



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 23.09.2011 i Borgarting lagmannsrett,

Saksnr.: 10-142363ASD-BORG/01

Dommere:

Lagdommer
Lagdommer
Lagdommer

Kristin Robberstad
Magne Spilde
Anne Ellen Fossum

Ankende part	Abdi Hassan Jama	Advokat Cathrine Pryser Grøndahl
Ankemoøpart	Utlendingsnemnda	Advokat Jarl Rune Henstein

Saken gjelder gyldigheten av Utlendingsnemndas (UNE) beslutning 12. mars 2010 om ikke å omgjøre tidligere vedtak om utvisning, så langt UNE kom til at den ankende part ikke har vern mot retur til en annen del av hjemlandet enn den han kommer fra.

Saken skal løses etter utlendingsloven av 15. mai 2008 nr 35.

Abdi Hassan Jama er født 6. november 1985 og er somalisk statsborger. Han er født og hadde første del av oppveksten i Mogadishu. Han søkte asyl i Norge i mai 1997, da han var 11 ½ år gammel. Han var kommet til Norge sammen med sin 20 år eldre halvbror og en søster, som er to år yngre. Hans søknad om asyl ble avslått, men han ble 28. november 1997 innvilget oppholdstillatelse i medhold av utlendingsloven av 24. juni 1988 § 8 andre ledd, jf den dagjeldende utlendingsforskriften § 21 første jf fjerde ledd. Etter disse bestemmelsene skulle en utlending som hadde vern mot utsendelse etter 1988-loven § 15 og som ikke ble innvilget asyl, gis arbeid- eller oppholdstillatelse etter reglene som gjaldt ved sterke menneskelige hensyn.

Jamas foreldre døde i henholdsvis 1999 og 2000, før deres søknad om familiegjening med barna var avgjort. I dag bor Jamas lillesøster fortsatt i Norge. Storebroren han kom sammen med har, etter det Jama har forklart, av helsemessige grunner oppholdt seg i Kenya de to siste årene. Han har forklart at storebrorens kone og deres felles barn bor i Norge. Jama har opplyst at han har to søstre i England, som forsørger en tredje bror som bor i Etiopia. Han har videre én søster i USA. Han har ingen nær familie igjen i Somalia, og har opplyst at han ikke har hatt noe kontakt med familie i Somalia siden han kom til Norge og at han ikke kjenner til noen familie der.

Jamas oppholdstillatelse ble fornyet flere ganger. I 2003 ble Jama orientert om at Utlendingsdirektoratet (UDI) vurderte å fatte vedtak om utvisning. Bakgrunnen var at Jama ved Oslo tingretts dommer 13. september og 20. desember 2002 var blitt dømt for flere ran. I august 2004 ble utvisningssaken lagt bort. I april 2005 varslet UDI at det på nytt vurderte utvisning, idet Jama ved Borgarting lagmannsrett dom 26. april 2004 var dømt for nye ran, etter det opplyste begått i 2003. Jama var dømt for i alt fjorten ran og to ransforsøk.

UDIs vedtak 21. september 2005 om utvisning med varig innreiseforbud ble stadfestet ved UNEs vedtak 10. mai 2007. UNE la til grunn at det ikke ville være i strid med 1988-loven § 15 å returnere Jama til Mogadishu og bemerket videre at Jama gjennom sin klantilhørighet kunne ta opphold i Puntland i Somalia.

I mai 2009 fremsatte Jama begjæring om omgjøring. Ved UNEs beslutning 12. mars 2010 ble begjæringen ikke tatt til følge. Saken gjelder gyldigheten av denne beslutningen, så langt UNE kom til at Jama ikke har vern mot retur til Puntland i Somalia.

Ved Oslo tingretts dom 4. mai 2011 ble Jama dømt for narkotikaforbrytelser. Dommen er ikke rettskraftig. Han har erkjent deler av forholdet, og det er opplyst at han sitter på foregrepet soning i Oslo fengsel.

For nærmere detaljer vedrørende saksforholdet vises til tingrettens dom og lagmannsrettens bemerkninger nedenfor.

Oslo tingrett avsa 03.06.2010 dom med slik domsslutning:

1. Staten v/ Utlendingsnemnda frifinnes.
2. Saksomkostninger tilkjennes ikke.

Tingretten kom til at Jama kunne utvises, men at han hadde vern mot retur til Mogadishu. Tingretten kom til at han ikke hadde vern mot retur til Puntland.

Abdi Hassam Jama har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Ankeforhandling er holdt 1. og 2. september 2011 i Borgarting lagmannsretts hus. Jama møtte 1. september 2011 sammen med sin prosessfullmektig og avga forklaring. Staten møtte ved sin prosessfullmektig. Det ble avhørt to vitner. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

Jama har ikke anket over tingrettens vurdering av at vilkårene for utvisning er oppfylt, herunder at utvisning ikke vil være uforholdsmessig. Staten har erkjent at Jama har vern mot retur til Mogadishu.

