

GRENSEDRAKNINGEN MELLOM ASYL OG OPPHOLDSTILLATELSE PÅ HUMANITÆRT GRUNNLAG

Kandidatnr: 560

Veileder: professor Kristian Andenæs

Leveringsfrist: 10. november 2003

Til sammen 36.897 ord

13.01.2004

Innholdsfortegnelse

I INNLEDENDE DEL	1
1 INNLEDNING	1
1.1 GENERELT	1
1.2 ENKELTE PRESISERINGER	4
2 NOEN UTGANGSPUNKTER	7
2.1 KORT OM ASYL	7
2.2 KORT OM OPPHOLDSTILLATELSE PÅ HUMANITÆRT GRUNNLAG	9
2.2.1 GENERELT OM HOVEDKRITERIET ”STERKE MENNESKELIGE HENSYN”	9
2.2.2 DET ALMINNELIGE UTSENDELSERVERNET; § 15, 1. LEDD, 1. PKT.	11
2.2.3 UTSENDELSERVERN PGA. FLYKTNINGELIKNENDE GRUNNER; § 15, 1. LEDD, 2. PKT.	12
2.3 SPEIELT OM BAKGRUNNEN FOR OPPHOLDSTILLATELSE PÅ HUMANITÆRT GRUNNLAG	13
2.4 DEN RETTSLIGE BETYDNINGEN AV AT MAN INNVILGES ASYL FREMFOR OPPHOLDSTILLATELSE PÅ HUMANITÆRT GRUNNLAG	16
2.4.1 INNLEDNING	16
2.4.2 NÆRMERE OM HOVEDFORSKJELLENE MELLOM ASYL OG OPPHOLDSTILLATELSE PÅ HUMANITÆRT GRUNNLAG MED HENSYN TIL RETTSLIGE KONSEKVENSER	16
2.5 RETTSKILDER OG METODE	20

2.5.1	INNLEDNING	20
2.5.2	BEGREPET GJELDENE RETT	20
2.5.3	NASJONALE KILDER OG METODE	23
2.5.3.1	Lov, forskrift og forarbeider	23
2.5.3.2	Stortingsmeldinger	23
2.5.3.3	Forvaltningspraksis	24
2.5.3.4	Rettspraksis	26
2.5.3.5	Særlig om utvelgelse av saker	27
2.5.3.6	Juridisk teori	29
2.5.4	INTERNASJONALE KILDER OG METODE	29
2.6	FLYKTNINGEKONVENSJONENS FLYKTNINGEBEGREPS STILLING I NORSK FLYKTNINGERETT	31
2.6.1	INNLEDNING	31
2.6.2	NÆRMERE OM FLYKTNINGEKONVENSJONENS FLYKTNINGEBEGREPS STILLING I NORSK RETT	32
2.6.3	BETYDNINGEN AV HØYESTERETTS PRAKSIS OM FORHOLDET MELLOM NORSKE REGLER OG INTERNASJONALE REGLER PÅ ANDRE RETTSOMRÅDER	37
	<u>II HVOR GÅR GRENSEN MELLOM ASYL OG OPPHOLDSTILLATELSE PÅ HUMANITÆRT GRUNNLAG?</u>	<u>39</u>
	<u>3 INNLEDNING</u>	<u>39</u>
	<u>4 OVERGREPENES ART OG STYRKE</u>	<u>40</u>
4.1	INNLEDNING	40

4.2	KRAVENE TIL OVERGREPENES ART OG STYRKE ETTER ASYL	41
4.2.1	DEN INTERNASJONALE FORSTÅELEN AV FORFØLGELSESBEGREPET	41
4.2.1.1	Særlig om straffeforfølgning i relasjon til den internasjonale forståelsen av forfølgelsebegrepet	44
4.2.2	DEN NORSKE FORSTÅELEN AV FORFØLGELSESBEGREPET	45
4.2.2.1	Særlig om straffeforfølgning i relasjon til den norske forståelsen av forfølgelsebegrepet	49
4.2.2.2	Avsluttende bemerkninger	55
4.2.3	FORHOLDET MELLOM DEN INTERNASJONALE FORSTÅELEN AV FORFØLGELSESBEGREPET OG DEN NORSK FORSTÅELEN AV FORFØLGELSESBEGREPET	55
4.3	OVERGREPENES ART OG STYRKE ETTER OPPHOLDSTILLATELSE PÅ HUMANITÆRT GRUNNLAG	59
4.3.1	INNLEDNING	59
4.3.2	SÆRLIGE METODESPØRSMÅL	60
4.3.2.1	Særlig om utvelgelse av saker fra UNE	61
4.3.3	NÆRMERE OM KRAVENE TIL OVERGREP I RELASJON TIL ”STERKE MENNESKELIGE HENSYN”	62
4.3.3.1	Avsluttende bemerkninger	64
4.3.3.2	Særlig om straffeforfølgning	65
4.4	GRENSEN MELLOM ASYL OG OPPHOLDSTILLATELSE PÅ HUMANITÆRT GRUNNLAG MED HENSYN TIL OVERGREPENES ART OG STYRKE	67
5	RISIKOKRAV	70
5.1	INNLEDNING	70
5.2	RISIKOKRAVET ETTER ASYL	71

5.2.1	DEN INTERNASJONALE FORSTÅELEN AV RISIKOKRAVET	72
5.2.2	DEN NORSKE FORSTÅELEN AV RISIKOKRAVET	74
5.2.2.1	Innledning	74
5.2.2.2	Nærmere om den norske forståelsen av risikokravet	76
5.2.3	FORHOLDET MELLOM DEN INTERNASJONALE FORSTÅELEN AV RISIKOKRAVET OG DEN NORSKE FORSTÅELEN AV RISIKOKRAVET	80
5.3	RISIKOKRAVET ETTER OPPHOLDSTILLATELSE PÅ HUMANITÆRT GRUNNLAG	81
5.3.1	INNLEDNING	81
5.3.2	RISIKOKRAVET ETTER § 15, 1. LEDD, 1. PKT.	83
5.3.2.1	Innledning	83
5.3.2.2	Nærmere om risikokravet etter § 15, 1. ledd, 1. pkt.	84
5.4	GRENSEN MELLOM ASYL OG OPPHOLDSTILLATELSE PÅ HUMANITÆRT GRUNNLAG MED HENSYN TIL RISIKOKRAVET	90
6	FORFØLGELSESGRUNNER	93
6.1	INNLEDNING	93
6.2	FORFØLGELSESGRUNNER ETTER ASYL	94
6.2.1	INNLEDNING	94
6.2.2	RASE	94
6.2.3	RELIGION	95
6.2.4	NASJONALITET	95
6.2.5	POLITISK OPPFATNING	95
6.2.6	MEDLEMSKAP I EN SPESIELL SOSIAL GRUPPE	96

6.2.7	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	97
6.2.8	FORHOLDET MELLOM DEN INTERNASJONALE FORSTÅElsen AV FORFØLGELSESGRUNNER OG DEN NORSKE FORSTÅElsen AV FORFØLGELSESGRUNNER	97
6.3	FORFØLGELSESGRUNNER ETTER OPPHOLDSTILLATELSE PÅ HUMANITÆRT GRUNNLAG	98
6.3.1	INNLEDNING	98
6.3.2	HVILKE FORFØLGELSESGRUNNER OMFATTES AV § 15, 1. LEDD. 2. PKT?	99
6.3.2.1	Innledning	99
6.3.2.2	Straffeforfølgning	101
6.3.2.3	Generell fare for overgrep	103
6.3.2.4	Privat aktør som forfølger	109
6.3.2.5	Diskriminering av kvinner	113
6.3.2.6	Tvangsekteskap	114
6.3.2.7	Tidligere overgrep	117
6.3.2.8	Enkelte generelle kommentarer	118
6.3.2.9	Forholdet til våre internasjonale forpliktelser	120
6.4	GRENSEN MELLOM ASYL OG OPPHOLDSTILLATELSE PÅ HUMANITÆRT GRUNNLAG MED HENSYN TIL FORFØLGELSESGRUNNER	122
<u>III AVSLUTTENDE DEL</u>		<u>125</u>
<u>7 AVSLUTNING</u>		<u>125</u>
<u>8 KILDER</u>		<u>129</u>

8.1	LITTERATURLISTE	129
8.2	KONVENSJONER M.M.	130
8.3	LOVER OG FORSKRIFTER	131
8.4	FORARBEIDER	132
8.5	ANDRE DOKUMENTER	132
8.6	RETTSAVGJØRELSER	133
8.6.1	NASJONALE RETTSAVGJØRELSER	133
8.6.2	UTENLANDSKE RETTSAVGJØRELSER	133
9	VEDLEGG	A
<hr/>		
9.1	VEDLEGG 1: GRUNNLAGSMATERIALET – RETTSAVGJØRELSER	A
9.2	VEDLEGG 2: SAMMENDRAG AV RETTSAVGJØRELSENE	E
9.3	VEDLEGG 3: GRUNNLAGSMATERIALET – UNE SAKER	BB

I INNLEDENDE DEL

1 INNLEDNING

1.1 Generelt

Antall personer som har fått *innvilget* asylstatus i Norge har de siste årene ligget på kun noen få prosent av det totale antall *asylsøkere*. I 2002 lå prosenten på innvilgelser av asyl på 2, 2 %.¹ Årene i forveien lå innvilgelsene på henholdsvis 2, 2 % , 1 % og 3 %.² En slik utvikling er imidlertid ikke noe som har kommet først med de siste årene, innvilgelsesprosenten har tradisjonelt sett vært lav hos oss i Norge.³ Dette forhold har med tiden gitt grunn til undring om vi kanskje stiller for strenge krav for å gi asylstatus. Også FNs Høykommissær for flyktninger har uttrykt bekymring over disse tallene.

I 2002 ble det imidlertid innvilget *opphold* til 19, 2 % av asylsøkerne ut fra *humanitære grunner*.⁴ Tallene for årene i forveien var henholdsvis 30, 3 %, 29 % og 43 %.⁵ Man ser altså at et betydelig antall fikk innvilget opphold på dette grunnlag. Myndighetene

¹ De nevnte tall er hentet fra Utlendingsdirektoratets Årsrapport for 2002, se s. 13, og gjelder bare vedtak fattet av Utlendingsdirektoratet selv. Rapporten sier riktig nok ingenting om i hvilken grad Utlendingsnemnda, evt. domstolene har endret disse vedtakene til fordel for den enkelte asylsøker. Der er imidlertid all grunn til å tro at nevnte tall likevel gir en god indikasjon på hvor mange som fikk innvilget asylstatus dette året.

² Se Utlendingsdirektoratets Årsrapport for 2002, s. 13.

³ Se Utlendingsdirektoratets Årsrapport for 2001, s. 45. Her gjennomgås statistikk fra og med 1992 til og med 2001.

⁴ Se Utlendingsdirektoratets Årsrapport for 2002, s. 13.

⁵ Se Utlendingsdirektoratets Årsrapport for 2002, s. 13.

mener åpenbart at et ikke ubetydelig antall asylsøkere har behov for hjelp, selv om de ikke oppfyller vilkårene for asylstatus. Men som det vil fremgå flere steder senere i oppgaven, var asylgrunnlaget opprinnelig ment å være det primære rettsgrunnlag for å gi opphold til personer som trenger beskyttelse. Oppholdstillatelse på humanitært grunnlag var derimot ment å være et sekundært grunnlag, som skulle fungere som en sikkerhetsventil i de helt særegne tilfeller der beskyttelsesbehovet var reelt, samtidig som de formelle vilkår for innvilgelse av asyl likevel ikke var til stede.⁶ I utgangspunktet kan det derfor kanskje fremstå som noe unaturlig at innvilgelser idag i henhold til sikkerhetsventilregelen prosentmessig er betydelig høyere enn innvilgelser i henhold til hovedgrunnlaget. Dermed er det også grunn til å se på hvorvidt de aktuelle reglene praktiseres i tråd med de løsninger som det samlede kildematerialet gir grunnlag for, herunder hvorvidt enkelte av de som får oppholdstillatelse på humanitært grunnlag heller burde være gitt asylstatus.

Umiddelbart kan det nok stilles spørsmålsteget ved om det har noen reell betydning hvorvidt det innvilges opphold i henhold til det ene eller andre av de to ovennevnte grunnlag. Konsekvensen blir jo uansett den at vedkommende person får bli værende i landet, og unngår således tilbakesendelse til det land han i utgangspunktet flyktet fra. Men som det vil fremgå nedenfor i dette kapitlet og senere i oppgaven gjør det seg gjeldende enkelte ulikheter.⁷

Lovgiver regulerer i utlendingsloven § 17 hvem som skal gis asyl etter norsk rett. Etter paragrafens første ledd kan en flyktning etter søknad ha rett til asyl om han befinner seg i riket eller på norsk grense. Faller asylsøkeren utenfor asylbestemmelsen kan han imidlertid få innvilget oppholdstillatelse på humanitært grunnlag dersom det gjør seg gjeldende ”sterke menneskelige hensyn” eller vedkommende har en ”særlig” tilknytning til Norge, jfr. § 8, 2. ledd. Som man ser skiller lovgiver mellom kategoriene asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Det er dermed ikke juridisk sett korrekt at

⁶ Jfr. som eksempel punkt. 2.3.

⁷ For mer om ulikhetene se punkt 2.4.

man for eksempel innvilges oppholdstillatelse på humanitært grunnlag istedenfor asyl når vilkårene for asyl er oppfylt.

At lovgiver ikke stiller seg likegyldig til hvilke grunnlag man får opphold etter understrekes også av at det er knyttet forskjellige rettsvirkninger til asylgrunnlaget og grunnlaget for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Riktig nok er hovedvirkningen for begge grunnlagene at personene får bli i Norge, jfr. § 18 for betydningen av asylstatus og § 8, 2. ledd for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Men om man oppfyller vilkårene for asyl har man normalt en *rett* til innvilgelse av asylstatus og dermed opphold, mens det ikke er et slikt rettskravselement for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, jfr. ”kan”. Dessuten gir asylstatus normalt også rett til asyl og dermed opphold til nærmeste familiemedlemmer, jfr. § 17, 3. ledd, mens ved innvilgelse av oppholdstillatelse på humanitært grunnlag stilles det som vilkår at vedkommende kan sannsynliggjøre at han kan underholde sine nærmeste familiemedlemmer om de får komme til Norge, jfr. utlendingsforskriftens § 25, 4. ledd. Også hensynet til våre internasjonale forpliktelser tilsier at personer som oppfyller vilkårene for asyl gis asyl og ikke oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Flyktningekonvensjonen av 1951 pålegger medlemsstatene riktig nok ikke å gi asyl, men pålegger dem å gi flyktningestatus til personer som oppfyller konvensjonens kriterier. I norsk rett er asylinnvilgelse den eneste måten å bli anerkjent som flyktning på. Derfor plikter Norge å gi asyl til de personer som fanges opp av flyktningekonvensjonen, og kan ikke nøye seg med å gi oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Når det da innvilges asyl til svært få asylsøkere, så forstår man den bekymring Høykommissær viste særlig i slutten av 1995.

På denne bakgrunn er det på sin plass å se nærmere på hvordan norske myndigheter trekker grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, og ikke minst hvordan myndighetenes praktisering står seg i forhold til de løsninger det samlede rettskildematerialet gir grunnlag for. Gjennom å behandle disse spørsmålene er det et

håp om at vi kanskje får noen forklaringer på hvorfor så få innvilges asyl og så mange oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.⁸

Allerede innledningsvis er det imidlertid grunn til å påpeke at forvaltningens avgjørelser, som er en ikke uvesentlig faktor i vurderingen av det samlede rettskildematerialet, ikke er offentlig tilgjengelig. Dette får helt klart konsekvenser for min behandling av oppgavens problemstillinger. Men som jeg vil komme tilbake til, foreligger det sekundærkilder så som undersøkelser av forvaltningspraksis, som vil kunne gi verdifull informasjon om forvaltningens praktisering av reglene.⁹

Forhåpentligvis vil disse sekundærkildene kunne bidra til å kompensere for manglende direkte tilgang til forvaltningens avgjørelser og dermed likevel tillate å gjennomføre en normativ vurdering av de norske myndigheters praktisering av reglene i dag.

1.2 Enkelte presiseringer

Asylinstituttet har som hovedformål å beskytte personer mot overgrep i hjemlandet. Også oppholdstillatelse på humanitært grunnlag kan sies å ha beskyttelse som et av hovedformålene. Til tross for samme hovedformål har den nærmere avveiningen av hensynene ført til at man har fått flere sett med regler. Regelsettene har i utgangspunktet klart avgrensede virkeområder. På enkelte punkter vil det imidlertid være glidende overganger mellom virkeområdene deres. I denne oppgaven skal jeg konsentrere meg om hvor enkelte av disse overgangene går. Det er dette jeg sikter til når det i oppgaven tales om grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.

Når grensen skal kartlegges vil det naturligvis oppstå skjæringspunkter mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag på flere punkter, som alle ideelt sett burde vært behandlet av meg. Av hensyn til rammene for denne avhandlingen, vil jeg

⁸ Arbeidet med avhandlingen ble påbegynt mens jeg arbeidet på prosjektet "Grensegangen mellom Asyl og Oppholdstillatelse på Humanitært Grunnlag" initiert av Kommunal- og regionaldepartementet og som ble avsluttet sommeren 2003. Foreliggende avhandling er likevel ment som et selvstendig bidrag til flyktningerettens området.

⁹ For nærmere om dette se metodekapitlet i punkt 2.5.3.3.

imidlertid måtte begrense min behandling til for det første spørsmålet om hvilke krav det stilles til overgrepens art og omfang for at disse skal oppfylle vilkårene etter grunnlagene for henholdsvis asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Videre vil jeg behandle de krav som stilles til størrelsen på faregraden (risikoen) før man anser det som sannsynliggjort at overgrep vil kunne finne sted. Tilslutt vil jeg behandle hvilke type motivasjon hos forfølgeren som anses som relevant om man skal kunne få beskyttelse etter asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Forannevnte spørsmål er alle sentrale vilkår ved vurderingen av om beskyttelse skal gis eller ikke og er derfor av særlig interesse når grensedragningen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag skal belyses. Men begrensingen til nevnte spørsmål innebærer samtidig at andre spørsmål som for eksempel hvilke beviskrav som gjelder etter de ulike instituttene, som jo også er et interessant spørsmål, av plassmessige hensyn ikke vil bli behandlet i denne fremstillingen.

Som det vil fremgå senere i oppgaven inneholder instituttet oppholdstillatelse på humanitært grunnlag flere regler som er hjemlet i ulike bestemmelser.¹⁰ Hvilken regel som kan komme inn om et tilfelle faller utenfor asyl kan således være forskjellig. Ikke så sjeldent kan forskjellige regler for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag være aktuelle. En behandling av hver regel og dets virke opp mot asylbestemmelsen ville ha blitt et omfattende arbeid og for stort for denne oppgaven. Jeg behandler derfor instituttet oppholdstillatelse på humanitært grunnlag som en helhet når grensen til asyl skal kartlegges. Som følge av dette vil vilkårene til asylbestemmelsen kunne ha grense til oppholdstillatelse på humanitært grunnlag på punkter som kan høre til forskjellige regler for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. I tilfelle hvor grensen kan tenkes å gå til flere av reglene for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag vil jeg konsentrere meg om det grunnlag for oppholdstillatelse som det er mest nærliggende å gå til når et tilfelle faller utenfor asylbestemmelsen.

Spørsmålet om hvor grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag går er, som det vil fremgå flere steder senere i oppgaven, ikke berørt direkte i

¹⁰ For mer om dette se punkt 2.2.

kildematerialet etter utlendingslovens regler om beskyttelse. Eventuelle slutninger om grensen må nødvendigvis basere seg på innholdet i asylinstituttet holdt opp mot instituttet med oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. De fremstillinger man har om disse reglene er fra en del år tid tilbake. Dessuten kommer de siste årenes sterke fokusering på asylreglene og tilhørende justeringer av praksis. Dette nødvendiggjør en standpunkttagen av hvilket innhold reglene har i dag. Som et nødvendig utgangspunkt for denne vurderingen vil en stor del av oppgaven måtte relatere seg til å fastlegge innholdet i regelsettene i den grad det lar seg gjøre, for så å trekke grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.

2 NOEN UTGANGSPUNKTER

2.1 Kort om asyl

Opprinnelig var asyl en skranke mot utlevering av politiske forbrytere for å forhindre at disse ble forfulgt for sine meninger.¹¹ Senere har asyl for det første utviklet til å bli en garanti for en utlending mot å bli tilbakesendt til en stat hvor han kan frykte forfølgelse. Undertiden omtales denne siden av asyl som non-refoulementprinsippet, som er en folkerettslig norm som også kan ha et selvstendig virkeområde uavhengig av asylinstituttet. Asylinstituttet har for det andre utviklet til å innebære en forpliktelse for staten til å sørge for et oppholdssted til vedkommende person som innvilges asyl. Asylstatus idag innebærer således en beskyttelse mot forfølgelse i hjemlandet samt en mulighet til å etablere seg på nytt og kunne leve et verdig liv i en ny stat.

I utgangspunktet har et land ansvaret for sine borgere, og en innvilgelse av opphold av en annen stat vil kunne oppfattes som en innblanding i hjemstats interne anliggender. Men det vil åpenbart kunne gjøre seg gjeldende beskyttelseshensyn i tilfeller hvor asylspørsmål reises. Den annen stat bør slippe å måtte havne i en sammvittighetskonflikt ved å måtte sende tilbake en person til et land hvor vedkommende kan risikere overgrep. Man har tatt hensyn til dette i internasjonal rett da det anerkjennes en *rett* for stater å innvilge asyl i slike tilfelle.¹² Hjemstatens interesser har således måtte vike for de humanitære hensyn som kan gjøre seg gjeldende i slike tilfelle.

¹¹ Se blant annet Goodwin-Gill 1998 s. 117, og NOU 1983: 47 Ny Fremmedlov s. 142.

¹² Se her NOU 1983: 47 Ny Fremmedlov s. 141.

I folkeretten finner man imidlertid *ingen forpliktelser* om å gi asyl.¹³ Asyl er foreløpig ikke anerkjent som en menneskerettighet og individene har ikke kunnet ha en subjektiv *rett* til asyl. Den eneste rett individet har etter folkeretten i denne sammenheng er muligheten til å *”søke”* asyl i et annet land og til å *”ta imot”* eventuell asyl mot forfølgelse, jfr. Verdenserklæringens art. 14.¹⁴ Asyl er altså først og fremst et statlig anliggende.

Etter § 17 i utlendingsloven har man i Norge gitt en flyktning i riket eller på grensen en *”rett”* til asyl, jfr. § 17, 1. ledd. Med mindre unntaksreglene kommer til anvendelse har vedkommende flyktning altså et *rettskrav* på å få asyl.

Kriteriet som ofte er avgjørende for om man vil få asyl i Norge eller ikke, er om man oppfyller kravet til å være *”flyktning”*. Etter § 16 vil man oppfylle dette kravet om man faller innenfor flyktningebegrepet i FNs flyktningekonvensjon, som definerer en flyktning på følgende måte:

”The term ”refugee” shall apply to any person (...) who owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion is outside his country of his nationality and is unable, or owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country”.

Definisjonen har etter den offisielle norske oversettelsen fått følgende ordlyd:¹⁵

”En flyktning er en person som (...) med rette frykter forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, befinner seg utenfor det land han er borger av, og er ute

¹³ Se Einarsen 2000 s. 94.

¹⁴ FNs verdenserklæring om menneskerettigheter av 1948.

¹⁵ Jfr. NOU 1983: 47 Ny Fremmedlov vedlegg 6, hvor den offisielle oversettelsen er gjengitt.

*av stand til, eller, på grunn av slik frykt, er uvillig til å påberope seg dette lands beskyttelse”.*¹⁶

En flyktning er altså i korte trekk en person som med rette frykter forfølgelse som følge av bestemte grunner som rase, religion osv., jfr. ovenfor. Denne definisjonen, som inngår som et viktig element i den norske asylregelen, vil naturligvis stå sentralt når grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag skal kartlegges i denne oppgaven. Ved flere anledninger i det følgende vil jeg måtte fastlegge det nærmere innhold i flyktingedefinisjonen. Definisjonens nærmere innhold vil således fremgå senere i oppgaven.

2.2 Kort om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag

2.2.1 Generelt om hovedkriteriet ”sterke menneskelige hensyn”

Dersom man faller utenfor asylbestemmelsen kan en asylsøker få opphold i Norge etter lovens § 8, 2. ledd. Etter denne bestemmelsen kan det gis oppholdstillatelse på humanitært grunnlag dersom det foreligger menneskelige hensyn eller om det foreligger en særlig tilknytning til landet. I og med at jeg skal konsentrere meg om situasjoner hvor beskyttelseshensyn gjør seg gjeldende vil jeg bare konsentrere meg om det første kriteriet.

§ 8, 2. ledd, sammenholdt med forskriftens regler, kan gi en viss veiledning om når kravet til ”sterke menneskelige hensyn” er å anse som oppfylt. I forskriftens § 21, 1. ledd heter det at personer som faller innenfor lovens § 15, 1. ledd skal gis oppholdstillatelse etter § 8, 2. ledd. § 15, 1. ledd etablerer i første pkt. et alminnelig utsendelsesvern, og i annet pkt. et utsendelsesvern som følge av såkalte flyktingeliknende grunner. Personer som oppfyller vilkårene etter § 15, 1. ledd har således et beskyttelsesbehov som tilfredstiller § 8, 2. ledds kriterium om ”sterke

¹⁶ At ”well-founded” er oversatt med ”med rette” er kritisert av flere for den norske oversettelsen indikerer et strengere krav til forfølgelsesfaren enn det som kan sies å følge av ordlyden i flyktingekonvensjonen. Jeg kommer tilbake til innholdet i risikokravet senere i oppgaven, jfr. kap. 5.

menneskelige hensyn”. Under bestemte forutsetninger vil også personer som ikke får sin asylsøknad avgjort av førsteinstans innen 15 måneder fra søknadstidspunktet, kunne få tillatelse etter § 8, 2. ledd, jfr. forskriftens § 21, 3. ledd. Det samme vil gjelde i tilfeller hvor ”andre sterke menneskelige hensyn” gjør seg gjeldende, jfr. forskriftens § 21, 4. ledd. Bestemmelsene i forskriftens § 21, 1. ledd og 3. ledd er med andre ord ikke uttømmende, jfr. ”for øvrig”.¹⁷ Som man ser, kan forskjellige *rettslige grunnlag* gi grunnlag for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag etter § 8, 2. ledd og ”sterke menneskelige hensyn”, selv om man tilslutt benevner grunnlaget med kategorien oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.

Av ovennevnte rettslig grunnlag i instituttet med oppholdstillatelse på humanitært grunnlag er det særlig § 15, 1. ledd, 1. og 2. pkt. som har til hovedformål å gi beskyttelse mot overgrep i hjemlandet. Forskriftens regel om å gi tillatelse som følge av det har gått 15 måneder fra søknadstidspunktet, er mer begrunnet i rene humanitære hensyn. Hva gjelder andre ”sterke menneskelige hensyn”, vil dette grunnlaget romme såvel de rene humanitære hensyn, som situasjoner hvor det gjør seg gjeldende beskyttelsehensyn, men hvor asylgrunnlaget og § 15, 1. ledd av ulike grunner ikke kommer til anvendelse.

Når jeg i det følgende skal trekke en grense mellom asylbestemmelsen og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag vil jeg først og fremst konsentrere meg om de rettslige grunnlag for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag som særlig inneholder

¹⁷ Fisknes 1994 synes å mene at daværende 21, 3. ledd som tilsvarende dagens § 21, 4. ledd, bare gjelder i de tilfeller hvor søker ikke har påbropt seg ”behov for beskyttelse”, jfr. s. 109. Hun ser ut til å mene at bestemmelsen ikke skal gis slik supplerende virkning i asylsaker. Når bestemmelsen bruker uttrykk som ”for øvrig” og ”andre sterke menneskelige hensyn” tilsier en naturlig språklig forståelse av disse at bestemmelsen er ment å skulle anvendes som supplerende. Einarsen 1997 er av samme oppfatning, jfr. hans uttalelse på s. 54 om forskriftens § 21, 3. ledd, som tilsvarende dagens § 21, 4. ledd. Stor reell forskjell kan det imidlertid ikke ha da man i asylsaker uansett vil måtte vurdere om det gjør seg gjeldende sterke menneskelige hensyn slik at tillatelse etter § 8, 2. ledd bør gis eller ikke. Dette fremgår allerede av lovens § 15, 2. ledd, jfr. forskriftens § 21, 2. ledd, når det der heter at § 8, 2. ledd skal vurderes om asylsøkeren ikke gis beskyttelse etter § 15, 1. ledd.

elementer av beskyttelseshensyn. Av de forannevnte grunnlag vil således 15 måneders regelen ikke bli berørt nevneverdig i det følgende i oppgaven. Når det gjelder § 8, 2. ledd og dets kriterium ”sterke menneskelige hensyn”, vil jeg i hovedsak fokusere på reglens beskyttelseselement.

2.2.2 Det alminnelige utsendelsesvernet; § 15, 1. ledd, 1. pkt.

Denne bestemmelsen verner en utlending mot å

”...sendes til noe område der [han] kan frykte forfølgelse som kan begrunne anerkjennelse som flyktning eller ikke vil være trygg mot å bli sendt videre til slikt område”

Personer som gis asyl vil også være vernet etter denne bestemmelsen, men bestemmelsen kan ha en selvstendig betydning ved at den i enkelte tilfelle kan kvalifisere til oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, jfr. utlendingsforskriftens § 21, 1, ledd.

Det alminnelig utsendelsesvernet er i utgangspunktet den norske gjennomføringen av *non-refoulementprinsippet* i flyktningekonvensjonens art. 33, som går ut på at:

”No Contracting State shall expel or return (”refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion”.

Ser man på art. 33s ordlyd begrenses vernet til situasjoner hvor ”life or freedom” vil bli truet. Den norske bestemmelsen verner imidlertid personer som kan risikere ”forfølgelse”. Som det allerede fremgår av ordlyden tar forfølgelsebegrepet sikte på å ramme en videre krets av personer enn art. 33s ”life or freedom”. Den norske gjennomføringen gir med andre ord et videre vern enn art. 33.

Dette gjøres også på to andre punkter. For det første kreves det nødvendigvis ikke etter § 15, 1. ledd, 1. pkt. at man faktisk er anerkjent som flyktning. Det er tilstrekkelig at vedkommende kan frykte forfølgelse som ”kan” begrunne anerkjennelse som flyktning.

Art. 33 på sin side krever at vedkommende faller inn under konvensjonens flyktningsdefinisjon i art. 1 A (2), idet den gir vern til en ”refugee”.

Videre omfatter vernet etter § 15, 1. ledd, 1. pkt. også de tilfeller hvor en person kan bli gjenstand for indirekte refoulement. Det vil si at man sender vedkommende person til et i utgangspunktet trygt tredjeland, men som deretter kan tenkes å videresende personen til hans hjemland, hvor han igjen kan risikere forfølgelse. Slik den norske regelen er utformet, har den også til hensikt å stenge muligheten for en slik omgåelse av reglene.

Art. 33 taler derimot kun om forbud om å ikke sende til land hvor en persons liv og frihet kan være truet. Den tar således ikke høyde for såkalte indirekte refoulement-situasjoner.

2.2.3 Utsendelsesvern pga. flyktningsliknende grunner; § 15, 1. ledd, 2. pkt.

Dette er det andre særlige interessante beskyttelsesgrunnlag i vår sammenheng som presiserer innholdet i § 8, 2. ledds kriterium ”sterke menneskelige hensyn”, jfr. utlendingsforskriftens § 21, 1. ledd. Vernet mot utsendelse er gitt til personer som ”...av liknende grunner som angitt i flyktningsdefinisjonen står i en nærliggende fare for å miste livet eller bli utsatt for en umenneskelig behandling”

Denne regelen anses å være en gjennomføring av vår folkerettslige forpliktelse etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) av 4. november 1950 artikkel 3, som lyder som følger:

”No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment”.

Det karakteristiske ved vernet etter § 15, 1. ledd, 2. pkt. er at denne åpner for vern som følge av *flyktningsliknende grunner*. Noe som betyr at den kan fange opp en del situasjoner som faller utenfor asylbestemmelsen. Bestemmelsen stiller imidlertid strengere krav til for det første de aktuelle overgrepene enn det flyktningsdefinisjonen gjør, jfr. henholdsvis ”fare for å miste liv eller bli utsatt for umenneskelig behandling” og ”forfølgelse”. For det andre stiller bestemmelsen strengere krav til risikoen for overgrep for den krever ”nærliggende fare”, mens § 15, 1. ledd, 1. pkt. stiller ”kan

frykte” som krav og asylbestemmelsen ”med rette frykte” som krav til risikoen. Dette grunnlaget vil bli omtalt nærmere særlig i punkt 6.3.2 i oppgaven.

2.3 Spesielt om bakgrunnen for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag

Med hensyn til bakgrunnen for opprettelsen av kategorien oppholdstillatelse på humanitært grunnlag er det naturlig å søkes veiledning i lovmotivene. Det uttales her at man opprettet en egen kategori da

*“det alltid vil være noen som faller utenfor de gjeldende ordninger, men som kan ha behov for hjelp”.*¹⁸

Man erkjente altså at asylregelen ikke ville fange opp alle de tilfeller hvor det kunne tenkes at beskyttelsesbehov ville kunne gjøre seg gjeldende. Det var altså et behov for et supplement til asylregelen.

Man kunne ha utvidet definisjonen av flyktningebegrepet og dermed anvendelsesområdet til asylbestemmelsen. Men man mente for det første at man med en utvidelse ville

*“risikerer...at myndighetene i praksis ikke vil make å trekke et meningsfylt skille mellom flyktninger og innvandrere”.*¹⁹

Det ble altså pekt på behovet for å sondre mellom flyktninger og andre innvandrere tilsa at man ikke utvidet flyktningedefinisjonen.

Videre anførte man blant annet som begrunnelse mot utvidelse at det gjorde seg:

*”gjeldende motforestillinger mot å påta seg lovbestemte forpliktelser overfor nye grupper”.*²⁰

¹⁸ Jfr. NOU 1983: 47 Ny Fremmedlov s. 161.

¹⁹ Jfr. NOU 1983: 47 Ny Fremmedlov s. 24.

Man mente med andre ord at det ville være uheldig å ta på seg nye forpliktelser utover de som allerede fulgte av internasjonale konvensjoner som flyktningekonvensjonen.

Man trakk også frem hensynet til flyktninger som argument mot utvidelse da man mente at det ville

”...være mindre heldig...ut fra hensynet til beskyttelse av flyktninger. I en slik situasjon hvor det er flere millioner flyktninger som det ikke er funnet noen varig løsning for, er det ikke uten videre gitt at det fremmer noen heldig utvikling å utvide de rettigheter som gis til flyktninger, til å omfatte også nye grupper”.

Her pekte man antageligvis på at en utvidelse ville kunne føre til ytterligere press på asylinstituttet med påfølgende forsinkelse av en løsning for de “virkelige” flyktningene.

På denne bakgrunn lot man således være å utvide flyktningsdefinisjonen for å gi beskyttelse til de trengende som falt utenfor asylbestemmelsen og man opprettet i stedet for kategorien oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.

Et alternativ til å opprette egen kategori med oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, ville ha vært å følge andre lands eksempel og operere med en såkalt B-kategori flyktning. Man mente imidlertid at

*”...det [å definere hva B-flyktning er] er ingen enkel oppgave. I og med at også B-statusreglene må få et visst forpliktende innhold, vil det være en risiko for at man ved avgrensingen av B-flyktningebegrepet, trekker snevre grenser enn ønskelig. Resultatet av dette kan bli at det oppstår behov for en C-kategori...”*²¹

Det ble altså pekt på at definere en slik B-kategori ville være praktisk vanskelig med påfølgende risiko for en for snever avgrensning av innholdet.

Videre ble det blant annet også anført som begrunnelse for å ikke ha en B-kategori at

²⁰ Jfr. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 96.

²¹ Jfr. NOU 1983: 47 Ny Fremmedlov s. 293, jfr. s. 24.

*”...bedømmelsen av flyktningestatus og retten til asyl vil bli skjerpet fordi det ville bli være mer lettvint, og kanskje mindre forpliktende, å gi søkerne B-status”.*²²

Man mente altså at en B-kategori fort kunne medføre strengere praktisering av asylbestemmelsen. Man ville derfor heller opprette en egen kategori; oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.

I dag har man således en egen kategori; oppholdstillatelse på humanitært grunnlag som har til formål

*”...å bøte på uheldige utvalg av å praktisere bestemmelsene etter deres strikte ordlyd...”*²³

Den fungerer altså som en *sikkerhetsventil*. Den

*“omfatter så vel personer som nesten oppfyller kravene til å bli definert som flyktning, som tilfeller hvor det foreligger svært blandete humanitære årsaker som ikke nødvendigvis er relatert til flyktningedefinisjonen overhodet”.*²⁴

Bestemmelsen er med andre ord utformet genrelt slik at den omfatter i prinsippet alle utlendinger så fremt det gjør seg gjeldende humanitære hensyn, men uten at flyktningeliknende hensyn fremheves spesielt. Lovgiver har ved utformingen av regelen altså sett hen til at de praktiske vanskelighetene med

”... å skille de flyktningeliknende hensyn fra de øvrige og peke ut hvilke hensyn som er mest dominerende i den enkelte sak”,

og heller gitt en regel som gir rom for å ta hensyn til en sammensatt gruppe av hensyn.²⁵ Men en slik genrelt utformet regel kunne ifølge lovgiver

²² Jfr. NOU 1983: 47 Ny Fremmedlov s. 292, jfr. også dens s. 24.

²³ Jfr. NOU 1983: 47 Ny Fremmedlov s. 321.

²⁴ Se Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 96.

²⁵ Jfr. NOU 1983: 47 Ny Fremmedlov s. 293. Se også dens s. 161.

”... ikke gjøres rettslig forpliktende. De menneskelige hensyn vil ha skiftende styrke og være vanskelige å avveie, og de må veies mot statens interesser, herunder innvandringspolitiske hensyn”.²⁶

I lovteksten kommer dette aspektet til uttrykk i uttrykket “kan”, jfr. § 8, 2. ledd.

2.4 Den rettslige betydningen av at man innvilges asyl fremfor oppholdstillatelse på humanitært grunnlag

2.4.1 Innledning

Som nevnt innledningvis er hovedvirkningene for begge grunnlagene at personen får *bli i landet* og normalt tillatelse til å ta *arbeid* her, men det gjør seg enkelte forskjeller i de rettslige virkningene etter disse grunnlagene. I det følgende skal jeg se nærmere flere av disse forskjellene.

2.4.2 Nærmere om hovedforskjellene mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag med hensyn til rettslige konsekvenser

Dersom en asylsøkers søknad vurderes etter asylbestemmelsen, vil vedkommende normalt ha krav på å få opphold etter denne bestemmelsen om han oppfyller vilkårene, jfr. ”rett til asyl”, jfr. § 17, 1. ledd. Det er altså et rettskravselement etter asylbestemmelsen. Når det gjelder oppholdstillatelse på humanitært grunnlag vil tilstedeværelsen av et slikt element være avhengig av hvilken type oppholdstillatelse på humanitært grunnlag vedkommende tilfredstiller vilkårene for. Er grunnlaget § 15, 1. ledd, jfr. § 8, 2. ledd, så vil han ha et krav på å få opphold i Norge. Men er grunnlaget § 8, 2. ledd alene, så kan myndighetene innenfor rammene av alminnelige forvaltningsrettslige regler selv avgjøre om vedkommende bør gis opphold eller ei. Hvilke rettslige grunnlag som er aktuelt å anvende i det enkelte tilfelle, kan således ha

²⁶ Jfr. NOU 1983: 47 Ny Fremmedlov s. 293.

avgjørende betydning for asylsøkers muligheter for i det hele tatt å kunne få bli her i landet.

Innvilges man asyl får man i tillegg *status som flyktning*, jfr. § 18, 1. ledd, jfr. også utlendingsforskriftens § 63, 1. ledd. De rettigheter som tilkommer flyktninger i nasjonal rett og internasjonale overenskomster Norge som er bindende for Norge, vil også tilkomme vedkommende som innvilges asyl. Enkelte av disse rettighetene vil bli behandlet nedenfor. Når det gjelder personer som innvilges oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, vil disse ikke nyte godt av rettigheter som tilkommer flyktninger, for innvilgelse av oppholdstillatelse på humanitært grunnlag innebærer *ikke* status som flyktning.

En annen hovedforskjell er at dersom man innvilges asylstatus, gir dette også grunnlag for asylstatus for ektefelle eller samboer og/eller barn. De får således innvilget *avledet asyl*, jfr. § 17, 3. ledd, jfr. forskriftens § 63, 2. ledd. Deres krav til avledet asyl skjer uavhengig av krav til underhold og bolig, noe som derimot vil være vilkår i forhold til personer som kun innvilges oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, jfr. § 9, 1. ledd og forskriftens § 22, 1. ledd og § 25, 4. ledd. Altså er adgangen til å få oppholdstillatelse for ektefelle, samboer og/eller barn vanskeligere for personer som har fått oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. På dette punktet er det med andre ord en vesentlig forskjell mellom asyl og opphold på humanitært grunnlag.

Har man fått asyl er man uten videre vernet etter § 15, 1. ledd, noe som medfører et ekstra *vern mot utvisning*, § 15, siste ledd, jfr. ”alle former for vedtak etter loven”. Har vedkommende fått oppholdstillatelse på humanitært grunnlag vil derimot utvisningsvernet være avhengig av hvilken type oppholdstillatelse på humanitært grunnlag man har fått. Har vedkommende fått innvilget oppholdstillatelse på humanitært grunnlag etter § 15, 1. ledd, jfr. § 8, 2. ledd, så vil han også ha dette utvisningsvernet. Har man imidlertid fått innvilget oppholdstillatelse på humanitært grunnlag etter § 8, 2. ledd om sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning, vil utvisningsvernet ikke gjelde.

Videre gjør det seg forskjeller gjeldende med henhold til *bosettingstillatelsesreglene*. For å kunne få en slik tillatelse er det et vilkår om at man må ha oppholdt seg i Norge sammenhengende de siste tre år, jfr. § 43 i forskriften og lovens § 12, 1. ledd.

Utgangspunktet for beregningen av tidskravet er innvilgelsestidspunktet for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, jfr. § 44, 2. ledd i forskriften. For asyl gjelder imidlertid en annen regel. Her legges faktisk søknadstidspunktet til grunn. Tar man i betraktning den lange saksbehandlingstiden for asylsaker, betyr det at en med innvilget asyl fortore kan oppnå bosettingstillatelse. For en med innvilgelse av oppholdstillatelse på humanitært grunnlag medfører kravet at det reelt sett vil ta mye lenger tid før vedkommende kan få ovennevnte tillatelse. Altså står man også her overfor en viktig forskjell mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.

Innvilges man asyl har man videre normalt krav på utstedelse av reisedokumenter for reise utenfor Norge; *reisebevis for flyktninger*, jfr. § 19, 1. ledd. Er man derimot innvilget oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, kan man riktignok i visse tilfeller få utstedt reisedokumenter av norske myndigheter; *utlendingspass*, jfr. § 19, 2. ledd, men utgangspunktet er likevel at utlendningen må ordne reisedokumenter fra sine hjemlands myndigheter. Utgangspunktet er altså motsatt for personer som får innvilget oppholdstillatelse på humanitært grunnlag i forhold til personer som får innvilget asyl. Hvorvidt man innvilges den ene tillatelsen fremfor den andre, har således betydning for muligheten til å få utstedt reisedokumenter av norske myndigheter.

Foruten ovennevnte er det forskjeller også *utenfor utlendingslovens virkeområde*. Dette gjelder for det første etter folketrygden. Her er det gjort unntak for forutgående medlemskap som kreves som hovedregel for flere ytelser. En flyktning kan ha rett til full grunnpensjon uten hensyn til reglene om trygdetid, jfr. § 3-2 siste ledd. Det ordinære er at pensjon fastsettes på grunnlag av trygdetid. Kravet er videre at man har minst tre års trygdetid. Skal man ha krav på full grunnpensjon kreves minst 40 års trygdetid. Dersom trygdetiden er kortere blir pensjonen tilsvarende lavere, jfr. § 3-2, 2. ledd.

Grunnet særreglene vil imidlertid en flyktning således kunne ha krav på full grunnpensjon uten hensyn til de alminnelige regler om trygdetid. Dvs. at kravet om minst 40 års forutgående medlemskap (trygdetid) ikke kommer til anvendelse for flyktingens vedkommende. Øvrige borgere, herunder utlendinger med oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, må derimot oppfylle kravet til minst 40 års trygdetid for å kunne få full grunnpensjon.

Det samme gjelder for andre ytelser som særtillegg i henhold til § 3-3, 1. ledd. Man har også gjort unntak for flyktninger når det gjelder alderspensjon, jfr. § 19-2, 2.ledd.

