

Internt fluktalternativ i asylsaker

Kandidatnummer: 45

Ordtelling: 11 931



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN
10.12.18

«We live in an imperfect world. There are persons who have to leave their homes and countries in order to save life, limb and freedom, and sometimes there may be many such persons. In each situation we should make an honest and honorable assessment of our ability to give those human beings an abode, somewhere on earth, where they can live in peace and freedom».

- Atle Grahl-Madsen¹

¹ Grahl-Madsen (1983), s. 23.

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	3
1. Introduksjon	4
1.1. Nærmere om problemstillingen	4
1.2. Rettskilder og avgrensning	5
1.3. Metode og videre fremstilling	6
2. Internflukt	7
2.1. Innledning og begrepsavklaring	7
2.2. Flyktningkonvensjonen	9
2.2.1. Ordlyd	9
2.2.2. UNHCR	11
3. Utlendl. § 28 (5) før lovendringen i 2016	14
3.1. Innledning	14
3.2. Relevansanalysen	15
3.2.1. Innledning	15
3.2.2. Velbegrunnet frykt for forfølgelse	17
3.2.3. Nedverdiggende eller umenneskelig behandling	19
3.2.4. EMD	21
3.3. Rimelighetsanalysen	24
4. Utlendl.§ 28 (5) etter lovendringen i 2016	
4.1. Dagens internflukt vurdering	27
4.2. Rettspraksis etter lovendringen	28
4.3. Oppsummert	30
5. Opphør av flyktningstatus	31
6. Bevisvurderingen i forbindelse med internflukt	34
7. Avsluttende bemerkninger	36
Litteraturliste	38

1. Introduksjon

1.1. Nærmere om problemstillingen

Ifølge FN er det over 68,5 millioner flyktninger i verden i dag, og omtrent 40 millioner av disse er på flukt i eget land.² Mennesker med et beskyttelsesbehov på hjemstedet, og som er på flukt i eget land, kalles internflyktninger eller internt fordrevne. Internflyktninger er ikke vernet av FNs konvensjon om flyktningsstilling av 1951 (heretter referert til som «flyktningkonvensjonen»)³. De fleste internflyktninger forblir i hjemlandet, men det finnes også mennesker med et beskyttelsesbehov på hjemstedet som søker asyl i et annet land, for eksempel i Norge. Dersom utlendingsmyndighetene vurderer saken slik at søkeren har et internt fluktalternativ i hjemlandet, kan vedkommende få avslag på asylsøknaden og bli henvist til internflukt i hjemlandet istedenfor å få beskyttelse i Norge. Vedkommende er dermed igjen blitt en internflyktning.

Norge er et av de landene i Europa som fører en streng linje hva gjelder å henvise asylsøkere til internflukt, særlig hva gjelder Afghanistan.⁴ I perioden 2015-2017 har Norge, ifølge Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS), tvangsreturnert flest afghanske asylsøkere, og sto i 2016 «for 65% av alle tvangsreturner fra Europa til Afghanistan».⁵ Videre, ifølge UNHCR sin statistikk publisert i 2017, hadde en asylsøker fra Afghanistan mer enn 80 prosent sjans for å bli anerkjent som en flyktning i Australia, Østerrike, Frankrike, Italia og Sveits, og under 20 prosent sjans for det samme i Bulgaria, Danmark og Norge.⁶

I 2016 besluttet Stortinget å fjerne rimelighetsvilkåret i Lov 15.mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (heretter «utlendingsloven» eller «utlendl.») § 28 (5), som en del av et forsøk på å stramme inn innvandringsadgangen i Norge.⁷ Mange tok til orde for at fjerningen av rimelighetsvilkåret er i strid med Norges internasjonale forpliktelser, blant annet Advokatforeningen.⁸ Et spørsmål som er aktuelt i denne forbindelse er hvordan lovendringen har påvirket den faktiske rettstilstanden. Det er dette som er tema for denne oppgaven. Målet med oppgaven er å avklare hvordan fjerningen

² FNs hjemmeside, <https://www.fn.no/Tema/Flyktninger>, per 30.08.18.

³ Convention relating to the Status of Refugees, art. 1 A.

⁴ NOAS, *Strengest i klassen? – En kartlegging av Afghanistan-praksis i vesteuropeiske land*, Oslo, 2018.

⁵ *Ibid.*, s. 7.

⁶ UNHCR, *Global Trends 2017*, side 43.

⁷ Prp. 90 L (2015-2016).

⁸ Advokatforeningens Høring – Endringer i utlendingsloven (2016), punkt 6.5

av rimelighetsvilkåret i utlendingsloven § 28 femte ledd påvirket internflukt vurderingen.

1.2. Rettskilder og avgrensning

Flyktningretten er et stort og komplisert rettsområde, med mange rettskilder, både nasjonale og internasjonale. Av internasjonale rettskilder har jeg primært sett på Flyktningkonvensjonen, herunder også UNHCRs retningslinjer og Håndbok. Jeg har også sett på EMK og rettspraksis fra EMD. Jeg er av den oppfatning at disse er de viktigste internasjonale rettskildene for fremstillingen i oppgaven.

Den viktigste rettskilden jeg har brukt for å belyse problemstillingen er Lov 15 mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven, eller utlendl.). Videre har jeg sett på forarbeidene til utlendingsloven, NOU 2004: 20 Ny utlendingslov og Ot.prp.nr. 75 (2006-2007), og forarbeidene til lovendringen Prop. 16 L (2015-1016) Endringer i utlendingsloven (innstramninger) og Prop.90 L (2015-2016) Endringer i utlendingsloven mv. (innstramninger II). Jeg har også anvendt Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her fra 2009 (utlendingsforskriften). Jeg har videre lest høringsnotatet til Innstramninger II, og flere av høringssvarene. Selv om høringssvarene ikke er rettskilder, er de likevel relevante for oppgaven i den grad de inneholder argumenter fra organisasjoner og personer med stor faglig innsikt i emnet.

Videre har juridisk litteratur om internflukt bidratt både når det gjelder avklaring og innsikt om emnet.⁹ Ettersom rettskildebildet i asylretten er svært omfattende og komplekst, og oppgaven har et begrenset omfang, har det vært vanskelig å avgjøre hvilke avgrensninger som kan gjøres uten at det går på bekostning av oppgavens innhold. Jeg er likevel av den oppfatning at de avgrensningene som har blitt gjort har vært nødvendige og hensiktsmessige.

Jeg har ikke sett på forvaltningspraksis fra UDI og UNE, ettersom en forutsetning for innsyn er at man søker om dette hos utlendingsmyndighetene. En slik søknad måtte ha vært sendt inn i god tid før arbeidet med masteroppgaven begynte, ettersom behandlingstiden er lang. Det har derfor ikke vært nok tid til å innhente denne informasjonen. Et slikt innsyn hadde gitt en bredere innsikt i tema knyttet oppgavens problemstillinger, og det må derfor tas i betraktning

⁹ Grahl-Madsen (1983), Einarsen (2000), Vevstad (2010), Einarsen (2012), Betts (2011), Øyen (2013), Shultz (2017).

at oppgavens vurderinger kun er et resultat av øvrige rettskilder. Jeg har imidlertid lest og anvendt UDI og UNE sine praksisnotater om internflukt. Jeg har også lest alle avgjørelser på Lovdata som inneholdt søkekriteriene utlendingsloven § 28 og internflukt, totalt 101 avgjørelser fra tingrettene, lagmannsrettene og Høyesterett. I mange av avgjørelsene var imidlertid bare internflukt nevnt kort, og ikke nærmere vurdert. Dette gjelder særlig i de tilfellene hvor det ble vurdert dithen at søkeren ikke oppfylte vilkårene i utlendl. § 28 første ledd. Jeg har i oppgaven kun anvendt et utvalg av dommer som jeg fant relevante i forbindelse med denne oppgavens problemstilling.

Ettersom barn på flukt kommer i en særstilling hva gjelder rett til beskyttelse etter blant annet FNs konvensjon om barns rettigheter av 20. november 1989, vil det i denne oppgaven avgrenses mot asylbarn. For ikke å sprengte rammene for oppgaven, vil det også forutsettes at UNHCRs rettsoppfatning uttrykker den riktige folkerettslige normen. En eventuell motstrid mellom UNHCRs rettsoppfatning og andre folkerettslige kilder, vil derfor ikke bli vurdert i denne oppgaven.

1.3. Videre fremstilling

Denne oppgaven tar sikte på å fremstille gjeldende rett i henhold til den tradisjonelle juridiske metode. Kapittel to vil innledningsvis inneholde begrepsavklaring i forbindelse med internflukt, og deretter redegjøre for innholdet i Flyktningkonvensjonen art. 1A, herunder UNHCRs retningslinjer og Håndbok. Deretter vil det redegjøres for innholdet i internfluktbestemmelsen i norsk rett, både før og etter lovendringen i 2016 i kapittel 3 og 4. Sammenligningen skal bidra til å avklare hvordan lovendringen har påvirket internfluktvurderingen i utlendl. § 28 femte ledd.

Kapittel fem og seks inneholder korte redegjørelser om hvordan lovendringen har påvirket henholdsvis saker om opphør av flyktningstatus og oppholdstillatelse, og bevisvurderingen. Avslutningsvis i kapittel syv, vil noen avsluttende bemerkninger presenteres. I dette kapitlet vil jeg svare på oppgavens problemstilling, altså hvordan lovendringen har påvirket internfluktvurderingen i utlendl. § 28 femte ledd. Jeg vil også presentere noen rettspolitiske bemerkninger i det siste kapitlet.

2. Internflukt

2.1. Innledning og begrepsavklaring

Etter FNs flyktningkonvensjon må man være utenfor det landet man er statsborger i for å oppfylle flyktningvilkåret.¹⁰ Etter utlendingsloven § 28 første ledd må man være på, eller ha krysset over norsk landegrense og inn i Norge for å kunne anerkjennes som flyktning etter norsk lov. Dette innebærer at personer som er innenfor egne landegrenser, i utgangspunktet ikke er flyktninger etter verken konvensjonen eller norsk lov. Det er likevel anerkjent at personer som av ulike grunner blir tvunget bort fra hjemstedet sitt og til andre deler av hjemlandet, kalles internflyktninger. UNHCR definerer internflyktninger på følgende måte:

«Internally displaced persons are persons or groups of persons who have been forced or obliged to flee or to leave their homes or place of habitual residence, in particular as a result of or in order to avoid the effects of armed conflict, situations of generalized violence, violations of human rights or natural or human-made disasters, and who have not crossed an internationally recognized State border.»¹¹

Internfluktsbegrepet omfatter som nevnt innledningsvis både mennesker som enda ikke har krysset egne landegrenser, men også personer som ufrivillig har blitt plassert tilbake igjen i hjemlandet etter å ha prøvd å oppnå asyl i et annet land. Denne oppgaven skal omhandle rettsstillingen for personer som kan bli internflyktninger i sistnevnte situasjon. Tanken bak henvisning til internflukt er at internasjonal beskyttelse skal være subsidiær i forhold til beskyttelse i hjemlandet.¹²

Dersom søkeren kan oppnå effektiv beskyttelse i hjemlandet, har vedkommende ikke rett til anerkjennelse og vern som flyktning etter verken flyktningkonvensjonen eller norsk lov. Dette er samtidig det generelle utgangspunktet i flyktningretten. Det er derfor ikke gitt at det følger av subsidiaritetsprinsippet at det ikke gjelder særlige krav til henvisning til internflukt hvor beskyttelsen i hjemlandet kun er delvis og internt geografisk betinget, samtidig som det foreligger en velbegrunnet frykt for forfølgelse i andre deler av landet. I slike tilfeller foreligger det en delvis svikt den rettsstatlige beskyttelsen som er forventet av en stat, noe som indikerer at situasjonen også kan være potensielt ustabil og usikker i det aktuelle

¹⁰ Flyktningkonvensjonen art. 1 A.

