

Stornemnd mai 2007: Oppholdstillatelse for HIV-smittede

Sakstype:
Asyl/OT-hum

Nasjonalitet:
Kamerun

Referanse:
6307725000

Lovbestemmelse(r):
UI § 8 annet ledd

Sammendrag:

Stikkord/hovedtema: Stornemnd med; sterke menneskelige hensyn; helseproblem – fysisk; EMK; innvandringspolitiske hensyn; praksisendring

Sammendrag:

Etter beslutning av nemndleder med tilslutning fra direktøren for Utlendingsnemnda er saken i henhold til utlendingsloven § 38 b annet ledd, behandlet og avgjort i stornemndmøte av tre nemndledere og fire stornemndmedlemmer.

Begrunnelsen for beslutningen er at saken er av prinsipiell betydning og har store samfunnsmessige og økonomiske konsekvenser, og at lignende saker på området har hatt tendenser til ulik praksis jf utlendingsforskriften § 141a annet ledd.

Klageren møtte personlig under stornemndmøtet sammen med sin advokat.

Klagen ble ikke tatt til følge. Dissens.

Klageren søkte om arbeidstillatelse fra hjemlandet i 2003, og fikk innvilget en arbeidstillatelse som gjaldt til 2005. Klageren fremmet søknad om asyl i september 2004.

Klageren fikk påvist HIV etter ankomst til Norge, og det ble anført at klageren ikke vil ha råd til medisinsk behandling i hjemlandet og at hun som HIV-smittet ville bli stigmatisert.

Søknaden om asyl ble avslått av Utlendingsdirektoratet i 2005. Direktoratet mente at det ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort at klageren risikerte å bli utsatt for forfølgelse ved en retur. Klagerens opplysninger om helsetilstand, herunder stigmatisering, var ikke omfattet av flyktningskonvensjonen. Klageren hadde ikke hatt øvrige problemer i hjemlandet som kunne karakteriseres som forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand. Det ble bemerket at medisinske, økonomiske og sosiale problemer ikke er forhold som danner grunnlag for asyl. Direktoratet mente videre at klageren ikke var vernet mot retur etter utlendingslovens § 15 første ledd. Direktoratet mente at det heller ikke forelå sterke menneskelige hensyn eller en særlig tilknytning til riket som tilsa at klageren fikk innvilget tillatelse i medhold av lovens § 8 annet ledd, jf. forskriftens § 21 annet ledd. Direktoratet viste bl.a. til at det etter praksis ikke har vært avgjørende at det norske helsevesenet er bedre utbygget enn hjemlandets, og at innvandringspolitiske hensyn her tillegges særlig vekt. Det ble vist til at det på verdensbasis er mer enn 36 millioner mennesker som er smittet av HIV. På bakgrunn av det manglende og mangelfulle helsetilbudet som gjør seg gjeldende spesielt i Afrika og Asia, vil sannsynligheten for en økning i antall søkere i disse områdene anses som betydelige dersom HIV-smitte skulle danne grunnlag for opphold i Norge. Direktoratet viste til at etter praksis kan påvist HIV i enkelte tilfeller gi grunnlag for opphold dersom klageren er i behandling med antivirale midler og responderer tilfredsstillende på behandlingen. På bakgrunn av informasjon i innsendte legeerklæringer la direktoratet imidlertid til grunn at klageren ikke hadde påbegynt aktiv behandling.

Etter at saken ble oversendt Utlendingsnemnda for klagebehandling, ble det opplyst at klageren hadde påbegynt behandling med antivirale midler.

Vedrørende resistensspørsmålet utalte sakkyndig vitnet professor dr. med **** at med resistens menes at pasienten ikke lenger kan gjøre seg nytte av det angjeldende medikamentet, og resistens vil kunne oppstå når viruset er under påvirkning av medisiner, men "undermedisinert". Det er i utgangspunktet ikke fare for resistens ved en kontrollert overgang til nye medisiner, men overgang til et mindre virkningsfullt behandlingsregime kan føre til resistens. Et endret medisinregime gir imidlertid ikke i seg selv noen risiko for resistens hvis overgangen gjøres på riktig måte. De aller fleste må regne med å endre behandlingsregime underveis i behandlingen.

Den viktigste årsaken til utvikling av medisinresistens er "slurv" med å ta medisinene. Pasienten må være motivert og nøye med å ta medisinene på foreskrevet måte. Slik slurv er en hovedårsak til resistensutvikling som krever skifte av medikamenter. En annen hyppig grunn til å bytte medikamenter er bivirkninger. Stans i behandling fører i seg selv ikke til resistens. Stocrin kan gi et problem, idet det holder seg i kroppen lengre enn de andre medisinene. Hvis man utvikler resistens kan man smitte en annen

med et resistent virus. Resistens kan medføre at man ikke har noen nye medisiner å tilby.

Stornemndas vurdering:

Stornemnda er enstemmig kommet til at vilkårene for å anse klageren som flyktning, jf utlendingsloven § 17 jf § 16, eller for å være vernet mot retur i medhold av utlendingsloven § 15 første ledd, ikke er oppfylt.

Når det gjelder spørsmålet om vilkårene for tillatelse til opphold i medhold av utlendingsloven § 8 annet ledd er til stede, har nemnda delt seg.

Idet mindretallet ikke fullt ut deler flertallets begrunnelse og premisser hva gjelder spørsmål om asyl og vern etter utlendingsloven § 15 første ledd, er vurdering og begrunnelsen i saken todelt.

Flertallets votum:

1. Asylvurderingen

Begrepet forfølgelse i utlendingsloven og flyktningkonvensjonens forstand forutsetter at reaksjonene er av et visst alvor og omfang. Konvensjonen legger opp til en fremtidsrettet vurdering. Forfølgelsen må ha årsakssammenheng med de grunner som er nevnt i konvensjonens art. 1 A; rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller politisk oppfatning. Det sentrale er om klageren ved retur til hjemlandet risikerer å bli utsatt for forfølgelse av de grunner som er nevnt i konvensjonen.

Det ble i forbindelse med behandlingen av saken opplyst at HIV-smittede somaliere av Utlendingsdirektoratet anses å fylle vilkårene for å kunne anses som flyktning, herunder at de anses for å utgjøre en spesiell sosial gruppe.

Det er ikke tatt stilling til om en eventuell risiko for forfølgelse av HIV-smittede generelt kan sies å ha årsakssammenheng med noen av konvensjonsgrunnene i flyktningkonvensjonen art. 1 A - dette da det for så vidt er enighet mellom flertallet og mindretallet om at klageren, ved en retur til Kamerun, under enhver omstendighet ikke risikerer reaksjoner som har karakter av forfølgelse på grunn av sin sykdom.

For så vidt gjelder risikoen for forfølgelse ved retur, bemerker flertallet at det må antas at HIV-smittede i Kamerun, som i andre land, vil måtte påregne et stigma knyttet til at de lever med og er smittebærere av en alvorlig sykdom, som ubehandlet er dødelig. Det kan ikke utelukkes at klageren som følge av denne sykdommen kan risikere trakassering eller diskriminerende behandling fra andre i sine omgivelser i hjemlandet. Ut fra landkunnskap synes det ikke å være dekning for å legge til grunn at HIV-smittede generelt står i fare for å bli utsatt for reaksjoner av en slik art og omfang som omfattes

av forfølgelsesbegrepet. Det er heller ikke opplyst om særskilte forhold knyttet til klagerens egen situasjon som tilsier at vedkommende risikerer å bli utsatt for forfølgelse i konvensjonens forstand.

De problemer av helsemessig karakter som er en følge av å være HIV-smittet, kan ikke anses som forfølgelse i konvensjonens forstand. Et eventuelt mangelfullt behandlingstilbud eller det at enkelte land av ressursmessige grunner vil ha problemer med å tilby befolkningen et grunnleggende helsetilbud, er ikke et forhold som har karakter av forfølgelse i konvensjonens forstand. Det er herunder sett hen til FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og økonomiske rettigheter art. 12 om retten til høyest mulig oppnåelige helsestandard og statenes plikt i den forbindelse til å arbeide for forebygging, behandling og kontroll av epidemiske, endemiske, arbeidsmiljømessige og andre sykdommer. Flertallet legger imidlertid til grunn at kamerunske myndigheter gjør det som med rimelighet kan forventes, bl.a. ut fra landets ressursmessige forutsetninger, for å forebygge, behandle og kontrollere HIV-epidemien.