Den ankende part, **Abdi Hassan Jama**, har i hovedtrekk anført at det ikke lenger er grunnlag for en folkerettslig tolkingsmargin til ugunst for individet. Dette gjelder særlig i denne saken, der returspørsmålet er mangelfullt vurdert og UDI og UNE på vedtakstidspunktet hadde ulikt syn i spørsmålet om klanbeskyttelse. I tillegg kommer at UNE har endret syn hva gjelder vern mot retur til Mogadishu.

Vernet mot retur skal vurderes etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav b), jf femte ledd, idet Jama i sin tid fikk innvilget oppholdstillatelse fordi han hadde vern mot retur til Somalia. Han må sies å ha en pågående asylsak. Subdisiært anføres at henvisningen i utlendingsloven § 73 til lovens § 28 første ledd bokstav b må forstås slik at også reglene om internflukt i § 28 femte ledd kommer til anvendelse. I motsatt fall ville det ikke være adgang til å vurdere retur til andre deler av hjemlandet enn hjemstedet, en forståelse verken Jama eller staten mener er riktig.

Det er markert forskjell mellom forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 70 og rimelighetsvurderingen etter lovens § 28 femte ledd om internflukt. Etter § 28 femte ledd er det bare forhold ved retursituasjonen som skal vurderes. Utlendingsforskriften § 7-

1 må tolkes i lys av forarbeidene, som angir en bredere vurdering enn ”sterke menneskelige hensyn”. Det skal blant annet legges vekt på retningslinjer fra FNs høykommissær for flyktninger, UNHCR.

Staten har bevisbyrden for at det er trygt for Jama å returnere. Spørsmålet om det er trygt å returnere en utlending til internflukt skal vurderes ut fra situasjonen på vedtakstidspunktet, men i et fremoverskuende perspektiv. I rimelighetsvurderingen etter § 28 femte ledd skal det i henhold til UNHCRs retningslinjer av 23. juli 2003 legges vekt på utlendingens personlige forhold, herunder om vedkommende vil bli isolert dit han eller hun kommer, menneskerettssituasjonen og de sosio-økonomiske forholdene på stedet. Det anføres at Jama ikke kan returneres til andre deler av Puntland enn der hans underklan har tilhørighet, nemlig Mudug i sør. Det anføres at han er vernet mot retur også til Mudug. Han har ikke familie der og kan ikke forvente støtte fra klanen, ettersom han ikke har holdt kontakt eller bidratt økonomisk mens han har vært i Norge. Det kan ikke legges til grunn at søsknene vil kunne støtte ham økonomisk. Han er sårbar ettersom han ikke har bodd i Somalia siden han var liten, er blitt vestliggjort og i perioder har vært rusavhengig. Situasjonen i Puntland er uforsigbar og vekslende, og den humanitære situasjonen har lenge vært alarmerende.

Partene bør hver dekke egne saksomkostninger dersom Jama ikke skulle vinne fram med anken, jf tvisteloven § 20-2 tredje ledd bokstav c.

Det er nedlagt slik påstand:

1. UNEs beslutning av 12.03.2010 om ikke å omgjøre UNES vedtak av 10.05.2007 er ugyldig, hva gjelder beskyttelsesvurderingen.
2. Staten plikter å erstatte Abdi Hassan Jamas/det offentliges saksomkostninger.

Ankemotparten, **staten ved Utlendingsnemnda**, har i hovedtrekk anført at spørsmålet om vern mot retur skal vurderes etter utlendingsloven § 73. Uttrykket ”område” i § 73 andre ledd er ikke begrenset til det området utlendingen kommer fra. Bestemmelsen har ingen henvisning til § 28 femte ledd, kun til § 28 første ledd bokstav a og b. Det ville bli en dobbeltbehandling av rimelighetshensyn dersom man i en utvisningssak både skal vurdere uforholdsmessighet etter § 70 og deretter rimelighet etter § 28 femte ledd. Det foreligger ingen pågående asylsak ettersom Jama ikke har inne noen søknad om asyl. Jama ble ikke innvilget asyl i 1997, og en eventuell fornyelse av oppholdstillatelsen ville blitt vurdert etter utlendingsloven § 38 (sterke menneskelige hensyn) og ikke etter lovens § 28 første ledd b, jf utlendingsforskriften § 20-10. Vurderingen skal derfor begrenses til vurderingstemaene i § 28 første ledd bokstav b, og det forelå på vedtakstidspunktet ikke noen reell fare for at Jama vil bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ved retur til Puntland. Det aksepteres at Jama har rett til vern mot retur til Mogadishu.

Subsidiært anføres at retten til internasjonal beskyttelse er subsidiær i forhold til beskyttelse annet sted i eget hjemland enn det stedet vedkommende kommer fra. Mudug i Puntland er tilgjengelig, ettersom det lander fly i den største byen i området, Gaalkacyo, direkte fra utlandet. Det er ikke urimelig å henvise Jama til å ta opphold i Puntland. Selv om domstolene har full prøvelsesrett i dette spørsmålet, bør det vises tilbakeholdenhet med å overprøve utlendingsmyndighetens vurdering av forholdene på stedet, det vil si landkunnskapen. Rimelighetsvurderingen er i forskrift til bestemmelsen knyttet opp mot ”sterke menneskelige hensyn”. Ettersom innvandringspolitiske hensyn ikke spiller inn anføres at domstolen kan prøve fullt ut om det foreligger sterke menneskelige hensyn, men at det bør utvises tilbakeholdenhet.

