

I hvilken grad Norge implementerer UNHCRs "soft law" i god tro

Kandidatnummer: 565

Leveringsfrist: 25.11.07

Til sammen ord

17 982

08.07.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>4</u>
1.1	Oppgavens tema og aktualitet	4
1.2	Kort om bakgrunnen	4
1.3	Presisering og avgrensning	5
1.4	Metodisk tilnærming	6
<u>2</u>	<u>SOFT LAW OG DENS ROLLE</u>	<u>8</u>
2.1	Generell beskrivelse av soft law	8
2.2	Diskusjoner om soft law	11
2.3	Norges generelle holdning til soft law	15
<u>3</u>	<u>HARD LAW OG FLYKTNINGEKONVENSJONEN AV 1951</u>	<u>17</u>
3.1	Generelt om hard law	17
3.2	Flyktningekonvensjonen av 1951	19
3.3	Norges stilling i forhold til Flyktningekonvensjonen	21
3.4	UNHCRs mandat og rolle i flyktningeretten	23
3.5	Sammenfattende om hard law og forholdet til soft law	30
<u>4</u>	<u>NORGES GJENNOMFØRING AV FLYKTNINGEKONVENSJONEN OG UNHCRS SOFT LAW</u>	<u>33</u>

4.1	Norges offisielle holdning	33
4.2	Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda	33
4.3	Praksis i strid med UNHCRs anbefalinger	39
4.3.1	Irak	39
4.3.2	Somalia	41
4.3.3	Afghanistan	43
4.4	Mine vurderinger av praksisen	46
4.5	Uttalelser og medieoppslag om Norges praksis i strid med UNHCR anbefalinger	47
4.6	UNHCRs syn på Norges praksis	48
4.7	Betydningen av Norges økonomiske bidrag til UNHCR, faremomentet ved soft law	50
4.8	Vektlegging av Landinfo i stedet for UNHCR	53
<u>5</u>	<u>UNHCRS STILLING I DAG OG FREMOVER</u>	<u>55</u>
5.1	I hvilken grad UNHCR oppfyller sitt mandat	55
5.2	Utfordringer for UNHCR og behovet for reformering	58
<u>6</u>	<u>OPPSUMMERING AV TENDENSENE I NORSK FLYKTNINGEPOLITIKK. GJENNOMFØRER NORGE UNHCRS SOFT LAW I STOR NOK GRAD?</u>	<u>61</u>
6.1	Ny utlendingslov	61
6.2	Avsluttende vurderinger	62
<u>7</u>	<u>REGISTER</u>	<u>65</u>

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og aktualitet

Med bakgrunn i mye mediefokus og kritikk fra flere hold, skal jeg ta for meg hvordan Norge retter seg etter anbefalingene fra FNs Høykommissær for flyktninger. Disse anbefalingene er ikke rettslig bindende, men det er en problemstilling hvorvidt Norges brudd på anbefalingene er problematisk i forhold til soft law-aspekter ved flyktingeretten. Jeg skal i det følgende ta for meg den rettslige bakgrunnen på flyktingerettens område og se nærmere på hvordan Norge etterlever sine forpliktelser, både de av rettslig bindende art og de som ikke har like stor juridisk karakter. Gjennom en analyse av praksis og teori skal jeg vurdere hvorvidt Norge følger UNHCRs soft law i god tro.

1.2 Kort om bakgrunnen

FNs flyktningekonvensjon av 1951¹ med tilleggsprotokoll av 1967 danner grunnsteinen i den internasjonale flyktingeretten. Den er i dag ratifisert av 146 stater og må på flere områder anses som universell. Den fastslår flyktingers rett til beskyttelse og suppleres av en rekke deklarasjoner, bestemmelser og lover vedtatt av konvensjonsstatene. Ved inngåelsen ble det etablert et eget organ som skal sørge for at konvensjonens bestemmelser følges, Office of The United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR). Organet ble etablert av FNs Generalforsamling i 1950 for å bidra til internasjonal beskyttelse, yte bistand og finne en varig løsning på problemet med flyktninger.² Den ble gitt en begrenset mandatperiode på tre år, men har i ettertid fått forlenget det for fem år av gangen. I dag er UNHCR en av verdens største humanitære organisasjoner. En stor del av hovedmandatet til organisasjonen er å utarbeide

¹ United Nations Convention relating to the Status of Refugees (1951)

² Goodwin-Gill (2007) s. 20

internasjonale overenskomster om flyktninger og påse at de enkelte regjeringene oppfyller sine plikter i henhold til konvensjonen.³

Ved tiltredelsen av 1951-konvensjonen, påtok statene seg en plikt til å anvende dens materielle bestemmelser. Konvensjonens artikkel 35 omhandler implementeringen av forpliktelsene fra et diplomatisk og administrativt ståsted. Gjennom denne bestemmelsen, har statene forpliktet seg til å samarbeide med UNHCR i utøvelsen av deres funksjoner, samt å bistå i overvåkningen av anvendelsen av konvensjonsbestemmelsene.

1.3 Presisering og avgrensning

I avhandlingen foretar jeg en avgrensning av soft law-anbefalinger. Jeg skal ta for meg hvilke soft law-”forpliktelser” Flyktningekonvensjonen medfører.

UNHCR kommer med en rekke type rekommandasjoner og retningslinjer, men jeg skal i hovedsak ta for meg anbefalingene vedrørende retur av asylsøkere som har mottatt avslag på sin søknad. Jeg skal ta for meg Norges implementering av konvensjonen og praksis i forhold til slike anbefalinger. Jeg har i hovedsak tatt for meg praksis fra Utlendingsnemnda (UNE). Til tross for at det foreligger praksis i strid med slike anbefalinger i forhold til mange land, har jeg valgt å avgrense og behandle praksisen i forhold til Irak, Afghanistan og Somalia.

Brudd på soft law kan også indirekte medføre et brudd på prinsippet om non-refoulement; dvs. at man ikke kan returnere personer til områder hvor de kan bli utsatt for tortur og umenneskelig behandling.⁴ Da dette er et svært omfattende tema, har jeg av plassmessige årsaker valgt å gjøre en avgrensning mot noen videre behandling. Jeg går heller ikke inn på hvilke eventuelle andre menneskerettigheter en slik praksis måtte stride mot.

³ www.unhcr.no/en/index_en.html

⁴ Tolonen 22.10.07

1.4 Metodisk tilnærming

Folkeretten bærer preg av et fragmentert rettskildebilde; det eksisterer ikke de samme lovgivningsinstansene og håndhevelsesorganene som i interne rettsystemer.⁵ Med dette som utgangspunkt, skal jeg kort redegjøre for rettskildebildet.

I statuttene til International Court of Justice (ICJ), artikkel 38, oppstilles rettskildene i folkeretten.⁶ De angir ikke en hierarkisk rekkefølge, men danner en oversikt over de mest relevante kildene. Grunnleggende kan det sies at det finnes tre hovedgrupper; rettssettende traktater, sedvane og soft law. Også avgjørelser fra internasjonale domstoler og tribunaler og juridisk teori bidrar til dannelse av rettskildebildet i folkeretten.⁷

De prinsippene som har blitt fulgt opp av et tilstrekkelig antall stater over lengre tid, betegnes som sedvane. Slike prinsipper avhenger ikke av noen form for ratifisering fra stater for å være bindende og anses som den grunnleggende rettskilden i folkeretten. Traktater er betegnelsen på avtaler mellom folkerettssubjekter. For å anses bundet av en traktat, må folkerettssubjektet uttrykkelig ha avgitt sin aksept. Traktater kan bygge på allerede eksisterende sedvanerett eller etablere nye prinsipper. Traktater kan også over tid utvikle seg til bindende sedvanerett.⁸

Tradisjonelt har disse rettskildene dannet det rettskildemessige grunnlaget i folkeretten og er begge likestilte. Med dette som grunnlag, kommer soft law inn som en supplerende rettskilde. Når folkerettssubjekter ikke ønsker å inngå bindende traktater eller tilslutte seg bindende overvåkningsorganer, inngås deklarasjoner og erklæringer som uttrykker en politisk og moralsk vilje eller forpliktelse, men uten formell juridisk binding. Disse kan allikevel få en rettslig relevans ved at man tolker partenes intensjoner med avtalen for å fastslå om det foreligger vilje til forpliktelse.⁹

⁵ Cassese (2005) s. 5, Vevstad (1998) s. 13

⁶ Statute of the International Court of Justice (1945)

⁷ Brownlie (2003) s. 3 flg

⁸ Ruud (2002) s. 52

⁹ Ruud (2002) s. 51, Cassese (2005) s. 196

I arbeidet med avhandlingen har jeg benyttet meg av et bredt spekter av kilder og ressurser. Det rettslige grunnlaget på området er Flyktningekonvensjonen av 1951, men også statuttene til UNHCR. Jeg har jobbet ut fra et vidt kildetilfang på flyktingerettens område, både med norske og internasjonale teoretikere. Folkerettslig litteratur som behandler soft law og hard law generelt har vært viktig for å danne et bakgrunnsbilde for hvilken rolle soft law har i flyktingerettslig kontekst. Mange av disse spørsmålene mangler et klart rettslig svar. Det har derfor vært svært belysende å få veiledning og innspill fra dr. juris Ole Kristian Fauchald ved juridisk fakultet ved UiO. Han har vært til stor hjelp for å klarlegge områder og spørsmål hvor folkerettslig litteratur ikke tydelig definerer svar.

Norsk lovgivning og forarbeider på utlendingsrettens område har også bidratt til å danne grunnlaget for besvarelsen. Odelstingsproposisjonen til ny utlendingslov (Ot.prp nr. 75 (2005-2007)) belyser mange av de aktuelle problemstillingene soft law reiser og hvordan Norge forholder seg til disse. En viktig del av arbeidet besto også av å gjennomgå praksis fra utlendingsforvaltningsinstansene og domstolene.

Jeg har benyttet meg mye av intervjuer med personer med god innsikt i feltet, samt medieoppslag og uttalelser. Dette er viktige kilder, blant annet fordi UNHCR og regjeringsmedlemmer retter mange av sine innspill direkte i media gjennom pressemeldinger og intervjuer. Men også fordi det danner et bilde av hvordan de ulike politiske og samfunnsaktører vektlegger UNHCRs soft law, da vekten endrer seg parallelt med det politiske klimaet.

2 Soft law og dens rolle

2.1 Generell beskrivelse av soft law

Det er innenfor mange av folkerettens områder en tendens til manglende vilje til å inngå bindende traktater. Staters suverenitet kombinert med at de heller ikke ønsker å påta seg forpliktelser er noe av bakgrunnen for denne situasjonen.

På noen områder klarer man å forplikte seg folkerettslig gjennom traktatinngåelser, men i mange tilfeller blir man nødt til å inngå avtaler som et kompromiss ved motstridende ønsker.¹⁰ Som et resultat av dette, har det innenfor folkeretten oppstått et begrep om såkalt ”soft law”. Med ”soft law” menes kort sagt resolusjoner, erklæringer og ikke-bindende vedtak fattet på internasjonale konferanser eller i internasjonale organisasjoner.¹¹ Disse utgjøre en rettskildemessig erstatning for traktater med juridisk bindende karakter. Videre omfattes instrumenter opprettet for å hjelpe til å oppfylle disse avtalene.

Det er vanskelig å gi soft law en skarp definisjon og det er enda vanskeligere å fastslå virkningene av den.¹² Det er heller ikke ønskelig å gi den en uniform betegnelse, da det er positivt at den varierer både med hensyn til abstraksjon og presisjon.¹³

Sammenfattende kan det sies at soft law kan gi uttrykk for en politisk og moralsk forpliktelse eller vilje. På denne måten gis den en rettslig relevans, til tross for at den ikke kan anses som en rettskilde i tradisjonell forstand.¹⁴ Hovedforskjellen i forhold til bindende rett er at stater ikke kan saksøkes for internasjonale domstoler eller møtes med tvangsmakt for brudd på soft law.¹⁵

¹⁰ Chinkin (1989) s. 861

¹¹ Cassese (2005) s. 196, Boyle (2007) s. 211, Starke (1989) s. 4

¹² Vevstad (1998) s. 38

¹³ Chinkin (1989) s. 852

¹⁴ Ruud (1997) s. 39, Baxter (1980) s. 552

¹⁵ Ruud (1997) s.40

Soft law er ikke rett, og danner ikke i seg selv bindende normer.¹⁶ Avtalene fordrer allikevel en plikt for statene til implementering i god tro og samarbeid for å følge dem. Til tross for at de ikke er bindende i ordets strengeste forstand, vil det være et spørsmål om man kan gi soft law-normer en slags juridisk mellomstilling.¹⁷ I en avgjørelse fra den Internasjonale straffedomstolen (ICC), *The Nuclear Test cases*, ble verdien av god tro understreket: ”Just as the very rule of *pacta sunt servanda* in the law of treaties is based on good faith, so also is the binding character of an international obligation assumed by an unilateral declaration.”¹⁸

Når det gjelder soft law på flyktingerettens område, var det tidligere en sterk skepsis til å anerkjenne den som en relevant faktor. Men det har de senere årene vært en økende tendens til vektlegging også i interne domstoler. Både i USA og Storbritannia, har dommere uttalt verdien av soft law-guidelines som en viktig rettskilde.¹⁹

Man kan skissere opp tre hovedgrunner til at fenomenet har oppstått. For det første er det en tydelig tilbakeholdenhet fra partene når det kommer til å forplikte seg folkerettslig. Et eksempel på dette innenfor flyktingeretten er at det i Flyktingekonvensjonen ikke finnes noen bestemmelser som forplikter statene til å innvilge asyl.²⁰ Det kan være flere årsaker til dette, men en velkjent utfordring for folkeretten er statenes suverenitet og manglende vilje til å frasi seg denne. Abbott og Snidal omtaler de høye suverenitetskostnadene ved hard law som en av årsakene til staters vegring for å inngå bindende traktater.²¹ På noen områder er det mer kostbart for statene å overføre suverenitet til organer utenfor staten og da særlig når man ved traktatinngåelsen overfører

¹⁶ Shaw (2003) s. 111

¹⁷ Vevstad (1998) s. 39

¹⁸ Goodwin-Gill (2007) s. 249

¹⁹ Källin (2001) s. 626

²⁰ Vevstad (1998) s. 169

²¹ Abbott (2000) s. 436 flg.

autoritet på viktige felt, eksempelvis områder som angår nasjonal sikkerhet.²² Den samme tendensen sees innenfor flyktningeretten. Siden inngåelsen av konvensjonen, har det vært lite vilje blant statene til å forplikte seg ytterligere til et organ som kan komme med bindende uttalelser vedrørende statenes praksis.²³

For det andre er soft law et alternativ til en omstendelig og tidkrevende traktatprosess. Abbott og Snidal peker også på høye kostnader generelt ved inngåelsen av traktater og at man ved soft law unngår disse, noe som for mange parter er ønskelig. Som et eksempel på dette kan det vises til at International Labour Organization (ILO) har økt bruk av soft law for å senke kostnadene ved traktat ratifikasjon.²⁴ Selv om flere stiller seg kritisk til denne bruken av soft law som et kompromiss, vil den allikevel ha sin betydning. Ser man på tilfeller hvor soft law-dokumenter over tid omdannes til bindende rett, vil ikke kompromissholdningen anses som noe negativt, snarere tvert imot.

For det tredje er det en tendens til at partene er villige til å gå lengre når det ikke er tale om en bindende forpliktelse. Man formulerer klarere politisk innhold, i motsetning til traktatenes ofte vage formuleringer.²⁵

Et soft law-dokument, vil i seg selv kunne være en relevant rettskildefaktor i tolkningen av gjeldende folkerett. Et typisk eksempel på en ikke-bindende resolusjon som har hatt stor betydning innenfor folkerettsutviklingen, er Menneskerettighetserklæringen av 1948.²⁶ Soft law vil også kunne danne bevis for sedvanerett. Særlig vil beslutninger fra FNs Generalforsamling kunne signalisere om hva som regnes som sedvanerett og dermed ha stor folkerettslig betydning. For at dette skal være tilfelle, må de gi uttrykk for hva som er bindende folkerett, de lege lata.²⁷

²² Abbott (2000) s. 436

²³ Vevstad (1998) s. 169, Goodwin-Gill (2007) s. 358

²⁴ Abbott (2000) s. 434

²⁵ Ruud (1997) s. 43, Boyle (2007) s. 211 flg

²⁶ Universal Declaration on Human Rights (1948)

²⁷ Ruud (1997) s. 40

Hva angår vekten, er det også et moment hvorvidt det skapes nye prinsipper, eller om soft law-dokumentet kun er en utdypning og videreføring av allerede eksisterende prinsipper.²⁸

Innenfor folkeretten generelt, er det plass for soft law. Den gjør seg allikevel gjeldende sterkere på noen områder. Særlig innenfor internasjonal handelsrett og miljørett er dette tilfellet, da mange stater vegrer seg for inngåelse av traktater som vil forandre store endringer på mange nivåer.²⁹ Områder som gjelder flyktninger og asylsøkere er også et område hvor soft law i aller høyeste grad har en tydelig rolle.

2.2 Diskusjoner om soft law

Eksistensen av soft law innenfor den internasjonale lovgivningen, må i dag anses som allment akseptert. De fleste teoretikere anerkjenner at det er en egen gruppe standarder og forpliktelser som ikke anses juridisk bindende, men som allikevel spiller sin rolle på den internasjonale arena.³⁰ Begrepet har allikevel vært gjenstand for mye kritikk. Både teoretikere og praktikere har pekt på at det avgjørende ut fra et folkerettslig synspunkt er hvorvidt et dokument er bindende eller ikke, ikke om det er "litt" bindende.³¹ Det kan argumenteres for at denne diskusjonen kun har interesse på et teoretisk nivå, da man neppe kan underkjenne soft law eksistens og betydning i dagens internasjonale samfunn. Noe det hersker større debatt og uenighet om, er hvilken rolle soft law må sies å ha og hvilken tyngde den må gis.