Ifølge tilgjengelig informasjon om forholdene i landet, tilbys et offentlig behandlingstilbud av en standard som følger WHO's retningslinjer, og til en sterkt subsidiert kostnad. Tilbudet gis til alle, uavhengig av språklig, etnisk eller annen tilhørighet. Det er ingen holdepunkter for at kamerunske myndigheter fører en diskriminerende praksis overfor HIV-smittede på en slik måte at deres grunnleggende menneskerettigheter blir krenket. Klageren har heller ikke gitt opplysninger om individuelle forhold som gir holdepunkter for å anta at klagerens situasjon vil skille seg negativt ut i denne sammenheng. Flertallet finner det heller ikke godtgjort at det forhold at klageren tilhører den anglofone del av befolkningen, sammenholdt med klagerens situasjon som HIV-smittet, tilsier at vedkommende vil bli utsatt for forfølgelse ved retur.

Klageren fyller derfor ikke vilkårene for å anses som flyktning i medhold av utlendingsloven § 16 jf flyktningkonvensjonen art.1 A. Klageren har dermed ikke rett til asyl etter utlendingsloven § 17, første ledd, første punktum.

2. Flertallets vurdering av returvernet etter utlendingsloven § 15 første ledd

Selv med en senket terskel for risikovurderingen, kan klageren ikke anses vernet mot utsendelse etter utlendingsloven § 15 første ledd, første punktum.

For så vidt gjelder vernet mot retur etter § 15 første ledd annet punktum, kan det bemerkes at klageren viser til at klageren ikke vil ha råd til å betale for nødvendig behandling og oppfølging i hjemlandet, og behandlingen i hjemlandet vil uansett ikke være av samme kvalitet som i Norge. Både som følge av HIV-sykdommen og som følge av de generelle sanitære forholdene i hjemlandet, vil klageren være spesielt utsatt for

å pådra seg tilleggsmåteinfeksjoner mv. Spørsmålet er om klageren som følge av dette, etter en retur til hjemlandet, vil stå i reell fare for å bli utsatt for umenneskelig eller nedverdiggende behandling og derved være omfattet av vernet mot retur etter utlendingsloven § 15 første ledd annet punktum.

Klageren har hepatitt B i tillegg til HIV- infeksjonen. Klageren har også blitt behandlet for kronisk syfilis og en kronisk residiverende herpesinfeksjon. Dette innebærer at det må forventes at infeksjonene vil kunne gjenoppstå og kreve behandling. Som HIV-smittet vil klageren også være mer sårbar for andre følgesykdommer. Vedkommende kommer videre fra et endemisk område, hvilket gir økt risiko for tilleggssykdommer/infeksjoner. Som HIV-smittet vil klageren være mer utsatt for smitte enn hva som gjelder for den friske delen av befolkningen. Dette vil gjelde de fleste HIV-smittede og personer med andre sykdommer med svekket motstandskraft. Det er imidlertid ikke noe i klagerens helsesituasjon som per nå kan indikere at klageren vil være mer utsatt enn andre HIV-smittede for å pådra seg andre sykdommer som er normalt forekommende i vedkommendes område.

Ut fra avgjørelsene i EMD og Kommisjonen i sammenlignbare saker, kan nemnda ikke se at et vedtak om å returnere klageren til Kamerun vil innebære et brudd med EMK art 3. Det er et (offentlig) behandlingstilbud i Kamerun, slik som nærmere beskrevet ovenfor. Etter flertallets vurdering må det også i denne saken legges til grunn at det er et tilgjengelig behandlingstilbud i hjemlandet. Selv om det offentlige behandlingstilbudet ikke er gratis, er behandlingen likevel ikke så kostbar at behandlingstilbudet i realiteten må anses som uopnåelig. Uten at det er avgjørende i forhold til vurderingen, er det også grunn til å peke på at klageren har et nettverk i hjemlandet i form av sin familie og øvrige slektninger. Ut fra de foreliggende opplysninger kan klagerens helsetilstand heller ikke anses å være av en slik art eller alvor at den i seg selv kan tilsi at et vedtak om retur vil være i strid med EMK art. 3. I denne sammenheng bemerkes det at EMD i all hovedsak har vurdert den enkeltes helsetilstand ut fra forholdene på avgjørelsestidspunktet. Det er heller ikke individuelle forhold som kan tilsi at man ved vurderingen av klagerens helsetilstand legger et annet tidspunkt til grunn.

Klageren kan derfor ikke anses vernet mot utsendelse etter utlendingsloven § 15 første ledd, annet punktum.

3. Flertallets vurdering av utlendingsloven § 8 annet ledd

Klageren vil være avhengig av behandling resten av livet. Uten behandling, herunder for følgesykdommer, vil sykdommen være dødelig på relativt kort sikt. Det er et behandlingstilbud i Kamerun, men det koster penger.

Klageren vil være syk og behandlingstrengende resten av livet. Selv om det er et behandlingstilbud i klagerens hjemland - uten at det foreløpig er tatt stilling til tilgjengeligheten av behandlingstilbudet - og behandlingstilbudet er adekvat i medisinsk forstand, antar flertallet likevel at klagerens forventede livslengde og livskvalitet vil være vesentlig lenger og bedre i Norge enn i Kamerun. Faren for tilleggsinfeksjoner og følgesykdommer vil antagelig være større i Kamerun enn i Norge, og klageren vil, i hvert fall hva gjelder klagerens HIV og påviste seksuelt overførbare sykdommer, antakeligvis få et langt bedre behandlingstilbud i Norge enn i Kamerun.

Flertallet mener derfor at klagerens helsesituasjon er å anse som et sterkt menneskelig hensyn i utlendingslovens forstand. Vekten av dette hensynet i den helhetsvurdering som skal foretas, er nærmere redegjort nedenfor.

Flertallet er kommet til at HIV-smitte som et utgangspunkt ikke bør vurderes annerledes i praksis enn sammenlignbare alvorlige sykdomstilstander for øvrig, hvor det tas utgangspunkt i en skjønnsmessig helhetsvurdering i den enkelte sak. De momenter som etter praksis, jf de interne retningslinjene, har vært ansett av betydning i helsesaker generelt, vil også være av betydning i saker som gjelder påvist HIV-smitte. Flertallet mener at det ikke foreligger noen medisinsk eller annen begrunnelse for at praksis i saker med HIV, skal avvike fra praksis i saker der det gjøres gjeldende andre alvorlige helsemessige problemer,

Det er ikke konkrete holdepunkter som tilsier at klageren var klar over sin sykdom da vedkommende kom til Norge. Klageren har imidlertid søkt asyl med det formål å få behandling her. Flertallet bemerker at det sentrale spørsmålet i saken er at klageren er HIV-smittet. Etter flertallets vurdering er det i seg selv ikke avgjørende for sakens utfall om klageren visste om sykdommen før innreise, eller om vedkommende kom hit for å få behandling. I tilfeller der det foreligger klare indikasjoner/ holdepunkter for at utlendingen var kjent med sin alvorlige sykdom før ankomst, og eventuelt reiste hit med det formål å få behandling, vil dette imidlertid kunne utgjøre et moment som taler for avslag ved en helhetsvurdering, idet det vil øke vekten av de innvandringspolitiske hensyn. Det vises bl.a. til utlendingsforskriften § 5, 2. ledd b), som setter klare begrensninger for utlendinger som ønsker opphold i landet for å få behandling. Momentet alene kan imidlertid ikke være avgjørende der søkere har HIV/AIDS eller andre alvorlige, behandlingstrengende sykdommer. Flertallet mener at det alltid må foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering, bl.a. av om det foreligger et adekvat og tilgjengelig behandlingstilbud i hjemlandet.

Klageren har påbegynt ARV-behandling i Norge. Dette momentet har i praksis vært tillagt stor vekt ved påvist HIV-smitte, i motsetning til i helsesaker generelt, og har vært et moment som generelt har tilsagt at tillatelse burde gis. Flertallet finner imidlertid

ikke at dette momentet i seg selv kan tillegges avgjørende vekt ved vurderingen av om tillatelse skal gis. Skillet påbegynt/ikke påbegynt behandling synes ikke å bygge på medisinske vurderinger, kanskje snarere på misforståelser om at avbrudd i behandlingen vil medføre resistens, hvilket ikke medfører riktighet, jf professor dr. med. **** redegjørelse. For ordens skyld bemerker flertallet at spørsmålet om påbegynt/ikke påbegynt medisinsk behandling kan være relevant i forbindelse med helhetsvurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn etter utlendingsloven § 8, 2. ledd, men det bør altså ikke være et moment som alene avgjør saken.