Det anføres at internflyktninger i Puntland er i en tilfredsstillende situasjon, blant annet fordi det er internasjonal tilstedeværelse i området. Det anføres at Jama bare er beskyttet dersom det kan legges til grunn at han vil få det dårligere enn internflyktninger generelt. Boligmangel m.v. kan ikke i seg selv danne grunnlag for returvern. Jama har forutsetninger for å kunne klare seg bedre enn andre internflyktninger, idet han har familie i utlandet som kan støtte ham økonomisk, han har gjennomført videregående skole i Norge og tilhører en av majoritetsklanene.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Staten v/Utlendingsnemnda tilkjennes sakens omkostninger.

Lagmannsretten bemerker:

Saken står i en noe annen stilling for lagmannsretten enn for tingretten. Jama har ikke angrepet tingrettens dom så langt den avgjør at vilkårene for utvisning er oppfylt. I tillegg kommer at UNE i avgjørelse i stornemnd i oktober 2010 har lagt til grunn at somaliske borgere har vern mot retur til Mogadishu, slik også tingretten kom til i denne saken. Staten har på denne bakgrunn lagt til grunn at Jama har vern mot retur til Mogadishu. Saken for lagmannsretten er etter dette begrenset til spørsmålet om Jama er vernet mot retur til en annen del av Somalia enn den han kommer fra. UNE har lagt til grunn at Jama kan returneres til Puntland i Somalia, noe Jama bestrider.

Partene har ulikt syn på spørsmålet om hvilken regel returvernet skal vurderes etter. Jama har anført at han må anses å ha inne en søknad etter utlendingsloven § 28 og at saken således skal vurderes etter § 28 og ikke § 73. Staten på sin side har vist til Jama rent faktisk ikke har inne noen søknad etter § 28, og har anført at § 73 er en spesialregel om absolutt vern mot retur blant annet når det er aktuelt med utvisning, slik som i denne saken. I forlengelsen av dette har staten anført at § 73 skal tolkes slik at en utlending kan sendes til

et hvilket som helst område så lenge utlendingen ikke vil komme i en situasjon som nevnt i § 28 første ledd bokstav b. Partene har videre ulikt syn på spørsmålet om innholdet i returvernet etter § 73 når det er aktuelt å returnere utlendingen til internflukt i en annen del av hjemlandet enn hjemstedet.

Lagmannsretten ser det som lite naturlig å sidestille behandlingen av returvernet som ledd i en utvisning med en søknad om asyl etter § 28. Det foreligger rent faktisk ingen søknad, og returspørsmålet er aktualisert av utlendingsmyndighetens initiativ til sak om utvisning. Lagmannsretten har derfor kommet til at returvernet skal vurderes med utgangspunkt i § 73, som lyder slik:

En utlending kan ikke sendes til et område der vedkommende ville være i en situasjon som nevnt i § 28 første ledd bokstav a, med mindre:

- a) utlendingen er utelukket fra beskyttelse etter § 31, eller
- b) utlendingen med rimelig grunn anses som en fare for rikets sikkerhet eller har fått endelig dom for en særlig alvorlig forbrytelse og av den grunn utgjør en fare for det norske samfunn.

En utlending kan ikke sendes til et område der vedkommende ville være i en situasjon som nevnt i § 28 første ledd bokstav b. Vernet etter denne bestemmelsen gjelder også ved situasjoner som nevnt i første ledd bokstav a og b.

Vernet etter første og annet ledd gjelder også utsendelse til et område der vedkommende ikke ville være trygg mot å bli sendt videre til et slikt område som nevnt i § 28 første ledd.

Vernet etter første til tredje ledd kommer til anvendelse ved alle former for vedtak etter loven. Vernet mot utsendelse er ikke til hinder for at det treffes vedtak om utvisning etter § 66 bokstav f, § 67 første ledd bokstav e eller § 68 første ledd bokstav d. Vernet mot utsendelse er heller ikke til hinder for at det treffes vedtak om utvisning etter §§ 122 eller 123 når grunnleggende nasjonale interesser tilsier det. Slikt vedtak kan ikke iverksettes før grunnlaget for utsendelsesvernet er bortfalt.

Den sentrale delen av bestemmelsen i denne saken er bestemmelsens andre ledd og henvisningen der til situasjon som nevnt i § 28 første ledd bokstav b.

Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav b og femte ledd lyder slik:

En utlending som er i riket eller på norsk grense, skal etter søknad anerkjennes som flyktning dersom utlendingen

...

- 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.

...

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.