Unntak er videre gjort for trygdetid i forhold til barnepensjonsreglene, hvis formål er å gi støtte til barn som har én, evt. begge foreldre døde, jfr. § 18-1. Foruten dette er det gjort unntak for flyktninger og trygdetid for tilleggspensjons vedkommende, samt ytelser til gjenlevendes ektefelle, ytelser til enslige foreldre, uførepensjon, ytelser under yrkesrettet attføring og ytelser under medisinsk rehabilitering.

En flyktning kan videre ha krav på utdanningsstipend til videregående opplæring (såkalt flyktningestipend). En med oppholdstillatelse på humanitært grunnlag er ikke berettiget til denne ytelsen.

I tillegg til ytelser som er nevnt foran, er det også tale om enkelte ytelser på kommunalt nivå, hvor det gjøres unntak fra reglene om bosted og botid. Ta for eks. § 5 i forskrift om kommunalt tilleggspensjon, kommunalt barnetillegg og kommunalt frikort til trygdede for Oslo kommune.²⁷ For å få krav på ytelser etter forskriften setter § 5 krav om at søkeren eller ektefelle må være bosatt i Oslo og dessuten ha vært bosatt i kommunen de siste 3 årene. Dette er hovedregelen, som vil gjelde for personer som oppholder seg i landet som følge av oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, men denne regelen vil ikke gjelde for personer som har fått innvilget asyl da det er gjort unntak fra kravet om botid for disse.

Som gjennomgangen ovenfor viser er det altså en hel del forskjeller av stor betydning så vel økonomisk som av mer familiær/sosial art mellom asylgrunnlaget og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Av den grunn vil det ikke være det samme om man innvilges opphold etter etter asylbestemmelsen eller oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.

²⁷ Forskrift av 1997-12-11-1476.

2.5 Rettskilder og metode

2.5.1 Innledning

Regler om asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag er gitt i utlendingsloven med tilhørende forskrifter. Dette regelverket inneholder imidlertid naturlig nok ingen bestemmelser der det interessante i forhold til denne oppgaven, nemlig grensespørsmålet, er direkte regulert. For å kunne si noe nærmere om dette er man således nødt til først å trekke opp virkeområdet til reglene om henholdsvis asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Med utgangspunkt i dette kan man deretter vurdere hvor skjæringspunktet disse to instituttene imellom går.²⁸

Forståelsen av de omtalte bestemmelser vil naturlig nok bli forsøkt kartlagt med utgangspunkt i de rettskildefaktorer og tolkningsprinsipper som følger av alminnelig rettskildelære. Jeg vil i det følgende gi en kortfattet oversikt over hvilke rettskildefaktorer som vil være aktuelle i forhold til denne oppgaven. I forlengelse av dette vil jeg også knytte enkelte kommentarer til eventuelle fortolknings- og andre metodemessige poenger som måtte gjøre seg særskilt gjeldende i forhold til denne oppgaven.²⁹ Men siden jeg har til siktemål å se på hvordan grensen går etter rettstilstanden slik den ”er” idag, er det aller først behov for å si noen ord om begrepet ”gjeldende rett”

2.5.2 Begrepet gjeldende rett

Etter tradisjonell oppfatning er det de standpunkter Høyesterett tar til rettsspørsmål som representerer “gjeldende rett” i Norge. Det sentrale er således å forutsi hvilke resultater

²⁸ Som jeg var inne på i punkt 1.2 ovenfor, vil det av hensyn til oppgavens omfang ikke være anledning til å diskutere virkeområdet for reglene om asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag i sin fulle bredde. Dette vil heller ikke være av interesse i forhold til det som er oppgavens hovedtema, nemlig grensdragningsspørsmålet. Av denne grunn vil jeg naturlig nok konsentrere redegjørelsen for de ulike bestemmelsenes virkeområde til de sider der spørsmålet om en eventuell grensdragning vil kunne komme på spissen.

²⁹ For en fremstilling av alminnelig rettskildelære jfr. Eckhoff 2001.

Høyesterett ville ha kommet til om spørsmålet hadde vært forelagt denne. Noe som også vil være mitt utgangspunkt i min analyse i denne avhandlingen. Men som det vil fremgå senere i dette kapitlet skjer rettsanvendelsen på flyktingerettområdet primært hos forvaltningen selv. Det er relativt få saker som kommer opp for domstolene. Særlig gjelder dette Høyesterettssaker. Siden vedtagelsen av utlendingsloven har vi imidlertid bare hatt én Høyesterettsavgjørelse som omhandler spørsmålet om opphold i beskyttelsesøyemed. Jeg vil komme tilbake til denne ved flere anledninger senere i oppgaven. Når Høyesterett ikke har vært mer aktiv enn dette på flyktingerettområdet, vil det bli noe problematisk å konstatere hva som må sies å utgjøre “gjeldende rett” på det aktuelle området. Ytterligere et moment som gjør seg gjeldende på flyktingerettområdet er, som jeg også vil komme tilbake til senere i oppgaven, den nokså upresise avgrensningen av hvem som må anses å være flyktning. Dette forhold åpner for at politiske hensyn ofte kan være avgjørende når begrepets innhold skal avgrenses nærmere. Endringer i vurderingene av begrepets nærmere innhold over tid, såvel nasjonalt som internasjonalt, har gitt utslag i stadige justeringer av praktiseringen av asylreglene. En undersøkelse foretatt av Riise og Øygarden fra 1994 viser at det tidligere var en tendens i retning av å foreta innstramminger i tolkingen av flyktningebegrepet.³⁰ Fra den senere tid har vi eksempler som går i motsatt retning. I 1998 ble det for eksempel gjennom utstedelse av nye retningslinjer for asylsaker signalisert at praksis skulle åpne for flere tilfeller av asylinnvilgelser.³¹ Nylig, høsten 2002, har man også fått tilsvarende signaler i samme retning fra Utlendingsdirektoratets

³⁰Jfr. Riise og Øygarden 1994 særlig s. 81. Undersøkelsen vurderte på dette punkt bare forholdet mellom sakens utfall og menneskerettighetssituasjonen i hjemlandet på et generelt grunnlag slik at det ble sett bort i fra de individuelle forhold i saken. Den begrenset seg videre til noen utvalgte år ; 1986 og 1991. Årene var imidlertid valgt ut som representative for henholdsvis år med lave antall asylsøkere og år med høyeste antall asylsøkere i tidsperspektivet 1983-1991. Dessuten dreide undersøkelsen seg om et omfattende antall saker; henholdsvis 585 og 2908. Etter min mening hadde forfatterne et tilstrekkelig godt grunnlag for å kunne trekke en rekke slutninger om asylreglenes praktisering.

³¹ Retningslinjer for nye asylkriterier 1998.

direktør om økt bruk av asylinstituttet.³² Også departementet forbereder enkelte endringer i dagens asylpraktiseringen gjennom et endringsforslag til utlendingsforskriften. Jeg kommer tilbake til enkelte av forslagene senere i oppgaven. Departementet har videre nedsatt et lovutvalg til å vurdere eventuelle behov for endringer av utlendingsloven av 1988, som i lovssammenheng må anses å være relativt ung. Som man ser har norsk flyktingerett vært preget av stadig utvikling. Denne dynamikken gjør det også vanskelig å vurdere hvilken rett som til enhver tid “gjelder” på dette området.

På grunn av ovennevnte forhold vil kartlegging av gjeldende rett på flyktingerettområdet kunne innebære en viss usikkerhet. Eventuelle slutninger om gjeldende rett vil lett kunne bli farvet av egne anbefalinger om hvordan gjeldende lovverk bør forstås og dermed heller fortjene omtalen “anbefalt rett”.³³ I en normativ fremstilling som denne, vil imidlertid utgangspunktet ved slutninger om gjeldende rett ikke være egne vurderinger, men de normer som gjelder for løsning av rettsspørsmål etter den juridiske rettskildelæren. I et slikt perspektiv vil gjeldende rett være å forstå som den løsning som har de beste grunner for seg utfra rettskildelærens normer. Når vi ikke har noen særlige holdepunkter fra Høyesterett, er det i denne forstand begrepet vil bli benyttet i denne avhandlingen.

³² jfr. kronikk i Aftenposten fra november 2002; Tilliten til asylpolitikk kan gjenreises. Kronikken er tilgjengelig på følgende internettsadresse;

<http://www.aftenposten.no/mening/kronikker/article.jhtml?articleID=431390>

³³ Jfr. Eskeland 1989 s. 107 flg.

2.5.3 Nasjonale kilder og metode

2.5.3.1 Lov, forskrift og forarbeider

Lovgiver har regulert flyktningenes rettstilling gjennom Utlendingsloven av 24. juni 1988 (nr. 64) med tilhørende forskrifter. Den av forskriftene som blir benyttet i denne oppgaven er Utlendingsforskriften.³⁴

Hva lovgiver kan ha ment med sine uttalelser i disse kildene kan, foruten gjennom ordlyden selv, være forklart gjennom lovens forarbeider. For hovedlovens vedkommende vil følgende forarbeider være av interesse: NOU 1983: 47 Ny Fremmedlov, Ot. prp. nr. 46 (1986 - 87) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven), Innst. O. nr. 92 (1987 - 88), Forhandlinger i Odelstinget (1987 - 88) s. 805 - 859 og Forhandlinger i Lagtinget (1987 - 88) s. 108 - 111). Arbeidet mitt vil i det følgende ta utgangspunkt i disse kildene. Enkelte holdepunkter vil selvfølgelig kunne bli utledet av disse, men som oppgaven min vil vise gir loven og forarbeidene ganske få holdepunkter når innholdet i beskyttelsesreglene skal konkretiseres. Man er derfor henvist til andre rettskildefaktorer.

2.5.3.2 Stortingsmeldinger

Etter utl. § 5 første ledd skal hovedprinsippene for regulering av innvandringen legges frem for lovgiver til godkjenning. Dette gjøres normalt gjennom Stortingsmeldinger. Uttalelser i slike meldinger kan undertiden gi enkelte holdepunkter for lovgivers forståelse. Disse vil derfor bli trukket inn i arbeidet mitt. De aktuelle meldingene er St. meld. nr. 39 (1987 - 88) Om Innvandringspolitikken, St. meld. nr. 17 (1994-95) Om flyktningpolitikken, St. meld. nr. 17 (1996 - 97) Om innvandring og det flerkulturelle Norge og St. meld. nr. 17 (2001 - 2002) Asyl- og flyktningpolitikken i Norge.

³⁴ Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) av 1990. Sist endret juli 2003.

2.5.3.3 Forvaltningspraksis

Forvaltningens rettsoppfatning kan også bidra til forståelsen av det nærmere innhold av loven. Hvilken rolle slike oppfatninger skal spille i vurderingen av gjeldende rett på flyktingerettens område har lovgiver gitt enkelte retningslinjer om. I NOU 1983:47 Ny Fremmedlov, s. 356 heter det i relasjon til tolkingen av flyktningebegrepet at dette

”skal anvendes av de norske myndigheter som gis kompetanse til det og på grunnlag av den tolking og den praksis de finner riktig, selv om UNHCR’s syn og den praksis som følges i andre land selvsagt bør veie tungt”.

Uttalelsen om at de norske myndigheter skal anvende flyktningebegrepet etter den ”tolking og den praksis de finner riktig”, bærer et klart preg av at myndighetenes rettsoppfatning skal stå sentralt i vurderingen av gjeldende rett. Slik er uttalelsen også forstått av Høyesterett. I Rt 1991 s. 586 ble det i tilknytning til lovgivers uttalelse nevnt at

”forvaltningens rettsoppfatning og praksis i sin alminnelighet må tillegges vesentlig vekt når domstolene i konkrete saker skal ta stilling til innholdet i lovens flyktningebegrep” (min understrekning).

Når så vel Høyesterett som lovgiver mener at forvaltningens rettsoppfatning bør tillegges stor vekt i rettsanvendelsen, bør man måtte ta hensyn til dette ved løsning av rettspørsmål på flyktingerettens område.

I relasjon til utvisning av utlendinger og spørsmålet om utvisningstiltaket er å anse som ”uforholdsmessig” eller ikke, jfr. § 30, 3. ledd, kan man se en endring i domstolenes syn på forvaltningens standpunkter. Man mente tidligere at uforholdsmessighetsvurderingen inneholdt elementer som innebar at domstolene ikke kunne prøve alle sider ved forvaltningens vurderinger, jfr. Rt. 1995 s. 72. Noe som hadde den konsekvens at forvaltningens syn ble ansett å være avgjørende i denne sammenheng. Senere har imidlertid Høyesterett kommet til en annen konklusjon. I Rt. 1998 s. 1795 gis det uttrykk for at uforholdsmessighetsvurderingen bør anses å være av ”typisk rettslig karakter”, slik at domstolene kan prøve alle sider av denne vurderingen og ikke bare foreta en begrenset kontroll som før. Domstolene kan etter denne oppfatningen legge

sine vurderinger til grunn i større utstrekning enn tidligere til fortrenghet for forvaltningens standpunkter. Oppfatningen fra sistnevnte dom er fulgt opp i senere rettsavgjørelser av Høyesterett selv.³⁵ Endringen fra å legge til grunn forvaltningens vurderinger uten særlig kontroll til å foreta mer aktiv prøvelse tyder på at domstolene ikke lenger anser forvaltningens standpunkter generelt sett å stå like sterkt som tidligere. Abdi-saken er fra før denne rettsutviklingen og det kan hevdes at den rollen forvaltningens standpunkter gis i Abdisaken, ikke gjelder på samme måte i dag. På den annen side gjaldt sakene nevnt foran spørsmålet om utvisning av utlendinger og ikke flyktingerrettslige spørsmål. I og med at det er tale om to ulike spørsmål er det ikke sikkert at domstolene vil legge til grunn samme oppfatning i relasjon til flyktingespørsmål som i forhold til spørsmålet om utvisning av utlendinger. Foreløpig har man ikke avgjørelser på flyktingerettområdet som endrer Abdisaken uttalelser om at forvaltningens rettsoppfatninger må tillegges ”vesentlig vekt”. I det følgende vil jeg derfor legge til grunn de implikasjoner som følger av denne saken på dette punkt.

Uansett så gjelder omtalen i Abdisaken om forvaltningens vekt i sin ”alminnelighet”, noe som ikke innebærer at deres standpunkter alltid skal legges til grunn. Den nærmere vekt av forvaltningens oppfatninger i det konkrete tilfellet vil nødvendigvis måtte bero på det øvrige tilgjengelige rettskildematerialet og dets anvisninger på hvordan det aktuelle spørsmål bør løses.

Forvaltningens rettsoppfatninger kommer som kjent først og fremst til uttrykk i deres egne konkrete avgjørelser. Den aktuelle praksis i vårt tilfelle vil være avgjørelser avsagt av Utlendingsdirektoratet (UDI), som er første instans i ordinære asylsaker, samt av Utlendingsnemnda (UNE), som er klageinstans i disse sakene, jfr. henholdsvis § 21, 1. ledd og § 38 a, jfr. § 38, 3. ledd. UNEs database på <http://www.une.no> inneholder riktignok enkelte av deres avgjørelser, men disse er kun tilgjengelig i sammendragsform og er bare ”en praksisbase og ikke noe presedensregister” som det heter på deres hjemmeside. Utover denne basen er, som nevnt i innledningen til oppgaven, forvaltningens avgjørelser ikke tilgjengelig for allmennheten. Når jeg skal ta stilling til

³⁵ Se eksempelvis Rt. 2000 s. 591.

forvaltningens rettsoppfatning angående problemstillinger i denne oppgaven, er jeg således primært henvist til andre som har gjennomgått forvaltningspraksis. I denne sammenheng kan særlig nevnes undersøkelsen til Oftestad av 1999, jfr. ”Asylsøkeres rettssikkerhet – søknader om asyl i Norge”. Hans analyse baserer seg på UDIs avgjørelser i tilsammen 100 asylsaker fra tyrkiske asylsøkere fra årene 1986, 1988, 1992 og 1994 med respektive 12, 38, 28 og 22 saker. Fra den nyere tid kan nevnes undersøkelsene til Holth og Bailliet av 2003, jfr. henholdsvis “Implementering av et kjønnsperspektiv i Norsk Flyktningrett” og “Study of the Grey Zone between Asylum and Humanitarian Protection in Norwegian Law & Practice”. Disse undersøkelsene er resultat av prosjektet “Grensegangen mellom Asyl og Oppholdstillatelse på Humanitært Grunnlag”, som var initiert av Kommunal- og regionaldepartementet, og innebar en gjennomgang av 300 saker hvorav ca. 250 fra UDI og 50 fra UNE fra årene 1998-2003.

Foruten disse undersøkelsene av praksis vil forvaltningens standpunkter også kunne være gjort tilgjengelig gjennom generelle dokumenter fra forvaltningen selv. I denne forbindelse står Justisdepartementets (JD) retningslinjer av 1998, ”Retningslinjer for nye asylkriterier” sentralt og Retningslinjenes forarbeidsnotat, ”Flyktningekonvensjonens definisjon av en flyktning – vurdering av norsk praksis i relasjon til denne – forslag til endringer”. Et annet internt notat som også vil bli brukt aktivt på enkelte punkter i oppgaven er UNEs fagnotat av 01.03.02 om ”Utlendingsloven § 15 første ledd”.

Skulle jeg til tross for informasjonskildene nevnt ovenfor mangle holdepunkter for å si noe om hvilken oppfatning forvaltningen har til et retts spørsmål, vil jeg falle tilbake på egne undersøkelser i UNEs database i den utstrekning det kan la seg gjøre å utlede noe sikkert fra den korte omtalen noen utvalgte saker er gitt der.

2.5.3.4 Rettspraksis

Selv om forvaltningens rettsoppfatninger skal tillegges betydelig vekt i vurderingen av gjeldende rett på flyktingerettens område, er det imidlertid fortsatt slik at det er domstolene, og da særlig Høyesterett, som har det avgjørende ord i hva som er å anse som gjeldende rett i Norge, jfr. Grl. § 88. Men av Høyesterettsavgjørelser finnes det som sagt tidligere, ikke så mange på flyktningeområdet. Stort sett dreier foreliggende rettspraksis seg om avgjørelser som blir avsagt av underrettene. Slike saker har normalt

liten vekt ved løsningen av rettsspørsmål, men så lenge Høyesterett ikke er mer aktivt inne på flyktingerettområdet, vil det være underrettene som i praksis overprøver forvaltningens vurderinger i siste instans og således har det primære ansvaret for utviklingen av rettstilstanden på dette området.³⁶ Det blir derfor av stor betydning å se på hvordan disse instansene løser flyktingerettslige spørsmål. Med dette i tankene har jeg samlet inn 68 saker fra underrettene.³⁷ Hvorav 46 fra Lagmannsrettene og 22 fra Oslo tingrett/Oslo byrett.

Et utvalg av saker fra domstolene er imidlertid bare et utsnitt av hva domstolene syn på flyktingerelaterte spørsmål er. Naturlig nok kan det således ikke trekkes 100% sikre slutninger om domstolenes syn ut fra ovennevnte utvalg. Til gjengjeld er sakene innhentet på ulike måter. Dette for å forsøke bedre å i vareta hensynet til representativitet. Det dreier dessuten om et relativt stort antall saker, som i stor grad er konsentrert om avgjørelser avsagt de siste årene. Etter min mening gir disse sakene således et tilstrekkelig grunnlag for å på generelt grunnlag kunne si noe om domstolenes syn på flyktingerelaterte spørsmål. Sakene vil derfor bli brukt aktivt i oppgaven i det følgende. Hvilke saker som er relevante for de enkelte problemstillingene i oppgaven vil bli omtalt fortløpende. For en oversikt over sakene og innblikk i dem, se vedlegg 1 og 2.³⁸

2.5.3.5 Særlig om utvelgelse av saker

Enkelte avgjørelser som er å anse for å være av generell interesse blir gjerne publisert i Norsk Retstidende (Rt) og Rettens Gang (RG). Disse finnes også i Lovdatas database. Gjennom denne databasen er det mulig å søke på avgjørelser lenger tilbake i tid på en lettvinnt måte. I tillegg til de publiserte avgjørelser har man gjennom Lovdata også

³⁶ En annen sak er at domstolene er tilbakeholdne med å overprøve forvaltningens standpunkter på flyktingerettens området.

³⁷ Såvel dommer som kjennelser.

³⁸ Relevante saker fra Høyesterett og Kjæremålsutvalget er også tatt inn i oversikten i vedlegg 1 og 2.

tilgang til enkelte upubliserte avgjørelser, som vurderes å være av betydning for ulike rettsanvendere. Jeg har søkt i denne basen etter avgjørelser som inneholder bestemmelsene § 8, 2. ledd, § 15, § 16 og § 17 i utlendingsloven.³⁹ Disse bestemmelsene regulerer til sammen en asylsøkers muligheter til å kunne få beskyttelse i Norge. Søket ga en rekke treff, som omfattet saker av så vel nyere som eldre dato.

Hva angår underrettsavgjørelser, beror det imidlertid på den enkelte domstol hvilken saker som blir publisert og ikke minst sendt inn til Lovdata. Man kan således ikke være sikker på om Lovdata eller redaksjonen i Rettens Gang får tilsendt alle prinsipielle avgjørelser fra underrettene. For å være på den sikre siden har jeg derfor fått innhentet ytterligere avgjørelser fra statens prosessfullmektig i flyktningsakene som kommer opp for domstolene (Regjeringsadvokaten).⁴⁰ Det antas at man her har god oversikt over de relevante sakene på området.

I tillegg til å fremskaffe de prinsipielle sakene på området, ville jeg også ha et innblikk i saker som vanligvis kommer opp for domstolene, de såkalte ”mainstream-sakene”, i den grad det kan sies at noen saker er vanlige. I de aller fleste tilfeller er det asylsøkeren som bringer inn saken for domstolene. Siden Staten har Oslo tingrett som verneeting går så å si alle saker for denne domstolen. Jeg tok derfor kontakt med Oslo tingrett og fikk tilgang til deres saker. For å begrense omfanget av saker hentet jeg kun inn avsatte avgjørelser fra 2002, til og med mars 2003.

Etter innhentelse av saker fra Lovdata, Regjeringsadvokaten og Oslo tingrett, satt jeg igjen med en betydelig mengde saker. Enkelte av disse var imidlertid ikke endelig avgjort av domstolene. Det var altså her en mulighet for at domstolene i neste instans kunne endre sitt standpunkt. Jeg har derfor valgt å se bort fra saker som ennå ikke var rettskraftige. Videre var det enkelte saker i anledning § 8, 2. ledd som ikke inneholdt elementer av beskyttelsesbehov. Det gjaldt for eksempel utlendinger som søkte

³⁹ Siste søk ble foretatt 09.05.2003. Saksmaterialet som ligger til grunn for denne oppgaven er således oppdatert til og med denne datoen.

⁴⁰ Jeg var ikke selv direkte i kontakt med Regjeringsadvokaten angående sakene, men fikk de oversendt fra Utlendingslovutvalget.

oppholdstillatelse i studieøyemed, noe som ikke har noe element av en flyktningsituasjon i seg. Også disse sakene ble tatt ut av saksmaterialet.

Søket etter lovbestemmelser på Lovdata ga også treff på enkelte tilfeller hvor det riktignok var vist til de aktuelle bestemmelsene jeg søkte på i avgjørelsene, men som gjaldt saker som ikke omhandlet opphold eller ikke i Norge. Dette var derimot saker som gjaldt spørsmål på andre rettsområder, men som likevel involverte personer som på et tidligere tidspunkt hadde fått beskyttelse i Norge. Disse sakene ble også tatt ut av saksmaterialet.

2.5.3.6 Juridisk teori

På en rekke rettsområder er gjerne juridisk teori aktivt inne og kartlegger og vurderer rettstilstanden. Det finnes imidlertid bare en generell fremstilling på norsk flyktningerettområdet skrevet av Einarsen og som er ment som bare en innføringsbok. Et av hans andre arbeider, ”Retten til vern som Flyktning”, kan også nevnes i denne sammenheng. Men da denne fremstillingen først og fremst omhandler internasjonal flyktningerett i likhet med de øvrige fremstillinger av flyktningeretten,⁴¹ gir denne grunnlag for begrenset informasjon om den norske rettstilstanden. Utover disse har man en lovkommentar fra Fisknes som er fra så langt tilbake som 1994. Dessuten finnes det enkelte avhandlinger, primært skrevet av studenter, som tar opp særlige problemstillinger. Alt i alt er det imidlertid produsert relativt lite av juridisk litteratur på norsk flyktningerettområdet.

2.5.4 Internasjonale kilder og metode

En annen faktor som er sentral på flyktningerettens område er de internasjonale regler som omhandler flyktningenes rettstilling. Etter § 4 skal utlendingsloven anvendes i ”samsvar” med slike regler dersom disse gir anvisning på løsninger som er til beste for utlendingen, herunder flyktninger. Her gjøres altså internasjonal regler på et generelt grunnlag til en del av norsk flyktningerett.

⁴¹ Jfr. blant annet Goodwin-Gill 1998 og Vevstad 1998.

De aktuelle konvensjonene som kan inneholde regler om flyktingenes rettstilling internasjonalt er FNs flyktningekonvensjon av 28. juli 1951 med tilhørende protokoll av

1967, og særlig menneskerettighetskonvensjonene SP,⁴² ØSK,⁴³ CERD,⁴⁴ EMK⁴⁵ og Torturkonvensjonen.⁴⁶ Det nærmere innholdet i de ulike konvensjonene må fastlegges på bakgrunn av deres respektive kilder og i lys av de slutningsnormer som er anerkjent i internasjonal rett, jfr. Wienkonvensjonen om traktater av 1969 og statuttene til Den internasjonale domstolen art. 38.⁴⁷ Stort sett er innholdet i slutningsnormene det samme som følger norske rettkildeprinsipper. For det nærmere innhold i de folkerettslige slutningsnormer henvises det til folkerettslig litteratur.⁴⁸

Av de ovennevnte konvensjoner er det Flyktningekonvensjonen som primært har til formål å regulere flyktingenes rettstilling i internasjonal rett. Den står derfor mer sentralt på flyktningerettens område enn de andre konvensjonene, selv om også de øvrige konvensjoner innehar viktige regler til beskyttelse av flyktinger.

FNs Høykommisær for flyktinger har utarbeidet en håndbok inneholdende retningslinjer om forståelsen av konvensjonens bestemmelser.⁴⁹ Strengt tatt er Håndboken ikke bindende for medlemsstatene, men hans forståelse vil likevel kunne ha

⁴² FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 1966.

⁴³ FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 1966.

⁴⁴ FNs konvensjon om bekjempelse av rasediskriminering av 1965.

⁴⁵ Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 1950.

⁴⁶ FNs torturkonvensjon av 1984.

⁴⁷ Det er alminnelig antatt at disse gir uttrykk for hvilke kilder som anses osm relevante i folkeretten og prinsipper for tolkingen av dem, jfr. Ruud og Ulfstein 2002 s. 49flg og 69flg.

⁴⁸ Ruud og Ulfstein 2002.

⁴⁹ Håndboken av 1992, jfr. ” Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees”. Første gang publisert i 1979.

betydelig vekt ved tolkingen av konvensjonen da han innehar tilsynsansvaret på flyktningekonvensjonens område, jfr. art. 35.

2.6 Flyktningekonvensjonens flyktningebegreps stilling i norsk flyktningerett

2.6.1 Innledning

For å få asyl må man som nevnt tidligere oppfylle blant annet grunnkravet om å være ”flyktning”, jfr. § 17, 1. ledd. Skal vernet etter § 15, 1. ledd, 1. pkt. aktualiseres må det være tale om forfølgelse som kan begrunne anerkjennelse som ”flyktning”.

Flyktningebegrepet kommer altså også inn her. Det samme gjelder i relasjon til vernet etter § 15, 1. ledd, 2. pkt. hvor kravene til relevante forfølgelsesgrunner er angitt ut i fra innholdet i flyktningebegrepet, jfr. ”liknende grunner som angitt i flyktningedefinisjonen”. Tilsvarende kan sies for § 8, 2. ledds vedkommende også da bestemmelsens virkeområde forutsetter at asylsøkeren faller utenfor vernet etter § 15, 1. ledd, 2. pkt. og dessuten utenfor flyktningebegrepet. Man ser altså at flyktningebegrepet står sentralt i utformingen av lovens katalog av beskyttelsesregler. Det nærmere innhold i flyktningebegrepet blir således av avgjørende betydning når grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag skal kartlegges.

Flyktningekonvensjonen inneholder en definisjon av hvem som bør anerkjennes som flyktning. Denne definisjonen vil naturligvis være relevant å ta i betraktning når flyktningebegrepet i de norske beskyttelsesreglene skal fastlegges. Det kan undertiden bli spørsmål om man plikter å legge direkte til grunn de løsninger som følger av flyktningekonvensjonens flyktningebegrep eller om man kan operere med et eget norsk flyktningebegrep. Løsningen på spørsmålet vil bero på den stilling flyktningekonvensjonens flyktningebegrep er gitt i norsk flyktningerett. Hvilken stilling den har på dette området vil bli behandlet i det følgende.

2.6.2 Nærmere om flyktningekonvensjonens flyktningebegreps stilling i norsk rett

Utgangspunktet i norsk rett er at det norske og det folkerettslige systemet er to adskilte rettssystemer slik at man kan ha andre regler nasjonalt enn de som følger av folkeretten, jfr. prinsippet om dualisme.⁵⁰ Forannevnte moderes riktignok av at norsk rett skal formodes å være i samsvar med folkeretten ved at man forsøker å unngå tolkingsresultater som medfører motstrid med folkerettslige regler, jfr. det såkalte presumsjonsprinsippet.⁵¹ Men norsk rett gir altså i utgangspunktet adgang til å opereres med et norsk flyktningebegrep som ikke trenger å være i samsvar med det som følger av det internasjonale flyktningebegrepet.

På flyktningerettområdet har imidlertid lovgiver gitt retningslinjer for hvordan de internasjonale regler skal håndteres, jfr. lovens § 4. Her heter det at loven ”*skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke utlendingens stilling.*” Man har her på et generelt grunnlag gjort unntak fra prinsippet om dualisme og gjort de internasjonale regler, herunder flyktningekonvensjonens flyktningebegrep, til en del av norsk rett, forutsatt at disse går i utlendingens favør, jfr. ”*formål å styrke utlendingens stilling*”. For de tilfelle hvor internasjonale regler går i flyktingens disfavør, gjelder prinsippet om dualisme. I den grad flyktningekonvensjonens flyktningebegrep er til gunst for asylsøkeren skal således denne anses inkorporert i norsk rett etter § 4. Selv om ordlyden ikke tar direkte stilling til motstridstilfellene, gir den anvisning på at bestemmelsene i utlendingsloven ved en eventuell motstrid med de internasjonale regler, som er til fordel for utlendingen, skal de nasjonale reglene vike, jfr. ”*anvendes i samsvar*”. Dette betyr således at det internasjonale flyktningebegrepet skal gis forrang.⁵²

⁵⁰ Se mer om dette prinsippet i Ruud og Ulfstein 2002 s. 27 flg.

⁵¹ Jfr. Ruud og Ulfstein 2002 s. 42 flg. om dette prinsippet.

⁵² Forarbeidene gir full støtte til denne forståelse av ordlyden. Det nøyes her med å vise til uttalelse på s. 173 i NOU1983: 47 Ny Fremmedlov og som Departementet gav sin tilslutning til, jfr. blant annet Ot. prp. nr. 46 (1986-87) s. 46 2. spalte. Her heter det at man søkte å de internasjonale reglers stilling slik at de ville ”*bli umiddelbart anvendelige i første rekke ... til erstatning for, eller med gjennomslagskraft overfor*

Lovgiver har imidlertid tatt stilling til forholdet mellom det norske og det internasjonale flyktningebegrepet gjennom en egen bestemmelse, jfr. § 16, som jeg kommer tilbake til straks nedenfor. Dersom denne bestemmelsen angir andre løsninger enn § 4, skulle prinsippet om *lex specialis* tilsi at § 16 gis forrang fremfor § 4. Jeg trenger derfor ikke å ta nærmere stilling til innholdet i § 4 og behandler forholdet til flyktningekonvensjonens flyktningebegrep etter § 16 i det følgende.

§ 16 sier at en flyktning er en ”*utlending som går inn under flyktningekonvensjonen 28. juli 1951 art. 1 A, jfr. protokoll 31. januar 1967.*” Ordlyden er helt klar på at flyktningebegrepet i flyktningekonvensjonen skal legges til grunn i norsk rett. Det skal således ikke være rom for å operere med et eget norsk flyktningebegrep. Løsningen samsvarer for øvrig med § 4, jfr. ovenfor.

Lovgivers uttalelser i forarbeidene kan gi nærmere holdepunkter for om intensjonen virkelig har vært å legge til grunn flyktningekonvensjonens flyktningedefinisjon som norsk rett. I Ot. prp. nr. 46 (1986-87) s. 203, fremgår det at ”*[i] og med dette [inkorporasjonen] understrekes at det universelle flyktningebegrep som er grunnlag for hvem som nyter godt av de norske bestemmelsene*” (min understrekning). Uttalelsen kan se ut til å styrke oppfatningen om at det internasjonale flyktningebegrep skal legges til grunn i norsk rett.

Det uttales imidlertid et annet sted i forarbeidene at:

*”[p]aragrafen [nåværende § 16] innebærer at flyktningekonvensjonens flyktningebegrep inkorporeres i norsk rett. Anvendt innen norsk lovgivning blir det dermed et norsk begrep. Det skal anvendes av de norske myndigheter som gis kompetanse til det og på grunnlag av den tolking og den praksis de finner det riktig, selv om UNHCR’s syn og den praksis som følges i andre land selvsagt bør veie tungt.”*⁵³

bestemmelser i motsatt retning”. Som man ser er det på det rene at lovgiver mente at de internasjonale regler herunder flyktningekonvensjonens regler skulle gis forrang ved en eventuell motstrid.

⁵³ S. 356 i NOU 1983: 47 Ny Fremmedlov.

Den siste delen av uttalelsen om hvilken vekt UNHCR`s syn og andre lands praksis bør tillegges, viser til rettkildefaktorer som bør tas i betraktning ved tolking av flyktningekonvensjonen. Det kan derfor se ut som at denne uttalelsen støtter synet om at flyktningekonvensjonen skal legges til grunn i norsk rett.

På den annen side sies også at flyktningebegrepet skal anvendes i samsvar med den ”*tolking og den praksis de [norske myndigheter] finner det riktig*”. Man mener altså at norsk tolking og norsk praksis skal tillegges stor betydning. I følge Wienkonvensjonen om tolking av traktater kan riktignok statspraksis være en relevant faktor, men det er en faktor av liten rettskildemessig vekt, tradisjonelt sett. En grunnforutsetning etter konvensjonen er i så fall at praksisen i det minste er lagt til grunn i de aller fleste land som har undertegnet konvensjonen, dersom den i det hele tatt skal ha noen særlig vekt. Det er ikke gitt at norsk tolking og norsk praksis nødvendigvis *er* det. Å gi norsk praksis en så stor betydning som forarbeidene legger opp til, stemmer således ikke overens med Wienkonvensjonens intensjoner. Dette taler dermed for at man ikke har ment å legge til grunn den internasjonale flyktningekonvensjonens flyktningebegrep, i alle fall ikke i alle relasjoner. Forarbeidene kan således se ut til å åpne opp for å operere med et norsk flyktningebegrep, i strid med det som følger av ordlyden.

En uttalelse i noenlunde samme retning fremgår på s. 289 i NOU 1983: 47 Ny Fremmedlov:

”Denne lovteknikk (<<inkorporasjon>> av en folkerettslig bestemmelse) vil, uansett hvordan det synes, ikke i praksis endre definisjonens karakter av å være et n o r s k flyktningebegrep. Begrepet vil ha sin anvendelse innenfor det norske rettssystem og etter bedømmelse av norske myndigheter. Dets status blir for så vidt tilsvarende den som den gjeldende definisjon har. Anvendelsen må fortsatt skje på grunnlag av norsk praksis og norsk fortolkning, så lenge muligheten for bindende internasjonale avgjørelser må regnes som teoretisk.”

Uttalelsene ser ut til å helle i retning av at man kan operere med et norsk flyktningebegrep som ikke nødvendigvis trenger å være helt i samsvar med det internasjonale flyktningebegrep. Men i og med vi har uttalelser også i motsatt retning, må det antas at løsningen på hvordan en eventuell motstrid skal løses ikke fremgår helt klar av forarbeidene.

Spørsmålet om betydningen av det internasjonale flyktningebegrep er imidlertid også vurdert av Høyesterett i Rt. 1991 s. 586 (Abdisaken). I denne uttales det følgende av interesse her:

”Jeg legger til grunn at flyktningebegrepet etter fremmedloven og flyktningekonvensjonen har et kjerneområde hvis omfang ikke er fastlagt en gang for alle, men påvirkes av landenes praksis i tilknytning til nasjonale regler, flyktningekonvensjonens bestemmelser og Høykommissærens syn på disse bestemmelsene. Flyktninger som omfattes av kjerneområdet, må etter fremmedloven innvilges politisk asyl i Norge. Utenfor kjerneområdet vil det derimot være opp til norske myndigheter å gjøre opp en samvittighetsfull oppfatning av hvorledes flyktningebegrepet bør praktiseres og legge dette til grunn i sin praksis.”

Man kan se at Høyesterett skiller flyktningebegrepets innhold i to; et kjerneområde og en randsoner. For kjerneområdet vedkommende legger Høyesterett opp til at flyktningekonvensjonens flyktningebegrep skal legges til grunn som norsk rett. Hva angår randsonen kan det se ut som at Høyesterett mener at flyktningebegrepet skal praktiseres etter det syn de norske myndighetene har på spørsmålet. På dette området kan det således oppstå et norsk flyktningebegrep. Når man er i flyktningebegrepets randsoner, vil imidlertid flere alternative løsninger være like godt begrunnet ut fra rettskildene. Det vil derfor ikke være mulig å oppstille en folkerettslig regel som norske myndigheter kan sies å gå imot. Det kan således ikke sies at uttalelsen harmonerer dårlig med at flyktningekonvensjonens flyktningebegrep skal legges til grunn som norsk rett.

Det heter imidlertid videre at:

”den nærmere avgrensning av kjerneområdet må i første omgang tilligge forvaltningsmyndighetene, og domstolene bør vise tilbakeholdenhet med å overprøve de standpunkter som inntas.”

Høyesterett gir her forvaltningen stor kompetanse til å trekke grensen mellom kjerneområdet og randsonen. Denne kompetansen trenger ikke nødvendigvis bli brukt til å håndheve flyktningebegrepet i samsvar med den løsning som følger av

konvensjonen og dens kilder. Dermed åpner Høyesterett her for at det *på visse områder* kan bli operert med et norsk flyktningebegrep som ikke stemmer overens med konvensjonens flyktningebegrep.

Uttalelsen omhandler imidlertid flyktningebegrepet etter fremmedloven (forløperen til utlendingsloven), men Høyesterett trakk frem forarbeidene til utlendingsloven i sine vurderinger og uttalte i relasjon til disse:

”Det som her sies [NOU 1983:47 Ny Fremmedlov s. 289 og s. 356, jfr. ovenfor], må også oppfattes som et uttrykk for at forvaltningens rettsoppfatning og praksis i sin alminnelighet må tillegges vesentlig vekt når domstolene i konkrete saker skal ta stilling til innholdet i loven[s] flyktningebegrep. Slik må etter min oppfatning også den tilsvarende bestemmelse i §2 annet ledd av 1956 [fremmedloven] forstås. Dette har sammenheng med at konvensjonens flyktningebegrep ikke har noen presis avgrensning. Om flyktningebegrepet eksisterer det en rikholdig teori og praksis fra forskjellige land, som viser at i hvert fall utenfor det som kan sies å være begrepets kjerneområde, er oppfatningene langt fra entydige.”

Man ser at Høyesteretts tolking av flyktningebegrepet etter fremmedloven bygde først og fremst på en tolking av flyktningebegrepet etter utlendingsloven. Dermed kan man legge til grunn ovennevnte sitat også i forhold til nåværende lovs flyktningebegrep.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden går imidlertid imot den løsning Høyesterett skisserer. Også hensynet til de folkerettslige forpliktelser tilsier at den norske stat ikke skal kunne omdefinere de påhvilende forpliktelser slik Høyesterett åpner muligheten for. På den annen side er det ikke til å se bort i fra at vi har med en høyesterettsavgjørelse å gjøre som normalt bør tillegges betydelig vekt. For vårt tilfelle kommer også det forhold inn at den løsning som skisseres av Høyesterett har en viss støtte i forarbeidene. Dessuten er avgjørelsen blitt lagt til grunn i senere underrettsavgjørelser.⁵⁴ Det nevnte kildematerialet peker helt klart i retning av at flyktningebegrepet i flyktningekonvensjonen skal gjelde som norsk rett. Men det åpnes samtidig opp for at det kan opereres med andre løsninger som følger av flyktningekonvensjonens flyktningebegrep.

⁵⁴Jfr. som eksempel RG. 1995 s. 745.

2.6.3 Betydningen av Høyesteretts praksis om forholdet mellom norske regler og internasjonale regler på andre rettsområder

Forholdet til internasjonal rett har imidlertid kommet opp for Høyesterett på andre områder med inkorporasjon. Spørsmålet har særlig vært betydningen av EMK på prosessrettens område. På begynnelsen av 1990-tallet hadde Høyesterett en tilnærming til de internasjonale forpliktelsene som om bestemmelsen om inkorporasjon ikke eksisterte.⁵⁵ Senere forandret Høyesterett innstillingen noe, men innførte et krav om at den folkerettslige regelen måtte ha viss *kvalitet* med tanke på klarhet før den ble ansett for å gå foran en norsk regel i motsatt retning, jfr. den såkalte ”klarhetsgrunnsetningen” og særlig Rt. 1994 s. 610, Rt. 1994 s. 1244 og Rt. 2000 s. 996.

I den førstnevnte avgjørelsen formulerte man det slik at den folkerettslige regelen måtte være ”tilstrekkelig klar og entydig” om den skulle kunne legges til grunn ved motstrid med den norske regelen. Kravet ble senere modifisert betraktelig slik at det var nok at den folkerettslige regelen var ”rimelig klar” om den skulle gå foran den norske regelen i motsatt retning, jfr. den sistnevnte avgjørelsen. Senere har Høyesterett i tre plenumsdommer fra 3. mai 2002 gått enda et steg videre og antatt at kravet til klarhet ikke lenger skal gjelde, slik at den folkerettslige regelen skal gå foran ved motstrid.⁵⁶ Disse gjaldt imidlertid EMK som etterhvert har blitt inkorporert i norsk rett på et generelt grunnlag gjennom menneskerettsloven (lov av 21. mai 1999 nr. 30). EMK skal etter dette legges til grunn som norsk rett og skal gå foran ved en eventuell motstrid med en norsk regel uten at det oppstilles klarhetskrav til regelen som følger av konvensjonen. Tilsvarende vil vel idag gjelde i forhold til de øvrige menneskerettighetskonvensjoner som er inkorporert gjennom menneskerettsloven.

I relasjon til EMK kan man se at Høyesterett har snudd totalt, fra å ikke legge dens bestemmelser til grunn ved motstrid til gi den forrang uten noen form for reservasjoner om klarhet. Man ser at Høyesterett har endret sitt syn på forholdet til internasjonale

⁵⁵ Se Ken Uggerud i Heiberg 1998 s. 45 med videre henvisninger til Aall i Høstmølingen 1995, s. 90-91.

⁵⁶ Se Rt. 2002 s. 497, Rt. 2002 s. 509 og Rt. 2002 557. Ruud og Ulfstein 2002 s. 40 forstår også disse dommene i denne retning.

regler på menneskerettighetsområdet. Abdisaken på flyktingerettområdet er fra før denne utviklingen skjedde. Gode grunner kan tale for at Høyesteretts holdningsendring omtalt foran kan gi en smitteeffekt slik at Høyesterett ved neste anledning vurderer forholdet mellom flyktningebegrepet etter norsk rett og flyktningebegrepet som følger av flyktningekonvensjonen annerledes og da mer i tråd med våre internasjonale forpliktelser.⁵⁷ Foreløpig foreligger det ingen avgjørelser der et slikt syn kommer til uttrykk, og slik jeg ser det er det på det rene at man kan operere med et norsk flyktningebegrep som ikke nødvendigvis alltid trenger å være i samsvar med flyktningebegrepet i flyktningekonvensjonen. Dette vil bli lagt til grunn i den videre oppgaven.

⁵⁷ Eckhoff 2001 s. 332 er av lignende oppfatning hva angår menneskerettighetskonvensjoner som flyktningekonvensjonen, som ikke er omfattet av menneskerettsloven.

II HVOR GÅR GRENSEN MELLOM ASYL OG OPPHOLDSTILLATELSE PÅ HUMANITÆRT GRUNNLAG?

3 INNLEDNING

I det følgende vil jeg først se på grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag hva angår kravene til overgrep. Videre vil jeg se på grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag med hensyn til de krav som stilles til faregraden (risikoen) før det anses som sannsynliggjort at overgrep vil kunne finne sted. Tilslutt vil jeg behandle grensen mellom de forfølgelsesgrunner som kreves etter henholdsvis asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.