Det er som nevnt et behandlingstilbud for HIV-smittede i Kamerun. Flertallet mener at behandlingstilbudet, i lys av at det etter det opplyste tilfredstiller WHO's standarder, må anses som adekvat. Hva gjelder behandlingstilbudet og behandlingsmulighetene for ulike følge- eller tilleggsykdommer, er dette mer uklart, men det er uansett ikke avgjørende da det primære her er om det foreligger et behandlingstilbud for HIV. Det er klart at det samlede behandlings- og omsorgstilbudet vil være svært mye bedre i Norge enn i Kamerun. Dette vil imidlertid gjøre seg gjeldende i en lang rekke sykdomstilfeller, og i forhold til et stort antall land. At det samlede behandlings- og omsorgstilbudet er bedre i Norge enn i en rekke andre land er således ikke noe som særpreger HIV-problematikken.

Flertallet mener at dersom man skulle legge avgjørende vekt på at den behandling og det omsorgstilbudet man får i Norge er bedre enn det man kan få i hjemlandet, vil dette momentet i prinsippet få relevans i alle sakstyper der helse er et tema, da det ikke er medisinske eller andre årsaker til at dette momentet skal være avgjørende eller tillegges vesentlig vekt i bare HIV-saker, men ikke i andre helsesaker. Idet den faktiske situasjonen er at helse- og omsorgstilbudet i Norge gjennomgående er langt bedre enn hva som er tilfelle for de fleste land asylsøkere og andre søkere kommer fra, vil momentet dessuten ha gjennomslagskraft i forhold til søkere som kommer fra et stort antall land.

Det sentrale vurderingstema er etter dette en avveining av de innvandringspolitiske hensyn opp mot de sterke menneskelige hensyn som utvilsomt foreligger i klagerens sak.

Flertallet mener at HIV er en så alvorlig sykdom at det bør kreves at det foreligger et adekvat og tilgjengelig behandlingstilbud i hjemlandet. For så vidt gjelder spørsmålet om at det foreligger et adekvat behandlingstilbud, viser flertallet til at det i Kamerun tilbys behandling for HIV i tråd med WHO's standarder. Etter flertallets mening må dette i utgangspunktet anses som et tilstrekkelig adekvat behandlingstilbud.

For så vidt gjelder tilgjengeligheten av et behandlingstilbud, tar flertallet utgangspunkt i at praksis (og retningslinjene) gir anvisning på en objektiv vurdering av tilbudet i det enkelte land, og om behandlingstilbudet er tilgjengelig for den alminnelige befolkning med tilsvarende lidelse.

Flertallet bemerker at anførsler om at den enkelte mangler økonomiske muligheter for å dekke utgifter til behandling ikke kan tillegges avgjørende vekt, bl.a. fordi dette regulært vil være anførsler som vil by på store bevismessige problemer. I tillegg er det et moment at så lenge det ikke er grunnlag for å konstatere at de helsemessige ressursene i hjemlandet fordeles etter diskriminerende prinsipper, må utgangspunktet være at den enkelte søkeren må "konkurrere" om de tilgjengelige ressursene på lik linje med den øvrige befolkningen i hjemlandet.

Flertallet har, i lys av denne sakens faktum, ikke drøftet om det kan ha betydning for tilgjengelighetsvurderingen at det evt. er geografisk stor avstand mellom hjemstedet, og behandlingsstedet, for eksempel slik at vedkommende i realiteten må bosette seg et annet sted for å få tilgang til behandling.

Behandlingstilbudet må imidlertid være tilgjengelig i den forstand at det ikke fremstår som utopisk at borgerne kan benytte seg av tilbudet. Det må også i en helhetsvurdering ses hen til den individuelle situasjon ved vurderingen av om tilbudet er tilgjengelig, dvs. om søkerens situasjon skiller seg vesentlig fra "normalsituasjonen" til den del av befolkningen som lider av samme sykdom. Det utelukkes derfor ikke at dersom vedkommende, ut fra sine personlige forutsetninger, fremstår som spesielt sårbar, for eksempel som følge av alder, arbeidsuførhet, funksjonshemninger, forsørgeransvar for mindreårige barn o.a, kan det tilsi at vedkommende ikke kan anses å få tilgang til et behandlingstilbud på like vilkår som andre i hjemlandet – enten det er i geografisk eller økonomisk forstand. Etter flertallets oppfatning er dette i tråd med de vurderinger som i praksis også foretas i andre saker, der tilsvarende alvorlige sykdomstilstander er påberopt.

Om klagerens situasjon spesielt bemerker flertallet at det legges til grunn at klagerens situasjon ved retur vil være vanskelig. Klageren har påvist HIV, og har behov for behandling. Uten behandling vil klageren dø innenfor et relativt kort tidsrom. Selv med behandling, må det antas at kvalitet og oppfølging kan ha en viss betydning for livslengde og -kvalitet, både ut fra de generelle levekårene i klagerens hjemland og økt fare for å pådra seg ulike infeksjonssykdommer i det område av verden klageren kommer fra. Fremtiden vil være uforutsigbar. Klagerens behandlingsbehov, og kostnadene forbundet med det, vil påføre klageren, og potensielt hele klagerens familie, en ytterligere levekårsnedgang. Klageren har også påvist Hepatitt B, syfilis og herpes, som kan medføre ytterligere behandlingsbehov på sikt. Det kan heller ikke

utelukkes at eventuell nødvendig behandling for disse sykdommene i fremtiden kan påvirke ARV-medisineringen negativt.

Flertallet har imidlertid funnet å måtte legge avgjørende vekt på de innvandringspolitiske hensyn i denne saken. Dersom det som et generelt utgangspunkt innvilges tillatelse til HIV- smittede personer som kommer fra land der det er mulig å få behandling, vil dette ha betydelige innvandringspolitiske konsekvenser, herunder betydelige samfunnsmessige og økonomiske konsekvenser. Antallet HIV-smittede i verden, både i områdene sør for Sahara som klageren kommer fra, men også i Norges relative nærrområder – for eksempel Russland - er betydelige. Det bemerkes herunder at ARV-dekningen i henhold til det opplyste faktisk er noe bedre i landene sør for Sahara enn i områder nærmere Norge, bl.a. Nord-Afrika og Midt-Østen, samt lav- og midlereinntektsland i Europa og Sentral-Asia (deler av tidligere Sovjetunionen). ARV-dekningen i Kamerun er videre bedre enn det generelle gjennomsnitt for landene sør for Sahara. Potensialet for økt innvandring som følge av behov for behandling for påvist HIV er derfor tilsvarende betydelig. Utlendingsmyndighetene har som nevnt ikke tilgjengelig statistikk når det gjelder anførsler om påvist HIV spesielt i asylsaker og andre saker, men det er på det rene at anførsler om helseproblemer generelt forekommer svært hyppig – særlig i asylsaker. Folkehelseinstituttets statistikk over nye HIV-tilfeller hvert år tyder på at så mange som 70 % av alle nye smittetilfeller de siste årene er innvandrede tilfeller. En praksis der påvist HIV-smitte generelt skulle tilsi at vedkommende må få bli i Norge, vil potensielt gi store samfunnsmessige og økonomiske konsekvenser, både knyttet til arbeid med smittevern og utgifter til behandling og oppfølging så vel av HIV som følgesykdommer, samt knyttet til mulig arbeidsuførhet hos enkelte. I tillegg er det ulik praksis i saker vedrørende HIV-smittede og personer med andre alvorlige helsemessige problemer. Forskjellsbehandlingen er ikke en følge av medisinske årsaker.

Flertallet er kommet til at det ikke kan legges spesiell vekt på klagerens opplysning om at klageren må ha blitt smittet i Norge. Det bemerkes i denne sammenheng at det ofte vil være svært vanskelig å klarlegge akkurat når og hvor en person er blitt smittet.

Flertallet har imidlertid lagt vekt på at klageren kommer fra et land hvor det er et behandlingstilbud for HIV-smittede. Det finnes, som nevnt foran, et sykehus på klagerens hjemsted, som tilbyr behandling og oppfølging for påvist HIV. Prosjektet ble startet i 2000 og tilbyr ARV-behandling, HIV-testing, rådgivning og behandling for følgesykdommer. Tester og CD4-målinger er tilgjengelig for 3000 CFA. Ca. 40 % av plassene på sykehusets voksenavdeling opptas av HIV-positive pasienter. Behandlingstilbudet er i tråd med WHO's standarder. Sykehuset er ifølge det opplyste et av de nasjonale sentrene for ARV- behandling. Også i provinshovedstaden, ca fire

mil fra klagerens hjemsted, er det tilgang til ARV-behandling i henhold til de statlige retningslinjene.