Paragraf 73 inneholder, i motsetning til § 28, ingen særlig bestemmelse om situasjonen når utlendingen ikke kan returneres til hjemlandet. Ordlyden fastsetter at utlendingen har vern mot retur til "et område". Det er i forarbeidene ikke diskutert hva som menes med dette uttrykket. Det er heller ikke diskutert hva vurderingstemaet skal være når det er aktuelt å returnere utlendingen til et annet område i hjemlandet enn det området vedkommende kommer fra. I Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) punkt 5.4 drøftes internflukt, og under departementets vurdering i punkt 5.4.4 understrekes at retten til internasjonal beskyttelse er subsidiær i forhold til muligheten for beskyttelse i eget land og at det "[a]v hensyn til rettssikkerhet og likebehandling bør ... 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 tas inn i loven". I punkt 5.9, om absolutt vern mot utsendelse, er internflukt ikke nevnt. Derimot nevnes rett til beskyttelse mot å bli sendt til et tredjeland i medhold av første asyllandregelen dersom vedkommende ikke kan være trygg mot å bli sendt videre til et område hvor det er risiko for slike overgrep som gir rett til internasjonal beskyttelse.

I NOU 2004: 20 Ny utlendingslov, på side 420, er det i spesialmotivene lagt til grunn at regelen om absolutt vern mot retur i § 73 bare vil få betydning for "personer som allerede er her på annet grunnlag enn §§ 38 [2008-loven § 28] eller 43 [2008-loven § 34. Kollektiv beskyttelse i en massefluktsituasjon], men som i forbindelse med utvisning eller bortfall av oppholdstillatelsen av andre grunner, påberoper at de har behov for vern, ... " (lagmannsrettens understrekning). Etter lagmannsrettens syn trekker uttalelsen klart i retning av at retten til beskyttelse skal være den samme etter § 28 og § 73, slik at internfluktunntaket i § 28 femte ledd skal vurderes når det er aktuelt å utvise en person som har oppholdstillatelse her fordi utlendingsmyndigheten tidligere har kommet til at han eller hun har krav på beskyttelse som ikke returnerbar. Som lagmannsretten vil komme tilbake til nedenfor, ble det drøftet, men avvist, at returvernet etter § 28 første ledd bokstav b forutsatte at utlendingen kunne risikere forhold som opplistet i bokstav b i hele hjemlandet. Noen tilsvarende drøftelse ble ikke foretatt under vurderingen av det absolutte returvernet. Etter lagmannsretten syn ville det vært naturlig at spørsmålet ble drøftet dersom lovgiver hadde ment at internfluktunntaket skulle ha et annet innhold etter § 73 enn etter § 28.

Så langt saken er opplyst for lagmannsretten, må det legges til grunn at utlendingsmyndigheten i sin praksis etter 1988-loven vurderte returvernet i saker om utvisning etter reglene ved søknad om asyl, herunder om internflukt er et tilgjengelig, trygt og rimelig alternativ. I UNEs vedtak 10. mai 2007 om utvisning av Jama er vurderingstemaet angitt slik:

”Det er en forutsetning for å kunne utvise klageren at han ikke er vernet av Norges folkerettslige forpliktelser om beskyttelse av flyktninger. Nemnda vil fordi det er tale om utvisning til Somalia, derfor først vurdere om klageren fyller vilkårene for å anses som flyktning etter utlendingsloven § 16, og dermed har rett til asyl etter utlendingsloven § 17 første ledd. Dersom vilkårene for asyl er oppfylt vurdert opp mot hjemstedet, må nemnda ta stilling til om det vil være trygt og lovlig for klageren og ta opphold et annet sted i hjemlandet ved såkalt internflukt. Det må videre ikke fremstå som urimelig å henvise dem til internflukt. Dersom nemnda kommer til at klageren ikke har rett til asyl, må det vurderes om utlendingsloven § 15 er til hinder for retur.”

I omgjøringsbeslutningen er dette rettslige utgangspunktet ikke kommentert, men det er sitert fra 2007-vedtakets konkrete vurdering av om Jama kunne ta opphold i Puntland.

Lagmannsretten har videre merket seg at det for tingretten ikke ser ut til å ha vært uenighet mellom partene om at saken skulle vurderes også etter internfluktregelen i § 28 femte ledd, noe tingretten har gjort. Det vises videre til at staten i sak avgjort ved Borgarting lagmannsretts dom 29. mars 2011 (LB-2010-166958) ikke bestred at returvernet i sak om utvisning skulle vurderes etter § 28. Lagmannsretten vurderte returvernet etter denne bestemmelsen, herunder bestemmelsens femte ledd, og kom til at det ikke ville være urimelig å henvise utlendingen til å ta opphold i en annen del av hjemlandet enn det området han kom fra.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at returvernet etter § 73 andre ledd har samme materielle innhold som beskyttelsesvernet etter § 28. Det er ikke tilstrekkelig holdepunkter verken i ordlyd, forarbeider eller praksis for at beskyttelsesvurderingen etter § 73 er ment å skulle være en annen og mindre gunstig overfor utlendingen enn beskyttelsesvurderingen etter § 28. Det er på den andre siden heller ikke holdepunkter for at internfluktunntaket ikke kommer til anvendelse i saker om blant annet utvisning.