Det er grunn til å minne om at spørsmålet om gresedragningen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag ikke er berørt direkte i kildematerialet. Dette vil også fremgå i det følgende. Skal jeg kunne kartlegge hvor grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag går, må slutningene bygge på det nærmere innholdet i asylinstituttet og instituttet om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. En stor del av fremstillingen i det følgende vil derfor måtte dreie seg om å fastlegge innholdet i regelsettene, for så å kunne trekke grensen mellom asyl som oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.

4 OVERGREPENES ART OG STYRKE

4.1 Innledning

En asylsøker kan risikere å bli utsatt for mer eller mindre alvorlige overgrep ved en eventuell retur til hjemlandet. Han kan for eksempel risikere å bli drept ved en retur og i andre tilfelle "bare" risikere sosial fordømmelse. Hvor sterkt beskyttelsesbehovet gjøre seg gjeldende i slike saker vil således kunne variere i den enkelte sak alt ettersom hva slags overgrep det er tale om.

Å gi opphold til asylsøkere som risikerer å bli utsatt for overgrep av ulik karakter, herunder mindre alvorlige overgrep, vil naturligvis innebære forpliktelser for den enkelte stat. Å oppfylle disse forpliktelser vil nødvendigvis kreve betydelige ressurser fra den aktuelle staten. Et sted må det derfor settes en grense for hvem man kan hjelpe. Å begrense tillatelsen til de personer som virkelig har et beskyttelsesbehov kan være et rimelig utgangspunkt. I et slikt perspektiv skulle da personer som blir utsatt for overgrep av visst alvor gis opphold, mens personer som risikere lempeligere overgrep bør falle utenfor beskyttelsen.

På den annen side kan selv mindre alvorlige overgrep i og for seg også være krenkende for den enkeltes menneskeverd. Dersom man ikke gis effektiv beskyttelse mot selv slike overgrep i hjemlandet, kan alternativet med å søke beskyttelse i et fremmed land være moralsk sett godt nok begrunnet. Betingelsene for beskyttelse må således ikke settes for høyt, slike at bare de personer som utsettes for de groveste former for overgrep kvalifiseres til beskyttelse.

Som man ser gjør det seg tungtveiende hensyn i retning av at kravene til overgrep ikke bør stilles for strengt, men også tungtveiende hensyn som tilsier at kravene ikke bør stilles for lempelig. I det følgende skal jeg se på grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag med hensyn til kravene til overgrepene. Som et ledd i behandlingen av dette spørsmålet vil jeg måtte ta stilling til hvordan de ovennevnte kryssende hensyn er avveid i forhold til hverandre i relasjon til asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.

4.2 Kravene til overgrepens art og styrke etter asyl

Etter flyktningekonvensjonens flyktningebegrep angis kravene til overgrep av kriteriet ”persecution” eller ”forfølgelse”, jfr. flyktningekonvensjonens art. 1 A (2).⁵⁸ Da asylbestemmelsen bygger på flyktningekonvensjonens flyktningebegrep, jfr. § 17, jfr. 16, gjelder dette kravet også etter asylbestemmelsen. Det kreves med andre ord at overgrepene tilfredsstillende kravet til ”forfølgelse” for å kunne danne grunnlag for asyl etter norsk rett. Men hva ligger så i kravet til ”forfølgelse”?

I og med at forfølgelseskriteriet har sin opprinnelse i flyktningekonvensjonen, vil jeg først fastlegge dets innhold ut fra konvensjonens kilder og prinsipper for tolking av folkerettslige dokumenter angitt i Wienkonvensjonen om traktater og art. 38 i statuttene til Den internasjonale domstolen. Senere vil jeg kartlegge innholdet i den norske praktiseringen før jeg knytter noen kommentarer til forholdet mellom den internasjonale forståelse og den nasjonale.

4.2.1 Den internasjonale forståelsen av forfølgelsesbegrepet

En naturlig språklig forståelse av *ordlyden* tar sikte på situasjoner hvor personer er utsatt for sterk form for sjikanering eller trakassering. Det nærmere innholdet av kriteriet ble av politiske grunner ikke definert i konvensjonen selv.⁵⁹ I artiklene 31 og 33 er overgrepene som det beskyttes mot der beskrevet som ”*threat to life or freedom*”. Denne typen overgrep er de alvorligste overgrep som en person kan tenkes bli utsatt for og vil naturligvis kvalifisere til ”forfølgelse”.⁶⁰ Hadde man imidlertid ment at forfølgelseskriteriet skulle forstås på samme måte, ville man sannsynligvis ha brukt samme termer her. Nå er overgrepene som omfattes av flyktningebegrepet angitt mer i generell form. *Lovtekniske hensyn* tilsier således at forfølgelseskriteriet skal forstås videre enn ”*threat to life or freedom*”.

⁵⁸ ”Persecution” er etter den offisielle norske oversettelsen oversatt til ”forfølgelse”, jfr. vedlegg 6 i NOU 1983: 47 Ny Fremmedlov hvor den offisielle oversettelsen blant annet er tatt inn.

⁵⁹ Se Vevstad 1998 s. 63.

⁶⁰ I samme retning UNHCR i håndbokens punkt 51.

Flyktningekonvensjonens *fortale* kan gi ytterligere holdepunkter for hvordan man skal forstå forfølgelsesbegrepet. Her vises til det FN-pakten og Verdenserklæringen for menneskerettigheter av 1948 og det uttales blant annet at partene ”...*have affirmed the principle that human beings shall enjoy fundamental rights and freedom without discrimination.*” Man forutsetter her altså en nær forbindelse til menneskerettighetsområdet. Menneskerettighetene vil således kunne kaste lys over forfølgelsesbegrepet. Tilsvarende synes å være forutsatt i *forarbeidene* til konvensjonen.⁶¹ Av Håndbokens punkt 51 fremgår dette direkte når det der vises til menneskerettighetene, jfr. ”*human rights*”, når innholdet i forfølgelseskriteriet omtales.

Riktignok er det ingen eksplisitt henvisning til menneskerettighetsinstrumentene når konvensjonen angir kravene til overgrepene, men de øvrige relevante faktorer holdning trekker helt klart i retning av at forfølgelsesbegrepet må forstås i lys av menneskerettighetene. Denne løsning ser altså ut til å være best i samsvar med konvensjonens kildematerialet.⁶²

Når det tales om menneskerettigheter er det vanlig å ta utgangspunkt i ”International Bill of Rights” som består av Verdenserklæringen om menneskerettigheter og FN-konvensjonene SP og ØSK. Enhver krenkelse av rettighetene der er imidlertid ikke tilstrekkelig til å oppfylle forfølgelseskriteriet. Av Håndboken fremgår det at en ”...*serious violation of human rights...would...constitute persecution.*” Det er altså kun krenkelser av ”serious” eller ”alvorlig” karakter som omfattes. Hvorvidt dette kriteriet er oppfylt vil særlig bero på hvilken rettighet krenkelsen dreier seg om sammenholdt med graden av krenkelsen av den aktuelle rettigheten.⁶³

Enkelte rettigheter som retten til liv, forbudet mot tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, friheten fra slaveri og tvangsarbeid, tanke-, religions- og samvittighetsfriheten, frihet fra tilbakevirkende straff og anerkjennelse av

⁶¹ Jfr. analysen til Einarsen 2000 s. 289.

⁶² Slik også juridisk teori. Se for eksempel Einarsen 2000 s. 288-289, Vevstad 1998 s. 67 flg. og Goodwin-Gill 1998 s. 68.

⁶³ Se i samme retning Goodwin-Gill 1998 s. 68.

et menneske som rettssubjekt, er alle ansett å være rettigheter av fundamental karakter. Disse kan ikke fravikes selv i ekstraordinære situasjoner.⁶⁴ Dersom det dreier som krenkelser av disse rettighetene vil kravene etter forfølgelseskriteriet normalt være oppfylt. For de øvrige vil man måtte gå mer konkret til verks. For enkelte rettigheter vil man kunne få ytterligere veiledning i Håndboken selv. Dersom diskriminering av personer kan føre til konsekvenser av ”*substantially prejudicial*” karakter, vil dette være å anse som ”forfølgelse”, jfr. punkt. 54. Som eksempler på slik diskriminering nevner Håndboken selv grov diskriminering av blant annet personens mulighet til å livnære seg og videre avstengelse fra ordinære utdannelseinstitusjoner. Man ser altså at det kreves veldig mye før diskriminering i seg selv skal danne grunnlag for ”forfølgelse”.

Skulle ikke en rettighet i seg selv gi grunnlag for å oppfylle forfølgelseskriteriet kan de enkelte overgrepene samlet sett kunne være av ”alvorlig” karakter og dermed medføre tilfredstillelse av forfølgelseskriteriets krav, jfr. punkt 53 hvor det heter at ”... *the various elements involved may, if taken together, produce an effect on the mind of the applicant that can reasonably justify a claim to well-founded fear of persecution on “cumulative grounds”*”.⁶⁵

Ovennevnte redegjørelse viser riktignok at enkelte krav kan utledes av konvensjonen og dens kilder med hensyn til forståelsen av forfølgelseskriteriet. Når det imidlertid ikke kan utledes ytterligere krav, først og fremst som følge av at det ikke forefinnes noen tilstrekkelig enhetlig statspraksis på dette punkt, må det kunne sies at innholdet i forfølgelseskriteriet er ganske vagt angitt. For den enkelte stat betyr dette at den ofte er gitt det avgjørende ordet i vurderingen av om forfølgelseskriteriet er oppfylt eller ikke i det konkrete tilfellet.⁶⁶

⁶⁴ Jfr. eksempelvis SP art. 4, 2. ledd, EMK art. 15, 2. ledd og Amerikanske menneskerettighetskonvensjonens art. 27.

⁶⁵ For diskrimineringstilfellene kommer prinsippet til uttrykk i punkt 55.

⁶⁶ Se i samme retning Goodwin-Gill 1998 s. 67.

4.2.1.1 Særlig om straffeforfølging i relasjon til den internasjonale forståelsen av forfølgelsebegrepet

Reaksjoner fra myndighetenes side som skjer som et ledd i straffeforfølgingen av lovovertridere, kan også ramme et menneske mer eller mindre hardt. Når flyktningsdefinisjonen ikke sonderer mellom reaksjoner som følge av brudd på lov eller ikke, tilsier ordlyden at også slike reaksjoner skulle være omfattet av forfølgelseskriteriet.

På den annen side er formålet med straff, som er alminnelig anerkjent av de aller fleste stater, å gi myndighetene kompetanse til å kunne sette makt bak sine krav uten at det anses som noen form for illegitim handling. Forfølgelseskriteriet bør leses på bakgrunn av denne realiteten. Dette skulle si at kriteriet i utgangspunktet ikke omfatter reaksjoner på lovovertridelser.

Et tilsvarende syn legges til grunn i Håndbokens punkt 56, når det her uttales på genrelt grunnlag at personer som flykter fra straffeforfølging normalt ikke er å anse som flyktninger, jfr. uttalelsen om at

”[p]ersons fleeing from prosecution or punishment for such an offence [common law offence] are not normally refugees.”

For mer spesifikke tilfeller som hvor en person risikerer reaksjoner som følge av at han har begått *“a serious non-political crime”* eller andre alvorlige forbrytelser som *“crime against peace, war crime, or crime against humanity”*, kommer det i konvensjonens art. 1 F uttrykkelig frem at slike personer ikke kan få beskyttelse etter konvensjonen. Flyktningsdefinisjonen og dens forfølgelseskriterium må således forstås i lys av disse reglene.

Uansett vil man måtte ta hensyn til de øvrige vilkår, herunder kravene til forfølgelsesgrunner, når beskyttelse etter konvensjonen vurderes i tilfeller hvor det er tale om beskyttelse mot straffereaksjon. Ved typiske kriminelle handlinger, som for eksempel vold og tyveri, vil straffen primært være begrunnet i preventive hensyn og ikke i noen av konvensjonsgrunnene rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i spesiell

sosial gruppe eller politisk oppfatning. Dermed vil slike handlinger normalt ikke være beskyttet av flyktningekonvensjonen.

På den annen side har man eksempler på at enkelte land straffebelegger handlinger som er beskyttet av menneskerettigheter. Det kan være lovbestemmelser som eksempelvis rammer konvertering til en annen religion enn det som er den offisielle i det aktuelle landet. I slike tilfeller vil ofte at kravet til forfølgelsesgrunn etter flyktningedefinisjonen være tilstede og det vil kunne være mulig å få beskyttelse etter flyktningekonvensjonen. Tilsvarende er lagt til grunn i Håndboken når det i punkt 59 uttales at det i vurderingen av om straffeforfølgning skal kunne gi grunnlag for beskyttelse eller ikke må se hen til om lovbestemmelsen ivaretar de anerkjente menneskerettighetene eller ikke, jfr.

”...refer to the law of the country concerned, for it is possible for a law not to be in conformity with accepted human rights standards”.

Selv om utgangspunktet er at personer som flykter fra straffereaksjoner ikke kan få beskyttelse etter flyktningekonvensjonen, ser man at det kan være omstendigheter i den konkrete sak som *likevel* kan aktualisere vernet etter flyktningekonvensjonen.

Prinsipielt sett kan altså reaksjoner som ledd i straffeforfølgningen også omfattes. Man må derfor vurdere hvert enkelt tilfelle konkret under hensyntagen til særlig straffereaksjonens karakter sammenholdt med handlingen som utløser straffereaksjonen i den aktuelle sak.

4.2.2 Den norske forståelsen av forfølgelsesbegrepet

I det følgende skal jeg se på hvilket innhold forfølgelseskriteriet har fått i norsk rett i relasjon til kravene som følger av denne med henhold til overgrepens art og omfang.

Innholdet av forfølgelsesbegrepet er ikke direkte omtalt i forarbeidene, så veiledning må søkes særlig i forvaltningspraksis og rettspraksis. Forvaltningens praksis er imidlertid ikke offentlig tilgjengelig. Det vil således være vanskelig å gjøre seg opp meninger om dens oppfatning hva angår forfølgelsesbegrepet på bakgrunn av dens praksis. Til gjengjeld har jeg imidlertid hatt tilgjengelig et internt notat fra Justisdepartementet (JD) av 1997 som beskriver norsk forvaltningspraksis blant annet i relasjon til forfølgelsesbegrepet frem til dette tidspunkt. UNE gav så sent som 2002 tilslutning til JDs forståelse av forfølgelsesbegrepet slik den kom til uttrykk i JDs notat fra 1997, jfr.

UNEs fagnotat av 01.03.02.⁶⁷ Dermed kan det legges til grunn at JDs notat fortsatt gir en fullgod uttrykk for forvaltningens forståelse av forfølgelsesbegrepet.

Når det gjelder rettspraksis har jeg av det tilgjengelige utvalget funnet 23 saker som mer eller mindre direkte gir holdepunkter for domstolenes syn på kravene som forfølgelsesbegrepet stiller til overgrepens art og omfang.⁶⁸ Fremstillingen min vil således ta utgangspunkt i disse rettssakene og notatet til JD.

Av St. meld. nr. 39 (1987-88) s. 35 fremgår det at overgrene må være av ”*mer alvorlig karakter*” om de skal kunne falle inn under forfølgelsesbegrepet. Selv om denne uttalelsen er fra flere år tilbake, er denne lagt til grunn i 3 saker fra de senere år blant domsutvalget mitt.⁶⁹ Også uavhengig av uttalelsen i meldingen har jeg funnet 9 andre saker som legger til grunn tilsvarende krav som meldingen.⁷⁰ Når jeg ikke har funnet saker i motsatt retning, tilsier det tilgjengelig materialet klart at overgrepene må være ”alvorlige” dersom disse kan sies å oppfylle forfølgelseskriteriet.

Ovennevnte presisering gir en viss veiledning for vurderingen av spørsmålet om forfølgelse, men er for vag til å gi tilstrekkelige holdepunkter til løsning av konkrete tilfeller. Presiseringen angir et vurderingstema som typisk beror på en konkret helhetsvurdering. For å gi en oversikt over hvilke momenter som vil kunne inngå i denne vurderingen vil jeg se på enkelte typetilfeller og hvordan man bedømmer dem i norsk praksis. Men man må huske at typetilfeller av overgrep må ses i lys av øvrige omstendigheter i saken. Overgrep som i seg selv vurderes som ikke å være av ”alvorlig karakter”, kan ved tilstedeværelsen av for eksempel andre typer overgrep som heller

⁶⁷ s. 11 flg.

⁶⁸ Sakene omhandler forfølgelsesbegrepet for det første i relasjon til § 16 og for det andre i forhold til § 15, 1. ledd, 1.pkt. Sistnevnte saker er tatt med fordi det antas at forfølgelsesbegrepet har det samme innhold etter begge paragrafene.

⁶⁹ Se RG. 2001 s. 1081, LB-1999-02958 og Oslo byretts dom og kjennelse 00-03920 A/86.

⁷⁰ Se RG. 2002 s. 969, LB-2001-01116, LB-2001-02690, LB-1998-00491, RG. 1998 s. 501, LB-2001-03967, LB-1996-02789, Oslo tingretts dom og kjennelse 01-11219 A/52 og Oslo tingretts dom 02-09343 A/75.

ikke isolert sett er nok til å oppfylle kravet til forfølgelse, likevel samlet sett anses å være av ”alvorlig karakter”. Det avgjørende er altså hvorvidt de aktuelle overgrepene etter en helhetsvurdering er å anse å være av ”alvorlig karakter”. Behandlingen av typetilfellene i det følgende må leses med dette forbehold.

De mest brutale former for overgrep er når en person kan bli utsatt for *tap av liv* eller bli utsatt for *tortur*. Det må derfor være selvsagt at i alle fall disse overgrepsformene må anses å være ”alvorlige”. Tilsvarende er lagt til grunn av forvaltningen og domstolene.⁷¹

I forbindelse med andre integritetskrenkelser enn nevnt ovenfor kan nevnes JDs notat s. 14. Her uttales det at ”*alvorlige legemskrenkelser*” skal være omfattet av forfølgelsesbegrepet. I mitt utvalg av rettssaker ble legemskrenkelser påberopt sammen med andre overgrepsformer som grunnlag for forfølgelse. Det er derfor vanskelig å si noe om betydningen av legemskrenkelser alene for forfølgesspørsmålet. I tilfeller hvor en person kan risikere alvorlige legemskrenkelser, gjør det seg utvilsomt også gjeldende beskyttelseshensyn. Forvaltningens oppfatning støttes således av hovedhensynet bak asylbestemmelsen. Det er derfor grunn til å tro at domstolene vil legge til grunn den samme forståelse som forvaltningen om spørsmålet dukker opp for dem.

En særlig form for integritetskrenkelse er *voldtekt og annen seksuell mishandling*. I LB-2001-01116 er det lagt til grunn at ”*[v]oldtekt og annen seksuell mishandling er eksempler på alvorlige overgrep*”.⁷² Slike krenkelser vil således kunne være ”forfølgelse”. Et annet eksempel er Oslo tingretts dom 02-11776 A/13. Saken gjaldt et tilfelle hvor en kvinne hadde måtte flykte fra sitt hjemland som følge av en rekke voldtekter som et ledd i etnisk rensing. Da saken hennes kom opp for retten hadde det skjedd en regimeendring i hjemlandet og retten mente derfor at faren for nye, lignende overgrep ved en eventuell retur var liten. Kvinnen ble således ikke ansett å oppfylle vilkårene for asyl. Hadde derimot risikofaren for nye, lignende overgrep vært stor nok,

⁷¹ Se JDs notat s. 14 og UNEs notat s. 11. Fra domstolenes side kan nevnes LB-2002-3917, LB-2001-01116, og LB-1998-00491 som eksempler.

⁷² Dommeren siterer her utalelsen til Fisknes 1994 s. 181.

tilsier rettens argumentasjon at man kanskje ville ha kommet til et annet resultat. Slik jeg ser det kan derfor dommen tas til inntekt for at voldtekt kan anses å oppfylle forfølgelseskriteriet. Jeg har ikke funnet noen avgjørelser som gir grunnlag for annen konklusjon blant det tilgjengelige domsmaterialet. Tvert imot har jeg funnet en sak som støtter slutningen foran, jfr. RG. 2001 s. 1081. Det samlede norske kildematerialet tilsier således at voldtekt og annen seksuell mishandling kan være danne grunnlag for oppfyllelse av forfølgelseskriteriet.

Diskrimineringen trenger imidlertid ikke ta form av overgrep som nevnt ovenfor, men den kan ta andre former også. Som et eksempel kan nevnes at man ikke gis arbeid som følge av tilhørighet til en annen religion enn det arbeidsgiver mener hans arbeidstakere bør ha. I St. meld. nr. 39 (1987-88) s. 35 heter det imidlertid at forskjellige former for diskriminering faller utenfor forfølgelsesbegrepet dersom ”*diskrimineringen ikke antar mer systematiske former*”. Tilsvarende krav er lagt til grunn i 7 saker fra domstolene i domsutvalget mitt.⁷³

Det foreligger ikke holdepunkter for andre løsninger på dette spørsmålet, så utgangspunktet må således sies å være at slik diskriminering i seg selv ikke nødvendigvis er ”forfølgelse”. Skal denne danne grunnlag for ”forfølgelse” må den være av ”systematisk karakter”. Hva som anses som ”systematisk” diskriminering illustreres kanskje av LB-2001-01116 hvor ”*total utestengelse av arbeidsmarkedet og utdanningsinstitusjoner er eksempler på alvorlige overgrep*”. Det skal altså svært mye til før diskriminering anses alvorlig nok. Tilsvarende legges til grunn av forvaltningen når den uttaler at diskrimineringen av sivile rettigheter som retten til arbeid, skolegang, helsetjenester m.v. må være ”grov”, jfr. JD notat side 14. Følgende uttalelse kan gi noen holdepunkter for å si noe om hva forvaltningen mener med ”grov”:

”Skulle grupper eller enkeltpersoner være utelukket fra det offentlige arbeidsmarked vil dette ikke uten videre være avgjørende i land der det også er

⁷³RG. 2001 s. 1081, RG. 2002 s. 969, LB-2001-01116, LB-2000-02412, LB-1999-02958, Oslo tingretts dom 02-09343 A/75 og Oslo Byretts dom og kjennelse 00-03920 A/86.

en betydelig privat sektor som de aktuelle personene har formell og reell tilgang til".

Med andre ord vil det ikke være tilstrekkelig diskriminering så lenge det finnes andre muligheter til å skaffe seg det aktuelle godet, eksempelvis arbeidsinntekt, selv om diskrimineringen isolert sett er betydelig. Så vel forvaltningen som domstolene ser således ut til å kreve svært mye for at slik diskriminering skal være nok til å konstatere "forfølgelse".

4.2.2.1 Særlig om straffeforfølgning i relasjon til den norske forståelsen av forfølgelsesbegrepet

I St. meld. nr. 39 (1987-88) s. 35 heter det at "[o]gså personer som risikerer tortur eller en umenneskelig straff...faller utenfor definisjonen". Det antas altså at personer som risikerer svært harde straffer i utgangspunktet ikke fanges opp av flyktningsdefinisjonen. Når selv slike straffer ikke danner grunnlag for beskyttelse, ser uttalelsen ut til å bygge på den forutsetning at straffeforfølgning ikke i noen tilfelle kan tilsi at "forfølgelse" foreligger. Tilsvarende norm er lagt til grunn i LB-1999-03530 og LB-1999-02958 i domsutvalget mitt.

På den annen side har vi RG 1995 s. 745. I denne ble det blant annet påberopt mulig fengselsstraff for nektelse av å avtjene militærtjeneste som grunnlag for "forfølgelse". Retten kom til at "...reaksjoner mot å unndra seg pålagt ordinær militærtjeneste ikke er av slik alvorlig karakter at den i seg selv kan gi rett til asyl." Det ble altså ikke ansett som tilstrekkelig at vedkommende ville risikere fengselsstraff ved retur. Varigheten av en eventuell fengselsstraff ble imidlertid videre vurdert og ikke funnet tilstrekkelig til å anse som forfølgelse, jfr. "...ikke av alvorlig karakter...", jfr. foran. Når varigheten av en eventuell fengselsstraff tross alt drøftes, kan man si at retten bygger på en forutsetning om at straffereaksjonens innhold etter omstendighetene likevel kan danne grunnlag for oppfyllelse av forfølgelseskriteriet.

I en annen sak, LB-2001-01351, ble streng straff for homofili påberopt som grunnlag for "forfølgelse". Retten uttalte at det "...ikke [var] troverdig at familiemedlemmer skulle angi A til myndighetene, når resultatet [kunne] bli en dødsdom. Etter lagmannsrettens vurdering [var] det ikke sannsynliggjort at A med rette [kunne] frykte

forfølgelse av alvorlig art...”. Retten fant altså at det ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort at det var forfølgelsesfare pga. personens legning, men uttalelsen bygger på at straffereaksjonene som følge av homofili kan gi grunnlag for forfølgelse i asyillovgivningens forstand. Også denne saken illustrerer derfor at reaksjoner i forbindelse med straffeforfølgningen etter omstendighetene kan danne grunnlag for ”forfølgelse”. I domsutvalget har jeg 9 andre saker som også går i denne retning.⁷⁴⁷⁵

Vi så imidlertid ovenfor at det også er saker som går i motsatt retning av det som følger av sistnevnte saker. Det er altså eksempler i begge retninger i domsutvalget mitt. Spørsmålet blir i det følgende om det kan oppstilles noen *veiledende norm* for når en straffereaksjon kan danne grunnlag for oppfyllelse av forfølgelseskriteriet og når en straffereaksjon ikke anses tilstrekkelig.

Av de saker som gir grunnlag for å hevde at straffereaksjoner også kan danne grunnlag for ”forfølgelse”, gjaldt RG. 1995 s. 745, LB-1996-02798 og LB-1998-02486 militærnektelse. Sak LB-2002-00021, LB-2000-02412 og LB-2001-01593 gjaldt praktisering av religion. Sak fra Oslo tingrett 02-6822 A/31 gjaldt utførelse av aborter i strid med hjemlandets lover. Mens LB-2001-01351, RG-2002-1259, Oslo tingretts dom og kjennelse 02-12341 A/73, Oslo tingrettsdom og kjennelse 01-011219 og Oslo tingretts dom og kjennelse 02-11219 A/52 gjaldt seksuell legning. LE-1995-00786 og LB-2001-01116 gjaldt politisk virksomhet. Grunner som religion, seksuell legning og politisk virksomhet, herunder nektelse av militærtjeneste som følge av overbevisning, er grunner som ut fra norsk målestokk *ikke* bør være straffbare. Hertil kommer det at virksomhetene som er omhandlet også er beskyttet av menneskerettighetene. Det kan således se ut som momentet om at handlingen ikke burde ha vært straffbar, har vært lagt til grunn som en forutsetning i de saker hvor straffereaksjoner har kunnet danne grunnlag for oppfyllelse av forfølgelseskriteriet.

⁷⁴ Se RG. 2002 s. 1259, LB-2001-01116, LB-2000-02412, LE-1995-00786, LB-1996-02789, Oslo tingretts dom 02-06822 A/31, LB-2002-00021, Oslo tingretts dom og kjennelse 01-011219 A/52 og Oslo tingretts dom og kjennelse 02-12341 A/73.

⁷⁵ Også forvaltningen synes å forutsette dette, jfr. s. 14 i JDs notat.

Legger man ovennevnte til grunn skulle det videre motsetningsvis kunne tilsi at de rene kriminelle handlingene som tyveri, vold, og drap faller *utenfor* forfølgelsesbegrepet. Jeg har heller ikke funnet eksempler på at slike handlinger har kunnet danne grunnlag for beskyttelse etter asyllovgivningen. At rene kriminelle handlinger skal falle utenfor asyl, stemmer også overens med flyktingedefinisjonens øvrige vilkår. Som tidligere nevnt kreves det tilstedeværelse av bestemte grunner bak forfølgelsen. Ved rene kriminelle handlinger vil straffeforfølgningen ikke skyldes de grunner som følger av definisjonen, og allerede av den grunn falle utenfor flyktingebegrepet.⁷⁶ Det er godt mulig at det var dette aspektet uttalelsen i Stortingsmeldingen nevnt foran tok sikte på da det ble uttalt at straffeforfølgning faller utenfor flyktingedefinisjonen. Og at meningen ikke var å utelukke de mer spesielle tilfellene med straffeforfølgelse som ble utløst av brudd på handlinger som i utgangspunktet er beskyttelsesverdige etter internasjonale menneskerettigheter.

Etter dette kan det legges til grunn at rene kriminelle handlinger ikke kan danne grunnlag for ”forfølgelse”, men handlinger som ut fra et norsk målestokk og menneskerettighetene ikke burde vært straffebelagte, kan danne grunnlag for oppfyllelse av forfølgelsekriteriet.

Når vi så først har en sak hvor også straffereaksjonen *kan* danne grunnlag for oppfyllelse av forfølgelsekriteriet, blir spørsmålet om hvorvidt enhver straff er *tilstrekkelig* før denne betegnelsen er på sin plass.

I RG. 1995 s. 745 som gjaldt militærnektelse, heter det at ”*reaksjonen mot å unndra seg pålagt militærtjeneste ikke er av slik alvorlig karakter at den i seg selv kan gi rett til asyl*”. Det stilles altså krav til at reaksjonen må være av ”alvorlig karakter” før den anses som tilstrekkelig. Denne normen er uten unntak lagt til grunn også i de øvrige 6

⁷⁶ At lovgiver har vært bevisst dette, kommer til uttrykk i Ot. prp. nr. 46 (1986-87) s. 103. For dette var grunnen til at man opprettet et alternativ beskyttelsesgrunnlag (§15, 1. ledd, 2. pkt.) for blant annet disse situasjonene.

sakene som omhandler denne problemstillingen.⁷⁷ Det foreligger således sterke indikasjoner på at dommen gir uttrykk for gjeldende norsk oppfatning.

Den mest alvorlige straffereaksjonen et menneske kan utsettes for er dødsstraff. Dødsstraff vil således åpenbart være en straffereaksjon av ”alvorlig karakter”. Så vel forvaltningen som domstolene kan se ut til å legge dette til grunn.⁷⁸

Den alminnelige form for straffereaksjon i de fleste land er fengselsstraff av ulik lengde. Jeg har 3 saker angående spørsmålet om hvilken lengde som er tilstrekkelig for forfølgelsesbegrepet. I LB-2001-01116 uttales det følgende om fengselsstraff: ”*[f]are for ...kortvarige fengselsstraffer er vanligvis ikke tilstrekkelig*”. Man krever altså at fengselsstraffen er av en viss varighet før vedkommende kan anses å falle innefor forfølgelsesbegrepet. Tilsvarende følger av de to øvrige sakene; LE-1995-00786 og RG 1995 s.745. Men hva er i så fall ”kortvarig” fengselsstraff?

Jeg har bare to saker som omhandler dette spørsmålet. I den ene, RG 1995 s. 745, ble 12 måneder ansett å ikke være tilstrekkelig. Det samme gjelder en annen dom fra Oslo byrett 90-1873 /66A⁷⁹ hvor det ble uttalt at ”*det [fengselsstraff] normalt ikke [vil] grunnlag for asyl før det foreligger risiko for fengsel i 1 år eller mer.*” Etter dette kan man si at foreliggende domsmaterialet tilsier i utgangspunktet en nedre ramme på omkring 1 år.

Men i sistnevnte dom ble det videre uttalt at ”*[h]arde soningsforhold kan føre til at også en fengselsstraff på under 1 år kan gi grunnlag for asyl.*” Det åpnes altså for tilfeller hvor lengden på straffen kan bli *under* 1 år, dersom individuelle forhold tilsier det.

⁷⁷ RG. 2002 s. 1259, LE-1995-00786, LB-1996-02789, Oslo tingretts dom 02-06822, Oslo tingretts dom og kjennelse 01-11219 A/52 og Oslo tingretts dom og kjennelse 02-12341 A/73.

⁷⁸ Se JDs notat s. 14 og LB-2001-01116, Oslo tingretts dom 02-06822 A/31, Oslo tingretts dom og kjennelse 01-11219 A/52 og Oslo tingretts dom og kjennelse 02-12341 A/73.

⁷⁹ Har ikke hatt avgjørelsen tilgjengelig selv, men var omtalt i Bø 1996 s. 67.

Forvaltningen peker også på at det må dreie seg om en konkret vurdering. I forbindelse med omtalen av Kosovo-sakene hvor forvaltningen nektet beskyttelse til personer som risikerte fengsel i inntil 60 dager ved retur, uttales det at 60 dager ikke må anses som en ”nedre grense”, jfr. JDs notat s. 14. Forvaltningen åpner altså på sin side opp for at fengselsstraff under 60 dager i helt spesielle tilfeller kan danne grunnlag for oppfyllelse av forfølgelseskriteriet.

Man ser således at lengden som aksepteres kan variere meget sterkt. Hvilke lengde som anses som tilstrekkelig i vurderingen i det konkrete tilfelle vil med andre ord bero på en helhetsvurdering hvor et av de sentrale momentene vil være soningsforholdene. Er soningsforholdene harde kan selv kortvarig fengselsstraff være av ”alvorlig karakter” og vice versa.

Ovenfor har jeg omtalt fengsling som straff for lovovertrедelser. En annen form for fengsling er den fengsling som fungerer som et tvangsmiddel for politiet i deres arbeid med å avklare om kriminelle forhold har funnet sted og for øvrig i deres arbeid med å holde ro og orden (varetektsfengsling). En slik kompetanse til å bruke makt vil politiet være gitt i de fleste land. Utgangspunktet er at slike fengslinger ikke kan være ”forfølgelse” i asyllovgivningens forstand. Men kan det være forfølgelse dersom politiet overskrider sin kompetanse og bruker slik fengsling som et ledd i sjikanering av bestemte personer slik at fengslingen får et mer vilkårlig preg?

Det er enkelte uttalelser om spørsmålet i JDs notat s. 14. Her sies det ”...*det i praksis [er] lagt til grunn at denne [frihetsberøvelsen] skal være av viss varighet*” om den skal anses tilstrekkelig. Enhver vilkårlig arrestasjon er ikke nok. Det er først når den er av en ”viss varighet” at det kan bli tale om ”forfølgelse”. Hva som forstås med en ”viss varighet” sies det ikke noe om. Spørsmålet vil uansett måtte løses ut fra en konkret vurdering hvor forskjellige momenter kan komme inn, så som soningsforhold, om vedkommende er vilkårlig fengslet før osv. Hvorvidt domstolene deler forvaltningens syn er det ikke enkelt å si noe om, da jeg ikke hadde noen saker som direkte omhandlet dette spørsmålet. Den naturlige språklige forståelsen av forfølgelseskriteriet tilsier at det skal mye til før et overgrep skal anses tilstrekkelig til å oppfylle dette kriteriet. Forvaltningens krav om at ikke enhver frihetsberøvelse skal godtas som tilstrekkelig synes således å ha støtte i ordlyden. Det er derfor grunn til å tro grunn til å tro at

domstolene vil legge tilsvarende forståelse til grunn om spørsmålet kommer opp for dem i ren form.

En annen form for myndighetsmisbruk kan være ulovlige og vilkårlige politiavhør. I LB-2001-2690 heter det at retten ikke ”utelukker...at hun kan bli innkalt til kortvarige avhør, men dette anses ikke som forfølgelse etter utlendingsloven.” Man ser her at ”kortvarige” politiavhør ikke kan danne grunnlag for forfølgelse. I utgangspunktet kan det altså se ut som at politiavhør normalt ikke kan danne grunnlag for forfølgelse. Men domstolene vurderer nærmere hva slags avhør vedkommende ka risikere og mener det aktuelle er ”kortvarig avhør”. Dette kan tyde på at annerledes kan gjelde hvis politiavhøret er for eksempel blir langvarige, og kanskje med innslag av brutalitet og lignende. Tilsvarende kan se ut til å være lagt til grunn i 2 saker til i domsutvalget mitt, jfr. RG 2001 s. 1081 og Oslo tingretts dom 09343 A/75. Det finnes ikke saker i domsutvalget som skulle tilsi en annen løsning. Dette kan tyde på at det normale er at politiavhør i seg selv *ikke* kan danne grunnlag for ”forfølgelse”. I motsatt fall må det eventuelt foreligge særegne forhold ved avhørssituasjonen eller lignende.

Forfølgelse fra politiets side kan også ta form av vilkårlige og ulovlige husundersøkelser. Jeg har funnet 3 saker om denne problemstillingen. I LB-2001-01116 er det uttalt at ”[f]are for husundersøkelser...vanligvis ikke [er] tilstrekkelig” til å kvalifisere som alvorlige overgrep. Husundersøkelser kan altså normalt heller ikke gi grunnlag for oppfyllelse av forfølgelseskriteriet. Det holdes imidlertid åpent for unntak i mer spesielle tilfelle, jfr. ”vanligvis”. Hvorvidt det skal gjøres unntak vil bero på de enkelte momentene i saken. Dette gjelder for eksempel måten undersøkelsen gjennomføres på; utøves det for eksempel vold i forbindelse med undersøkelsen, hvor lenge undersøkelsen varer og om det tidligere har skjedd lignende undersøkelser m.v. De 2 øvrige sakene gir støtte til denne forståelsen.⁸⁰ Sakene indikerer at gjeldende norsk syn er at man normalt *ikke* anser vilkårlige og ulovlige husundersøkelser som nok til å oppfylle forfølgelsesvilkåret.

⁸⁰ Se sakene RG. 2001 s. 1081 og Oslo tingretts dom 02-09343 A/75.

4.2.2.2 Avsluttende bemerkninger

Ovennevnte redegjørelse av norske myndigheters forståelse av forfølgelsesbegrepet tar bare utgangspunkt i et utvalg av rettsavgjørelser. De slutninger disse gav grunnlag for kan derfor tenkes å bero på tilfeldigheter. Dessuten kommer det forhold at de omtalte avgjørelsene bare er fra underrettspraksis, som normalt har liten vekt ved løsning av rettsspørsmål. Disse forhold tilsier således at de slutninger som er gjort foran i utgangspunktet ikke nødvendigvis gir uttrykk for gjeldende norsk syn på forfølgelsesbegrepet.

Men til tross for dette har sakene vist enkelte tendenser i rettspraksis. Tendensene samsvarer dessuten godt med forvaltningens syn på spørsmålet. De har altså støtte i en annen faktor som er sentral på flyktingerettens området, jfr.uttalelsene om betydningen av forvaltningens standpunkter i Abdisaken. Det er derfor god grunn til å tro at de tendenser vi har sett i domstolenes avgjørelser gir uttrykk for den gjeldende norske oppfatning på området.

4.2.3 Forholdet mellom den internasjonale forståelsen av forfølgelsesbegrepet og den norsk forståelsen av forfølgelsesbegrepet

Som min gjennomgang i punktene ovenfor viser er normen for innholdet i forfølgelseskriteriet så vel etter internasjonale kilder som norske kilder at det kreves *mye* før det foreligger forfølgelse, jfr. henholdsvis kravene om at overgrepene må være ”serious” og ”alvorlig karakter”. Det er kun overgrep som tar form av livsberøvelse, overgrep i form av tortur og andre alvorlige integritetskrenkelser og frihetsberøvelser av en viss lengde samt diskriminering av grov karakter som kan danne grunnlag for forfølgelse så vel etter norske som internasjonale kilder, og det uavhengig av om det skjer som et ledd i straffeforfølgning eller ikke. For innholdet av forfølgelseskriteriet utover dette er man overlatt til konkrete helhetsvurderinger.

I internasjonal rett har man imidlertid etter hvert fått en menneskerettighetsbasert tolking.⁸¹ Når spørsmålet om det foreligger forfølgelse skal besvares, tas det utgangspunkt i hvilken menneskerettighet som er krenket, og spørsmålet blir om krenkelsen er alvorlig nok til å gi grunnlag for ”forfølgelse”.

I norsk praktisering tar man fortsatt utgangspunkt i den tradisjonelle tilnærmingen, så en menneskerettighetsbasert tilnærming mangler. Så lenge de som oppfyller forfølgelseskriteriet anerkjennes etter begge måter, skulle det i utgangspunktet strengt tatt ikke ha noe å si om man benytter seg av en menneskerettighetsbasert tolking av forfølgelseskriteriet eller ikke. Spørsmålet blir om det *likevel* kan bli noen forskjeller.

Ta for eksempel sak LE-1992-01877 hvor det ble påberopt fare for forfølgelse som følge av politisk virksomhet. Retten kom til at personen ikke ”med rette” kunne frykte forfølgelse ved retur. Det var altså ikke sannsynliggjort en fare for forfølgelse. Det ble imidlertid lagt til grunn at medlemmer av en annen politisk underorganisasjon enn den vedkommende person hørte til, kunne risikere problemer ved retur. Retten fant altså at det var en fare for overgrep mot personer tilhørende enkelte politiske grupperinger. Etter menneskerettighetskonvensjonene har enhver rett til blant annet delta i politiske partier. Når enkelte personer kunne risikere overgrep ved retur, krenket situasjonen i hjemlandet denne menneskerettigheten. Domstolen vurderte eventuelle følger som kunne være aktuelle og hvilken risiko det var for at disse kunne inntre. Men det ble ikke vurdert nærmere om en krenkelse av retten til foreningsfrihet i seg selv kunne danne grunnlag for forfølgelse eller ikke. Det kan således sies at domstolen forutsetter at en krenkelse av retten til forsamlings- og foreningsfrihet ikke alene kan danne grunnlag for oppfyllelse av forfølgelseskriteriet. Men dersom slike krenkelser skal kunne danne grunnlag for ”forfølgelse”, kreves det *i tillegg* andre overgrep som fare mot liv, alvorlige integritetskrenkelser, langvarige frihetsberøvelse eller lignende. Etter internasjonale kilder vil på den annen side en krenkelse av en rettighet som forsamlings- og foreningsfrihet i seg selv kunne danne grunnlag for ”forfølgelse” så fremt krenkelsen

⁸¹ Se drøftelse foran under punkt 4.2.1.

er ”serious”, jfr. min drøftelse under punkt 4.2.1. Tolkningen kan med andre ord bli mer liberal enn den som anlegges i Norge.

En annen sak LB-2000-02413 omhandlet religionsfriheten. I saken ble det påberopt dødsstraff som følge av frafall fra islam (apostasi). Retten uttalte her at den var ”...inneforstått med at As religiøse engasjement [kunne] skape visse problemer ved retur til Iran. Flertallet [kunne] imidlertid ikke se at disse er av en slik art eller styrke at det sannsynligg[orde] rett til vern etter utlendingsloven § 15”. Det ble her lagt til grunn at det ville oppstå ”visse problemer” på grunn av konverteringen ved retur. Etter EMK art. 8 og SP art. 18 skal man ha rett til å ha den tro man selv ønsker. Når konverteringen ville skape problemer ved retur, var denne grunnleggende rettigheten krenket i hjemlandet. Retten vurderte hva slags overgrep som kunne være aktuelt og risikoen for at eventuelle overgrep skulle inntre. Hvorvidt krenkelsen av religionsfriheten i seg selv kunne danne grunnlag for ”forfølgelse” ble imidlertid ikke vurdert. Man kan således si at retten forutsetningsvis la til grunn at krenkelsen av religionsfriheten i seg selv ikke var tilstrekkelig for å konstatere ”forfølgelse”. Også her, som ved foreningsfrihetens vedkommende, ble det krevd at det i tillegg måtte være tale om andre overgrep. Etter internasjonal rett er derimot krenkelser av religionsfriheten ikke tillatt, selv i ekstraordinære situasjoner, jfr. eksempelvis EMK art. 15 (2) og SP art. 4. Man antar at religionsfriheten er en av de fundamentale rettighetene. Enhver krenkelse av denne er derfor ansett å være ”forfølgelse” i flyktningekonvensjonens forstand.⁸² Det kan altså bli forskjeller også i relasjon til religionsfriheten ettersom hvilken tolkingstilnærming man bruker.⁸³

Når domstolene ikke er opptatt av krenkelsen av den aktuelle menneskerettigheten, men av hvilke andre konsekvenser bruddet får, ser man at det enkelte ganger kan bli avgjørende forskjeller ettersom man velger den ene tilnærmingen eller den andre. Dette gjelder også andre menneskerettigheter, så som homofiles rettigheter til å praktisere sin seksuelle legning og rettigheter som typisk kommer opp i forbindelse med kvinnesaker,

⁸² Jfr. Goodwin-Gill 1998 s. 68.