Flertallet finner videre at så vel de generelle behandlingsmuligheter i Kamerun som tilbudet ved det nevnte sykehus, tilsier at klageren må anses å ha akseptable forutsetninger for å kunne fortsette en tilstrekkelig god behandling i sitt hjemland. Ifølge professor **** er medisinene som tilbys også i bruk i Norge, selv om de ikke regnes som optimale bl.a. ut fra et pasientvennlighetsperspektiv. De gir bl.a. mer bivirkninger enn de medikamentene klageren går på i dag. Disse forhold tilsier imidlertid etter flertallets mening ikke at tilbudet ikke kan anses adekvat. Flertallet mener videre at det ikke kan tillegges avgjørende vekt at det er kostnader forbundet med behandlingen. Generelt anses kostnadsnivået ikke å være på et slikt nivå at det tilsier at folk flest ikke vil ha midler til å dekke det. Det vises herunder til at kostnadene er betydelig redusert de siste par årene. Flertallet mener videre, i tråd med det som bemerkes under pkt. 3.5 foran, at det er vanskelig å gå inn på nærmere vurderinger av om klageren og vedkommendes familie har økonomiske forutsetninger for å kunne bære slike kostnader - dette først og fremst fordi en slik vurdering vil reise vanskelige bevissspørsmål. Det bemerkes likevel at det ikke er fremkommet opplysninger som tilsier at klageren og klagerens familie er i en vanskeligere økonomisk situasjon enn kamerunere flest.

Det er heller ikke opplysninger i saken som kan tilsi at klageren som følge av personlige forhold eller som følge av livssituasjonen fremstår som særskilt sårbar. Vedkommende er ung og fortsatt arbeidsfør. Klageren har noe skolegang, selv om det er begrenset. Klageren er hittil i liten grad fysisk preget av sin sykdom, til tross for at klageren ifølge det opplyste har hatt en vektnedgang. Klageren har ikke fått påvist immunsvikrelaterte sykdommer som følge av HIV-smitten, og vedkommende har pr. i dag ikke behov for behandling for hepatitt B, syfilis og herpes. Ifølge psykologerklæring er det ikke fremvist tegn til psykisk lidelse. Klagerens reaksjoner på diagnosen er betegnet som en normalreaksjon på den ekstreme påkjenning HIV-diagnosen har vært for klageren. For nemnda fremstår klageren samlet sett som relativt ressurssterk til tross for situasjonen.

Klageren har videre et familienettverk i hjemlandet, bl.a. mor og mormor, voksne søsken, tanter og onkler. Begge foreldre kommer fra klagerens hjemsted. Klageren har hatt en forsørgerrolle i familien, idet klageren har bekostet skolegang og sykehusopphold for nærmeste familie mens klageren har vært i Norge. Selv om det er et meget aktverdig formål, er et slikt bistandsmessig aspekt ved opphold i Norge ikke et uttalt formål med utlendingslovgivningen, og kan derfor ikke tillegges vekt av betydning i denne sammenheng.

Flertallet forutsetter ellers at klageren etter egen anmodning vil få dekkende journalopplysninger fra det norske helsevesenet til bruk for det hjemlige helsevesen, slik at dette vil få de nødvendige medisinske opplysninger om klagerens sykdomsforløp og behandlingsopplegg. Flertallet forutsetter videre at klageren kan medta tilstrekkelige mengder medikamenter fra Norge, slik at hensynet til kontinuitet i behandlingen er ivaretatt inntil det stedlige helsevesen kan overta ansvaret for forskrivning av medikamenter og eventuell annen behandling og oppfølging.

Samlet sett er flertallet derfor kommet til at det ikke foreligger forhold i denne saken som tilsier at tillatelse kan innvilges i medhold av utlendingsloven § 8 annet ledd.

Mindretallets votum

1. Asyl og returvern

Mindretallet slutter seg til flertallets konklusjoner hva gjelder asylvurderingen og returvernet etter utlendingsloven § 15 første ledd. Mindretallet er ikke på alle punkter enig i flertallets begrunnelse eller den nærmere utforming av premissene, og har derfor ikke funnet det riktig å slutte seg til disse når gjelder spørsmålene om asyl og returvern. Slik saken ligger an, har mindretallet imidlertid ikke funnet det nødvendig å utdype dette forholdet nærmere.

Det bemerkes for øvrig at mindretallet ikke finner at retur av klageren til Kamerun, slik saken per i dag er opplyst, vil være i strid med EMK artikkel 3.

2. Opphold på humanitært grunnlag

Mindretallet er enig med flertallet i at det i klagerens tilfelle foreligger "sterke menneskelige hensyn" som taler for å innvilge oppholdstillatelse, jf utlendingsloven § 8 annet ledd.

Mindretallet er, i motsetning til flertallet, av den oppfatning at oppholdstillatelse i dette tilfellet også bør innvilges.

Mindretallet finner videre at stornemndas vedtak i denne saken er ugyldig.

Mindretallet bemerker innledningsvis at stornemnda i forbindelse med avgjørelse av den konkrete saken har fått i oppgave å vurdere om det er grunnlag for å utvide, fastholde eller stramme inn den praksis som har utviklet seg i UNE når det gjelder anførsler knyttet til HIV fra en asylsøker. Det kan også være spørsmål om å presisere enkelte viktige skjønnsstema og gi anvisning på avveining av relevante hensyn. Mindretallet bemerker videre at stornemndas konklusjon og premisser uansett må være forenlig med utlendingsloven med tilhørende forskrifter og andre rettskilder, og i sin konsekvens gi anvisning på en praksis som ikke medfører at forvaltningsvedtak må

settes til side som ugyldige. I dette ligger at stornemnda skal bidra til rettsavklaring på utlendingsfeltet, og eventuelt til velbegrunnet rettsutvikling innenfor lovens rammer. I prinsippet kan stornemnda imidlertid ikke sette seg utover lovens rammer, legalitetsprinsippet og prinsippet i utlendingsloven § 5 første ledd om at Stortinget godkjenner hovedprinsippene for innvandringen.

Når mindretallet innledningsvis har funnet grunn til å minne om dette, skyldes det at stornemndas avgjørelse og premisser i denne saken etter mindretallets syn reiser spørsmål om avgjørelsen i sin konsekvens innskrenker det rom for konkret og helhetlig skjønnsutøvelse som lovgiver synes å ha forutsatt og godkjent ved anvendelsen av utlendingsloven § 8 annet ledd. Mindretallet bemerker i denne forbindelse at mindretallet ikke forstår bestemmelsen i utlendingsforskriften § 5 annet ledd bokstav b slik at denne erstatter den skjønsmessige vurdering etter utlendingsloven § 8 annet ledd i asylsaker med anførsler om helsemessige forhold. Mindretallet forstår nevnte forskriftsbestemmelse primært som et særegent grunnlag for midlertidig opphold i Norge som forutsetter at visse spesifikke vilkår er oppfylt, herunder at nødvendig medisinsk oppfølging i Norge blir finansiert gjennom private midler eller offentlige midler fra hjemlandet.

Mindretallet vil presisere at det foranstående ikke betyr at det dermed er fritt frem for helsemessige anførsler som grunnlag for opphold i medhold av lovens § 8 annet ledd. Tvert imot følger det etter mindretallets syn av lovens system og rettskilder for øvrig, herunder av det som er opplyst om forvaltningens praksis, at det gjelder en høy terskel for at anførsler om helsemessige forhold alene skal kunne lede frem til oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 8 annet ledd. Et godt uttrykk for dette finnes slik mindretallet ser det i UNEs Interne Retningslinjer av 3.5.2004 – Behandling av asylsaker med anførsler om helsemessige forhold.

En viktig prinsipiell problemstilling i saken er derfor, slik mindretallet ser det, hvor langt forvaltningen uten Stortingets godkjenning kan gå i å innskrenke det generelle spillerommet for konkret og helhetlig skjønsmessig vurdering av helsemessige anførsler når det gjelder HIV spesielt. Mindretallets prinsipielle syn på dette er at forvaltningen må behandle personer med HIV likt med personer med andre alvorlige sykdommer, det vil si verken gunstigere eller ugunstigere. Det skal tilføyes at forskjellsbehandling som skyldes særegenheter ved den enkelte sykdom ikke innebærer brudd på likhetsprinsippet.

Mindretallet viser for øvrig til at det ikke er hjemmel i utlendingslovgivningen for å ekskludere personer med HIV fra opphold i Norge. Det gjelder uansett grunnlag for å søke opphold i Norge. Mindretallet legger til grunn at det heller ikke er grunnlag for negativ forskjellsbehandling av personer med HIV, sammenlignet med personer som

på grunnlag av annen alvorlig sykdom gjør gjeldende helsemessige anførsler i asylsaker og blir vurdert for opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn. En slik forskjellsbehandling må i tilfelle, som et minimum, være saklig begrunnet i innvandringspolitiske hensyn.