Blant norske teoretikere er ikke temaet viet stor interesse. Ulfstein og Ruud gir en definisjon på fenomenet, og peker på dens rolle folkerettslig kontekst, men

²⁸ Boyle (2007) s. 219

²⁹ Ruud (1997) s. 89, Shaw (2003) s. 112

³⁰ Cassese (2005) s. 196, Boyle (2007) s. 211flg, Brownlie (2003) s. 12

³¹ Ruud (1997) s. 39

problematiserer ikke temaet noe utover dette.³² Fleischer er den som kommer med sterkest utspill innenfor temaet.³³ Han stiller seg svært kritisk til å operere med et eget uttrykk som soft law. Begrepet blir etter hans oppfatning misvisende og skaper inntrykk av at det er et nytt konsept. Han mener at eksistensen av ikke-bindende retningslinjer og normer er gammelt nytt. Dette kan vel ikke motargumenteres, men det er allikevel ikke tvil om at temaet i dag har en økt relevans. Fleischer anerkjenner at ønskemål og intensjoner hos aktører over tid kan få rettslig betydning og inngå i en rettslig sammenheng, men det er da dette konkrete forholdet som er av interesse og ikke det faktum at det tidligere inngikk i en såkalt soft law. Det er nødvendig å sette et skille mellom harde og mykere rettskildedefaktorer i mange sammenhenger, men ikke-rettslig materiale uten rettskildemessig betydning skal ikke omtales som rett. Som en avslutning, påpeker han at bruken av begrepet kun skaper en illusjon om at et område er rettslig regulert og at å se det som et alternativ til bindende regulering er svært negativt. Dette er utvilsomt et viktig moment. Det er alltid en risiko for at soft law danner et falskt trygghetsgrunnlag. Konklusjonen er, etter min mening, allikevel kanskje overmåte bastant, og harmoniserer dårlig med den rollen man faktisk må anerkjenne at soft law har.

På den internasjonale arena, har temaet soft law blitt utførlig omtalt og forsket på av en rekke tunge teoretikere. På mange måter er teoriene om soft law en ny tankegang innenfor juss. I motsetning til tradisjonell traktatrett er soft law mer uangripelig, vekten varierer fra område til område og den kan ikke angripes med tradisjonelle juridiske analyseredskaper. Cassese gir uttrykk for dette synspunktet ved betegne soft law som et nytt fenomen som i hovedsak skapes innenfor og promoterer av de internasjonale organisasjonene. Det har oppstått en trend hvor internasjonale organisasjonene påtar seg rollen å fremme saker av allmenn interesse, typiske for det nyere og moderne samfunn.³⁴

Som en nykommer på den juridiske arena, har soft law en egenverdi hvor vekten må vurderes relativt. Shaw peker han på at selv om den ikke er rettslig bindende, danner den

³² Ruud (2002) s. 25, 51

³³ Fleischer (2005) s. 46

³⁴ Cassese (2005) s. 196 flg.

et grunnlag for en felles oppfatning som statene ønsker å rette seg etter.³⁵ Som en videre konsekvens, kan det over tid dannes sedvanerett, og han argumenterer dermed for at soft law over tid kan omdannes til hard law. Soft law danner et så viktig rammeverk innenfor den internasjonale rettsutviklingen at den må tilskrives en viss vekt. Shaw understreker at den ikke kan anses som rett, men at et dokument ikke nødvendigvis trenger å være formelt bindende før det har betydning i internasjonal politikk. Her er noe av kjerneområdet for begrepet. I en tid med store endringer innenfor den internasjonale arena, er det nødvendig å gi vekt til nye tanker og oppfatninger av hva som kan være rett. Kanskje kan man være forpliktet, til tross for manglende juridisk binding.

Sammenfattende kan det konkluderes med at det ikke hersker tvil om eksistensen av soft law. Det finnes derimot delte meninger om betydningen av den. Det finnes utvilsomt negative trekk ved en slik rett uten preg av formell binding. Både i forhold til statenes følelse av bundethet og hvilken betydning den har for tradisjonell hard law. Når man ser problemer med implementering av hard law i internasjonal rett, er da soft law i det hele tatt levedyktig? Jan Klabbers, en sterk kritiker av soft law, mener at verden verken trenger eller ønsker soft law.³⁶ Utsagnet fremstår som noe bastant og trenger sterk argumentasjon for å tillegges vekt. Noe av begrunnelsen er at soft law er en juridisk sovemedisin som etterlater ideen om at en slags regulering er bedre enn ingen regulering og at ting som vanskelig kan klassifiseres som hard law samles i en fellesbetegnelse.³⁷ Det kan argumenteres for at dette er en forenkling av problemstillingen. Det er alltid en fare for at soft law kan ende opp som en sekkebetegnelse. Men det hersker ingen tvil at på områder hvor man ikke evner å inngå en bindende traktat, vil en soft law avtale kunne danne en god erstatning. Dette synspunktet støttes av Chinkin som påpeker at selv om en bindende traktat alltid er det mest ønskelige, danner soft law et nyttig kompromiss.³⁸

³⁵ Shaw (2003) s. 111

³⁶ Klabbers (1998) s. 383

³⁷ Klabbers (1998) s. 385

³⁸ Chinkin (1989) s. 861

Noe av kjernen til kritikere som Klabbers og Weil er at en for ivrig bruk av soft law på sikt kan skade hard law. Klabbers mener at problemet ikke er den deskriptive bruken av ordet, her slutter han seg til andre teoretikere på feltet. Det blir først et problem når den omdannes til normative kategorier. Noe av hovedargumentet for dette er at jurister tenderer til å omforme all praksis til normer, og resultatet blir at alle beskrivelser som gjøres dermed blir normativt relevante. Ved soft law sitt inntog, utvaskes jusens store fortrinn, nemlig at den er strukturert og forenkling. Det dannes til slutt en stor uangripelig masse av deklarasjoner, uttalelser og erklæringer som alle må kalles law og hard law mister sin egentlige betydning. Han stiller spørsmålet om hva som skal ha rollen som "vehicle for administrative power"³⁹ hvis jus mister sin formalisme. Noe av tankegangen må anerkjennes som rimelig. Men hensikten med soft law er neppe at den skal erstatte hard law. På områder hvor man uansett ikke evner å få gjennomslag for formalistisk jus, kan soft law snarere være en ressurs enn en ødeleggende faktor. Klabbers skepsis kan mye oppsummeres med at ved anerkjennelsen og anvendelsen av soft law, skjer det en ødeleggelse av hele det juridiske system og hard laws avgrensning mot politikk og moral viskes ut.⁴⁰ Det er en fare for at det innenfor internasjonal rett skjer en slags sammenblanding av jus, politikk og moral. Dette er derimot ikke et særtrekk ved soft law, også innenfor hard traktatrett farger politikk og moral inn.

Weil peker på at en økende bruk av soft law og relativisering av det juridiske begrepet "might destabilize the whole international normative system and turn it into an instrument that no longer serves its purpose."⁴¹ Han mener imidlertid at soft laws svake form ikke fratras den karakteren av rettslig norm, men at det er en fare for at internasjonal hard law fratras sin egentlige funksjon. Problemstillingen er absolutt relevant. Det er et problem hvis soft law spiser seg inn på traktatrettens område og utsletter dens egentlige rollen. Fauchald slutter seg til tanken at det i aller høyeste grad er ønskelig å ha et bindende

³⁹ Klabbers (1998) s. 387

⁴⁰ Klabbers (1998) s. 385

⁴¹ Weil (1983) s. 423

juridisk rammeverk og at en utvikling mot å bevege seg bort fra bindende traktater er negativt.⁴²

Soft law fungerer også som implementeringsverktøy for gjennomføring av traktater og konvensjoner, og her endres rollen. Her vil det faktisk at det er vanskelig å få til håndhevsorganer spille sterkt inn. Fauchald anerkjenner soft law på virkemiddel nivå som noe utelukkende positivt. Hvis man uansett ikke vil klare å oppnå effektiv domstolskontroll, vil soft law-instrumenter som bidrar til å innsnevre traktatens tolkningsrom være positivt.⁴³ Også her kommer svakheten ved soft law inn; dens manglende bindende karakter. Det har utvilsomt en sterkere effekt med en domstol eller tribunal som kan komme med bindende avgjørelser. Men et systems svakhet fratrar det ikke funksjonen som virkemiddel. Dette kommer jeg nærmere inn på senere i avhandlingen.

2.3 Norges generelle holdning til soft law

Når det kommer til Norge og soft law, må utgangspunktet tas i vår holdning til folkeretten generelt. Dens stilling i Norge har vært gjenstand for omfattende debatt.⁴⁴ Det er tydelig at dualismen er dominerende når det kommer til forholdet mellom internasjonal rett og folkeretten; det opereres med to separate rettssystemer. Til tross for en økende tilnærming mellom de to, er det en generell tilbakeholdenhet med å anerkjenne folkerettens gjennomslagskraft ovenfor norsk rett. Tradisjonelt har man hevdet at presumsjonsprinsippet kun gjelder i forhold til folkerettslig sedvanerett og ikke i forhold til traktater. Noe av begrunnelsen for dette er at det ikke er ønskelig med overføring av lovgivningsmyndighet fra Storting til regjeringen.⁴⁵

⁴² Fauchald 11.10.07

⁴³ Fauchald 11.10.07

⁴⁴ Andenæs (1990) s. 6, Helgesen (1982) s. 5 flg, Smith (1982) s. 14

⁴⁵ Fleischer (2005) s. 361-362 og 392-395

I Maktutredningen (Makten og Demokratiet) ble det konkludert med at det skjedde en økende overføring av lovgivermakt fra Stortinget til regjeringen gjennom dens kompetanse til inngåelsen av bindende traktater og at denne trenden er negativ. Det har skjedd en glidning fra at det som tidligere ble regnet som politikk nå regnes som juridiske spørsmål.⁴⁶ I en stortingsmelding fra 2005 kommenteres rapporten ytterligere. Det fremheves her at man frykter de manglende angremuligheter som internasjonale traktater ofte innebærer, og at dette igjen medfører en særskilt utfordring for de folkevalgtes rom og styring.⁴⁷ Denne holdningen kan brukes for å illustrere den generelle frykten for å frasi seg suverenitet og lovgivermakt. Fauchald påpeker at Norge generelt viser en slapp holdning når det kommer til overholdelse av konvensjonsforpliktelser og at gjennomføringen ofte skjer løst i god tro.⁴⁸ Det eksisterer en formell respekt for forpliktelsene, men den politiske viljen til å overholde den kommer ofte til kort. Her spiller også utformingen av de enkelte traktatene inn, det er lettere å sluntre unna jo vagere traktatene er.

Denne holdningen til folkeretten er en viktig bakgrunn for å forstå holdningen når det kommer til soft law. På regjeringens nettsider er det inntatt følgende uttalelser vedrørende soft law: ”... Norge anser seg ikke juridisk bundet av disse instrumentene, men de har en rolle som tolkningsmomenter. Mye av rettskildene på flyktingerettens område er såkalt soft law-instrumenter. Dette vanskeliggjør rettsanvendelsen fordi den er mindre kjent enn de konvensjonelle rettskildene. Men over tid er soft law med på å påvirke praksisen av Norges folkerettslige forpliktelser og i enkelte tilfeller være med på å danne sedvanerett over tid. Den har en viktig rolle i en dynamisk tolkning av flyktingeretten.”⁴⁹

Standpunktet er her klart nok. For å fastlegge gjennomføringen, er det nødvendig å se på praksisen hos de som skal etterleve forpliktelsene enten de er juridiske, politiske eller moralske. Det synes som om forvaltningen er en av de sterkeste representantene for

⁴⁶ Østerud (2003) s. 124

⁴⁷ St.meld. nr. 17 (2004-2005) pkt. 3.7.4

⁴⁸ Fauchald 11.10.07

⁴⁹ NOU 2004: 20, pkt. 4.1

dualismesynet når det gjelder betydningen av internasjonale forpliktelser. På Flyktningekonvensjonens område kan det tidvis fremstå som om Utlendingsnemnda utviser en beskyttelsestrang til å verne om sin egen makt. Det er en generell tilbakeholdenhet fra domstolenes side i å gi gjennomslagskraft til internasjonale forpliktelser og man unngår så langt mulig å overprøve forvaltningens skjønnsutøvelse. Domstolenes støtte til UNEs vurderinger vil til en viss grad være en faktor som støtter opp under UNEs praksis.⁵⁰

Selvbestemmelsesretten står også sterkt i den norske rettsbevisstheten og denne benyttes også som argument for å fravike soft law-anbefalinger. Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS) påpekte i en kronikk at når det kommer til UNHCR kan argumentet ikke gis gjennomslagskraft – det skal godt gjøres at etterlevelse av denne art av soft law, stiller seg i veien for selvbestemmelsesretten i særlig grad.⁵¹

3 Hard law og Flyktningekonvensjonen av 1951

3.1 Generelt om hard law

Som et utgangspunkt kan det sies at hard law er motstykket til soft law; den er bindende for partene. Traktater som skal være folkerettslig bindende og er inngått av folkerettssubjekter som har kompetanse til dette, er selve kjerneområdet for hard law.⁵² Abbott og Snidal definerer hard law som rettslige bindende forpliktelser som er presise, eller kan presiseres videre og som delegerer autoritet til å tolke og implementere retten. Ved å bruke hard law, styrker internasjonale aktører troverdigheten til sine forpliktelser,

⁵⁰ Fauchald 11.10.07

⁵¹ Dagbladet 21.09.07, www.dagbladet.no/kultur/2006/09/21/477378.html

⁵² Ruud (1997) s. 73

utvider området for sine politiske strategier og løser problemer med ufullstendig regulering av området.⁵³

Hard law vil også kunne medføre restriksjoner på partenes atferd og til en viss grad deres suverenitet, dette tydeliggjøre en potensiell konflikt i forhold til suverenitetsprinsippet. Suvereniteten innskrenkes også av at stater uansett er bundet av folkerettslig sedvane og alminnelige rettslige prinsipper.

Bindende internasjonal rett skiller seg tydelig fra intern rett i stater. I interne rettssystemer, gis rettsreglene mye av sin kredibilitet fordi man har et effektivt rettssystem som kan sørge for at forpliktelsene overholdes. Dette vil man ikke klare å oppnå i internasjonal rett selv om man benytter seg av hard law.⁵⁴ Det er generelt en skepsis mot internasjonal juridiske bindinger som medfører at man må oppgi suverenitet.

Legislative normer fra traktater og uskrevne normer fra sedvanerett danner til sammen hard core i internasjonal rett. Traktater, både bi- eller multilaterale, danner det klare grunnlaget i internasjonal rett, mange av disse har en tydelig link mot menneskerettigheter.⁵⁵

Med utgangspunkt i at traktatene danner grunnlaget innenfor hard law, er det nødvendig å si noe om hvordan man kan utlede klare plikter av disse gjennom tolkning.

Utgangspunktet må tas i traktatens ordlyd under konteksten av dens gjenstand og formål; ”object and purpose.”⁵⁶ Wienkonvensjonens artikkel 31(1) fastsetter et prinsipp om tolkning av traktater i god tro.⁵⁷ Til tross for at Norge ikke har tiltrådt konvensjonen, har ICJ ansett prinsippene for å gi uttrykk for sedvanerett. Prinsippet om god tro medfører en lojalitetsplikt mellom partene, man plikter å velge det tolkningsresultat som stemmer best

⁵³ Abbott (2000) s. 422

⁵⁴ Abbott (2000) s. 426

⁵⁵ Vevstad (1998) s. 34

⁵⁶ Serbia and Montenegro v. Belgium

⁵⁷ Vienna Convention on the law of treaties (1969)

overens med partenes intensjoner. I motsetning til streng ordlydsfortolkning, setter god tro tolkning større krav til partenes samvittighetsfulle implementering.⁵⁸ Men til tross for at traktater er hard law, er det også her en flytende grense mot soft law. I mange traktater, ser man en tendens til at bestemmelsen er så vage og generelle at det vanskelig kan utledes noen presiserbar plikt av dem. Det kan gjelde hele traktaten, eller bare enkelte bestemmelser. Som nevnt tidligere, må det her henses til partenes intensjoner med avtalen, om den er ment å være folkerettslig bindende, eller om den kun er uttrykk for en politisk og moralsk vilje.⁵⁹

Et typisk trekk ved folkeretten er fravær av internasjonal håndheving, noe som også svekker traktatrettens posisjon. Det har betydning for dens effektivitet; det kan være vanskelig å sette traktatforpliktelser ut i livet. Den andre siden medfører en komplisering av den rettskildemessige siden. I mangel av effektive håndhevingsorganer, mangler man også ”harde rettskildemessige fakta.”⁶⁰ Der man i interne rettssystemer har klare plikt og kompetanseregler og organer som umiddelbart reagerer ved brudd på disse, er folkeretten en langt mer uoversiktlig arena. Den er i større grad avhengig av en harmonisert og konsekvent statspraksis for å sikre gjennomføring.⁶¹

3.2 Flyktningekonvensjonen av 1951

Etter andre verdenskrig var Europa preget av store grupper fordrevne mennesker og det var et tydelig behov for et internasjonalt samarbeid statene imellom. Med denne bakgrunnen oppsto Flyktningekonvensjonen av 1951. Forgjengeren til FN, Folkeforbundet, begynte arbeidet med en konvensjon allerede tidlig på 1900-tallet, og 28. juli 1951 ble den første internasjonale avtalen vedrørende flyktninger inngått i Genève. Danmark ratifiserte som den første staten konvensjonen 4. desember 1952 og siden har

⁵⁸ Ruud (2002) s. 70

⁵⁹ Shaw (2003) s. 112

⁶⁰ Einarsen (2000)a, s. 45

⁶¹ Einarsen (2006) s. 3

145 stater fulgt etter.⁶² Konvensjonen begrenset seg til å gjelde flyktninger frem til dette året; de som hadde fått statusen som følge av verdenskrigen. I 1967 ble den utvidet til å gjelde alle som oppfylte kravene i konvensjonens artikkel 1, uten geografisk og tidsmessig begrensning.