⁸³ For andre saker som illustrerer dette poenget se for eksempel LB-2001-01593 og LB-2002-00021.

som rett til velge hvem man vil gifte seg med osv.⁸⁴ Hensynet til våre internasjonale forpliktelser tilsier at man i tråd med internasjonal rett anlegger en menneskerettighetsbasert tolking for å demme opp for eventuelle misforhold til internasjonal rett. Det samme gjør i utgangspunktet Abdisaken som sier at den internasjonale forståelsen skal legges til grunn som gjeldende norsk rett i relasjon til flyktningebegrepets kjerneområde. Men for randsonens vedkommende står imidlertid norske myndigheter mer fritt. Når Høyesterett gir forvaltningsmyndighetene kompetanse til å trekke den nærmere grensen mellom hva som anses som begrepets kjerneområde og randsoner, blir i realiteten norske myndigheters syn avgjørende for hva som skal anses som gjeldende norsk rett. Men befinner tilfellene seg først i det ”harde” kjerneområdet følger det av Abdisaken at forvaltningens oppfatning her må vike for gjeldende internasjonal oppfatning. Når myndighetene idag ikke anlegger en menneskerettighetsbasert tolking av forfølgelsesbegrepet er dette i utgangspunktet i samsvar med det samlede kildematerialet særlig som følge av Abdisaken. Men enkelte rettigheter, som religionsfriheten og retten til å drive politisk virksomhet, anses ifølge internasjonal rett å være av fundamental karakter som det ikke kan gjøres unntak fra selv i ekstraordinære situasjoner. Disse må åpenbart befinne seg i flyktningebegrepets ”harde” kjerneområde. Myndighetene kan dermed ikke utøve en praksis som ikke tar hensyn til disse menneskerettighetene. En manglende menneskerettighetsbasert tolking innebærer således at den norske praktisering blir stridende med den løsning det samlede rettskildematerialet skulle gi grunnlag for hva angår de fundamentale menneskerettighetene. Vedtagelsen av menneskerettsloven og Høyesteretts endrede oppfatning i spørsmålet om internasjonale reglers forrang ved motstrid med norsk regler i relasjon til enkelte menneskerettighetskonvensjoner, viser riktignok at vi i norsk rett er inne i en utvikling på menneskerettighetsområdet. Men det tilgjengelige norske kildematerialet i tilknytning til flyktningekonvensjonens forfølgelsesbegrep gir foreløpig ikke grunnlag for å hevde noe annet enn at man hva angår de fundamentale

⁸⁴ Jfr. for eksempel henholdsvis Oslo tingrett dom og kjennelse 02-12341 A/73 og Oslo tingretts dom og kjennelse 00-03920 A/86.

menneskerettighetene, opererer med et snevrere norsk flyktningebegrep uten at det formelt sett skulle være adgang til det.⁸⁵

4.3 Overgrepens art og styrke etter oppholdstillatelse på humanitært grunnlag

4.3.1 Innledning

Ovenfor har jeg drøftet hvilke typer overgrep som kvalifiserer til asyl. Før jeg kan si noe om grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag med hensyn til overgrepens art, må det kartlegges hvilke typer overgrep som kvalifiserer til oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.

Som tidligere påpekt i 2.2 er det flere forskjellige regler som kan resultere i oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Med henhold til overgrepets karakter krever § 15, 1. ledd, 1. pkt. ”forfølgelse” på samme måte som for asylbestemmelsens vedkommende. Bestemmelsen skulle således ha samme innhold på dette punkt.⁸⁶ Et eventuelt grensespørsmål oppstår dermed ikke her. Den andre bestemmelsen om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag er § 15, 1. ledd, 2. pkt. Kravet til overgrepstype er her angitt som ”fare for å miste livet eller bli utsatt for umenneskelig behandling”. I forarbeidene uttales det at dette kriteriet innebærer at ”...*kravet til arten av den fare som truer...er noe strengere enn etter flyktningsdefinisjonen*”.⁸⁷ Når ordlyden sammenholdt med forhistorien klart indikerer at dette kriteriet er ment å forstås strengere enn forfølgelsesbegrepet, blir det etter all sannsynlighet heller ikke et grensespørsmål til denne bestemmelsen.⁸⁸ Den siste bestemmelsen om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, angir ”sterke menneskelige hensyn” som et sentralt kriterium, jfr. § 8, 2. ledd. Ordlyden kan tyde på at den er videre angitt enn

⁸⁵ Bailliet 2003 og Holth 2003 etterspør også en menneskerettighetsbasert tolking av forfølgelseskriteriet i norsk praksising, jfr. henholdsvis særlig s. 55 flg. og s. 114 flg.

⁸⁶ Jfr. punkt 2.1 og punkt 2.2.2.

⁸⁷ jfr. Ot. prp. nr. 46 (1986-87) s. 202.

⁸⁸ Jeg har ikke gjennomført en systematisk undersøkelse på dette punkt, men praksis tyder på dette.

kravet til forfølgelse etter asylbestemmelsen. Eventuelle grensespørsmål vil dermed kunne oppstå her. Derfor vil innholdet i denne bestemmelsen bli behandlet nedenfor. I og med at jeg skal trekke grensen mot asylbestemmelsen, vil det strengt tatt ikke være nødvendig å se på den nedre grense til § 8, 2. ledd. Jeg vil således konsentrere meg primært om de tilfeller som anses å falle innenfor § 8, 2. ledd.

En naturlig språklig forståelse av kriteriet ”sterke menneskelige hensyn” tilsier at det her kreves en konkret helhetsvurdering av situasjonen hvor mange forskjellige momenter kan komme inn. Det angis ingen spesielle krav til overgrepens type; ingen typer overgrep fremheves her. I prinsippet kan alle former for overgrep være omfattet. Den nærmere konkretiseringen av hvilke type overgrep som omfattes og hvordan vurderingen av sterke menneskelige hensyn foretas, vil bli utdypet i det følgende med særlig bakgrunn i de øvrige kildene.

4.3.2 Særlige metodespørsmål

Som det ble sagt innledningsvis i oppgaven skulle oppgavens problemstillinger behandles med utgangspunkt i rettspraksis. Av de sakene jeg har tilgjengelig er det imidlertid bare én avgjørelse hvor en person innvilges oppholdstillatelse på humanitært grunnlag etter § 8, 2. ledd.⁸⁹ De øvrige saker er avslagssaker, noe som har sin bakgrunn i at domstolene sjelden overprøver myndighetenes standpunkter på dette punkt, jfr. i denne sammenheng særlig Rt. 1997 s. 1784. Som følge av dette legges forvaltningens standpunkt til grunn uten at domstolene nødvendigvis selv foretar noen selvstendige vurderinger. Avgjørelsene inneholder videre så og si aldri innholdet i forvaltningens vurdering. Skal man få en forståelse av forvaltningens syn på dette punkt er man således nødt til å se på forvaltningens egen praksis. Men denne er, med unntak av UNEs database ikke tilgjengelig for offentligheten. I det følgende vil jeg derfor primært benytte meg av saker fra UNEs database. Imidlertid er kun en begrenset mengde saker være tilgjengelige gjennom databasen. Hertil kommer det forhold at sakene kun legges

⁸⁹ Jfr. RG. 1995 s. 476.

ut i sammendragsform. Det vil således i utgangspunktet være vanskelig trekke å sikre slutninger om gjeldende rett ut fra et dette materialet.

Jeg skal imidlertid her først og fremst se på hvilke *former for overgrep* som er blitt trukket inn i vurderingen. Her vil i prinsippet en iakttagelse av sammendraget som er tilgjengelig i seg selv være tilstrekkelig. Dette lar seg således enkelt gjøre ut i fra de tilgjengelige sakene. I det følgende vil jeg dermed redegjøre kort for de overgrepstyper som var å finne i sakene og det vil bli henvist til noen eksempler fra UNEs saker.

Mer komplisert er det å trekke slutninger om hvilken betydning de aktuelle overgrepene har i den konkrete vurderingen. Saksmaterialet er i utgangspunktet for spinkelt til dette formål, men i den grad det lar seg gjøre å trekke noen slutninger av tilstrekkelig kvalitet vil også dette bli gjort i det følgende.

4.3.2.1 Særlig om utvelgelse av saker fra UNE

I utgangspunktet søkte jeg i UNEs database på det forhåndprogrammerte søkekriteriet ”Asyl; opphold på humanitært grunnlag”. Jeg fikk treff på saker som omhandlet alle beskyttelsesgrunnlagene som er aktuelle i denne oppgaven, jfr. ovenfor. Sakene hadde forskjellige utfall. Etter en første gjennomgang av en rekke av disse sakene observerte jeg at de aller fleste av dem gikk ut på avslag også etter oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, jfr. § 8, 2. ledd. I disse sakene konsentrerte begrunnelsen seg fortrinnsvis om hvorfor vedkommende asylsøker ikke fikk beskyttelse etter de øvrige beskyttelsesgrunnlag. I tilknytning til vurderingen av beskyttelse etter § 8, 2. ledd nøyde UNE seg med å uttale følgende:”*[d]et var heller ikke grunnlag for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag*”.

Det var altså ingen begrunnelse for avslaget og man kunne således ikke hente noe informasjon om UNEs rettsoppfatning i disse sakene. De gangene jeg så at oppholdstillatelse på humanitært grunnlag var innvilget var det imidlertid noen flere kommentarer i tilknytning til § 8, 2. ledd. Dessuten ble det ofte lagt inn en setning om at klagen var tatt ”delvis” til følge. For finne frem til sakene som kunne inneholde noe av relevans i forhold til min oppgave, søkte jeg derfor med søkeordet ”delvis” i tillegg til ”Asyl; opphold på humanitært grunnlag”. Jeg fikk da 142 treff i databasen. Av hensyn til så vel den tid jeg har hatt til rådighet til oppgaven, som oppgavens omfang, begrenset

jeg meg til de 60 første sakene som søkerresultatet ga treff på. Enkelte av sakene i dette saksmaterialet inneholdt innvilgelser av beskyttelse på annet grunnlag enn § 8, 2. ledd. Disse sakene ble tatt ut. Det samme ble saker angående innvilgelser som følge av at asylsøknaden hadde vært inne til behandling i over 15 måneder. Heller ikke disse gav noen form for informasjon om hvilke form for overgrep eller hvor store krav det ble stilt til de aktuelle overgrepene etter § 8, 2. ledd. Til slutt satt jeg igjen med 36 saker som kunne bidra med noe til den problemstillingen jeg søkte å belyse, jfr. vedlegg 3. Disse sakene vil bli brukt i drøftelsen nedenfor.

4.3.3 Nærmere om kravene til overgrep i relasjon til ”sterke menneskelige hensyn”

I UNEs sak 80017563:80 ble det gitt oppholdstillatelse på humanitært grunnlag blant annet som følge av at ”mulige overgrep var av meget alvorlig karakter”. Man anså altså at alvorlige overgrep måtte tillegges betydelig vekt i vurderingen etter § 8, 2. ledd. Overgrep hvor det gjør seg gjeldende tungtveiende menneskelige hensyn, vil måtte anses som overgrep av ”alvorlig karakter”. Typiske former for slike overgrep vil være overgrep som resulterer i livsberøvelse, vilkårlige og grove integritetskrenkelser og ubegrunnede langvarige frihetsberøvelser.⁹⁰

I flere saker legges det vekt på asylsøkerens ”sikkerhetssituasjon” i hjemlandet når oppholdstillatelse innvilges ut fra ”sterke menneskelige hensyn”.⁹¹ De nærmere overgrep som kan risikeres, behandles imidlertid ikke nærmere. Dette kan tyde på at alvorligheten av eventuelle overgrep ikke står sentralt, så lenge det kan konstateres at det foreligger muligheter for at overgrep i det hele tatt kan skje. Dette kan tilsi at også mindre alvorlige overgrep kan være relevante i vurderingen av ”sterke menneskelige hensyn”. Med andre ord trenger det for eksempel ikke å være tale om alvorlig overgrep av typen som grove integritetskrenkelser, også mindre grove integritetskrenkelser kan være relevante i denne vurderingen.

⁹⁰ Se for eksempel forannevnte UNE-sak som omhandlet fare for tap av liv og overgrep i form av tortur.

⁹¹ Se eksempelvis UNE-sakene 860809187:80, 41081497:80 og 44036533:80.

Av flere saker fremgår det videre at også sosiale problemer som fordømmelse, isolasjon og stigmatisering tillegges vekt i vurderingen av ”sterke menneskelige hensyn”.⁹² Den påkjennning det er å måtte etablere seg på ny, herunder tilknyttede økonomiske problemer, trekkes også frem i praksis.⁹³ Ikke nok med det, også selve frykten for overgrep som man må leve med dersom man returneres til hjemlandet, tas med i betraktning i vurderingen etter § 8, 2. ledd.⁹⁴ Man ser altså at overgrep som må karakteriseres som ”lempeligere” sammenlignet med overgrep av typen livsberøvelse osv., også anses som relevante i denne vurderingen. Så lenge det gjør seg menneskelige hensyn gjeldende, synes praksis å ta med i betraktning et bredt spekter av overgrepstyper.

Ett spørsmål er hvilke typer overgrep som anses *relevante* i vurderingen etter § 8, 2. ledd. Noe helt annet er hvilken *betydning* de skal tillegges i denne vurderingen. Hvorvidt et overgrep i seg selv kan kvalifisere til oppholdstillatelse på humanitært grunnlag er avhengig av om de menneskelige hensynene som gjør seg gjeldende er å anse som ”sterke”.

For de mest alvorlige overgrepene nevnt ovenfor, vil det lettere kunne argumenteres for at kravet til ”sterke menneskelige hensyn” er oppfylt.⁹⁵ Det kan imidlertid stille seg annerledes med henhold til de mindre alvorlige overgrepene.

I Oslo tingretts dom 01-9554 A/18 ble det uttalt følgende: ”*Det er ikke nok at situasjonen...er spent og at de økonomiske utsiktene og utsiktene til å få bolig er dårlig*”. I en annen sak LB-2002-02473 fant man det ikke å være ”...*tilstrekkelig at for å få opphold at man får problemer i hjemlandet*” (min understrekning). Sakene tyder på at slike mindre alvorlige overgrep ikke i seg selv anses for å være ”sterke” nok. Forvaltningen synes å dele domstolenes oppfatning på dette punkt.⁹⁶

⁹² Jfr. blant annet UNE-sakene 41081428:80, 41003834:80, 80038066:88, 44038585:80 og 44038533:80.

⁹³ Se for eksempel UNE-sakene 86089321:80 og 41003834:80.

⁹⁴ Se her UNE-sak 41081497:80.

⁹⁵ Jfr. UNE-saken 80017563:80.

⁹⁶ Se som eksempel UNE-sakene 41081428:80, 41003834:80, 41006572:80.

Foruten hva slags overgrep det dreier seg om, må også andre momenter tas med i betraktningen etter § 8, 2. ledd som følge av angivelsen av vurderingstemaet som en helhetsvurdering. Dersom det for eksempel er barn involvert i saker, tillegges deres beste vekt i vurderingen av ”sterke menneskelige hensyn”.⁹⁷ Overgrep som i seg selv ikke anses tilstrekkelig til å oppfylle kravene til ”sterke menneskelige hensyn” kan slå annerledes ut når man ser overgrepene i sammenheng med hensynet til barna.

Et annet typisk moment som trekkes frem er hensynet til enslige kvinner. Man erkjenner at enslige kvinner fra enkelte land ved retur kan få problemer grunnet sosiale og kulturelle forhold der.⁹⁸ Videre trekkes også frem asylsøkers fysiske og mentale tilstand. Lider for eksempel vedkommende av betydelige psykiske problemer tillegges dette vekt i vurderingen etter § 8, 2. ledd.⁹⁹ Overgrep som i seg selv ikke blir ansett å oppfylle kravene til ”sterke menneskelige hensyn” kan, sett i sammenheng med momenter som nevnt, og andre, medføre at det likevel foreligger grunnlag for opphold etter § 8, 2. ledd.

4.3.3.1 Avsluttende bemerkninger

Gjennomgangen ovenfor viser at praksis fra UNE og domstolene gir grunnlag for å hevde at et bredt spekter av overgrepsformer må betraktes som relevante i forhold til vurderingen etter § 8, 2. ledd. Riktignok tar analysen foran bare utgangspunkt i et utvalg av saker avgjort av UNE, og det i sammendragsform i tillegg til noen få avgjørelser fra domstolene. Men når ordlyden også åpner opp for et bredt spekter av overgrepsformer ved å angi kravet uten å fremheve noen overgrepsformer, jfr. ”sterke menneskelige hensyn”, har praksis støtte i ordlyden på dette punkt. Dermed kan det legges til grunn at

⁹⁷ Se for eksempel UNE-sakene 41003834:80, 44033537:80, 44018137:80, 41038785:80. Se også RG 1995 s. 476.

⁹⁸ Se for eksempel UNE-sakene 41003834:80 og 80010904:80. Se også LB-2002-03456.

⁹⁹ Se for eksempel UNE-sakene 44018137:80, 41081428:80, 44048582:80. Enkelte ganger kan psykiske problemer og fysiske problemer i seg selv medføre at kravet til ”sterke menneskelige hensyn” er oppfylt. Det stilles da som krav at problemene er ekstraordinære og at helsebehandlingen i hjemlandet ikke antas å være tilfredsstillende, se i denne anledning for eksempel Oslo tingretts dom 01-09554 A/18.

det samlede rettskildematerialet åpner opp for å trekke inn diverse former for overgrepstyper i vurderingen etter § 8, 2. ledd.

Sakene foran viser dessuten at de alvorlige overgrepene i seg selv gir grunnlag for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, mens andre mer lempeligere overgrep ikke er tilstrekkelig alene. Men ved tilstedeværelsen av bestemte momenter, som for eksempel at saken involverer barn eller vedkommende asylsøker er psykisk svekket eller at det dreier seg om en enslig skilt kvinne, *kan* lempeligere overgrep likevel omfattes av § 8, 2. ledd. Når det gjelder disse slutningene, svekkes riktignok deres holdbarhet av det forhold at jeg bare hadde med et utvalg av UNE-saker. Men når det tross alt er en rekke av disse sakene som går i samme retning er det stor grunn til å tro at de likevel gir et dekkende uttrykk for forvaltningens oppfatning på dette spørsmål. Når vi i tillegg er på et område hvor domstolene overlater praktiseringen av § 8, 2. ledd til først og fremst til forvaltningen, er det grunn til å tro at forvaltningens syn behandlet foran vil bli lagt til grunn av domstolene om spørsmålene dukker opp for dem.¹⁰⁰ Forvaltningens standpunkter gir således uttrykk for det syn det samlede kildematerialet gir grunnlag for.

4.3.3.2 Særlig om straffeforfølging

På samme måte som i relasjon til asylbestemmelsen, må også kriteriet ”sterke menneskelige hensyn” forstås med den begrensning at ordinær straffeforfølging er legitimt. Utgangspunktet vil derfor være at straffereaksjoner i sin alminnelighet *ikke* kvalifiserer til opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn.

Enkelte ganger kan imidlertid de aktuelle straffereaksjonene være *uforholdsmessig strenge*. En enkel forseelse kan for eksempel være belagt med flere års fengsel. I slike tilfeller vil de menneskelige aspekter kunne tilsi behov for beskyttelse. Slik forstås det også i forvaltningspraksis.

¹⁰⁰ Jfr. særlig Rt. 1997 s. 1784.

Andre ganger kan også handlinger som er *beskyttet av menneskerettighetene* være belagt med straff. Som illustrasjon kan for eksempel nevnes dødsstraff for homofili i Iran. I og med at menneskerettighetene beskytter sentrale menneskelige hensyn skulle man tro at krenkelser av disse normalt oppfylte kravene til ”sterke menneskelige hensyn”. I Oslo tingretts dom og kjennelse 01-11219 er det imidlertid for homofilis vedkommende lagt til grunn at ”*behov[et] for homofil praksis ikke regnes som særlig menneskelig hensyn*”. Retten la således til grunn at krenkelser av retten til å praktisere sin seksuelle legning ikke i seg selv oppfyller kravene til ”sterke menneskelige hensyn”. Det er altså ikke nok at denne menneskerettigheten er krenket og belagt med straff i hjemlandet. Det kreves imidlertid mer.

Et annet eksempel er sak LB-2002-00021 som gjaldt spørsmålet om religionsfriheten. Denne rettigheten omfatter rett til å ha den tro man selv ønsker, jfr. EMK art. 8 og SP art. 18. I forannevnte sak hadde et ektepar fra Iran konvertert fra Islam til Jehovas Vitner og anførte dødsstraff i hjemlandet som følge av frafall fra Islam som grunnlag i sin sak. Riktignok hadde retten ikke vurderingen etter § 8, 2. ledd til prøve, men av saken for øvrig fremgår det at utlendingsmyndighetene ikke fant grunnlag for opphold på humanitært grunnlag, herunder det at ikke forelå ”sterke menneskelige hensyn”. Forvaltningen kan således se ut til å ikke gi grunnlag for opphold som følge av krenkelse av religionsfriheten alene. Også i forhold til de fundamentale rettigheter som religionsfrihet kan det derfor se ut som myndighetene krever tilstedeværelse av andre momenter i saken før man anser kravet om ”sterke menneskelige hensyn” som oppfylt.

De fundamentale menneskerettighetene er imidlertid beskyttet av internasjonale regler som EMK art. § 15 (2) og SP art. 4. Man har ansett disse rettighetene som meget sentrale. Kravet om ”sterke menneskelige hensyn” burde således være å anse som oppfylt om disse rettighetene blir krenket. I relasjon til disse rettighetene kan det derfor se ut som den norske praktiseringen ikke er helt samsvar med våre internasjonale forpliktelser når det ikke anses tilstrekkelig at en slik rettighet er krenket, men at man krever tilstedeværelse også av andre forhold. Etter § 4 i utlendingsloven og menneskerettslovens bestemmelser er blant annet konvensjonene EMK og SP som gir regler om beskyttelse av de fundamentale menneskerettighetene, å anse som inkorporert i norsk rett. Som følge av dette kan den avvikende praktisering som antydnet ovenfor,

ikke godtas å være i samsvar med den løsning som harmonerer best med det samlede rettskildematerialet.

Når det gjelder de *øvrige rettigheter*, de ikke-fundamentale, vil ikke ethvert brudd ramme vedkommende person like hardt. Her vil man derfor være nødt til å foreta en helhetsvurdering. Brudd på enkelte av disse rettighetene kan ramme en person hardt, selv om disse ikke tradisjonelt er anerkjent å være av fundamental karakter. Derfor bør det nok likevel være rom for å anse krenkelsen i seg selv som tilstrekkelig. Hvordan klassifiseringen her eventuelt bør skje, vil vel i første rekke bero på myndighetenes vurderinger da det ikke følger noen internasjonale forpliktelser på dette.

Hos oss er det imidlertid foreløpig slik at retten til for eksempel å praktisere sin legning for homofile ikke anses som ”særlig menneskelig hensyn”, jfr. Oslo tingretts dom og kjennelse 01-11219. Forvaltningens syn om å kreve ytterlige momenter i saken her og for andre rettigheter som ikke er av fundamental karakter, kan imidlertid ikke kritiseres de lege lata. Etter min mening burde derimot for eksempel homofiles rett til å praktisere sin legning være tungtveiende nok alene.

4.4 Grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag med hensyn til overgrepene art og styrke

Vi har i de foregående kapitlene sett på innholdet i asylinstituttet og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag med tanke på overgrepstypene. Men hvilke overgrep kan danne grunnlag for asyl og hvilke faller utenfor asyl, men innenfor oppholdstillatelse på humanitært grunnlag? Med andre ord; hvor kan man si at grensen mellom disse to grunnlag for opphold går? Dette spørsmålet vil bli behandlet i det følgende.

Asyl kan som nevnt foran omfatte alvorlige overgrep som livsberøvelse, grove integritetskrenkelse så som tortur, langvarige frihetsberøvelser, systematisk diskriminering, og reaksjoner av alvorlig karakter i forbindelse med straffeforfølgningen.¹⁰¹ Disse overgrepsformene utgjør dermed en del av

¹⁰¹ Jfr. punkt 4.2 ovenfor.

asylbestemmelsens virkeområde. Imidlertid kan oppholdstillatelse på humanitært grunnlag også fange opp forannevnte overgrepsformer, som dermed også utgjør en del av dette grunnlags virkeområde. Man ser altså at asyl og oppholdstillatelse her har overlappende virkeområder.

Oppholdstillatelse på humanitært grunnlag kan som nevnt foran også omfatte tilfeller av mindre alvorlige overgrep så som mindre grove integritetskrenkelser, kortvarige frihetsberøvelser, fordømmelse, sosial isolasjon, stigmatisering, påkjenninger ved å etablere seg på ny i hjemlandet og selve frykten for overgrep.¹⁰² Utgangspunktet er riktignok at slike overgrep ikke omfattes av oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, men ved tilstedeværelsen av momenter som hensynet til mindreårige barn, hensynet til enslige kvinner, hensynet til den psykiske og fysiske tilstanden til asylsøkeren, kunne selv slike mindre alvorlige overgrep være tilstrekkelig. Overgrep av typen nevnt foran ville normalt ikke være omfattet av asyl og skulle saken ha dreid seg om barn eller enslige kvinner eller en person med svak psykisk eller fysisk helse, ville det mest sannsynlig ikke ha gjort noe avgjørende forskjell i relasjon til asylbestemmelsen.

Derfor kan man si at grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag med hensyn til spørsmålet om overgrepens art og styrke går ved der et overgrep ikke lenger kan sies å ha ”alvorlig karakter” til ”mindre alvorlig karakter”.

Hvorvidt et overgrep skal karakteriseres som alvorlig eller mindre alvorlig vil nødvendigvis måtte bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle, hvor den enkelte norske myndigheters vurderinger blir avgjørende, da man ikke kan utlede føringer fra internasjonale regler på så spesifikke vurderinger. Man kan således i utgangspunktet vanskelig hevde at norske myndigheters praktisering ikke er helt i samsvar med våre internasjonale forpliktelser eller for øvrig strider mot de løsninger som rettskildemessig har beste grunner for seg.

Når det gjelder dagens praktisering hva angår de fundamentale menneskerettigheter, ble det imidlertid foran påpekt at denne var problematisk i relasjon til tolking av det

¹⁰² Se punkt 4.3.3 ovenfor.

samlede kildematerialet på dette punkt.¹⁰³ I Norge krever man at brudd på flere av disse, som for eksempel religionsfriheten, i seg selv ikke er tilstrekkelig for å oppfylle forfølgelseskriteriet. Skal brudd på disse kunne danne grunnlag for oppfyllelse av forfølgelseskriteriet kreves i tillegg tilstedeværelse av andre overgrep i den konkrete sak. Tilsvarende praktiseres i dag også i forhold til regelen om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, noe som også ble ansett uheldig de lege lata.¹⁰⁴ Etter dagens praksis går det således ingen grense mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag hva angår brudd på de fundamentale rettigheter alene. Hadde imidlertid den norske praktiseringen vært i tråd med de løsninger som følger av tolkingen av rettskildematerialet på på dette punkt, hadde nedre grense for asyl gått et sted mellom brudd på de fundamentale menneskerettigheter og brudd på de mindre fundamentale menneskerettigheter. En praktisering etter disse retningslinjer ville naturligvis ført med seg en gråson mellom brudd på de fundamentale menneskerettigheter og de mindre fundamentale menneskerettigheter. Tilfeller som befant seg i denne gråsonen ville man kanskje ha subsumert under oppholdstillatelse på humanitært grunnlag som følge av tvilen som ville ha gjort seg gjeldende for disse tilfellene. Dermed hadde det kanskje også gått en grense mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært nettopp ved de tilfeller som faller mellom brudd på de fundamentale menneskerettigheter på den ene siden og brudd på de mindre fundamentale menneskerettigheter på den annen side, altså gråsonetilfellene.

¹⁰³ Se punkt 4.2.3 foran.

¹⁰⁴ se punkt 4.3.3.1 og 4.3.3.2 foran.

5 RISIKOKRAV

5.1 Innledning

Sannsynligheten for at påberopte overgrep skal inntre kan være forskjellige i de enkelte sakene. I enkelte tilfeller er det ganske sikkert at forfølgelse skal skje, mens i andre tilfeller kan det være stor usikkerhet knyttet til om forfølgelse vil kunne finne sted. Graden av faren for at forfølgelse vil kunne finne sted vil naturligvis påvirke hvor sterke beskyttelseshensyn som gjør seg gjeldende i det konkrete tilfellet. Er det ganske sikkert at forfølgelse vil finne sted, vil det være et sterkere behov for beskyttelse og vice versa.

I og med at risikovurderingen primært dreier seg om forhold i fremtiden, vil det være vanskelig for en asylsøker å dokumentere sikkert at en bestemt risikograd for forfølgelse ved en eventuell retur foreligger. Hensynet til asylsøkeren tilsier således at det ikke stilles for strenge krav til risikoen. På den annen side er det en kjennsgjerning at mange asylsøkere ikke har et reelt beskyttelsesbehov, men som bruker asylinstituttet til å komme seg vekk fra sitt hjemland. For å klare og skille ut disse personene bør kanskje risikokravet ikke stilles for lempelig.

Som man ser gjør det seg tungtveiende hensyn i retning av at kravene til risikoen ikke bør stilles for strengt, men også tungtveiende hensyn som tilsier at kravene ikke bør stilles for lempelig. I det følgende skal jeg se på grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag med hensyn til risikokravene. Som et ledd i behandlingen av dette spørsmålet vil jeg måtte ta stilling til hvordan de ovennevnte kryssende hensyn er avveid i forhold til hverandre, i relasjon til så vel asyl som oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Før jeg gjør dette er det grunn til å foreta enkelte presiseringer og avgrensinger.

Vurderingen av hvorvidt forfølgelse vil finne sted eller ikke, vil i prinsippet inneholde to elementer; spørsmålet om risiko og spørsmålet om bevis. Spørsmålet om risiko går ut på å vurdere sannsynligheten for at overgrep skal finne sted. Den er med andre ord først og fremst *fremoverskuende*. Når det gjelder bevisspørsmålet går dette imidlertid ut på å vurdere sannsynligheten av noe som har skjedd. Riktignok dreier også denne vurderingen seg om å vurdere sannsynligheten av et forhold, men denne gjelder vurdering av forhold som allerede har funnet sted. Vurderingen er med andre ord primært *tilbakeskuende*. Selv om det er glidende overganger her gjelder likevel risikovurderingen og bevisvurderingen således ulike forhold.¹⁰⁵ Når jeg i det følgende skal behandle risikokravspørsmålet er det derfor viktig å holde denne problemstillingen atskilt fra bevisproblematikken.

En helhetlig behandling av risikospørsmålet krever også omtale av de momenter som kan være relevante å ta i betraktning i vurderingen av størrelsen på risikoen etter henholdsvis asylvurderingen og vurderingen etter oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Sentrale momenter i vurderingen etter så vel asyl som oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, vil være søkers personlige historie og om det har vært tilfeller av forfølgelse i vedkommende hjemland av andre personer i noenlunde samme situasjon som søker. Stort sett kan det legges til grunn at de samme momenter går igjen i vurderingene etter begge grunnlagene. Men det kan nok tenkes enkelte forskjeller her for asyl og oppholdstillatelses vedkommende. Oppgavens omfang tillater meg imidlertid ikke å gå nærmere inn på hvilke forskjeller det eventuelt kan være tale om. Jeg vil i det følgende konsentrere meg om grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag i relasjon til kun spørsmålet om risikoterskel.

5.2 Risikokravet etter asyl

Flyktningekonvensjonens flyktningebegrep oppstiller et krav om ”well-founded fear” for at forfølgelse skal finne sted. Det samme risikokrav er gjort til vilkår for asylbestemmelsen når den bygger på flyktningekonvensjonens flyktningebegrep, jfr. §

¹⁰⁵ Einarsen 2000 presierer også dette poenget, jfr. s. 394.

17 jfr. § 16. Siden risikokravet i utgangspunktet følger av flyktningekonvensjonen, vil jeg først kartlegge kravets innhold gjennom tolking av konvensjonensteksten på bakgrunn av dens kilder og slutningsnormer angitt i Wienkonvensjonen om traktater og art. 38 i statuttene til Den internasjonale domstolen. Senere vil jeg kartlegge innholdet i den norske praktiseringen av risikokravet, før jeg knytter noen kommentarer til forholdet mellom den internasjonale forståelse og den nasjonale forståelsen.

5.2.1 Den internasjonale forståelsen av risikokravet

Når flyktningekonvensjonen krever at frykten må være "well-founded" eller velbegrunnet, indikerer ordlyden at ikke hvilken som helst risiko for forfølgelse er tilstrekkelig. På den annen side kan det heller ikke sies at det må foreligge absolutt sikkerhet med henhold til at forfølgelse kan finne sted. Når det gjelder hvor terskelen egentlig går, kan man imidlertid ikke utlede dette direkte av ordlyden, men er henvist til å forsøke å finne løsningen gjennom en tolkning av de øvrige rettskildedefaktorer.¹⁰⁶

Høykommissæren anser for sin del kravet til "well-founded fear" som oppfylt når frykten er "reasonable".¹⁰⁷ Mens forarbeidene omtaler innholdet i "well-founded" som et krav om "good reasons".¹⁰⁸ Begge disse angivelsene indikerer at det oppstilles en risikoterskel som må være tilstede før flykningedefinisjonens vilkår er å anse som oppfylt. Men i likhet med ordlyden i konvensjonen, er det få holdepunkter i så vel Håndboken som i forarbeidene om hvor terskelen går.

Fra nasjonal rett kan det nevnes en prinsipiell dom fra amerikansk høyesterett. I relasjon til risikokravspørsmålet ble her uttalt følgende: "*[o]ne can certainly have a well-founded fear of an event happening when there is less than a 50 % chance of the*

¹⁰⁶ Se Einarsen 2000 som mener at ordlyden gir holdepunkter for å si lavere risikoterskel enn sannsynlighetsovervekt, jfr s. 426.

¹⁰⁷ Kommer til uttrykk flere steder. Som eksempler kan det vises til punkt 41 og 45 i Håndboken.

¹⁰⁸ Se for eksempel Ad hoc Committee on Statelessness and Related Problems, UN doc E/1618 (17 Feb 1950).

occurrence taking place".¹⁰⁹ Det ble altså lagt til grunn at selv risiko under 50 % kunne være tilstrekkelig til å anse kravet til "well-founded fear" som oppfylt. Riktignok har dommen først og fremst sitt virke i amerikansk rett, men dens standpunkt på dette punkt er lagt til grunn også av andre lands domstoler.¹¹⁰ Statspraksis kan således se ut til å tilsi at frykten for forfølgelse er "well-founded" selv om risikoen er lavere enn 50 %.

I utgangspunktet har riktignok statspraksis begrenset rettkildemessig vekt ved kartlegging av rettstilstanden som følger av folkeretten. Primærkildene er imidlertid, som forklart ovenfor, uklare med henhold til spørsmålet om innholdet av risikokravet. En presisering av risikokravet i retning av at også lavere risiko enn 50 % er nok til at kravet om "well-founded fear" er å anse som oppfylt, er lagt til grunn i praksis fra flere av de toneangivende landene på flyktningerrettens område.¹¹¹ Dette forhold bør således tillegges betydelig vekt. Særlig gjelder dette når den løsningen statspraksis angir har støtte i andre faktorer som hensynet til flyktningene og juridisk teori.¹¹² Etter dette skulle således folkerettslige kilder tolket tilsi at risikokravet kan være oppfylt selv ved lavere risiko enn 50 %.

Når det gjelder det nærmere kravet til risiko for øvrig sier ikke rettskildene noe om dette. Vurderingen vil således være avhengig av den enkelte saken. Sentrale momenter i denne vurderingen vil være momenter som hva slag forfølgelse vedkommende kan risikere. Jo mer alvorlig form for forfølgelse, jo mindre strenge krav stilles til risikoen.

¹⁰⁹ Se *I.N.S. v. Cardoza-Fonseca* (USA, 1987)

¹¹⁰ Se som eksempler *R. v. Secretary of State for the Home Department* (UK, 1987), *Chan v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs* (Australia, 1989) og *Adjei v. Minister of Employment and Immigration* (Canada, 1989)

¹¹¹ USA, Storbritannia, Canada og Australia.

¹¹² Se for eksempel *Grahl-Madsen* 1966 s. 180, som det også ble vist til i *I.N.S. v. Cordoza-Fonseca* omtalt ovenfor.

5.2.2 Den norske forståelsen av risikokravet

5.2.2.1 Innledning

Allerede innledningsvis er det grunn til å gjøre oppmerksom på hvordan de norske myndighetene omtaler risikospørsmålet i sine dokumenter. Som illustrasjon på deres forståelse kan her nevnes Retningslinjene fra Justisdepartementet.¹¹³ I punkt 5 finner man uttalelser om kravene til hvorvidt ”...forfølgelse skal bli resultat ved retur”,¹¹⁴ og videre kravene til ”grad av fare”. Disse kan begge se ut til å angi det nærmere temaet for behandlingen under punkt 5, som kan tyde på å være risikokravet etter § 17, jfr. § 16. Et annet sted i Retningslinjene, under samme punkt, heter det imidlertid at departementets prinsipielle syn på spørsmålet som behandles under nevnte punkt kommer til uttrykk i ”...Ot. prp. nr. 46 (1986-87) side 103”.¹¹⁵ Forarbeiduttalelsene som det henvises til her behandler imidlertid bevisproblematikken. Henvisningen til forarbeidene etterlater således et inntrykk av at Retningslinjene har til hensikt å regulere bevisspørsmålet og ikke risikospørsmålet. Dermed blir det noe uklart hvilke spørsmål Retningslinjene omhandler under punkt 5.

I de tilfeller Retningslinjene har vært omhandlet blant de rettsakene jeg har tilgjengelig, har domstolene behandlet uttalelsene i Retningslinjene i forbindelse med bevisspørsmål.¹¹⁶ På den annen side er det ingen tvil om at også risikospørsmålet er omtalt i Retningslinjene fra departementet når den omtaler kravene til ”grad av fare” for forfølgelse. Det kan i det hele se ut som at departementet ser på risikospørsmålet som en særlig form for bevisspørsmål og derfor ikke finner grunn til å skille ut risikospørsmålet som et eget spørsmål. En undersøkelse fra 2003 foretatt av Bailliet viser at

¹¹³ Retningslinjer for nye asylkriterier 1998.

¹¹⁴ Riktignok faller uttalelsen i forbindelse med omtalen av § 15, 1. ledd, 1. pkt. og ikke § 17, jfr. § 16. Men poenget med å bringe inn § 15, 1. ledd 1. pkt. var for å sammenligne reglene. I og med uttalelsene behandler det nærmere temaet for Retningslinjene i punkt 5, gjelder da uttalelsen også § 17, jfr. § 16.

¹¹⁵ s. 7 i Retningslinjene.

¹¹⁶ Se sakene Oslo tingrett dom 01-6287 A/23 og RG. 2001 s. 1081.

at også UDI og UNE har en tendens til å ikke skille mellom spørsmålet om risiko og bevis.¹¹⁷

Når det gjelder domstolene omtaler disse risikospørsmålet som et selvstendig krav etter flyktningekonvensjonen i 2 av de 10 sakene jeg har tilgjengelig når det gjelder risikokravspørsmålet.¹¹⁸ Disse sakene indikerer at domstolene er fullt klar over forskjellen mellom bevisvurdering og risikovurdering. På den andre side har man saker som Oslo byretts dom og kjennelse 01-08191 A/61, som illustrerer hvordan domstolene foretar en risikovurdering. I det følgende siteres store deler av risikovurderingen:

”Retten kan ikke se at [A] har imøtegått den beskrivelse og vurdering av de homoseksuelles situasjon i Libanon, som Den norske ambassaden i Damaskus har foretatt henholdsvis 10.07.01 og 07.10.01. Han har heller ikke godgjort at han befinner seg i en særlig utsatt situasjon. I sistnevnte redegjørelse fra Ambassaden konkluderes det med at det er fullt mulig å være homoseksuell og leve ut sin legning som sådan uten at det medfører forfølgelse eller trakassering. Den som velger å stå frem offentlig med sin homoseksuelle legning, vil imidlertid kunne bli møtt med negative reaksjoner fra familien, nærmiljøet og fra myndighetenes side. I forhold til familien er utstøtelse påregnelig. Derimot er det ikke kjent at noen er drept av familie eller venner på grunn av homoseksualitet. Ambassaden har på dette punkt konferert med en libanesisk menneskerettighetsorganisasjon og en libanesisk advokat med god kjenneskap til denne type saker.”

Som man ser av uttalelsene, konsentrerer retten seg om beskrivelse av forholdene for de homoseksuelle i Libanon på det tidspunkt man vurderer å returnere asylsøkeren til hjemlandet. Etter gjennomgangen av forholdene i Libanon konkluderer retten direkte med at den ikke kan se at ”...[A] med rette frykter forfølgelse...”. Retten danner seg altså en oppfatning av risikoen for fremtidig forfølgelse ut fra hvordan forholdene i

¹¹⁷ Jfr. Bailliet 2003 blant annet s. 6.

¹¹⁸ Se sakene Oslo byretts kjennesle 99-11454 A/67 og RG. 2001 s. 1081. I sistnevnte sak omhandles også Retningslinjene til Justisdepartementet, men da i forbindelse med bevisvurderingen.

hjemlandet er på returtidspunktet. Når retten ikke problematiser risikokravene, men konkluderer direkte etter at bevisvurderingen er foretatt, kan en nærliggende slutning være at også domstolen i likhet med myndighetene for øvrig, ikke skiller mellom risiko- og bevisvurderingen, men anser risikovurderingen som en særlig form for bevisspørsmål og derfor legger til grunn samme normer som for bevisvurderingen.

Betraktningmåten i ovennevnte sak anlegges også i de 7 øvrige sakene jeg har tilgjengelig om risikospørsmålet.¹¹⁹ Det kan derfor hevdes at saken er en dekkende illustrasjon på en typisk vurdering av risiko fra domstolenes side.

På bakgrunn av gjennomgangen ovenfor kan man si man må være oppmerksom på at myndighetene i Norge ikke alltid skiller mellom risiko- og bevisvurderingen, men ser på risikospørsmålet som et spørsmål om bevis. Dette vil selvfølgelig være av sentral betydning når jeg nedenfor skal gjennomgå risikokravet etter norsk rett.

5.2.2.2 Nærmere om den norske forståelsen av risikokravet

Flyktningekonvensjonens risikokrav; ”well-founded” er i den norske offisielle oversettelsen, oversatt med uttrykket ”med rette”.¹²⁰ Språklig sett kan det norske uttrykket betegne et krav om at det kreves en stor grad av sannsynlighet før risikokravet anses oppfylt.

I Ot. prp. nr. 46 (1986-87) s. 103 heter det at det for flyktningevurderingen ”...*bør anvendes vanlige normer med hensyn til bevisbedømmelse*”. Det alminnelig prinsipp i norsk rett for bevisbedømmelsens del er at man krever sannsynlighetsovervekt før et faktum antas bevist.¹²¹ Når man først kan legge til grunn at norske myndigheter undertiden ser på risikospørsmålet som en særlig form for bevisspørsmål,¹²² kan

¹¹⁹ LB-1998-02486, Oslo tingretts dom og kjennelse 01-11219 A/52, RG. 2002 s. 1259, LE-1995-00786, RG. 1998 s. 501, Oslo tingretts dom 01-6287 A/23 og TOSLO 2002-06064.

¹²⁰ Jfr. vedlegg 6 i NOU 1983: 47 Ny Fremmedlov hvor den offisielle oversettelsen er som nevnt tidligere, gjengitt.

¹²¹ Jfr. Hov 1999 først og fremst s. 264-265.

¹²² Se det som er sagt om det ovenfor i punkt 5.2.2.1.

forarbeidene tilsi at kravet til alminnelig sannsynlighetsovervekt også gjelder for risikospørsmålets vedkommende.

Hva gjelder *forvaltningens* krav til risikovurderingen, har jeg ikke kunnet bygge på mine egne undersøkelser av praksis. I følge Einarsen kan det se ut som om forvaltningen noen ganger krever ”betydelig mer enn 50 % sjanse”.¹²³ Med andre ord kan forvaltningen enkelte ganger ikke bare kreve alminnelig sannsynlighetsovervekt, men ”betydelig” sannsynlighetsovervekt.

Det kan imidlertid stilles spørsmålstegn ved hvorvidt dette kan sies å være uttrykk for gjeldende oppfatning hos forvaltningen. I Retningslinjene fra Justisdepartementet av 1998 er det uttalt at det ”[i] utgangspunktet har ... vært lagt til grunn ... et krav til alminnelig sannsynlighetsovervekt”. Forvaltningen selv kan altså se ut til å mene at de la til grunn alminnelig sannsynlighetsovervekt, og ikke ”betydelig mer enn 50 %” som Einarsen kan se ut til å hevde. I de samme Retningslinjene ble det imidlertid besluttet at ”...kravet til sannsynliggjøring av forfølgelsesfare som grunnlag for asyl [skulle] senkes”. Det skulle med andre ord ikke lenger kreves sannsynlighetsovervekt for risikokravet som før.¹²⁴ Etter dette er grunn til å tro at forvaltningen som et utgangspunkt heller ikke krever alminnelig sannsynlighetsovervekt for at risikokravet skal være oppfylt. En undersøkelse av forvaltningspraksis foretatt av Bailliet viser imidlertid at Retningslinjenes direktiv ikke legges til grunn i praksis da det oftest ikke er tilstrekkelig med lavere sannsynlighet enn 50 %.¹²⁵

¹²³ Se Einarsen 1997 s. 40.

¹²⁴ At dette gjaldt risikokravet bekreftes når det uttales at endringen innebærer ”at kravene til grad av fare...stilles noe lavere”.