Det følger av EMK artikkel 3 og enkelte saker for EMD at utsendelse av en behandlingstrengende person i visse tilfeller vil kunne reise alvorlige menneskerettslige spørsmål.

Mindretallet viser i denne forbindelse blant annet til EMDs henvisningsavgjørelse i saken Ahmed mot Sverige av 16.5.2006, samt EMDs dom på heving av samme sak av 22.2.2007. Det fremgår av sistnevnte at saken ble hevet etter at svenske myndigheter innvilget klageren midlertidig oppholdstillatelse før saken kom opp for full domstolsbehandling i Strasbourg. Mindretallets poeng i denne forbindelse er ikke at utsendelse av klageren i vår sak vil krenke EMK artikkel 3. Det mener mindretallet at den ikke vil gjøre, tatt i betraktning den høye terskel for krenkelser av artikkel 3 som er etablert i medhold av EMDs praksis.

Det er likevel et viktig moment i saken, slik mindretallet ser det, at den omlegging av praksis som flertallet i stornemnda nå legger opp til, bringer norsk forvaltningspraksis nærmere de grenser som følger av nevnte bestemmelse. Det er grunn til å spørre om dette er i samsvar med Stortingets forutsetninger på dette området, slik de hittil har kommet til uttrykk i relasjon til den skjønnsmessige adgangen til å innvilge oppholdstillatelse i medhold av utlendingsloven § 8 annet ledd og øvrige bestemmelser i lov eller forskrift. Slik mindretallet har forstått det, har lovgiver ønsket å opprettholde en skjønnsmessig adgang til å innvilge oppholdstillatelse av sterke menneskelige hensyn i blant annet asylsaker, som er ment å favne videre enn hva Norge er folkerettslig forpliktet til. Da må det også være et tilstrekkelig skjønnsmessig rom for innvilgelse av oppholdstillatelse også i herværende type saker.

Slik mindretallet forstår EMDs praksis, vil utsendelse av en person med HIV som befinner seg i siste fase av sykdommen, og der behandlingstilbudet i oppholdslandet er av stor betydning for å gi vedkommende en verdig livsavslutning, kunne rammes av EMK artikkel 3. Det vises blant annet til dommen D mot Storbritannia fra 1997.

I vår sak befinner ikke klageren seg i et så fremskredent stadium av sykdomsutviklingen. Forholdet til EMK artikkel 3 er imidlertid problematisk også i andre tilfeller enn de som er direkte sammenlignbare med saksforholdet i nevnte D mot Storbritannia. Dette gjelder når sykdommen ikke er kommet fullt så langt, men hvor spesialisert behandling er nødvendig for å unngå betydelige komplikasjoner i form av diverse alvorlige plager. Det siktes særlig til tilfeller hvor det ikke vil være medisinsk

forsvarlig å avbryte behandlingen for eventuelt å fortsette den i hjemlandet. Mindretallet viser her til saksforholdet i Ahmed mot Sverige. Mindretallet påpeker at selv om EMD i sin henvisningsavgjørelse ikke eksplisitt tok stilling til anførslene som ble fremmet i saken, slik at det endelige utfallet av saken for EMD ikke kan vites, så ligger det i selve henvisningsavgjørelsen at saken ble ansett for å reise alvorlige spørsmål om hvorvidt en utsendelse ville krenke artikkel 3.

Etter mindretallets syn tyder mye på at de tilfeller som omfattes av forbudet mot utsendelse i EMK artikkel 3 langt på vei er sammenfallende med de tilfeller som er omhandlet i UNEs interne Retningslinjer – Behandling av asylsaker med anførsler om helsemessige forhold – punkt 4.1, om akutte og kroniske, livstruende sykdommer. Betydningen av dette kommer mindretallet tilbake til nedenfor.

I punkt 5 i de samme UNEs retningslinjer oppstilles et vilkår om at tillatelse i slike tilfeller i utgangspunktet bør forbeholdes tilfeller der det ikke finnes et adekvat behandlingstilbud i hjemlandet. Det som samlet sett er uttalt i retningslinjene under punkt 5, og som altså ikke spesifikt er knyttet til HIV, tolker mindretallet på en noe annen måte enn flertallet har gjort. Også dette er kommentert nærmere nedenfor.

I punkt 6 i retningslinjene er det gitt anvisning på en avsluttende helhetsvurdering i asylsaker med anførsler om helsemessige forhold. Der er det blant annet fremhevet at tillatelse også kan gis når man etter en samlet vurdering av flere forhold i saken finner at vilkårene er oppfylt. Mindretallet har merket seg at det så vel i retningslinjene punkt 3.2 og i punkt 6.2.1 er pekt på at det i praksis skiller mellom tilfeller der helseproblemer er årsak til at klageren kom til Norge og søkte asyl, og tilfeller der alvorlig sykdom har oppstått etter ankomst. Et vesentlig poeng, slik mindretallet ser det, er at de nevnte retningslinjene generelt sett – og også i denne relasjon – søker å behandle personer med HIV på linje med personer med andre svært alvorlige sykdommer.

Mindretallet forstår videre retningslinjene slik at det er meningen at forvaltningen skal foreta en skjønnsmessig helhetsvurdering av de forskjellige momenter i saken i medhold av punkt 6, når saken ikke ligger slik an at søknaden ligger an til innvilgelse allerede på grunnlag av punkt 4 og punkt 5. Etter mindretallets syn blir det lite rom igjen for en slik skjønnsmessig helhetsvurdering hvis flertallets syn i denne sak opprettholdes som gjeldende rett.

Slik UNEs praksis er opplyst, er det på det rene at det synes å ha hatt stor og gjerne avgjørende betydning for utfallet av saken om klageren på vedtakstidspunktet har påbegynt behandling for HIV i Norge. Dersom behandling er påbegynt, indikerer

praksis at klageren som hovedregel har fått innvilget oppholdstillatelse mens det motsatte er tilfellet hvis behandling ikke er påbegynt.

En slik sontring i HIV-saker er tilsynelatende i samsvar med UNEs Interne Retningslinjer av 3.5.2004 – Behandling av asylsaker med anførsler om helsemessige forhold – punkt 5.2. Det fremgår her at "det vil kunne ha betydning om det på vedtakstidspunktet er påbegynt en behandling i Norge som det ikke vil være medisinsk forsvarlig å avbryte for å fullføre i hjemlandet".

Sett i relasjon til hva man per i dag vet om behandling av HIV og den utvikling som har funnet sted i retning av kvalitativt bedre behandlingsmuligheter i stadig flere land, er mindretallet enig i at det kan være grunn til å underkaste betydningen av den nevnte sontringen i forvaltningspraksis fornyet vurdering.

Mindretallet har blant annet merket seg at professor dr med **** i sitt sakkyndige vitneprov for Utlendingsnemnda ga uttrykk for at et absolutt skille i utlendingspraksis mellom pasienter som henholdsvis har og ikke har påbegynt behandling, ikke er velfundert medisinsk sett. Mindretallet oppfattet **** slik at dette synspunktet refererer til to forskjellige forhold. Det ene er at det ikke alltid vil være medisinsk uforsvarlig å avbryte en påbegynt behandling i Norge, fordi avbrudd av behandling i seg selv ikke nødvendigvis vil få andre negative konsekvenser enn at pasienten da vil ha behov for å bli tilknyttet et nytt adekvat behandlingsregime i hjemlandet. Det andre er at sontringen er for absolutt også fordi to pasienter kan ha kommet nokså likt i sin sykdomsutvikling, men hvor bare den ene har nådd det eksakte målepunkt hva gjelder CD4-tallet slik at behandling er blitt igangsatt. Det kan da bli feil å stille pasienter med en klar nedadgående kurve for CD4-tallet ned mot den praktiserte grensen på 300, som med stor sannsynlighet snart blir behandlingstrengende, i en vesentlig annen stilling.

På denne bakgrunn kan et avgjørende rettslig skille bygget på hvorvidt behandling er påbegynt eller ikke, bli for enkelt og medisinsk sett fremstå som vilkårlig. Det kan derfor også virke urimelig sett i relasjon til lovens kriterium "sterke menneskelige hensyn" og den skjønnsutøvelse som i denne forbindelse skal finne sted, slik mindretallet ser det.

Mindretallet ser at klagere med HIV som har påbegynt behandling i Norge, kan ha kommet gunstigere ut i UNEs praksis sammenlignet med klagere med andre alvorlige sykdommer som også har påbegynt sin behandling i Norge – nettopp fordi den nevnte sontringen ser ut til å ha blitt tillagt særlig vekt i asylsaker med helsemessige anførsler knyttet til HIV. En slik forskjellsbehandling i favør av personer med HIV, i den grad den har forekommet, er det etter mindretallets oppfatning ikke grunn til å opprettholde.