Konvensjonen definerer flyktningbegrepet og rettighetene til en flyktning. Den uttrykker hva de kontraherende statene anser som minimumsrettigheter for flyktninger. Det er opp til den enkelte stat å vurdere om vilkårene for å anses som flyktning er oppfylt ut fra definisjonen i konvensjonen, men det har vist seg vanskelig å oppfylle alle oppgavene konvensjonen pålegger statene.

Konvensjonen representerer en kompleks rettslig utfordring. Flere av bestemmelsene er svært absolutte, mens andre er så fleksible at de bidrar til at konvensjonen kan fortsette å utvikle seg i takt med samfunnsendringer. Det er allikevel en rekke viktige områder av flyktningeretten som ikke reguleres av konvensjonen. Manglende bestemmelser om asyl, kjønn og fordeling av byrder, har de senere årene forårsaket en sterk debatt blant regjeringer, rettslige teoretikere og UNHCR.⁶³

Dr. juris Cecilia Bailliet påpeker at kan sies at det per i dag må anses som politisk uklokt å endre konvensjonens ordlyd. Behovet for endring er allikevel tilstede og disse endringene gjøres i stor grad ved hjelp av soft law. Både gjennom økende bruk av retningslinjer og anbefalinger, supplementeres og oppdateres den opprinnelige konvensjonen. Som eksempler på dette nevner Bailliet dokumenter som ”Guidelines on gender-based persecution” og ”Background Note on environmental refugees”.⁶⁴

I debatten om konvensjonens plass i dagens samfunn er det viktig å ha i minne at den oppsto på et tidspunkt da flyktningssituasjonen var langt mer oversiktlig enn hva dagens verdensbilde viser. Konvensjonen må ses som det juridiske utgangspunktet for løsning av

⁶² www.unhcr.se/en/Protect/faq_1951con_en.html#title1

⁶³ www.unhcr.org/1951convention/bad-guys.html

⁶⁴ Bailliet 15.11.07

problemer og ikke som selve svaret på problemene. Til tross for store hindre, er det nødvendig å ta med at det fortsatt er stater som ratifiserer konvensjonen og slutter seg til retningslinjene den oppstiller.⁶⁵ Assisterende høykommissær, Erica Feller, har uttalt at den økende tendensen til en restriktiv tolkning av konvensjonen ikke bidrar til en styrking av konvensjonen. I forbindelse med diskusjonen om konvensjonens plass, uttalte hun følgende: “There are provisions in the Convention that could be written better; the letter, the terms have, to some extent, worked against the instrument in today’s world, but you cannot interpret international law as though it is domestic legislation. It is in one sense an instrument of compromise, drafted by diplomats. The basis of the Convention is timeless.”⁶⁶

Dette illustrerer et viktig poeng som kan synes å forsvinne i debatten; samme hvor mye endringer som skjer på politiske arenaer og samfunnet generelt, er beskyttelsen av flyktninger et viktig tema som krever kompromisser fra alle parter.

3.3 Norges stilling i forhold til Flyktningekonvensjonen

Flyktningekonvensjonen ble ratifisert av Norge som en av de første statene. Den er inkorporert i norsk rett gjennom utlendingslovens (utl.) §§ 4 og 16.⁶⁷ Konvensjonen er ikke gitt forrang gjennom menneskerettsloven, og traktatforpliktelsene må derfor gjennomføres i norsk rett etter sedvanerettsprinsippet om god tro.

Det er viktig å skille mellom manglende god tro oppfyllelse og brudd på forpliktelser. En stat mangler god tro oppfyllelse ved at den åpent nekter å oppfylle sine plikter. Men også når det gjøres omgørelser for å slippe unna eller at man indirekte gjør noe annet enn man burde brytes det med prinsippet.⁶⁸ Norges oppfyllelse av forpliktelsene er dermed mye overlatt til den politiske og moralske vilje til oppfyllelse når det gjelder hvordan man

⁶⁵ Goodwin-Gill (2007) s. 507

⁶⁶ www.unhcr.org/1951convention/reconsidering.html

⁶⁷ Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 24. juni 1988 nr. 64

⁶⁸ Goodwin-Gill (2007) s. 457

ønsker å gjennomføre konvensjonen best mulig. Sir Fitzmaurice, en av dommerne i ICJ, har uttalt at til tross for at stater har en formell rett til å handle som de selv ønsker, må man unngå misbruk av denne retten. Statene må utøve forpliktelsene i god tro og med ansvarsfølelse. Det er nødvendig å unngå lunefull og vilkårlig praksis – en stat må alltid ha gode grunner for hva den gjør.⁶⁹

For å illustrere tydeligere hvilken stilling konvensjonen har i intern rett, skal jeg kort se på hvordan man har forholdt seg til definisjonen av flyktningebegrepet i samsvar med konvensjonen. Utl. § 4 fastslår at loven skal anvendes i samsvar med internasjonale forpliktelser, når disse har til formål å styrke utlendingens stilling. Ved direkte ordlydsfortolkning, kan det tale for å gi konvensjonen forrang ved motstrid. Men i forarbeidene til nåværende utlendingslov, er det motstridende uttalelser. Det er både understreket at man inkorporerer et universelt flyktningebegrep⁷⁰ samtidig som det understrekes at inkorporeringen gjør begrepet til et norsk begrep som skal anvendes av den myndighet som gis kompetansen til det ut fra deres tolkning og praksis.⁷¹ Denne oppfatningen har videre fått oppslutning i av domstolene og det er en utpreget holdning av å gi forvaltningen myndighet til å utvikle begrepet. Høyesterett uttalte i *Abdisaken*⁷² at begrepet har et kjerneområde og randsone, hvor sistnevnte gir rom for Norges egentolkning av begrepet. Til tross for at et slikt syn harmoniserer dårlig ut fra et folkerettslig synspunkt, synes dette å bli fulgt opp i senere avgjørelser i lavere rettsinstanser.⁷³

Denne tendensen illustrerer noe Norges holdning til Flyktningekonvensjonen. På den ene siden anser man seg formelt bundet i aller høyeste grad. På den annen side ser man seg stilt fritt til å legge til og ta bort elementer med begrunnelsen at vurderingen er opp til

⁶⁹ Goodwin-Gill (2007) s. 507

⁷⁰ Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) s. 203

⁷¹ NOU1983: 47, s. 289

⁷² Rt-1991-586

⁷³ Haider (2004) s. 498

norske myndigheter, så lenge ”man gjør seg opp en samvittighetsfull oppfatning av hvorledes flyktningbegrepet bør praktiseres.”⁷⁴

Det er tydelig at den praksisen utlendingsforvaltningen legger opp til, vanskelig fravikes av domstolene under henvisning til at man ikke har den spesialkompetansen som skal til for å vurdere spørsmålet.⁷⁵ Fauchald har pekt på noe av den samme tematikken, at det kanskje er behov for en sterkere grad av internasjonalisering av forvaltningen på dette området for å styrke konvensjonens stilling.⁷⁶ Når det gjelder konvensjonsimplementering, kommer igjen det sterke spenningsforholdet mellom statssuverenitet og individhensyn til syne. Einarsen peker på behovet for en felles fortolkningsmetode hvor folkerettslige formålsbetraktninger er en viktig part. Det er nødvendig å sette opp skranker for statenes individuelle tolkning for å oppnå en fullverdig gjennomføring av konvensjonen.⁷⁷

I forarbeidene til ny utlendingslov henviser man til Global Consultations.⁷⁸ Statene, deriblant Norge, utarbeidet en deklarasjon hvor man anerkjente konvensjonens plass samtidig som man anerkjente at den ikke gir alle beskyttelse. Dette er et godt eksempel på et soft law-dokument som skal bidra til å styrke konvensjonens stilling.

3.4 UNHCRs mandat og rolle i flyktingeretten

Det finnes intet overvåkningsorgan som sikrer gjennomføring av Flyktningekonvensjonen. Teoretisk sett er det anledning til å prøve saker om brudd på forpliktelsene ovenfor domstolen i Haag. Dette er allikevel lite praktisk, da enkeltpersoner ikke kan bringe saker inn for domstolen. Ei heller finnes det noe organ som er gitt mandat til å gi rettslig bindende uttalelser om konvensjonstolkningen eller

⁷⁴ Rt-1991-586, s. 594

⁷⁵ TOSLO-2002-9343

⁷⁶ Fauchald 11.10.07

⁷⁷ Einarsen (2000)b, s. 85

⁷⁸ NOU 2004: 20. pkt. 4.3.2.5

med myndighet til å ilegge sanksjoner ved brudd på forpliktelsene.⁷⁹ Ved inngåelsen av konvensjonen, fantes det liten vilje til å forplikte seg til bindende organer som skulle hjelpe til med anvendelsen av den.

Høykommissæren er gitt det særskilte tilsynsansvaret for de traktatrettslige forpliktelsene etter Flyktningekonvensjonen.⁸⁰ UNHCR har en svært dynamisk karakter. Hovedansvaret for implementeringen ligger på statene, UNHCR skal sikre at de ulike regjeringene i statene foretar de nødvendige tiltakene.⁸¹

Høykommissæren er et underordnet FN organ som er opprettet i medhold av FN pakten art. 22.⁸² Det presiseres i 1950-statuttene par.1 at den handler under ”the authority of the general assembly.” Videre etableres det en plikt om at organet “shall follow policy directives” i par. 3.⁸³ Dette medfører både en selvstendig rett som organ og et avhengighetsforhold til de andre FN organene og illustrerer dermed UNHCRs plass i FN-hierarkiet. UNHCR har en rett til å uttale seg om saker til de andre organene, men også en rapporterings plikt om sitt arbeid og rådgøringsplikt ovenfor Generalforsamlingen før ønskede tiltak igangsettes. Denne ordningen gir organisasjonspolitiske følger. På den ene siden, er det anledning for FN å forhåndsgodkjenne tiltak som ligger i grenselandet for UNHCRs mandat. Det er ofte ønskelig for UNHCR å ha bred støtte på FN nivå før de setter i gang tiltak eller kommer med uttalelser. På den annen side gir det også FN en adgang til å instruere, anbefale eller oppfordre UNHCR til å iverksette tiltak. Dette illustrerer UNHCRs rolle som et organ som avhenger av andre.

Statuttens artikkel 3 understreker at organet skal ha en ”non-political Character.” Dette er den klare formelle rollen gitt UNHCR. Organet er allikevel i stor grad avhengig av ressursene og den politiske godviljen til de enkelte statene. Dette avhengighetsforholdet

⁷⁹ NOU 2004: 20, pkt. 4.2.1

⁸⁰ Einarsen (2000)a, s. 72

⁸¹ Türk (2002) s. 2

⁸² Charter of the United Nations (1945)

⁸³ Statute of the Office of The United Nations High Commissioner for Refugees (1950)

gjelder både hva angår UNHCRs operasjoner, men også deres rolle som rådgivende organ.⁸⁴ En slik rolle vil ofte ha en mer politisk enn juridisk karakter og dette er en viktig bakgrunn for forståelsen av UNHCR.⁸⁵

Avhengigheten gjenspeiler seg også i den økonomiske bundetheten organet har. Det er ikke en del av FNs ordinære budsjett og mottar årlig kun to prosent fra FNs regulære budsjett for administrative kostnader. Utover dette er UNHCR fullt ut avhengig av årlige frivillige bidrag fra stater og internasjonale organisasjoner.⁸⁶ Dette bidrar til å båndlegge uavhengigheten ytterligere. I tillegg til dette er området svært dynamisk og konstant under utvikling. Dette har medført en evolusjon som kanskje var noe annerledes enn man forespeilet seg ved opprettelsen av UNHCR.

UNHCRs hovedrolle er å sikre gjennomføringen av Flyktningekonvensjonen, og konvensjonens artikkel 35 trekker opp grensene for organets mandat.⁸⁷ Artikkel 35 danner sammen med artikkel 8 det rettslige grunnlaget for staters plikt til å akseptere UNHCRs rolle som beskyttelsesorgan for flyktninger og til å samarbeide med organet. Plikten til samarbeid gjelder utøvelsen av Høykommissariatets funksjoner og bistand i overvåke anvendelsen av bestemmelsene i disse overenskomstene.⁸⁸ Selv uttaler ikke UNHCR som organ noe konkret om rekkevidden av denne bestemmelsen.⁸⁹

I sin artikkel vedrørende konvensjonens artikkel 35, skisserer Källin en oversikt over UNHCRs rolle og hvilke plikter konvensjonsstatene påføres. For det første foreligger det en plikt til å respektere UNHCRs overvåkende rolle og ikke hindre utførelsen av oppgavene. For det andre er det en plikt til aktivt samarbeid med UNHCR for å oppnå en optimal implementering og oppfyllelse av konvensjonsforpliktelsene. Bestemmelsen

⁸⁴ Goodwin-Gill (2007) s. 50

⁸⁵ Türk (2002) s. 3

⁸⁶ www.unhcr.se/no/Basics/unhcr_no.html

⁸⁷ Einarsen (2000)a, s. 234

⁸⁸ Håndboken art. 12 (iii)

⁸⁹ Christiansen 02.10.07

danner for det tredje rettsgrunnlaget for å gi enkelte av UNHCRs uttalelser autoritativ karakter.⁹⁰ Etter en oppsummering av hvordan plikten er blitt forstått i praksis, er det viktigste punktet UNHCRs rett til å følge opp og overvåke statenes praksis på flyktningespørsmål. Generelt har de også en rådgivende rolle i utformingen av de enkelte lands asylprosedyrer og en kontinuerlig rett til å gripe inn og komme med sine observasjoner vedrørende asylprosessene. Retten strekker seg også til å rådgi regjeringer og parlamenter vedrørende lovgivning og administrative bestemmelser som berører flyktninger. Dette synes å være allment akseptert av statene. Som jeg skal komme tilbake til, vil UNHCRs uttalelser vedrørende retur og landsikkerhet kunne anses som å være i grenselandet for organets mandat etter artikkel 35.

Med et så omfattende mandat, stilles det krav til fleksibilitet, både med tanke på organisasjonen, men også med tanke på hva de konkrete pliktene faktisk medfører. Et viktig hjelpemiddel for UNHCR er Eksekutivkomitéen (ExCom). Et av de viktigste instrumentene for UNHCR i oppfyllelsen av sitt mandat, er ExComs årlige konklusjoner vedrørende beskyttelse av flyktninger. Komitéen ble opprettet i 1957 og vedtar konklusjonene gjennom konsensus blant de 61 medlemsstatene. Disse konklusjonene rapporteres videre til FNs generalforsamling gjennom United Nations Economic and Social Council (ECOSOC) for å oppnå støtte.⁹¹ Deres innhold angår tolkningen av bestemmelsene i konvensjonen og gir retningslinjer for denne. Resolusjonene har ikke karakter av rett og er ikke i seg selv bindende forpliktelser. De kan allikevel over tid bidra til opinio juris for staters tilnærming til flyktningespørsmål. Noen av disse resolusjonene søker å sette en standard for slike prosesser. Andre skal hindre motstrid i tolkningen blant de ulike aktørene. Men enkelte har kun som mål å fastsette allerede gjeldende prinsipper for å understreke viktigheten av disse. Alle disse må videre ses i kontekst med de ulike statene som skal anvende dem.⁹²

⁹⁰ Källin (2001) s. 661

⁹¹ www.unhcr.se/no/Basics/unhcr_no.html

⁹² Goodwin-Gill (2007) s. 217

ExCom-konklusjonene påtvinges ikke statene, men de har en uvurderlig politisk og moralsk betydning. De er også av stor betydning for statenes tolkning og kan på sikt bidra til harmonisering av statspraksis. Det hersker ingen tvil om at disse konklusjonene har ekspandert UNHCRs mandat og utviklet den internasjonale flyktningretten, men det er fortsatt et spørsmål hvorvidt de har resultert i forpliktelser for statene eller om de kun fungerer som instruksjoner i for UNHCR i deres arbeid. Noe som kan støtte tanken om konklusjonenes forpliktende preg, er at de refereres til i andre internasjonale instrumenter. Et eksempel på dette er EUs medlemsstaters referanse til Conclusion nr. 58 (XL) i sin 1992-resolusjon om harmonisert tilnærming til spørsmål vedrørende tredje vertsland (1992 London Resolution.)⁹³

Til tross for dette, er det med slike deklarasjoner UNHCR ofte kommer til kort. UNHCR er helt fristilt til å komme med retningslinjer og ønske at dette skal følges opp i praksis. Problemet viser seg imidlertid ofte å være manglende implementering av statene, grunnet resolusjonenes ikke-bindende karakter. Men med dette sagt, vil det være en underdrivelse å si at de ikke former en viktig del av overvåkingen av Flyktningkonvensjonen og dermed til en viss grad får en juridisk betydning. Dette ble også understreket av dommer Lauterpacht i Voting Procedure-saken i hans uttalelse om at stater må ta slike ikke-bindende uttalelser med i betraktningen i god tro.⁹⁴

I helhetsbildet av soft law-instrumenter har også Håndboken om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktnings rettsstilling (Håndboken)⁹⁵ en vesentlig plass, kanskje den viktigste. Håndboken inneholder retningslinjer vedrørende tolkningen av konvensjonen, og ble utarbeidet for første gang i september 1979 på anmodning av ExCom, da den ønsket retningslinjer for å oppnå harmonisering og konsekvent statspraksis.⁹⁶

⁹³ Vevstad (1998) s. 40

⁹⁴ Goodwin-Gill (2007) s. 431

⁹⁵ Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (1979)

⁹⁶ Norsk forord til Håndboken s. 1

Siden den gang er den jevnlig blitt trykket opp i nye og oppdaterte opplag som følge av en økende etterspørsel.⁹⁷ Håndboken er heller ikke bindende, men dens rettskildemessige status er direkte forankret i ordlyden i artikkel 35. Artikkel 8 indikerer også tydelig UNHCRs funksjon i implementeringen av traktaten. Statusen styrkes av organets rolle som overvåker av den globale situasjon for flyktninger.⁹⁸ I forarbeidene til ny utlendingslov understrekes det også at det faktum at Håndboken ble utarbeidet etter oppfordring fra ExCom styrker dens stilling som rettskilde.⁹⁹ Det må anses klart at denne boken har stor tyngde og har hatt stor betydning i fastleggingen av flyktningdefinisjonen. UNE påpeker at de i saksbehandlingen søker å følge disse i aller høyeste grad, da de er svært relevante tolkningsmomenter.¹⁰⁰

Källin påpeker at til tross for at slike kilder ikke er juridisk bindende, må de ikke avfeies som irrelevante, men anses som autoritative utsagn. Det har også skjedd en utvikling mot at man i større grad enn tidligere vektlegger disse i rettslig subsumsjon. I en avgjørelse fra engelsk rett, uttalte dommeren følgende om soft law-anbefalinger: "... such guidelines should be accorded considerable weight."¹⁰¹

UNHCR kommer også med supplerende anbefalinger i form av "Guidelines on International Protection". Disse skal supplere tolkningen av konvensjonen ytterligere og må derfor også tillegges vekt som soft law-kilde.¹⁰² Slik suppleres og endres konvensjonen uten at man endrer den opprinnelige konvensjonsteksten.¹⁰³

UNHCR kommer i tillegg med generelle og konkrete vurderinger og anbefalinger av ulik karakter om statenes praksis i relasjon til konvensjonen. I en egen kategori av disse er

⁹⁷ Norsk forord til Håndboken s. 1, www.noas.org

⁹⁸ Vevstad (1998) s. 41

⁹⁹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) avsnitt 5.1.7

¹⁰⁰ Øyen 20.11.07

¹⁰¹ Källin (2001) s. 626 flg.