Staten har lagt til grunn at Jama er vernet mot retur til hjemstedet Mogadishu i medhold av utlendingsloven § 28 første ledd b, jf § 73 andre ledd. Dette er lagmannsretten uten videre enig i og viser i denne sammenheng også til Det europeiske menneskerettsdomstols avgjørelse 28. juni 2011 (Sufi og Elfi mot Storbritannia), der domstolen konkluderte at retur til Mogadishu vil være i strid med Den europeiske menneskerettskonvensjons artikkel 3, forbudet mot å utsette noen for umenneskelig behandling. Vernet etter utlendingsloven § 28 første ledd b skal samsvare med vernet etter EMK artikkel 3, se også utlendingsloven § 3 om Norges plikt til å overholde folkerettslige forpliktelser. Spørsmålet er om Jama likevel ikke har krav på internasjonal beskyttelse fordi internflukt til Puntland er et tilgjengelig, trygt og rimelig alternativ, jf utlendingsloven § 28 femte ledd.

Utlendingsloven § 28 første ledd er bygd opp slik at flyktninger i henhold til flyktningkonvensjonen av 1951 er omfattet av første ledd bokstav a mens utlendinger som har krav på beskyttelse etter andre internasjonale forpliktelser (det utvidede

flyktningebegrep) er omfattet av første ledd bokstav b, se blant annet Vigdis Vevstad (red), Utlendingsloven med kommentarer (2010) side 195 med videre henvisninger. Det er ikke gjort noe skille mellom disse to gruppene hva gjelder anvendelsen av § 28 femte ledd, om unntaket ved internflukt, som blant annet følger av flyktningkonvensjonen. Lovutvalget som forberedte utlendingsloven hadde foreslått at en utlending måtte være utsatt for fare på hele hjemlandets territorium for å ha rett til beskyttelse etter § 28 første ledd bokstav b. I Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 98 uttalte imidlertid departementet følgende om problemstillingen:

”[...] Som flere høringsinstanser har påpekt, gjelder reglene om internflukt i EUs statusdirektiv både i forhold til flyktninger etter flyktningkonvensjonen og i forhold til dem som får subsidiær beskyttelse. Utvalgets forslag vil innebære en mer restriktiv vurdering, fordi det forutsetter at utlendingen må være utsatt for overgrepfare på hele territoriet for å ha rett til beskyttelse etter departementets lovforslag § 28 første ledd bokstav b.

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.”

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at internfluktvurderingen skal være den samme etter henholdsvis bokstav a og bokstav b i § 28 første ledd.

I forarbeidene er det understreket at retningslinjer og anbefalinger fra UNHCR ikke er del av de internasjonale regler som Norge er bundet av, men vil likevel ha betydning som tolkingsfaktor hva gjelder Norges internasjonale forpliktelser, se Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 98-99. I tråd med UNHCRs retningslinjer skal det skje en rimelighetsvurdering, der også individuelle omstendigheter ved utlendingen bør tillegges vekt.

I forskrift til utlendingsloven er det i § 7-1 gitt nærmere regler om rimelighetsvurderingen:

”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.”

Staten har, med tilslutning fra Jama, anført at flere av vurderingstemaene etter lovens § 38 ikke passer ved internfluktvurderingen. Verken de utlendingspolitiske hensynene bak bestemmelsen eller utlendingens tilknytning til Norge er relevant. Partene er videre enige om at vurderingen beror på et rettsanvendelsesskjønn. Lagmannsretten slutter seg til dette.

Etter lovens § 38 første ledd og andre ledd bokstav c skal det gjøres en totalvurdering av om det foreligger ”sterke menneskelige hensyn”, herunder om det foreligger ”sosiale eller humanitære forhold som gjør at utlendingen har behov for opphold i riket”.

I teorien har det vært problematisert om forskriften går for langt i å innsnevre vurderingsteamet til ugunst for utlendingen, se Vigdis Vevstad (red), Utlendingsloven med kommentarer (2010) side 213. Partene har i liten utstrekning under hovedforhandlingen gjort rede for hva som ligger i ”sterke menneskelige hensyn” slik begrepet skal forstås i relasjon til lovens § 28 femte ledd. Ettersom begrepet under enhver omstendighet rommer andre hensyn og vurderingstemaer enn ved direkte anvendelse av begrepet etter lovens § 38, ser lagmannsretten det slik at det er mest å hente ved klarleggingen av internflyktunntaket i UNHCRs retningslinjer, i tråd med det som er uttalt i forarbeidene. Internflyktunntaket er som nevnt del av det internasjonale regelverket om vern for flyktninger, der UNHCRs retningslinjer er en sentral tolkingsfaktor. Som nevnt foran, har lovgiver ved vedtakelsen av § 28 ikke skilt mellom flyktninger som er vernet etter flyktningkonvensjonen – flyktninger i henhold til § 28 første ledd bokstav a – og flyktninger i henhold til det utvidede vernet etter § 28 første ledd bokstav b. Lagmannsretten legger derfor til grunn at internflyktvurderingen skal være den samme for begge grupper.