Mindretallet mener på denne bakgrunn at det er grunn til å myke opp betydningen av den nevnte sontring.

Samtidig ligger det etter mindretallets syn en kjerne av realitet i den nevnte sontringen nettopp i relasjon til den kroniske sykdommen HIV. Den omstendighet at behandling for HIV er påbegynt i Norge, indikerer nemlig at sykdommen er kommet inn i en alvorlig fase hvor behandling er nødvendig. Fravær av behandling av personer med et CD4-tall mellom 200 og 300 vil, slik mindretallet har forstått det, med stor grad av sikkerhet være ensbetydende med hurtig utvikling av betydelige plager og etter hvert alvorlig immunsvikt (såkalt AIDS), hvoretter død etter nokså kort tid vil inntreffe. Når det derimot gjelder tidsrommet fra smitte til en person blir behandlingstrengende, har mindretallet forstått det slik at dette kan variere svært meget etter omstendighetene og fra person til person, fra kanskje bare ett år til flere tiår. Behandlingstidspunktet, med utgangspunkt i CD4-tallet, er således medisinsk sett ikke vilkårlig valgt.

Det at en person befinner seg i en sykdomsfase hvor behandling enten er påbegynt eller er nært forestående ut fra CD-4-tallet, er derfor en indikasjon på at en i utgangspunktet kronisk sykdom som HIV er på rask vei til (også) å bli en akutt og livstruende lidelse. Det skjer dersom ikke pasienten underkastes adekvat behandling eller hvis sykdommen hos vedkommende ikke lar seg behandle med kjente medisiner. Etter mindretallets syn ligger det her en særegenhet ved HIV og behandlingsmetoden, som ikke fullt ut gjør den sammenlignbar med enhver annen kronisk sykdom.

Dette forholdet kan det være saklig grunn til å ta i betraktning når denne lidelsen så vidt mulig skal likebehandles med andre lidelser, jf forsøket på å trekke opp slike felles retningslinjer i foran nevnte Interne Retningslinjer – Behandling av asylsaker med anførsler om helsemessige forhold.

Oppsummeringsvis er det mindretallets syn at påbegynt behandling i Norge ikke i seg selv bør være avgjørende for om det skal innvilges oppholdstillatelse i asylsaker med helsemessige anførsler knyttet til HIV. Utfallet må bero på en nærmere vurdering av alle relevante forhold i saken. Den som i nær fremtid vil bli behandlingstrengende, bør vurderes nokså likt med den som allerede har påbegynt behandling. Når det gjelder personer med HIV hvor det er usikkert når de vil bli behandlingstrengende, burde de etter mindretallets oppfatning vurderes på linje med andre personer med kroniske lidelser som ikke er "akutte og livstruende", jf de foran nevnte retningslinjene.

Et spørsmål i saken er om klageren har et behandlingstilbud i hjemlandet som gjør at vedkommende av den grunn ikke oppfyller kravene til oppholdstillatelse på grunn av

sin sykdom alene, jf UNEs Interne Retningslinjer – Behandling av asylsaker med anførsler om helsemessige forhold.

Det fremgår innledningsvis at "tillatelse bør i utgangspunktet forbeholdes tilfeller der det ikke finnes et adekvat behandlingstilbud i klagerens hjemland, dvs. et behandlingstilbud som tilfredsstillende en viss standard". Etter mindretallets syn er det ikke helt klart hva som nærmere ligger i dette, heller ikke hensett til de presiseringer som ellers fremgår.

Det skal ifølge retningslinjene foretas "en objektiv vurdering" av behandlingstilbudet i hjemlandet. Spørsmålet er imidlertid hvor stor sjanse for faktisk behandling i hjemlandet som skal kreves for en person som klageren. På den ene side fremgår det av retningslinjene at tilbudet må være "tilgjengelig for klageren", i den forstand at klageren må ha tilgang til tilbudet på lik linje med andre borgere. Diskriminering av bestemte grupper i samfunnet med HIV, kan derfor tenkes å være et aktuelt tema. Hvis ulik tilgang på adekvat behandling skyldes økonomiske grunner, skal det derimot ifølge retningslinjene ses bort fra denne omstendighet. Retningslinjene har som utgangspunkt falt ned på at "det avgjørende er (...) behandlingstilbudet for folk flest som har en tilsvarende lidelse, ikke en individuell vurdering av behandlingstilbudet for den enkelte klager" (mindretallets utheving). Det heter for øvrig at det ikke er avgjørende at det ikke finnes et behandlingstilbud på klagerens hjemsted dersom dette er tilgjengelig andre steder i hjemlandet. Mindretallet slutter av dette at det skal foretas en objektiv vurdering av det tilgjengelige behandlingstilbudet i hjemlandet, for en person i klagers situasjon/for en person som klageren.

Slik mindretallet forstår det, oppstiller retningslinjene dermed både et kvalitativt krav til det eksisterende medisinske tilbudet i hjemlandet som medisinsk "adekvat" og krav om en viss faktisk tilgjengelighet for at oppholdstillatelse skal kunne avslås under henvisning til behandlingstilbudet i hjemlandet. Mindretallet tolker retningslinjene slik at det i det minste må foreligge en reell mulighet for at en person som klageren vil få adekvat behandling i hjemlandet. Et hypotetisk behandlingstilbud vil, slik mindretallet tolker retningslinjene, ikke være tilstrekkelig.

Mindretallet mener at flere tungtveiende momenter taler for at det er riktig å innvilge oppholdstillatelse i klagerens tilfelle, basert på en skjønnsmessig helhetsvurdering i medhold av utlendingsloven § 8 annet ledd. Betydningen av innvandringspolitiske hensyn som et mulig tungtveiende motargument, kommer mindretallet særskilt tilbake til nedenfor.

Mindretallet er for så vidt enig med flertallet i at § 8 annet ledd prinsipielt sett gir anvisning på en todelt skjønnsmessig vurdering; først om det foreligger "sterke

menneskelige hensyn", og i så fall om tillatelse bør innvilges. Som påpekt i UNEs Interne Retningslinjer – Behandling av asylsaker med anførsler om helsemessige forhold, punkt 6.1, går disse vurderingene i praksis over i hverandre: "Det foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering". Mindretallet mener at dette har gode grunner for seg, og kan ikke se at det er grunnlag for å stille asylsaker med helsemessige anførsler knyttet til HIV i en særstilling i så måte.

Mindretallets utgangspunkt er at klageren i vår sak ikke fullt ut oppfyller vilkårene for opphold i medhold av UNEs Interne Retningslinjer – Behandling av asylsaker med anførsler om helsemessige forhold, punkt 4.1, slik dette punktet er presisert i forhold til HIV/AIDS. De helsemessige forhold i saken gjør likevel at klagerens situasjon befinner seg i nærheten av terskelen for en alvorlig lidelse i retningslinjenes forstand, slik mindretallet ser det. Mindretallet viser i så måte til at klageren er behandlingstrengende for HIV, jf at klageren rent faktisk mottar behandling i Norge, og til at klageren har andre kroniske lidelser som både i seg selv trenger medisinsk oppfølging og øker risikoen for at vedkommende skal utvikle infeksjoner som ytterligere svekker kroppen uten adekvat medisinerings for HIV.

Mindretallet finner ikke at det er uten betydning for vurderingen hva klagerens behandlende lege har uttalt om klagerens konkrete helsemessige situasjon i Norge og antatte medisinske situasjon ved utsendelse, jf fremlagt legeerklæring. Det sies her blant annet følgende:

"Pasienten er fortsatt avhengig av hyppig oppfølging og kontroll, det vil si at vi har pasienten til kontroll ca hver 3 måned. (...) Pasienten er stabil nå (...) i øyeblikket svært vellykket behandlet. Avbrytes behandlingen pga manglende tilgang vil pasienten utvikle resistens og få terapivikt. (...) Pasienten har hatt kronisk syfilis som vedkommende er behandlet for og pasienten har hatt kronisk herpes infeksjon som pasienten er behandlet for og som ofte vil residivere og som vedkommende da må behandles for på ny. (...) Vi kan ikke gå god for at man avbryter den igangsatte behandling og all kunnskap tilsier at behandlingen kommer til å bli avbrutt hvis pasienten blir sendt tilbake. Med det innebærer av resistens utvikling, vanskelig tilgjengelighet, manglende tilgang til fri medisinerings og oppfølging."

