloven § 38. Den konkrete begrunnelsen lyder så i sin helhet slik:

**"Etter flertallets oppfatning foreligger det ikke sterke menneskelige hensyn som tilsier at klagerne gis oppholdstillatelse. Mindretallet er uenig i det. Både flertall og mindretall viser til sine vota under internfluktvurderingen. Flertallet tilføyer at barnas tilknytning til riket i dette tilfellet ikke er tilstrekkelig sterk til å kunne tillegges særlig vekt ved vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn, jf. forskriften § 8-5. Flertallet viser også til at innvandringsregulerende hensyn taler mot at tillatelse gis, jf. lovens § 38 fjerde ledd bokstav a og b.**

**Klagerne har ikke en særlig tilknytning til riket som tilsier at oppholdstillatelse gis. Oppholdstid som asylsøker danner som regel ikke grunnlag for særlig tilknytning. Det er ikke grunnlag for en annen vurdering i dette tilfellet."**

- (279) Som det fremgår her, viser flertallet til sin begrunnelse under internfluktvurderingen, noe som gir vedtaket et uoversiktlig preg. Men dette kan ikke i seg selv være avgjørende. Som førstvoterende har påpekt, er det vedtakets innhold lest i sin sammenheng som må være bestemmende for om kravene til begrunnelse er oppfylt.
- (280) Under internfluktvurderingen drøfter flertallet momenter som har betydning også ved vurderingen av opphold på humanitært grunnlag. Herunder tar flertallet opp Ds helseproblemer, retten til skolegang i Afghanistan, det forhold at barna er jenter, og at de aldri har bodd i landet. Også den store barnedødeligheten nevnes. Flertallet utdyper i en viss utstrekning Ds helseproblemer, mens de andre momentene bare berøres helt overfladisk. Om C heter det bare at det ikke er noe spesielt å bemerke. Vedtaket gir ikke noen god sammenligning av barnas situasjon i henholdsvis Norge og Kabul.
- (281) Jeg minner om at vurderingstemaene er forskjellige under § 28 femte ledd og § 38. Ved internfluktvurderingen er oppmerksomheten utelukkende rettet mot internfluktstedet. Til sammenligning skal det ved vurderingen av opphold på humanitært grunnlag etter § 38 skje en avveining mellom barnas beste og eventuelle motstående hensyn. En slik avveining er fraværende i vedtaket. Ut over en henvisning til § 38 fjerde ledd bokstav a og b, sier vedtaket ingenting om de innvandringsregulerende hensynene og hvordan disse veies opp mot barnas beste. Barnas interesser er heller ikke tilstrekkelig identifisert og beskrevet. Deres tilknytning til Norge er ikke kommentert ut over at oppholdstiden anses

for kort til at denne i seg selv kan gi grunnlag for opphold på humanitært grunnlag. På denne bakgrunn mener jeg at begrunnelsen ikke tilfredsstillende de krav som må oppstilles. Dermed hefter det en saksbehandlingsfeil ved vedtaket på dette punktet.

- (282) Spørsmålet er så om feilen kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41. Som uttalt i Rt. 2009 side 661 avsnitt 71 er det tilstrekkelig med en "ikke helt fjerntliggende mulighet" for at feilen har hatt betydning. Førstvoterende utdyper dette i avsnitt 72:

**"Der saksbehandlingsfeilen har ledet til mangelfullt eller uriktig avgjørelsesgrunnlag på et punkt av betydning for vedtaket, eller feilen på annen måte innebærer tilsidesettelse av grunnleggende fordringer til forsvarlig behandling, skal det gjennomgående nokså lite til."**