¹⁰² Ot.prp. nr. 75 (2006-2007), pkt. 5.1.7

¹⁰³ Bailliet 15.11.07

landanbefalinger vedrørende retur av asylsøkere med avslag på søknaden. Disse omfatter primært større grupper asylsøkere. De utarbeides enten av den aktuelle landseksjonen ved hovedkontoret i Genève eller av det regionale kontoret med ansvar for det aktuelle landet i samråd med Genève. Det sikres dermed at de samme standardene for flyktningbeskyttelse ligger til grunn for de ulike anbefalingene.¹⁰⁴ Disse anbefalingene har mer preg av faktum vurderinger enn tolkningsråd slik som Håndboken. Siden anbefalingene ikke går direkte på tolkningen av konvensjonen, stiller de også langt ned på listen når det gjelder vekt. Denne rådgivningsrollen UNHCR påtar seg ved å komme med slike fakta vurderinger må sies å ligge i grenselandet av deres mandat. Ifølge Flyktninghjelpen erkjenner også UNHCR selv dette.¹⁰⁵ Kjerneområdet til konvensjonen er flyktnings beskyttelsesbehov. UNE påpeker at de vurderer anbefalinger av humanitær art for å være på siden av UNHCRs mandat og at de dermed ikke tillegges like stor vekt.¹⁰⁶

Til tross for en manglende juridisk binding, har anbefalingene allikevel en tyngde i kraft av deres politiske og moralske verdi, og det vil være uheldig for stater å ignorere disse anbefalingene. Det hersker ingen tvil om skillet mellom å være juridisk bundet og politisk og moralsk bundet av noe. En eventuell bundethet av rådene fra UNHCR vil avhenge av hva slags råd det dreier seg om.¹⁰⁷ Det kan til en viss grad argumenteres for hvorvidt de kan gis en mellomstilling mellom rene fakta vurderinger og tolkningsmomenter, da de skal hjelpe statene oppfylle sine forpliktelser etter konvensjonens art.35.¹⁰⁸ Dette må uansett stå som et åpent spørsmål da det er stor uenighet om betydningen av slike normer.¹⁰⁹

¹⁰⁴ www.dagbladet.no/kultur/2006/09/21/477378.html

¹⁰⁵ Christiansen 02.10.07

¹⁰⁶ Øyen 20.11.07

¹⁰⁷ Vevstad 22.10.07

¹⁰⁸ Fauchald 11.10.07

¹⁰⁹ Vevstad (1998) s. 42

Til tross for manglende juridisk binding, vil det være en rekke faktorer som taler for å vektlegge anbefalinger vedrørende retur. UNHCR er uten tvil en av aktørene med størst kjennskap til bildet over verdens flyktningsituasjon. Organets autoritet og tilstedeværelse i flyktningsfeltet i en årrekke, gir dem en uomtvistelig tyngde. Noe som allikevel kan svekke UNHCR som landinformasjonskilde, er det faktum at de ikke alltid kan være tilstede i områdene de uttaler seg om. De skal ha opplysninger om omfattende temaer og store områder og det er en uoverkommelig oppgave å holde seg oppdatert til enhver tid. Et tilbakevendende problem vil også være ressursene UNHCR har å avse til å innhente slik landinfo. Juridisk rådgiver i Flyktningshjelpen, Mi Christiansen, påpeker balansegangen mellom UNHCRs rolle som tilstedeværende i landoperasjoner i mange av landene de kommer med anbefalinger i forhold til. Det er ikke alltid ønskelig å avsløre kildene i et land de er tungt inne i.¹¹⁰

Et moment av betydning er også i aller høyeste grad anbefalingenes utforming; i hvilken grad man kan utlede klare forpliktelser av dem. Jo klarere anbefalinger og råd, desto vanskeligere vil de være å ignorere av statene. Til tross for anbefalingenes avstand til konvensjonens hard law, vil det ligge en sterkere følelse av forpliktelse hvis ikke det levner tvil om hva anbefalingene sier. Som et eksempel på dette, er da Norge stanset returene av somaliere etter at UNHCR rettet skarp kritikk til praksisen og understreket viktigheten av å ikke returnere asylsøkere dit. Slik binding vil allikevel bare gjelde til en viss grad. Igjen kommer svakheten ved ikke-bindende uttalelser; statene vil alltid til sist kunne henvise til sin suverenitet og velge å ikke følge anbefalingene.¹¹¹

3.5 Sammenfattende om hard law og forholdet til soft law

Det vil alltid måtte foretas en avgrensning fra soft law mot hard law. Traktater ratifisert av partene, er per definisjon hard law, og soft law-dokumenter kan i seg selv aldri bli juridisk bindende.¹¹² Chinkin og Boyle peker på at til tross et tydelig formelt skille

¹¹⁰ Goodwin-Gill (2007) s. 431

¹¹¹ Tolonen 29.10.07

¹¹² Boyle (2007) s. 210

mellom soft law og hard law, fremstår skillet til tider som uklart. De mener og at samspillet mellom de to ofte undervurderes.¹¹³

Soft law-dokumenter er oftest nøye utarbeidet og gjennomtenkt av partene. Svært ofte ligger det et ønske bak om at avtalen over tid skal danne grunnlag for påvirkning av statenes praksis og ha en rettsskapende effekt. På denne måten er ikke hard law og soft law fundamentalt forskjellig. Bindende traktater er i de fleste tilfeller det mest ønskelige. Det er allikevel utvilsomt at det på flere områder er vanskelig eller umulig å oppnå, og da er soft law et godt alternativ.¹¹⁴ På samme måte vil soft law være nyttig i spredningen av ny rett.

Traktater skaper ikke bindende rett i seg selv. De blir bindende fordi de påvirker statspraksisen og danner beviser for opinio juris. På denne måten eksisterer det en parallell mellom soft og hard law, over tid kan soft law få en slik effekt. Dette illustrerer at i internasjonal rett er kanskje ikke sluttresultatet ved bruk av hard og law alltid like forskjellig. Hard law vil ofte representere en mer effektiv regulering, man oppnår ratifikasjon internt i statene og ofte en større grad av forpliktelse. På denne måten har den en større tyngde, men å automatisk trekke slutningen av hard law har større autoritet enn soft law av den grunn, kan diskuteres.¹¹⁵

Soft law utgjør ofte en del av en traktatprosess; første skrittet tas med soft law. Videre er soft law sentralt i tolkningen av traktatvilkårene. Det skapes også menneskerettsinstrumenter med soft law-preg som skal hjelpe overholde traktatforpliktelsene, noe UNHCR er et godt eksempel på. Indirekte gir dette soft law et preg av å være bindende, den blir en del av traktatforpliktelsene, selv om den ikke er direkte inkorporert. Det understrekes her at instrumentene ikke er bindende i seg selv, men samspillet med traktaten.¹¹⁶

¹¹³ Boyle (2007) s. 212

¹¹⁴ Boyle (2007) s. 229

¹¹⁵ Boyle (2007) s. 215

¹¹⁶ Boyle (2007) s. 216

I mange tilfeller, er traktater så vage og generelle at man kan stille spørsmålet om det er mulig å utlede noen juridisk forpliktelse fra dem, Chinkin peker på at også i traktatretten finnes det gråsoner.¹¹⁷ På denne måten kan traktater spille rollen som soft law.

En avtale mellom to eller flere parter kan anses som bindende til tross for at den ikke er inngått som traktat og omvendt. Men generelt kan det sies at når soft law begynner nærme seg bindende instrumenter, mister den sin karakter av soft law.¹¹⁸

En av fordelene til soft law, fleksibiliteten, vil også være ett av de negative trekkene. Et viktig moment er at det ved bruk av soft law blir vanskeligere å måle hvorvidt statene lever opp til forpliktelsene sine og gir en økt mulighet til å vri seg unna dem.¹¹⁹ Dette illustrerer også noe av hovedproblemet med UNHCR.

Man kan velge å anse soft law og hard law som motsetninger, men det utsletter allikevel ikke faktum av at de begge spiller en stor rolle i utviklingen av internasjonal rett. Begge er også nødvendige faktorer i reguleringen av statenes praksis. Nye begreper kan skape forvirring i forhold til den tradisjonelle bruken av juridiske termer, men det er en uunngåelig konsekvens av de store endringer som skjer på hele den internasjonale rettslige arena.¹²⁰

¹¹⁷ Chinkin (1989) s. 865

¹¹⁸ Boyle (2007) s. 213

¹¹⁹ Abbott (2001) s. 446

¹²⁰ Chinkin (1989) s. 866

4 Norges gjennomføring av Flyktningekonvensjonen og UNHCRs soft law

4.1 Norges offisielle holdning

Norges offisielle holdning er at de ønsker å føre en flyktning og asylpolitikk i tråd med sine internasjonale forpliktelser. I Soria Moria-erklæringen ble det understreket at man ville bygge sin politikk på internasjonale rettsprinsipper og vektlegge anbefalingene fra UNHCR i større grad.¹²¹ I en pressemelding avgitt fra AID 05.02.07, ble det understreket at regjeringen ønsket å innarbeide en henvisning til Flyktningekonvensjonens artikkel 35 i ny utlendingslov, føre en ”bedre og mer regelmessig dialog” med UNHCR, samt etablere bruk av stornemnd i saker hvor man gikk imot UNHCRs anbefalinger.¹²² Dette er også i dag regjeringens prinsipielle standpunkt. På min forespørsel om regjeringens holdning til anbefalingene fra UNHCR, henviste AID til avsnitt 5.1.7 i forarbeidene til ny utlendingslov.¹²³

I prinsippet legges det dermed opp til en trofast implementering av forpliktelsene. Denne grunnholdningen suppleres videre av at Norge forbeholder seg retten til å vurdere alle søknadene individuelt og etter egne kilder. Jeg skal i det følgende se på Norges praksis vedrørende konvensjonsforpliktelsene både i forvaltningen og domstolene.

4.2 Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda

Myndighetsutøvelse i Norge er i stor grad overlatt til forvaltningen. Dette gjenspeiler seg i stor grad på Flyktningekonvensjonens område, det er i praksis en forvaltningsoppgave å gjennomføre forpliktelsene. Utlendingsdirektoratet (UDI) og klageinstansen UNE er organene som skal sette regjeringens asylpolitikk og de folkerettslige forpliktelsene ut i livet. UDI ble etter omorganisering på området underlagt Kommunal- og arbeidsdepartementet, med ansvar for innvandrings-, integrerings- og flyktningarbeid. I

¹²¹ Stoltenberg II-regjeringens politiske plattform, 20.12.05,
www.regjeringen.no/upload/kilde/smk/rap/2005/0001/ddd/pdfv/260512-regjeringsplattform.pdf

¹²² Pressemelding AID, nr. 07/07,
www.regjeringen.no/nb/dep/aid/presSESenter/pressemeldinger/2007/07.html?id=448972

¹²³ Eriksen 05.10.07

dag er de underlagt Arbeids- og inkluderingsdepartementet (AID), og kan instrueres om lovtolkning og skjønnsutøvelse.¹²⁴

UNE er et politisk uavhengig forvaltningsorgan under AID. De kan ikke instrueres av departementet om lovtolkning, vurdering eller avgjørelse. Styring skjer gjennom lov og forskrift, men AID kan instruere om saksprioritering og om organisatoriske og administrative forhold.¹²⁵ Vurderingene som gjøres vil dermed ikke avhenge av det politiske klimaet. Med mindre UNE instrueres gjennom forskrift eller lov, er alle vurderingene som gjøres av nemnda fullt ut deres egne.¹²⁶

Disse organene, og da særlig UNE, er gitt en høy grad av forvaltningsskjønn i implementeringen av Flyktningekonvensjonens forpliktelser. Dette gir seg kanskje mer utslag i kompetanse og hjemmel til å utøve et visst skjønn, snarere enn at konvensjonen pålegger dem plikter.¹²⁷ Dette kan i verste fall medføre at UNE tar seg for store friheter i vedtakene sine. Det er også påpekt også en større tendens i at UNE følger UNHCR anbefalingene i mindre grad enn UDI.¹²⁸ Til dette, angir UNE som en mulig årsak at sakene i UNE får en grundigere behandling enn i UDI og at det jobbes ut fra et videre kildetilfang. Et annet moment kan være at man benytter seg av lekfolk i nemndmøtene.¹²⁹

På forespørsel om UNEs holdning til anbefalinger fra UNHCR, kom pressetalsmann Don Radoli med følgende uttalelse: ”UNEs prinsipielle standpunkt til anbefalinger fra FNs Høykommissær er sammenfallende med regjeringens syn på dette.”¹³⁰ Med andre ord burde dette medføre at UNE ønsker en sterk vektlegging på anbefalingene. UNE har allikevel i en rekke tilfeller blitt kritisert for å ignorere disse, og det har blitt uttalt at deres

¹²⁴ www.udi.no/templates/Page.aspx?id=3488

¹²⁵ Une.no

¹²⁶ Øyen 20.11.07

¹²⁷ Fauchald 11.10.07

¹²⁸ Bailliet 29.10.07

¹²⁹ Øyen 20.11.07

¹³⁰ Radoli 29.09.07

selvstendige rolle er noe av årsaken til at man har beveget seg bort fra anbefalingene de senere år.¹³¹

UNE uttaler at i forhold til UNHCR, så er det viktig å skille mellom de ulike typene anbefalinger. Når det kommer til Håndboken og generelle Guidelines, følges disse i veldig stor grad. Anbefalingene i forhold til landsituasjoner søker UNE å oppfylle i størst mulig grad, men det skjer fravikelse. Men vurderingene er alltid faglige uten politiske interesser.¹³²

I en pressemelding vedrørende UNEs behandling av sakene til sultestreikende afghanere, ble det uttalt følgende: ”... Utlendingsnemnda følger nøye med på de vurderinger UNHCR gjør av sikkerhetssituasjonen i de ulike provinser og distrikter i Afghanistan, og tillegger disse vurderingene avgjørende vekt ... UNE legger stor vekt på de av UNHCRs anbefalinger som handler om ulike gruppers beskyttelsesbehov. Anbefalinger om hvem som bør innvilges oppholdstillatelser ut fra humanitære anførsler tillegges imidlertid ikke alltid samme vekt ...”¹³³

I fire stornemnds avgjørelser nylig avsagt, kom UNE med flere prinsipielle uttalelser om sitt forhold til Høykommissærens anbefalinger.¹³⁴ To av sakene var ny gjennomgang av afghaneres saker, som følge av mye kritikk av instansens avslag. UNE understreker i avgjørelsene sin vektlegging av anbefalingene. Men de tar samtidig et forbehold om anbefalingenes klarhet, faglige kvalitet, omfanget av UNHCRs tilstedeværelse i de enkelte landene. De påpekte også vektleggingen av andre kilder og kvalifiserte vurderinger av situasjonen. Det fremgår av vedtakene at disse andre kildene i størst grad er Landinfo. Problemstillinger med dette skal jeg komme tilbake til nedenfor.

¹³¹ www.dagbladet.no/kultur/2006/09/21/477378.html

¹³² Øyen 20.11.07

¹³³ Pressemelding 15.06.06, une.no

¹³⁴ Sakene: 340103157709:46, 340608700002:46, 340301226403:46, 340306064304:46

Noe av det som medfører en til tider tvilsom asylpraksis, er at UNE ikke tillegger humanitære anbefalinger like stor vekt som sikkerhetsmessige anbefalinger. Begrunnelsen for dette er at UNHCRs mandat relaterer seg til beskyttelsesmessige forhold som omhandles i Flyktningekonvensjonen, og at organisasjonens kompetanse også gjenspeiler dette. UNE føler seg dermed ikke like bundet av humanitære vurderinger, da disse ligger i grenselandet for mandatet.¹³⁵ UNE er i sin fulle juridiske rett til å påpeke dette, men det vil ikke dermed si at det ikke er problematisk i forhold til konvensjonen. NOAS har også påpekt at en slik tilnærming fremstår som svært kunstig. De anser det som selvsagt at det er UNHCRs anliggende hvilke livsbetingelser flyktninger tilbakevises til.¹³⁶ Det kan enkelte ganger synes som om UNE har en beskyttelsestrang i forhold til sin egen makt og at de vegrer seg for underkastelse av forpliktelser de ikke er strengt juridisk bundet av.¹³⁷

I avgjørelsene påpeker UNE videre at i vektingen mellom humanitære hensyn og innvandringspolitiske hensyn, veier sistnevnte tyngst. Dette er en problemstilling som UNE må forholde seg til, men hvor det er få klare retningslinjer for vurderingen.¹³⁸ En slik vurdering av UNE samsvarer dårlig med utgangspunktet om en humanitær asylpolitikk. Det er etter min vurdering i aller høyeste grad et tankekors når man ikke ser problematikken i at man i en så ressurssterk stat som Norge velger å gi overvekt til vurderinger om innvandringspolitiske hensyn. Til tross for en juridisk rett til å gjøre slike vektinger, skaper det en aksept for tankegangen at vi her gjør som det passer oss. Dette gjenspeiler en generell utvikling i europeiske og særlig nordiske land. En økt fremmedfrykt og tidvis rasisme medfører en økt skepsis mot innkomster av asylsøkere.¹³⁹ Denne tendensen og lukkingen av Schengens yttergrenser har bidratt til en forverring av

¹³⁵ Øyen 20.11.07

¹³⁶ Dagbladet 21.09.06, www.dagbladet.no/kultur/2006/09/21/477378.html

¹³⁷ Fauchald 11.10.07

¹³⁸ Øyen 20.11.07

¹³⁹ Löof (2004) s. 31

asylsøkeres situasjon.¹⁴⁰ Ved en større aksept for å ignorere anbefalingene skapes det også en distanse til den asylpolitikken som UNHCR har bidratt til å forme gjennom 50 år.

UNE anerkjente i avgjørelsene at UNHCRs spesielle posisjon i Afghanistan gir anbefalingene angående landet stor gjennomslagskraft. De presiserte allikevel at det er en prinsipiell anledning til fravikelse av anbefalingene, selv om det i under dagens situasjon kun burde skje unntaksvis. UNE understreker at de hele veien vurderer flere kilder. I Afghanistan, hvor UNHCR er omtrent den eneste kilden, gis de gjennomslagskraft. Men områder som Serbia og Kosovo hvor man har flere kilder å bygge på, foretas det en helhetsvurdering av disse hvor UNHCR ikke nødvendigvis gis avgjørende vekt.¹⁴¹

Med dette som utgangspunkt, skal jeg se nærmere på en sak fra Sivilombudsmannen vedrørende UNEs kompetanseutøvelse.¹⁴² Saken gjaldt nemndleders kompetanse til å alene avgjøre et avslag fra UNE etter utl. §38b. Vilkaaret for en slik myndighet er at det ikke hersker ”vesentlig tvil om saken.” Et av spørsmålene gjaldt farene forbundet med retur til Etiopia. Etter begjæring fra NOAS, ble det innhentet uttalelser fra UNHCRs kontor i Stockholm og Bailliet om den konkrete saken. Begge disse vurderte faren ved retur som langt større enn UNE. NOAS påpekte at de ikke klarte å finne støtte for UNEs syn i landkildene de hadde vektlagt. UNE fastholdt at det ikke hadde hersket tvil om saken og at den ikke skilte seg vesentlig fra andre saker.

I vurderingen av landsituasjonen hadde UNE basert sitt vedtak på flere kilder, blant annet rapporter fra USAs utenriksdepartement, Amnesty, Human Rights Watch (HRW) og UNHCR. Et spørsmål som her trengte oppklaring, var hvordan UNE kunne komme til en totalt ulik vurdering enn UNHCR i Stockholm når begge bygget på samme informasjon. UNE kommenterte ikke direkte ulikhetene mellom UNHCR og egne vurderinger, til tross for det ekstraordinære i at UNHCR kom med slike konkrete anbefalinger. UNEs respons på kritikken bar lite preg av ydmykhet og innrømmelse om feilvurderinger fra deres side.

¹⁴⁰ Tolonen 29.10.07

¹⁴¹ Øyen 20.11.07

¹⁴² Sak 2004-2229.

Når det heller ikke ble fremlagt noen direkte begrunnelse for motstriden, resulterte det i at UNEs bakgrunn for skjønnsutøvelsen ble hengende i luften.

Jeg skal se på noen mulige grunner til denne situasjonen. Paula Tolonen i NOAS, tidligere avdelingsdirektør i asylavdelingen i UDI, peker på at en mulig årsak for ulike resultater kan være at de forskjellige jobber ut fra de samme anbefalingene, men ender opp med motstridende resultater ved at man tar ut de delene av anbefalingene som passer deres syn og hopper over de som går imot dette. Dette kan vise seg å være et problem i saksbehandlingen både i UDI og UNE. Det er varierende i hvilken grad anbefalingene benyttes i den enkelte saken. Det er en negativ tendens at man søker finne grunner som rettferdiggjør avslag.¹⁴³

UNE begrunner enkelte ganger ignorering av UNHCR anbefalinger med at de har mer presis informasjon om situasjonen selv. Bailliet påpeker at noe av problemet med dette er at det ikke alltid refereres direkte til dette i vedtaket slik at søker og vedkommendes advokat gis en mulighet til å verifisere opplysningene. Et annet faktum er varierende kunnskap om anbefalingene fra UNHCR og menneskerettigheter generelt. Det er ikke skjønnsutøvelsen i seg selv som er problemet ved UNE. Men hvis denne skjønnsutøvelsen ikke gjøres på basis av internasjonale forpliktelser og UNHCRs anbefalinger, representerer det et problem. Det er en nødvendighet å hele veien vurdere om man oppfyller konvensjonen i god tro. Kunnskapene om internasjonale forpliktelser og menneskerettigheter er i stor grad varierende blant saksbehandlere. Vurderingen av anbefalingene og hvilken vekt disse skal tillegges, avgjøres derimot ofte på et høyere nivå.¹⁴⁴

UNE påpeker at beslutningen om i hvilken grad UNHCR anbefalinger skal vektlegges tas av nemndlederne i de enkelte møtene og at det ikke skjer noen styring nedad.¹⁴⁵ Det nevnes ikke noe om nemndlederne instruerer saksbehandlere i sekretariatet.

¹⁴³ Tolonen 29.10.07

¹⁴⁴ Bailliet 29.10.07

¹⁴⁵ Øyen 20.11.07

Sivilombudsmannen påpekte i sin konklusjon hovedregelen om full nemndbehandling og at et av hovedformålene med opprettelsen av UNE var å bedre asylsøkernes rettssikkerhet. Det ble påpekt at det hersket klar motstrid mellom UNEs vurdering av faren ved retur og UNHCR og Bailliets vurdering. Med understrekingen av UNHCRs ”bakgrunn av solid landkunnskap og erfaring fra lignende saker”, ble det konkludert med at nemndleder hadde gått utenfor sin kompetanse og at saken skulle behandles på nytt i stornemnd.

Til tross for at dette er eneste saken hos sivilombudsmannen vedrørende UNE, illustrerer den at det kan være problematisk at UNE har så stort forvaltningskjønn. Det kan oppstilles et mulig behov for en større internasjonalisering av denne delen av norsk forvaltning som man også har sett på andre områder.¹⁴⁶ Til tross for manglende juridisk karakter av UNHCR anbefalinger, fritar ikke dette fra at man må søke å nærme sin interne statspraksis mot hva som er ønskelig sett i et internasjonalt perspektiv. Også Flyktninghjelpen og Amnesty tok i sin høringsuttalelse til ny utlendingslov til orde for behovet for større lovregulering for å gjennomføre våre internasjonale forpliktelser.¹⁴⁷

4.3 Praksis i strid med UNHCRs anbefalinger

Norge har de senere år endret kursen i sin asylpolitikk, noe som også har medført en endring bort fra UNHCR. Jeg skal i det følgende peke på tilfellene hvor Norge har handlet direkte i strid med UNHCRs anbefalinger i sin praksis for å gi et overblikk over situasjonen.

4.3.1 Irak

UDI ga en periode midlertidig opphold uten mulighet for fornyelse og familiegjening til ureturnerbare irakere, de såkalte MUF-sakene. Tillatelsene ble gitt

¹⁴⁶ Fauchald 11.10.07

¹⁴⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007), pkt. 3.2.3

på bakgrunn av at irakere med kurdisk opprinnelse til Nord-Irak ikke kunne returneres dit. Etter det ble fastslått at UDI hadde gått utenfor sin kompetanse ved å gi tillatelse til disse grupperingene, ble det 16.januar 2004 bestemt at disse skulle returneres frivillig gjennom International Organization for Migrants (IOM).¹⁴⁸

I mars 2004 anbefalte UNHCR å fortsatt innvilge midlertidige tillatelser til asylsøkere fra Irak. Enhver form for retur til landet ble også frarådet, Nord-Irak inkludert.¹⁴⁹ Dette ble gjentatt i september¹⁵⁰ og i oktober¹⁵¹. European Council of Refugees and Exiles (ECRE) fastholdt det samme synet i sine vurderinger av landet.¹⁵² Norges begrunnelse for returene var at de var frivillige og dermed ikke i strid med UNHCR. Den såkalte frivilligheten baserte seg på det faktum at regjeringen betalte kr. 10 000,- til alle som dro frivillig.¹⁵³ Mange så seg tvunget til samtykke, da de ikke så noen fremtid i Norge gyldig tillatelse. Regjeringen ble også kritisert for å nekte gratis kost og losji for de som skulle returneres. Det var her en ny praksis i strid med UNHCR anbefalinger. I mai samme år, hadde man ikke lykket i å få returnert alle.

Mange irakere hadde selv ytret ønske om å få reise. Dette resulterte i et program for de med oppholdstillatelse og ønske om å reise hjem og ett for de med avslag. I september kritiserte UNHCR de nordiske landene for å bedrive økonomisk press på irakere for å få dem til å forlate landet.¹⁵⁴

UNHCR gjentok i 2005 og 2006 anbefalingene om ikke å returnere til alle områder av landet, med unntak av de tre nordligste fylkene.¹⁵⁵ Allikevel fattes det fortsatt vedtak i

¹⁴⁸ www.udi.no/templates/Page.aspx?id=4184

¹⁴⁹ UNHCRs Position paper 01.03.04.

¹⁵⁰ UNHCR Return Advisory Regarding Iraqi Asylum Seekers. Sept. 2004

¹⁵¹ Pressekonferanse ved Palais des Nations i Genève. 22.10.04, www.unhcr.no/en/News/press_en.html

¹⁵² ECRE Guidelines on Protection

¹⁵³ Aftenposten 08.03.04, www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article747679.ece

¹⁵⁴ Uttalelse fra UNHCR Stockholm 18.09.04, www.unhcr.no/en/News/press_en.html

¹⁵⁵ UNHCR Advisory Regarding the Return of Iraqis, 12.09.05.

UNHCR Return Advisory and Position on International Protection Needs of Iraqis Outside Iraq, 18.12.06.

strid med disse.¹⁵⁶ I sin årbok for 2007, uttaler UNE at i saker til irakere fra grensen mellom trygge og utrygge områder, randsonen, hadde UNE hensett til anbefalingene fra UNHCR, men etter vektlegging av andre kilder kommet frem til at situasjonen i dette området ikke i seg selv dannet grunnlag for å stanse returer.¹⁵⁷ Flyktninghjelpen betegner denne fortsatte praksisen som svært bekymringsfull.¹⁵⁸ I september fremla også Amnesty en rapport som understreket alvorligheten ved situasjonen i Irak.¹⁵⁹

4.3.2 Somalia

I januar 2004 kom det en uttalelse fra UNHCR vedrørende retur av asylsøkere med avslag til Somalia. Beskyttelsesbehovet for personer med opprinnelse i Sør-Somalia ble understreket og ufrivillig retur ble frarådet.¹⁶⁰ Dette rådet ble gjentatt i 2005.¹⁶¹ Til tross for dette, tvangsutsendte Politiets Utlendingsenhet (PU) to somaliere i 2005.¹⁶²

Senere dette året kom UNHCR med en direkte henvendelse til den norske regjeringen: ”... We wish to re-iterate our request that Norway will not forcibly return Somali nationals to southern and central Somalia without further notice ...”¹⁶³ Dette var en klar anmodning, men til tross for dette, fortsatte Norge returene. Slik gjentakelse gjøres sjelden og ga signal om at Norge var på tydelig kollisjonskurs med UNHCR. Underveis skjedde det regjeringsskifte, men returene fortsatte.

Som kommentar til kritikk fra flere hold uttalte nåværende Arbeids- og inkluderingsminister Bjarne Håkon Hansen i august 2006 følgende: ”Vi mener vi har en bedre helhetlig informasjon selv.”¹⁶⁴ Han uttrykte sin klare tillit til UNEs vurderinger av

¹⁵⁶ Tolonen 29.10.07

¹⁵⁷ UNE årbok (2007) s. 26

¹⁵⁸ Christiansen 02.10.07

¹⁵⁹ Amnesty International, Millions in flight: the Iraqi refugee crisis, 24.09.07

¹⁶⁰ UNHCR position on the Return of Rejected Asylum Seekers to Somalia, 10.01.04.

¹⁶¹ UNHCR Advisory on the Return of Somali Nationals to Somalia, 02.11.05

¹⁶² Ikke dokumentert i PUs statistikk, kilde NOAS rapport ”Utfordringer i norsk asylpolitikk 2005-2009”

¹⁶³ UNHCRs henvendelse til den norske regjeringen 09.08.05, www.unhcr.no/en/News/press_en.html

¹⁶⁴ VG 20.08.06, www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=127179

sikkerhetssituasjonen. En av kildene Norge benyttet seg av var en norsk ekspert som befant seg i området rundt Somalia.

UNE hevdet på sin side at UNHCR ikke hadde noen tilstedeværelse i landet og dermed mistet tyngde som kilde. André Mahecic ved UNHCR i Genève, tilbakeviste påstanden og påpekte UNHCRs tilstedeværelse ved kontorer i fire deler av landet og dermed posisjonerte seg som det FN-organet med best oversikt over situasjonen i Somalia.¹⁶⁵

Regjeringen kom ikke med noen klare uttalelser om på hvilket grunnlag man tilsidesatte anbefalingene og hadde heller ingen dokumentasjon på at UNHCR vurderte situasjonen i landet feil. I stedet for å erkjenne motstriden med anbefalingene som et faktum og problemet dette representerte, kom det en lang rekke bortforklaringer av ulik karakter. I en pressemelding uttalte regjeringen at det ikke er norsk politikk å automatisk følge anbefalingene og ville ikke garantere endringer i praksisen. I en omtrent sammenfallende pressemelding understreket AID at man ”fører en human solidarisk og rettssikker flyktning og asylpolitikk, som forutsatt i Soria Moria erklæringen.”¹⁶⁶

Norge fortsatte sin returpraksis i løpet av høsten 2006 og det ble utøvet et sterkt politisk press mot regjeringen. UNE stanset returene 6. november samme år. Begrunnelsen var at det i løpet av den siste tiden hadde fremkommet ny informasjon som tydet på en eskalering og fare for storkonflikt i landet. Direktør i UNE, Terje Sjeggstad, uttalte at UNHCR i hovedsak er fornøyd med UNEs vurderinger, til tross for et avvik i begge retninger. Han understreket at Norge er det første landet til å stanse returer til hele

¹⁶⁵ Dagbladet 23.08.06,

www.dagbladet.no/tekstarkiv/artikkel.php?id=5001060068824&tag=item&words=staveland%3Bsomalia

¹⁶⁶ Pressemelding AID nr. 91/06,

www.regjeringen.no/nb/dep/aid/presSESenter/pressemeldinger/2006/Avtale-om-retur-til-Afghanistan.html?id=104772

Somalia, UNHCRs anbefalinger gjaldt kun Sør-Somalia.¹⁶⁷ UNHCR kom like etter med anerkjennelse av beslutningen om å stanse returene.¹⁶⁸

UNE erkjente ikke under noen omstendighet muligheten av at de hadde gjort feilvurderinger og begrunnelsen for praksisendringen var etter min vurdering en tilsløring av sakens fakta. Det skapte et inntrykk av Norges raushet ved å stoppe returene når faktum var at dette burde ha skjedd for lenge siden hvis man hadde ønsket en human asylpolitikk. I denne saken er det neppe en overdrivelse å si at Norge fullstendig ignorerte anbefalingene. Det kan synes som at politisk press var årsaken til kursendringen, noe som understreker at anbefalingenes tyngde er fullstendig prisgitt det politiske klimaet.

4.3.3 Afghanistan

I 2004 startet UDI en praksis med å returnere personer til Kabul, til tross for at de ikke var herfra. Praksisen var i strid med UNHCRs anbefalinger. Sommeren 2005 ble denne praksisen prøvd i UNE og opprettholdt.

I januar 2005 understreket UNHCR ustabiliteten i Afghanistan og at det ville være behov for beskyttelse av borgere derfra.¹⁶⁹ Både i 2003 og 2004, hadde både HRW og ECRE påpekt det samme, så behovet for beskyttelse var grundig dokumentert.¹⁷⁰ Ved å returnere personer til Afghanistan, var det altså ikke bare UNHCR man ignorerte.

¹⁶⁷ Pressemelding UNE 30.12.06, une.no

¹⁶⁸ Pressemelding UNHCR 10.11.06, www.unhcr.no/en/News/press_en.html

¹⁶⁹ Considerations Relating to Cessation on the Basis of Article 1 C (5) of the 1951 Convention With Regard to Afghan Refugees and Persons Determined in Need of International Protection 29.01.05

¹⁷⁰ HRW Report, Afghanistan: Security Must Precede Repatriation 08.08.03,

ECRE: Guidelines for the Treatment of Afghan Asylum Seekers and Refugees in Europe. May 2004

I 2005 ble det inngått en avtale mellom UNHCR, Norge og Afghanistan om samarbeid ved returer¹⁷¹ og i mai 2006 startet man returer med grunnlag i avtalen. UNHCR kom med anbefaling om beskyttelse av personer fra farlige deler av landet og at retur til Kabul ble anbefalt kun for personer med tilknytning dit.¹⁷² I juli hadde 1800 afghanere fått avslag og skulle returneres, men det viste seg at de fleste av disse ikke var fra Kabul. Flere fikk sakene sine behandlet på nytt i UNE med resultat av nytt avslag. Alle disse skulle sendes ut av landet, men regjeringen ville utsette iverksettingen på grunnlag av kapasitetsmangler. UNE uttalte i en pressemelding at de ikke hadde latt tilknytning til Kabul være avgjørende i sine vurderinger av sakene. De påpekte kun at FN går lengre enn dem og at man generelt legger stor vekt på anbefalingene.¹⁷³ Det var igjen et eksempel på at UNE var klar over ignoreringen av anbefalingene, samtidig med at statssekretær Libe Rieber-Mohn i AID, fastholdt at man fulgte UNHCR på alle punkter.¹⁷⁴ Talsmann for UNHCR i Stockholm, Pål Aarsæther, kom med en anmodning om at han håpet man ville følge anbefalingene, men at dette kunne ikke UNHCR kreve.¹⁷⁵

Noe av bakgrunnen til denne konflikten var ulik tolkning av anbefalingene. UNHCR mente vurderingene gjaldt sikkerhetsspørsmålet, mens UNE på sin side anså anbefalingene for å være av humanitær art. Noe av begrunnelsen er at UNHCR til tider går lenger enn hva som er folkerettslig ”nødvendig” i anbefalingene sine. UNE tar kritikk som retter seg mot deres sikkerhetsvurderinger svært alvorlig, men påpeker samtidig at

¹⁷¹ Pressemelding AID, nr. 71/06,

www.regjeringen.no/nb/dep/aid/pressecenter/pressemeldinger/2006/Avtale-om-retur-til-Afghanistan.html?id=104772

¹⁷² Humanitarian Consideration with regard to Return to Afghanistan, May 2006.

¹⁷³ Dagsavisen 12.07.06, www.dagsavisen.no/innenriks/article256955.ece

¹⁷⁴ Pressemelding AID nr. 68/06,

www.regjeringen.no/nb/dep/aid/pressecenter/pressemeldinger/2006/Tilbakereise-til-Afghanistan.html?id=104738

¹⁷⁵ Aftenposten 02.07.06, www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article1374075.ece

det alltid vil oppstå situasjoner hvor deres resultater fremstår som brutale. Slik kritikk vil til tider være uunngåelig.¹⁷⁶

Et annet problem med denne saken var at Norge forholdt seg til en annen tolkning av ”effective links” i anbefalingene. UNHCR i Stockholm tolket dette som ”nært nettverk”, mens UNE anså ”tilknytning” som tilstrekkelig, under henvisning til at man fulgte rådene fra UNHCR i Kabul. Katharina Lump, ved kontoret i Kabul, henviste derimot i en medieuttalelse til kontoret i Stockholm.¹⁷⁷ Under denne perioden kunne det synes som om ikke engang UNHCR selv var helt klar på hva som faktisk lå i anbefalingene, da det var en stor grad av forvirring vedrørende uttalelser fra de ulike regionskontorene. Det bidro i så fall til at anbefalingenes allerede svake posisjon ble ytterligere svekket. Det ble etter en stund en større og større brist i troverdigheten i uttalelsene fra regjeringen om at man fulgte anbefalingene i god tro.

Diskusjonene fortsatte og regjeringen opprettholdt planene om retur. Når den derimot ble igangsatt, returnerte man allikevel bare de med en faktisk tilknytning til Kabul. Det kom allikevel ingen innrømmelser om at saken hadde blitt håndtert feil.

Høsten 2006 skjedde det korrespondanse mellom UNHCR og UNE, som resulterte i et møte mellom de to partene. Her ble det fra UNHCR tydelig signalisert at UNHCR anså anbefalingene for å være av sikkerhetsmessig art. Etter dette møtet, ble spørsmålet nærmere utredet av UNE og det resulterte i ny prøving av enkelte av sakene.¹⁷⁸

Etter en lang periode med stillhet, startet returene i 2007. Ironisk nok skjedde dette omtrent sammenfallende med regjeringens offentlige utspill om at den i større grad ville vektlegge anbefalingene fra UNHCR og innarbeide en henvisning til Flyktningkonvensjonens artikkel 35 i ny utlendingslov. Arbeids- og inkluderingsminister Bjarne Håkon Hansen understrekte i samme melding at norske myndigheter har et godt

¹⁷⁶ Øyen 20.11.07

¹⁷⁷ Dagsavisen 15.07.06, www.dagsavisen.no/innenriks/article267422.ece

¹⁷⁸ Solberg 20.11.07

forhold til UNHCR. Han påpekte at han fullt ut respekterer UNHCRs rett til å kritisere Norge, men at han ønsket beskjed på forhånd, slik at man unngår misforståelser.¹⁷⁹ Til tross for at det i denne saken hadde vært en del motstridende uttalelser fra UNHCR, vil det være en tilsøring av sakens faktum å hevde at kritikken bygget på misforståelser; Norge hadde utvilsomt ignorert anbefalingene.

NOAS hevdet i en pressemelding i februar at en av de tre som ventet på utsendelse ikke hadde tilknytning til Kabul.¹⁸⁰ Senere dette året gjennomførte afghanerne en protest mot det de beskrev som inhuman returpraksis fra Norges side og konflikten var igjen et faktum. Etter en ny og grundig gjennomgang av sakene hos UNE, ble resultatet at alle måtte returneres, med unntak av to. NOAS betegnet disse to vedtakene som en klar praksisendring i politikken ovenfor afghanerne, UNE mente det var en videreføring av tidligere praksis. Det som her ikke var åpent i offentligheten var at UNE i februar og mars 2007 hadde prøvet ni av sakene på nytt etter møtet med UNHCR og at det på dette tidspunktet det skjedde en praksisendring. Stornemndsakene som kom i etterkant av dette, var en videreføring av denne nye praksisen.¹⁸¹

4.4 Mine vurderinger av praksisen

Som sammendragene illustrerer, har Norge en rekke ganger brutt åpent ut brutt anbefalingene om retur. Etter å ha gått gjennom praksisen med et nøytralt utgangspunkt, er det uunngåelig å sitte igjen med et inntrykk av at den norske regjeringen og UNE tidvis har vist en arroganse når det kommer til relasjonen til UNHCR. Til tross for at Norge er i sin fulle juridiske rett til å ta forbehold og reservasjoner om at de foretar en individuell vurdering, så er det overskredet en klar grense i mange av retur sakene.

¹⁷⁹ Pressemelding AID, nr. 07/07,

www.regjeringen.no/nb/dep/aid/pressecenter/pressemeldinger/2007/07.html?id=448972

¹⁸⁰ Pressemelding NOAS 19.02.07, www.noas.no/index.php?p=news&news_id=5

¹⁸¹ Solberg 20.11.07

Jeg ser helt tydelig argumentasjonen fra UNEs side om at man nedprioriterer humanitære vurderinger, da dette ikke ligger innenfor kjernen av UNHCRs mandat. Men på samme tid, ser jeg ikke logikken i begrunnelsen, da det for meg synes som det er en helt klar sammenheng mellom behovet for sikkerhetsmessig beskyttelse og det humanitære aspektet. Argumentet får også svakere vekt når det har vist seg at UNHCR i enkelte tilfeller har ment at anbefalingene er relatert til sikkerhet. Praksisen kan gi støtte til et synspunkt om at norske myndigheter taler med to tunger, man sier en ting og gjør noe annet. Samtidig vegrer man seg for å innrømme at feilvurderinger gjøres.

4.5 Uttalelser og medieoppslag om Norges praksis i strid med UNHCR anbefalinger

I løpet av årene, har det vært massiv omtale av Norges praksis i media. For å danne en oversikt over denne, har jeg samlet inn uttalelser og materiale som omtaler praksisen i perioden 2004-2007, både negativt og positivt. Ved innhenting har jeg brukt de samme søkekriteriene: "UNHCR og Norge". Tabellen er ment som en illustrasjon på hvor mye omtale temaet har blitt viet.

Uttalelsens karakter	UNHCR.org.	Aftenposten	Verdens Gang	Dagbladet	Dagsavisen
Kritikk	9	10	7	18	5
Ros	4	2	0	0	0
Total omtale		50	43	99	28

Når det gjelder omtale og kritikk direkte fra UNHCR, har jeg både tatt med offisielle uttalelser rettet direkte til den norske regjeringen, uttalelser gjengitt i media og direkte uttalelser fra talsmenn og ansatte i UNHCR.

Hva angår kritiske uttalelser i media, har jeg medregnet uttalelser fra tydelige aktører på feltet samt lederartikler i de aktuelle mediene. Jeg har unnlatt å ta med generelt kritiske vinklinger fra journaliser.

Dette viser hvor aktuelt temaet er, sett fra en samfunnsmessig, men også folkerettslig synsvinkel. Flyktninger og asylsøkere er et hett politisk tema som vekker engasjement. På andelen kritiske uttalelser, ser man en klar tendens til at mange anser Norges praksis som svært problematisk. Dette understreker igjen anbefalingenes moralske og politiske tyngde. Til tross for at Norge som stat ikke føler seg bundet, så er det en klar holdning fra flere aktører at Norge allikevel burde følge anbefalingene.

Andelen uttalelser fra UNHCR direkte er tydelig mindre. Dette gjenspeiler organets tilbakeholdenhet med å uttale seg om enkeltstaters praksis, men også tyngden av slik kritikk når den først fremkommer. Det kan også illustrere svakheten ved UNHCRs posisjon ved at organet ikke ønsker å uttale seg i for sterke ordvendinger om potensielle donorstaters praksis.

4.6 UNHCRs syn på Norges praksis

UNHCR anerkjenner de nordiske landene som foregangsland når det kommer til asylsystemer. I 2004 uttalte UNHCR at det norske asylsystemet samsvarer med internasjonale standarder og at behandlingen av den enkelte sak er pålitelig.¹⁸² På min forespørsel om UNHCRs syn på Norges praksis, har organet valgt å ikke uttale seg. Til tross for dette, har ikke UNHCR lagt skjul på hva de mener om den tidvise negative praksisen i Norge. UNHCR har en tendens til å tale i svært generelle vendinger. Når de uttalte seg om returer til Irak, var det en henvendelse til de av landene som hadde slik praksis uten å nevne noen konkrete.¹⁸³ UNHCR vil av flere årsaker være sikre før det rettes kritikk mot et enkelt land. Derfor er derfor mer oppsiktsvekkende når de først gjør dette. Under konflikten om returer til Somalia, rettet organet en direkte henvendelse til

¹⁸² Pressemelding UNHCR Stockholm 04.10.04, www.regjeringen.no/nb/dokumentarkiv/Regjeringen-Bondevik-II/Kommunal--og-regionaldepartementet/248613/234239/UNHCR-and-rejected-asylum-seekers.html?id=422496

¹⁸³ Pressemelding UNHCR 22.10.04, www.unhcr.no/en/News/press_en.html

den norske regjeringen om sitt syn på Norges praksis.¹⁸⁴ Det er ingen dialog mellom UNE og UNHCR angående forståelsen av anbefalingene.¹⁸⁵

I forbindelse med konflikten med regjeringens retur av afghanere, ga UNHCR uttrykk for tvil om hva Norge egentlig mente om bruk av internflukt alternativet.¹⁸⁶ I etterkant av denne uttalelsen innkalte UNHCR til et møte med Arbeids- og inkluderingsminister Bjarne Håkon Hansen for å fastlegge hva Norge faktisk mente. Dette var en klar indikasjon på hvor problematisk UNHCR vurderte Norges praksis. Ved tvilen om tolkning av ”effective links” i anbefalingene, kom Pål Årsæther ved UNHCRs kontor i Stockholm med en vag uttalelse om at man ikke kunne tvinge statene til å følge anbefalingene, men at man håpet at gjorde dette.¹⁸⁷ Dette viser den tydelige tilbakeholdenheten som preger mange av UNHCRs utspill. I oktober 2005 gjennomførte NOAS et besøk Kabul. UNHCR uttalte i den anledning at det er svært sjelden de retter direkte kritikk mot statenes praksis og at de i praksis er henvist til å stole på norske myndigheter.¹⁸⁸

Dette illustrerer et viktig poeng: UNHCR er ikke avhengig av å komme med konkrete uttalelser og kritikk for å klargjøre sitt standpunkt. Ved at de utarbeider anbefalinger, er det klart at UNHCR anser brudd på disse som noe negativt. Det at de ikke uttaler seg like skarpt hver gang, betyr ikke at de anser praksisen som akseptabel. Dette kan det synes som norske myndigheter mener. Det er negativt når UNHCR må komme med direkte kritikk for at Norge skal ta anbefalingene på alvor. Dette illustreres også av det manglende samsvaret mellom praksisen Norge legger opp til i utenrikspolitiske fora og hva de faktisk gjør på hjemmebane.

¹⁸⁴ Henvendelse til den norske regjeringen 09.08.05, www.unhcr.no/en/News/press_en.html

¹⁸⁵ Øyen 20.11.07

¹⁸⁶ Pressemelding UNHCR 15.06.06, www.unhcr.no/en/News/press_en.html

¹⁸⁷ Dagsavisen 13.07.06, www.dagsavisen.no/innenriks/article256972.ece

¹⁸⁸ Dagbladet 09.05.06 av NOAS

I januar 2007, ble det avholdt et ”Biannual Meeting on Protection” mellom UNHCR og Norge. Assisterende høykommissær, Erica Feller, kalte møtet en historisk vending og pilotprosjekt om dialog om vern. Norge fikk også ros for sin stornemndordning ved asylklager.¹⁸⁹

I de nordiske landenes Consultative Meeting dette år, ble det konkludert med at til tross for at eksisterer delte meninger om anvendelsen av anbefalingene blant de ulike statene, har det ikke oppstått tilfeller av alvorlig kritikk.¹⁹⁰ Dette åpner muligheten for at UNHCR ikke anser de bruddene statene kommer med som like alvorlige som det virker de gangene de fremsetter kritikk.

Selv om det er få eksempler på direkte uttalelser om hva man mener om landenes praksis, er det klart at UNHCR anser det som svært bekymringsverdig at flere og flere land, Norge iberegnet, ikke lenger tar like tungt på beskyttelse av flyktninger.¹⁹¹ I en rapport om asylsystemene i de nordiske landene understrekes det også farene ved økende rasisme og fremmedfrykt. Det understrekes også mulighetene for forbedring av systemene og behovet for at nordiske myndigheter holdes ansvarlig for svakhetene ved sine systemer.¹⁹²

4.7 Betydningen av Norges økonomiske bidrag til UNHCR, faremomentet ved soft law

UNHCR mottar under to prosent av sitt budsjett fra FNs regulære budsjett for administrative kostnader. Utover dette skjer finansieringen nesten utelukkende gjennom frivillige bidrag fra regjeringer, internasjonale organisasjoner, bedrifter og privatpersoner.¹⁹³ Det har vært reist spørsmål om dette skader organets uavhengighet og

¹⁸⁹ Pressemelding UDI, 31.01.07, www.udi.no/templates/Page.aspx?id=8374

¹⁹⁰ www.unhcr.se/en/Events/NBCC_2007.html

¹⁹¹ Uttalelser fra Erica Feller på Ex. Com Meeting 04.10.04

¹⁹² Löf (2004) s. 2

¹⁹³ www.unhcr.no/no/Basics/unhcr_no.html

hindrer effektiviteten i utføringen av mandatet. Ved at UNHCR er så avhengig av politisk goodwill i utgangspunktet, kan den økonomiske avhengigheten hemme ytterligere for organets anledning til å uttale seg kritisk om statspraksis. Det oppstår fare for en sammenblanding av roller og avhengighet til donorland som uten tvil er uheldig.¹⁹⁴ Det er signaler også innad i UNHCR om at denne situasjonen kan skape konflikter og ved at finansieringen skjer årlig og ikke over lengre perioder blir bundetheten ytterligere forsterket.¹⁹⁵

I dag er Norge en av de tyngste økonomiske bidragsyterne per. capita. Norge bidro i 2006 med US\$ 55,2 millioner til UNHCRs ordinære budsjett og i tillegg US\$ 2,2 millioner i ekstra donasjoner, noe som plasserte landet på en 6. plass av alle statlige bidrag. Det har vært en økning i bidragene fra US\$ 37,9 millioner i 1997 til en topp i 2005 med US\$ 62,7 millioner.¹⁹⁶

Dette kan være problematisk på flere områder. I en rapport om tendenser innenfor asylpraksis i nordiske land, understrekes det at økonomisk avhengighet har en negativ effekt på UNHCRs anledning til å uttale seg fritt om statenes asylpraksis.¹⁹⁷ Det er et følsomt tema hvor det må utvises forsiktighet med hva man hevder. Det kan imidlertid fremholdes at UNHCR nok vil være noe mykere i uttalelsene sine for ikke å fornærme stater som bidrar økonomisk. Når det kommer til Norge spesielt, vil det kanskje være en ekstra grad av varsomhet fra UNHCRs side. Norge har under hele UNHCRs levetid hatt en aktiv rolle, både gjennom Frithjof Nansen som en av foregangspersonene for organet og med Thorvald Stoltenbergs korte periode som høykommissær. Det har også tidligere vært en lojal etterlevelse av anbefalingene som har ført til en respekt for norske myndigheter. Dette kan også forklare den enkelte ganger vage kritikken av Norges til tider tvilsomme praksis.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Türk (2002) s. 14

¹⁹⁵ Christensen 02.10.07

¹⁹⁶ www.unhcr.org/cgi-bin/txis/vtx/home/opendoc.htm

¹⁹⁷ Lööf (2004) s. 1

¹⁹⁸ Tolonen 29.10.07

Også Flyktningshjelpen anser det som et problem at Norge er så tungt inne økonomisk. For land som Norge har en sterk politisk interesse at skal fremstå som trygge, reflekteres det en motvilje hos UNHCR med å fastslå landet som utrygt. Afghanistan er et eksempel på dette.¹⁹⁹ I forbindelse med returer til Afghanistan i 2007, kom Dr. juris Vigdis Vevstad med kraftig kritikk av UNHCR vurdering landet som trygt. Hun hevdet Høykommissæren var tilbakeholden med å kritisere Norges praksis av frykt for å miste bidrag og at situasjonen i landet dermed ble fremstilt som tryggere enn den egentlig var. Hun hevdet videre at hovedkontoret i Genève hadde bedt ansatte om å ikke uttale seg. De kraftige påstandene ble støttet av fredsforsker og Afghanistan-ekspert Kristian Berg Harpviken, som påpekte UNHCRs interesse av å fremstille returene som en suksess. Kritikken ble kraftig tilbakevist av Måns Nyberg i UNHCR Stockholm.²⁰⁰ Ingen andre organer på feltet ønsker å uttale seg om utspillet til Vevstad.

Uten å trekke noen direkte parallell fra påstandene, kan det fremstå betenkelig at stedsrepresentanten for UNHCR i Kabul, Salvatore Lombardo, vurderte retur som forsvarlig etter den norske regjeringens besøk i juni 2007,²⁰¹ når UNHCR året før hadde vurdert store deler av landet som farlig og kritiserte Norges returpraksis.²⁰²

Denne debatten illustrerer at heller ikke UNHCR er fullstendig ufeilbarlig. Det er sentralt at de er seg bevisst denne balansegangen og forholder seg ydmyk. Det må utvises varsomhet med å fastslå at UNHCR bøyer seg etter politisk press i utformingen av anbefalingene, men det vil være svært negativt for troverdigheten om det kan stilles spørsmål om organet vurderer sikkerheten ut fra donorlandenes ønsker. Dette fungerer som ammunisjon for parter som forsøker å undergrave anbefalingenes viktighet og ytterligere svekke deres svake stilling. Når man i forbindelse med 50 års jubileet for

¹⁹⁹ Christensen 02.10.07

²⁰⁰ NRK 27.06.07, www.nrk.no/nyheter/innenriks/1.2811034

²⁰¹ Dagsavisen 19.06.07, www.dagsavisen.no/innenriks/article296688.ece

²⁰² Uttalelse fra UNHCR Stockholm 15.06.06, www.unhcr.no/en/News/press_en.html

Flyktningekonvensjonen understreket viktigheten av å unngå at UNHCRs autoritet undergraves, vil dette være et viktig punkt på være bevisst på.

4.8 Vektlegging av Landinfo i stedet for UNHCR

Landinfo ble opprettet ved et stortingsvedtak i 2004. Fra 1.januar 2005 ble landrådgivere fra UDI og UNE samlet for å opprette en faglig uavhengig landinfoenhet som skulle være administrativt underlagt UDI. Instansens primære oppgave er å bistå utlendingsforvaltningen med nøytral info om landsituasjoner i asylsøkerens hjemland og de bidrar ikke i selve prosessen for å avgjøre asylsøknaden. For å oppfylle denne oppgaven kreves det at instansen skaffer informasjon fra ulike kilder og samtidig er påpasselig med å utøve kildekritikk for å vurdere kildenes troverdighet og aktualitet.²⁰³ I forkant av opprettelsen av instansen, uttalte både Amnesty og NOAS sin frykt for at asylsøkeres ankerett ville svekkes ved at både UDI og UNE bygget på samme informasjon i saksbehandlingen.²⁰⁴ Dette anerkjenner også UNE at kan pekes på som et potensielt tema i forhold til rettssikkerhet, men fremhever det brede kildetilfanget Landinfo bygger på.²⁰⁵

En kronikk i Aftenposten av Aage Borchgrevink i Helsingforskomitéen startet en offentlig debatt vedrørende Landinfos nøytralitet.²⁰⁶ Det ble hevdet at de tette båndene mellom utlendingsforvaltningen og Landinfo setter skranker for deres nøytralitet. Selv om noe av argumentene i den etterfølgende debatten kanskje bar preg av usaklighet, er det ingen tvil om at problemstillingen er relevant.

For det første kan det representere et problem at Landinfo opptrer som vitner i saker i domstolene som de selv har levert premissene til. Landinfos rolle ble særlig satt i fokus

²⁰³ www.landinfo.no/index.gan?id=488&subid=0

²⁰⁴ Aftenposten 28.10.04, www.aftenposten.no/nyheter/iriks/politikk/article900926.ece

²⁰⁵ Øyen 20.11.07

²⁰⁶ Aftenposten 27.11.06, www.nhc.no/php/?module=article&view=479

etter en avgjørelse i Oslo Tingrett vedrørende retur av tsjetsjenske asylsøkere.²⁰⁷ UNHCRs vurdering ble her satt tilside til fordel for opplysninger om landet supplert UNE av Landinfo. I den samme dommen fungerte en av de ansatte i Landinfo som vitne. I en annen avgjørelse fra Oslo Tingrett ble Landinfos vurderinger gitt avgjørende vekt i forhold til UNHCRs vurderinger av situasjonen i Tsjetsjenia i et posisjonsdokument om situasjonen der.²⁰⁸ I dette dokumentet ble det rådet til en individuell vurdering av hver enkelt sak.²⁰⁹ Tingretten fastslo at dette hadde utlendingsmyndigheten foretatt og uttalte at retten la avgjørende vekt på opplysningene fra Landinformasjon, som fremsto som meget velinformert og har en målsetting å gi objektiv informasjon. Videre i begrunnelsen uttalte dommeren at han ikke fant noen grunn til å gi avgjørende vekt til UNHCR som han omtalte som en interesseorganisasjon.

På spørsmål om problemet med nøytralitet hos Landinfo på grunn av de tette båndene til utlendingsforvaltningen, understrekes det av Landinfo at de har stor forståelse for at det reises spørsmål om instansens uavhengighet og at man erkjenner at kritikken peker på et potensielt problem.²¹⁰ UNE ser også problemstillingen, men påpeker at Landinfo på ingen måte fungerer som forsvarere av UNEs vedtak.²¹¹

Det at nesten samtlige ansatte der tidligere jobbet som landrådgivere i UNE og UDI, vil kunne representere en lojalitetskonflikt i seg selv og når området er så vidt lite som i Norge vil det være naturlig å stille spørsmålet om nøytraliteten. Både Flyktningshjelpen og NOAS påpeker at nøytraliteten kan være dilemma.²¹² Landinfo ser seg bevisst problemet at det kan oppstå gråsoner i arbeidet, men at deres erfaring og evnen til kildekritisk vurdering allikevel resulterer i høy kvalitet på tjenestene.²¹³

²⁰⁷ TOSLO-2006-10-13

²⁰⁸ TOSLO-2006-7148

²⁰⁹ UNHCRs Position Paper 22.10.04.

²¹⁰ Lange 26.10.07

²¹¹ Øyen 20.11.07

²¹² Tolonen 29.10.07, Christiansen 02.10.07.

²¹³ Lange 26.10.07

Problemet er etter min vurdering neppe selve informasjonen Landinfo bidrar med. Det er ingen tvil om at instansen bygger på et bredt kildetilfang og at de på enkelte områder kanskje supplerer med mer riktig informasjon enn UNHCR. I mange saker har de UNHCR som en av de sentrale kildene og samarbeider med organisasjoner som har rette kritikk mot Landinfo. Det er derfor naturlig å gå ut i fra at man får en nøytral landvurdering. Men teori og praksis er allikevel ikke alltid samsvarende. Når det i saker legges ubetinget vekt på Landinfo til fordel for UNHCR der de to kanskje har motstridende vurderinger, er det et signal om at man kanskje stoler for blindt på Landinfo. En automatikk i å legge deres vurderinger til grunn, vil kunne representere et problem for Norges oppfyllelse av konvensjonsforpliktelsene.

Det kan dog påpekes at også for UNHCR vil nøytralitet kunne være et dilemma og at det kan oppstå konflikter ved sammenblanding av roller. Som Vevstad påpekte angående vurderingen av sikkerhet i Afghanistan, vil det være viktig at man benytter seg av flere kilder og ikke bare UNHCR vurderinger.²¹⁴ Sett fra denne synsvinkelen, kan Landinfo ha en kanskje mer nøytral rolle da de har et bredere kildegrunnlag. Men problemet er vel ofte at Landinfos vurderinger ikke alltid går i favør av en føre var holdning når det gjelder sikkerhet.

5 UNHCRs stilling i dag og fremover

5.1 I hvilken grad UNHCR oppfyller sitt mandat

Flyktningekonvensjonens artikkel 35 etablerer juridiske forpliktelser for statene. Det kan allikevel være vanskelig å trekke ut mer konkrete plikter, skillet mot soft law er sklidende og det kan diskuteres hvor effektiv bruken av soft law-guidelines egentlig er. Men noen

²¹⁴ NRK 27.07.07, www.nrk.no/nyheter/1.2811034

hovedplikter er klarere enn andre. Spørsmålet er om UNHCR i dag oppfyller sin rolle etter artikkel 35.

Det er ingen tvil om at mandatet gjennom mange år har utviklet og utvidet seg. Dette er av både negativ og positiv karakter. For det første er det positivt i den forstand at det viser flyktningerrettens dynamiske evne til å følge de endringene som er nødvendig å rette seg etter. Flyktningestrømmene endrer seg i takt med samfunnet og det er nødvendig med et dynamisk UNHCR.

På den mer negative siden, kan man stille spørsmålet om ikke mandatet og organisasjonen har vokst seg ut av proporsjoner og at UNHCR i dag er et stort og tungrodd organ som ikke lenger oppfyller sitt mandat. Dette gjør seg ikke minst gjeldende når det kommer til UNHCR operasjonelle rolle. Det har vært tatt til orde for at organet må reformere seg og bli mer effektiv, både administrativt og økonomisk.²¹⁵

Men hva med organets rådgivende rolle – fungerer den som tilsiktet? Det er ingen tvil om UNHCRs rolle og viktige funksjon som tilstedeværende i landoperasjoner. Noe det derimot hersker større tvil om er om organet oppfyller jobben som overvåker av statenes praksis.

Når det gjelder anbefalinger og råd fra UNHCR, er det flere ting som tyder på at stillingen er svakere enn noensinne. Rådende har i utgangspunktet stilt svakt. Og med en økende skepsis mot asylsøkere og flyktninger, har deres betydning blitt ytterligere svekket. Erica Feller advarte i en tale for konvensjonsstatene mot å se på flyktningebeskyttelse som et politisk valg når det i realiteten er en nødvendighet.²¹⁶ Dette understreker noe viktig. I en økning i at statene velger å se bort fra anbefalingene fra UNHCR, ser man også en svekkelse av konvensjonen som sådan. Det har hele tiden vært

²¹⁵ Erik Solheims tale ved NRCs 60 års jubileum 10.11.06,

www.regjeringen.no/nb/dep/ud/dep/Utviklingsminister_Erik_Solheim_SV/Podkast/Taler-av-utviklingsminister-Erik-Solheim/Flyktningehjelpen-60-ar.html?id=480891 , Källin (2001) s. 629 flg.

²¹⁶ Pressemelding UNHCR Genève 66. ExCom Meeting 04.10.04, www.unhcr.no/en/News/press_en.html

et problem å implementere konvensjonen effektivt, både av sosiale, politiske og lovgivningsmessige grunner. Det er da særlig i forholdet til nasjonal lovgivning konvensjonen møter motstand.²¹⁷ For UNHCRs del er det nødvendig å vende øynene innad i organet. Det hersker ingen tvil om at det er en rekke svakheter ved UNHCR som også bidrar til den manglende tyngden de enkelte ganger viser seg å ha.

Jeg har tidligere pekt på avhengigheten av både statenes goodwill og økonomisk støtte som noe av årsaken. Källin påpeker også balansegangen mellom organets tilstedeværelse som leder for landoperasjoner samtidig som det å gi råd om de samme landene. I verste fall kan det medføre at de mister troverdighet.²¹⁸

Faren for subjektive vurderinger er til stede, og det er avgjørende å sikre at UNHCRs arbeid og harmoniseringen av statenes praksis skjer på grunnlag av objektive evalueringer.²¹⁹ Etter utviklingen som har skjedd på området, hevder Türk at situasjonen er for kompleks med for mange deltakere til at ansvaret for implementeringen kan overlates til den enkelte stat, slik det tradisjonelt er blitt gjort.²²⁰ Kanskje gjenspeiler dette at også UNHCR slik det fungerer i dag har utspilt noe av sin rolle.

Det store spriket mellom teori og praksis gjenspeiler seg i til dels motstridene og inkonsekvent statspraksis, noe som er resultatet av fraværet av rettshåndhevelse på området.²²¹

Det kan være vanskelig å si noe klart om og eventuelt når soft law vil bli bindende rett som statene forpliktes juridisk av. Det er en treg prosess hvor flyktninger ofte blir ofre for lange politiske diskusjoner statene imellom. Det er et behov for akselerering av utviklingen, slik at konvensjonen blir av konkret og direkte betydning for flyktningene.

²¹⁷ Källin (2001) s. 630

²¹⁸ Källin (2001) s. 634

²¹⁹ Türk (2002) s. 19

²²⁰ Türk (2002) s. 3

²²¹ Einarsen (2006) s. 3

Moralske og politiske standarder er ikke alltid tilstrekkelig for å skape den ønskede beskyttelsen.²²² Dette ble tydelig illustrert da Sverige fremla en rapport for FNs torturkomité. Representanten uttalte i den anledning at UNHCRs anbefalinger hadde blitt vurdert nøye i saken, til tross for at de ikke har noen juridisk relevans. Komiteen tilla dem heller ikke mye vekt. Selv om man skulle tro at UNHCRs tilstedeværelse i store deler av verden gir dem troverdighet at deres uttalelser burde tillegge autoritativ vekt, er dette motsatte altfor ofte tilfellet.²²³

Det er en viktig oppgave å styrke overvåkingen av Flyktningekonvensjonens implementering. Manglende oppfyllelse fra traktatpartene går utover både flyktningene og de andre traktatparter, samtidig som det undergraver hele systemet for internasjonal flyktningebeskyttelse. Ved å ikke respektere flyktningeretten kan man ende opp med enda en gruppe flyktninger; de som rømmer videre til land som overholder sine forpliktelser. Det vanskeliggjør også UNHCR utføring av sine oppgaver at statene ikke respekterer forpliktelsene.²²⁴

5.2 Utfordringer for UNHCR og behovet for reformering

I juli 2001, 50 år etter opprettelsen av UNHCR, ble det holdt et seminar ved Cambridge University for å drøfte UNHCRs rolle i dagens samfunn og veien fremover.²²⁵

Vedrørende problemene ved UNHCRs overvåkende rolle, ble det pekt på tre hovedpunkter. For det første har det hele veien vært organisatoriske dilemmaer. Et annet problem er sprikende praksis i konvensjonstolkningen blant de kontraherende statene. Og til sist en manglende fokus innad i statene på internasjonale beskyttelses temaer. Det hersker ingen tvil om statenes aksept av forpliktelsene, vanskelighetene melder seg når det kommer til implementeringen.²²⁶

²²² Vevstad (1998) s. 42

²²³ Löf (2004) s. 2

²²⁴ Källin (2001) s. 632

²²⁵ Global Consultations on International protection. Cambridge Expert Roundtable, 9-10 July 2001.

²²⁶ Goodwin-Gill (2007) s. 667 flg.

UNHCR har en rekke ganger blitt kritisert for å ha for liten tyngde og en noe uklar posisjon. De kan ikke tvinge frem sine syn og må påvirke statene gjennom andre kanaler til å følge opp forpliktelsene og harmonisere sin konvensjonstolkning.²²⁷ Det har vært en rekke forsøk på å bedre Flyktningekonvensjonens stilling. I 1986 bad UNHCR statene om å innføre lovgivning eller tiltak som ville sikre en effektiv gjennomføring av konvensjonen.²²⁸ I 1989 gjentok man viktigheten av konvensjonen og statenes ansvar.²²⁹ Slike tiltak har derimot vist seg som lite effektive, det er ikke de formelle erklæringene som mangler, det er den politiske viljen til praktisk gjennomføring.²³⁰

26. april 2007 ble det holdt et møte av den nordisk baltiske konsultativ komité, hvor to hovedtemaer sto på agendaen.²³¹ Det var ønskelig å redegjøre for den rettslige autoriteten av UNHCRs rådgivende uttalelser om retur; hvorvidt de kun er valgfrie retningslinjer og hvilken stilling de har i forhold til konvensjonen. Anbefalingene passer oftest dårlig inn i den nasjonale lovgivningen, de er for vage og generaliserte. Det er dessuten vanskelig å overføre standardene på individuelle saker og tersklene som settes av UNHCR er ofte lavere enn i intern rett. Det ble også påpekt at tolkningene av retningslinjene ofte er forskjellige blant ulike rettsanvendere. Det ble konkludert med at UNHCR ønsker å løse alle disse problemstillingene, men ikke ved å tilpasse retningslinjene til de ulike statene, dette er statenes egen oppgave. Det hersker her liten tvil om behovet for en klargjøring av retningslinjene for å gjøre dem mer effektive. Ved en mindre vag karakter er de vanskeligere å ignorere, statene vil ønske å unngå internasjonal upopularitet.

Til tross for verdien av soft law, er det flere som påpeker behovet for bindende forpliktelser for å sikre at Flyktningekonvensjonen overholdes. Det har en rekke ganger blitt diskutert behovet for opprettelsen av et judisielt organ som spesialiserer seg på

²²⁷ Türk (2002) s. 1

²²⁸ Executive Committee Conclusion no.42, 1986, para j.

²²⁹ Executive Committee Conclusion no.57, 1989

²³⁰ Goodwin-Gill (2007) s. 47

²³¹ www.unhcr.se/en/Events/NBCC_2007.html

flyktning og asylrett, hvor individene har klagerett. Det gjenstår allikevel mye før statene aksepterer tanken og de er langt fra å starte noen utvikling av den. Vevstad mener allikevel at tanken ikke må gis opp.²³²

Spørsmålet om behovet for en domstol/tribunal innenfor flyktningeretten er ikke sort-hvitt. Som alltid innenfor internasjonal rett, vil det være et politisk tema. Fauchald påpeker at jo mer juridisk organet er, desto større varsomhet vil det vise før det uttaler seg. Det er samtidig en fare for at statene allikevel ignorerer uttaleleser og anbefalinger og da vil domstolen ha utspilt sin rolle. Frykten for å gjøre seg upopulær blant statene vil være der, og begrense domstolens frittalenhet for å unngå å miste statenes respekt og støtte. På denne måten har UNHCR per i dag en langt friere rolle. Ved at anbefalingene kun er veiledende og ikke bindende, vil de kunne strekke seg lenger og stå friere i uttalelsene sine.²³³

NOAS påpeker også at det vil være en vanskelig oppgave å få til en instans med mer juridisk binding enn UNHCR. Dette gjenspeiler seg i den massive uviljen til å forplikte seg på flyktningerettens område.²³⁴

Källin har kommet med en rekke mulige forslag for reformering i sin artikkel om gjennomføringen av artikkel 35. Han påpeker først og fremst at det er et behov for overvåking av en tredje part som er nøytral, men som allikevel har en tilknytning til UNHCR.²³⁵ Som et tiltak foreslår han ICJ som en mulig megler i konflikter, hvor domstolen skal ha anledning til å komme med rådgivende uttalelser.²³⁶ Slik ville man oppnådd en større grad av nøytralitet og ICJ er et organ med tyngde i internasjonal rett. En slik ordning har allikevel sine svakheter. Til tross for at ICJ her fungerer som en

²³² Vevstad (1998) s. 38

²³³ Fauchald 11.10.07

²³⁴ Tolonen 29.10.07

²³⁵ Källin (2001) s. 615

²³⁶ Källin (2001) s. 656 flg.

nøytral part, er det ikke noe som tilsier at man vil møte en større respekt blant statene, så lenge de kun har en rådgivende rolle.

Mange av oppgavene til UNHCR går forbi rekkevidden av artikkel 35 og da typisk gjennom anbefalingene som gis, og denne rollen må også fornyes.²³⁷ Som løsning her foreslår Källin en rapportgruppe med mandat til å undersøke temaer av særlig betydning. Rapportene fra dette arbeidet overføres videre til The Standing Committee, hvor innholdet diskuteres med de berørte statene tilstede. Ut fra dette kan ExCom konkludere om behovet for beskyttelse i den enkelte sak.²³⁸ Også her er det et spørsmål om en slik ordning vil få noen større tyngde enn hva UNHCRs rådgivende funksjon har i dag.

Tiltakene har et høyt ambisjonsnivå og krever stor politisk godvilje fra statene. Det pålegger også en ytterligere arbeidsbyrde på den allerede belastede ExCom og kan medføre en politisk dreining som kan skade UNHCR som organ. Det har også kommet tilbakemeldinger om at det ennå ikke er vilje til gjennomføringen av en slik ordning. Det er derfor en mulighet å starte med et mindre omfattende tiltak ved at UNHCR til enhver tid vil ha mulighet til å spørre uavhengige eksperter om å utarbeide rapporter, en mindre forpliktende versjon.²³⁹

6 Oppsummering av tendensene i norsk flyktningepolitikk. Gjennomfører Norge UNHCRs soft law i stor nok grad?

6.1 Ny utlendingslov

I fremleggelsen av forslag til ny utlendingslov er det i § 98 tatt med en bestemmelse om samarbeid med UNHCR. Forslaget lyder som følgende:

²³⁷ Källin (2001) s. 659

²³⁸ Källin (2001) s. 660

²³⁹ Källin (2001) s. 660

”Norske myndigheter skal samarbeide med FNs høykommissær for flyktninger i samsvar med flyktningekonvensjonen artikkel 35, og skal herunder legge til rette for at FN kan utøve sin plikt til å føre tilsyn med at bestemmelsene i flyktningekonvensjonen overholdes. Uavhengig av reglene om innsyn kan FNs høykommissær for flyktninger gis innsyn i saksdokumentene. I den utstrekning det er nødvendig i forbindelse med innhenting av opplysninger, kan innsyn også gis til en flyktning eller menneskerettighetsorganisasjon.”²⁴⁰

Det er også understreket flere steder i forarbeidene at man ønsker en bedre dialog med UNHCR. Noe av formålet med regelmessige dialogmøter er gjensidig utveksling av informasjon og å orientere om norsk asylpraksis i forhold til utvalgte land sette i lys av UNHCRs anbefalinger.²⁴¹ Det foreslås også en fast regel om at praksis i strid med anbefalingene skal prøves for stornemnd.²⁴²

Disse forslagene viser et ønske om en sterkere formell forankring av UNHCRs rolle i norsk rett. Det er ingen tvil om at disse gjennomføringene har sitt opphav i et ønske om å etterleve flyktningerettslige forpliktelser og dette lover godt for fremtidig praksis.

6.2 Avsluttende vurderinger

Etter min gjennomgang av Norges praksis i forhold til UNHCR anbefalinger, er det flere momenter som gjør seg gjeldende.

Det er en klar tendens til mindre vektlegging av soft law-aspektene relatert til beskyttelse av flyktninger i norsk og internasjonale sammenhenger. Etter min vurdering er dette i aller høyeste grad problematisk. Til tross for at Norge ikke er juridisk bundet av soft law-anbefalinger og er i sin fulle folkerettslige rett til å reservere seg mot disse, er det humanitære aspekter på området som ikke er til å komme utenom. Om praksis i strid med

²⁴⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007), s. 426

²⁴¹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007), s. 74

²⁴² Ot.prp. nr. 75 (2006-2007), s. 314

soft law-anbefalinger ikke får noen konsekvens for Norge som stat, får det desto større betydning for enkeltindivider. Over tid harmonerer en slik praksis dårlig med Norges oppfatning av seg selv som en stat som fører en human asylpolitikk. Det er et vanskelig tema hvor mange ulike hensyn må vektes, men fritar ikke for problematikken med å frata humanitære hensyn avgjørende vekt. Til tross for anbefalingene ikke har juridisk vekt, vil det å ignorere dem over tid også svekke selve konvensjonens stilling. På denne måten gis også hard law en svakere stilling.

Det er etter min oppfatning tvilsomt at UNE til tider følger landanbefalingene kun ut fra hva de selv mener er riktig og samtidig anfører at de følger UNHCRs anbefalinger i god tro. Det er uheldig når terskelen for hva som er god tro settes lavere og lavere for å rettferdiggjøre egen praksis. Jeg mener ikke at dette er tilfellet for UNEs del, men det kan sies at det er en generell tendens innenfor flyktningeretten.

Det er en annen problematiserende faktor at akkurat landanbefalingene må sies å ligge i utkanten av UNHCRs mandat. Det gir en større legitimasjon til å fravike disse uten å være på folkerettslig tynn is, så lenge man vektlegger Håndboken og de andre Guidelines fra UNHCR som er i kjernen av art. 35 i konvensjonen. Dette representerer uten tvil en svakhet ved anbefalingene.

Noe av ansvaret for anbefalingenes svake stilling må til en viss grad gis til UNHCR. Det er flere eksempler på at Norge har endret praksisen de gangene UNHCR har uttalt direkte hva de mener om returene. Dette viser gjennomslagskraften til organet når de kommer med tydelige henvendelser. Det er derfor til tider uheldig at organet er så tilbakeholden med å uttale seg negativt om staters praksis.

Etter min vurdering, er det ikke til å komme utenom at en annen årsak til anbefalingenes svake stilling også utspringer av deres utforming og hvordan UNHCR er organisert og fungerer. Jeg mener det er et klart behov for mer bindende forpliktelser for at stater skal respektere alle aspekter ved flyktningebeskyttelse. Det gjenstår å se om det i fremtiden vil være vilje blant statene til dette.

Men dette henspiller igjen tilbake på at mangelen på et organ som kan komme med bindende uttalelser stiller desto større krav til statenes god tro implementering av soft law. I en perfekt verden ville systemene fungert optimalt. Men så lenge dette ikke er tilfelle, ligger ansvaret for å følge opp alle aspektene ved flyktningeretten på statenes skuldre. Det å inngå internasjonalt samarbeid innebærer at man må inngå kompromisser og gi og ta. Og det er her etter min oppfatning en klar problemstilling i forhold til Norge. Uten å gå over i en diskusjon om medmenneskelighet, kan det stilles spørsmål om ikke en så privilegert stat som Norge både burde og kunne strekke seg lenger for å beskytte individer som er i en fortvilet situasjon.

Noe som også legger et større ansvar på statenes praksis, er den resurssvake stillingen asylsøkere og flyktninger har – anbefalingene er ”lette” å ignorere når gruppen ikke har tunge aktører som taler deres sak.

Mitt inntrykk etter arbeidet med avhandlingen, er at Norge ikke kan hevde å oppfylle UNHCRs soft law i god tro. Alle eksemplene på at Norge har vært fullstendig klar over anbefalingenes betydning og allikevel valgt å ikke følge dem, gjør at har beveget seg utenfor hva som kan anses som en oppriktig god tro oppfyllelse. Norge etterlever i høy grad konvensjonen og bevilger asyl til en stor gruppe flyktninger. Men til tross for at Norge kanskje er en av de beste i klassen, så fritar ikke det for at vi burde strebe mot en enda større etterlevelse av alle aspektene ved flyktningsbeskyttelse, også de med preg av soft law og humanitære vurderinger.

7 Register

Lover

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

Internasjonale konvensjoner og traktater

FN-pakten av 26-06-1945

Konvensjon om flyktningers stilling av 28-06-1951

Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees av 14-12-1950

Wienkonvensjonen av 21-05-1963

Lovforarbeider

NOU 1983: 4

NOU 2004: 20

Ot.prp. nr. 46 (1986-1987)

Ot.prp nr. 75 (2006-2007)

St.meld. nr. 17 (2004-2005)

Rettsavgjørelser

- Internasjonale domstoler

ICJ 15.12.04.(Serbia and Montenegro v. Belgium).

- Norske domstoler

Rt. 1991 s. 586

TOSLO-2002-9343

TOSLO-2006-10-13

TOSLO-2006-7148

Forvaltningspraksis

- Utlendingsnemnda

Sak nr. 340301226403:46, desember 2006

Sak nr. 340306064304:46, mai 2007

Sak nr. 340103157709:46. juli 2007

Sak nr. 340608700002:46 juli 2007

- Sivilombudsmannen

Sak nr. 2004-2229

Litteratur

Abbott (2000) Abbott, Kenneth/ Snidal, Duncan, *Hard and soft law in International Governance, International Organization*, Vol. 54, No. 3, Legalization and World Politics. (Summer, 2000), pp.421-456.

Andenæs (1990) Andenæs, Johs, *Statsforfatningen i Norge*, 7. utg. Tano

- Baxter (1980) Baxter, R.R, *International law in "her infinite variety."*
International and Comparative Law Quarterly, vol. 29 oct. 1980.
- Boyle (2007) Boyle, Alan/Chinkin, Christine. *The making of international law.* 1st edition, Oxford University press.
- Brownlie (2003) Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law.* 6th edition,
Oxford University press
- Cassese (2005) Cassese, Antonio. *International Law.* 2nd edition, Oxford
University press
- Chinkin (1989) Chinkin, Christine. *The challenge of soft law: Development and
change in international law.* International and Comparative Law
Quarterly vol.38 1989.
- Einarsen (2000)a Einarsen, Terje. *Retten til vern som flyktning.* 1. Utgave. Cicero
Publisher
- Einarsen (2000)b, Einarsen, Terje. *Forholdet mellom folkerett, humanitærrett og
flyktningerett.* Jussens Venner 2000 s.74
- Einarsen (2006) Einarsen, Terje/Vevstad, Vigdis/Skaar, Elin. *Komparativ studie av
Flyktningekonvensjonens artikkel 1E (eksklusjon) og artiklene C-F
(opphørsgrunnene.)*
- Feller (2003) Feller, Erica/Türk, Volker/Nicholson, Frances. *Refugee protection
in International Law,* 1st edition, Cambridge University Press
- Fleischer (2005) Fleischer, Carl August, *Folkerett,* 8.utgave, Universitetsforlaget

- Goodwin-Gill (2007) Goodwin-Gill, Guy/McAdam, Jane. *The refugee in international law*, 3rd edition, Oxford University Press
- Haider (2004) Haider, Imran. *Forholdet mellom internasjonal rett og norsk rettbelyst med utgangspunktet i FNs flyktningekonvensjon*. Lov og Rett 2004, s 492
- Helgesen (1982) Helgesen, Jan E. *Teorier om "Folkerettens stilling i norsk rett"*, 1. utg. Aschehoug
- Klabbers (1998) Klabbers, Jan. *The Undesirability of Soft Law*. Nordic Journal of International Law 67: 381-391, 1998.
- Lööf (2004) Lööf, Robin/Gorlick, Brian. *Implementing international Human rights law on behalf of asylum seekers and refugees: the record of the Nordic countries*, New Issues in Refugee Research, Working paper No. 110
- Ruud (1997) Ruud, Morten/Ulfstein, Geir/Fauchald, Ole Kristian, *Utvalgte emner i folkerett: metode, miljø, havrett, handel*, 1. utgave, Aschehoug forlag
- Ruud (2002) Ruud, Morten/Ulfstein, Geir. *Innføring i Folkerett*. 2. utgave, Universitetsforlaget
- Shaw (2003) Shaw, Malcolm. *International law*. 5th edition, Cambridge University press
- Smith (1982) Smith, Carsten og Lucy, *Norsk rett og folkeretten*, 2. utg, Universitetsforlaget

- Starke (1989) Starke, J.G. *Introduction to international law*. 10th edition, Butterworths
- Türk (2002) Türk, Volker, *UNHCR's supervisory responsibility*, New issues in refugee research, Working Paper No. 67
- Vevstad (1998) Vevstad, Vigdis. *Refugee protection-a European Challenge*, 1st edition, Tano Aschehoug
- Weil (1983) Weil, Prosper. *Towards Relative normativity in International Law?* The American Journal of International Law Vol.77 1983
- Østerud (2003) Østerud, Øyvind Engelstad/Per, Selle. *Makten og demokratiet - En sluttbok fra Makt- og demokratiutredningen (1998-2003)*, Gyldendal Akademisk

Internettressurser

UNHCRs dokumentdatabase, Refworld, <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain>

- UNHCR Position on the Return of Rejected Asylum Seekers to Somalia, 10.01.04
- UNHCRs Position Paper 01.03.04
- UNHCRs Position Paper 22.10.04
- UNHCR Return Advisory Regarding Iraqi Asylum Seekers. Sept. 2004
- UNHCR Advisory Regarding the Return of Iraqis, 12.09.05
- UNHCR Return Advisory and Position on International Protection Needs of Iraqis Outside Iraq, 18.12.06
- UNHCR Advisory on the Return of Somali Nationals to Somalia, 02.11.05
- Humanitarian Consideration with regard to Return to Afghanistan, May 2006

- Considerations Relating to Cessation on the Basis of Article 1 C (5) of the 1951 Convention With Regard to Afghan Refugees and Persons Determined in Need of International Protection 29.01.05
- ECRE Guidelines on Protection
- ECRE: Guidelines for the Treatment of Afghan Asylum Seekers and Refugees in Europe. May 2004
- Amnesty International, Millions in flight: the Iraqi refugee crisis, 24.09.07
- HRW Report, Afghanistan: Security Must Precede Repatriation 08.08.03
- Executive Committee Conclusion no.42, 1986, para j
- Executive Committee Conclusion no.57, 1989
- Uttalelser fra Erica Feller på Ex. Comm Meeting 04.10.04
- Global Consultations on International protection. Cambridge Expert Roundtable, 9-10 July 2001

Innspill fra fagpersoner

Bailliet 29.10.07, 15.11.07	Mail fra veileder dr. juris Cecilia Bailliet, førsteamanuensis ved juridisk fakultet ved UiO
Christiansen 02.10.07	Samtale med Hanne Mi Christiansen, juridisk rådgiver i Flyktningshjelpen
Eriksen 05.10.07	Mail fra Synøve Eriksen, førstekonsulent i AID
Fauchald 11.10.07	Samtale med dr. juris Ole Kristian Fauchald, førsteamanuensis ved juridisk fakultet, UiO
Lange 26.10.07	Mail fra Jörg Lange, leder i Landinfo

Radoli 29.09.07	Mail fra pressetalsmann i UNE, Don Radoli
Solberg 20.11.07	Samtale med Ingvild Bjørlin Solberg, rådgiver i UNE
Tolonen 22.10.07	Samtale med Paula Tolonen,spesialrådgiver i NOAS
Vevstad 22.10.07	Mail fra dr. juris Vigdis Vevstad
Øyen 20.11.07	Samtale med Øyvind Dybvik Øyen, rådgiver i UNE