UNHCR har 23. juli 2003 gitt retningslinjer om ”Internal Flight or Relocation Alternative” i relasjon til flyktningkonvensjonen artikkel 1A (2). I punkt 8 understrekes at vurderingen skal skje med utgangspunkt i hvordan situasjonen vil være fremover i tid (”... whether the proposed area provides a meaningful alternative in the future”). I rimelighetsvurderingen er følgende retningslinje satt opp i punkt 23 og 24:

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

24. In answering this question, it is necessary to assess the applicant’s personal circumstances, the existence of past persecution, safety and security, respect for human rights, and possibility for economic survival.”

Under deltemaet økonomisk overlevelse er følgende angitt:

29. The socio-economic conditions in the proposed area will be relevant in this part of the analysis. If the situation is such that the claimant will be unable to earn a living or to access accommodation, or where medical care cannot be provided or is clearly inadequate, the area may not be a reasonable alternative. It would be unreasonable, including from a human rights perspective, to expect a person to relocate to face economic destitution or existence below at least an adequate level of subsistence. At the other end of the spectrum, a simple lowering of living standards or worsening of economic status may not be sufficient to reject a proposed area as unreasonable.

Conditions in the area must be such that a relatively normal life can be led in the context of the country concerned. If, for instance, an individual would be without family links and unable to benefit from an informal social safety net, relocation may not be reasonable, unless the person would otherwise be able to sustain a relatively normal life at more than just a minimum subsistence level.”

I sitt asylintervju, da han var 11 ½ år gammel, oppga Jama at han tilhører klanen Majerteen underklan Omar Mahmud. Dette er underklaner av hovedklanen Darood. Det går fram av en rapport fra august 2003 fra professor Kenneth Menkhaus på oppdrag fra UNHCR at underklanen Omar Mahmud holder til i nordre del av regionen Mudug, den sørligste i Puntland. Det går videre fram at det er rivaliseringer mellom de ulike klanene under Majerteen. Det synes ikke omstridt mellom partene at dersom Jama skal returneres til internflukt er det denne nordre delen av Mudug som er aktuell.

Returvernet skal vurderes ut fra situasjonen på returtidspunktet, men slik situasjonen etter en fremoverskuende vurdering fremsto da UNE traff sitt vedtak. Opplysninger som er kommet til senere, kan tillegges vekt så langt de kaster lys over forhold og tendenser som forelå da UNE traff sin beslutningen. Det vises til Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2007 side 1815. Saken gjaldt gyldigheten av et trygdevedtak, men har overføringsverdi til også andre områder innenfor forvaltningsretten:

”Etter mitt syn må utgangspunktet for prøving av om vedtak i trygdesaker er gyldige, vere faktum slik det låg føre for det aktuelle organet på vedtakstidspunktet. Dette er også det alminnelege utgangspunktet i forvaltningsretten, jf. her også avgjerd frå Høgsteretts kjæremålsutval innteken i Rt-2003-460. Det kan godt seiast at dette nettopp er ein følgje av at domstolane skal stå for kontroll av forvaltningsvedtak.

Etter rettspraksis er det likevel eit visst høve til å kome med bevis som kastar lys over den faktiske situasjonen på vedtakstidspunktet.

Det kan tenkjast å liggje føre faktiske feil i Trygderettens avgjerd som kan tilskrivast at Trygderetten har forsømt si plikt til å syte for forsvarleg opplysning av saka, jf. trygderettslova § 15 første ledd. Om så er tilfelle, vil det vere ein saksbehandlingsfeil som etter omstenda kan føre til oppheving av Trygderettens orskurd.”

Da UNE traff sine avgjørelser henholdsvis 15. mai 2007 og 12. mars 2010 la UNE til grunn at Jama kunne returneres til Mogadishu. I denne situasjonen hadde UNE liten foranledning til å foreta en grundig vurdering av om Jama uansett ikke hadde vern fordi han kunne returneres til internflukt. Situasjonen er like fullt den at avgjørelsene er svært sparsommelig begrunnet hva gjelder internfluktunntaket. Begrunnelsen i avgjørelsen 12. mars 2010 inneholder kun et sitat fra vedtaket 10. mai 2007 og en konstatering av at nemnda ikke kan se at det er fremkommet opplysninger som tilsier et endret syn. Begrunnelsen må imidlertid vurderes i lys av begrunnelsen i UNEs vedtak 10. mai 2007, der internfluktalternativet er vurdert slik:

”Nemnda bemerker videre at selv om klageren oppgav å komme fra Mogadishu da han søkte om asyl, har han tilknytning til Puntland gjennom sin klientilhørighet til Darood-klanen. I klagerens sak foreligger det derfor en relevant mulighet til relokalisering dersom klageren ikke føler seg trygg på hjemstedet. En slik vurdering er i tråd med UNHCR, som også åpner for at personer med tilknytning til Darood-klanen kan ta opphold i Puntland.