¹²⁵ Se Bailliet 2003 s. 33-34 hvor det uttales at ”...there appeared to be a tendency to maintain a high standard of proof...”. Hennes uttalelse faller i relasjon til den internasjonale forståelsen av risikokravet, som jo aksepterer lavere risiko enn 50 %, jfr. min drøftelse i punkt 5.2.1 ovenfor. Når Bailliet taler om forvaltningspraksis krever ”high standard of proof” med referanse til den internasjonale forståelsen av risikokravet, tilsier dette etter all sannsynlighet at forvaltningspraksis ikke anser lavere risiko enn 50 % som tilstrekkelig.

Hvilke risikokrav krever så *domstolene*? Av domsmaterialet jeg har tilgjengelig, står og faller som regel sakens utfall på andre spørsmål enn risikospørsmålet slik at nettopp risikospørsmålet ikke behandles i sin fulle bredde. Jeg har imidlertid funnet 7 saker hvor risikospørsmålet er av avgjørende betydning i saken, men ingen av disse har noen generelle uttalelser om risikokravspørsmålet.¹²⁶ I tillegg til de forannevnte 7 saker, har jeg imidlertid funnet to andre saker som bør tas med i betraktning når risikospørsmålet skal behandles.¹²⁷ Disse uttaler seg om Retningslinjene i relasjon til beviskravene på et generelt grunnlag. På bakgrunn av det forhold at Retningslinjene også kan tas til inntekt for å omhandle risikokravet, vil domstolenes uttalelser om Retningslinjene være interessante i relasjon til risikokravet også. Utover sakene foran har jeg funnet en sak til som kan belyse risikospørsmålet.¹²⁸ Den har generelle uttalelser om risikokravet, men inneholder også en konkret vurdering av risikoen. Denne saken sammen med de øvrige sakene gir meg til sammen 10 saker fra underrettene om risikospørsmålet.

For nærmere om kravet som stilles til risikoen kan det først og fremst vises til TOSLO-2002-06064. Her uttales det at retten ”*ikke kan se at der foreligger opplysninger som tilsier at det er sannsynlighetsovervekt for at [A] vil bli utsatt for overgrep*”.¹²⁹ Det kreves altså sannsynlighetsovervekt med henhold til risikokravet. Utover denne saken er det ikke mulig å finne eksplisitte uttalelser fra domstolenes side om risikokravet. Legger man til grunn norske myndigheters syn på risikospørsmålet som en del av bevisspørsmålet,¹³⁰ kan man forstå de øvrige saker slik at man på grunn av den manglende problematiseringen bygger på prinsippet om alminnelig

¹²⁶ Se sakene LB-1998-02486, Oslo byretts dom og kjennelse 01-08191 A/61, Oslo tingretts dom og kjennelse 01-11219 A/52, Oslo byretts kjennelse 99-11454 A/67, RG. 2002 s. 1259, LE-1995-00786 og RG. 1998 s. 501.

¹²⁷ Se sakene Oslo tingretts dom 01-6287 A/23 og RG. 2001 s. 1081.

¹²⁸ Se sak TOSLO-2002-06064.

¹²⁹ Retten slår i denne saken til sammen vurderingen etter EMK art 3, Torturkonvensjonen art. 3 og flyktningekonvensjonens flyktningedefinisjon. Uttalelsen om risikokravet gjelder derfor også flyktningebegrepet.

¹³⁰ Se min drøftelse ovenfor i punkt 5.2.2.1.

sannsynlighetsovervekt som følger av den norske bevislære.¹³¹ I to av sakene; Oslo tingretts dom 01-6287 A/23 og RG 2001 s. 1081, vurderte retten Retningslinjenes betydning for domstolenes rettanvendelse. Fra den ene hitsettes følgende:¹³²

”Lagmannsretten finner ikke at Justisdepartementets retningslinjer av 13. januar 1998, der det fremgår at det er besluttet at kravene til sannsynliggjøring av forfølgelsesfare som grunnlag for asyl skal senkes, i seg selv gir grunnlag for et rettskrav som kan påberopes som grunnlag for ugyldighetssøksmål for domstolene”. (min understrekning).

Retten fant altså ikke grunnlag for å legge til grunn Retningslinjene på dette punkt og la derfor til grunn kravet om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Tilsvarende synes å være tilfelle i den andre saken.¹³³

Domstolenes syn er imidlertid ikke i samsvar med departementets syn slik det kommer til uttrykk i departementets Retningslinjer. I utgangspunktet har imidlertid retningslinjer normalt liten vekt i følge rettskildelæren.¹³⁴ Men på flyktingerettområdet bør de tillegges større vekt som følge av den spesielle betydningen rettsoppfatningen til forvaltningen er gitt på flyktingerettens område, jfr. Abdisaken.¹³⁵ Departementets syn ivaretar dessuten hensynet til flyktinger som tilsier at det ikke bør stilles for strenge krav til oppfyllelse av risikokravet. Men når forvaltningen selv ikke legger til grunn kravet som følger av Retningslinjene, kan det neppe kreves at domstolene gjør det heller.¹³⁶

¹³¹ Jfr. Hov 1999 først og fremst s. 264-265.

¹³² Se RG. 2001 s. 1081.

¹³³ Se Oslo tingretts dom 01-6287 A/23.

¹³⁴ Se Eckhoff 2001 særlig s. 227 flg.

¹³⁵ Se i metodekapitlet punkt 2.5.3.3.

¹³⁶ Et annet forhold som svekker betydningen av retningslinjene er det forhold at det har skjedd enkelte endringer i myndighetenes organisering på asylrettens område. Hovedansvaret for asylrettområdet er flyttet til et annet departement og det er blitt opprettet et eget klagenemd, Utlendingsnemnda. Sammen med Utlendingsdirektoratet har dette organet ansvaret med den daglige praktiseringen av asyllovgivningen, men er etter endringene ikke lenger underlagt departementets instruksjonsmyndighet.

Et annet forhold som tilsier at domstolenes syn ikke bør legges til grunn, er at jeg bare undersøkt et utvalg saker og mine funn kan skyldes tilfeldigheter. Men i vårt tilfelle støttes imidlertid den oppfatning som følger av sakene presentert foran, for det første av den forståelse som kan utledes av ordlyden, og ikke minst forarbeidenes standpunkt om å kreve alminnelig sannsynlighetsovervekt før risikokravet anses oppfylt, jfr. foran. Det samlede norske rettkildematerialet tilsier altså at det gjelder et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt.¹³⁷

5.2.3 Forholdet mellom den internasjonale forståelsen av risikokravet og den norske forståelsen av risikokravet

Av gjennomgangen ovenfor fremgår det at det internasjonalt legges til grunn at risikokravet også kan være oppfylt til tross for at risikoen er under 50 %.¹³⁸ Hvor den nærmere grensen skal trekkes, er videre opp til en konkret vurdering. Når det gjelder den norske praktiseringen ser det imidlertid ut til at det kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt. Den norske praktiseringen av risikokravet er altså strengere enn det som følger av de internasjonale kilder.¹³⁹

Som nevnt ovenfor fastsettes risikokravet ifølge de internasjonale kilder i de enkelte tilfelle ut fra de konkrete omstendighetene som foreligger. Riktignok gir også alminnelig bevislære i norsk rett anledning til å fravike utgangspunktet om alminnelig sannsynlighetsovervekt, men den klare hovedregel er at kravet til alminnelig sannsynlighetsovervekt skal legges til grunn.¹⁴⁰ En fravikelse er forbeholdt helt spesielle tilfeller. Av domstolenes avgjørelser på flyktningerettens område kan det virke som om unntak ikke vurderes i det hele tatt for spørsmålet som gjennomgående stilles eller forutsettes er om det alminnelige risikokrav er tilstede eller ikke. Uansett medfører en

¹³⁷ Slik også i flere teoretikere se eksempelvis og Einarsen 2000 på blant annet s. 427.

¹³⁸ Se foran i punkt 5.2.1.

¹³⁹ Det er mulig dette kan ha sin bakgrunn i at ”well-founded” er oversatt til ”med rette”, som jo er snevrere enn konvensjonens uttrykk. I samme retning Einarsen 1997 s. 40 og Riise og Øygaarden 1994 s. 23.

¹⁴⁰ Jfr. Hov 1999 først og fremst s. 264-265.

tilnærming med hovedregel og unntak til at vurderingen blir mindre fleksibel enn det som kan sies å følge av den internasjonale tilnærmingen.

Den norske praktiseringen gir altså grunnlag for en annen løsning som følger av våre internasjonale forpliktelser. Spørsmålet blir således hvilken av disse oppfatningene som gir uttrykk for den løsning som stemmer best overens med tolkinger av det samlede rettkildematerialet. Etter Abdisaken skulle de løsninger som fulgte av internasjonal flyktingerett legges til grunn som norsk rett om disse omhandlet flykningebegrepets kjerneområde. Men om det gjelder spørsmål om tilfeller i randsonen til flyktingebegrepet skulle de norske myndigheters oppfatning være avgjørende for hva som skulle anses som gjeldende norsk rett.¹⁴¹ Tilfeller hvor det er nærmere full sikkerhet om at overgrep vil kunne skje, vil falle innenfor risikokravets kjerneområde. Deretter vil det bli en glidende overgang til randsonen. Randsonen av flyktingebegrepet på dette punkt blir da nærmere den nedre grensen som kan følge av internasjonal rett. Et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt som praktiseres av norske myndigheter er således ikke et tilfelle i randsonen. Men når det godtas tilfeller som er helt nede i 51 % kan det norske kravet heller ikke være på kjerneområdet til flyktingebegrepet. Kravet som oppstilles i norsk praksis befinner seg således på grensen mellom kjerneområdet og randsonen. I Abdisaken har man lagt til grunn at man skal tillegge myndighetenes oppfatning betydelig vekt også når det gjelder spørsmålet om grensedragningen mellom kjerneområdet og randsonen. I vårt tilfelle bærer den gjennomgåtte praksis preg av myndighetenes forståelse her. Den norske praktiseringen er harmonerer således med den løsning som rettskildemessig har de beste grunner for seg.

5.3 Risikokravet etter oppholdstillatelse på humanitært grunnlag

5.3.1 Innledning

Som nevnt ovenfor er det flere grunnlag som betegnes som oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.¹⁴² Et av grunnlagene var utsendelsesvern som følge av

¹⁴¹ Se drøftelsen i punkt 2.6.

¹⁴² Jfr. punkt 2.2.

”flyktningeliknende grunner”, jfr. § 15, 1. ledd, 2. pkt. Etter dette grunnlaget kreves det ”nærliggende fare” dersom risikokravet skal anses oppfylt. Allerede av en naturlig språklig forståelse av ordlyden kan man se at risikokravet er strengere enn ”med rette”, som asylbestemmelsen krever, jfr. § 17, jfr. § 16. Denne forståelsen har støtte i forarbeidene.¹⁴³ Jeg skal imidlertid se på den nedre grense for risikokravet etter asyl som altså er det som er interessant i forhold til vurderingen av grensen mellom asylinstituttet og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Således blir det ikke nødvendig å behandle nærmere § 15, 1. ledd, 2. pkt. da dette i sin helhet vil være dekket av risikokravet i asylbestemmelsen.

Det andre grunnlag for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag som er interessant i anledning min oppgave er § 8, 2. ledd som har ”sterke menneskelige hensyn” som hovedkriterium. Denne bestemmelsen er ment å fange opp tilfeller som faller utenfor øvrige oppholdsregler i loven, men hvor det fortsatt er grunn til gi oppholdstillatelse. På grunn av dens karakter av å være en sikkerhetsventil, vil den alltid kunne påberopes som oppholdsgrunnlag. Men den vil bare komme inn når andre muligheter er uttømt.

Når det gjelder kravet til risiko i forbindelse med grensdragningen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, er det et annet grunnlag som kan være aktuelt å se nærmere på før ”sterke menneskelige hensyn”-regelen, nemlig utsendelsesvernet etter § 15, 1. ledd, 1. pkt. Etter denne er risikokravet angitt med ”kan frykte”, til forskjell fra asylbestemmelsen hvor kravet er ”med rette”. En naturlig språklige forståelse av ”kan frykte” tilsier at risikokravet er lempeligere enn risikokravet etter asyl. Når grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag skal behandles, er det således grunn til å se nærmere på om dette utsendelsesvernet virkelig stiller mindre krav til risikoen for overgrep og ikke minst hvilke krav det stiller. Jeg vil derfor i det følgende konsentrere med om denne bestemmelsen.

Utsendelsesvernet etter § 15, 1. ledd, 1. pkt. gir uttrykk for den norske gjennomføringen

¹⁴³ Se særlig Ot. prp. nr. 46 (1986-87) s. 202 : hvor det uttales at ”...påregneligheten av at den [faren] skal inntreffe, er noe strengere enn etter flyktningekonvensjonen”.

av forpliktelsene i art. 33 i flyktningekonvensjonen. Etter art. 33 skal ingen utsendes til et område hvor vedkommendes liv og frihet er i fare. Men vernet etter art. 33 forutsetter at vedkommende er å anse som flyktning etter definisjonen i art. 1 A. Dette er riktignok også utgangspunktet er etter vernet etter § 15, 1. ledd, men § 15, 1. ledd, 1. pkt kan undertiden være selvstendig grunnlag for opphold, jfr. forskriftens § 21, 1. ledd. Dessuten er vernet etter § 15, 1. ledd, 1. pkt. videre enn art. 33 på flere andre sentrale punkter. Med henhold til risikospørsmålet benytter art. 33 uttrykkene ”would be threatened”, som betyr noe slikt som ”vil kunne bli truet”. Utsendelsesvernet etter § 15, 1. ledd, 1. pkt. angir på sin side risikospørsmålet som ”kan frykte”. Etter dette vernet er det altså også tatt hensyn til det subjektive momentet, jfr. ”frykt”, men det er åpenbart ikke tilfelle etter art. 33s ordlyd, som angir vurderingstemaet mer objektivt. Det er altså forskjeller mellom reglene også i relasjon til risikospørsmålet.¹⁴⁴ På grunn disse forskjellene i forutsetningene til art. 33 og utsendelsesvernet etter § 15, 1. ledd, 1. pkt. finner jeg det ikke grunnlag for å gå nærmere inn og behandle risikokravet etter art. 33.¹⁴⁵ I det følgende vil jeg derfor bare konsentrere meg om risikokravet etter § 15, 1. ledd, 1. pkt.

5.3.2 Risikokravet etter § 15, 1. ledd, 1. pkt.

5.3.2.1 Innledning

Før jeg behandler de enkelte kildene er det grunn til å minne om tendensen i norsk rett til å se på risikospørsmålet som et spesielt bevisspørsmål.¹⁴⁶ Behandlingen ovenfor ble gjort først og fremst i relasjon til kildene etter asylbestemmelsen. Det kan imidlertid vises til for eksempel LB-2000-2412 hvor følgende uttales:

¹⁴⁴ Goodwin-Gills analyse av forarbeidene viser at det samme krav til risiko skal gjelde etter art. 33 som etter flyktningedefinisjonen, mens praksis nasjonalt som internasjonalt viser på sin side at man har lagt til grunn et strengere krav enn ”well-founded”, jfr. Goodwin-Gill 1998 s. 138 – 139. Det ser altså ut som det er uklart hvordan art. 33 skal forstås etter gjeldende folkerett på dette punkt. Det som imidlertid er sikkert er at art. 33 ikke krever mindre risiko for forfølgelse enn det flyktningedefinisjonen krever.

¹⁴⁵ jfr. punkt 2.2.2 for de øvrige forskjellene mellom art. 33 og § 15, 1. ledd, 1. pkt. .

¹⁴⁶ Jfr. min redegjørelse foran i punkt 5.2.2.1.

”Før lagmannsretten går nærmere inn på den konkrete lovanvendelse vil man ta standpunkt til det bevismaterialet som foreligger, både fra tiden i Iran og fra oppholdet i Norge. Vurderingen gjelder særlig spørsmålet om det er grunn til å tro at A vil bli ansett som frafallen muslim, og om dette vil få slike konsekvenser ved en hjemsendelse som han har anført. Før retten går inn på de enkelte bevis, vil man kort berøre spørsmålet om hvilke krav som stilles til bevis...”

Her ble altså spørsmålet om eventuelle ”konsekvenser ved en hjemsendelse” ansett å være et bevisspørsmål. Risikospørsmålet på sin side kjennetegnes jo nettopp av å ta for seg sannsynligheten av hvorvidt de fremtidige forhold som påberopes som grunnlag for flyktningsstatus vil inntre. I realiteten er det således et risikospørsmål retten tar stilling til. Man ser altså at risikospørsmålet også for § 15, 1. ledd, 1. pkt. vedkommende sees på som et bevisspørsmål. Tilsvarende er gjort i forhold til flere andre saker uten at jeg går videre inn på de her.

5.3.2.2 Nærmere om risikokravet etter § 15, 1. ledd, 1. pkt.

Bestemmelsen angir som nevnt kravet med ”kan frykte”. Man kan ganske sikkert legge til grunn at *ordlyden* ikke krever stor grad av sikkerhet før kravet anses som oppfylt. På den annen side må det vel kreves at sannsynligheten er av en viss størrelse og at det således finnes en nedre grense. Hvor denne grensen går kan man ikke lese ut av *ordlyden*.

I norsk rett ellers har man et generelt prinsipp om å kreve alminnelig sannsynlighetsovervekt for å anse et faktum som bevist, når det ikke finnes holdepunkter for noe annet.¹⁴⁷ Når man i norsk utlendingsrett ser på risikokravet under synsvinkelen bevisspørsmål, kan det argumenteres for at tausheten i § 15, 1. ledd, 1. pkt., tilsier at kravet til alminnelig sannsynlighetsovervekt bør legges til grunn.

¹⁴⁷ Hov 1999 først og fremst s. 264-265.

Risikokravet i norsk rett var for asyls vedkommende, som nevnt ovenfor, alminnelig sannsynlighetsovervekt.¹⁴⁸ Kravet var der angitt med ”med rette”, som språklig sett er strengere enn ”kan frykte”. Når det da kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt for asyl, skulle da systembetraktninger tilsi at ”kan frykte” må forstås slik at også risiko under 50 % skulle være tilstrekkelig til å oppfylle kravet etter ”kan frykte”

Med henhold til risikokravet uttales det i *forarbeidene* følgende på s. 355 i 2. spalte i NOU 1983: 47 Ny Fremmedlov :

”I flyktningedefinisjonene både i konvensjonen og i gjeldende lov kreves at frykten må være velbegrunnet (<<well-founded fear>>, <<med rette frykter>>). Etter frl § 17 tredje ledd og flyktningekonvensjonens artikkel 33 er det derimot avgjørende om utlendingen kan frykte forfølgelse. Utvalget har beholdt denne siste uttrykksmåte, selv om det dermed blir enn viss forskjell mellom definisjonen og non-refoulementsbestemmelsen.”¹⁴⁹

Lovgiver kan altså se ut til å ha bevisst lagt inn et annerledes krav til risikospørsmålet enn hva som følger av asylbestemmelsen. Uttalelsen er for øvrig gjentatt og blitt lagt til grunn av departementet på s. 202 i Ot. prp. nr. 46 (1986-87). Hvorvidt kravet skal være strengere eller mildere kan uttalelsen på s. 103 i Ot. prp. nr. 46 (1986-87) kanskje kunne gi veiledning om. Her uttales det følgende: ”Det er her grunn til å understreke at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt for at vilkårene er oppfylt for å gi utlendinger vern mot utsendelse”. I følge lovgiver skulle det således ikke kreves sannsynlighetsovervekt for at risikokravet skal anses for oppfylt.

Hva angår *forvaltningens* syn kan kanskje UNEs fagnotat gi noen indikasjoner. På side 7 heter det at :

¹⁴⁸ Jfr. min redegjørelse foran 5.2.2.2.

¹⁴⁹ Jfr. NOU 1983: 47 Ny Fremmedlov. Det fremstår som noe uforståelig at forarbeidene sier at art. 33 oppstiller et krav om ”kan frykte” for risikovurderingen. Art. 33 angir risikovurderingen med ”*would be threatened*”, som angir en mer objektivisert vurdering enn kravet om ”kan frykte”, jfr. også det som er sagt om dette i punkt 5.3.1.

” I praksis er det trolig den mest betydningsfulle konsekvensen av at § 15,1,1 ikke krever faktisk flyktningeanerkjennelse, at bestemmelsen legitimerer en praksis hvor det stilles mindre strenge krav til bevis og risiko for beskyttelse, enn for anerkjennelse som flyktning og asyl, jf §§ 16 og 17”.

Tilsvarende er uttalt andre steder i notatet.¹⁵⁰ Det sies altså her at risikokravet er lavere enn det som følger av asylbestemmelsen. Som nevnt ovenfor stiller man et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt dersom risikokravet skal anses oppfylt etter asylbestemmelsen.¹⁵¹ Dermed kan det legges til grunn at man har ment at også risiko for forfølgelse under 50 % er tilstrekkelig etter § 15, 1. ledd,1. pkt. Hvorvidt UNE og UDI legger til grunn denne forståelsen av kravet er det vanskelig å si noe om, men det er grunn til å anta at i hvert fall UNE følger opp sin forståelse i behandlingen av de konkrete asylsakene.

Det er foretatt lite undersøkelser av *domstolenes* syn på risikokravet etter § 15, 1. ledd, 1. pkt. Av de sakene jeg har gjennomgått kan det se ut som om de aller fleste avgjøres på bakgrunn av en bevis- og risikovurdering etter enten § 15, 1. ledd, 1. pkt. eller asylbestemmelsen. Det er videre sjeldent at retten knytter noen generelle kommentarer til innholdet i risikokravet. Av gjennomgått domsmateriale har jeg bare funnet 9 saker som sier noe generelt om risikokravet direkte i premissene, mens 4 saker kan , ut fra ordvalget i den konkrete vurderingen, gi en formening om hvilke risikokrav som legges til grunn. I det følgende vil jeg først og fremst konsentrere meg om disse 13 sakene. Hvilke saker det er tale om mer konkret vil fremgå nedenfor.

Når det gjelder det nærmere innhold i risikokravet kan det vises til en eldre avgjørelse fra Eidsivating Lagmannsrett; LE-1992-01877. Retten hadde til vurdering kravene etter § 15, 1. ledd, og det uttales et sted blant annet at”*[A] anførte for byretten at han ville bli forfulgt av myndighetene fordi han under Mengistu-regimet hadde arbeidet i sikkerhetstjenesten. Men lagmannsretten kan ikke se at han spilte en slik rolle at han*

¹⁵⁰ Se s. 13.

¹⁵¹ Jfr. punkt 5.2.2.2.

med rette kan frykte forfølgelse". Retten la altså til grunn et krav om at vedkommende "med rette" kunne frykte forfølgelse. Et slikt krav følger imidlertid ikke av § 15, 1. ledd, 1. pkt., men av asylbestemmelsen. Det kan altså se ut som om retten legger til grunn det asylbestemmelsens risikokrav ; alminnelig sannsynlighetsovervekt, i relasjon til § 15, 1. ledd, 1. pkt. Et slikt krav er også lagt til grunn i nyere avgjørelser.¹⁵² Det kan således se ut som om domstolene krever alminnelig sannsynlighetsovervekt også i forhold til § 15, 1. ledd, 1. pkt. Dette kan i og for seg være noe overraskende, tatt i betraktning at ordlyden sier "kan frykte" og ikke "med rette".

I ovennevnte saker kommer de krav som er stilt til risikoen ikke direkte til uttrykk. I sak LB-2002-02412 er det imidlertid noe annerledes da det her uttales at:

"Det er på det rene at det i ovennevnte Ot.prp.46 (1986-87) side 103 er uttalt at det skal gjelde et mer lempelig krav til bevisbedømmelse i utsendelsessakene. Dersom man ville gjøre vesentligere endringer i et hevdvunnet prinsipp i sivilprosessen, burde dette ha kommet til uttrykk i selve loven. Etter lagmannsrettens oppfatning kan uttalelsen i forarbeidene ikke få noen avgjørende betydning, idet det aldri er mulig å angi i prosenter hvor man befinner seg på skalaen. På den ene side må det være på det rene at man ikke skal gå til den ytterlighet at enhver fornuftig tvil med hensyn til faktum skal komme søkeren til gode. På den annen side vil det i en uklar bevissituasjon hvor konsekvensene av en utvisning kan bli meget store, lett bli slik at man anser kravet til sannsynlighetsovervekt for oppfylt".

Her uttales det at kravet til alminnelig sannsynlighetsovervekt skal være utgangspunktet for bevisvurderingen etter § 15, 1. ledd, 1. pkt. til tross for uttalelsene i forarbeidene. Som tidligere påpekt, anser man i norsk rett risikospørsmålet for å være en form for bevisspørsmål, dermed skulle det samme kunne legges til grunn i forhold til

¹⁵² Se LB-2000-03344, LB-2001-01116 og RG. 2002 s.1259.

risikospørsmålet.¹⁵³ Denne avgjørelsen bekrefter således synet i de dommer som er nevnt ovenfor.

Spørsmålet har imidlertid vært oppe for Høyesteretts Kjæremålsutvalg i sak Rt 2000 s. 1900. Her ble forarbeiduttalelsen som gikk ut på at lovgiver bevisst hadde valgt et annerledes risikokrav; ”kan frykte”, enn asylbestemmelsen, blant annet sitert og lagt til grunn. Det ble videre uttalt at ”[r]etten til asyl og § 15-vernet mot forfølgelse er således prinsipielt sett to forskjellige forhold”. Høyesterett kom altså til at § 15-vernet og asyl ikke var det samme. Siteringen av forarbeiduttalelsen nevnt foran, lest i sammenheng med sistnevnte uttalelse fra Høyesteretts Kjæremålsutvalg, skulle tilsi at en av grunnene til at § 15-vernet og asyl ikke ble sett på som to forskjellige beskyttelsesgrunnlag, var forskjellene i risikokravene. Lagmannsretts avgjørelse bød på tvil om forståelsen av forholdet mellom § 15, 1. ledd, 1. pkt. og asylbestemmelsen, så Høyesterett hjemviste saken til lagmannsretten til ny behandling. Hvorvidt risikokratet skulle være lavere eller strengere enn asylbestemmelsen tok således Høyesteretts Kjæremålsutvalg ikke uttrykkelig stilling til. Uansett gir avgjørelsen grunnlag for å si at risikokravene er forskjellige mellom § 15, 1. ledd, 1. pkt. og asylbestemmelsen. Som det fremgår ovenfor la de øvrige domstoler det samme risikokrav; ”med rette” til grunn så vel etter § 15, 1. ledd, 1. pkt. som asyl. Et slik lovforståelse kan ikke være helt i overensstemmelse med synet til Høyesteretts Kjæremålsutvalg.

Høyesteretts Kjæremålsutvalg har hatt risikospørsmålet oppe til behandling ved en senere anledning også. I Rt 2001 s. 295 uttales det følgende om risikospørsmålet: ”...utlendingsloven § 15 første ledd første punktum knytter vernet mot utsendelse til en viss sannsynliggjøring av at fare truer, jf. kravet om at << utlendingen kan frykte forfølgelse som kan begrunne anerkjennelse som flyktning >>” Det ble her ansett for å være tilstrekkelig til å oppfylle risikokratet om det foreligger ”en viss

¹⁵³ At denne konkrete avgjørelsen også ser på risikospørsmålet som et bevisspørsmål fremgår av min innledning til drøftelsen av risikokratet etter § 15, 1. ledd 1.pkt. Jeg har der sitert deler av avgjørelsen som kan indikere rettens ståsted med henhold til synet på hvorvidt risikovurderingen anses som bevisvurdering eller ikke.

sannsynliggjøring”. Hvilken nærmere grad som kreves kan man imidlertid ikke lese ut av kravet om ”en viss sannsynliggjøring” isolert sett. Men det uttales videre at ”...sannsynlighetskravet må variere etter hvor alvorlige konsekvensene av uriktig avgjørelse vil være...”. Videre siteres det fra forarbeidene s. 103 i Ot. prp. nr. 46 (1986-87). Uttalelsen om at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt etter § 15 omfattes også av dette sitatet. Når det ikke knyttes noen bemerkninger i motsatt retning i tilknytning til disse uttalelsen, synes det rimelig å si at Høyesteretts Kjæremålsutvalg bygger på disse. Det skulle således være klart at det med ”en viss sannsynliggjøring” ikke kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt, men at også at også risiko under 50 % kan være tilstrekkelig til å oppfylle kravet om ”kan frykte”.

I senere avgjørelser fra underrettene har jeg i to saker sett at man fortsatt har lagt ”med rette” til grunn, og dermed alminnelig sannsynlighetsovervekt, som risikokrav etter § 15, 1. ledd, 1. pkt.¹⁵⁴ Fravikelsen av risikokravet som følger av Rt 2001 s. 295, skjer ikke uttrykkelig, så det er ikke lett å si om underrettene i disse to tilfellene er av en annen oppfatning enn Høyesteretts Kjæremålsutvalg. Det forhold at formuleringene falt i forbindelse med den konkrete vurderingen og ikke i generelle uttalelser skulle imidlertid tilsi at underrettene har lagt til grunn risikokravet; ”med rette” ved en feiltakelse. I syv andre saker jeg har tilgjengelig på risikospørsmålet etter § 15, 1. ledd, 1. pkt., legges , stort sett under henvisning til Rt 2001 s. 295s krav om ”viss sannsynliggjøring” og forarbeiduttalelsene Kjæremålsutvalget bygde på i denne saken, til grunn at det ikke kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt etter risikokravet etter § 15, 1. ledd, 1. pkt., men at også lavere grad kan være tilstrekkelig til å oppfylle risikokravet.¹⁵⁵ Dermed kan man si at underrettene nå i stor grad legger til grunn det Kjæremålsutvalget sa i Rt 2001 s. 295.

¹⁵⁴ Se LB-2001-01116 og LB-2002-01351.

¹⁵⁵ Se sakene Oslo byretts dom og kjennelse 01-08932 A/54, Oslo tingretts dom 02-06822, Oslo tingretts dom 02-09343 A/75, LB-2001-02690, Oslo tingretts dom og kjennelse 02-12341 A/73 (under henvisning til Rt. 2001 s. 295 og ikke forarbeidene), og Oslo tingretts dom og kjennelse 02-10911 A/95. I sistnevnte ble det henvist til forarbeidene alene og ikke Rt. 2001 s. 295.

Rettsoppfatningen i sistnevnte dommer skulle således være i samsvar med det syn forarbeidene la opp til. Som følge av at det alminnelig overvektsprinsippet hadde en viss støtte i flere domstolsavgjørelser gjorde rettstilstanden noe uklar tidligere. Med først og fremst avgjørelsen fra Høyesteretts Kjæremålsutvalg og de etterfølgende rettsavgjørelser av underrettene, må det kunne sies at den oppfatning som allerede fulgte av forarbeidene endelig har fått gjennomslag som gjeldende rett idag. Norsk rett krever således kun en "viss sannsynliggjøring" før risikokravet om "kan frykte" etter § 15, 1. ledd, 1. pkt. skal anses som oppfylt. Det kreves med andre ord ikke at det foreligger en alminnelig sannsynlighetsovervekt.¹⁵⁶

For den nærmere vurderingen av hvor listen skal legges, må dette vurderes konkret i den enkelte sak. Den veiledende norm i denne vurderingen er, som forarbeidene sier på s. 103 i Ot. prp. nr. 46 (1986-87): "*...konsekvensene av en eventuell uriktig avgjørelse i asylsøkerens disfavør vurderes. Jo alvorligere konsekvensene fortoner seg, jo mindre skal det til for å gi vedkommende beskyttelse*". Denne normen har fått tilslutning av rettspraksis.¹⁵⁷

5.4 Grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag med hensyn til risikokravet

Etter den norske praktiseringen av asylregelen er det som nevnt ovenfor tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt hva angår risikokravet.¹⁵⁸ Etter dette skulle det ikke kreves 100 % sikkerhet. Med alminnelig sannsynlighetsovervekt sikter man til at det er nok med at risikoen er større enn 50 %. De tilfeller hvor det er på det rene at forfølgelse i flyktningekonvensjonens forstand vil skje ved en retur, vil således opplagt oppfylle risikokravet etter asylregelen. Mer tvilsomt blir det når risikoen er omkring

¹⁵⁶ I samme retning blant andre Einarsen 1997 s. 44, Riise og Øygaarden 1994 s. 47, Oftestad 1999 s. 27 og Fisknes 1994 s. 161, jfr. s. 165. I Fisknes kommer dette ikke direkte til uttrykk, men det kan se ut som hun legger til grunn synet i forarbeidene s.103 og 202 i Ot. prp. nr. 46 (1986-87).

¹⁵⁷ Se særlig Rt. 2001 s. 295.

¹⁵⁸ Jfr. punkt 5.2.2.2 ovenfor.

terskelen på 50 %. Er risikoen lavere enn 50 %, vil risikokravet ikke anses for å være oppfylt. Den nedre grense for asyl går således ved 50 %, altså når det er mindre sannsynlighet for at noe skal skje.

Oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, jfr. § 15, 1. ledd, 1. pkt, jfr. forskriftens § 21, 1. ledd, krever på sin side en ”viss sannsynliggjøring” for at forfølgelse skal finne sted ved retur. Tilfeller hvor det er på det rene at forfølgelse vil være resultatet ved retur omfattes naturligvis også av oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Det samme gjelder de situasjoner hvor det foreligger alminnelig sannsynlighetsovervekt. Men også tilfeller hvor sannsynligheten er lavere enn 50 % kan være omfattet, så fremt det er en rimelig mulighet for at forfølgelse vil kunne skje. Disse tilfellene hadde imidlertid ikke vært fanget opp av asylbestemmelsen. Den eventuelle grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag med hensyn til risikokrav går derfor her; mellom alminnelig sannsynlighetsovervekt og ”viss sannsynliggjøring”.

Å angi sannsynligheten eksakt fordrer imidlertid matematiske beregninger som nærmest er umulig på flyktingerettens område, noe som skyldes vurderingens karakter. Vurderingen av sannsynligheten vil som på mange andre juridiske områder bero på mer skjønnsmessige vurderinger av de nærmere omstendigheter i saken sett i lys av alminnelige erfaringssetninger. Slike vurderinger vil nødvendigvis inneha større grad av usikkerhet enn matematiske vurderinger. Man kan således hevde at det i praksis ikke blir noen forskjell mellom kravet om alminnelig sannsynlighetsovervekt og ”viss sannsynliggjøring”, som jo ligger tett opp til hverandre.

På den annen side innebærer kravene om alminnelig sannsynlighetsovervekt og ”viss sannsynlighet” to adskilte krav til risikospørsmålet som i prinsippet kan omfatte forskjellige situasjoner. Man kan derfor ikke se bort i fra denne prinsipielle forskjellen mellom risikokravene selv om risikokravene i praksis kanskje ikke fører med seg ulikheter.

Den norske praktiseringen av risikokravet er som nevnt tidligere ikke helt i samsvar med den løsning som følger av våre internasjonale forpliktelser.¹⁵⁹ Etter flyktningekonvensjonen kreves det ikke alminnelig sannsynlighetsovervekt for å anse noen som flyktning, da også lavere sannsynsynlighet enn alminnelig sannsynlighetsovervekt godtas som tilstrekkelig.¹⁶⁰ Hvilke nærmere risikokrav som kreves i det enkelte tilfelle ville for øvrig bero den konkrete saken. Jo mer alvorlige konsekvenser det kan bli tale om, jo mindre skal det til for å oppfylle risikokravet etter flyktningedefinisjonen. Heller ikke § 15, 1. ledd, 1. pkt. krever alminnelig sannsynlighetsovervekt for å anse risikokravet for oppfylt, men gir mulighet for tilpasning av risikokravet etter det individuelle tilfellet. Man ser altså at kravet som er lagt til grunn i forhold til § 15, 1. ledd, 1. pkt. minner om den internasjonale forståelsen av risikokravet i henhold til flyktningedefinisjonen. Dersom man hadde lagt til grunn flyktningekonvensjonens løsning på spørsmålet om risikokrav så ville dagens grense mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag på dette punkt ikke ha eksistert. Risikokravet hadde da vært sammenfallende etter begge grunnlagene. Men som jeg tidligere har kommet til, kan den norske praktiseringen av risikokravet etter asylbestemmelsen ikke kritiseres de lege lata, da særlig Abdisakens implikasjoner medfører at den norske praktiseringen må anses å være i tråd med den løsning som følger av det samlede rettskildematerialet. Grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag med hensyn til risikokravene er således i tråd med tolkinger av kildematerialet etter henholdsvis asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.

¹⁵⁹ Se ovenfor punkt 5.2.3.

¹⁶⁰ Jfr. ovenfor punkt 5.2.1.

6 FORFØLGELSESGRUNNER

6.1 Innledning

Det kan være mange ulike typer grunner til at en person risikerer forfølgelse i sitt hjemland ved en eventuell retur. For eksempel kan det dreie seg om forfølgelse fordi han har en annen hudfarge enn det som er alminnelig for befolkningen i hjemlandet. Eller det kan være at han kommer fra et område med høy kriminalitet, hvor risikoen for å bli utsatt for kriminelle handlinger er stor.

I utgangspunktet vil det kunne gjøre seg beskyttelsesbehov gjeldende, uavhengig av hvilke grunner som ligger bak forfølgelsen. Hvilken forfølgelsesgrunner det er tale om bør således være irrelevant. På den annen side trenger ikke opphold i et annet rike være rette alternativ mot alle typer forfølgelsesgrunner. Risikerer man for eksempel å sulte ihjel fordi man er fra et land med manglende ressurser til å brødfø sin befolkning, kan kanskje såkalt u-hjelp være et godt alternativ uten at man trenger å gi vedkommende lands borgere opphold i sitt territorium.

Vurderingen av hvilke forfølgelsesgrunner som bør kunne gi grunnlag for opphold i et annet rike enn hjemlandet, og hvilke som ikke bør anses som tilstrekkelig, beror på en meget vanskelig avveining. I det følgende skal jeg se på grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag med hensyn til kravene til forfølgelsesgrunner. Som et ledd i behandlingen av dette spørsmålet vil jeg måtte ta stilling til hvilke forfølgelsesgrunner som kreves etter såvel asyl som etter oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.

Når jeg skal trekke grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, vil jeg av hensyn til oppgavens omfang imidlertid bare se på grensen mellom forfølgelsesgrunnene etter asyl *sett under ett* og øvrige grunner som kan gi grunnlag for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Grensen vil dermed ikke bli trukket fra den enkelte forfølgelsesgrunn etter asyl til oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.

6.2 Forfølgelsesgrunner etter asyl

6.2.1 Innledning

I flyktningedefinisjonens art. 1 A (2) er grunnene som anses som relevante angitt slik:

”...for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion...”.

En person som er forfulgt som følge av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller politisk oppfatning faller altså innenfor definisjonen dersom de øvrige vilkår er tilstede.

I og med at jeg har til formål å trekke grensen mellom forfølgelsesgrunnene etter asyl *sett under ett* og de øvrige grunner som kan gi grunnlag for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, er det tilstrekkelig med å behandle hovedinnholdet i forfølgelsesgrunnene etter flyktningekonvensjonen. Dette vil bli gjort i det følgende. For de som er interessert i lese nærmere om de enkelte grunnene etter konvensjonen henvises til den flyktningerettslige litteratur.¹⁶¹

6.2.2 Rase

Allerede av en språklig forståelse av ”rase” fremgår det at det her først og fremst siktes til etnisk opprinnelse. Begrepet er imidlertid forstått videre enn bare dette. Det er vanlig å se hen til FNs konvensjon om rasediskriminering (CERD) for det nærmere innholdet av rasebegrepet i flyktningekonvensjonen.¹⁶² Art. 1 punkt 1 i CERD omfatter rasediskriminering som skyldes *”...race, colour, descent, or national or ethnic origin”*. Hudfarge, avstamning, nasjonal og etnisk opprinnelse ser altså ut til å være omfattet på lik linje som rase. Personer som forfølges som følge av noen av disse grunner, vil således kunne være omfattet av denne forfølgelsesgrunnen.

¹⁶¹ Se blant annet Goodwin-Gill 1998 s. 43 flg., og Grahl-Madsen 1966 s. 217 flg.

¹⁶² Dette følger av den nære forbindelsen til menneskerettighetskonvensjonene og flyktningekonvensjonen, jfr. for eksempel punkt 4.2.1 nærmere.

6.2.3 Religion

En annen forfølgelsesgrunn angitt i flyktningedefinisjonen er religion. Med religion forstår man vanligvis tro på en gud eller annen høyere makt. Siden flyktningkonvensjonen ble til i 1951 har flere internasjonale instrumenter anerkjent retten til å ha den tro man selv ønsker. Den omfatter ikke bare det å ha den religion man selv ønsker, men også rett til å utøve religionen gjennom former som gudstjeneste og andre religiøse skikker.¹⁶³ Når flyktningekonvensjonen skal tolkes med henhold til forfølgelsesgrunnen; religion, er det vanlig å hente veiledning fra disse internasjonale normene.¹⁶⁴ Hvor grensen for denne grunnen går er imidlertid noe uklart. I kjerneområdet har man ihvertfall forfølgelse som er motivert av at en person tror på en annen gud enn det forfølgeren selv gjør.

6.2.4 Nasjonalitet

Personer som forfølges av nasjonalitet kan også få flyktningestatus. Med nasjonalitet siktes det naturlig nok til en tilknytning til en bestemt nasjon. Den formelle tilknytningen til en nasjon gjennom et statsborgerskap vil ut fra ordlyden i hvert fall være omfattet av denne grunnen. Men også tilknytning gjennom etnisitet, religion, kultur og språk er ansett for å være omfattet.¹⁶⁵

6.2.5 Politisk oppfatning

Politisk oppfatning er den tradisjonelle forfølgelsesgrunnen som kan gi grunnlag for flyktningestatus. Vanligvis sikter man med politisk oppfatning til meninger om myndigheters handlinger, prioriteringer og andre samfunnsproblemer. Det å kunne ha meninger og videre muligheten til å fritt kunne gi uttrykk for disse er beskyttet gjennom

¹⁶³ Se for eksempel SP art. 18.

¹⁶⁴ Se eksempelvis UNHCR i håndbokens punkt 71. Tilsvarende er lagt til grunn i juridisk teori, se for eksempel Goodwin-Gill 1998 s. 44.

¹⁶⁵ Se UNHCRs håndbok punkt 74 og for eksempel Goodwin-Gill 1998 s. 45.

særlig ytringsfriheten i flere av menneskerettighetskonvensjonene.¹⁶⁶ Forfølgelse som typisk er motivert av politisk oppfatning vil være forfølgelse som skyldes tilhørighet til et annet politisk parti enn forfølgeren selv.

6.2.6 Medlemskap i en spesiell sosial gruppe

Den siste forfølgelsesgrunn er medlemskap i en spesiell sosial gruppe. Språklig sett må det vel sies at denne grunnen sikter til personer med samme bakgrunn eller sosial tilhørighet. Personer kan imidlertid ha mange ulike typer bakgrunn, så i seg selv er denne forfølgelsesgrunnen ganske vagt angitt. I prinsippet overlapper den flere av de øvrige grunner som er nevnt foran.

Etter hvert har det riktignok dannet seg teorier på hvordan innholdet av denne grunnen skal fastslås, men det finnes fortsatt ikke noen enhetlig teori på dette. I den ene ytterkanten har man de som mener at kriteriet ikke har noen selvstendig betydning ved siden av de øvrige grunner. Andre hevder at kriteriet medlemskap i en spesiell sosial gruppe må være en form for sikkerhetsventil som skal ha til formål å fange opp nyere former for forfølgelse.¹⁶⁷

De siste årene har det i enkelte land blitt vanlig å gi beskyttelse etter denne forfølgelsesgrunnen til blant annet homofile og til personer som frykter såkalt ”gender-related persecution” eller ”kjønnsbasert forfølgelse”.¹⁶⁸ For disse gruppers vedkommende kan det spørres om det i dag kan sies å være etablert bindende forpliktelser etter flyktningekonvensjonen eller ikke. Dette spørsmålet vil kanskje bli behandlet senere i oppgaven dersom gjennomgangen av det norske rettkildematerialet gir foranledning til å ta opp dette.

¹⁶⁶ Se eksempelvis SP art. 19.

¹⁶⁷ For nærmere om de ulike teoriene se for eksempel fremstillingen til Einarsen 2000 s. 360 flg.

¹⁶⁸ For mer om dette se eksempelvis UNHCRs ”*Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*”.

6.2.7 Avsluttende bemerkninger

Av de forfølgelsesgrunner jeg har behandlet ovenfor er det tilstrekkelig for å få beskyttelse at en av grunnene foreligger. Enkelte av grunnene overlapper imidlertid de andre. For å ta et eksempel: vi så ovenfor at "rase" skulle forstås vidt slik at også nasjonal opprinnelse skulle være omfattet av konvensjonens rasebegrep, selv om forfølgelsesgrunnen "nasjonalitet" var den naturlige å anvende utfra ordlyden. Man kan således undertiden være i tvil om hvilke grunn man skal subsumere et tilfelle under. Så lenge det er klart at vedkommende fanges opp av en av grunnene er vel subsumsjonen av underordnet betydning.