- (283) På dette punktet er det etter mitt syn naturlig å vende tilbake til førstvoterendes oppsummering av prøvingskompetanse og begrunnelseskrav i avsnitt 149 i Rt. 2012 side 1985 – lengeværende barn I. Hun fremhever som nevnt at domstolene ikke kan prøve den konkrete interesseavveiningen, men om barnets beste er forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn. Og hun legger til at det må fremgå av vedtaket at barnets beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn. Begrunnelsen i UNEs vedtak gir ikke tilstrekkelig grunnlag for å foreta den kontrollen som det her legges opp til. Dette er etter mitt syn i seg selv nok til at vedtaket må kjennes ugyldig.
- (284) Jeg stemmer etter dette for at UNEs vedtak 14. januar og 8. februar 2013 kjennes ugyldige for så vidt gjelder avslaget på opphold på humanitært grunnlag. For øvrig frifinnes staten.
- (285) Dommer **Ringnes**: Jeg er kommet til at anken må forkastes.
- (286) Jeg er på samme måten som andrevoterende, dommer Bergsjø, kommet til at vedtaket om opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38 må kjennes ugyldig på grunn av mangelfull begrunnelse. Jeg deler også hans syn på domstolenes prøvingskompetanse knyttet til internfluktalternativet i utlendingsloven § 28 femte ledd. I likhet med andrevoterende kan jeg videre slutte meg til førstvoterendes konklusjoner med hensyn til hva som er temaet ved spørsmålet om internflukt er "urimelig", til virkningen av utlendingsforskriften § 7-1, til at UNE har bygget på riktige bevisbyrdeprinsipper og til at den rettslige prøvingen gjelder forholdene på vedtakstidspunktet.
- (287) Imidlertid ser jeg det slik at Ds rett til å uttale seg etter barnekonvensjonen artikkel 12 er tilsidesatt, og at dette må lede til at både avslaget på asylsøknaden etter § 28 og vedtaket om å nekte opphold på humanitært grunnlag etter § 38, er ugyldige. Av denne grunn går jeg ikke inn på om vedtakene bygger på riktig faktum. Jeg går heller ikke inn på den konkrete vurderingen av om det vil være urimelig å henvise familien til internflukt i Afghanistan. Men jeg slutter meg til det andrevoterende, dommer Bergsjø, i så måte sier om normen i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.
- (288) Barnets rett til å bli hørt er forankret i FNs barnekonvensjon artikkel 12. Barnekonvensjonens krav er synliggjort og konkretisert i utlendingsloven § 81 og utlendingsforskriften §§ 17-3 og 17-4, samt i Utlendingsnemndas interne retningslinjer. Videre gir forvaltningsloven § 17 første ledd generelle bestemmelser om barns uttalerett i forvaltningssaker. Jeg kommer noe tilbake til innholdet av disse bestemmelsene.

- (289) Barnekonvensjonen artikkel 12 fastsetter at et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal ha rett til å bli hørt i saker som angår det, og barnets mening skal bli tillagt behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet. En tilsvarende bestemmelse ble ved grunnlovsrevisjonen i 2014 innført i Grunnloven § 104 første ledd, hvor det heter:
- "Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. De har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling".**
- (290) FNs komité for barnets rettigheter – barnekomiteen – har i General Comment No. 12 (2009) redegjort for sin forståelse av kravene som følger av artikkel 12. Jeg kan slutte meg til andrevoterendes syn på rettskildebetydningen av barnekomiteens kommentarer, jf. avsnittene 271 og 272. Komiteen fremholder i kommentaren avsnitt 2 at barnets rett til å bli hørt utgjør "one of the fundamental values of the Convention". Av særlig betydning for vår sak er videre påpekningen i avsnitt 74 om at artikkel 3 og artikkel 12 utfyller hverandre, på den måten at uttaleretten skal sikre at barnets beste kan være et grunnleggende hensyn ved vedtak som berører barn.
- (291) I avsnitt 21 understreker barnekomiteen at retten til å bli hørt skal gjelde uten aldersbegrensninger, og i avsnitt 20 fremholdes det at "States parties should presume that a child has the capacity to form her or his own views and recognize that she or he has the right to express them; it is not up to the child to first prove her or his capacity". *Lav alder* kan altså i seg selv ikke være avgjørende for barnets rett til selv å uttale seg. Det må foretas en konkret vurdering, og det avgjørende er om barnet er i stand til å danne seg egne synspunkter. Forvaltningsloven § 17 og utlendingsforskriften § 17-3 baserer seg på denne forståelsen; også yngre barn enn syv år skal under denne forutsetning gis anledning til å bli hørt. Jeg viser i denne sammenheng også til Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) – innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov – hvor det i punkt 5.3.3.2 fremholdes at "[d]ersom et barn er modent nok til å be om en rettighet, må det legges til grunn at det også er modent nok til å gjøre seg nytte av den".
- (292) D var noen få dager fra å fylle seks år da den muntlige høringen fant sted, og gjennom advokaten ble det fremmet ønske om at hun skulle uttale seg. Det må etter mitt syn være temmelig klart at et barn i denne alderen normalt kan formidle synspunkter og informasjon av betydning om forhold som helt konkret er knyttet til barnets egen livssituasjon og erfaringer. Dette har ikke alene betydning for informasjonsinnholdet, men også for *vekten* av de forhold som knytter seg til barnets situasjon.
- (293) Det er ingen holdepunkter i saken som tilsier at D ikke var moden nok til å ha en mening om forhold som var relevante for Utlendingsnemndas vurderinger av asylsøknaden og spørsmålet om opphold på humanitært grunnlag. Når nemndslederen avviste hennes ønske om å forklare seg, var det under henvisning til hennes alder, og at "det ikke var grunn til å tro at det å høre barnet i nemndmøtet kunne antas å ville ha betydning for utfallet av saken". Ved dette forskutterte nemndslederen hva som ville komme ut av barnets uttalelse og derved fratok han henne *muligheten* til å opplyse saken, og hennes utøvelse av en *grunnleggende partsrettighet*. Min oppfatning er at dette ikke var forenlig med et helt sentralt element i barnekonvensjonen artikkel 12 – at barnets ønske om å få si sin mening skal møtes med respekt, og at det skal imøtekommes så langt det er mulig, forsvarlig og relevant.