Mindretallet er oppmerksom på at den sakkyndige for stornemnda, professor ****, synes å ha et annet syn på den generelle faren for resistens ved avbrutt behandling. Likeledes er mindretallet klar over at stornemnda, slik saken samlet sett er opplyst, må antas å ha et bedre grunnlag enn behandlende lege for å vurdere klagerens muligheter for medisinsk behandling ved retur til Kamerun. Behandlende leges uttalelse synliggjør likevel alvorligheten i klagerens helsemessige situasjon, slik mindretallet ser det.

Den omstendighet at det kan synes å være en viss faglig uenighet om de nærmere farene ved avbrudd av behandling i Norge, betyr etter mindretallets syn ikke at slik fare dermed blir irrelevant i den rettslige vurdering, men først og fremst at vekten av dette momentet må bli mindre enn det kunne ha vært.

Slik saken samlet sett finnes opplyst, vurderer mindretallet det slik at en utsendelse av klageren til hjemlandet vil bety at vedkommende ikke vil fortsette å få adekvat behandling for HIV. Selv om det finnes behandlingsmuligheter i Kamerun, er det på det rene at disse ikke er tilgjengelig for folk flest med HIV, heller ikke for de som er behandlingstrengende slik som i klagerens tilfelle. Til det er behandlingstilbudet i landet alt for mangelfullt utbygget sammenlignet med det store antallet personer med HIV. Helsesektoren er også gjennomsyret av korrupsjon og stor mangel på kvalifisert personell. Dette antar mindretallet er kritisk i forhold til muligheten for adekvat behandling av HIV, idet slik behandling krever kontinuitet og et behandlingsregime som innbefatter atskillig mer enn medisiner.

Mindretallet kan ikke se at klageren er spesielt ressurssterk, verken økonomisk, sosialt eller personlig, sammenliknet med folk flest i Kamerun. Det må legges til grunn at klageren ikke har noen utdannelse, at klageren kommer fra en liten og fattig landsbyfamilie, at nettverket til klageren for øvrig også er beskjedent og at mye av det klageren har tjent i Norge har gått til å betale skolepenger for to familiemedlemmer. Klageren har muligens noe større muligheter til å komme inn i et behandlingsopplegg i hjemlandet, fordi vedkommende har vært under behandling i Norge og har ervervet noen midler i Norge som for en begrenset periode vil kunne dekke utgifter til helsehjelp i hjemlandet. Det er likevel så mange usikkerhetsfaktorer knyttet til dette at muligheten for å få adekvat medisinsk behandling i hjemlandet etter mindretallets syn snarere fremstår som hypotetisk enn som reell for en person som klageren.

Det er for øvrig intet samarbeid mellom norske behandlingstilstander i Norge og helseforetak i Kamerun, som kan sikre at overgangen fra behandlingsregimet i Norge til et eventuelt nytt behandlingsregime i hjemlandet vil skje på en forsvarlig måte. Mindretallet viser i denne forbindelse til professor **** uttalelser for stornemnda slik den er gjengitt foran i avgjørelsen:

"Det er i utgangspunktet ikke fare for resistens ved en kontrollert overgang til nye medisiner, men overgang til et mindre virkningsfullt behandlingsregime kan føre til resistens. Et endret behandlingsregime gir imidlertid ikke i seg selv noen risiko for resistens hvis overgangen gjøres på riktig måte."

Etter mindretallets oppfatning er det i dette tilfellet små utsikter både til en kontrollert overgang til eventuelt nye medisiner i Kamerun og for at overgangen til et nytt

behandlingsregime i så fall vil bli gjort på riktig måte. I tillegg fremgår det av bevisførselen i saken at et eventuelt tilgjengelig behandlingstilbud i hjemlandet etter alt å dømme vil bli mindre virkningsfullt enn det tilbudet klageren i dag mottar. At det derfor vil være fare for resistens ved overgang til eventuell fortsatt behandling i hjemlandet, for en person som klageren, må derfor vært åpenbart. En annen sak er at konsekvensene av dette igjen kan være vanskelig å vurdere nærmere, utover at det etter mindretallets syn vil være et faremoment av en viss betydning i en helhetlig vurdering av saken.

Det er også andre momenter i denne saken som bør hensyntas i favør klageren, slik mindretallet ser det.

Mindretallet legger til grunn at klageren med stor grad av sannsynlighet vil oppleve seg stigmatisert i hjemlandet og på hjemstedet dersom det blir kjent at vedkommende har HIV. Til tross for at mange har HIV i Kamerun, er det slik mindretallet forstår det fortsatt en stor belastning å stå frem med denne sykdommen. Flertallet i stornemnda har pekt på at det ikke kan utelukkes at klageren således kan risikere trakassering eller diskriminerende behandling fra andre i sine omgivelser. Mindretallet er enig i dette.

Mindretallet mener videre at dette forholdet i seg selv bør være et moment i helhetsvurderingen, blant annet fordi HIV på dette punkt atskiller seg fra de fleste andre kroniske og/eller akutte og livstruende sykdommer som det ikke er knyttet det samme stigma til. For klageren dreier belastningen seg både om fare for reelle krenkelser og den psykologiske påkjenning som er forbundet med dette og frykt for sosial utstøtelse.

Mindretallet bemerker i denne forbindelse at asylsøknaden ikke fremstår som konstruert. Selv om mindretallet mener at det ut fra opplysningene i saken ikke er grunnlag for asyl, på grunnlag av diskriminering fra myndighetene av den folkegruppe klageren tilhører hva gjelder behandlingsmuligheter for HIV, finner mindretallet at klagerens anførsler har gitt uttrykk for klagerens subjektive oppfatning av situasjonen i hjemlandet.

Det er også et ikke uvesentlig moment i helhetsvurderingen, slik mindretallet ser det, at det ikke er klagerens lidelser som er årsaken til at klageren kom til Norge, jf det som er uttalt om dette momentet i UNEs Interne Retningslinjer – Behandling av asylsaker med anførsler om helsemessige forhold, punkt 6.2.1. Klageren kom til Norge med arbeidstillatelse for å arbeide, noe klageren også gjorde. At klageren hadde HIV, ble oppdaget i forbindelse med en legeundersøkelse under oppholdet i Norge. Selv har klageren ment at klageren ikke var smittet før innreisen til Norge, og at klageren ble smittet av en norsk borger som klageren ikke kjenner identiteten til. De medisinske

opplysninger og øvrige dokumentasjoner som foreligger i saken, utelukker ikke denne muligheten. Det sentrale i denne forbindelse er at klagerens sak under ingen omstendighet er et rent tilfelle av såkalte "helseflyktninger", det vil si personer som kommer til Norge med det formål å få en medisinsk behandling som ikke er tilgjengelig i hjemlandet.

Mindretallet viser ellers til UNEs Interne Retningslinjer – Behandling av asylsaker med anførsler om helsemessige forhold, punkt 6.2.2 og 6.2.3, og bemerker at klageren har fremlagt helseerklæringer som underbygger søknaden, og at de er blitt fremlagt så snart de har foreligget.

På denne bakgrunn finner mindretallet at det etter en konkret helhetlig vurdering er god grunn til å innvilge oppholdstillatelse under henvisning til de sterke menneskelige hensyn som gjør seg gjeldende i saken. Det spørsmålet som gjenstår, er om innvandringspolitiske hensyn likevel taler avgjørende imot et slikt utfall.

Mindretallet er prinsipielt sett enig i at innvandringspolitiske hensyn etter omstendighetene vil kunne veie tungt i en skjønsmessig vurdering av opphold på humanitært grunnlag i medhold av utlendingsloven § 8 annet ledd.

Mindretallet mener at det er viktig å presisere at det er forskjell på hva innvandringspolitiske hensyn isolert sett tilsier, og hva som følger av innvandringspolitiske hensyn sammenholdt med andre relevante hensyn. UNE har således utviklet samlede retningslinjer og praksiser som i visse tilfeller går på tvers av hva innvandringspolitiske hensyn alene kunne tilsa. Det antas å være i godt samsvar med lovverket og lovgivers forutsetninger samlet sett, som nettopp gir rom for å vektlegge individuelle rimelighetshensyn. Dette er formentlig særlig velbegrunnet i sakstyper som kan reise menneskerettslige spørsmål, jf foran om forholdet til EMK artikkel 3.

Mindretallet er enig med flertallet i at det vil kunne ha betydelige innvandringspolitiske konsekvenser, herunder store samfunnsmessige og økonomiske konsekvenser, "dersom det som et generelt utgangspunkt innvilges tillatelse til HIV-smittede personer". Det vil for så vidt gjelde enten det er reelle eller kun hypotetiske muligheter for behandling i hjemlandet, slik mindretallet ser det. Mindretallet kan imidlertid ikke se at et slikt generelt utgangspunkt noen gang har vært lagt til grunn i UNEs praksis. Unigheten mellom flertallet og mindretallet i denne saken dreier seg heller ikke om et slikt generelt utgangspunkt bør legges til grunn. Mindretallet mener ikke at det er et aktuelt rettslig utgangspunkt. Det vises til det som fremgår foran av mindretallets premisser hva gjelder

betydningen av påbegynt behandling, herunder at det er forskjell på å være smittet av HIV og å være behandlingstrengende.