Men om det gjelder et spørsmål om et tilfelle i det hele tatt er omfattet av en av forfølgelsesgrunnene i konvensjonen, vil utfallet av vurderingen være avgjørende for om en person er beskyttet etter flyktningekonvensjonen eller ikke. Ordlyden åpner jo ikke for beskyttelse til andre enn de som blir forfulgt som følge av de grunner den selv angir, selv om det skulle gjøre seg gjeldende legitime behov for hjelp også i andre tilfeller. Som følge av dette aspektet er det vanlig å avgrense mot situasjoner som er forårsaket av naturkatastrofer og situasjoner som skyldes ordinær kriminalitet i hjemlandet.¹⁶⁹

6.2.8 Forholdet mellom den internasjonale forståelsen av forfølgelsesgrunner og den norske forståelsen av forfølgelsesgrunner

De grunner som er angitt i flyktningekonvensjonen er de samme som de som er relevante etter den norske asylbestemmelsen. Dette skyldes inkorporeringen av flyktningekonvensjonens flyktningedefinisjon i norsk rett gjennom § 16 i utlendingsloven. Således skal det i utgangspunktet være samsvar mellom det som legges til grunn i norsk rett og gjeldende folkerett. Men den norske *praktiseringen* kan selvfølgelig, til tross for inkorporeringen, være annerledes enn det som følger av gjeldende folkerett med henhold til flyktningegrupper. Som nevnt ovenfor skulle jeg imidlertid av hensyn til oppgavens omfang bare konsentrere meg om hovedinnholdet i

forfølgelsesgrunnene. Det er mest sannsynlig at et eventuelt misforhold mellom nasjonal og internasjonal rett vil finnes i forhold til den nærmere grensedragningen av de enkelte forfølgelsesgrunnene. Hva angår kjerneområdet i de enkelte flyktningegrunnene er det lite sannsynlig at det er uoverensstemmelser på dette punkt. Jeg har heller ikke funnet holdepunkter for noe annet i det norske kildematerialet. Hva angår hovedinnholdet i forfølgelsesgrunnene kan det derfor legges til grunn at norsk rett er i samsvar med internasjonal rett.

6.3 Forfølgelsesgrunner etter oppholdstillatelse på humanitært grunnlag¹⁷⁰

6.3.1 Innledning

Som tidligere påpekt er det flere ulike typer grunnlag som rommes av instituttet oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.¹⁷¹ Utsendelsesvernet i § 15, 1. ledd, 1. pkt., som er et av disse grunnlagene, viser til flyktningebegrepet i § 16. De relevante forfølgelsesgrunner etter § 15, 1. ledd, 1. pkt. vil dermed være de samme som etter asylbestemmelsen. En eventuell grense fra asyl til oppholdstillatelse på humanitært grunnlag vil således ikke kunne gå mot § 15, 1. ledd, 1. pkt.

Når det gjelder § 8, 2. ledd, kan den i flyktningsammenheng gi beskyttelse når ”sterke menneskelige hensyn” foreligger. Den angir ikke eksplisitt hvilke grunner den anser som relevante. I utgangspunktet kan det også tenkes andre grunner enn de som er nevnt i flyktningekonvensjonen som relevante i vurderingen ”sterke menneskelige hensyn”. Bestemmelsen er imidlertid en form for sikkerhetsventil som ikke kommer til anvendelse før øvrige grunnlag ikke anses anvendelige på et tilfelle.

Vi har imidlertid et annet grunnlag; § 15, 1. ledd, 2. pkt., som det kan være aktuelt å se nærmere på. Etter dette grunnlaget gis det opphold til personer som risikerer overgrep

¹⁶⁹ Se for eksempel Einarsen 2000 s. 330-331.

¹⁷⁰ Forfølgelsesbegrepet i dette kapitlet brukes ikke i flyktningekonvensjonens forstand, men som betegnelse på overgrep generelt.

¹⁷¹ Se punkt 2.2.

som følge av ”liknende grunner som angitt i flyktningsdefinisjonen”.¹⁷² § 15, 1. ledd, 2. pkt. tar således utfra ordlyden for seg spesielt de grunner som ligger nær opp mot flyktningsdefinisjonens forfølgelsesgrunner. Bestemmelsen kan således se ut til å bidra til å skille ut flyktningsliknende grunner fra de øvrige grunnene som kan tenkes å gi grunnlag for opphold. Når grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag skal forsøkes kartlagt, vil nettopp grensen mellom flyktningsgrunner og flyktningsliknende grunner være det som det er mest interessant å se nærmere på. Av denne grunn vil jeg i det følgende kun se på forholdet mellom asylbestemmelsen og § 15, 1. ledd, 2. pkt.

Før jeg kan få behandlet denne problemstillingen er det imidlertid grunn til å se på innholdet i flyktningsliknende grunner. I og med at jeg skal trekke grensen mot asylbestemmelsen, vil det strengt tatt ikke være nødvendig å se på den nedre grense til § 15, 1. ledd, 2. pkt. Jeg vil således konsentrere meg primært om de tilfeller som anses å falle *innenfor* § 15,1. ledd, 2. pkt.

6.3.2 Hvilke forfølgelsesgrunner omfattes av § 15, 1. ledd. 2. pkt?

6.3.2.1 Innledning

Av forhistorien til loven kan man se at man med denne bestemmelsen mente å fange opp de tilfeller som falt utenfor asylbestemmelsen, men hvor det likevel gjorde seg beskyttelseshensyn gjeldende. Det nærmere anvendelsesområdet til denne bestemmelsen ble imidlertid avgrenset ved hjelp blant annet av at formuleringene “umenneskelig behandling “ og ”liknende grunner som angitt i flyktningsdefinisjonen” ble tatt inn i bestemmelsen. Av disse er det sistnevnte som er aktuelt å se nærmere på når jeg skal kartlegge hvilke forfølgelsesgrunner denne bestemmelsen omfatter.

En naturlig forståelse av “liknende grunner som angitt i flyktningsdefinisjonen” skulle for det første tilsi at bestemmelsen omfatter andre grunner enn rase, religion,

¹⁷² Ved utformingen av bestemmelsen ble det i sin tid sett hen til EMK art. 3. For nærmere om dette se punkt 2.2.3.

nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe og politisk oppfatning, som alle er såkalte flyktningegrupper. På den annen side åpner ikke bestemmelsen for alle andre typer av grunner. Kravet er at de er ”liknende” grunner som angitt i flyktningedefinisjonen. I og med flyktningegruppene som påpekt av Einarsen har ”intoleranse” for avvik til fellesskap, er det også naturlig å kreve at grunner som fanges opp av § 15, 1. ledd, 2. pkt. også har dette elementet i seg.¹⁷³ Etter ordlyden skulle således bestemmelsen fange opp andre grunner med et diskrimineringsmoment i seg, enn de grunner som følger av flyktningedefinisjonen.

Ordlyden kan imidlertid ikke ses isolert sett for den må suppleres med slutninger fra det øvrige foreliggende rettskildematerialet. Som det vil fremgå i fremstillingen i det følgende vil det kunne bli aktuelt å trekke inn såvel nasjonale som internasjonale kilder. Hvordan presiseres så forfølgelsesgrunnene nærmere i dette materialet? Jeg starter med å behandle de norske kildene, mens de internasjonale vil bli kommentert i neste punkt 6.3.2.9.

En relevant rettskildefaktor i denne sammenheng vil naturligvis være forvaltningens standpunkter. I og med forvaltningens avgjørelser i hovedsak ikke er tilgjengelig for allmennheten vil jeg også på dette punkt dra veksler på veksler på undersøkelsene til Oftestad, Bailliet og Holth i den grad de inneholder noe av relevans for innholdet i kriteriet ”liknende grunner”.

Hva angår domstolenes syn på dette kriteriet vil domsutvalget mitt danne utgangspunktet også her. I asylsaker som kommer opp for retten påberopes § 15, 1. ledd, 2. pkt. jevnlig. Flere av grunnvilkårene etter denne bestemmelsen er imidlertid strengere enn utsendelsesvernet etter § 15, 1. ledd, 1. pkt, se eksempelvis § 15, 1. ledd, 2. pkts krav til at personen må risikere ”umenneskelig behandling” som er strengere enn kravet om at personen må risikere ”forfølgelse” etter § 15, 1. ledd, 1. pkt. På grunn av dette forholdet vurderes ofte § 15, 1. ledd, 1. pkt. før retten tar for seg § 15, 1. ledd, 2. pkt. I de tilfeller hvor retten kommer til at § 15, 1. ledd, 1. pkt. ikke er oppfylt, og det ikke

¹⁷³ Se Einarsen 2000 s. 329.

skyldes det forhold at flyktningekonvensjonens forfølgelsesgrunn ikke er tilstede, men at de øvrige krav ikke er oppfylt, vil resultatet etter § 15, 1. ledd, 2. pkt. ofte være gitt som følge av at denne bestemmelsen er strengere enn § 15, 1. ledd, 1. pkt. Retten nøyer seg da gjerne med å knytte noen få bemerkninger til § 15, 1. ledd, 2. pkt. Av denne grunn finnes det ikke så mange avgjørelser hvor innholdet i § 15, 1. ledd, 2. pkt. trenger å være omtalt inngående. I forhold til kravet om ”liknende grunner”, som er tema i dette kapitlet, har jeg likevel funnet 27 saker som det er grunn til å ta i betraktning når kriteriets innhold skal fastlegges. I det følgende vil jeg gjøre bruk av disse. Hvilke saker dette dreier seg om konkret vil fremgå underveis i drøftelsen.

6.3.2.2 Straffeforfølgning

Som jeg var inne på i relasjon til asylbestemmelsen kunne ikke straffereaksjoner på spesielt rene kriminelle handlinger gi grunnlag for asyl.¹⁷⁴ Spørsmålet om hvorvidt straffereaksjoner på selv rene kriminelle handlinger i noen tilfeller kan være omfattet av utsendelsesvernet i § 15, 1. ledd, 2. pkt., er omtalt nærmere i forarbeidene til loven, jfr.

*”[d]epartementet er ... enig i at personer som er i det en kan kalle en flyktningeliknende situasjon, bør være vernet mot utsendelse hvis de trues av slike straffer [døds- eller legemsstraff for kriminelle handlinger som ikke har noen forbindelse med de forhold som nevnes i flyktningekonvensjonens art. 1]...”*¹⁷⁵

Etter lovgivers oppfatning kan altså straffereaksjoner som er uforholdsmessige eller brutale i sin form være omfattet av § 15, 1. ledd, 2. pkt. Slike tilfeller anses således å være flyktningeliknende. Dermed kan det legges til grunn at straffeforfølgning etter omstendighetene kan være en liknende grunn ”som angitt i flyktningedefinisjonen”.

Av ordlyden utledet vi imidlertid at det måtte foreligge et diskrimineringselement dersom en grunn skulle kunne anses som ”liknende” som flyktningegrunnene. Reaksjoner som skjer i tilknytning til straffeforfølgningen skal i utgangspunktet ikke

¹⁷⁴ Jfr. punkt 4.1.2.2 sammenholdt med 4.2.2.1

¹⁷⁵ Se s. 103 i Ot. prp. nr. 46 (1986-87).

gjøre forskjell på folk i lignende situasjon, men bare være et resultat av håndhevelse av loven. Et diskrimineringselement trenger således ikke foreligge i disse tilfellene. Ordlyden taler således for at ordinær form for straffereaksjoner ikke skal være fanget opp av § 15, 1. ledd, 2. pkt.

Det er imidlertid åpenbart at straffereaksjoner i enkelte land etter norsk målestokk står i misforhold til lovbruddet som er begått når man må bøte med livet eller risikere uforholdsmessige strenge straffer for enkle forbytter eller forseelser. I slike tilfeller vil det gjøre seg gjeldende beskyttelseshensyn slik at formålet med bestemmelsen vil trekke i retning av å omfatte også slike tilfeller av § 15, 1. ledd, 2. pkt. om disse faller utenfor asyl.

Sak LB-1998-02486 som omhandlet tilbakekall av flyktningsstatus og utvisning, innhar også enkelte uttalelser i tilknytning til § 15, 1. ledd, 2. pkt, som er av relevans i relasjon til straffeforfølgning som grunnlag for opphold etter denne bestemmelsen. Her uttales det at:

”...[e]tter § 15 første ledds annet punktum skal tilsvarende vern gjelde for utlending som av lignende grunner som angitt i flyktningsdefinisjonen står i en nærliggende fare for å miste livet eller bli utsatt for umenneskelig behandling. Det er det siste alternativet som her eventuelt kunne være aktuelt hvis han ville måtte gjøre langvarig tvangsarbeid særlig hvis dette skulle skje i konsentrasjonsleier, slik det har vært antydnet – eller hvis han ville bli ilagt en streng dobbeltstraff for sin narkotikaforbrytelse”.

I saken fant retten ikke sannsynliggjort anførslene om langvarig tvangsarbeid eller streng dobbeltstraff, men uttalelsen indikerer at de straffer som var anført for narkotikaforbytelsen vedkommende hadde blitt tatt for, kunne ha dannet grunnlag for beskyttelse etter § 15, 1. ledd, 2. pkt. om disse hadde vært funnet bevist. Avgjørelsen taler således for at straffereaksjoner for rene kriminelle handlinger kan være omfattet av § 15, 1. ledd, 2. pkt. om de er strenge nok.

Hvorvidt dette synet er representativt for domtolenes oppfatning på dette punkt, er det ikke enkelt å gjøre opp noen sikre meninger om for meg, da angjeldende spørsmål ikke har vært oppe i de øvrige sakene jeg har hatt tilgjengelig. Men det kan uansett legges til

grunn at forannevnte sak indikerer at domstolene synes å følge opp forarbeidenes standpunkt til det aktuelle spørsmålet.

Selv om ordlyden normalt sett skal ha betydelig vekt ved løsning av rettsspørsmål, bør forarbeidenes klare uttalelse i vårt tilfelle etter min mening tillegges større vekt, spesielt når dens løsning innebærer at hovedformålet med bestemmelsen blir bedre realisert.

Domstolene synes i ovennevnte sak også å løse spørsmålet på denne måten. Det samlede norske rettskildematerialet tilsier således etter min mening at straffeforfølgning kan være en liknende grunn ”som angitt i flyktningsdefinisjonen” og at det ved uforholdsmessige og/eller brutale straffereaksjoner kan gis opphold etter § 15, 1. ledd, 2. pkt.

6.3.2.3 Generell fare for overgrep

Spørsmålet om beskyttelse til personer som kommer fra områder med høy fare for overgrep, er som det vil fremgå av behandlingen av rettskildematerialet i det følgende, omtalt særlig i tilknytning til vernet etter § 15, 1. ledd, 2. pkt. og kriteriet ”liknende grunner”. Det gir derfor grunn til å se på om § 15, 1., ledd, 2. pkt. anvendes på slike tilfeller eller ikke.

Forarbeidene inneholder ikke noen direkte uttalelser om personer fra utsatte områder, men uttalelsen på s. 103 i Ot. prp. nr. 46 (1986-87) antas likevel å være relevant i denne sammenheng. Her uttales det at : ”<<[ff]lyktningsliknende>> ...tjener til å peke på faren for at overgrep kan skje på bakgrunn av manglende rettsorden...” Det uttales her at overgrep i hjemlandet som skyldes manglende apparat til å håndheve lover og regler kan fanges opp av § 15, 1. ledd 2. pkt. Slike områder vil ofte også innebære manglende beskyttelse til innbyggerne med den påfølgende fare for overgrep mot befolkningen. Forarbeidene kan således synes å forutsette at områder med generell fare for befolkningen kan fanges opp av § 15, 1. ledd, 2. pkt.

St. meld. nr. 17 (1994-95) s. 52 gir ytterligere og mer konkret veiledning om bedømmelsen av personer fra risikoutsatte områder. Det uttales her blant annet at:

”[d]en [kategorien som omfatter andre enn konvensjonsflyktninger] omfatter i hovedsak personer som tvinges til å forlate sitt hjemland i forbindelse med krig

og andre væpnede konflikter og ved generelle brudd på menneskerettighetene. Personer i denne kategorien blir ofte omtalt som personer i flyktningsliknende situasjon, som krigsflyktninger og til dels som masseflyktninger” (min utheving).

Personer som flykter fra ”krig og andre væpnede konflikter og ved generelle brudd på menneskerettighetene”, som jo er typiske situasjoner hvor sivilbefolkningen er meget utsatt for overgrep, anses altså å befinne seg i en flyktningsliknende situasjon. Det er med andre ord § 15, 1. ledd, 2. pkt. som anses å være det rette rettsgrunnlag for disse personene.

At personer som kommer fra generelt utsatte områder anses å være i flyktningsliknende situasjon er også lagt til grunn i tilsammen syv andre saker i domsutvalget mitt.¹⁷⁶ Som eksempel kan nevnes Oslo byretts dom 99-10091 A/88, jfr.

“Bestemmelsen [§ 15, 1. ledd, 2. pkt.] vil ... kunne omfatte situasjoner som kommer fra land med borgerkrig eller borgerkrigslinknende tilstander, eller der det er andre konflikter med utpreget bruk av vold mellom ulike grupper.”

På den annen side har man blant annet Rt. 1993 s. 1591 som gir tilslutning til følgende uttalelse av Lagmannsretten i tilknytning til vernet etter § 15, 1. ledd, 2. pkt.:

“Lagmannsretten kan heller ikke se at de kjærende parter har sannsynliggjort at de som gruppe ved utsendelse risikerer å bli utsatt for slike overgrep ut over det som generelt gjelder personer av samme etniske tilhørighet i Kosovo”

Man synes her å kreve en risiko som gjelder “ut over” det som gjelder for andre med samme bakgrunn. Det kan altså se ut som man må være særlig utpekt, slik at det ikke er tilstrekkelig å peke på den generelle risikoen for overgrep. Avgjørelsen går således i retning av at generell risiko ikke kan danne grunnlag for beskyttelse etter § 15, 1. ledd, 2. pkt. Tilsvarende syn er lagt til grunn i LB-2001-03798.

¹⁷⁶ Se RG. 1998 s. 501, RG. 2001 s. 1081, LB-1998-00491, LB-1999-02958, Oslo byretts dom 99-10091 A/88 og Oslo byretts dom 01-11318 A/56.

Man har således indikationer i retning av at generell fare kan danne grunnlag for beskyttelse etter § 15, 1. ledd, 2. pkt, men også i motsatt retning. Men ser man nærmere på de kildene som trekker i retning av at generell fare kan danne grunnlag for beskyttelse etter § 15, 1. ledd, 2. pkt. dreier det seg om situasjoner som manglende rettsorden, borgerkrig, borgerkrigsliknenede situasjoner osv, som er helt ekstraordinære. Dette tyder således på at generell fare for overgrep normalt sett ikke er tilstrekkelig som grunnlag for beskyttelse etter § 15, 1. ledd, 2. pkt. I RG. 1998 s. 501 kommer dette klart til uttrykk når det der kreves at den generelle situasjonen må være “prekær” for å kunne omfattes av beskyttelsen etter § 15,1. ledd, 2. pkt. Med andre ord er det ikke nok med hvilken som helst risiko av generell karakter, det må foreligge kvalifisert form for risiko. Avgjørelsene som krever at man er særlig utpekt, slik at generell risiko ikke er tilstrekkelig, kan jo ses som en bekreftelse på nettopp dette utgangspunktet. For det ble aldri uttalt uttrykkelig i disse sakene at generell risiko *ikke* noensinne kunne danne grunnlag for beskyttelse alene. Det må derfor være åpning for beskyttelse på slikt grunnlag i samsvar med kildematerialet nevnt foran. Etter må dette må det kunne sies at den motstriden som syntes å foreligge ovenfor bare var av tilsynelatende karakter.

Gjennomgangen av rettskildematerialet ovenfor har således vist at personer som kommer fra områder med høy generell fare for overgrep, har vært ansett å befinne seg i flyktningsliknende situasjon, men for å få helheten i bedømmelsen av personer fra områder med høy risiko for overgrep i norsk rett, er det grunn til å spørre om flyktningsstatus etter norsk rett alltid er avskåret ved påberopelse av at man er fra et slikt område. Kildene gjennomgått ovenfor forutsetter klart at personer fra områder med generell fare faller utenfor asyl og at § 15. 1, ledd, 2. pkt. er det rettsgrunnlag som skal anvendes i slike tilfeller, men hva sier så kildematerialet etter asylbestemmelsen med hensyn til dette spørsmålet?

Flyktningsdefinisjonen, som vi har inkorporert i norsk rett, angir risikokravet med “well-founded fear”. Kravet sonderer i seg selv ikke mellom konkret og generell risiko for overgrep. Etter ordlyden skulle det således kunne være grunnlag for flyktningsstatus basert på generell risiko alene så lenge risikoen ellers er tilstrekkelig høy og de øvrige vilkår for flyktningsstatus foreligger.

Hvordan man har forstått risikokravet i norsk rett kan Rt. 1993 s. 1591 gi eksempel på. I denne saken gir Kjæremålsutvalget sin tilslutning til følgende uttalelse fra Byretten om flyktningebegrepet:

“Retten legger til grunn at situasjonen i Kosovo er meget vanskelig. Retten tviler ikke på at det foregår grove overgrep og at det forekommer tilfelle av drap og lemlestelse slik det hevdes i Flyktningerådets rapport av 01 06 93. Men overgrepene rammer som regel tilfeldig og er ikke rettet mot spesielle personer. Det foreligger ingen rapporter om forfølgelse av asylsøkere som har vendt hjem, men de vil være utsatt for den generelle risiko for forfølgelse ved en tilbakesendelse.”

Til tross for at man anså det som bevist at det foregikk “grove” overgrep og situasjonen i asylsøkernes hjemland kunne karakteriseres som “vanskelig”, ble det ikke ansett å være tilstrekkelig til å falle innenfor flyktningebegrepet da overgrepene rammet “tilfeldig” og ikke var “rettet mot spesielle personer”. Det kan altså se ut som om man innfortolker et krav om å være særlig utpekt i flyktningedefinisjonen og at generell risiko for overgrep ikke alene er tilstrekkelig for å falle inn under flyktningebegrepet. Riktignok kan rettsoppfatningen på dette punkt ha endret seg siden Kjæremålsutvalget avsa sin kjennelse, men tilsvarende ser også ut til å være lagt til grunn i nyere rettsavgjørelser. I domsmaterialet mitt er denne oppfatningen lagt til grunn i alle de øvrige seks saker som kan se ut til å ha uttalelser av relevans for vår problemstilling.¹⁷⁷ Det er derfor god grunn til å tro at standpunktet i Rt. 1991 s. 1593 fortsatt legges til grunn av domstolene selv.

Hva angår forvaltningens standpunkt til spørsmålet kan kanskje St. meld. nr. 39 (1987-88) s. 35 gi noen indikasjoner på. Her uttales det i tilknytning til flyktningebegrepet at:

“...praktiske viktige fluktårsaker i verden idag...dekkes [ikke] av konvensjonen. Det kan f. eks. dreie seg om en mer eller mindre utsatt sivilbefolkning som

¹⁷⁷ Jfr. LB-2001-1116, RG. 2001 s. 1081, LB-1999-02958, LB-1996-03448, LB-1999-00613 og LB-1998-01918. I samme retning Bø 1996 s. 50 flg.

*flykter fra krig, borgerkrig eller indre uro. Det betyr også at fare som skyldes konflikter mellom stridende grupper, lovløse og kaotiske tilstander eller myndighetshandlinger som **generelt** befolkningens i fare normalt ikke leder til flyktningestatus”*

Her sies det altså at situasjoner som borgerkrig ol. som jo utsetter sivilbefolkningen for stor fare, ikke omfattes av asylbestemmelsen. Også denne uttalelsen ser ut til å kreve at personene som søker asyl må være særskilt forfulgt og at det er ikke tilstrekkelig å påberope seg generell fare for overgrep. Uttalelsen som er sitert foran gjaldt før vedtakelsen av dagens utlendingslov, men siden den omhandler forståelsen av flyktningebegrepet i flyktningekonvensjonen som fortsatt gjelder den dag i dag, bør uttalelsen fortsatt tas i betraktning ved forståelsen av dagens flyktningebegrep. En undersøkelse foretatt av Oftestad bekrefter at forvaltningen har operert med et krav om at man må være forfulgt på individuelt grunnlag for å få asyl og at generell risiko for overgrep ikke er ansett tilstrekkelig.¹⁷⁸ Forvaltningen synes således ha fulgt opp sitt standpunkt fra stortingsmeldingen nevnt foran og det skulle derfor også være samsvar med oppfatningen domstolene har til spørsmålet.

De gjennomgåtte kildene skulle således tilsi at generell fare for overgrep ikke i seg selv kan danne grunnlag for asyl i norsk rett. Ser man denne forståelsen av asylbestemmelsen i sammenheng med § 15, 1. ledd, 2. pkt. som i enkelte spesielle tilfelle også åpner for beskyttelse på grunnlag av generell fare i ekstraordinære situasjoner, så er det på det rene at meningen har vært at personer fra områder med stor generell fare for overgrep er ment å vurderes etter § 15, 1. ledd, 2. pkt.

Ser man imidlertid på JDs retningslinjer av 1998, så uttales det her i tilknytningen til kravet om sannsynliggjøring av forfølgelsesfare at:

“[d]ersom søkerne tilhører spesielt utsatte (etniske eller religiøse mv.) minoritetsgrupper i de aktuelle landende vil det være et aktuelt vurderingstema

¹⁷⁸ Se Oftestads 1999 særlig s. 137flg.

om asyl nå bør gis alt på "kollektiv" grunnlag. Asyl på slikt grunnlag har også tidligere være prinsipielt anerkjent i Norge." ¹⁷⁹

Det sies altså at man i Norge anerkjenner en mulighet til å få asylstatus på grunnlag av tilhørighet til en gruppe, uten at man trenger å være særskilt forfulgt utover den generelle risikoen. Et slikt syn kommer også til uttrykk på s. 16 i UNEs fagnotat "Utlendingsloven § 15 første ledd" av 2002. Uttalelsen i stortingsmeldingen sitert foran kan ihvertfall for faresituasjoner som skyldes konflikter mellom stridende grupper, lovløse og kaotiske tilstander eller myndighetshandlinger som generelt setter befolkningen i fare, også ses i samme retning da uttalelsen der begrenser seg til normaltilfellene og ikke de mer spesielle situasjoner, jfr. "normalt". Som man ser så foreligger det enkelte indikasjoner på at generell fare for overgrep likevel kan være nok til å få asylstatus og at vedkommende ikke alltid trenger å vurderes og befinne seg i en flyktningsliknende situasjon om det er tale om påberopelse av generell fare for overgrep.

Oppfatningen om at asyl også kan innvilges på bakgrunn av generell fare alene kommer imidlertid først og fremst til uttrykk i interne dokumenter fra forvaltningen som normalt sett har liten vekt i rettsanvendelsesprosessen. Som nevnt tidligere hevdes det i disse at man i Norge alltid har anerkjent muligheten til innvilgelser av asyl på slikt grunnlag, men undersøkelsen av Oftestad viser at man ihvertfall tidligere oppstilte som et krav for asyl at man var særskilt utpekt, jfr. ovenfor. Også domstolene kan se ut til å operere med et lignende krav, se som eksempel Rt. 1993 s. 1591 som i kraft av å være en avgjørelse fra Kjæremålsutvalget ifølge rettskildeprinsippene bør tillegges betydelig vekt. I denne saken nektes det asyl til tross for at det ikke var tvilsomt at det skjedde grove overgrep i hjemlandet til asylsøkerne da overgrepene ikke var "rettet mot spesielle personer". Forannevnte taler således for at asyl ikke åpner opp for innvilgelse på grunnlag av generell fare for overgrep alene.

¹⁷⁹ Retningslinjer for nye asylkriterier 1998.

På den annen side må det innrømmes at domstolene aldri har tatt direkte stilling til spørsmålet om hvorvidt generell fare alene kan danne grunnlag for asyl eller ikke. En løsning som går i retning av å akseptere også generell fare alene som grunnlag for asyl vil således ikke stå direkte i strid med det foreliggende domsmaterialet. Spørsmålet er første gang berørt uttrykkelig så sent som i 1998 i Retningslinjene til JD og bør således av den grunn tillegges stor vekt. Synspunktet der har senere også kommet til uttrykk i andre forvaltningsdokumenter, se blant annet i UNEs fagnotat, jfr. ovenfor.

Oppfatningen i disse dokumentene samsvarer dessuten godt med den naturlige språklige forståelsen av flyktningsdefinisjonen om å ikke avskjære beskyttelse ved tilstedeværelse av bare risiko av generell karakter. Etter mitt skjønn tilsier således en samlet vurdering av det norske rettskildematerialet at også asylinstituttet åpner opp for å gi beskyttelse til personer fra områder med generell fare for overgrep.

Det kan dermed ikke sies at personer fra områder med stor generell fare for overgrep i beste fall er å anse som personer i en flyktningsliknende situasjon, men de kan også anses å være flyktninger og vil kunne ha vern etter asylbestemmelsen og ikke den sekundære bestemmelsen i § 15, 1. ledd, 2. pkt. Den nærmere avgrensningen mellom disse bestemmelsene på dette punkt byr imidlertid på vanskeligheter da det meg bekjent ikke foreligger noen eksempler på innvilgelse av asyl på grunnlag av generell fare alene.

6.3.2.4 Privat aktør som forfølger

Man skulle i utgangspunktet ikke tro at hvem som er forfølger skulle ha noen betydning for spørsmålet om beskyttelse så lenge en person rent faktisk risikerer overgrep. Men som gjennomgangen min vil vise har dette etter den norske praktiseringen hatt betydning for hvilke rettsgrunnlag man har gitt beskyttelse etter. I den anledning har man særlig skilt mellom forfølgelse hvor myndighetene som står bak denne og forfølgelse hvor private aktører står bak.

Av Oslo tingretts dom 02-08706 A/45 fremgår det at § 15, 1. ledd, 2. pkt. fanger opp tilfeller hvor man "...risikerer forfølgelse av grunner som angitt i flyktningsdefinisjonen, men hvor forfølgelsen skriver seg fra andre enn hjemlandets myndigheter". Det siktes altså her til at forfølgelse fra andre enn myndighetene, altså private, kan omfattes av § 15, 1. ledd, 2. pkt. Vedkommende personer anses således av

domstolen å befinne seg i en flyktningsliknende situasjon. At domstolene innehar dette syn bekreftes av at synet er lagt til grunn i flere av de andre saker jeg har tilgjengelig.¹⁸⁰

For at forfølgelse fra private skal fanges opp av § 15, 1. ledd, 2. pkt. stilles det selvfølgelig at ytterligere vilkår er tilstede. Se eksempelvis Oslo byretts dom 01-08932 A/54 hvor det heter:

”Hvorvidt det er fare for blodhevn kan komme inn under utlendingslovens § 15 første ledd annet punktum, vil etter rettens oppfatning bero på en helhetsvurdering, der det mest sentrale er hvor sannsynlig det er at den dreptes familie vil forsøke å gjennomføre blodhevn, holdt opp mot hjemlandets vilje og evne til å beskytte borgerne mot slike forbrytelser”.

Forutsetningen for å kunne falle inn under § 15, 1. ledd, 2. pkt. i slike tilfeller er at myndighetene ikke har ”vilje og evne” til å beskytte sine borgere. Dette vilkåret blir en form for minstevilkår for at overgrep fra private skal kunne omfattes av bestemmelsen.¹⁸¹

Hva angår asyl i tilfelle overgrep fra private ser man at flyktningsdefinisjonen bare krever at man må være utsatt for “forfølgelse” uten at det sondres noe mellom forfølgelse fra private eller fra myndighetenes side. En naturlig språklig forståelse av ordlyden skulle således tilsi at også overgrep fra private er omfattet av flyktningsbegrepet og dermed kvalifisere til asyl.

Hvordan domstolene har praktisert disse tilfellene kan kanskje LB-2001-1116 gi veiledning i forhold til. Her heter det ihvertfall at “[v]edkommende må befinne seg i myndighetenes søkelys” dersom han skal kunne være omfattet av flyktningsbegrepet. Det stilles altså her et krav om at myndighetene må stå bak forfølgelsen dersom det skal være grunnlag for asyl. Tilsvarende er lagt til grunn i flere andre saker fra domstolene i

¹⁸⁰ RG. 2002 s. 969, LB-2002-00314, Oslo tingretts dom 02-9343 A/75, Oslo tingretts dom 02-06897 A/31, Oslo byretts dom og kjennelse 01-08932 A/54.

¹⁸¹ For andre dommer hvor dette vilkåret kommer klart til uttrykk se eksempelvis LB-2001-02139

domsutvalget mitt.¹⁸² Dette skulle dermed tilsi at personer som risikerer overgrep fra private ikke anses å være i en flyktningsituasjon. Sakene kan derfor sees som en bekreftelse på at disse i høyden kan anses å befinne seg i en flyktningsliknende situasjon og få beskyttelse etter § 15, 1. ledd, 2. pkt.

Forvaltningens syn på spørsmålet om hvem som kan være aktør for å anse som flyktning kommer blant annet til uttrykk i St. meld. 39 (1987-88) s. 35. Her heter det at:

“I begrepet forfølgelse ligger også at det må være tale om forfølgelse fra hjemlandets myndigheters side...”

Også forvaltningen krever altså at man må være forfulgt fra myndighetenes side dersom situasjonen skal kunne danne grunnlag for flyktningsstatus. Riktignok er uttalelsen fra noen år tilbake, men undersøkelsen til Oftestad bekrefter dette.¹⁸³ Det samme gjør undersøkelsene til Bailliet og Holth som ble foretatt i 2003.¹⁸⁴ Man ser altså at man også idag krever at myndighetene må stå bak forfølgelsen dersom det skal kunne danne grunnlag for asyl.

Men undersøkelsene til Bailliet og Holth viser også at man i enkelte tilfeller aksepterer private forfølgere som grunnlag for asyl. Forvaltningens syn er således ikke entydig på dette punkt. Ser man på domstolenes avgjørelser så finner man også her saker som Oslo byretts dom 99-10091 A/88. Her heter det at *“forfølgelsen [må] skrive seg fra hjemlandets myndigheter, enten direkte eller ved at myndighetene ikke vil eller ikke er i stand til å beskytte vedkommende mot forfølgelse fra andre grupper i hjemlandet”*. Det antas at også forfølgelse fra private kan danne grunnlag for asyl om hjemlandets myndigheter ikke kan gi effektiv beskyttelse. Vi har således et eksempel fra rettspraksis

¹⁸² Se Oslo byretts dom 01-11318 A/56, Oslo tingretts dom 02-06822 A/31, Oslo tingretts dom og kjennelse 01-11219, Oslo tingretts dom og kjennelse 02-12341 A/73, RG. 2001 s. 1081, LB-2001-03967, LB-1999-02928, LB-2002-00021 og LB-1999-00613. I tillegg til disse sakene er tilsvarene forutsatt eller direkte uttalt i sakene nevnt foran i forbindelse med § 15, 1. ledd, 2. pkt.

Se i samme retning også Bø 1996 s. 45.

¹⁸³ Jfr. Oftestad 1999 særlig s. 134-135 og 140.

¹⁸⁴ Se særlig s. 79 i Bailliets 2003 og s. 47 i Holth 2003.

som går i motsatt retning av det som ble skissert i sakene ovenfor. I tillegg til saken omhandlet i dette avsnittet finnes det også andre eksempler i samme retning. Fra domsutvalget mitt kan det vises til Oslo tingretts dom 01-09554 A/18, Oslo byretts dom og kjennelse 00-03920 A/86, og LB-2001-02139. Selv om det største antall saker fra domstolene vedrørende dette spørsmål går i retning av å ikke akseptere forfølgelse fra private som grunnlag for asyl, har man også flere eksempler på hvor dette gjøres likvel. Man ser altså at også domstolenes syn på samme måte som forvaltningens syn ikke er helt entydig.

Bakgrunnen for at man i den nyere tid har fått eksempler såvel i forvaltningspraksis som domstolspraksis på at overgrep fra private kan omfattes av asyl, kan kanskje være Retningslinjene fra JD¹⁸⁵. Man signaliserte her at man skulle myke opp asylkriteriene som innebar blant annet at ”...*all forfølgelse i relasjon til spørsmålet om asyl skal likestilles, uavhengig av hvem forfølgeren er og uavhengig av det nevnte skille mellom manglende evne og vilje hos myndighetene til å yte beskyttelse*”. Man mente altså at asylinstituttet i fremtiden skulle også anvendes på forfølgelse fra privates side.

Retningslinjenes løsning harmonerer best med ordlyden i flyktningsdefinisjonen som ji åpnet opp for å omfatte også forfølgelse fra private, men det foreligger imidlertid eksempler i begge retninger i såvel forvaltningspraksis og domstolspraksis. Det blir derfor noe vanskelig å si noe om slike tilfeller skal sees på som flyktnings situasjon eller flyktningsliknende situasjon. Det er imidlertid åpenbart at man tidligere anså slike tilfeller å falle utenfor asyl og at man etter omstendighetene anvendte §15,1. ledd, 2. pkt. som beskyttelsesgrunnlag. Det er også fortsatt på det rene at § 15, 1. ledd, 2. pkt. kan omfatte om ikke alle slike situasjoner så ihvertfall enkelte av situasjonen hvor det dreier seg om overgrep fra private.

¹⁸⁵ Retningslinjer for nye asylkriterier 1998.

6.3.2.5 Diskriminering av kvinner

En annen situasjon som rettkildematerialet i tilknytning til § 15, 1.ledd, 2. pkt., gir grunnlag for å se nærmere på er de tilfeller hvor kvinner risikerer diskriminering på grunn av deres kjønn.

Allerede i forarbeidene uttrykkes det at § 15, 1. ledd, 2. pkt. er rettsgrunnlaget som skal fange opp situasjoner hvor ”kvinner... risikerer særbehandling [i] sitt hjemland fordi det stilles andre krav til dem, enn til menn hva angår tillatte handlinger”.¹⁸⁶ Kvinner som blir diskriminert på grunn av deres kjønn anses altså å befinne seg i en flyktningsliknende situasjon om de øvrige vilkår etter § 15, 1. ledd, 2. pkt. er tilstede.

Dersom en kvinne behandles annerledes enn menn og hun til og med kan risikere overgrep om hun bryter med de handlinger som anses tillatte for kvinner, vil det lett kunne gjøre det seg gjeldende hensyn som tilsier beskyttelse. Forarbeidenes syn stemmer således overens med intensjonen bak § 15, 1. ledd, 2. pkt.

I JDs retningslinjer av 1998 heter det imidlertid at ”forfølgelse på grunn av kjønn...som et prinsipielt asylrettslig utgangspunkt skal trekkes inn under konvensjonens flyktningsbegrep, med den følge at asyl innvilges i disse tilfellene”.¹⁸⁷ Man mener altså her at forfølgelse på grunnlag av kjønn, som også kan omfatte diskriminering av kvinner, skal kunne gi grunnlag for asyl og det fremheves på samme sted at slik forfølgelse særlig skal knyttes til forfølgelsesgrunnen “medlemskap i en spesiell sosial gruppe”. Det åpnes altså her for at kvinner i en slik situasjon kan befinne seg i en flyktningsituasjon og ikke i en flyktningsliknende situasjon som forarbeidene indikerer.

Retningslinjenes prinsipielle standpunkt på dette punkt bekreftes av Holths undersøkelse fra 2003 å være lagt til grunn i forvaltningspraksis, da det finnes

¹⁸⁶ se s. 103 Ot. prp. nr. 46 (1986-87).

¹⁸⁷ Se Retningslinjer for nye asylkriterier s. 5.

eksempler på at asyl er blitt gitt på grunnlag av såkalt “kjønnsbasert forfølgelse”, som forfølgelse på grunnlag av kjønn undertiden også kalles.¹⁸⁸

Fra domstolene har jeg imidlertid ingen saker som direkte omhandler spørsmålet om forfølgelse på grunnlag av kjønn, så det er ikke lett å gjøre opp en mening om domstolene følger opp uttalelsen i forarbeidene om å anvende § 15, 1. ledd, 2. pkt., eller om forfølgelse på grunnlag av kjønn også kan gi grunnlag for asyl i samsvar med JDs retningslinjer og forvaltningspraksis.

Normalt sett er riktignok forvaltningens standpunkt ikke av så stor vekt ved løsning av rettsspørsmål, men på flyktingerettens område åpner Abdisaken for å tillegge forvaltningens syn betydelig vekt om det ikke foreligger klare holdepunkter for et annet syn i det øvrige rettskildematerialet. I vårt tilfelle uttaler lovgiver seg ganske klart i forarbeidene om at bedømmelsen av forfølgelse på grunn av kjønn eventuelt skal gi beskyttelse etter § 15, 1. ledd, 2. pkt., men uttalelsen der er relativt gammel og bør ikke hindre en utvikling som går i favør av asylsøkeren. For hun vil om man følger forvaltningens syn, få et vern som har høyere status med tilhørende bedre rettigheter. Etter min mening tilsier derfor en samlet vurdering av rettskildematerialet at forarbeidenes syn i dag bør anses fraveket, slik at forfølgelse på grunnlag av kjønn i prinsippet kan gi grunnlag for asyl og ikke bare beskyttelse etter § 15, 1. ledd, 2. pkt.

6.3.2.6 Tvangsekteskap

I mange land er det vanlig at familien velger ut den personen den enkelte skal gifte seg med. I en del asylsaker påberopes eventuelle overgrep som følge av nektelse av å gifte seg med den foreldrene/familien har valgt ut som grunnlag for beskyttelse.

En slik situasjon ble vurdert i Oslo byretts dom og kjennelse 01-03920 A/86. I relasjon til asyl uttalte retten i denne saken at:

¹⁸⁸ Jfr. blant annet s. 146 i Holth 2003.

”[r]etten har ikke holdepunkter for at kazakiske kvinner skiller seg ut som noen spesiell gruppe i sammenheng med arrangerte ekteskap. Rådgiver NN i Justisdepartementet forklarte som vitne under hovedforhandlingen at alene i Tyrkia antakelig er millioner av kvinner som har vært utsatt for press i forbindelse med ekteskapsinngåelsen eller som risikerer å bli det. Arrangerte ekteskap er en meget utbredt tradisjon i de fleste muslimske land, og også mye utbredt blant innvandrere fra disse landene bosatt i Vest-Europa. Både 2. og 3[.] generasjon innvandrere gifter seg arrangert. Også menn fra disse kulturene rammes av familiens press til å inngå arrangerte ekteskap. Retten er enig med saksøkte i at man bør være varsom med å la en så utbredt kultur gi grunnlag for flyktningsstatus og rett til asyl etter utlendingslovens § 17. Retten legger herunder vekt på at man i alvorlige tilfeller har et alternativ i form av beskyttelse i.h.t. lovens § 15. Retten legger derfor til grunn at saksøker ikke har krav på asyl”.

Man fant altså at tvangsekteskap i seg selv ikke kunne danne grunnlag for asyl. Man mente imidlertid at § 15 kunne komme inn som beskyttelsesgrunnlag i de mest alvorlige tilfellene. I relasjon til § 15, 1. ledd, 2. pkt. ble det videre uttalt i saken at: *”[s]taten har ikke bestridt at overgrep i forbindelse med tvangsgifte kan gi grunnlag for vern etter § 15, og retten legger dette til grunn”.* Man mente altså at press i forbindelse med arrangerte ekteskap kunne danne grunnlag for beskyttelse etter § 15, 1. ledd, 2. pkt. og man i høyden var i en flyktningsliknende situasjon.

Selv om forarbeidene ikke vurderer spørsmålet direkte, kan noe veiledning hentes derfra i tilknytning til hvordan spørsmålet om tvangsekteskap bør behandles. Her heter det at brudd på ”grunnleggende normer for behandling av mennesker” kan fanges opp av § 15, 1. ledd, 2. pkt. Tvangsbruk overfor mennesker vil normalt sett ikke være i tråd med de grunnleggende normer som gjelder for behandling av mennesker. Forarbeidene kan derfor se ut til å støtte domstolenes syn.

Å velge selv den man vil gifte seg med er utfra en vestlig målestokk noe som tilligger den enkeltes handlefrihet. Å nekte å gifte seg etter foreldrenes vilje bør åpenbart ikke føre med seg overgrep, dersom det kan være tilfelle er det opplagt at det gjør seg

gjeldende beskyttelseshensyn. Hensynet bak § 15, 1. ledd, 2. pkt. tilsier også beskyttelse mot tvangsekteskap dersom slike tilfeller faller utenfor asylbestemmelsen.

Rettskildefaktorene i tilknytning til § 15, 1. ledd, 2. pkt. er således enstemmige. Men det kan spørres om ikke tvangsekteskap bør være omfattet av asylbestemmelsen.

Ovennevnte rettsavgjørelse utelukker denne muligheten, men undersøkelsen foretatt av Holth av 2003 viser at man i enkelte saker anvender asylbestemmelsen som beskyttelsesgrunnlag.¹⁸⁹ Utfra dette kan det således hevdes at asyl i prinsippet er ansett å være anvendelig i tvangsekteskapsaker.