¹¹ UNHCRs retningslinjer om internflukt (1998).

¹² Ot.prp. nr.75 (2006-2007), s. 415.

internfluktområdet. Læren om internflukt kommer således i en mulig mellomstilling, fordi det er en forutsetning at søkeren på sitt hjemsted ikke vil få beskyttelse mot forfølgelse.

Læren om internflukt er videre en innskrenkning i retten til asyl. Utstrakt anvendelse av læren vil fort kunne undergrave hele flyktningvernet, og dermed komme i strid med Flyktningkonvensjonens hovedmål – vern av flyktninger.¹³ Likeså har UNEs Stornemd i en sak om internflukt fra 2006, som gjaldt asyl for en serbisk familie fra Kosovo, lagt til grunn at internfluktsunntaket innebærer en begrensning av Flyktningkonvensjonens anvendelsesområde, som verken har et klart grunnlag i konvensjonsteksten eller forarbeidene, og at unntaket derfor bør anvendes med forsiktighet i norsk rett.¹⁴ Internfluktalternativet er altså der forstått som et innfortolket unntak til ugunst for søkeren. Det gir et annet utgangspunkt enn den begrunnelse som den senere lovendringen hviler på, nemlig at rimelighetsvilkåret er et innfortolket vilkår til gunst for flyktninger – som flyktningkonvensjonen ikke inneholder.

Internfluktalternativet er praktisk viktig i dagens asylrett, særlig i relasjon til land hvor det foregår borgerkrig og væpnet konflikt og de nasjonale myndigheters kontroll over landet er geografisk betinget. Det kan for eksempel gjøres gjeldende overfor en afghansk mann som står i fare for å bli rekruttert til Taliban i hjembyen sin Jalalabad. Derfor oppfyller han i utgangspunktet ikke vilkårene for retten til asyl, men kan henvises til Kabul hvor Taliban sannsynligvis ikke vil finne han og det formodentlig er trygt. I vurderingen om søkeren kan oppnå effektiv beskyttelse i hjemlandet, må Norge foreta en trygghetsvurdering.

Utgangspunktet i dag er at det alternative interne området skal være trygt og tilgjengelig for søkeren med tanke på reell frihet fra forfølgelse og/eller krenkelser i strid med internasjonale beskyttelsesregler, som for eksempel EMK art. 3, om forbud mot tortur. Frem til lovendringen i 2016 var det også et vilkår at henvisning til internflukt ikke var urimelig for asylsøkeren.

¹³ Einarsen (2010), s. 210.

¹⁴ DUF 2004 037752 04-001/DUF 2004 037753 09-001.

2.2. Flyktningkonvensjonen

2.2.1. Ordlyd

Etter utlendl. § 3 skal norsk utlendingslov samsvare med Norges internasjonale forpliktelser, og det er derfor hensiktsmessig å starte i FN's flyktningkonvensjon av 1951 når man skal vurdere og forstå innholdet i den norske internfluktvurderingen. Definisjonen av en flyktning etter Flyktningkonvensjonen følger av artikkel 1A (2), og lyder som følger:

«As a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.»¹⁵

Denne definisjonen gir uttrykk at det foreligger fem vilkår for å bli anerkjent som flyktning. Det første vilkåret er at det må foreligge en «well-founded fear», altså en velbegrunnet frykt for forfølgelse. Ordlyden «fear» er tvetydig ved at dette begrepet kan tolkes hovedsakelig subjektivt, eller mer objektivt. I det første tilfellet vises det til en subjektiv tilstand hos søkeren, hvor søkerens egen forståelse og inntrykk er avgjørende. Alternativt kan frykt for forfølgelse forstås i betydningen risiko for forfølgelse. Sammenstilt med ordet «well-founded» trekker ordlyden uansett i retning av at det er risikoen for forfølgelse som må stå i forgrunnen. Det må altså foreligge objektive momenter som underbygger søkerens eventuelt mer subjektive oppfatning av risikoen. Dette kommer til uttrykk i Håndboken hvor det står følgende:

«In general, the applicant's fear should be considered well-founded if he can establish, to a reasonable degree, that his continued stay in his country of origin has become intolerable to him for the reasons stated in the definition, or would for the same reasons be intolerable if he returned there.»¹⁶

Det følger altså av Håndboken at frykt generelt vil anses som velgrunnet dersom søkeren i rimelig grad kan vise at retur til hjemlandet vil bli uutholdelig for ham. Motsetningsvis vil ikke en frykt for et usannsynlig scenario oppfylle vilkåret i konvensjonen.

¹⁵ Convention relating to the Status of Refugees (1951), art. 1A (2).

¹⁶ Håndboken (2011), punkt 42.

For det andre må det foreligge en velbegrunnet frykt for *forfølgelse*, jf. «being persecuted». Vilkåret «persecuted» kan tolkes i lys av Flyktningkonvensjonens art. 33. Det følger av art. 33 at det vil være tale om «persecution» dersom det foreligger en trussel mot liv eller frihet. Et eksempel kan være at vedkommende står i fare for å bli drept av Taliban, eller fengslet på grunn av politisk oppfatning eller legning.

Det tredje vilkåret gir uttrykk for at frykten for forfølgelse må relatere seg til «reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion». Dette vilkåret gir uttrykk for at det må være tale om en årsakssammenheng mellom frykten for forfølgelse og én eller flere av de opplistede grunnene. Dersom frykten for forfølgelse for eksempel er grunnet i en familiekonflikt, vil kravet til årsakssammenheng som utgangspunkt ikke være oppfylt. Dersom konflikten på den andre siden omfatter risiko for vold mot en kvinne, og samfunnet ikke vil eller kan beskytte kvinner mot familierelatert vold, blir likevel spørsmålet om slike kvinner kan utgjøre en ”social group” i samfunnet, slik at kravet til sammenheng dermed er oppfylt. Dersom kravet til årsakssammenheng ikke er oppfylt, må man gå videre og vurdere om søkeren har rett på asyl etter utlendl. § 28 første ledd bokstav b, hvor nevnte forfølgelsesgrunner ikke er et krav for beskyttelse.

Det fjerde vilkåret er at vedkommende må være «outside the country of his nationality». Dette vilkåret innebærer at søkeren må ha forlatt det landet han eller hun er statsborger i. Dersom vedkommende fremdeles er innenfor sitt eget lands landegrenser, er han eller hun ikke anerkjent som flyktning etter Flyktningkonvensjonen, og dermed heller ikke beskyttet av konvensjonen. Det er nettopp dette som er tilfellet med internflyktninger.

Til sist må søkeren være «unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country». Søkeren må altså være enten ute av stand til *eller* uvillig til å søke hjemlandets beskyttelse grunnet frykt. Dette innebærer at man ikke uten grunn kan være uvillig til å søke hjemlandets beskyttelse, og underbygger igjen det faktum at internasjonal beskyttelse skal være subsidiær til nasjonal beskyttelse.

Det følger videre av konvensjonens artikkel 33 at statene ikke kan utvise eller avvise en flyktning over grensen til områder hvor flyktningens liv eller frihet vil være truet av slike grunner som nevnt i konvensjonen. Kjernen i flyktningkonvensjonen er altså å sikre en utlending vern mot retur dersom han har en velbegrunnet frykt for forfølgelse, og ikke kan få beskyttelse i eget hjemland.

Flyktningkonvensjonen tar imidlertid ikke direkte stilling til internflukt, hvilket kanskje kan indikere at situasjonen ikke var påtenkt ved utformingen av konvensjonen. Det kan imidlertid forstås slik at internfluktalternativet indirekte kan leses ut fra konvensjonsteksten. Dersom søkeren, til tross for å ha en «well-founded fear of persecution» i et område av landet, kan oppnå beskyttelse i en annen del av landet, kan det tenkes at søkeren verken er «unable» eller rettmessig «unwilling to avail himself of the protection» av hjemlandet. Konsekvensen blir dermed at søkeren ikke oppfyller vilkårene i artikkel 1A (2).

2.2.2. UNHCR

FNs Høykommissær for flyktninger (UNCHR) ble stiftet i 1950, og jobber for flyktningers internasjonale beskyttelse. UNCHRs primæroppgave er å arbeide for at flyktninger gis assistanse og beskyttelse, men har også som en viktig oppgave å overvåke anvendelsen av Flyktningkonvensjonen. Den siste oppgaven er spesielt viktig ettersom det ikke finnes en internasjonal flyktningdomstol. UNHCRs retningslinjer er derfor svært viktige tolkningsbidrag hva gjelder innholdet i Flyktningkonvensjonen. Etter art. 35 i Flyktningkonvensjonen forplikter de kontraherende stater å samarbeide med Høykommissæren. Denne forpliktelsen er også nedfelt i utlendl. § 98, hvor det fremkommer at norske myndigheter *skal* samarbeide med Høykommissæren. Om konvensjonsstatene er pålagt å etterleve UNHCRs tolkninger og vurderinger, er imidlertid et annet spørsmål.

UNHCR har utarbeidet Handbook and guidelines on procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relation to the Status of Refugees (heretter Håndboken), som inneholder prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktningers rettsstilling.¹⁷ Håndboken ble revidert i 2011, og har som funksjon å gi veiledning hva gjelder tolkning av Flyktningkonvensjonen.¹⁸ UNCHR kommer i tillegg til Håndboken med øvrige utarbeidede retningslinjer for tolkningen av konvensjonen. Retningslinjene har ikke like stor rettskildemessige vekt som Håndboken, men UNHCR sitt brede erfaringsgrunnlag med konvensjonen og flyktningers stilling, tilsier at også retningslinjene må vektlegges ved tolkningen. Videre oppdaterer retningslinjene Håndboken, hvilket betyr at det er nødvendig å se disse i sammenheng med Håndboken. Retningslinjene er også mer detaljerte og grundigere enn håndboken. UNHCR er av den oppfatning selv, at både

¹⁷ Håndboken (1967), s. 2.

¹⁸ Håndboken (2011).

Håndboken og retningslinjene som like viktige rettskilder ved anvendelsen av Flyktningkonvensjonen.

Når det gjelder den rettskildemessige vekten til Håndboken og retningslinjene til UNCHR, er verken eller av disse kildene juridisk bindende i norsk rett. Det fremkommer av forarbeidene til utlendingsloven at UNHCRs håndbok og anbefalinger er relevante og kan være svært nyttige tolkningsbidrag, men at de ikke er rettslig bindende eller gir uttrykk for folkerettslige forpliktelser.¹⁹ I en rettsavgjørelse som omhandlet retten til asyl for en afghansk familie, uttalte videre Lagmannsretten at «UNCHRs retningslinjer må tillegges sentral vekt, men [...] de rettslig sett kun er å anse som anbefalinger».²⁰ Dette gir uttrykk for at retningslinjene ikke er bindende rettslig sett, men at de har en betydelig rettskildemessig verdi.