Det er under enhver omstendighet viktig å definere nærmere og veie de aktuelle innvandringspolitiske hensyn som gjør seg gjeldende.

Mindretallet har i denne forbindelse merket seg at flertallet har lagt avgjørende vekt på innvandringspolitiske hensyn i denne saken, og at det særlig synes å være potensialet for økt innvandring som følge av behov for behandling for påvist HIV som er vektlagt. Når dette potensialet skal vurderes, er det etter mindretallets syn lite interessant hvor mange personer med HIV som finnes eksempelvis i Kamerun eller i Afrika, eller i hele verden, så lenge erfaringen tilsier at det bare er lite antall utlendinger med HIV som for tiden faktisk ankommer Norge per år og påberoper seg denne omstendighet som grunnlag for søknad om opphold.

Tall fra Folkehelseinstituttet som er blitt fremlagt i saken, viser at antall registrerte heteroseksuelt smittede før ankomst til Norge, som antakelig omfatter i det vesentlige utlendinger, i perioden 2000 til 2006 har variert mellom 78 (2001) og 123 (2002). I 2000 var antallet 93 personer, mens det i 2006 var 98 personer. En nedgang fra 120 personer i 2004 til 101 personer i 2005, er blitt forklart med en forholdsmessig nedgang i antallet asylsøkere. Ifølge det som er opplyst om praksis fra UNE, har det totalt vært 48 slike saker i perioden 2001-2006. Mindretallet kan ikke se at det er dokumentert en vesentlig økning av antall saker hvor det har vært anført at vedkommende har HIV. Dette til tross for UNEs nokså gunstige praksis overfor personer med HIV som har påbegynt behandling i Norge. Betydningen av innvandringspolitiske hensyn, i betydningen kontrollert og begrenset innvandring, må således etter mindretallets syn vurderes fortløpende med en viss realisme i forvaltningspraksis, i lys av den faktiske utvikling og ikke ut fra verst tenkelige scenarier.

Dertil kommer at en konkret skjønnsmessig vurdering som oppstiller visse kvalifikasjonskrav ikke vil berøre innvandringspolitiske hensyn på samme måte som en generell åpning for at personer med HIV vil få opphold i Norge. Innvilgelse av oppholdstillatelse i denne klagerens tilfelle, og ut fra de hensyn som mindretallet har vektlagt, vil etter mindretallets syn ikke ha store innvandringspolitiske konsekvenser. Som det fremgår av mindretallets premisser foran, går mindretallet blant annet inn for å myke opp betydningen av at behandling er påbegynt i Norge, noe som i seg selv antakelig ville ha medført en nedgang i antall innvilgelser innenfor denne kategorien hvis mindretallets premisser hadde blitt lagt til grunn i stornemnda.

På denne bakgrunn kan mindretallet ikke se at innvandringspolitiske hensyn bør være avgjørende for utfallet i denne saken.

Etter en konkret helhetlig vurdering av saken finner mindretallet at et avslag på søknaden om oppholdstillatelse i medhold av utlendingsloven § 8 annet ledd vil være sterkt urimelig i dette tilfellet, og derfor ugyldig, jf nedenfor i punkt 3.3. Det vises også nedenfor om negativ forskjellsbehandling av personer med HIV.

3. Konsekvenser av stornemndas avgjørelse

Mindretallet mener at stornemndas avgjørelse i denne saken vil innebære en klart mer restriktiv linje overfor en del asylsøkere med helsemessige anførsler knyttet til HIV. Etter mindretallets syn er dette ikke en nødvendig konsekvens av at sonderingen mellom påbegynt og ikke påbegynt behandling i Norge bør mykes opp, men skyldes helt andre faktorer i flertallets premisser.

Etter mindretallets syn vil en konsekvens av avgjørelsen være at forvaltningens per i dag begrensede skjønnsmessige adgang til å innvilge oppholdstillatelse i slike saker etter en konkret helhetsvurdering, jf UNEs Interne Retningslinjer – Behandling av asylsaker med anførsler om helsemessige forhold, punkt 6, vil bli svært innskrenket. Slik mindretallet ser det, har stornemnda i denne saken gått lenger enn hensynet til behov for rettsavklaring og enhetlig forvaltningspraksis tilsier, og lenger enn hva som kan begrunnes i reelle innvandringspolitiske hensyn.

Den åpning flertallet gir for innvilgelse av oppholdstillatelse på grunnlag av HIV, synes i virkeligheten å forutsette at det overhodet ikke finnes adekvate behandlingsmuligheter for HIV i hjemlandet, eller at det behandlingstilbudet som finnes praktiseres på en klart diskriminerende måte av myndighetene i landet. Mindretallet bemerker at de siste tilfeller vil kunne omfattes av asylkriteriene, jf utlendingsloven §§ 16-17, og at det i så fall ikke blir rom for en skjønnsvurdering etter utlendingsloven § 8 annet ledd. I og med at det selv i de fattigste land vil finnes adekvate behandlingsmuligheter som er tilgjengelig for noen av landets innbyggere med HIV, innebærer stornemndas avgjørelse, slik mindretallet oppfatter det, at anførsler knyttet til HIV sjelden eller aldri vil kunne føre frem utenfor de tilfeller som er omfattet av EMK artikkel 3.

Mindretallet har problemer med å forstå nødvendigheten og hensiktsmessigheten av dette, slik saken og forvaltningspraksis har vært opplyst for stornemnda. Mindretallet er heller ikke overbevist om at avgjørelsen har forankring i loven og andre rettskilder, herunder i den praksis som gjelder for asylsaker med anførsler om helsemessige forhold generelt.

Stornemndas flertall har fremholdt at det har vært meningen å bringe praksis i HIV-saker i overensstemmelse med praksis for øvrig hva gjelder helsemessige anførsler.

Etter mindretallets syn innebærer flertallets syn i sin konsekvens tvert imot at behandlingstrengende personer med HIV for fremtiden i en rekke tilfeller vil bli behandlet ugunstigere enn personer med andre typer kroniske og akutt livstruende sykdommer. Asylsøkere med HIV vil således ikke i samme grad som andre asylsøkere med alvorlige lidelser få sin sak vurdert på grunnlag av en reell skjønsmessig helhetsvurdering i medhold av utlendingsloven § 8 annet ledd.

Mindretallet viser i denne forbindelse til gjennomgangen foran av UNEs Interne Retningslinjer – Behandling av asylsaker med anførsler om helsemessige forhold, punkt 6, og den ikke uttømmende listen over relevante momenter som der fremgår. Det pekes blant annet på at faren for trakassering og diskriminering i hjemlandet på grunn av at klageren har HIV, og den omstendighet at det ikke var klagerens lidelse som er årsaken til at klageren kom til Norge, ikke synes å være vektlagt av stornemndas flertall.

Mindretallet mener at stornemnda i denne saken har truffet et sterkt urimelig vedtak i relasjon til klageren. Mindretallet mener også at det legges opp til en praksis som i realiteten vil innebære forskjellsbehandling av behandlingstrengende asylsøkere med HIV, sammenliknet med asylsøkere som har andre alvorlige lidelser som også er livstruende dersom de ikke behandles.

På denne bakgrunn er det mindretallets oppfatning at vedtaket er ugyldig og at det derfor ikke kan knyttes presedensvirkninger til stornemndas avgjørelse.

Presedensvirkninger av vedtaket:

Stornemndas flertall mener

1. at anførsler knyttet til HIV/AIDS vurderes på samme måte som andre saker der det anføres alvorlig helsesvikt.
2. at det ikke er avgjørende om smitteoverføring er skjedd i Norge eller et annet sted. Momentet kan imidlertid være relevant ved vektlegging av innvandringspolitiske hensyn, særlig dersom klageren forutsettes å være kjent med sykdommen før ankomst hit.
3. at det ikke er avgjørende om behandling med anti-retrovirale medikamenter er påbegynt eller ikke.
4. at et helsetilbud i klagerens hjemland må regnes som tilgjengelig uavhengig av kostnadene forbundet med å nyttiggjøre seg det, med mindre kostnadene er så høye at bare en liten del av befolkningen kan make å betale for det.

5. at helsetilbudet i hjemlandet generelt må regnes som tilgjengelig, selv om det ikke er lokalisert i klagerens hjemområde, med mindre det foreligger spesielle omstendigheter ved klagerens situasjon.