Når det gjelder flyktningsdefinisjonen spesifiserer den ikke de overgrep som kan danne grunnlag for beskyttelse, men disse angis med termen “forfølgelse”. Det kan spørres om krenkelse av retten til å gifte seg med den man selv vil, i seg selv bør tilsi oppfyllelse av dette kriteriet, men det er etter ordlyden opplagt at tvangsekteskap prinsipielt sett kan være omfattet av asylbestemmelsen og det er helt opplagt at tilfeller hvor konsekvensene ved å nekte å gifte seg etter familiens vilje kan bli alvorlige vil kunne utgjøre “forfølgelse”.

Man har dermed også indikasjoner på at man selv i tilfeller hvor tvangsekteskap påberopes som grunnlag for beskyttelse kan være å anse i en flyktningsituasjon og ikke flyktningsliknende situasjon. Rettsavgjørelsen nevnt foran er riktignok en underrettsavgjørelse, men den fra kort tid tilbake. Dessuten foretar retten i denne saken en inngående vurdering av tvangsekteskap i relasjon til asylbestemmelsen. Som etter min mening tilsier at retten vil kunne komme til samme løsning ved en annen anledning. Selv om man har enkelte inkasjoner i motsatt retning også kan man etter dette ikke si at den norske rettstilstanden er klar med hensyn til om man skal anses å være i en flyktningsituasjon eller flyktningsliknende situasjon i tilfeller hvor tvangsekteskap er grunnlaget for beskyttelse.

¹⁸⁹ Se Holth 2003 s. 86 flg.

6.3.2.7 Tidligere overgrep

Et siste tilfelle som kanskje fanges opp av § 15, 1. ledd, 2. pkt. er angitt i Oslo byretts dom 99-10091 A/88. I denne saken fikk asylsøkerne bli da deres forverrede mentale tilstand som følge av tidligere overgrep i hjemlandet etter rettens mening tilsa det. Retten åpner i denne saken for at tidligere overgrep kan danne grunnlag for beskyttelse om overgrepene har medført betydelige psykiske lidelser slik at en retur anses som ”umenneskelig behandling”. Man kan således i slike spesielle tilfeller anses å befinne seg i en flyktningsliknende situasjon.

I utgangspunktet er det klart at det ikke gjør seg beskyttelseshensyn gjeldende ved tidligere overgrep når det ikke er fare for nye overgrep. Men dette kan stille seg annerledes i helt spesielle tilfeller, som hvor den mentale tilstanden er forverret betydelig som følge av tidligere overgrep. Selv om situasjonen i hjemlandet kan være forandret til det bedre med minimal sannsynlighet for nye overgrep mot vedkommende person, kan for eksempel tilstedeværelsen i hjemlandet medføre at overgrepene gjenoppleses mentalt. En retur i slike tilfelle kan altså være meget skadelig for denne personen og noe han bør beskyttes mot. Hovedhensynet bak § 15, 1. ledd, 2. pkt. tilsier således beskyttelse om asylbestemmelsen ikke fanger opp denne situasjonen.

Når det gjelder bedømmelse av tidligere overgrep i relasjon til asylbestemmelsen ser kravet om ”velbegrunnet frykt for forfølgelse” i utgangspunktet til å tale om forfølgelsen som en fremtidig hendelse, slik at tidligere forfølgelse ikke er tilstrekkelig alene. Men det avskjæres samtidig ikke for at tidligere forfølgelse i seg selv i helt spesielle tilfelle, kan oppfylle kravet til at frykten må være ”velbegrunnet”. Dermed kan man si at ordlyden også åpner opp for at tidligere forfølgelse kan tilsi at man befinner seg i en flyktningsituasjon.

I de fleste rettssakene jeg har tilgjengelig, en det nokså bred omtale av tidligere overgrep, og om retten finner de påberopte forhold bevist, blir disse lagt til grunn som et moment i vurderingen av risikoen for mulige fremtidige overgrep. Det dreier seg med andre ord om en fremtidsrettet vurdering av hvorvidt forfølgelse vil finne sted eller ikke. Ingen av saken har imidlertid ansett kravet om ”velbegrunnet frykt for forfølgelse” som oppfylt på bakgrunn av tidligere overgrep alene. Noe som går i retning av at man krever

risiko for fremtidige overgrep dersom en person skal anses å befinne i en flyktningsituasjon.

Holths gjennomgangen av et større utvalg av forvaltningens praksis viser at det ikke blir gitt asyl til personer som anfører voldtekt og andre seksuelle overgrep, altså overgrep som har funnet sted i fortiden, som grunnlag for asyl.¹⁹⁰ Heller ikke forvaltningen ser altså ut til å anerkjenne tidligere overgrep alene som grunnlag for asyl.

Man ser altså at såvel forvaltningen som domstolene kan se ut til å dele oppfatningen om at bare fare for fremtidige overgrep kan danne grunnlag for flyktningsituasjon til tross for at ordlyden åpnet for at også tidligere overgrep burde være tilstrekkelig i helt spesielle tilfeller. Men siden ordlyden ikke er helt klar på dette punkt, må domstolenes og forvaltningens syn være avgjørende. Det norske rettskildematerialet skulle således tilsi at tidligere overgrep ikke i seg selv kan danne grunnlag for flyktningsituasjon.

I følge den forannevnte saken; Oslo byretts dom 1999-10091 A/88, som er den eneste saken jeg har tilgjengelig som omhandler spørsmålet om tidligere overgrep i tilknytning til § 15, 1. ledd, 2. pkt., kan tidligere overgrep i visse spesielle tilfelle være nok til å bli anerkjent som å være i en flyktningsliknende situasjon. Dette samsvarer også med hensynet bak regelen om å fange opp de tilfeller som faller utenfor asyl, men hvor det gjør seg beskyttelseshensyn gjeldende. Men det er likevel vanskelig å si hvordan den norske rettstilstanden er på dette punkt.

6.3.2.8 Enkelte generelle kommentarer

Oppsummeringsvis kan det sies at man har ansett "liknende grunner" å omfatte beskyttelse mot straffeforfølgning, situasjoner hvor det har foreligget generell fare for overgrep, tilfeller hvor private aktører har stått bak forfølgelsen, situasjoner som følge

¹⁹⁰ Se Holth 2003 s. 152 flg. Bailliet 2003 kan også se ut til å bekrefte dette, men er mer uklar, når hun på s.73 sier at det i forvaltningen er "*need to espouse a dynamic analysis of the impact of human rights violations from the moment they are effectuated into future*", altså at det er et behov for å se på fremtidige konsekvenser av overgrep som allerede har funnet sted, men hun nevner ikke eksplisitt om hun har funnet noen eksempler på at tidligere overgrep alene har dannet grunnlag for asyl eller ikke.

av risiko for tvangsekteskap og til slutt situasjoner grunnet på tidligere overgrep alene. Skal man imidlertid få beskyttelse etter § 15, 1. ledd, 2. pkt. må de øvrige vilkår i bestemmelsen også være oppfylt. For enkelte av de tilfellene som har vært nevnt foran, som for eksempel private aktører som forfølger, har man også sett anvendelse av asylbestemmelsen på disse tilfellene, noe som gjør rettstilstanden uklar på noen av punktene.

Ser man imidlertid nærmere på tilfeller hvor private står bak forfølgelsen er dette et spørsmål som strengt tatt hører til hvilke momenter som skal anses relevante i risikovurderingen og sier derfor lite direkte om hvilke motivasjonsgrunner som er “liknende grunner som angitt i flyktingedefinisjonen”. Tilsvarende gjelder for tilfeller som tidligere overgrep, som mer går på når overgrepene må ha funnet sted for å kunne gi beskyttelse. Det samme gjelder tilfeller med generell fare for overgrep, som går på hva slags krav det skal stilles til faren. Når slike tilfeller subsumeres under “liknende grunner” må det således bety at kriteriet ikke bare henviser til forfølgelsesgrunnene i flyktingedefinisjonen, men også andre forhold ved flyktingedefinisjonen.

Når flere av tilfellene som omfattes av § 15, 1. ledd, 2. pkt. ikke sier noe direkte om motivasjonsgrunnene som kreves etter § 15, 1. ledd, 2. pkt. , er jeg nødt til bygge på indirekte slutninger utfra tilfellene som fanges opp av § 15, 1. ledd, 2. pkt.

Når “liknende grunner” kan omfatte straffeforfølgning for rene kriminelle handlinger, som i utgangspunktet har lite til felles med de forfølgelsesgrunner som er angitt i flyktingedefinisjonen, kan man si at “liknende grunner” omfatter grunner som er av en annen karakter enn forfølgelsesgrunner etter flyktingedefinisjonen.

At tilfeller hvor privat aktør står bak forfølgelsen omfattes bekrefter dette da grunnene i slike tilfeller kan være forskjelligartede hvor også forfølgelsesgrunnene angitt i flyktingedefinisjonene kan være inkludert. Flere av sakene omhandler nettopp forfølgelse fra private som er motivert av de forfølgelsesgrunner flyktingedefinisjonen nevner. Se her som eksempel Oslo tingretts dom 02-08706 A/45 hvor det heter at § 15, 1. ledd, 2. pkt. omfatter tilfeller hvor man “...risikerer forfølgelse av grunner som angitt

i flyktningsdefinisjonen, men hvor forfølgelsen skriver seg fra andre enn hjemlandets myndigheter”.

Det kan imidlertid virke som om det ikke stilles noen særlig krav til motivasjonsgrunn etter § 15, 1. ledd, 2. pkt., selv om ordlyden skulle tilsi det. Som påpekt ovenfor kan tilfeller med privat aktør omfattes forskjelligartet motivasjon. Dette støttes av at også tilfeller med generell fare for overgrep omfattes av “liknende grunner” da overgrep i slike tilfeller kan ramme helt tilfeldig og være motivert av mange ulike grunner.

Etter dette kan det legges til grunn at “liknende grunner” omfatter et bredt spekter av motivasjonsgrunner, herunder flyktingegrupper og andre grunner som ikke nødvendigvis trenger å ligne på forfølgelsesgrunner i flyktningsdefinisjonen.

6.3.2.9 Forholdet til våre internasjonale forpliktelser

Av EMK art. 3 som dannet utgangspunkt for utformingen § 15, 1.ledd, 2. pkt., fremgår det at:

“No one shall be subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment”

Ordlyden oppstiller altså ikke som krav for beskyttelse at man må risikere overgrep som følge av bestemte grunner. Etter denne bestemmelsen stilles det således ikke noen særlige begrensninger i krav til forfølgelsesgrunn. Når man i Norge forstår “liknende grunner” som vist i punktet foran, ganske vidt slik at mange ulike grunner omfattes, harmonerer således forståelsen ganske godt med EMK art. 3.

Det kan stilles spørsmål om hvilke føringer internasjonale kilder gir på flere av de tilfellene som i norsk praksis har blitt vurdert som flyktingeliknende situasjoner og ikke som flykningesituasjoner. Det er for eksempel fra flere hold blitt påpekt at forfølgelse fra private, ifølge internasjonale kilder på flyktingerettens område, bør

omfattes av flyktningdefinisjonen.¹⁹¹ Det samme gjelder tilfeller hvor det er generelle fare for overgrep.¹⁹² Det kunne ha vært interessant å se nærmere på disse spørsmålene. Men i relasjon til bedømmelsen av grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag med henyn til forfølgelsesgrunner, er dette strengt tatt ikke nødvendig. En behandling av disse hadde dessuten sprengt rammene for denne avhandlingen, så jeg vil ikke gå nærmere inn på de tilfeller som idag anses å være fanget opp av “liknende grunner” og § 15, 1. ledd, 2. pkt.

Det er imidlertid fullt mulig at de løsninger som følger av våre internasjonale forpliktelser på flyktingerettområdet tilsier at man i Norge bør justere praktiseringen av § 15, 1. ledd, 2. pkt. slik at enkelte av tilfellene som pleier å omfattes av § 15, 1. ledd, 2. pkt. heller burde vært gitt asyl. Det er videre godt mulig at den uklare praktiseringen i norsk rett for enkelte av de tilfeller vurdert ovenfor nettopp skyldes føringene fra internasjonal rett. I prinsippet skulle man kanskje tro at eventuelle justeringer i retning av asyl ville ha medført endringer i de slutninger jeg gjorde ovenfor om hvilke motivasjonsgrunner § 15, 1. ledd, 2. pkt. omfatter idag. I og med at jeg bygde mine slutninger stort sett indirekte utfra de de tilfeller som ble ansett å falle innenfor § 15, 1. ledd, 2. pkt., trenger ikke eventuelle endringer nødvendigvis tilsi at synet på hvilke motivasjonsgrunner som bestemmelsen omfatter vil bli forandret. Når dagens syn i tillegg stemmer spesielt godt overens med EMK art. 3 som § 15, 1. ledd, 2. pkt. må sees på bakgrunn av, foreligger det heller indikasjoner på at dagens syn vil opprettholdes i nærmeste fremtid. Etter min oppfatning taler således gode grunner for at “liknende grunner” vil fortsette å bli forstått vidt fremover, selv om man skulle endre subsumsjonen for enkelte av tilfellene som idag fanges opp av “liknende grunner”.

¹⁹¹ Se for eksempel UNHCR i dens Håndbok punkt 65, Einarsen 2000 på særlig s. 311-313 og Grahl-Madsen 1966 s. 189.

¹⁹² Se særlig Einarsen 2000 s. 409 flg., og Grahl-Madsen 1966 s. 213.

6.4 Grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag med hensyn til forfølgelsesgrunner

Etter flyktningsdefinisjonen kreves det at forfølgelsen skyldes grunner som rase, nasjonalitet, religion, politisk oppfatning eller medlemskap i spesiell sosial gruppe, jfr. ovenfor. Men § 15, 1. ledd, 2. pkt. stiller imidlertid ikke noen særlige krav til forfølgelsesgrunner. Så vel flyktningegrupper som andre grunner kan i prinsippet være omfattet. Som følge av at § 15, 1. ledd, 2. pkt. også fanger opp flyktningegruppene, vil bestemmelsene overlape hverandre på dette området. Det vil da heller ikke oppstå spørsmål om å dra en grense mellom grunnlagene her. En eventuell grense vil imidlertid kunne trekkes dersom man prøver å kartlegge den nedre grense til asylbestemmelsen med hensyn til forfølgelsesgrunner. Dette vil bli forsøkt gjort i det følgende.

Det generelle trekk ved flyktningegruppene er som nevnt tidligere at de har et element av intoleranse overfor personer som har en annen tilhørighet eller andre egenskaper ved disse personene. Enkelte av tilfellene som fanges opp av § 15, 1. ledd, 2. pkt. som for eksempel faren for tilfeldige overgrep og tilfeller hvor det dreier seg om uforholdsmessig straff for lovbrudd, trenger faktisk ikke å inneha et diskrimineringsmoment slik som ved flyktningegruppene. Disse har således en lengre avstand til grunnene angitt i flyktningsdefinisjonen og har dermed ingen umiddelbar side til flyktningegruppene. Til gjengjeld kan tilfeller som tvangsekteskap innebære en form for intoleranse overfor personens oppfatning hva angår hvem vedkommende vil gifte seg med. Det samme kan gjelde tilfeller som forarbeidene betegner som *”tilsidesettelse av grunnleggende normer for behandling av mennesker”*. I og med at disse gruppene anses å ha det samme særpreget av diskriminering/intoleranse som vi kjenner fra flyktningegruppene, ligger disse nær opp til flyktningegruppene. En eventuell grense fra asylbestemmelsen til oppholdstillatelse på humanitært grunnlag vil således kunne gå her.

Som påpekt tidligere er innholdet i flyktningegruppen ”medlemskap i spesiell sosial gruppe” ganske vagt angitt og det nærmere innhold er ment å bli fastlagt gjennom

utvikling over tid.¹⁹³ Gjennom dette alternativet får konvensjonsgrunnene en mulighet til å fange opp tilfeller som tidligere ikke ble ansett for å falle inn under flyktningegrunnene. Vi har et eksempel på at dette også har skjedd i vår praksis. I følge forarbeidene skulle ”kvinner som risikerer særbehandling [i] sitt hjemland fordi det stilles andre krav til dem, enn til menn hva angår tillatte handlinger” subsumeres under § 15, 1. ledd, 2. pkt.s ”liknende grunner”. Men som jeg pekte på ovenfor¹⁹⁴ har man i den norske praktiseringen nå ansett slik ”kjønnsbasert forfølgelse” å falle inn under asylbestemmelsen gjennom blant annet å anse forfølgelsen motivert av tilhørighet til ”medlemskap i en spesiell sosial gruppe”.¹⁹⁵ Flyktningegrunden ”medlemskap i spesiell sosial gruppe” gir således flyktningegrunnene et dynamisk preg. Når grensen mellom flyktningegrunner og andre grunner som innehar et diskrimineringsselement skal fastlegges er det derfor grunn til å understreke at grensen ikke kan avklares en gang for alle for den vil kunne flytte på seg og dermed kunne være forskjellig over tid.

I følge forarbeidene skulle ”liknende grunner” fange opp tilfeller hvor det dreier seg om ”tilsidesettelse av grunnleggende normer for behandling av mennesker”. I prinsippet dekker uttalelsen i forarbeidene mange ulike tilfeller som følge av den vage angivelsen. Av praksis fremgår det imidlertid at det bare er tvangsekteskap som kriteriet ”liknende grunner” er anvendt på hva angår tilfeller som har et diskrimineringsselement i seg. Dagens praksis gir således bare grunnlag for å oppstille en grense fra flyktningegrunner til forfølgelse som er motivert av den forfulgtes ønske om å velge sin ektefelle selv. Man har imidlertid som påpekt foran også gitt asyl i enkelte av disse tilfellene i forvaltningens praksis, så rettstilstanden er etter min mening ikke helt klar på dette punkt. Men skulle man fortsette å innvilge etter § 15, 1. ledd, 2. pkt., vil den nedre grense fra asyl til oppholdstillatelse på humanitært grunnlag for forfølgelsesgrunner således ha gått her.

¹⁹³ Jfr. også det som er sagt om denne grunnen i punkt 6.2.6.

¹⁹⁴ Se punkt 6.3.2.5.

¹⁹⁵ Jfr. Retningslinjene for nye asylkriteier s. 5.

At man har enkelte eksempler på at tvangsekteskap også kan gi grunnlag for asyl i Norge kan kanskje skyldes utviklingen i internasjonal rett. Normen om å gifte seg etter familiens ønske vil jo oftest være begunnet i sosiale, kulturelle eller religiøse forhold, så de reelle forhold tilsier at flere av konvensjonsgrunnene som politisk oppfatning, religion eller medlemskap i spesiell sosial gruppe, bør kunne være aktuelle her.¹⁹⁶ Til tross for dette har man tradisjonelt ikke ansett tvangsekteskap å være omfattet av flyktningegrupper,¹⁹⁷ men den senere tid har det blitt rettet sterkt fokus mot tvangsekteskap særlig i tilknytning til forfølgelse av kvinner. På bakgrunn av diskusjonene har enkelte land begynt å gi grunnlag for beskyttelse også for tvangsekteskaps vedkommende.¹⁹⁸ Det er imidlertid fortsatt for tidlig å si at rettstilstanden er avklart på dette punkt etter folkeretten.

I relasjon til flyktningebegrepet bør tvangsekteskap av denne grunn anse å falle innenfor begrepets randsone. Særlig som følge av Abdisaken blir det dermed i utgangspunktet avgjørende hva norske myndigheter mener om spørsmålet. De kan derfor strengt juridisk gå i retning av å gi beskyttelse etter § 15, 1. ledd, 2. pkt. og ikke asyl, som i underrettsdommen av 2001, selv om de reelle forhold skulle tilsi innvilgelse av asyl også i slike tilfelle da det åpenbart kan gjøre seg gjeldende beskyttelsesbehov i slike tilfeller.

¹⁹⁶ Samme oppfatning Crawly 2001 s. 124.

¹⁹⁷ Se for eksempel Crawly 2001 s. 123 flg.

¹⁹⁸ Som eksempel kan nevnes Kanada.

III AVSLUTTENDE DEL

7 AVSLUTNING

Oppsummeringsvis kan man si at grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag med hensyn til kravene til overgrep går mellom overgrep av alvorlig karakter og overgrep av mindre alvorlig karakter. Grensen med hensyn til risikokrav går mellom alminnelig sannsynlighetsovervekt på den ene siden og “viss sannsynliggjøring” på den andre siden. For forfølgelsesgrunners vedkommende går grensen mellom flyktningekonvensjonens forfølgelsesgrunner og andre forfølgelsesgrunner med diskrimineringselement i seg så som tvangsekteskap.

Flyktningekonvensjonen på sin side krever et risikokrav som er lavere enn kravet om alminnelig sannsynlighetsovervekt som praktiseres i Norge idag. Dagens norske praktisering på dette punkt er altså ikke helt i samsvar med det som følger av internasjonal rett. Det samme gjelder tolkingen av forfølgelsesbegrepet. I Norge opererer man ikke med en menneskerettighetsbasert tolking av forfølgelsesbegrepet slik som man foreskriver i internasjonal rett. Dersom man følger de løsninger som flyktningekonvensjonen gir anvisning på med hensyn til disse punkter, ville grensen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag mest sannsynlig gått annerledes enn det den gjør idag.

Hva angår spørsmålet om overgrep på de mindre fundamentale menneskerettighetene bør omfattes av forfølgelsesbegrepet eller ikke og spørsmålet om hvor nedre grense for risikokravet bør gå, faller disse nær opp til eller innenfor flyktningebegrepets randsoner. Norske myndigheter står derfor friere på disse områdene, jfr. Abdisaken. Det forhold at den norske praktiseringen av asylbestemmelsen avviker fra flyktningekonvensjonens løsninger her gir således ikke grunnlag for å kritisere grensedragningen mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Man kan derfor ikke på disse punkter si at dagens praktisering av asyl er for streng og at enkelte av tilfellene som innvilges oppholdstillatelse på humanitært grunnlag idag heller bør gis asyl.

Når det gjelder overgrep på enkelte av de fundamentale menneskerettighetene anser norske myndigheter disse som ikke tilstrekkelige til å gi grunnlag for beskyttelse hverken etter asylbestemmelsen og bestemmelsen om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, da man krever tilstedeværelse av andre overgrep *i tillegg* om beskyttelse i det hele tatt skal bli aktuelt. I et rettslig perspektiv blir en slik praktisering å anse som problematisk da det ikke er grunnlag for å oppstille et slikt tilleggskrav i ethvert tilfelle. Det kan derfor hevdes at det for enkelte tilfeller skjer en rettstridig tilbakesendelse i dag.

Forståelsen av forfølgelsesbegrepet er imidlertid i et endringsforslag av 19.05.2003 foreslått justert noe, da det i forslaget § 58b, 1. ledd heter at forfølgelse vil foreligge:

*“...når en person risikerer **alvorlige menneskerettskrenkelser** eller andre alvorlige overgrep” (min utheving).¹⁹⁹*

Forslaget foreskriver altså en tolking av forfølgelsesbegrepet i lys av menneskerettighetene som mangler idag. Vurderingen av menneskerettighetsbrudd vil med endringen stå sentralt når det tas stilling til om forfølgelseskriteriet er oppfylt eller ikke. Det økte fokuset på menneskerettighetene vil forhåpentligvis kunne føre med seg en korrigerende av dagens kritikkverdige praksis i relasjon til overgrep på enkelte av de fundamentale menneskerettighetene.

Den menneskerettighetsbaserte tolking av forfølgelsesbegrepet vil også kunne ha den konsekvens at overgrep på de mindre fundamentale menneskerettighetene kan danne grunnlag for oppfyllelse av forfølgelseskriteriet så fremt krenkelsen er “alvorlig”. Etter dagens forståelse av forfølgelsesbegrepet er dette ikke mulig. En slik praktisering er imidlertid ikke i strid med de løsninger rettkildematerialet gav grunnlag for, så det er strengt tatt ikke nødvendig å endre praktiseringen på dette punkt. En annen sak er at

¹⁹⁹ Forslaget er tilgjengelig på følgende adresse på internett:

<http://www.dep.no/krd/norsk/aktuelt/p10000282/p10000283/016081-080019/>. I fremstillingen i det følgende vil jeg kun behandle de endringsforslag som berører de hovedspørsmål jeg har undersøkt i fremstillingen foran.

endringen innebærer at norsk praktisering kan bli mer i samsvar med de løsninger som følger av flyktningskonvensjonens kilder.

Risikokravet endres også til å bli mer i samsvar med flyktningskonvensjonens forståelse når dette endres fra å anse alminnelig sannsynlighetsovervekt som nødvendig til å også anse lavere sannsynlighet som tilstrekkelig, jfr. forslaget § 58h hvor risikokravet angis som *“reell fare”* sammenholdt med s. 13 i forslaget hvor det fremgår at meningen med § 58h er å omfatte *“langt mindre enn sannsynlighetsovervekt”*. Strengt tatt er heller ikke dette nødvendig da dagens praktisering av risikokravet ikke anses å stå i noen misforhold til det samlede rettskildematerialets løsning på dette punkt.

Endringsforslaget innebærer uansett at risikokravet etter asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag blir sammenfallende. Dermed vil dagens grense mellom instituttene opphøre å eksistere. Flere som får oppholdstillatelse på humanitært grunnlag i dag vil med vedtagelsen av forslaget kunne få asylstatus i stedet for.

Endringsforslaget til en menneskerettighetsbasert tolking av forfølgelsesbegrepet innebærer på sin side at et bredere spekter av overgrepformer kan danne grunnlag for asyl. Praktiseringen av grensen mellom *“alvorlige menneskerettskrenkelser”* og lempeligere menneskerettskrenkelser vil naturligvis føre med seg enkelte gråsonetilfeller som man kanskje vil subsumere under bestemmelsen om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Dermed vil man kanskje også få en grense mellom asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag mellom *“alvorlige menneskerettskrenkelser”* på den ene siden og gråsonen fra de alvorlige menneskerettskrenkelsene til de lempeligere menneskerettskrenkelsene på den andre siden. En slik grense har man ikke i dag på grunn av den manglende fokusering på menneskerettighetene ved tolkingen av forfølgelseskriteriet. Endringsforslaget innebærer således ikke bare at flere vil kunne få asyl om forslaget blir vedtatt, men også at flere kanskje vil kunne få oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.

Man ser altså at nevnte endringsforslag myker opp dagens praksis i favør av flyktingen. Det gjenstår imidlertid å se om forslagene blir vedtatt og eventuelt hvilke

endelige form de gis.²⁰⁰ Fremtiden får således vise om flyktningen nyter godt av de nevnte forslag eller ei.

²⁰⁰ Høringsfristen for endringsforlaget gikk ut 22. august 2003.

8 KILDER

8.1 Litteraturliste

Aall, Jørgen, *Sivilprosess og menneskerettigheter*. I Gjennomføring av internasjonale menneskerettigheter i norsk rett: Torkel Opsahls minneseminar 1995. Redigert av Njål Høstmælingen, Oslo 1996

Bailliet, Cecilia. *Study of the Grey Zone between Asylum and Humanitarian Protection in Norwegian Law & Practice*. 2003

Bø, Bente Puntervold. *Asylum Cases in the Courtroom: Requirements for Refugee Status - A study of the interpretation of the Geneva Convention by the Norwegian government and the judiciary compared to UNHCR's recommendation*. Oslo, 1996

Crawly, Heaven. *Refugees and Gender, Law and Process*. Bristol, 2001

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo, 2001

Einarsen, Terje. *Flyktingers rettsstilling i Norge - Nordiske komparative studier om mottak av flyktninger*. Bergen, 1997

Einarsen, Terje. *Retten til vern som FLYKTNING*. Bergen, 2000

Eskeland, Ståle. *Fangerett*. Oslo, 1989

Fisknes, Eli. *Utlendingsloven med kommentarer*. Oslo, 1994

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*. 2. utg. Oxford, 1998

Grahl-Madsen, Atle. *The Status of Refugee in International Law: Volume I – Refugee Character*. Leiden, 1966

Holth, Torhild B. *Implementering av et kjønnsperspektiv i Norsk Flyktingerett*. 2003

Hov, Jo. *Rettergang I – Sivil- og straffeprosess*. Oslo, 1999

Oftestad, Alf Vegard. *Asylsøkeres rettsikkerhet – søknader om asyl i Norge*. Oslo, 1999 (Institutt for rettsosiologi, Universitetet i Oslo, skriftserie nr. 62)

Riise, Elin. *Asylsøkere og beskyttelsesbehov – Forholdet mellom reelle krenkelses og formelle vedtak*. Elin Riise og Gislaug Øygarden. Bergen, 1994 (Det juridiske fakultets skriftserie nr. 49, Universitet i Bergen)

Ruud, Morten, *Innføring i folkerett*. Morten Ruud og Geir Ulfstein. 2. utg. Oslo, 2002

Uggerud, Ken. *Menneskerettighetsvernet må styrkes*. I: Innvandringspolitikk og utlendingslov – samtidens klagemur. Redigert av Turid Heiberg. Bergen-Sandviken, 1998, s. 39 - 53

Vevstad, Vigdis. *Refugee Protection – A European Challenge*. 1998

8.2 Konvensjoner m.m.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 1950, "*Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms*"

Den amerikanske menneskerettighetskonvensjonen av 1969, "*American Convention on Human rights*"

FNs konvensjon om bekjempelse av rasediskriminering av 1966, "*International Convention in on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*"

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 1966, "*International Convenant on Civil and Political Rights*"

FNs konvensjon om økonomiske og politiske rettigheter av 1966, "*Intenational Convenant on Economic, Social and Cultural Rights*"

FNs torturkonvensjon av 1984, "*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*"

Wienkonvensjonen om traktater av 1969, "*Vienna Convention on the Law of Treaties*"

Statuttene til Den internasjonale domstolen av 1945, "*Statute of the International Court of Justice*"

FNs verdenserklæring om menneskerettigheter av 1948, "*Universal Declaration of Human Rights*"

FNs flyktningekonvensjon av 28. juli 1951 med tilhørende protokoll av 1967, "*Convention relating to the Status of Refugees*" og "*Protocol Relating to The Status of Refugees*"

UNHCRs håndbok av 1992 "*Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of refugees*"

UNHCRs "*Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1 A (2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*", HCR/GIP/02/01.

Ad hoc Committee on Statelessness and Related Problems, UN doc E/1618 (17. Feb 1950)

8.3 Lover og forskrifter

Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814.(Grunnloven)

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsloven), 24. juni 1988 nr 64

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven), 21. mai 1999 nr 30

Lov om folketrygd (Folketrygdloven), 28. februar 1997 nr 19

Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsforskriften), 21. desember nr 1028

Forskrift om kommunalt tilleggspensjon, kommunalt barnetillegg og kommunalt frikort til trygdede for Oslo kommune, 12. november nr 1476

8.4 Forarbeider

NOU 1983: 47 Ny Fremmedlov

Ot. prp. nr. 46 (1986-87) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her

Innst. O. nr. 92 (1987-88)

Forhandlinger i Odelstinget (1987-88) s. 805-859

Forhandlinger i Lagtinget (1987-88) s. 108-111

8.5 Andre dokumenter

Utlendingsdirektoratets Årsrapport for 2002

Utlendingsdirektoratets Årsrapport for 2001

Retningslinjer for nye asylkriterier av 1998

Forarbeidsnotatet til Justisdepartementets retningslinjene av 1998,
"Flyktningekonvensjonens definisjon av flyktning – vurdering av norsk praksis i relasjon til denne – forslag til endringer"

UNEs fagnotat av 2002, *"Utlendingsloven av § 15 første ledd"*

St. meld. nr. 39 (1987-88) Om Innvandringspolitikken

St. meld. nr. 17 (1994-95) Om flyktningepolitikken

St. meld. nr. 17 (1996-97) Om innvandring og det flerkulturelle Norge

St. meld. nr. 17 (2001-02) Asyl- og flyktningepolitikken i Norge

Kronikk i Aftenposten, *"Tilliten til asylpolitikk kan gjenreises"*. Tilgjengelig på følgende internettadresse:

<http://aftenposten.no/meninger/kronikker/article.jhtml?articleID=431390>

Forslag til endringer i utlendingsforskriften av 19.05.2003. Tilgjengelig på internettadressen: <http://www.dep.no/krd/norsk/aktuelt/p10000283/016081-080019/>

8.6 Rettsavgjørelser

8.6.1 Nasjonale rettsavgjørelser

Rt. 1994 s. 610

Rt. 1994 s. 1244

Rt. 1995 s. 72

Rt. 1998 s. 1795

Rt. 2000 s. 591

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2002 s. 497

Rt. 2002 s. 509

Rt. 2002 s. 557

Se for øvrig rettsavgjørelsene i vedlegg 1 - Grunnlagsmaterialet

8.6.2 Utenlandske rettsavgjørelser

I.N.S v. Cardoza-Fonseca, USA, Supreme Court, 09.03.1987

R. v. Secretary of state for the Home Departement, UK, High Court, Queens Bench, 1987

Adjei v. Minister of Employment and Immigration, Canada, 1989

Chan v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs, Australia, High Court, 1989

9 VEDLEGG

9.1 Vedlegg 1: Grunnlagsmaterialet – rettsavgjørelser

Sak nr.	Kjennelse (K)/dom (D)		Rettskraft
Rt 2001 s. 295	K		
Rt 2000 s. 1900	K		
Rt 1998 s. 1795	D		
Rt 1997 s. 1784	D		
Rt 1993 s. 1591	K		
Rt 1991 s. 586	D		
RG 2002 s. 1259 (LB-2002-01351)	K		26.07.2002
RG 2002 s. 969 (LB-2001-01593)	D		10.05.2002
RG 2001 s. 1081 LB-2000-01347	D		23.04.2001
RG 1998 s. 501	D		Nektet fremmet for HR, HR-1997-00694K
RG 1996 s. 387	K		
RG 1995 s. 745	K		
RG 1995 s. 476	D		
RG 1992 s. 383 (Oslo byrett)	D		

LB-2002-04039	K		Nektet fremmet for HR, HR-2003-00318
LB-2002-03917	K		17.03.2003
LB-2002-03456	D		26.06.2003
LB-2002-02570	K		30.09.2002
LB-2002-02473	K		Nektet fremmet for HR, HR-2002-01631
LB-2002-02308	K		30.09.2002
LB-2002-00421	K		24.05.2002
LB-2002-00314	K		08.04.2002
LB-2002-00281	D		05.08.2002
LB-2002-00021	K		25.03.2002
LB-2001-03967	D		18.11.2002
LB 2001-03798	K		14.01.2002
LB-2001-03307	DK		04.02.2002
LB-2001-02690	K		Nektet fremmet for HR, HR-2002-00649
LB-2001-02689	K		26.11.2001
LB-2001-02139K	K		Nektet fremmet for HR, HR-2001-01201
LB-2001-01116	D		22.04.2002
LB-2002-02412	D		Nektet fremmet for HR, HR-2001-00543
LB-1999-03530	K		29.12.1999
LB-1999-02958	D		nektet fremmet for HR, HR-2000-01384
LB-1999-02256	K		Nektet fremmet for HR, HR-1999-0050K
LB-1999-00613	D		28.02.2000

LB-1998-02486	D		Nektet fremmet for HR, HR-1999-00448K
LB-1998-01918	D		19.04.1999
LB-1998-00491	K		09.03.1998
LB-1997-03244	D		Nektet fremmet for HR, HR-1998-00571K
LB-1996-03448	K		13.02.1997
LB-1996-02789	D		Nektet fremmet for HR, HR-1998-00122K
LB-1996-01641	K		30.09.1996
LB-1995-01861	K		13.11.1995
LB-1995-01564	K		18.01.1996
LB-1995-01490	K		12.10.1995
LE-1995-00786	K		11.05.1995
LE-1995-00603	K		11.04.1995
LE-1995-00267	K		06.04.1995
LE-1994-00828	K		Nektet fremmet for HR, HR-94-00422
LE-1993-02432	K		27.10.1993
LE-1992-02914	K		21.04.1993
LE-1992-01877	K		04.11.1992
TOSLO-2002-06064 A/03	D		21.02.2003
Tingrett 02-12341 A/73	DK		14.04.2003
Tingrett 02-10911 A/95	DK		11.03.2003
Tingrett 02-10621 A/27	DK		22.02.2003
Tingrett 02-09343 A/75	D		10.01.2003
Tingrett 02-08706 A/45	D		03.02.2003

Tingrett 02-06822 A/31	D		22.11.2002
Tingrett 02-07914 A/44	D		10.12.2001
Tingrett 02-5875 A/75	DK		03.10.2002
Tingrett 02-04359 A/74	D		29.08.2002
Byrett 01-11318 A/56	D		30.01.2002
Tingrett 01-11219 A/52	DK		19.09.2002
Tingrett 01-09554 A/18	D		18.03.2002
Tingrett 01-9349 A/14	D		05.05.2002
Byrett 01-8933 A/77	DK		21.12.2001
Byrett 01-08932 A/54	DK		06.06.2002
Byrett 01-08191 A/61	DK		06.01.2002
Tingrett 01-6287 A/23	D		05.04.2002
Byrett 00-03920 A/86	DK		11.11.2000
Byrett 99-11454 A/67	K		08.11.2000
Byrett 99-10091 A/88	D		27.12.2000

Forklaringer:

HR: Høyesterett

LB: Borgarting lagmannsrett

LE: Eidsivating lagmannsrett

TOSLO: Oslo Tingrett, publiserte avgjørelser

Byrett: Oslo Byrett, upubliserte avgjørelser

Tingrett: Oslo Tingrett, upubliserte avgjørelser

9.2 Vedlegg 2: Sammendrag av rettsavgjørelsene

For å gi et innblikk i avgjørelsene som inngår i domsutvalget mitt har jeg nedenfor tatt inn et sammendrag av avgjørelsene. For de publiserte sakers vedkommende har jeg bare benyttet meg av det offisielle sammendraget. Når det gjelder de upubliserte avgjørelsene så har jeg skrevet et sammendrag selv.

PUBLISERTE AVGJØRELSER

Rt. 1991 s. 586

Vedtak om å nekte politisk asyl ble opprettholdt. Sakens hovedspørsmål var om og under hvilke betingelser en person som ikke var gjenstand for politisk forfølgelse i fremmedlovens forstand mens han oppholdt seg i hjemlandet, skal måtte anses som politisk flyktning med rett til asyl etter loven §2 som følge av omstendigheter som inntreffer senere, flyktning « sur place » - der det skilles mellom objektiv « sur place » (den forfølgelsesrisiko som etableres ved endrede politiske forhold i hjemlandet) og subjektiv « sur place » (den risiko som utløses av vedkommendes egen virksomhet etter at han forlot hjemlandet). Fremmedloven §2 etablerer ikke en alminnelig plikt for norske myndigheter til å gi asyl til subjektive sur place-flyktninger. Hovedregelen må være at det bare er den som med rette frykter politisk forfølgelse i hjemlandet på grunn av virksomhet han har utøvd der, som kan gjøre krav på flyktningestatus i Norge.

Rt. 1993 s. 1591

Krav om midlertidig forføyning overfor bortvisningsvedtak vedrørende Kosovo-albanere ble ikke tatt til følge, jfr. tvangsfullbyrdelsesloven av 1992, §15-2. - Uttalelser om flyktningebegrepet i utlendingsloven av 24. juni 1988 nr. 64, §16, og om §4 og §15 første ledd om retten til vern mot retur (beskyttelse mot non-refoulement), jfr. flyktningekonvensjonens (Fk.) artikkel 33, FN's konvensjon om sosiale og politiske rettigheter (SP) artikkel 7 og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 3, jfr. også anti apartheid-deklarasjonens seksjon II, 11. avsnitt.

Rt. 1997 s. 1784

Bosettingstillatelse i Norge for pakistansk borger var bortfalt fordi han hadde oppholdt seg sammenhengende utenfor Norge i mer enn to år, jfr. utlendingsloven §12 fjerde ledd 1. punktum og utlendingsforskriften §49 annet ledd. Uttalelser om uttrykket "bopel" utenfor riket. Dissens 3-2. - Bortfallet av bosettingstillatelsen kunne ikke anses ugyldig som følge av saksbehandlingsfeil (manglende veiledning), eller at avslaget på søknad om ny oppholdstillatelse kunne anses ugyldig som grovt urimelig.

Rt. 1998 s. 1795

Utlending som kom til Norge i 1976 som 13-åring, ble besluttet utvist etter å være blitt straffedømt her i landet, bl.a. for narkotikaovertrедelser og andre forhold, til fengsel i ett år og to måneder, jfr. utlendingsloven §29, første ledd bokstav b, jfr. §30 annet ledd bokstav b. Han gjorde forgjeves gjeldende at utvisningsvedtaket var ugyldig under henvisning til EMK artikkel 3 (umenneskelig og nedverdigg behandling), artikkel 8 (inngrep i privatlivet m.v.) og artikkel 14, jfr. artikkel 8 (forskjellsbehandling m.h.t. rettigheter etter EMK). - Uttalelser om domstolenes prøvelsesrett i slike saker. Forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven §29 annet ledd og §30 tredje ledd kan overprøves av domstolene. - Vedkommende hadde kone og tre barn og annen familie bosatt i hjemlandet.

Rt. 2000 s. 1900

Lagmannsrettens kjennelse om å nekte midlertidig forføyning for å få bli i Norge inntil sak om gyldigheten av avslag på søknad om asyl og opphold i Norge var rettskraftig avgjort, ble opphevet, jfr. utlendingsloven §15, jfr. §16, §17 og §41. Det er ikke et vilkår for vern etter §15 første ledd 1. punktum at kravene til flyktningestatus og asylrett er oppfylt.

Rt. 2001 s. 295

At en lagdommer for snart 7 år siden hadde sin arbeidstilknytning til Regjeringsadvokaten, gjør ham ikke inhabil etter domstolloven §108 i sak om midlertidig forføyning der det er fremsatt krav om å få bli i Norge til det foreligger rettskraftig dom i sak om asyl eller opphold på humanitært grunnlag. Realiteten i kravet om midlertidig forføyning i det foreliggende tilfelle er hvorvidt en avgjørelse som nekter en person vern mot utsendelse etter utlendingsloven §15, skal iverksettes før det foreligger dom. Kravet til sannsynliggjøring i tvangsfullbyrdelsesloven §15-6 må forstås slik at dersom det foreligger rimelig tvil om avgjørelsen av hovedkravet, vil det neppe være grunnlag for å la avgjørelsen få foregripet virkning

RG. 1992 s. 383

Utenlandsk statsborger B fikk i 1987 politisk asyl i Norge. I 1988 kom hustruen A og ektefellenes tre barn til Norge med oppholdstillatelse i gjenforeningshensikt. B ble i november 1989 dømt for narkotikaforbrytelser etter at tiltale var uttatt i juli. A søkte i oktober 1989 om politisk asyl. I 1990 ble B's asylstatus trukket tilbake, og A's søknad ble deretter avslått. - Retten fant at avslaget på A's søknad om politisk asyl var gyldig. A hadde ikke i egenskap av B's ektefelle rett til asyl uten søknad. Forholdene på vedtaktstidspunktet skal legges til grunn, slik at det var korrekt å ta hensyn til at B da var fratatt status som politisk flyktning. Selv om A i og for seg kunne påberope « 15 måneders-regelen », kom hun på grunn av B's forhold inn under unntaket om trenering av saken.

RG. 1995 s. 476

To ugandiske søsken på 20 og 5 år ble av Justisdepartementet nektet henholdsvis asyl og oppholdstillatelse, samtidig som utreise ble besluttet iverksatt. Det var også fattet utreisevedtak for moren, som imidlertid var gått i dekning på ukjent sted. - Retten fant beslutningen om utreise for barna så kvalifisert urimelig at vedtaket ble kjent ugyldig etter de ulovfestede forvaltningsrettslige reglene om myndighetsmisbruk. De særegne

menneskelige konsekvensene av vedtaket syntes ikke uttrykkelig vurdert. Det var uriktig av departementet å tillegge divergenser i morens og 20-åringens forklaringer avgjørende vekt i disfavør av barna i deres sak. Idet den eldste søsteren ikke kunne være omsorgsperson for den yngste, var vedtaket ikke i samsvar med et allmenngyldig barnerettsprinsipp om også å vektlegge hensynet til « barnets beste ». Henvist til FNs barnerettskonvensjon.

RG. 1995 s. 745

En kosovo-albaner søkte politisk asyl på det grunnlag at han hadde unndratt seg militærtjeneste i hjemlandet. Lagmannsretten fant ikke sannsynliggjort at departementets avslag var ugyldig. Lagmannsretten fant ikke at reaksjon i hjemlandet mot militærnektning var av slik alvorlig karakter at det ga rett til politisk asyl. Domstolens prøvingsrett begrenset i spørsmålet om oppholdstillatelse, og også i asylspørsmålet. Tolking av fellesuttalelsen av 11 november 1993 om kirkeasyl.