Spørsmålet om alternativt opphold i andre områder enn man kommer fra i Somalia er vurdert av menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg. I saken Shalah Sheekh mot Nederland (nr 1948/04) har domstolen lagt til grunn at personer som ikke tilhører samme klan eller tidligere har vært bosatt i området, ikke vil bli akseptert i landet (avsnitt 142). Nemnda legger til grunn at klageren i den foreliggende saken tilhører Darood-Majerteen og han tilhører således majoritetsklanen i Puntland. Det er således intet grunnlag for å anta at han ikke vil få beskyttelse om han tar opphold der og EMK artikkel 3 er således ikke overtrådt.”

Lagmannsretten er enig med staten i at domstolene i utgangspunktet bør vise tilbakeholdenhet med å overprøve landkunnskapen, som utlendingsmyndigheten har særlig kyndighet om. Konsekvensen av tilbakeholdenhet vil imidlertid være at det stilles desto større krav til at forvaltningen selv har foretatt en tilstrekkelig bred vurdering basert på riktige faktiske forhold. Internfluktalternativet er, som sitatet viser, lite grundig vurdert og bygger på faktum som står i dårlig samsvar med de opplysninger lagmannsretten har fått presentert om forholdene i Somalia, herunder Puntland, da beslutningen 12. mars 2010 ble truffet.

Som nevnt ovenfor, må det legges til grunn at Jama ikke kan forvente klanbeskyttelse annet enn i nordre deler av Mudug, der hans underklan Omar Mahmud har sine områder. Spørsmålet er om grunn til å anta at han vil få klanbeskyttelse der, slik UNE har lagt til grunn.

Det sakkyndige vitnet Grete Neufeld fra Landinfo har for lagmannsretten forklart at klansmedlemmer som har vært borte lenge uten å holde kontakt og støtte klanen økonomisk ikke kan vente beskyttelse når de returnerer. Lignende betraktninger fremgår av Landinfos rapport fra oktober 2007, under punkt 4.3. Opplysningene stemmer også med opplysninger i det svenske Migrationsverkets rapport 25. mai 2011 etter reise sammen med norsk Landinfo til Kenya i mars/april 2011. Der heter det under punkt 7.1:

”Klanssystemet kan ge individen skydd mot våld samt fungera som socialt skyddsnett. ... Det är genom den diabetalande subklanen, en klannivå med mellan några hundra till några tusen män, som en individ har sin politiska och juridiska status. ... Somalierne, även i diasporan, betalar sin diya och den ekonomiska stöttning som efterfrågas av klanen. Den som inte betalar förlorar omgivningens respekt. ... Under 2007/2008 underminerades klanskyddet. ...”

Under punkt 7.2 heter det videre:

”Hur en person som kommer ny till området mottas är beroende av om dennes sub-subklan och diyabetalande subklan finns i området. Den som inte under sin frånvaro har underholdt sine sociala kontakter med sin klan i området har svårere å komme tilbake. Resurserna i området er knappe og ju knappare resurser desto mer intolerant instilling til nykomlingar og återvändare. Mot den här bakgrunden har en person som varit borta från området en längre tid utan att underhålla sine kontakter sannolikt inte tillgång til klanskydd.”

UNE har basert sin konklusjon på at Jama kan oppnå klanbeskyttelse, uten at standpunktet er nærmere begrunnet. Lagmannsretten ser det som en betydelig svakhet ved avgjørelsen at UNE ikke har konkret vurdert Jamas mulighet til å oppnå klanbeskyttelse i lys av den komplekse situasjonen som informasjonen ovenfor viser. Sett i lys av informasjonen om betydningen av å ha holdt kontakt med og understøttet klanen, er det vanskelig å se at UNE har grunnlag for sin konklusjon.

UNE har heller ikke vurdert konkret den generelle situasjonen for internt fordrevne i Puntland og særlig Mudug. I Landinfos rapport fra juli 2009 går det fram at konflikten mellom Somaliland og Puntland har medført et ukjent antall internflyktninger i området, som er svært krevende og tørt. Det heter videre at et ”økende antall internflyktninger fra Mogadishu-området til Puntland bidrar til å tilspisse situasjonen ytterligere”. Det sakkyndige vitnet Grete Neufeld opplyste at regnet dels har uteblitt og dels har vært langt mindre enn normalt i åtte år på rad. Dette har resultert i at store deler av befolkningen i Mudug, som er nomader og holder husdyr, ikke lenger kan leve av dyra, men har trukket inn mot byene.

Også her kaster senere opplysninger lys over situasjonen på vedtakstidspunktet. I UNHCRs retningslinjer 5. mai 2010 om internasjonal beskyttelse av asylsøkere fra Somalia konkluderes slik under punkt E, underpunkt 3 vedrørende Somaliland og Puntland:

”Somaliland and Puntland already host tens of thousands of IDPs [internflyktninger], by far exceeding their absorption capacity. ...