Høyesterett har imidlertid gått langt i å se bort fra UNHCRs anbefalinger i enkelte saker. I HR-2017-569-A behandlet Høyesterett spørsmålet om misbruksbestemmelsen i § 28 fjerde ledd var i konflikt med Flyktningkonvensjonen art. 1 A. UNHCR mente at misbruksklausulen gikk lenger enn det Flyktningkonvensjonen åpnet for. Høyesterett uttalte at det generelt er stor grunn til å vektlegge UNHCRs syn på flyktningspørsmål, men at UNHCR sin uttalelse i saken ikke kunne veies opp for øvrige retningslinjer. Høyesterett handlet altså i denne saken i strid med UNHCRs syn. Borgarting lagmannsrett uttalte videre i en dom fra 2017, at lagmannsretten ikke kunne ta stilling til de definisjonene UNHCR til «enhver tid» opererer med når det gjelder henvisning til internflukt og relokalisering.²¹

UNCHR skrev videre en rapport i august 2018 med retningslinjer vedrørende internasjonal beskyttelse av asylsøkere fra Afghanistan. UNCHR konkluderte i denne rapporten med at internflukt ikke er et alternativ i Kabul, grunnet de store urolighetene i byen. Det følger av rapporten at:

*«Against the background of the considerations relating to the relevance and reasonableness analysis for Kabul as proposed area of IFA/IRA (internal flight alternative/internal relocation alternative), and taking into account the overall situation of the conflict and human rights violations, as well as the adverse impact this has on the broader socio-economic context, UNCHR considers that an IFA/IRA is generally not available in Kabul.»*²²

¹⁹ Prop.90 L (2015-2016), avsnitt 6.2.3.

²⁰ LB-2017-33513, s. 11.

²¹ LB-2017-33513.

²² UNHCR (2018), UNHCR Eligibility guidelines for assessing the international protection needs of asylum-seekers from Afghanistan, s. 10.

Det følger altså av rapporten at internflukt, som et generelt utgangspunkt ikke er mulig i Kabul slik sikkerhetssituasjonen der er nå. UDI skriver på sin side i sitt praksisnotat om asyl og Afghanistan, at det i dag er få provinser i Afghanistan som er så utrygge at enhver afghaner som søker asyl i Norge automatisk kan sies å ha et beskyttelsesbehov. UDI skriver videre at de anser de fleste provinshovedsteder som tilgjengelige, blant annet Kabul, Mazar-e Sharif og Herat.²³ Også her strider altså norsk statspraksis med UNCHR sine retningslinjer, hvilket igjen gir uttrykk for at retningslinjene tillegges liten vekt i norsk praksis.

I en nyere dom, HR-2018-846-A, viser imidlertid Høyesterett til både Flyktningkonvensjonen og retningslinjene til UNHCR og konkluderer i samme retning. Dommen omhandler en afghansk asylsøker med innreiseforbud som kom tilbake og søkte asyl før innreiseforbudet løp ut. Spørsmålet i saken var om Flyktningkonvensjonens artikkel 31 nr. 1 var til hinder for at han kunne straffes for brudd på innreiseforbudet. Høyesterett anvendte da UNHCRs retningslinjer for å klargjøre innholdet i artikkel 31 nr. 1. Rettsanvendelsen i denne dommen gir dermed inntrykk av at UNHCRs syn veier tyngre enn det forutgående høyesterettsdommer har gitt uttrykk for.

Det at Høyesterett vekt retningslinjene forskjellig i ulike dommer, kan imidlertid også gi inntrykk av at retningslinjene veier tyngre all den tid de samsvarer med norsk statspraksis og lovverk. Det er likevel klart at verken Håndboken eller retningslinjene til UNHCR er rettslig bindende for staten, slik det i prinsippet ikke er feil traktatrettslig sett å handle i strid med Håndboken og retningslinjene. Spørsmålet er imidlertid om UNHCRs syn blir tillagt den vekt den skal ha i rettskildevurderingen, ettersom Håndboken og retningslinjene som rettskilder må tillegges en viss vekt ved tolkningen av Flyktningkonvensjonen. Konvensjonsstatene er på den andre siden avhengig av en viss forutberegnelighet hva gjelder innholdet i konvensjonen, når de skal utarbeide nasjonale lovverk. Dersom det nasjonale lovverket strider med UNHCRs syn, men ikke med Flyktningkonvensjonen direkte, kan det oppstå utfordrende tolkningsspørsmål for forvaltningen og domstolene.

²³ UDIs asylpraksisnotat om Afghanistan, punkt 7.

3. Utlendl. § 28 (5) før lovendringen i 2016

3.1. Ordlyd

I 2008 ble dagens utlendingslov utarbeidet, og lovgiver mente da at det var nødvendig å lovfeste internfluktalternativet. I Utlendingsloven av 1988 var ikke internfluktalternativet lovfestet, men det ble likevel praktisert en begrenset adgang til asyl dersom det forelå en mulighet for internflukt. To vilkår ble oppstilt for at en utlending skulle kunne henvises til internflukt i Utlendingsloven av 2008: utlendingen måtte kunne oppnå «effektiv beskyttelse» i den delen av hjemlandet som han ble returnert til, og det måtte være *rimelig* å henviser utlendingen dit. Bestemmelsen lød som følger:

*«Retten til anerkjennelse som flyktning etter første ledd gjelder ikke dersom utlendingen kan få effektiv beskyttelse i andre deler av hjemlandet enn det området søkeren har flyktet fra, og det ikke er urimelig å henviser søkeren til å søke beskyttelse i disse delene av hjemlandet».*²⁴

I de tilfellene hvor en asylsøker i utgangspunktet oppfylder vilkårene for asylstatus etter utlendl. § 28 første ledd bokstav a eller b, innvilges likevel *ikke* asyl dersom asylsøkeren kan returneres til en annen del av hjemlandet og utlendingen i dette området vil få «effektiv beskyttelse» og en slik retur ikke er «urimelig». Formålet med internfluktalternativet er at internasjonal beskyttelse skal være subsidiær til nasjonal beskyttelse. Tanken er at man først og fremst skal søke beskyttelse i eget land. Dette fremkommer blant annet av forarbeidene til utlendingsloven.²⁵ Dersom søkeren kunne søkt beskyttelse i eget land, er utgangspunktet at det ikke er behov for ekstern beskyttelse.

²⁴ Utlendl. § 28 (5) før lovendringen den 01.10.16.

²⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007), s. 415.

3.2. Relevansanalysen

3.2.1. Innledning

Ordlyden «effektiv beskyttelse» i utlendl. § 28 femte ledd, peker på at internfluktsområdet må være trygt og tilgjengelig for søkeren.²⁶ Dette kalles relevansvurderingen. Det er nærliggende å forstå det slik at for at internfluktsområdet skal være tilgjengelig for søkeren, må det være både fysisk og rettslig tilgjengelig. I dette ligger det at søkeren må ha en reell mulighet til å reise til det aktuelle området. Denne forståelsen legger også UNE til grunn i en stornemdsavgjørelse om internflukt i Kosovo.²⁷ Når det gjelder tidspunktet for tilgjengelighetsvurderingen, er vurderingen knyttet opp mot retursituasjonen.²⁸ Man skal altså vurdere om returområdet er rettslig og fysisk tilgjengelig for søkeren på tidspunktet for returen. Det fremkommer videre av forarbeidene at internflukt ikke behøver å ha vært et aktuelt alternativ på det tidspunktet søkeren forlot hjemlandet, og at asylsøknaden kan avslås dersom internfluktsområdet først ble et aktuelt alternativ i ettertid.²⁹

Dersom saken blir tatt opp til domstolsbehandling, er det imidlertid det faktum som lå til grunn på vedtakstidspunktet som er avgjørende for beslutningen. Nye bevis som kan bidra til å kaste lys over situasjonen på vedtakstidspunktet, kan likevel tas hensyn til.³⁰ Det at området er fysisk tilgjengelig innebærer at området er mulig å reise til, se for eksempel dom fra Oslo tingrett. Dommen omhandler en afghansk asylsøker, hvor tingretten uttalte «*[s]tedet er tilgjengelig i og med at returen kan og har skjedd direkte fra Norge til Kabul*».³¹ Motsetningsvis vil ikke en retur til toppen av en ubebodd fjelltopp eller en øde øy oppfylle kravet til tilgjengelighet. Videre er forvaltningen pliktig til å peke ut et konkret internfluktsalternativ.³² Det kan nok tenkes at årsaken til dette er å sikre en grundig vurdering av internfluktalternativet. Det sikrer også hensynet til kontradiksjon, ettersom det gir asylsøkeren anledning til å forsvare seg mot eventuelle fremsatte påstander av utlendingsmyndighetene om alternativet.

²⁶ Ot. prp. Nr. 75 (2006-2007), s. 415.

²⁷ UNEs stornemd desember 2006, internflukt i Kosovo, referanse 7160183048, s. 3.

²⁸ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007,) s. 415.

²⁹ NOU:2004:20, kapittel 16.

³⁰ TOSLO-2018-5497.

³¹ TOSLO-2014-118356.

³² UDI (2010), punkt 2.1.

I vurderingen om returområdet er trygt, er det altså avgjørende å se på hva beskyttelsesbehovet har utspring i. Når frykten for å bli forfulgt har sitt utspring i statens eget forhold, er det en presumpsjon for at søkeren ikke vil oppnå den nødvendige beskyttelsen noe sted i hjemlandet. Dette er særlig aktuelt der det er statens egne myndigheter som planlegger eller på annen måte medvirker til krenkelsene. Det kan imidlertid likevel tenkes at disse handlingene kan være geografisk begrenset, slik at søkeren vil kunne være fri fra forfølgelsen i en annen del av hjemlandet. Terskelen for å sende en søker hjem på internflukt når det er statlige aktører som utgjør trusselen bør imidlertid være høy. At internfluktalternativet bør forbeholdes situasjoner med ikke-statlig forfølgelse, hvor statens myndigheter er villig til å beskytte søkeren og er i stand til å gjøre det, er også lagt til grunn av UNCHR.³³

Når frykten for å bli forfulgt er grunnet individuelle forhold, og forfølger er en ikke-statlige aktør, er internflukt i større grad aktuelt. Begrunnelsen for dette er blant annet at søkeren kan søke beskyttelse hos egen statsmakt. I tillegg vil det ofte være slik i disse tilfellene at trusselen bare er reell i begrensede geografiske områder i hjemlandet. Situasjoner som vil være utfordrende grensetilfeller, er når forfølger er ikke-statlige aktører som har stor kontroll over statsapparatet eller store geografiske områder i landet. Et eksempel på dette er Taliban i Afghanistan.

Men hva skal egentlig til for at et område anses for å være trygt? Forarbeidene til loven sier ingenting om hva som konkret ligger i begrepet. Det er imidlertid nærliggende å tolke «trygt» som fravær av en reell forfølgelsesrisiko etter utlendl. § 28 første ledd, ettersom internflukt er et unntak fra denne bestemmelsen. Det er altså trygt dersom du *ikke* har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av rase, religion osv. eller står i reell fare for dødsstraff, tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff i internfluktsområdet.³⁴ I trygghetsvurderingen må man vurdere de bevisene som foreligger for å komme frem til et faktum som kan legges til grunn i saken, og deretter vurdere om vilkårene er oppfylt. Ettersom situasjonen som eventuelt gir grunnlag for asyl er utenfor norsk territorium, oppstår det en del utfordringer knyttet til bevisvurderinger i asylsaker.

³³ UNHCR, Information Note, 1995 s. 3.

³⁴ Øyen (2013), s. 282.

På mange måter kan trygghetsvurderingen i utlendl. § 28 (5) synes å være en slags dobbeltbehandling, slik at det foreligger krav om dobbel oppfyllelse av flyktningvilkårene for å få asyl. Utlendingsmyndighetene vurderer altså først om søkeren oppfyller vilkårene for asyl etter utlendl. § 28 første ledd i forbindelse med situasjonen på hjemstedet sitt, deretter vurderer de på nytt om søkeren oppfyller vilkårene for asyl etter samme bestemmelse, men i forbindelse med et annet område i hjemlandet til søkeren. Det vil i det videre derfor redegjøres for utlendl. § 28 første ledd bokstav a om velbegrunnet frykt for forfølgelse og bokstav b om nedverdiggende og umenneskelig behandling, for å nærmere forstå for hva trygghetsvurderingen innebærer.

3.2.2. Velbegrunnet frykt for forfølgelse

Det følger av utlendl. § 28 bokstav a at en person som befinner seg i Norge eller på grensen til Norge, skal etter søknad anerkjennes som flyktning dersom personen:

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

Denne bestemmelsen er et resultat av at Norge har implementert Flyktningkonvensjonen i norsk rett, og må derfor tolkes i lys av konvensjonen.³⁵ Ordlyden «velbegrunnet frykt» gir uttrykk for at det må foreligge en objektiv og reell fare som ligger til grunn for den subjektive følelsen av frykt. Det subjektive elementet er altså «frykt», og det objektive elementet er «velbegrunnet». Spørsmålet blir derfor om søkeren har rimelig grunn til å oppleve frykt grunnet den aktuelle situasjonen. Det har vært omstridt i teori og norsk praksis om en forhøyet subjektiv frykt hos asylsøkeren, basert på opplevelser i hjemlandet, kan gi grunnlag for beskyttelse når den objektive faren ikke er tilstrekkelig. I norsk asylpraksis har den klare hovedregel likevel vært at det er den objektive risikoen som er avgjørende.^{36 37}

³⁵ Einarsen, Norsk lovkommentar online til utlendl. § 28 femte ledd ved Terje Einarsen, 13.08.15, note 94.

³⁶ Norsk lovkommentar til utlendl. § 28 første ledd bokstav a, av Terje Einarsen, note 88.

³⁷ Ot. prp. Nr. 75 (2008-2007), s. 86

Vurderingen retter seg videre dels mot den fremtidige risikoen for forfølgelse, og dels mot det som har vært. Man må først se på om søkeren hadde en velbegrunnet frykt på tidspunktet for flukten, og deretter om søkeren har en velbegrunnet frykt ved en eventuell retur. Dette har i norsk asylpraksis betydd at en person som hadde velbegrunnet frykt for forfølgelse på flukt- og/eller søknadstidspunktet, og frykten ikke lengre er velbegrunnet, ikke har blitt ansett som flyktning etter utlendl. § 28 første ledd bokstav a.³⁸ Motsetningsvis kan man det foreligge en situasjon hvor søkeren i utgangspunktet ikke hadde en velbegrunnet frykt, men der nye forhold som har oppstått etter søkeren forlot hjemlandet gir grunnlag for velbegrunnet frykt for forfølgelse og dermed også flyktningstatus. Dette er prinsippet om flyktningstatus sur place, og kommer til uttrykk i utlendl. § 28 fjerde ledd.³⁹

Ordlyden «forfølgelse» er vag. Rent språklig gir ordlyden uttrykk for at forfølgelse innebærer å fange, plage eller skade noen.⁴⁰ En forfølgelsessituasjon som gir grunnlag for flyktningstatus, forutsetter imidlertid at hjemlandets myndigheter er enten uvillig eller ute av stand til å gi søkeren tilstrekkelig beskyttelse mot de aktuelle krenkelsene. Dette fremkommer direkte av utlendl. § 28 første ledd bokstav a. Det må altså foretas en risikovurdering i relasjon til den situasjon som søkeren befinner seg i, eller vil befinne seg i ved en eventuell retur til hjemlandet. Bestemmelsen gir også, i likhet med flyktningkonvensjonen, uttrykk for at forfølgelsen må være knyttet til rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en bestemt sosial gruppe eller en politisk oppfatning. Forfølgelsesvilkåret er nærmere begrunnet i utlendl. § 29 første ledd. Det fremkommer her at for at handlinger skal anses for å utgjøre forfølgelse i henhold til utlendl. § 28 første ledd bokstav a, må de etter utlendl. § 29 første ledd bokstav a:

«enkeltvis eller på grunn av gjentakelse utgjøre en alvorlig krenkelse av grunnleggende menneskerettigheter, særlig slike rettigheter som ikke kan fravikes i medhold av artikkel 15 nr. 2 i den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950», eller etter bokstav b «utgjøre flere forskjellige tiltak, herunder krenkelser av menneskerettigheter, som til sammen er så alvorlige at de berører et menneske på en måte som kan sammenlignes med situasjonen beskrevet i bokstav a.».

Bestemmelsen gir uttrykk for at Flyktningkonvensjonen skal verne mot brudd på menneskerettighetene. Det følger videre en ikke-uttømmende liste over type forfølgelse i

³⁸ Ot. prp. Nr. 75 (2008-2007), s. 86.

³⁹ Utlendl. § 28 fjerde ledd: "søkeren skal som hovedregel anerkjennes som flyktning etter første ledd også når beskyttelsesbehovet har oppstått etter søkeren forlot hjemlandet, og skyldes søkerens egne handlinger".

⁴⁰ Øyen (2013), s. 218.

utlendl. § 29 annet ledd. lovgiver lister opp følgende typer forfølgelse:

- «a) fysisk eller psykisk vold, herunder seksualisert vold,*
- b) lovgivning og administrative, politimessige og judisielle tiltak, enten de er diskriminerende i seg selv eller praktiseres på en diskriminerende måte,*
- c) strafforfølgelse og straffullbyrdelse som er uforholdsmessig eller diskriminerende,*
- d) fravær av muligheten for rettslig overprøving når dette fører til straffer som er uforholdsmessige eller diskriminerende,*
- e) strafforfølgelse for å nekte militærtjeneste i en konflikt der slik tjeneste vil inkludere forbrytelser eller handlinger som nevnt i § 31 første ledd, eller*
- f) handlinger som er rettet særskilt mot kjønn eller mot barn.»*

Forfølgelsen må videre knytte seg til enten etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning. Når det gjelder hvem forfølger kan være, listes det i § 29 tredje ledd opp tre alternativer i en ikke-uttømmende liste: staten, organisasjoner eller grupperinger som kontrollerer statsapparatet eller en så stor del av statens territorium at utlendingen ikke kan henvises til å søke beskyttelse i andre deler av landet eller ikke-statlige aktører. Noen eksempler på grupperinger som kontrollerer statsapparatet eller store deler av statens territorium er Taliban og ISIS.

3.2.3. Nedverdiggende eller umenneskelig behandling

Det følger av utlendingsloven § 28 første ledd bokstav b, at dersom en person befinner seg i Norge eller på grensen til Norge, skal vedkommende anerkjennes som flyktning dersom han/hun:

«står i reell fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ved tilbakevending til hjemlandet.»

Det følger av forarbeidene at flyktningkonvensjonen artikkel 33, Grunnloven § 93 og EMK artikkel 2 og 3 setter grenser for når noen kan sendes tilbake på internflukt.⁴¹ Dette er et resultat av at det i 1989 ble innført et prinsipp om non-refoulement i EMK. Prinsippet går ut på at ingen skal bli sendt tilbake til et område hvor de risikerer å bli utsatt for brudd på EMK art. 2 og 3.⁴² Utlendl. § 28 første ledd bokstav b, bygger blant annet på EMK art. 3,

⁴¹ Prop. 90 L (2015-2016), s. 91.

⁴² Prop. 16 L (2015-2016), kap. 5.2.

torturkonvensjonen art. 3 og SP art. 7. Tilsvarende til utlendl. § 28 første ledd bokstav b, følger det av EMK art. 3 at:

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

Dersom en utlending ikke vil være trygg ved retur til en annen del av hjemlandet, vil søkeren ha rett på asyl etter utlendl. § 28 første ledd bokstav b. Ordlyden til bestemmelsen gir uttrykk for at beskyttelse først blir aktuelt dersom utlendingen risikerer å bli utsatt for en konkret handling, altså «dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff». Ettersom bestemmelsen gir flyktningstatus også til den som er beskyttet mot utsendelse etter andre konvensjoner enn Flyktningkonvensjonen, som for eksempel EMK. art 3, innebærer dette i realiteten at Norge har et videre flyktningbegrep enn det som følger av Flyktningkonvensjonen.

Utlendl. § 28 første ledd bokstav b kommer til anvendelse i tilfeller der Norge er folkerettslig forpliktet til ikke å sende en utlending ut av landet, fordi han eller hun risikerer å bli utsatt for overgrep. Årsaken til at utlendingen vil være i reell fare for overgrep ved retur til hjemlandet eller et tredje land, er som utgangspunkt uten betydning.⁴³ Bestemmelsen kan eksempelvis omfatte utlendinger som risikerer umenneskelig straff eller dødsstraff for en ordinær straffbar handling i hjemlandet. Det kan imidlertid likevel komme på tale å utelukke vedkommende fra flyktningsstatus i medhold av utlendl. § 31 dersom det finnes bevist at utlendingen er skyldig i den handlingen som han er mistenkt for å ha begått i hjemlandet.

Det fremkommer videre i forarbeidene at bokstav b typisk vil kunne anvendes for krigsflyktninger, altså personer som flykter fra krigshandlinger uten at de er forfulgt på grunn av de årsaker som er nevnt i flyktningkonvensjonen.⁴⁴ Dersom vilkårene i bokstav a og Flyktningkonvensjonen art. 1 derimot er oppfylt i en krigssituasjon, har søkeren status som konvensjonsflyktning og skal gis asyl i medhold av utlendl. § 28 første ledd bokstav a. I mange tilfeller vil utlendl. § 28 bokstav a langt på vei overlape bokstav b, men i de tilfellene hvor utlendingen *kan* vernes av Flyktningkonvensjonen, og dermed også bokstav a, *skal* asyl også innvilges asyl etter bokstav a.

⁴³ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 414.

⁴⁴ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 414.

Ettersom utlendl. § 28 første ledd bokstav b bygger på EMK art. 3, er det nødvendig å se hen til praksis fra EMD for å nærmere forstå innholdet i bestemmelsen. EMD har prinsipielt ikke lagt til grunn et annet innhold i standarden «umenneskelig eller nedverdiggende behandling» i asylsaker enn i andre saker, og det vil derfor være mulig å få en bred forståelse av innholdet i begrepene ved å se på andre saker fra EMD-praksis. Norske myndigheter skal videre vektlegge relevante dommer fra EMD når de tolker EMK, EMD-praksis gir derfor svært viktige tolkningsbidrag når man skal vurdere utlendl. § 28 bokstav b, all den tid bestemmelsen bygger på EMK art. 3.

3.2.4. EMD

I EMD-dommen Sufi og Elmi mot Storbritannia er det uttalt at en person «might [...] be exposed to a real risk of ill-treatment on account of the human rights situation».⁴⁵ Dette innebærer altså at det kan være tale om brudd på EMK art. 3 på grunnlag av en helhetlig vurdering av menneskerettighetssituasjonen, og ikke nødvendigvis en konkret situasjon. I samme dom er det for øvrig også lagt til grunn at den humanitære situasjonen for flyktninger og internt fordrevne kan være så dårlig at den representerer behandling i strid med EMK art. 3.⁴⁶ Beskyttelse etter EMK art. 3 og utlendl. § 28 bokstav b, kan altså skyldes enten individuelle forhold, eller mer generelle forhold.

EMD har slått fast at det bare er i de mest ekstreme tilfeller av generell vold, der det er en reell risiko for umenneskelig behandling bare ved å oppholde seg i området, at enhver retur vil være i strid med EMK art. 3.⁴⁷ Tilsvarende har også Utlendingsnemdas stornemd slått fast at det bare i de mest ekstreme tilfeller av voldelige og urolige situasjoner vil retur være i strid med utlendl. § 28 første ledd bokstav b alene, som følge av den generelle situasjonen.⁴⁸

Det er også slik at dersom en retur til en annen del av hjemlandet vil medføre at søkeren vil bli videresendt til et utrygt område, vil en retur ikke være trygg og søkeren vil således ikke oppnå «effektiv beskyttelse» etter utlendl. § 28 femte ledd. Dette fremkommer blant annet av EMDs dom av 11. januar 2007 i saken Saleh Sheekh mot Nederland. EMD konkluderte her

⁴⁵ Sufi og Elmi mot Storbritannia (2011), premiss 272.