RG. 1996 s. 387

Tamil fra Sri Lanka kom til Norge i 1987 som student og fikk oppholdstillatelse. Søknad om asyl ble avslått i 1992. Hans ektefelle kom til Norge i desember 1993 på falskt pass, og hun fikk avslag på søknad om oppholdstillatelse. Deres klager førte ikke fram, og stevning og begjæring om midlertidig forføyning ble tatt ut. Begjæringen ble ikke tatt til følge. Det var ikke nærliggende fare for at de ville bli utsatt for umenneskelig behandling. Usaklig forskjellsbehandling ble forgjeves anført

RG. 1998 s. 501

Algirisk statsborger ble nektet asyl og oppholdstillatelse i Norge. Lagmannsretten fant ikke Justisdepartementets vedtak ugyldig. Det var ikke individuelle forhold ved søkeren som gjorde ham spesielt utsatt for forfølgelse fra myndighetenes side. Situasjonen i Aglerie anses ikke så kritisk at enhver algerer kan anses som flyktning etter

utlendingsloven §16. Vurderingene fra FN's Høykommissær for flyktninger må i denne sammenheng tillegges vekt.

RG. 2001 s. 1081

En tyrkisk kvinne av kurdisk herkomst kom til Norge med tre barn. Hun forklarte at mannen hadde gått i dekning etter at han var blitt arrestert og mishandlet av tyrkisk politi. Han var anklaget for spredning av illegale skrifter. Hun var senere gjentatte ganger blitt avhørt av tyrkisk politi, som ønsket å vite hvor mannen befant seg. Under avhørene var hun blitt truet, slått og ved tre anledninger voldtatt. Søknaden om politisk asyl, eventuelt vern mot utsendelse etter utlendingsloven §15 første ledd 2. punktum ble avslått av Utlendingsdirektoratet og Justisdepartementet, som ikke festet lit til hennes forklaring. Søksmål med krav om at avslaget skulle kjennes ugyldig førte ikke frem i byretten. Lagmannsretten fant i motsetning til byretten at de grunner som var fremhevet av Justisdepartementet for ikke å feste lit til søkerens beretning ikke hadde særlig vekt. Begge parter, men særlig staten, burde ha søkt å bidra til en bedre opplysning av saken. Med de manglende opplysninger som forelå i saken måtte det anses å være sannsynlighetsovervekt for at det søkeren hadde forklart er riktig. Lagmannsretten fant derfor at avslaget bygget på uriktig bedømmelse av faktum og at vedtaket måtte kjennes ugyldig.

RG. 2002 s. 969

En iransk statsborger som kom til Norge i 1988, som 17-åring, ble idømt tre års fengsel for grovt ran begått i 1994. Under fengselsoppholdet konverterte han til kristendommen. Kort etter at han ble løslatt høsten 1996 ble han besluttet utvist. Etter klage ble utvisningen opprettholdt av Justisdepartementet, i 1998. Utlendingen søkte deretter om asyl, men fikk avslag. Etter klage ble også dette vedtaket opprettholdt av Justisdepartementet, i 2000. Utlendingen reiste deretter søksmål om gyldigheten av vedtakene. Lagmannsretten fant at utlendingen ikke var vernet mot tilbakesendelse etter utlendingsloven §15 første ledd, og at det dermed heller ikke var grunnlag for asylstatus. Lagmannsretten fant videre at utvisningen ikke var noe uforholdsmessig

tiltak, selv om utlendingen ville rammes hardt. Uttalelser om hvorvidt domstolene kan legge vekt på faktiske forhold som er inntruffet etter utvisningsvedtaket.

RG. 2002 s. 1259

Iransk statsborger fikk avslag på søknad om asyl på grunnlag av deltakelse i studentdemonstrasjoner i 1999. I klageomgangen anførte han som nytt grunnlag at han var homofil og risikerte dødsstraff i Iran på grunn av sin legning, men søknaden ble igjen avslått. Utlendingen gikk til sak og begjærte midlertidig forføyning med krav om å få bli i Norge inntil rettskraftig avgjørelse. Tingretten tok ikke begjæringen til følge, og lagmannsretten kom til samme resultat. Homofil legning var ikke tilstrekkelig for å kunne påberope seg forfølgelsesfare.

LE-1992-01877

Etiopisk statsborger fikk avslått søknad om politisk asyl. Begjæring om midlertidig forføyning ikke tatt til følge.

LE-1992-02914

Lagmannsretten var enig med byretten i at det ikke var sannsynliggjort at asylsøkeren ville få asyl eller opphold på humanitært grunnlag og stadfestet byrettens avslag på begjæring om midlertidig forføyning.

LE-1993-02432 (var ingen offisielt sammendrag til denne, nedenstående sammendrag er skrevet av meg)

A, ugandisk statsborger, hadde fått avslag på søknad om politisk asyl med den begrunnelse at hun ikke fylte vilkårene i utlendingsloven §16 første ledd jf. flytningekonvensjonens art. 1 A for å være flyktning. A ble heller ikke innvilget

oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Anførsel om fare for forfølgelse på grunn av politisk aktivitet. Lagmannsretten tar stilling til spørsmålet om midlertidig forføyning frem til As klagesak er endelig avgjort. Et vilkår for at As krav om midlertidig forføyning skal føre frem er at det sannsynliggjøres at Justisdepartementets vedtak om avslag er ugyldige. Anførsler om ugyldighet som følge av at vedtakene i bygger på uriktig faktisk grunnlag, uten at retten gir henne medhold i dette. Det festes ikke lit til As historie. Uttalelser om domstolenes kompetanse til å overprøve forvaltningens frie skjønn.

LE-1994-00828

Fornytt arbeidstillatelse for tidligere jugoslav, innvilges etter spesialbestemmelsen i utlendingsforskriftene §3 annet ledd bokstav a, var tilbakeholdt fordi han hadde fortiet forhold av vesentlig betydning, jf utlendingsloven §13. Hans begjæring om å få bli i Norge til spørsmålet om oppholds- og arbeidstillatelse var rettslig avgjort, ble ikke tatt til følge av namsmannen. Lagmannsretten stadfestet avgjørelsen.

LE-1995-00267

En Kosovo-albaner som hadde hustru og fire barn med oppholdstillatelse i Norge, var tidligere nektet asyl og utvist blant annet på grunn av kriminalitet foretatt i Norge. Han vendte tilbake, men ble på ny nektet asyl og oppholdstillatelse etter utlendingsloven §8. Denne del av vedtaket mente han var ugyldig og anla sak mot staten. Han krevde samtidig midlertidig forføyning, men fikk ikke medhold verken i byretten eller lagmannsretten.

LE-1995-00603

Justisdepartementet utviste en kurder med tyrkisk statsborgerskap. Han var dømt til fire års fengsel, blant annet for 3 voldtekter. Han påstod forgjeves at utvisningsvedtaket var ugyldig og fikk ikke medhold i begjæring om midlertidig forføyning.

Grunnlagsbetingelsene for utvisning forelå, og retten kunne ikke prøve forvaltningens konkrete skjønn "uforholdsmessig tiltak".

LE-1995-00786

En kosovoalbaner fikk ikke medhold i begjæring om midlertidig forføyning for å hinder tilbakeendring etter vedtak om avslag på søknad om asyl og oppholdstillatelse

LB-1995-01490

Lagmannsretten fant som byretten at det ikke foreligger overvekt av sannsynlighet for at departementets vedtak ved den rettslige prøving vil bli kjent ugyldig. Asylsøkeren har avgitt uriktige forklaringer til myndighetene, det kan derfor ikke festes lit til hans nåværende fremstilling. Sikringskrav forelå ikke, midlertidig forføyning avslått.

LB-1995-01564

En kosovoalbaner som var utvist fremmet begjæring om midlertidig utsettelse av effektueringen til rettskraftig dom i saken. Namsretten tok begjæringen til følge, men satte frist for søksmål. Staten påkjærte kjennelsen. Før lagmannsretten hadde behandlet kjæremålet utløp søksmålsfristen uten at sak var reist. Lagmannsretten hevet kjæremålssaken idet denne var blitt gjenstandsløs. Asylsøkeren måtte eventuelt ha fremmet begjæring om fristforlengelse etter tvangsfullbyrdelsesloven §15-12. P.g.a. at sak ikke var blitt reist eller fristforlengelse søkt, ble Staten tilkjent saksomkostninger i kjæremålssaken. Namsrettens saksomkostningsavgjørelse ble prøvet fullt ut idet kompetansebegrensningen i tvistemålsloven §181 annet ledd ikke fikk anvendelse. Utvisningssaken ble prejudisielt behandlet i denne forbindelse.

LB-1995-01861

Utlending med familie fikk ikke medhold i begjæring om midlertidig forføyning for at han ikke skulle sendes ut av landet før hovedsaken var rettskraftig avgjort. Han var kommet i studieøyemed og kunne ikke få arbeidstillatelse før etter 5 års opphold utenfor riket. Domstolen kunne ikke prøve forvaltningens skjønnsmessige avgjørelse av om han likevel burde få tillatelse etter utlendingsloven §8 annet ledd.

LB-1996-01641

Lagmannsretten kom i motsetning til byretten til at utlending ikke hadde sannsynliggjort at Justisdepartementets vedtak om ikke å innvilge asyl eller opphold på annet grunnlag var ugyldig. Opplysninger fremkommet etter byrettens kjennelse bygde oppunder at vedkommende ikke fryktet eller hadde hatt grunn til å frykte forfølgelse på grunn av religion. Det var heller ikke grunn til å frykte forfølgelse ved tilbakereise. Begjæring om midlertidig forføyning ble derfor avslått. Konkret.

LB-1996-02789

Vedtaket om utvisning av ung, straffedømt, utlending ikke funnet å være i strid med utlendingsloven §15. Lagmannsretten kom til at vedtaket heller ikke utgjorde noen krenkelse av EMK artikkel 8.

LB-1996-03448

Lagmannsretten fant, i likhet med byretten, at saksøkeren ikke hadde sannsynliggjort at Justisdepartementets vedtak i asylsak, var ugyldig. Konkret avgjørelse.

LB-1997-03244

Søknad om politisk asyl ble avslått. Det ble erkjent at det på et punkt var lagt til grunn feil faktum angående søkerens virksomhet en kort tid som journalist i Tyrkia.

Lagmannsretten fant at det ikke var grunn til å tro at feilen kan ha virket inn på avgjørelsens innhold.

LB-1998-00491

Ektepar fra Bangladesh med tre barn hadde oppholdt seg hhv 10 og 7 år i Norge i utdanningsøyemed. De søkte deretter asyl, men fikk avslag. Kjæremål over kjennelse som ikke ga dem rett til å bli i Norge mens sak om gyldigheten av asylavslagene verserte, ble forkastet. Det var ikke sannsynliggjort at Justisdepartementets avslag var ugyldige

LB-1998-01918

Sri Lankaborger med opphold på humanitært grunnlag og bosetting fra 1987 utvist etter dom på 10 måneders fengsel for mishandling av ektefelle og trygdebedrageri. Vedtaket ikke kjent ugyldig. Bemerkninger om situasjonen i Sri Lanka.

LB-1998-02486

En vietnameser flyktet 17 år gammel med båt og ble gitt politisk asyl i Norge i 1991. I 1994 ble han tatt for deltakelse i forsøk på innsmugling av 6 kg hasjissj til Sverige. For dette ble han av svensk domstol dømt til fengsel i 2 år og 6 måneder. Etter løslatelsen ble hans flyktingestatus tilbakekalt og han ble utvist av Utlendingsdirektoratet. Justisdepartementet opprettholdt vedtaket, hvorefter vietnameseren reiste søksmål. Han tapte i byretten, og lagmannsretten stadfestet byrettens dom. Et vesentlig punkt i saken var om vietnameseren i dag kunne vente politisk forfølgelse hvis han vendte tilbake til Vietnam.

LB-1999-00613

Asylsøker fra Sri Lanka (tamil) fikk midlertidig oppholdstillatelse i Norge på grunnlag av uriktige opplysninger om bl.a. alder, tidligere asylsøknad i annet land og bosted og familie på Sri Lanka. Da dette ble oppdaget, ble han utvist med hjemmel i utlendingsl. §29 første ledd jf §44. Søksmål med krav om at utvisningsvedtaket skulle kjennes ugyldig førte ikke frem.

LB-1999-02256

En utlending fylte ikke vilkårene for å bli ansett som flyktning eller å ha beskyttelsesbehov etter utlendingsloven §15. Han hadde reist til Norge fra hjemlandet med ordinært rutefly, lot visumet gå ut og søkte om asyl først etter to måneders ulovlig opphold. Han avventet asylsøknaden med den begrunnelse at en søknad ville medføre begrensinger med å reise til hjemlandet.

LB-1999-02958

Tamils asylsøker søkte asyl i Norge da han kom til landet i 1996. Han fikk avslag av Justisdepartementet. Lagmannsretten fant ikke at det lå feil bevisvurdering eller lovanvendelse til grunn for avslagsvedtaket. Tamiler som gruppe fyller ikke vilkårene for å ha krav på flyktningestatus. Retten fant heller ikke at søkeren fylte vilkårene etter utlendingsloven §15 første ledd 2. punktum. Drøftelse av situasjonen for unge tamilske menn i Colomboområdet etter at de nye unntakslovene ble satt i kraft tidligere i år.

LB-1999-03530

Kurdisk asylsøker ba om midlertidig forføyning inntil søksmål om gyldigheten av Justisdepartementets avslag var avgjort. Begjæringen ikke tatt til følge da det ikke var sannsynliggjort at Departementets vedtak var ugyldig og heller ikke at de ville risikere forfølgelse ved tilbakesendelse til Tyrkia. Uttalelse om at det ville fremstå som fornuftig i forhold til EMK Art. 13 å avvente byrettens behandling som var nært forestående

LB-2000-02412

En iraner kom til Norge med visum. Han søkte om asyl, hvilket ble avslått. Det ble anført at han nå ikke kunne utsendes, idet dette ville være i strid med utlendingsloven §15. Det ble herunder anført at han følte seg trakassert i Iran på grunn av tidligere kontakter og besøk i en katolsk menighet. Han fremla utskrifter av innkalling til politiavhør i den anledning. Utskriftene ble ansett for falske av ambassaden i Teheran, hvilket ble lagt til grunn av retten. Lagmannsretten fant ikke at en hjemsendelse ville stride mot utlendingsloven §15 og EMK art 3.

LB-2001-01116

38-årig mann fra Sudan hadde fått avslag på søknad om politisk asyl. Hans søksmål for å få vedtaket kjent ugyldig førte ikke frem. Under forvaltningssaken hadde det vært tvil om mannens identitet. Lagmannsretten la til grunn at han var fra Sudan og at oppgitt identitet var riktig. Vilkårene for beskyttelse etter utlendingsloven §8 og §15 var ikke til stede. Anførlene om saksbehandlingsfeil førte ikke frem.

LB-2001-02139

To albanske statsborgere kom sammen med sine to barn til Norge, etter at de hadde fått avslag på søknad om asyl i Luxembourg, og søkte om asyl her. De fikk avslag og fikk heller ikke arbeids- og oppholdstillatelse. Det norske vedtaket ble påklaget, og det ble søkt om utsatt iverksettelse, noe som ble avslått. Det ble så begjært midlertidig forføyning med påstand om å få bli i Norge til klagen var avgjort. Staten fikk ikke medhold i sin anførsel om at en slik begjæring skal avslås dersom domstolen mener at avslaget er gyldig, og at det i [Rt-2001-295](#) er gitt uttrykk for et uriktig rettsyn. Ut fra en interesseavveining som der omhandlet ble begjæringen likevel ikke tatt til følge.

LB-2001-02689

Iransk statsborger hadde fått avslag på søknad om asyl og hun fikk heller ikke opphold på humanitært grunnlag. Byretten kom til at vedtaket var ugyldig, og tok samtidig begjæring om midlertidig forføyning, gående ut på at søkeren og hennes to mindreårige barn ikke kunne sendes ut av Norge før hovedsaken var rettskraftig avgjort, til følge. Lagmannsretten kom til at hovedkravet var tilstrekkelig sannsynliggjort etter tvangsfullbyrdelsesloven §15-6 ved byrettens dom, og den midlertidige forføyningen ble stadfestet.

LB-2001-02690

Lagmannsretten kom etter en konkret vurdering, i motsetning til byretten, til at det ikke var tilstrekkelig sannsynlig at utlending risikerer forfølgelse ved retur til Iran som følge av farens politiske aktivitet eller ektefellens angivelige religiøse tilknytning. Det forelå heller ikke rett til oppholdstillatelse på humanitært grunnlag selv om det tok mer enn 15 måneder før endelig avgjørelse i saken var truffet av utlendingmyndighetene.

LB-2001-03307

Utlendingsnemndas utvisningsvedtak var ikke ugyldig. Den ankende part er ikke å anse som flyktning etter utlendingsloven §15, første ledd, 1. punktum. Den ankende part er dømt for alvorlig narkotikaforbrytelse. Vedtak om utvisning er truffet etter utlendingsloven §30 bokstav b. Vedtaket ble ikke ansett uforholdsmessig, jf. §30, tredje ledd.

LB-2001-03798

Midlertidig forføyning. Begjæring om å få bli i landet til søksmål om gyldigheten av avslag på søknad om asyl og opphold på humanitært grunnlag er rettskraftig avgjort, ikke tatt til følge. Det var ikke sannsynliggjort noen sikringsgrunn.

LB-2001-03967

En borger av Kamerun søkte asyl i Norge i januar 1998. Han fikk ikke medhold i at han hadde krav på vern mot utsendelse. Lagmannsretten fant det ikke sannsynliggjort at han på grunn av sin politiske oppfatning eller virksomhet hadde vært utsatt for alvorlig forfølgelse fra myndighetene eller at han sto i fare for slik forfølgelse som beskrevet i utlendingsloven §15 første ledd 2. punktum hvis han nå ble sendt tilbake til Kamerun.

LB-2002-00021

Et iransk ektepar søkte asyl i Norge. Kort tid etter ankomst tok de kontakt med trossamfunnet Jehovas Vitner, der de etter hvert ble tatt opp som fullverdige medlemmer. Søknadene om asyl ble avslått av utlendingsmyndighetene. Iranerne gikk deretter til søksmål, og begjærte samtidig midlertidig forføyning - med krav om forbud mot uttransportering til Iran mens saken verserte. Byretten behandlet søksmålet og forføyningssaken samlet. I søksmålet ble staten frifunnet. Begjæringen om midlertidig forføyning ble ikke tatt til følge. Etter kjæremål i forføyningssaken kom lagmannsretten til samme resultat. Det forelå ikke « rimelig tvil » om avgjørelsen av hovedkravet, jf [Rt-2001-295](#).

LB-2002-00281

Justisdepartementet stadfestet Utledningsdirektoratets vedtak om avslag på søknad om politisk asyl. Ved avgjørelsen i UDI forelå det blant saksdokumentene en mappe på 63 sider med avisutklipp og bilder om forholdene i Bangladesh. Denne mappen var kommet bort da Justisdepartementet behandlet saken. Lagmannsretten fant at det ikke var noen saksbehandlingsfeil at Justisdepartementet traff sin avgjørelse uten nevnte avisutklipp. Lagmannsretten fant det også klart at de manglende avisutklipp ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.

LB-2002-00314

Byrettens avgjørelse om at en kosovo-albansk familie ikke fikk bli i Norge mens hovedsaken om gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak pågikk, ble stadfestet av lagmannsretten. Hovedspørsmålet i saken var om det var en reell fare for blodhevn etter tilbakereise til Kosovo. Etter en konkret vurdering kom lagmannsretten til at det ikke forelå rimelig tvil om avgjørelsen av hovedkravet, jf [Rt-2001-295](#). Saken ga ikke foranledning til å drøfte statens innvendinger mot den rettsoppfatning avgjørelsen fra Høyesteretts kjæremålsutvalg bygget på.

LB-2002-00421

Et kurdisk ektepar fra Syria fikk avslag på sine asylsøknader. De reiste sak for å få avslagene kjent ugyldige og begjærte midlertidig forføyning for at de skulle få bli i landet til hovedsaken var avgjort. Begjæringen ble ikke tatt til følge av byretten, idet retten ikke fant det sannsynliggjort eller at det var rimelig tvil om at avslagene var ugyldige. Lagmannsretten kom til samme resultat og tiltrådte byrettens begrunnelse.

LB-2002-02308

Ektefeller fra Kosovo fikk ikke opphold i Norge. Like før utreisefristens utløp begjærte de midlertidig forføyning. Lagmannsretten fant det klart at Utlendingsnemndas vedtak i saken ikke var ugyldige. Det var ikke bevist at ektefellene var under slik forfølgning som omhandlet i §15. Det forelå heller ikke særlig tilknytning til Norge eller humanitære grunner som kunne tilsi anvendelse av §8 annet ledd og forvaltningen hadde foretatt en forsvarlig vurdering av spørsmålet. Kravet det begjæres forføyning mot var dermed ikke sannsynliggjort og begjæringen ble ikke tatt til følge, jf. tvangsfullbyrdsloven §15-6.

LB-2002-02473

Kosovoalbansk mann søkte om asyl i Norge. Etter at den tiden for kollektive beskyttelse som kosovoalbanere fikk i Norge var utløpt, ble asylsaken gjenopptatt. Søknaden ble avslått etter utlendingsloven §8 annet ledd. Mannen tok ut stevning med påstand om at

avslaget var ugyldig og begjærte midlertidig forføyning. Lagmannsretten fant at det ikke var sannsynliggjort at vedtaket var ugyldig, jf. tvangsfullbyrdelsesloven §15-6 og begjæringen ble ikke tatt til følge.

LB-2002-02570

Begjæring om midlertidig forføyning fra familie fra Kosovo med krav om utsatt iverksettelse av vedtak etter utlendingsloven ble ikke tatt til følge. Familien består av far, mor, 4 barn, fars 9 år gamle datter fra tidligere ekteskap og fars mor. Sistnevnte var gitt oppholdstillatelse på humanitært grunnlag (helse), og det ble særlig argumentert med at fars særkullsbarn, som omfattet farmor som sin primære tilknytningsperson, ikke burde skilles fra farmor.

LB-2002-03456

Utlendingsrett. Saken gjelder gyldigheten av vedtak om tilbakekall av arbeidstillatelse, etter oppløsning av ekteskap. Pakistansk kvinne, som hadde vært gift med norsk statsborger, anførte at hun som følge av samlivsbrudd ville få urimelige vanskeligheter i hjemlandet grunnet de sosiale og kulturelle forhold der, slik at hun oppfylte vilkårene for fortsatt arbeidstillatelse etter utlendingsforskriften §37 sjette ledd. Lagmannsretten stadfestet tingrettens dom, hvorved staten ble frifunnet. Dissens

LB-2002-03917

Utlendingsnemnda vedtok at kosovoalbanerne A og B m/ familie ikke var berettiget til beskyttelsesvern etter utlendingsloven §15 og heller ikke fikk innvilget oppholdstillatelse på annet grunnlag. A og B anla sak og begjærte utsatt iverksettelse av utvisningsvedtaket. De anførte at A hadde samarbeidet med serberne og derfor ville være i livsfare hvis han kom tilbake blant kosovoalbanerne. Lagmannsretten festet ikke tiltro til hans nye anførsel om slikt forrædersk samarbeid, og fant at han ikke hadde

sannsynliggjort hovedkravene i saken. Begjæringen om midlertidig forføyning ble derfor ikke tatt til følge.

LB-2002-04039

En kurder anla sak mot staten v/ Utlendingsnemnda med påstand om at Justisdepartementets vedtak om å nekte ham asyl eller oppholdstillatelse måtte kjennes ugyldig. Han begjærte samtidig midlertidig forføyning om å få bli i landet inntil saken var rettskraftig avgjort. Tingretten tok ikke begjæringen til følge. Kjæremål over avgjørelsen, basert bl.a. på at hjemsendelse ville stride mot utlendingsloven §15 førte ikke frem.

TOSLO-2002-06064

Domstolsprøving av asylavslag. Retten fant det ikke sannsynliggjort at saksøkeren var i fare for å bli utsatt for forfølgelse i hjemlandet Nepal ved eventuell retur dit. Merknader om domstolens prøvelse opp mot menneskerettighetsloven og EMK.

DE UPUBLISERTE AVGJØRELSENE

Sak nr. 99-10091 A/88 (Oslo byrett - dom)

Saken gjaldt spørsmålet om gyldigheten av Justisdepartementets vedtak om avslag på asyl eller opphold på humanitært grunnlag i Norge for A og hans kone B, begge etniske serbere med kroatisk statsborgerskap, samt deres sønn C. Spørsmål om midlertidig forføyning. Retten kan overprøve så vel lovtolkning som subsumsjon, samt foreta en vurdering i henhold til myndighetsmisbrukslærens kriterier. Uttalelser om hva som ligger i "med rette" frykte forfølgelse, jfr. flyktningskonvensjonens art. 1 A (2), jfr. utl. § 16, jfr. § 17. Subjektiv frykt ikke nok, frykten må også være berettiget objektivt sett. Drøftelse omkring krav til overgrep. Den generelle situasjonen i Kroatia begrunner ikke

at etniske serbere automatisk skal innvilges status som flyktning. I denne saken er det heller ikke individuelle forhold som skulle tilsi noe krav på flyktningsstatus. Saksøkerne fikk derimot medhold i spørsmålet om ugyldighet når det gjaldt Justisdepartementets avslag på opphold på humanitært grunnlag, med bakgrunn i to av saksøkernes individuelle forhold. Medhold i begjæringen om midlertidig forføyning.

Sak nr. 99-11454 A/67 (Oslo byrett - kjennelse)

A fremmet begjæring om midlertidig forføyning i påvente av avgjørelse av hvorvidt vedtak om avslag på søknad om asyl og vedtak om utvisning måtte kjennes ugyldige. Grunnlaget for asylsøknaden var at A fryktet forfølgelse i hjemlandet Marokko pga. at han var homofil. For å kunne ta stilling til forføyningsspørsmålet måtte retten først vurdere hvorvidt det forelå slik forfølgelsesfare ved en evt. retur til hjemlandet at vedkommende hadde krav på å få bli i Norge til ugyldighetssøksmålet var endelig avgjort. Vurderinger av forfølgelsens alvor, samt risikoen for at forfølgelse ville finne sted. Retten vurderer faren for forfølgelse på så vel generelt som spesielt grunnlag i forhold til denne konkrete asylsøkeren. Begjæringen om midlertidig forfølgning tas ikke til følge. Spørsmål om usaklig forskjellsbehandling. 15 månedersregelen kommer ikke til anvendelse.

Sak nr. 00-03920 A/86 (Oslo byrett - dom og kjennelse)

Spørsmål om gyldighet av Justisdepartementets vedtak om ikke å innvilge A, tyrkisk statsborger, asyl eller oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Spørsmål om midlertidig forføyning. A får ikke medhold på noen av punktene. Tvangsekteskap. A mener at hun med rette frykter forfølgelse på grunn av tilhørighet til en spesiell sosial gruppe - gruppen av kvinner som risikerer tvangsgifte. Uttalelser om at arrangerte ekteskap er vanlig i store deler av verden og blant en rekke folkegrupper, og man bør være varsom med å la en så utbredt kultur gi grunnlag for flyktningsstatus. Vurdering av saksøkers troverdighet. Anførsler om saksbehandlingsfeil ikke tatt til følge.

Sak nr. 01-6287 A/23 (Oslo tingrett - dom)

Spørsmål om gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak om avslag på søknad om asyl overfor A, etiopisk statsborger. Bakgrunnen var at han mente å ha fått advarsler fra myndighetene i hjemlandet om at han kunne risikere å bli drept hvis han fortsatte med politiske aktiviteter, og fryktet derfor å bli utsatt for alvorlige overgrep fra regimet. A hadde tidligere blitt arrestert og mishandlet av hjemlandets myndigheter to ganger. Retten uttaler at vilkårene for å kunne anerkjennes som flyktning i medhold av utl. § 16 er strenge. Uttalelser om bevisvurderingen, og at det er saksøker som bærer tvilsrisikoen. Det er med andre ord asylsøkeren som må sannsynliggjøre at han fyller lovens krav. Når det gjelder beviskrav i anledning vern mot utsendelse, vil disse ikke være fullt så strenge. Uttalt at kravene uansett må vurderes i forhold til hvor alvorlige konsekvenser en eventuell retur til hjemlandet vil kunne medføre, og at det dermed vil være slik at jo alvorligere konsekvenser, desto mindre sannsynlighet kreves. Retten fant det ikke bevist at han skulle ha vært fengslet ved tidligere anledninger. Man fant heller ikke at det forelå verken generell eller spesiell risiko for forfølgelse i forhold til denne asylsøkeren dersom vedkommende ble returnert til Etiopia, og anførselen om ugyldighet ble ikke tatt til følge.

Sak nr. 01-08191 A/61 (Oslo byrett - dom og kjennelse)

Spørsmål om gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak om opprettholdelse av Utlendingsdirektoratets avslag på søknad om asyl og oppholdstillatelse i Norge overfor A, statsløs palestiner fra Libanon. Begjæring om midlertidig forføyning. Som grunnlag for opphold i Norge har A anført sin homofile legning. A gis ikke medhold idet forfølgning og eventuell fare for å bli drept på grunn av sin seksuelle legning er straffbare handlinger etter libanesisk lov og at slike handlinger også vil bli forfulgt av myndighetene i landet. Uttalelser om at retten bør være varsom med å underkjenne forvaltningens vurderinger i forhold der forvaltningen har særskilt kunnskap. Anførsler om saksbehandlingsfeil tas ikke til følge.

Sak nr. 01-08932 A/54 (Oslo byrett - dom og kjennelse)

Saken gjaldt overprøving av Utlendingsnemndas vedtak om avslag på søknad om asyl overfor A og hans kone B, begge etniske albanere fra Kosovo. Spørsmål om midlertidig forføyning. Krav om opphold på grunnlag av anerkjennelse som flykting ble frafalt under hovedforhandlingen. Det som gjenstod til behandling var spørsmålet om fare for blodhevn faller inn under utl. § 15, 1. ledd, 2. pkt. Dette vil bero på en helhetsvurdering av så vel generelle omstendigheter i den enkeltes hjemland, som mer spesielle forhold i tilknytning til den konkrete asylsøkeren. Uttalelser på generelt grunnlag om hvilke krav som stilles til bevisstyrke. Det uttales at det her må stilles strenge krav ved risikovurderingen. Retten finner at til tross for at blodhevn vil kunne være en reell risiko i Kosovo, er de styrende myndigheter "[ikke] uten vilje og evne til å opprettholde lov og orden". Forvaltningens frie skjønn i tilknytning til § 8, 2. ledd kan bare overprøves i begrenset grad. Ikke medhold i begjæring om midlertidig forføyning.

Sak nr. 01-8933 A/77 (Oslo byrett - dom og kjennelse)

Spørsmål om gyldighet av vedtak om å nekte albansk familie fra Kosovo opphold på humanitært grunnlag. Saksøkerne gis ikke medhold. Generell vurdering av situasjonen i Kosovo og hvorvidt denne tilsier fare for overgrep. Uttalelser om at dersom familien kan slå seg ned et annet sted enn hjemstedet, men fortsatt innen Kosovos grenser, kan dette ikke regnes som intern fordriving eller intern flukt med relevans til konvensjonsregulert vern. Anførsler om helsemessige og andre menneskelige hensyn. Generelle uttalelser om rettens adgang til å overprøve forvaltningens frie skjønn.

Sak nr. 01-9349 A/14 (Oslo tingrett - dom)

Spørsmål om ugyldighet av Utlendingsnemndas vedtak om avslag på asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag for A og hans kone B, samt deres fem felles barn, alle albanere fra Kosovo. Grunnlaget for søknadene var hensynet til syke barn. Saksøkerne anfører at det foreligger ugyldighet som følge av saksbehandlingsfeil - avgjørelsen hviler på et ufullstendig grunnlag, samt at vedtaket ikke fyller forvaltningslovens krav til begrunnelse. Videre anføres myndighetsmisbruk i form av grovt urimelig forvaltningskjønn og usaklig forskjellsbehandling. Etter en konkret

bedømmelse kom retten til at saksøkerne ikke kunne få medhold i noen av sine anførsler.

Sak nr. 01-09554 A/18 (Oslo tingrett - dom)

Spørsmål om overprøving av forvaltningsvedtak om avslag på søknad om asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag overfor A, albansk muslim fra Kosovo, hans ektefelle B, etnisk slaver (bosnisk muslim) og deres to barn C og D som begge er født i Norge, samt As mor og søster, begge albanske muslimer. Spørsmål om midlertidig forføyning. Generelle uttalelser om domstolenes prøvelsesrett. Retten foretar en prøving av hvorvidt riktig faktum er lagt til grunn, samt lovanvendelsen i forhold til utl. §§ 17, jfr. 16 og 15. Videre vurderes spørsmålet om myndighetsmisbruk i forhold til Utlendingsnemndas skjønn ved anvendelsen av utl. § 8, 2. ledd. Saksøkerne A og B påberoper seg fare for forfølgelse på grunn av rase idet de to ektefellene lever i et blandingssekteskap. Anførsel om subjektiv frykt forankret i objektive forhold ved at minoritetsgrupper i Kosovo er utsatt for overgrep. Forfølgelsesfaren vurderes på så vel generelt som spesielt grunnlag. Saksøkerne får ikke medhold. As søster påberoper seg fare for forfølgelse fra eksmannen, samt psykiske problemer. Bemerkning om at et vilkår for å falle inn under flyktningebegrepet er at forfølgelsen må komme fra hjemlandets myndigheter. Forfølgelse fra privatpersoner er ikke tilstrekkelig, og saksøker får ikke medhold.

Sak nr. 01-11219 A/52 (Oslo tingrett - dom og kjennelse)

Spørsmål om gyldigheten av Utlendingsnemndas avslag på As søknad om asyl og opphold på humanitært grunnlag. A påberoper seg sin homofile legning/praksis som grunnlag for å bli i Norge og anfører at dette medfører at han risikerer dødsstraff i hjemlandet Iran. Retten tar utgangspunkt i at homofile tilhører en spesiell sosial gruppe i henhold til Flyktningekonvensjonen art. 1. Spørsmålet blir i så fall hvorvidt han med rette kan frykte forfølgelse på grunn av sin seksuelle legning ved en eventuell retur til Iran. Retten vurderer risiko for fremtidig forfølgelse. Uttalelser om at det må dreie seg om forfølgelse av mer alvorlig art og at det må være snakk om forfølgelse fra

myndighetenes side. Vurderinger av så vel generell fare for forfølgelse i Iran som spesiell forfølgelsesfare knyttet til personlige forhold ved nettopp A. Uttalelser om krav til bevisenes styrke. Saksøker får ikke medhold da det ikke foreligger noen nærliggende fare for at han vil kunne miste livet ved en eventuell retur til Iran.

Sak nr. 01-11318 A/56 (Oslo byrett - dom)

Spørsmål om gyldigheten av Justisdepartementets vedtak om avslag på oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, samt om anvendelsen av regelen i utl. § 15, 1. ledd, 2. pkt overfor A og hans kone B, begge etniske serbere fra Bosnia-Hercegovina, samt deres to år gamle sønn, født i Norge. Anførsler om risiko for forfølgelse og umenneskelig behandling ved en eventuell retur til hjemlandet. Grunnlaget for slik forfølgelse oppgis å være at saksøker A ikke har deltatt i krigen på "riktig" side. Saksøkerne skal ha blitt utsatt for mishandling og voldtekt. Retten bemerker at eventuelt må det være hjemlandets myndigheter som må stå for forfølgelsen, men vurderer det slik at det verken foreligger generell eller spesiell fare for slik forfølgelse ved en eventuell retur. Anførsler om helsemessige årsaker fører heller ikke frem.

Sak nr. 02-1231 A/73 (Oslo tingrett - dom og kjennelse)

Spørsmål om gyldighet av Utlendingsnemndas vedtak om hvorvidt A, iransk statsborger, har krav på vern mot utsendelse til Iran i medhold av utl. §§ 17 og 15, og om avslag på oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Spørsmål om midlertidig forføyning. Som grunnlag for å få bli i Norge har A påberopt seg at hun er lesbisk, og at dette medfører fare for forfølgelse dersom hun reiser tilbake til Iran. Uttalelser om at man må foreta en individuell og konkret vurdering av forfølgelsesfaren ved en eventuell retur til hjemlandet. Uttalelser om krav til forvaltningspraksis før denne kan sies å tilsi en utvidelse av flyktningebegrepet i lovens forstand. Retten kommer til at det ikke er noen tilstrekkelig stor fare for at homofile og lesbiske skal risikere å bli forfulgt i Iran. Det er heller ikke individuelle forhold ved A som skal tilsi at hun er mer utsatt enn andre. Anførsler om usaklig forskjellsbehandling og grov urimelighet tas ikke til følge. A får heller ikke medhold i begjæringen om midlertidig forføyning.

Sak nr. 02-04359 A/74 (Oslo tingrett - dom)

Spørsmål om gyldighet av Utlendingsnemndas vedtak om avslag på søknad om asyl overfor A, tyrkisk borger, men etnisk kurder. A får ikke medhold. Anførsler om forfølgelse som følge av ektemannens politiske aktivitet. Retten fester ikke lit til saksøkers forklaring, bl.a. idet hun skal ha lagt frem falske dokumenter som "bevis" på den situasjon hun mener å befinne seg i, samt at det påvises en rekke selvmotsigelser i hennes forklaring.

Sak nr. 02-5878 A/75 (Oslo tingrett - dom og kjennelse)

Spørsmål om gyldighet av Utlendingsnemndas vedtak om avslag på søknad om oppholds- og arbeidstillatelse etter utl. § 8, 2. ledd for fire søstre A, B, C og D, alle etniske albanere fra Kosovo, samt spørsmål om saksøkerne kan få bli i Norge til saken er rettskraftig avgjort. Uttalelser om at avgjørelsen hører inn under forvaltningens frie skjønn og om domstolenes prøvelsesrett hva dette skjønnet angår. Vurderinger av Utlendingsnemndas skjønn knyttet til vilkårene "sterke menneskelige hensyn" og "særlig tilknytning til riket". Generell så vel som spesiell vurdering av saksøkernes situasjon, uten at dette gir grunnlag for å kjenne nemndas vedtak ugyldig. Spørsmål om 15 månedersregelen kommer til anvendelse, herunder spørsmålet om eventuelle saksbehandlingsfeil og/eller usaklig forskjellsbehandling. Saksøkerne får ikke medhold.

Sak nr. 02-06822 A/31 (Oslo tingrett - dom)

Spørsmål om gyldigheten av Justisdepartementets klagevedtak, samt gyldigheten av senere vedtak om ikke å ta omgjøringsbegjæringer til følge. Vedtakene innebar stadfesting av Utlendingsdirektoratets vedtak, hvoretter saksøker A fra Iran fikk avslag på søknad om asyl og oppholdstillatelse i Norge, jfr. utl. §§ 15, 16, 17 og 8, 2. ledd. Anførsler om politisk aktivitet og virksomhet som jordmor. Saksøker fikk imidlertid

ikke medhold i at hun hadde krav på vern mot tilbakesendelse på bakgrunn av disse anførlene i medhold av utl. § 15,

1. ledd 1. og 2. pkt. Uttalelser om at frykten for forfølgelse må være objektivt begrunnet. Retten fant at det heller ikke var slik nærliggende fare for umenneskelig behandling som 2. pkt. krever idet en mulig risiko for politiavhør og ordinær straffeforfølgelse etter iransk straffelov ikke er tilstrekkelig for å falle inn under denne bestemmelsen. Retten finner det klart at anførsel om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag ikke kan føre frem.

Sak nr. 02-07914 A/44 (Oslo tingrett - dom)

Spørsmål om ugyldighet av vedtak om avslag på asyl for A og hans kone B, begge fra Hviterussland, samt spørsmål om midlertidig forføyning. A hadde unnlatt å møte opp til militærtjeneste pga. frykt for å mot sin vilje bli sendt som leiesoldat i russisk tjeneste til Tsjetsjenia. Retten fester ikke lit til fremlagte dokumenter som skulle bevise at vedkommende var plukket ut som leiesoldat. Mener det ikke foreligger noen generell fare for at dette skal være tilfellet. Heller ikke fare for pådømmelse for unndratt militærtjeneste ved en evt. retur til hjemlandet gir grunnlag for medhold i ugyldighetspåstanden. Det påpekes at unnvikelse fra et annet lands militærtjeneste i alminnelighet ikke gir grunnlag for opphold. Det foreligger heller ikke sterke menneskelige hensyn, jfr. utl. § 8, 2. ledd. Det uttales at retten kan ikke prøve forvaltningens hensiktsmessighetsskjønn utover hvorvidt skjønnsutøvelsen kan sies å være sterkt urimelig eller diskriminerende. Dette var imidlertid ikke tilfellet her. Anførsel om saksbehandlingsfeil ikke tatt til følge. Ikke medhold i begjæring om midlertidig forføyning.

Sak nr. 02-08706 A/45 (Oslo tingrett - dom)

Spørsmål om gyldighet av Utlendingsnemndas vedtak om avslag på søknad om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag overfor A og hans kone B, samt deres tre barn, fra Kosovo. Spørsmål om vern mot utsendelse i medhold av utl. § 15, 1. ledd, 2.

pkt. Anførsler om frykt for sitt liv og/eller umenneskelig behandling som følge av tidligere kontakt med serbere tas ikke til følge. Anførsler om helsemessige årsaker og manglende muligheter for behandling i hjemlandet som grunnlag for at det her foreligger "sterke menneskelige hensyn", jfr. utl. § 8, 2. ledd, uten at retten finner at dette gir grunnlag for opphold. Vedtaket kan heller ikke kjennes ugyldig som følge av usaklig forskjellsbehandling.

Sak nr. 02-09343 A/75 (Oslo tingrett - dom)

Spørsmål om gyldighet av Utlendingsnemndas vedtak om avslag på søknad om asyl og oppholds- og arbeidstillatelse overfor A, fra Albania. I forhold til spørsmålet om asyl måtte retten ta stilling til om asylsøkeren kunne "frykte forfølgelse" på grunn av politisk oppfatning. Vedkommendes politiske aktivitet var imidlertid for beskjeden til å kunne begrunne flyktningsstatus. Etter en konkret vurdering kom retten til at det heller ikke forelå tilstrekkelig fare for forfølgelse. I forbindelse med spørsmålet om vern mot utsendelse etter § 15, 1. ledd, 2. pkt. uttales det at man her stiller lempeligere beviskrav enn etter § 15, 1. ledd, 1. pkt. Retten kom likevel ikke til at vilkårene etter 2. pkt. var oppfylt. Anførsler om saksbehandlingsfeil og grovt urimelig skjønnsutøvelse ble ikke tatt til følge.

Sak nr. 02-10621 A/27 (Oslo tingrett - dom og kjennelse)

Spørsmål om ugyldighet av Utlendingsnemndas vedtak om avslag på asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag overfor A og hans fraskilte kone B samt deres tre felles barn, alle etniske albanere fra Kosovo. Spørsmål om midlertidig forføyning. Anførsler om saksbehandlingsfeil og lovforståelse, samt rettsanvendelse. Etter en konkret vurdering fikk ikke saksøkerne medhold i noen av sine anførsler. Kommentarer i anledning søkernes troverdighet angående forklaringer om voldtekt, og under sterk tvil konkluderes det med at dette har funnet sted. Dette får likevel ikke innvirkning på gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak. Uttalt at overgrep i seg selv normalt ikke gir grunnlag for asyl eller opphold i utlandet. Generell, så vel som spesiell vurdering av risiko for overgrep ved en eventuell retur til Kosovo. Det foreligger heller

ikke sterke menneskelige hensyn som skulle tilsi oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Krav i henhold til utlendingslovens bestemmelser var ikke sannsynliggjort i en slik grad at det var grunnlag for midlertidig forføyning.

Sak nr. 02-10911 A/95 (Oslo tingrett - dom og kjennelse)

Spørsmål om gyldigheten av Utlendingsdirektoratets vedtak om avslag på søknad om opphold i Norge overfor A og hans kone B, pakistanske borgere, og om midlertidig forføyning, samt anvendelse av tvangsfullbyrdelsesloven § 15-6, 2. ledd dersom retten ikke skulle komme til at krav om opphold i Norge etter utl. §§ 17, 15 eller 8, 2. ledd var sannsynliggjort. De to søkerne hadde giftet seg uten familienes samtykke. Anførsler om fare for æresdrap. Anførsler om tvist om jordeiendom. Retten kommenterer krav til sannsynliggjøring av krav om flyktningsstatus i henhold til utl. § 15. Det festes ikke lit til saksøkernes forklaringer i anledning spørsmålet om det var grunn til å frykte forfølgelse. Saksøkerne får heller ikke medhold i at sterke menneskelige hensyn, jfr. utl. § 8, 2. ledd, tilsier opphold i Norge. Da det ikke var sannsynliggjort at saksøkerne hadde krav på opphold i henhold til utlendingslovens bestemmelser, var det heller ikke grunnlag for midlertidig forføyning.

9.3 Vedlegg 3: Grunnlagsmaterialet – UNE saker

41003834:80	80003707:80
41006572:80	80003708:80
41006579:80	80003731:80
41038785:80	80004007:80
41081428:80	80006198:80
44003902:80	80009558:80
44007989:80	80010904:80
44018137:80	80012870:81
44019364:81	80014756:80
44033537:80	80010862:80
44031974:80	80017563:80
44038533:80	80018543:81
44038585:80	80036677:80
44045506:80	80038066:80
44048582:80	80042218:81
44063710:80	80042238:81
44080954:80	80042239:81
44081103:80	80046534:81