Whether an IFA/IRA [mulighet for internflukt eller relokalisering] exists in Puntland or Somaliland will depend on the individual case, including whether the individual is a member of a majority or minority clan and whether the individual originates from the territory where IFA/IRA is being considered. The generally deplorable living conditions of displaced persons in Puntland and Somaliland, however, indicate that an IFA/IRA is generally not available for individuals from southern and central Somalia in these territories.”

Returvernet skal vurderes ut fra situasjonen på returtidspunktet og ut fra et fremtidsrettet perspektiv. Ettersom det allerede i 2009 forelå rapporter om flyktingtilstrømning til Puntland og om de svært vanskelige forholdene på grunn av mangelfullt regn, skulle internfluktalternativet vært vurdert i lys av forholdene for internflyktninger generelt.

For lagmannsretten er det lagt fram dokumentbevis som underbygger at internflyktninger generelt i Mudug lever under svært kummerlige forhold. Det sakkyndige vitnet Neufeld opplyste at også internflyktninger som kommer fra en majoritetsklan i området risikerer å havne i flyktningsleire eller er henvist til å sette opp et skur av det de måtte finne utenfor leirområder.

I Landinfos rapport fra oktober 2007 om Sør-Somalia er det også uttalelser om forholdene for flyktninger generelt og noe om forholdene i blant annet Mudug. Det er opplyst at det etter at kamphandlinger blusset opp i Mugadishuområdet i januar 2007 var kommet ca 40 000 internflyktninger til Mudug. Om forholdene for internflyktninger generelt er følgende opplyst:

”Situasjonen for internflyktninger i Somalia er ifølge FN svært vanskelig. Mange lever i leire, andre okkuperer forlatte offentlige bygninger, Sikkerheten i leirene og boligområdene hvor de oppholder seg, er svært dårlig, og de utsettes for voldtekter, ran og overfall. ...”

Videre er det opplyst at ”UNHCR tilføyde at det er eksempler på angrep på internflyktninger i forbindelse med utdeling av mat særlig i Puntland, og at dette er en bekymringsfull utvikling”.

I Fact Sheet utarbeidet av OCHA, som er FNs organ for koordinering av humanitær bistand, oppdatert per januar 2011, er det opplyst at ca 49 prosent av befolkningen i Mudug har behov for humanitær bistand. Famine Early Warning Systems Network, som overvåker matvaresituasjonen i verden, anslo i april 2011 at matvaresituasjonen i Mudug var dels på nivået ”crisis” og dels på nivået ”emergency”. Neste nivå er ”catastrophe/famine”. En av UNHCRs høytstående uttalte 7. desember 2010, etter et besøk i en leir for internflyktninger i den største byen i Mudug, Gaalkayo, at ”We are witnessing terrible suffering. Inadequate shelter, appalling hygienic conditions – among the worst health indicators in the world. ... This is a chronic, catastrophic humanitarian situation.”

Lagmannsretten ser det slik at situasjonen for internflyktninger uten familie eller annet uformelt nettverk dit de kommer vanskelig kan sies å være i tråd med de minimumskrav UNHCR har trukket opp i rimelighetsvurderingen i 2003-retningslinjene. Det foreligger heller ikke opplysninger som tyder på at Jama har egne midler eller på annen måte er rustet til å skaffe seg et bedre liv enn andre internflyktninger i Puntland. Det er en betydelig svakhet ved beslutningen 12. mars 2010 at disse spørsmålene ikke er uttrykkelig drøftet.

Lagmannsretten har etter dette kommet til at det hefter så vidt store mangler ved de vurderinger UNE har foretatt at beslutningen må kjennes ugyldig hva gjelder beskyttelsesvurderingen.

Anken har etter dette ført fram, og Jama skal i samsvar med hovedregelen i tvisteloven § 20-2 ha dekket sine sakskostnader så langt de er rimelige og nødvendige.

Lagmannsretten har ikke funnet grunnlag for å bruke unntakene i tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Lagmannsrettens resultat skal også legges til grunn ved avgjørelsen av sakskostnader for tingretten, jf tvisteloven § 20-9 andre ledd. Jama er innvilget fri sakførsel uten behovsprøving for både tingretten og lagmannsretten. Det skal da ikke beregnes egenandel, jf lov om fri rettshjelp § 9, jf forskriften § 2-1. Det fremgår videre av punkt 7.2 i rundskriv G-12/05 om fri rettshjelp at det i tilfeller hvor en part har fri rettshjelp, og motparten er et departement eller en annen etat som blir finansiert over statsbudsjettet, ikke skal nedlegges påstand om sakskostnader til det offentlige. Saksokostnader for tingretten og lagmannsretten tilkjennes derfor ikke. Salær til Jamas prosessfullmektig for tingretten er allerede fastsatt. Salær for lagmannsretten kan fastsattes når salæroppgave er sendt inn.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

Utlendingsnemndas beslutning 12. mars 2010 er ugyldig hva gjelder beskyttelsesvurderingen.

Kristin Robberstad
(sign.)

Magne Spilde
(sign.)

Anne Ellen Fossum
(sign.)

Bekreftes for
førstelagmannen:

Silje Solhaug