⁴⁶ Sufi og Elmi mot Storbritannia (2011), premiss 291-292.

⁴⁷ Sufi og Elmi mot Storbritannia (2011).

⁴⁸ Stornemdsvedtak-2010-10-14.

med at en retur til et område i Somalia som i utgangspunktet var trygt, ville være i strid med EMK art. 3 ettersom det var en reell fare for at klageren enten ville bli videresendt til et området som ikke var trygt, eller at han på grunn av omstendighetene ble tvunget til å reise videre til et område som ikke var trygt grunnet mangel på andre alternativer. Dette ble videre fulgt opp i EMDs dom av 13. oktober 2011 i saken Husseini mot Sverige hvor det ble uttalt at:

«However, as a precondition for relying on an internal flight alternative, certain guarantees have to be in place. [...] the person to be expelled must be able to travel to the area concerned, gain admittance and settle there, failing which an issue under Article 3 may arise, all the more so if in the absence of such guarantees there is a possibility that the person expelled will end up in a part of the country of origin where he or she may be subjected to ill-treatment.»

Spørsmålet videre er om det i vurderingen av EMK art. 3 er oppfylt, også skal foretas en rimelighetsvurdering. I nyere norske lovforarbeider uttales det at det man skal vurdere om internfluksstedet er forenelig med søkerens grunnleggende, menneskelige behov, men at art. 3 ikke inneholder en rimelighetsvurdering.⁴⁹ Dette er også et av argumentene for at endringen av utlendl. § 28 femte ledd i 2016 ikke er i strid med Norges folkerettslige forpliktelser.

Advokatforeningen uttalte på den andre siden i sitt hørings svar til Innstramminger II at EMK legger opp til en rimelighetsvurdering.⁵⁰ Foreningen argumenterte med at selv om en rimelighetsvurdering ikke uten videre er forankret i Flyktningkonvensjonen, vil en slik vurdering være nødvendig med Norges forpliktelser etter EMK. Det ble videre uttalt i hørings svaret at:

«EMDs tolkning og avgjørelse i sak Sufi og Elmi mot Storbritannia er et eksempel på dette [at rimelighet skal vurderes jf. Norges forpliktelser etter EMK], og hvor en internflukt ble funnet uforenelig med EMK art. 3. EMD vurderte i denne saken ikke kun fare for forfølgelse og forsettlig krenkelser, men også faren for å bli utsatt for menneskerettslige og humanitære forhold i strid med EMK art. 3, jf. avgjørelsen i avsnitt 296».⁵¹

⁴⁹ Prop. 90 L (2015-2016), s. 50.

⁵⁰ Advokatforeningens høringsuttalelse om endringer i utlendingsloven (2016), s. punkt 6.5.

⁵¹ Advokatforeningens høringsuttalelse om endringer i utlendingsloven (2016), s. punkt 6.5.

Advokatforeningen argumenterte for at det foreligger gode grunner for å anta at rimelighetsvilkåret har folkerettslig forankring, og at departementet derfor ikke uten videre kunne gå ut i fra at Norge ikke har noen forpliktelse på dette punkt. Under høringsuttalelsens punkt 6.5 konkluderte foreningen med at kravet om rimelighet av ovennevnte grunn derfor burde fremgå av loven. Dersom det er slik at Norge er folkerettslig forpliktet til å foreta en rimelighetsvurdering i forbindelse med internflukt, er staten også bundet til å gjøre det etter utlendl. § 3. Det at det ikke fremgår direkte av ordlyden til utlendl. § 28 femte ledd innebærer derfor ikke nødvendigvis at rimelighet ikke skal vurderes.

I saken N.A.N.S mot Sverige i 2013 ble det også uttalt følgende om rimelighet:

«In any event, there is no indication that the general living conditions in the KRI for a Christian settler would be unreasonable or in any way amount to treatment prohibited by Article 3. Nor is there a real risk of his or her ending up in the other parts of Iraq.»⁵²

Her kan det se ut til at det gis uttrykk for at man må vurdere rimelighet i tillegg til om vilkårene i artikkel 3 er oppfylt. Dette gir i så tilfelle uttrykk for at det foreligger en rimelighetsvurdering, hvor subjektive forhold som levestandard også må vurderes. Det følger videre i saken Tarakhel mot Sveits fra 2014 at det i vurderingen om vilkårene i EMK art. 3 er oppfylt, må foretas en helhetsvurdering av personens situasjon og sårbarhet.⁵³ Også dette kan muligens tas til inntekt for at rimelighet må vurderes etter art. 3. Sistnevnte avgjørelse gjaldt imidlertid ikke internflukt i hjemlandet.

Det kan virke som at EMD legger opp til at rimelighet skal vurderes, når man vurderer om vilkårene i EMK art. 3 er oppfylt. Dersom dette er tilfellet kan det innebære at også Norge må foreta en rimelighetsvurdering, all den tid Norge er forpliktet til å respektere EMDs avgjørelser.⁵⁴ Det kan imidlertid være vanskelig å konkludere med at Norge er forpliktet til å vurdere rimelighet når det gjelder internflukt etter utlendl. § 28 første ledd bokstav b. Dette er blant annet fordi EU-medlemsstatene er bundet av EUs statusdirektiv, hvor det i art. 8 første ledd foreligger et vilkår om rimelighet. Ettersom Norge ikke er medlem av EU, er utgangspunktet at statusdirektivet ikke er bindende for Norge. EMD-praksis fra øvrige EU-land hva gjelder internflukt og rimelighet, kan derfor vanskelig tas til inntekt for at rimelighet

⁵² N.A.N.S mot Sverige (2013), avsnitt 38.

⁵³ Tarakhel mot Sveit (2014), avsnitt 94.

⁵⁴ Menneskerettsloven art. 46 (1).

skal vurderes i relasjon til EMK art. 3. I tillegg har ikke EMD mandat til å tolke flyktningkonvensjonen, hvilket betyr at EMDs vurdering på flyktningrettens område må ha begrenset rettskildemessig verdi.

3.3 Rimelighetsanalysen

Etter man hadde vurdert om returområdet var trygt og tilgjengelig etter den tidligere utlendl. § 28 (5), måtte man gå videre og vurdere om en retur til det angitte området var rimelig. Rimelighetsvilkåret innebar en tilslutning til en anbefaling fra UNHCR vedrørende internflukt fra 2003. Det ble særlig vist til at EU hadde fastsatt en særskilt bestemmelse om internflukt i sitt direktiv, hvor det inngikk et krav til en rimelighetsvurdering.⁵⁵

Ordlyden «urimelig» er vag, og hva som anses som rimelig kan variere mye fra person til person. Det som likevel er klart er at ordlyden gir uttrykk for en høy terskel. Det er ikke tilstrekkelig at søkeren ville hatt en høyere levestandard i Norge enn på returstedet. Det skal noe mer til for at returen er urimelig. Rimelighetsvurderingen var videre presisert i den nå opphevede utlendingsforskriften § 7-1, hvor det fulgte at:

«selv om lovens § 28 kommer til anvendelse ved en vurdering av retur til det området søkeren flyktet fra, skal det bare anses urimelig å henvise utlendingen til å søke beskyttelse i trygge og tilgjengelige deler av hjemlandet, dersom retursituasjonen vil være slik at vedkommende fyller vilkårene for oppholdstillatelse etter lovens § 38. Ved vurderingen av om vilkårene for oppholdstillatelse etter lovens § 38 er oppfylt, er det forhold at utlendingen mangler tilknytning til en trygg og tilgjengelig del av hjemlandet, ikke alene tilstrekkelig.»

Etter Utlendingsforskriften knyttet man altså rimelighetsvurderingen i utlendl. § 28 (5) opp mot utlendl. § 38. Vevstad skriver at det å sammenfalle rimelighetsvurderingen i utlendl. § 28 femte ledd med utlendl. § 38, gjør at forskriften oppstiller et vesentlig trangere nåløy for søkeren enn lovens rimelighetskriterium. Dette fordi opphold etter § 38 krever at de menneskelige hensyn i en sak blir avveid mot innvandringsregulerende hensyn, noe som ikke er korrekt etter § 28.⁵⁶ Einarsen underbygger dette videre, og har uttalt at forskriften hadde en høyere terskel enn rimelighetskriteriet i utlendl. § 28 femte ledd, hvilket er i strid med lex

⁵⁵ Prop.90 L (2015-2016), punkt 6.2.1.

⁵⁶ Vevstad (2019), s. 213.

superior-prinsippet.⁵⁷ Høyesterett kom likevel på sin side til at utlendingsforskriften § 7-1 er innenfor utlendingslovens ordlyd.⁵⁸

Dersom vilkårene for oppholdstillatelse etter utlendl. § 38 var oppfylt, ville det ikke være rimelig å sende søkeren tilbake på internflukt. Rimelighetsvurderingen av utlendl. § 28 femte ledd før lovendringen i 2016, var i stor grad sammenfallende med vurderingen om sterke menneskelige hensyn i utlendl. § 38. Dette innebar at dersom man ikke fikk innvilget asyl med grunnlag i rimelighetsvurderingen i utlendl. § 28, ville man sannsynligvis heller ikke få innvilget opphold på humanitært grunnlag etter utlendl. § 38.

Innholdet av rimelighetsvurderingen er videre redegjort for i lovforarbeidene, hvor det vises til UNHCRs retningslinjer om tolkningen av rimelighetsvilkåret. Det følger av disse at det skal foretas en vurdering av søkerens:

*«age, sex, health, disability, family situation and relationships, social or other vulnerabilities, ethnic, cultural or religious considerations, political and social links and compatibility, language abilities, educational, professional and work background and opportunities, and any past persecution and its psychological effects».*⁵⁹

Departementet understrekte samtidig at Norge ikke er forpliktet til å følge retningslinjene til UNHCR, men at prinsippene som fulgte av disse likevel måtte inngå i rimelighetsvurderingen.⁶⁰ Stortinget uttalte i forbindelse med lovforslaget i 2008 at UNHCR sine anbefaler skal veie tungt ved norske myndigheters tolkning av Flyktningkonvensjonen, og at lovforslaget til 2008-loven var i tråd med UNHCR sine anbefalinger.⁶¹ Det var også UNHCRs retningslinjer som ble vektlagt i UNEs stornemdavgjørelse om internflukt i 2006.⁶² Stornemdas flertall støttet UNHCRs anbefalinger fra 2003 og uttalte at anbefalingene ga *«den mest hensiktsmessige og riktige rammen for rimelighetsvurderingen»*. Innføringen av rimelighetsvilkåret var også i tråd med EU sitt direktiv. EU fastsatte en særskilt bestemmelse om internflukt i sitt direktiv 2004/83 EF (statusdirektivet), og det inngikk her et krav om å vurdere rimelighet.

⁵⁷ Einarsen (2012), s 33.

⁵⁸ Rt. 2015 s 13.88, avsnitt 95.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007), s. 99

⁶⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007), s. 99

⁶¹ Innst. O. nr. 42 (2007-2008), s. 21

⁶² UNEs Stornemdsavgjørelse om internflukt i Kosovo, referanse: 7160183048, desember 2006.

Det fremkommer videre av forarbeidene at det skal foretas en individuell vurdering av søkerens situasjon i internfluktsområdet, dette i tråd med UNHCRs anbefalinger. Det avgjørende er hvordan flyktningen vil få det i internfluktsområdet, ikke om vedkommende vil få det bedre i Norge.⁶³ Det fremkommer blant annet i en dom fra Høyesterett at tilknytningen til Norge, eller at den materielle eller humanitære situasjonen er bedre i Norge enn i hjemlandet, ikke skal ha vekt ved internfluktsvurderingen.⁶⁴ Sosiale og økonomiske problemer skal imidlertid tillegges vekt ved rimelighetsvurderingen, dette gjelder særlig for sårbare grupper som eksempelvis syke, gamle mennesker, enslige kvinner og barnefamilier. Einarsen har videre uttalt om rimelighetsvilkåret at:

«[e]ssensen i rimelighetskriteriet kan sies å ha være at søkeren bør være i stand til å leve et etter forholdene normalt liv i det presumptivt trygge området, med rettigheter og en humanitær livssituasjon som er sammenlignbar med hva søkeren som et minimum ville ha hatt krav på som internasjonal flyktning etter FK og individ etter universelle menneskerettslige standarder slik de er nedfelt i sentrale konvensjoner»⁶⁵

Det kan imidlertid være en utfordring å vite hva som ligger i universelle menneskerettslige standarder. I mange land har enslige kvinner vanskelig for å etablere seg og få arbeid, og er dermed avhengig av en mannlig slektning for å klare seg. Sentrale momenter vil blant annet være om søkeren kan forsørge seg selv, og søkeren har barn og hvorvidt søkeren kan få støtte fra familie, sosialt nettverk eller myndigheter i området. For ressurssterke personer skal det med andre ord svært mye til for at sosioøkonomiske forhold alene skal utelukke internflukt. Videre i rimelighetsvurderingen vektlegger UNHCR tilknytning i form av eksempelvis familie, venner, tidligere opphold, arbeid, felles språk, religion og etnisk tilhørighet til internfluktområdet.⁶⁶ Dersom flyktningen har tilknytning til internfluktområdet i form av en eller flere av de opplistede alternativene, eksempelvis felles språk, vil det være et moment som kan trekke i retning av at en henvisning ikke er urimelig. Hensikten med rimelighetsvurderingen, var å forhindre urimelige resultater når gjaldt internflukt. Rimelighetsvilkåret hadde derfor en viktig funksjon i utlendl. § 28 femte ledd.

⁶³ Ot.prp. nr. 75 s 99 og Innst. O. nr. 42 s. 21.

⁶⁴ Rt. 2015 s. 1388, avsnitt 94.

⁶⁵ Einarsen (2012,) s. 31

⁶⁶ Øyen (2013), s. 287.

4. Utlendl. § 28 (5) etter lovendringen i 2016

4.1. Dagens internflukt vurdering

I 2016 ble det besluttet av lovgiver å foreta innstramninger i utlendingslovgivningen.⁶⁷ I relasjon til asyl og internfluktbestemmelsen ble det avgjort å fjerne rimelighetsvilkåret. Departementet skrev i sitt høringsnotat til lovendringen at en rimelighetsvurdering ikke er et krav etter folkeretten.⁶⁸ Det var samtidig stor uenighet om, og i hvilken grad denne lovendringen var i tråd med Norges folkerettslige forpliktelser, og hvilke konsekvenser en slik endring ville medføre i praksis.⁶⁹

Etter utlendl. § 28 femte ledd skulle man før lovendringen vurdere om asylsøkeren rent objektivt kunne oppnå effektiv beskyttelse i andre deler av hjemlandet, og om subjektive forhold kunne gjøre det urimelig å henvise søkeren til internflukt. Dersom man kun tar lovtteksten til utlendl. § 28 femte ledd i betraktning slik bestemmelsen står i dag, er den subjektive vurderingen fjernet. Dette innebærer at en asylsøker i utgangspunktet kan få avslått søknad om asyl selv i de tilfellene hvor det fremstår som urimelig.

Alt håp er likevel ikke ute for søkeren. Dersom de øvrige vilkårene for oppholdstillatelse i utlendingsloven ikke er oppfylt, må man likevel vurdere om utlendingen har rett på opphold etter utlendl. § 38 om sterke menneskelige hensyn. Ettersom det i utlendl. § 38 også skal tas innvandringsregulerende hensyn i betraktning, er terskelen for oppfyllelse av vilkårene høyere etter denne bestemmelsen, enn den var etter rimelighetsvurderingen i den tidligere utlendl. § 28 femte ledd. Ifølge Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS) var det bare fire prosent av asylsøkere som fikk oppholdstillatelse i Norge i 2016, som fikk opphold etter utlendl. § 38.⁷⁰

Etter utlendl. § 3 skal utlendingsloven anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av, når disse har til formål å stryke individets stilling. Etter UNHCRs retningslinjer om internflukt holder det ikke at internfluktsområdet er trygt, det må heller ikke fremstå som urimelig å henvise søkeren dit. I retningslinjene legges det til grunn at det må

⁶⁷ Prop. 90 L (2015-2016), punkt 6.2.1.

⁶⁸ Justis- og beredskapsdepartementet, Høringsnotat – Endringer i utlendingsloven (innstramninger II) (2015), punkt 6.5.3.

⁶⁹ Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS), rapporten «Rikets tilstand på asylfeltet», (2016).

⁷⁰ Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS), rapporten «Rikets tilstand på asylfeltet», (2016).

vrurderes om søkeren har mulighet til å leve et relativt normalt liv, og at personlige forhold, tidligere forfølgelse, sikkerhet, økonomisk trygghet og respekt for menneskerettighetene er momenter som må vurderes i rimelighetsvurderingen.⁷¹ Ettersom UNHCRs retningslinjer er ment å utfylle Flyktningkonvensjonen, og Norge har signert konvensjonen, trekker det sterkt i retning av at Norge også plikter å foreta en rimelighetsvurdering når det gjelder internflukt. Det er også klart at en rimelighetsvurdering i utlendl. § 28 femte ledd vil bidra til å styrke søkerens rettsstilling, jf. utlendl. § 3. UNHCRs syn støttes av eksperter på flyktningrettens område som jusprofessor på UiB Terje Einarsen, Advokatforeningen og fagorganet Utlendingsnemda.⁷²

Det at rimelighetsvilkåret i utlendl. § 28 femte ledd er fjernet betyr altså ikke nødvendigvis at rimelighet ikke lenger må vurderes, ettersom reglene i utlendl. skal være i tråd med Norges folkerettslige forpliktelser, jf. utlendl. § 3. Reelle hensyn gir også uttrykk for at rimelighet må vurderes, all den tid man risikerer å undergrave hele flyktningvernet dersom man returnerer asylsøkere til hjemlandet som i utgangspunktet oppfyller vilkårene for asyl, og tvinger dem til å leve under svært kummerlige forhold. Dette er i mange tilfeller også svært sårbare personer, som derfor har et særlig behov for vern.

4.1. Rettspraksis etter lovendringen

Ettersom lovendringen av utlendl. § 28 femte ledd er relativt ny (01.10.16), foreligger det per i dag svært lite rettspraksis på området.⁷³ For å få et enda klarere bilde av hvordan endringen har utfoldet seg i praksis, burde man derfor se på praksis fra både UDI og UNE. Min analyse, basert på den begrensede rettspraksisen som foreligger fra domstolene, er at rimelighet *ikke* vurderes når det gjelder internflukt. Dette er også i tråd med lovgivers vilje ved lovendringen.⁷⁴

Det fremkommer av en dom fra Borgarting lagmannsrett, som omhandlet gyldigheten av

⁷¹ UNHCR Eligibility guidelines for assessing the international protection needs of asylum-seekers from Afghanistan (2018), side 105.

⁷² UNHCR observations on the proposed amendments to the Norwegian Immigration Act and Regulation: Høring – endringer i utlendingslovgivningen (innstramminger II) (2016) avsnitt 74, Einarsen – Høringsuttalelse – Endringer i utlendingsloven (innstramminger II) (2016), Advokatforeningens Høring – Endringer i utlendingsloven (2016), punkt 6.5, UNE – Høring – Endringer i utlendingsloven – Innstramminger II (2016), punkt 4.5.1.

⁷³ Lovendringen trådte i kraft den 01.10.16.

⁷⁴ Prop. 90 L (2015-2016), punkt 6.2.1.

UNEs beslutning om å ikke innvilge asyl eller opphold på humanitært grunnlag, at det avgjørende i spørsmålet om søkeren kan henvises til internflukt er om søkeren kan oppnå «effektiv beskyttelse» etter utlendl. § 28 femte ledd, og herunder at det er tilstrekkelig trygt.⁷⁵ Flertallet kom frem til at søkeren oppfylte vilkårene etter utlendl. § 28 første ledd bokstav a, og mindretallet mente at søkeren oppfylte vilkårene etter utlendl. § 28 første ledd bokstav b. Dommen ble avsagt med dissens, men verken flertallet eller mindretallet vurderte rimelighet i internfluktsvurderingen. Til gjengjeld ble trygghetsvurderingen svært grundig gjennomgått, sammenlignet med flere tidligere avgjørelser i domstolene. Dette kan muligens indikere at fjerningen innebærer at det stilles enda strengere krav til gjennomgangen av trygghetsvurderingen.

Det fremkommer videre av en dom fra Oslo tingrett, som omhandlet en afghansk asylsøkers avslag på asyl, at UDI vurderte det slik at søkeren stod i fare for å bli utsatt for alvorlige krenkelser ved retur til hjembyen sin i Afghanistan i tråd med utlendl. § 28 bokstav b, men at Kabul var et trygt og tilgjengelig internfluktsalternativ.⁷⁶ UNE kom på sin side frem til at vilkårene for asyl etter utlendl. § 28 første ledd ikke var til stede, og spørsmålet om internflukt kom derfor ikke på spissen. Tingretten var videre enig i UNEs vurdering av saken. Ut ifra gjengivelsen av UDIs vurdering i dommen, kan man likevel ikke se at rimelighet har blitt vurdert. Det at rimelighet ikke ble nevnt i avgjørelsen *kan* indikere at rimelighet er helt fjernet fra internfluktvurderingen, hvilket også samsvarer med departementets intensjon med lovendringen.⁷⁷ Det er imidlertid vanskelig å konkludere helt sikkert med en slik forståelse uten å ha innsikt i vedtaket fra UDI.

Det kan vanskelig argumenteres for at de to ovennevnte dommene gir god representasjon av rettsbildet i dag når det gjelder praksis ved internflukt, ei heller har dommene særlig stor prejudikatsvirkning ettersom det er underrettsavgjørelser. Sett i lys av øvrige rettskilder vil de imidlertid likevel ha noe rettskildemessig verdi. Hvordan lovendringen av utlendl. § 28 femte ledd har manifestert seg i praksis, og hvordan den vil utgjøre en forskjell i den norske internfluktvurderingen på sikt, er videre vanskelig å si på nåværende tidspunkt.

⁷⁵ LB-2017-67235.

⁷⁶ TOSLO-2018-5497.

⁷⁷ Prop. 90 L (2015-2016), punkt 6.2.1.

4.2. Oppsummert

Etter en gjennomgang av relevante rettskilder både nasjonale og internasjonale, fra før og etter lovendringen i 2016, forstår jeg det slik at fjerningen av rimelighetsvilkåret i utlendl. § 28 femte ledd ikke nødvendigvis innebærer at rimelighet *ikke* skal vurderes dersom man ser bestemmelsen i lys av Norges folkerettslige forpliktelser. Dette fordi utlendingslovens regler skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling jf. utlendl. § 3. FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR) mener at rimelighet må vurderes for å være i tråd med Flyktningkonvensjonen, når man vurderer internflukt.

Det er også klart at slik utlendl. § 28 femte ledd stod før lovendringen, gjorde at færre ble omfattet av internflukt-regelen og dermed kunne henvises til internflukt. Det at man skal vurdere rimelighet i forbindelse med internflukt vil derfor også innebære at man styrker individets stilling, jf. utlendl. § 3. Dette trekker i retning av at Norge er folkerettslig forpliktet til å vurdere rimelighet når det gjelder internflukt. Det kan også virke som at EMD beveger seg mot en rimelighetsvurdering ved internflukt, men en slik forståelse er vanskelig å konkludere helt klart med.

Basert på den begrensede rettspraksisen som har kommet etter lovendringen, ser det nok likevel ut som at rimelighet er helt sløffet fra vurderingen, og at det utelukkende vurderes om internfluksområdet er trygt. Dette er også i tråd med lovgivers intensjon når det gjelder lovendringen i 2016. Et resultat av lovendringen kan imidlertid være at det stilles noe strengere krav til gjennomføringen av trygghetsvurderingen, men en slik konklusjon kan nok neppe tas på nåværende tidspunkt. Rimelighet blir likevel vurdert etter utlendl. § 38 om sterke menneskelige hensyn. Dette gjør at terskelen for opphold er hevet, ettersom det i rimelighetsvurderingen til utlendl. § 38 også blant annet vektlegges innvandringsregulerende hensyn.

5. Opphør av flyktningstatus

Utlendl. § 37 fastsetter vilkår for når staten kan avgjøre om en flyktning skal miste sin flyktningstatus og oppholdstillatelse. Bestemmelsens første ledd bokstav e og f uttrykker at opphør kan skje i de tilfellene hvor situasjonen i hjemlandet er forbedret, slik at flyktningen ikke lenger anses å ha behov for beskyttelse. Dette gjelder flyktninger som ennå ikke har fått permanent opphold. Både generelle endringer i utlendingens hjemland eller i det landet hvor han eller hun tidligere hadde sin bopel, og endringer som tilsier at utlendingens individuelle beskyttelsesbehov ikke er til stede, kan etter instruks medføre tilbakekall av flyktningstatus og oppholdstillatelse.⁷⁸

Høyesterett har uttalt at for at opphør skal være aktuelt, må det være tale om en ”vesentlig og stabil endring” i hjemlandet, hvilket gir uttrykk for at det foreligger en høy terskel ved opphør.⁷⁹ Det ble uttalt i HR-2018-572-A at den som har oppnådd flyktningstatus, har oppnådd noe høyere grad av trygghet enn den som ikke har fått det.⁸⁰ Dette betyr at man må kunne kreve noe mer for å frata noen flyktningstatusen og oppholdstillatelsen, enn å konstatere at vedkommende ikke ville fått opphold etter utlendl. § 28 første ledd i dag. Eksempelvis innebærer dette at en person kan få avslag på asyl grunnet at sikkerhetssituasjonen ikke når opp til terskelen i utlendl. § 28, men at en tilsvarende sikkerhetssituasjon ikke når opp til terskelen i utlendl. § 37.

Det som gjør opphør av flyktningstatus interessant i relasjon til denne oppgaven, er at det kan se ut til at vilkåret om at det må være en vesentlig og stabil endring bare gjelder i relasjon til søkerens hjemsted, og ikke i relasjon til internflukt-alternativet. Regjeringen skriver i instruks at dersom vilkårene i utlendl. § 37 første ledd er oppfylt, «skal UDI opprette sak om tilbakekall, og vurdere om utlendingen kan henvises til å ta opphold i trygge områder i landet, jf. utl. § 28 femte ledd.»⁸¹ Dette gir uttrykk for at man skal vurdere om endringen er vesentlig og stabil i relasjon til søkerens hjemsted, og dersom dette vilkåret er oppfylt går man videre til utlendl. § 28 femte ledd og vurderer om internflukt er aktuelt. Vurderingen etter utlendl. § 28 femte ledd inneholder ikke en forhøyet terskel, og instruks

⁷⁸ Justis og beredskapsdepartementets instruks om tilbakekall av flyktningstatus og oppholdstillatelse (2016), og RT-2010-858.

⁷⁹ HR-2018-572-A avsnitt 39.

⁸⁰ HR-2018-572-A avsnitt 44.

⁸¹ Justis og beredskapsdepartementets instruks om tilbakekall av flyktningstatus og oppholdstillatelse (2016), punkt 4.1.

gir dermed uttrykk for at vilkåret om at det må være tale om en «vesentlig og stabil endring» ikke gjelder i relasjon til internflukt-alternativet.

Farida-saken er kanskje en av de mest kjente asylsakene når det gjelder opphør av flyktningstatus. Saken gjaldt Farida og hennes mor, som begge kom til Norge i 2011, og ble tvangsreturnert til Afghanistan i 2015. I HR-2018-572-A, som omhandlet gyldigheten av tilbakekall av Farida og morens flyktningstatus etter utlendl. § 37 første ledd bokstav a, kom Høyesterett i likhet med de tidligere instansene frem til at utlendingsmyndighetenes vedtak var ugyldig. Saken ble deretter sendt tilbake til utlendingsmyndighetene for ny behandling, men konklusjonen var igjen at familien ikke får opphold i Norge. UNE vurderte i sitt nye vedtak kun internflukt i relasjon til utlendl. § 28 femte ledd, uten å vurdere om det var tale om en vesentlig og stabil endring. Saken kom igjen opp for Oslo tingrett den 19-23 november 2018. Staten prosederte i tingretten for at UNEs vurdering var korrekt. Det er ikke avsagt dom i saken før innlevering av denne oppgaven, og det er derfor ikke mulig å si hvilken konklusjon Oslo tingrett vil falle på i saken.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om det er riktig at vilkåret om at det må være tale om en «vesentlig og stabil» endring bare skal vurderes i relasjon til hjemstedet etter utlendl. § 37 første ledd, og ikke i relasjon til internfluktområdet. Utlendl. § 37 første ledd bokstav e gjengir Flyktningkonvensjonens artikkel 1C nr. 5, som lyder som følger:

«This Convention shall cease to apply to any person falling under the terms of section A if:

...

(5) He can no longer, because of the circumstances in connexion with which he has been recognized as a refugee have ceased to exist, continue to refuse to avail himself of the protection of the country of his nationality;»

Ettersom utlendl. skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av, når disse har til formål å styrke individets stilling jf. utlendl. § 3, kan man legge til grunn at vilkårene i utlendl. § 37 første ledd bokstav e skal forstås på samme måte som vilkårene i konvensjonen art. 1C. I vilkåret «ceased to exist» i konvensjonen, tilsvarende vilkåret «ikke lenger er til stede» i utlendl. § 37 første ledd bokstav e, ligger det at det må ha skjedd en

endring som er så *vesentlig* at beskyttelse igjen kan oppnås i hjemlandet.⁸² All den tid utlendl. § 28 femte ledd i realiteten innebærer at asylsøkeren må ha et dobbelt grunnlag for asyl, er det nærliggende å forstå det slik at vilkåret om at det må være en «vesentlig og stabil» endring også skal gjelde i relasjon til internfluktområdet. Dersom det ikke skal gjelde i relasjon til internfluktområdet fremstår det som en omgåelse av regelen i utlendl. § 37, ettersom det da vil bli enklere å tilbakekalle flyktnings flyktningstatus og oppholdstillatelse.

Tidligere var det slik at man skulle vise tilbakeholdenhet med å praktisere tilbakekall, selv om vilkårene ble ansett oppfylt.⁸³ Justis og beredskapsdepartementet har imidlertid instruert utlendingsmyndighetene om at flyktningstatusen *skal* trekkes tilbake dersom vilkårene i utlendl. § 37 første ledd er oppfylt, slik at kan-regelen har blitt til en skal-regel. I tillegg er rimelighetsvurderingen i utlendl. § 28 femte ledd fjernet, hvilket betyr at enda flere omfattes av regelen og dermed kan returneres til hjemlandet. Dette omfatter altså både flyktninger som søker asyl for første gang, og flyktninger som har fått flyktningstatus og oppholdstillatelse, men hvor vilkårene for opphør i utlendl. § 37 første ledd bokstav f er oppfylt. Hvordan utlendl. § 37 bokstav e skal tolkes i relasjon til internflukt fremstår imidlertid per nå som uklart. Muligens vil domsavgjørelsen i Oslo tingrett i Farida-saken gi en pekepinn på avklaring av spørsmålet. Eventuelt må spørsmålet avklares uttrykkelig i en ny høyesterettsdom.

⁸² HR-2018-572-A, avsnitt 39.

⁸³ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 419-420.

6. Bevisvurderingen i forbindelse med internflukt

Endringene i utlendl. § 28 femte ledd påvirket også bevisvurderingen i asylsaker. Det vil i det følgende redegjøres kort for hvordan bevisvurderingen ble påvirket av lovendringen. Dette gjøres for nærmere å forstå hvordan lovendringen påvirket internfluktvurderingen.

Flyktningkonvensjonen og utlendingsloven har ingen generelle regler om bevisvurderingen i asylsaker. Utgangspunktet er imidlertid at myndighetene må foreta en fri og helhetlig bevisbedømmelse, basert på alle foreliggende opplysninger i saken.⁸⁴ Utvalget som forberedte 2008-loven uttalte at bevisvurderingen i beskyttelsessaker må foretas ut fra en konkret helhetsvurdering.⁸⁵ Spørsmålet er hvordan fjerningen av rimelighetsvilkåret påvirket bevisvurderingen i asylsaker ved henvisning til internflukt.

Den største forskjellen hva gjelder bevissspørsmål ved internflukt i forbindelse med lovendringen i 2016, er nok at det i dag er færre momenter som trekkes inn i bevisvurderingen. Tidligere måtte individuelle forhold som alder, kjønn, helse, funksjonshemming, familiesituasjon og forhold, sosiale sårbarheter, etnisitet, kulturelle eller religiøse forhold, politiske og sosiale koblinger, språkkunnskaper, utdanning, mulighet for arbeid og tidligere forfølgelser også vurderes, slik at bevisvurderingene naturligvis også kunne bli langt mer omfattende før lovendringen. Dette fordi bevisvurderingen etter dagens utlendl. § 28 femte ledd kun vil gjelde om internfluktområdet er tilstrekkelig trygt, og tilgjengelig for utlendingen.

En omfattende bevisvurdering har til hensikt å skape et klart bilde av faktum. En veldig omfattende bevisvurdering, vil det imidlertid gjøre det lettere å slå sprekker i søkerens troverdighet. Dersom søkeren eksempelvis forklarer seg usammenhengende om eksempelvis sosiale koblinger eller religiøse forhold, vil dette kunne bidra til at søkerens generelle troverdighet svekkes. Dette vil igjen kunne påvirke søkerens troverdighet når det gjelder trygghetsvurderingen. I dommen inntatt i RT.2011 s. 1481 som omhandlet et ektepar fra Iran som søkte asyl i Norge fordi mannen påsto seg politisk forfulgt, uttalte Høyesterett at søkerens generelle troverdighet vil være et relevant moment som skal tas i betraktning i bevisvurderingen. Høyesterett uttalte videre at:

⁸⁴ NOU 2004: 20 s. 149 og 392, og Ot.prp. nr. 75. s 88.

⁸⁵ RT. 2011 s. 1481, avsnitt 39.

«[e]ventuelle selvmotsigelser, uklarheter og utelatelser i forklaringen, som ikke kan begrunnes på tilfredsstillende måte, kan få betydning for bevisvurderingen.

*Forklaringer som gradvis tilpasses, eller suppleres av nye forhold som tidligere ikke har vært nevnt, vil lett bidra til å svekke den generelle troverdigheten. Dette vil særlig være tilfellet der forklaringen endres etter at det grunnlaget som først ble påberopt, viser seg å ikke føre frem».*⁸⁶

I enkelte tilfeller kan det imidlertid være enkle forhold, som språkbarriere som gir grobunn for selvmotsigelser eller uklarheter. Vanskeligheter med å uttrykke seg forståelig om situasjoner kan også være årsaken til en eventuell utelatelse i forklaringen. Ettersom individuelle forhold som opplistet ovenfor, og som var en del av rimelighetsvurderingen, som utgangspunkt ikke skal vurderes lengre slik bestemmelsen står i dag, kan det muligens tenkes at det vil færre muligheter for å slå sprekker i søkerens troverdighet.

⁸⁶ Rt.2011 s.1481, avsnitt 43.

7. Avsluttende bemerkninger

Til tross for at departementet var av den oppfatning at rimelighetsvurderingen ikke var et krav i forbindelse med folkeretten, kan det virke som at dette er en oppfatning det står ganske så alene om. FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR), eksperter på flyktningrettens område som jusprofessor på UiB Terje Einarsen, Advokatforeningen og fagorganet Utlendingsnemda var som nevnt uenige i departementets syn når det gjelder fjerningen av rimelighetsvurderingen i utlendl. § 28 femte ledd. De uttalte at det er en folkerettslig forpliktelse å vurdere rimelighet dersom internfluktalternativet skal benyttes.⁸⁷

Når det gjelder hvordan lovendringen i internflukt-bestemmelsen har påvirket praksisen på området, er det fremdeles mange aspekter av lovendringen som fremstår som uklare. Dette fordi endringen ikke ennå har hatt anledning til å komme til uttrykk i praksis på nåværende tidspunkt. Det som imidlertid er klart, er at langt flere flyktninger omfattes av regelen i utlendl. § 28 femte ledd i dag enn før endringen, dersom man legger departementets forståelse av internflukt-regelen til grunn. Dette gjelder både mennesker som søker asyl for første gang, og mennesker som allerede har oppnådd flyktningstatus og fått oppholdstillatelse. Noe forenklet kan man også si at rimelighetsvurderingen etter utlendl. § 28 femte ledd før lovendringen, nå er flyttet til utlendl. § 38 første ledd. Dette innebærer at terskelen for asyl er hevet betraktelig, slik at det nå er vanskeligere å oppnå vern som flyktning i Norge, sammenlignet med rettstilstanden før lovendringen. Dette var også regjeringens intensjon med innstramningen.

Ved opphør av flyktningstatus og oppholdstillatelse etter utlendl. § 37 første ledd bokstav e, kan lovendringen ha medført usikkerhet om hvilken terskel som i dag gjelder for opphør i de tilfeller hvor det henvises til internflukt. Omfattende bruk av den nevnte opphørsregelen i § 37 kan for øvrig resultere i store utfordringer i forbindelse med integrering. Det å leve i konstant usikkerhet for om man vil bli sendt tilbake til hjemlandet, selv etter mange års opphold i Norge, kan gjøre det svært vanskelig for utlendingen å slå røtter og engasjere seg i å eksempelvis å lære seg språket og kulturen. Det kan være svært utfordrende å bidra til

⁸⁷ UNHCR observations on the proposed amendments to the Norwegian Immigration Act and Regulation: Høring – endringer i utlendingslovgivningen (innstramninger II) (2016) avsnitt 74, Einarsen – Høringsuttalelse – Endringer i utlendingsloven (innstramninger II) (2016), Advokatforeningens Høring – Endringer i utlendingsloven (2016), punkt 6.5, UNE – Høring – Endringer i utlendingsloven – Innstramninger II (2016), punkt 4.5.1.

samfunnet i form av arbeid, all den tid det vil være risikofylt for en arbeidsgiver å sette sin lit til arbeidstaker uten permanent opphold i landet.

Tilsvarende vil mennesker uten permanent opphold sannsynligvis møte på utfordringer på husleiemarkedet. Sett i lys av dette, er ikke lovendringen bare muligens folkerettsstridig hvis den også gir anvendelse ved opphør uten forhøyet terskel i form av vesentlig og stabil endring i internfluktområdet. Den kan også være svært uheldig samfunnsmessig i et integreringsperspektiv gjennom et så vidt anvendelsesområde for opphørsregelen. Mangel på integrering vil potensielt være dyrere for samfunnet, all den tid flyktninger vil kunne møte flere utfordringer når det gjelder å bidra til samfunnet gjennom eksempelvis skattbar inntekt.

Det er også betenkelig at Norge nå er et av få land i den vestlige verden som opererer med en internfluktpraksis uten et vilkår om rimelighet, særlig når rimelighetsvurderingen har som hensikt å forhindre urimelige resultater. Alle EU-medlemmer, USA, Canada og Australia stiller krav til rimelighet ved henvisning til internflukt.⁸⁸ Norge, som et av verdens rikeste vestlige land og hvor nestekjærlighet står sterkt i kulturen, burde gå foran med et godt eksempel og oppfordre til en human og etisk forsvarlig asylpraksis. Som tidligere spesialrådgiver for FNs Høykommissær for flyktninger Alte Grahl-Madsen uttalte: *"in each situation we should make an honest and honorable assessment of our ability to give those human beings an abode, somewhere on earth, where they can live in peace and freedom"*.⁸⁹

⁸⁸ UNE – Høring – Endringer I utlendingsloven – Innstramninger II (2016), punkt 4.5.1.

⁸⁹ Grahl-Madsen (1983), s. 23.

Litteraturliste

Loaver

Utlendingsloven - Lov 15. mai 2008 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

Menneskerettighetsloven - Lov 21. mai 1999 om styrkning av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

Forarbeider

NOU 2004: 20 Ny utlendingslov.

Ot.prp. nr. 75 (2006-2007), om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

Prop. 16 L (2015-2016) Endringer i utlendingsloven (innstramminger).

Prop. 90 L (2015-2016) Endringer i utlendingsloven mv. (innstramminger II).

Juridisk litteratur

Grahl-Madsen (1983) - Grahl-Madsen, Atle, Identifying the world's refugees, publisert 01.05.83.

Einarsen (2000) - Einarsen, Terje, Retten til vern som flyktning, (Bergen 2000).

Vevstad (2010) – Vevstad (red.), Vigdis, Utlendingsloven – Kommentartutgave, (Oslo 2010).

Einarsen (2012) - Einarsen, Terje, «kapittel 4 – beskyttelse», I, Utlendingsloven Kommentartutgave, Vigdis Vevstad (red.), (2010) – (sist sjekket på www.kommentartutgaver.no 05.12.18).

Betts (2011) - Betts, Alexander, Global Migration Governance, (Oxford 2011).

Øyen (2013) - Øyen, Øyvind Dybvik, mfl., Lærebok i utlendingsrett, (Oslo 2013).

Einarsen (2015) – Einarsen, Terje, Gyldendal Rettsdata - Norsk lovkommentar online til utlendl. § 28 femte ledd.

Shultz (2017) - Schultz, Jessica, The Internal Protection Alternative in Refugee Law: Treaty basis and scope of application under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, (Bergen 2017).

NOAS

Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS), rapporten «Rikets tilstand på asylfeltet», (2016), (sist sjekket på NOAS hjemmeside www.riketstilstand.noas.no/internflukt den 04.12.18).

NOAS, *Strengest i klassen? – En kartlegging av Afghanistan-praksis i vesteuropeiske land*, Oslo, 2018.

Høringsnotat og høringsuttalelser i forbindelse med innstramningene i utlendingsloven

Justis- og beredskapsdepartementet, Høringsnotat – Endringer i utlendingsloven (innstramminger II), desember 2015.

UNE – Høring – Endringer i utlendingsloven – Innstramminger II, 29.12.15.

Einarsen (2016) – Einarsen, Terje, Høringsuttalelse – Endringer i utlendingsloven (innstramminger II), 09.02.16.

Advokatforeningens høringsuttalelse om internflukt – Høringsuttalelse: Endringer i utlendingsloven, 12.02.16.

UNHCR observations on the proposed amendments to the Norwegian Immigration Act and Regulation: Høring – endringer i utlendingslovgivningen (innstramminger II), 12.02.16.

Offentlige dokumenter

Justis og beredskapsdepartementets instruks - GI-14/2016 – revidert instruks om tilbakekall av flyktningsstatus og oppholds-tillatelse når beskyttelsesbehovet er bortfalt, jf. utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e og f (sist sjekket på regjeringens hjemmeside den 03.12.18).

UDI og UNE

UDI praksisnotat - UDIs praksisnotat om asylpraksis fra Afghanistan (sist sjekket på UDI sine hjemmesider den 18.11.18).

UNE, høringsuttalelse - Utlendingsnemda UNE (2016) Høringsuttalelse – endringer i utlendingsloven – innstramminger II, 09.02.16.

UNEs Stornemdsavgjørelse om internflukt i Kosovo, referanse: 7160183048, desember 2006.

Internasjonale rettskilder

Flyktningskonvensjonen - Convention relating to the Status of Refugees, 28. Juli 1951.

Menneskerettighetskonvensjonen, EMK - European Convention on Human Rights, Roma 4. november 1950.

Torturkonvensjonen - Convention against Torture and other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment, 26. Juni 1987.

SP-konvensjonen - International Convent on Civil and Political Rights, 16. Desember 1966.

Barnekonvensjonen – Convention on the Rights of the Child, 20. November 1989.

UNHCR Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Afghanistan, 30. august 2018.

UNAMA, Afghanistan – Protection of Civilian in Armed Conflict Annual Report, 2016
Kabul.

Directive 2011/95/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and the content of the protection granted (recast).

UNAMA, Afghanistan Midyear Report 2016 Protection of Civilians in Armed Conflict, juli 2016.

Amnesty - The State of The World's Human Rights – Afghanistan, 24.02.16.

UNHCR

Håndboken, 1979 - UNHCR, Handbook on Procedures on Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relation to the Status of Refugees (1979).

Håndboken, revidert 2011 - Handbook and guidelines on procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relation to the Status of Refugees, Reissued Genève 2011.

Retningslinjer om internflukt for afghanske asylsøkere, 2018 - UNHCR (2018) UNHCR Eligibility guidelines for assessing the international protection needs of asylum-seekers from Afghanistan, 30.08.18.

Norsk rettspraksis

Norges Høyesterett, 2010 - RT-2010-858.

Oslo tingrett, 2011 - TOSLO-2011-128893.

Norges Høyesterett, 2011 - RT.2011 s.1481.

Norges Høyesterett, 2012 - RT.2012 s. 1985.

Oslo tingrett, 2014 - TOSLO-2014-118356.

Norges Høyesterett, 2015 - RT.2015 s. 1388.

Borgarting lagmannsrett, 2017 - LB-2017-33513.

Borgarting lagmannsrett, 2017 - LB-2017-673235.

Høyesterett, 2017 - HR-2017-569-A.

Oslo tingrett, 2018 - TOSLO-2018-5497.

Norges Høyesterett, 2018 - HR-2018-572-A.

EMD

Saleh Sheekh v. Nederland, 2007 - EMDs dom av 11. januar 2007 i saken Saleh Sheekh mot Nederland.

Sufi og Emli v. Storbritannia, 2011 - EMDs dom av 28. juni 2011 i saken Sufi og Elmi mot Storbritannia.

Husseini v. Sverige, 2011 - EMDs dom av 13. oktober 2011 i saken Husseini mot Sverige.

Tarakhel v. Sveits, 2014 - EMDs dom av 22. desember 2014 i saken Tarakhel mot Sveits.