- (294) Dette leder meg over til spørsmålet om det var tilstrekkelig at D var representert av foreldrene og advokat i nemndsmøtet.
- (295) Artikkel 12 nr. 2 sier at barnet skal gis anledning til å bli hørt, enten direkte eller gjennom representant. Barnekomiteens utgangspunkt er at barnet her har en valgtrett, og komiteen anbefaler at barnet får anledning til å forklare seg direkte, jf. avsnitt 35:

**"After the child has decided to be heard, he or she will have to decide how to be heard: 'either directly, or through a representative or appropriate body'. The Committee recommends that, wherever possible, the child must be given the opportunity to be directly heard in any proceedings."**

- (296) Hvorvidt et barn skal uttale seg muntlig eller skriftlig, og om det skal skje direkte eller gjennom representant, vil avhenge av sakens art, om saksbehandlingen for øvrig er skriftlig eller muntlig, og hva som tjener barnets interesser. Jeg viser i denne sammenheng til artikkel 12 nr. 2, som fastsetter at høringen av barnet skal skje "in a manner consistent with the procedural rules of national law" og til helhetsvurderingen som skal gjøres etter utlendingsforskriften § 17-3 andre ledd:

**"Barnet kan høres muntlig eller skriftlig eller gjennom foreldre, representant eller andre som kan uttale seg på vegne av barnet. På hvilken måte barnet skal høres, må vurderes ut fra sakens art og søknadssituasjonen. Utlendingsdirektoratet gir utfyllende retningslinjer om hvordan barnets uttalerett skal gjennomføres, tilpasset de ulike sakstyper og søknadssituasjoner."**

- (297) Et yngre barn vil ikke alltid være i stand til selv å vurdere hvordan høringen skal skje, og forholdene kan ligge slik an at barnets interesser er best ivaretatt gjennom en voksen. Forarbeidene fremhever at det også er svært viktig å unngå at barnet havner i en pressituasjon, jf. Ot.prp. nr.75 (2006–2007) pkt. 17.1.6.4.
- (298) Det som karakteriserer foreliggende sak, er at det ble avholdt muntlig høring, og at barnet – gjennom advokaten – fremmet ønske om å bli hørt i nemndsmøtet. I en slik situasjon må terskelen for å nekte barnet å utøve sine partsrettigheter være høy. Det er ikke opplyst noe som tilsier at hensynet til D selv eller saksavviklingen kunne begrunne at hun ble nektet å forklare seg muntlig for nemnda. Jeg viser i denne sammenheng også til at Utlendingsnemnda i sine nye interne saksbehandlingsrutiner datert 18. september 2015, legger til grunn at "[m]untlig høring av barnet vil være mest aktuelt i forbindelse med at saken avgjøres i nemndmøte med personlig fremmøte av klageren/barnet".
- (299) Jeg er etter dette kommet til at det var en saksbehandlingsfeil at D ikke ble hørt direkte av Utlendingsnemnda. Det er da spørsmål om dette medfører at vedtakene om å nekte asyl og opphold på humanitært grunnlag er ugyldige.
- (300) Etter forvaltningsloven § 41 er et vedtak beheftet med saksbehandlingsfeil likevel gyldig "når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold". I Rt. 2009 side 661 avsnitt 71 fremholder førstvoterende at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt for at feilen har hatt betydning – "[d]et er tilstrekkelig med en ikke helt fjerntliggende mulighet". I avsnitt 72 utdypes dette:

**"Vurderingen beror på de konkrete forhold i saken, herunder hvilke feil som er begått og vedtakets karakter. Der saksbehandlingsfeilen har ledet til mangelfullt eller uriktig avgjørelsesgrunnlag på et punkt av betydning for vedtaket, eller feilen på annen måte"**

**innebærer tilsidesettelse av grunnleggende fordringer til forsvarlig behandling, skal det gjennomgående nokså lite til."**

- (301) Det avgjørende for meg er at retten til å uttale seg er en grunnleggende partsrettighet. Listen bør da ikke legges høyt ved vurderingen av om manglende etterlevelse må tillegges virkning. Det kan vanskelig være tvil om at det ville medført ugyldighet om en voksen i en tilsvarende situasjon var blitt nektet å forklare seg under henvisning til at hun var representert ved ledsager eller advokat. Etter min vurdering er det i denne saken ikke grunnlag for å vurdere det annerledes fordi parten var nesten seks år, og jeg viser til det jeg tidligere har sagt om betydningen av barnets uttalelse. Som jeg har fremholdt, var Ds situasjon relevant for Utlendingsnemndas vurderinger av asyløknaden og spørsmålet om opphold på humanitært grunnlag.
- (302) Etter mitt skjønn må da feilen føre til ugyldighet, både for vedtaket om avslag på asyl og vedtaket om ikke å innvilge opphold på humanitært grunnlag.
- (303) Jeg stemmer for at anken forkastes.
- (304) Dommer **Øie**: Jeg er i resultatet enig med førstvoterende, dommer Utgård. Det vil altså si at jeg stemmer for at staten frifinnes fordi det verken er feil ved vedtaket om å nekte asyl eller vedtaket om å nekte opphold på humanitært grunnlag.
- (305) For de fleste spørsmål saken har reist, er jeg også i det vesentlige enig i førstvoterendes begrunnelse. Imidlertid er jeg enig med annenvoterende, dommer Bergsjø, i at det ved vurderingen av om internflukt etter utlendingsloven § 28 femte ledd er urimelig, er tale om et skjønn som domstolene i prinsippet kan prøve fullt ut, og jeg tiltrer hans begrunnelse her. Etter rådslagningen er jeg kjent med at dette er et syn flertallet av dommerne er enige i. I likhet med dommer Bergsjø mener jeg resultatet også etter en slik prøving må bli at det i dette tilfellet ikke vil være urimelig å henvise familien til internflukt.
- (306) Dommer **Matheson**: Som fjerdevoterende, dommer Øie.
- (307) Dommer **Bull**: Likeså.
- (308) Dommer **Matningsdal**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Utgård.
- (309) Dommer **Stabel**: Likeså.
- (310) Dommer **Tønder**: Likeså.
- (311) Dommer **Webster**: Likeså.
- (312) Dommer **Normann**: Likeså.
- (313) Dommer **Noer**: Likeså.
- (314) Dommer **Kallerud**: Likeså.

- (315) Dommer **Arntzen:** Likeså.
- (316) Dommer **Skoghøy:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med tredjevoterende, dommer Ringnes.
- (317) Dommer **Indreberg:** Likeså.
- (318) Dommer **Bårdsen:** Likeså.
- (319) Dommer **Falch:** Likeså.
- (320) Justitiarius **Schei:** Likeså.
- (321) Etter røystinga sa Høgsterett slik

D O M :

Staten ved Utlendingsnemnda blir frifunnen.

Rett utskrift: