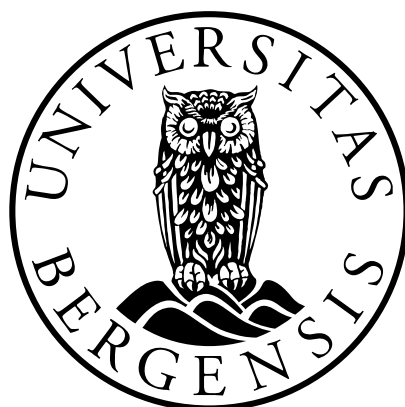


Konstitusjonelle skranker for begrensning av asylretten i Norge og Sverige

Kandidatnummer: 85

Antall ord: 14851



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2018

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	3
1.1 Tema og problemstilling	3
1.2 Kort om aktuell politisk og rettslig kontekst	3
1.3 Presisering av emnet og avgrensninger	5
1.3.1 Asylretten	5
1.3.2 Konstitusjonelle skranker	7
1.4 Fremstillingen videre	7
2. Metodespørsmål	9
2.1 Betydningen av internasjonal rett ved tolking av de to konstitusjoner	9
2.2 Anvendelse av funksjonell komparativ metode	12
3. Asyl som internasjonalt rettsinstitutt	15
3.1 Verdenserklæringen for menneskerettigheter	15
3.2 FNs Flyktningkonvensjon	15
3.3 Protokollen 1967	18
3.4 UNHCR	18
3.5 Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen	19
3.6 Den Europeiske Unionen	20
4. Norge	23
4.1 Rettshistorisk perspektiv	23
4.2 Utlendingsloven	25
4.3 Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda	26
4.4 Grunnloven	26
4.4.1 Grunnloven § 92	29
4.4.2 Grunnloven § 93	31
5. Sverige	35
5.1 Rettshistorisk perspektiv	35
5.2 Utlänningslagen	37
5.3 Migrationsverket, Migrationsdomstolen og Migrationsöverdomstolen	39
5.4 Regeringsformen	40
5.4.1 Regeringsformen 2 kapittel 5 §	41
5.4.2 Regeringsformen 2 kapittel 19 §	42
5.5 EU	43
6. Komparativ analyse	45
6.1. Likheter og forskjeller ved systemene	45
6.2 Bakgrunn for likheter og ulikheter	47
6.3 Kritisk evaluering	51
7. Avsluttende bemerkninger	54
8. Kilderegister	56

1. Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgaven tar sikte på å undersøke de konstitusjonelle skranker som eventuelt gjelder og må respekteres dersom lovgiver vil begrense asylretten i Norge og Sverige. Med andre ord handler oppgaven om hvorvidt og hvor langt den norske og den svenske konstitusjonen beskytter asylretten. Problemstillingen omfatter en komparativ analyse, der likheter og forskjeller mellom det svenske og norske konstitusjonelle vernet av asylretten drøftes.

1.2 Kort om aktuell politisk og rettslig kontekst

Asylpolitikk er blant de mest omdebatterte temaene de siste årene, og særlig i etterkant av den store flyktningstrømmen til Europa høsten 2015. I løpet av 2015 kom det 31 145 søknader om beskyttelse til Norge¹ og 162 877 søknader om beskyttelse til Sverige². I ettertid har reglene i begge land blitt strammet inn som en direkte følge av det store antallet flyktninger³. Forholdet til eventuelle konstitusjonelle skranker synes ikke å ha vært noe viktig tema i debatten, hvis det i hele tatt har vært drøftet.

Asylretten i moderne versjon bygger særlig på forestillinger om menneskerettighetene, internasjonalt samarbeid for å ivareta flyktninger, og folkerett. Viktige globale normer og institusjoner omfatter FNs universelle rettighetserklæring fra 1948 art 14, FNs flyktningkonvensjon fra 1951 med protokollen av 1967 og FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR) etablert i 1950. Asylrettslige normer er også utviklet på regionalt plan i tillegg til nasjonalt plan, for eksempel i regi av EU og Europarådet inklusive EMK og EMD for Europas del.

Både Sverige⁴ og Norge⁵ er i utgangspunktet konstitusjonelt sett dualistiske land. Dette innebærer at alminnelig folkerett og internasjonale konvensjoner ikke automatisk blir del av

¹ Utlendingsdirektoratet: Hvor mange søkte om beskyttelse?

² Migrationsverket (2016): Inkomna ansökningar om asyl, 2015.

³ NRK; Vatnøy; Kjærli; (2015).

Sveriges Riksdag (2016) Socialförsäkringsutskottets betänkande 2015/16:SfU16.

⁴ NJA 1973 s. 438, RÅ 1974 ref. 61. SOU 2008:125 s. 484.

⁵ Rt. 1997 s. 580 (s. 594).

og gjeldende i nasjonal rett, men må gjennomføres ved særskilt rettsakt dersom en folkerettslig regel skal gjelde på linje med eller med forrang fremfor nasjonal lov. Folkerett kan likevel være en tolkningsfaktor, for eksempel i norsk rett, i samsvar med presumsjonsprinsippet (se nærmere nedenfor avsnitt 2.1).

I Norge gjelder det imidlertid sektormonisme på utlendingsfeltet, ved at internasjonale regler gjelder dersom de er bindende for Norge og til gunst for utlendingen⁶. Dette fremkommer gjennom utlendingsloven § 3⁷, som sier at ”loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling”.

For Sveriges del siteres flyktningkonvensjonen art. 1 A nr. 2 nærmest bokstavelig i utlänningslagen 4 kap § 1⁸, som stiller opp kriteriene som må være oppfylt for å falle innunder begrepet ”flyktning”. Sverige har dermed en dualistisk tilnærming i form av transformasjon av flyktningbegrepet til flyktningkonvensjonen.

Viktige elementer i det som skal forklares mer utførlig som ”asylretten” nedenfor er altså tatt inn i den norske utlendingsloven og den svenske utlänningslagen ved hjelp av henholdsvis sektormonisme og transformasjon. Dette innebærer at retten til asyl i utgangspunktet i hvert fall delvis er beskyttet gjennom ordinær lovgivning i Sverige og Norge.

Hvorvidt retten til asyl har ytterligere beskyttelse gjennom konstitusjonen er et relevant spørsmål ettersom dette har betydning både ved tolkning av reglene, ved motstrid med andre regler og dersom det blir spørsmål om endring av reglene. Uten en konstitusjonell beskyttelse av retten til asyl kan den innskrenkes og eventuelt helt avvikles på nasjonalt plan gjennom ordinære prosesser for lovendring, etter henholdsvis Grunnloven § 76 (Norge) og Regeringsformen 8 kap 18 § (Sverige)⁹.

Norge og Sverige har mye til felles, også utover den konstitusjonelle unionen 1814-1905, og likheter på flere rettsområder. Samtidig finnes det også forskjeller i rettssystemene som i visse

⁶ Øyen (2018) s. 33.

⁷ Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven). Lov-2008-05-15-35.

⁸ Utlänningslag (2005:716). Svensk författningssamling 2005:716.

⁹ Kongeriket Norges Grunnlov. LOV-1814-05-17.

Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform. Svensk författningssamling 1974:152.

situasjoner kan gi store utslag. Det kan derfor være interessant å undersøke nærmere om et internasjonalt og i dag politisk omstridt regelsett som asylretten, har ulikt konstitusjonelt vern i de to landene.

1.3 Presisering av emnet og avgrensninger

1.3.1 Asylretten

I 1993 skrev Canadas Høyesterett at

”International refugee law was formulated to serve as a back-up to the protection one expects from the State of which an individual is a national. It was meant to come into play only when that protection is unavailable, and then only in certain situations”¹⁰.

De internasjonale reglene om flyktninger er altså et surrogat og et substitutt, som trer i kraft når borgere ikke får beskyttelsen de har krav på av den staten som egentlig er forpliktet til dette¹¹.

Flere av de sentrale reglene følger av Flyktningkonvensjonen 1951 (se mer i pkt. 3.2). I det følgende skal det gis en kortfattet oversikt over regelsystemet i denne konvensjonen, med henvisning til et av standardverkene på området (”The Rights of Refugees under International Law”)¹², av James C. Hathaway. Utgangspunktet er at visse rettigheter gjør seg automatisk gjeldende når en konvensjonsflyktning befinner seg i et land som er bundet av konvensjonen, og varer så lenge flyktningen er i landet¹³. Andre rettigheter trer i kraft når flyktningen er registrert juridisk i landet¹⁴ og atter andre gjør seg gjeldende når flyktningen har fått oppholdstillatelse¹⁵. En forutsetning for at konvensjonsrettighetene skal kunne påberopes er at kravene til ”flyktning” i Flyktningkonvensjonen art 1 A (2) er oppfylt¹⁶.

¹⁰ Canada v. Ward (1993) 103 DLR 4th 1 (CAN. SC, June 30,1993) s. 33-34.

¹¹ Hathaway (2005) side 4.

¹² Hathaway (2005).

¹³ *Ibid* s. 278.

¹⁴ *Ibid*.

¹⁵ *Ibid* s. 730.

¹⁶ *Ibid* s. 278.

Rettighetene som trer i kraft før flyktningstatus formelt er oppnådd, er blant annet en rett til adkomst og et vern mot å bli returnert til hjemlandet¹⁷. Det innebærer også vern mot vilkårlig fengsling og straff for å søke beskyttelse, rett til grunnleggende sikkerhet, essensielle behov, eiendom, familie, tankefrihet og religionsfrihet samt skolegang for barn¹⁸. Man har videre rett til innsyn i dokumenter staten bruker for å bestemme identitet og status på vedkommende¹⁹. Videre har man rett til å håndheve disse rettighetene, og få en eventuell klage på brudd av disse rettighetene behandlet²⁰. Dette gjelder hele perioden personen har status som flyktning²¹.

Når en person er juridisk registrert i landet trer ytterligere rettigheter i kraft²². En person er ”juridisk registrert” i tre sammenhenger²³. Det første er tidsperioden når søknaden blir autorisert, den andre er når søknaden og eventuelle klager behandles og den tredje er dersom søknaden ikke blir behandlet av vertsstaten²⁴. Rettighetene som da trer i kraft er et materielt og prosessuelt vern mot alle former for utvisning, et presumptivt vern mot intern flytting og en rett til å sysselsette seg selv (som ikke omfatter rett til lønnet arbeid)²⁵.

Når flyktningen formelt har fått midlertidig eller permanent oppholdstillatelse i landet, kan vedkommende ta seg lønnet arbeid, praktisere en profesjon, organisere seg, skaffe seg egen bolig og benytte seg av velferdssystemer²⁶. Disse tiltakene er en måte å fremme integrering i samfunnet på²⁷.

På lengre sikt har en flyktning flere alternativer²⁸, f.eks. returnere til hjemlandet. Flyktningen behøver imidlertid ikke gjøre det, da vedkommende også kan skape seg et liv i asylstaten²⁹. I tilfellene der situasjonen vesentlig endrer seg til det bedre i flyktningens hjemland, kan

¹⁷ *Ibid* s. 279.

¹⁸ *Ibid*.

¹⁹ *Ibid*.

²⁰ *Ibid*.

²¹ *Ibid* s. 657.

²² *Ibid*.

²³ *Ibid* s. 658.

²⁴ *Ibid*.

²⁵ *Ibid* s. 657.

²⁶ *Ibid* s. 731.

²⁷ *Ibid*.

²⁸ *Ibid* s. 913.

²⁹ *Ibid* s. 914.

flyktingen bli pålagt å returnere³⁰. Flyktingen kan også frivillig returnere til tross for at tilstanden i hjemlandet ikke er forbedret³¹. Videre kan flyktingen velge å innvandre til en annen medlemsstat enn den som har gitt beskyttelsen, dersom den andre staten tillater innvandring på et nytt grunnlag (f.eks. på grunn av ekteskap/familie)³². Et siste alternativ er at flyktingen og vertslandet formaliserer flyktingens forhold til landet ved at flyktingen innvilges statsborgerskap. Felles for de fire siste alternativene er at beskyttelsen etter Flyktningkonvensjonen opphører³³.

Asylretten kan med andre ord vise til mange ulike former for rettigheter, gjennom prosessen fra flyktingen ankommer vertslandet. I denne oppgaven er drøftelsen konsentrert rundt vernet mot utsendelse der flyktingen risikerer tortur, forfølgelse eller umenneskelig eller fornedrende behandling eller straff. Dette er ofte omtalt som prinsippet om non-refoulement. I den forbindelse vil jeg se på bestemmelser i den svenske og norske konstitusjonen der det etter bestemmelsens ordlyd kan innfortolkes et slikt vern.

1.3.2 Konstitusjonelle skranker

Konstitusjonelle skranker forstås i denne oppgaven som de grensene de formelle, skrevne grunnlovene oppstiller. I denne sammenhengen ser jeg da først og fremst på Grunnloven for Norges del og Regeringsformen for Sveriges del. Sverige har fire dokumenter av grunnlovs rang³⁴. Dette er Regeringsformen, Tryckfrihetsförordningen, Yttrandefrihetsgrundlagen og Successionsordningen. Av disse er det Regeringsformen som regulerer grunnleggende friheter og rettigheter.

1.4 Fremstillingen videre

I den videre fremstillingen vil jeg først i avsnitt 2 redegjøre for grunnlovstolking i lys av relevant internasjonal rett og for den funksjonelle komparative metode, som jeg har tenkt å bruke senere i oppgaven.

³⁰ *Ibid* s. 916.

³¹ *Ibid*.

³² *Ibid*.

³³ *Ibid*.

³⁴ Sveriges Riksdag (2012) Grundlagarna.

Videre, i hoveddelen, vil asylretten gjennomgås (avsnitt 3), slik at det folkerettslige utgangspunktet for oppgavens tema klargjøres. Dette vil kun være en kort og deskriptiv redegjørelse for de mest sentrale internasjonale forpliktelsene, da en nærmere drøftelse av folkerettslige forpliktelser ligger utenfor oppgavens rammer.

Oppgaven vil så behandle landene separat. Først vil jeg ta for meg Norge (4), og begynne med et rettshistorisk perspektiv på asylretten i Norge. Et slikt perspektiv kan belyse hvordan den norske lovgiveren har forholdt seg til de internasjonale reglene om asyl gjennom de siste 100 årene, og dermed bidra til økt innsikt i bakgrunnen for dagens regler om asyl. I 2014 ble en rekke menneskerettigheter innført i Grunnloven i forbindelse med 200-årsjubileet. Asylretten ble også vurdert, men den var ikke blant rettighetene som til slutt ble tatt inn. Debatten rundt dette vil behandles i neste punkt. Videre vil de bestemmelsene i Grunnloven som anses mest relevante for non refoulement-prinsippet behandles, og det er Grunnloven §§ 92 og 93.

Deretter vil jeg ta for meg Sverige, og gjøre det samme i relasjon til svensk rett (5). Det innebærer at Regeringsformen vil studeres nøye, og da særlig Regeringformen 2 kap 5 § og 2 kap 19 § ettersom disse bestemmelsene anses som mest treffende i relasjon til prinsippet om non refoulement.

Vernet av asylretten i den norske Grunnloven og den svenske Regeringsformen skal så sammenliknes (6). Her vil jeg ta i bruk funksjonell komparativ metode. Resultatet vil også analyseres, og da særlig forskjellene som avdekkes mellom Grunnloven og Regeringsformen. Bakgrunnen for forskjellene vil også undersøkes, for å se hvorfor ting eventuelt er løst på ulike måter i Norge og Sverige.

Noen avsluttende bemerkninger følger i avsnitt 7.

2. Metodespørsmål

2.1 Betydningen av internasjonal rett ved tolking av de to konstitusjoner

Det vil her redegjøres for enkelte tolkningsprinsipper i tilfeller der internasjonal rett direkte eller indirekte inngår i konstitusjonene i Norge og Sverige. I praksis gjelder dette materielle normer og regler som ikke er eksplisitt vedtatt av Stortinget eller Riksdagen, men som de nasjonale domstolene skal føre kontroll med ettersom de likevel er gjort til en integrert del av nasjonal rett³⁵.

Både Sverige og Norge er som allerede nevnt dualistiske stater³⁶. Presumsjonsprinsippet og konvensjonskonform fortolkning modifierer dette. Det innebærer at nasjonale lover og regler så langt det går skal tolkes i samsvar med de internasjonale forpliktelsene, for å forhindre motstrid³⁷.

Utgangspunktet for tolkning av den norske Grunnloven er grunnlovsteksten³⁸. Den kan imidlertid ikke alltid tolkes bokstavelig, men må forstås i lys av tiden de enkelte bestemmelsene ble til på³⁹. Flere av bestemmelsene er gamle. Man har av den grunn tradisjonelt lagt mindre vekt på forarbeider til grunnlovsbestemmelser enn ved vanlig lovtolkning⁴⁰.

I forbindelse med 200-årsjubileet til Grunnloven og innføringen av flere nye menneskerettigheter i kapittel E, ble det også vurdert om det skulle inntas en ”tolkningsparagraf” i Grunnloven⁴¹. Ifølge Menneskerettighetsutvalget, som ble nedsatt for å utrede og fremme forslag om å gi sentrale menneskerettigheter grunnlovs rang, er fordelen med en slik bestemmelse at den vil sikre at rettighetsbestemmelsene gis det samme vernet etter Grunnloven som etter konvensjonene⁴².

³⁵ Stern; Österdahl; Lind (2012) s. 157.

³⁶ SOU 2008:125 En reformerad grundlag s. 484.

³⁷ Skodvin (2014). Store Norske Leksikon.

³⁸ Dok 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven s. 86.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid* s. 87.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid* s. 89.

Samtidig skriver Menneskerettighetsutvalget i sin vurdering at en generell tolkningsbestemmelse vil være vanskelig å utforme, da det er stor forskjell på de ulike rettighetsbestemmelsene og deres tilknytning til en internasjonal konvensjon⁴³. Videre skriver utvalget at en tolkningsparagraf kan forhindre en dynamisk utvikling av tolkningsprinsipper og utvikling av menneskerettighetene i Norge⁴⁴.

Kontroll- og konstitusjonskomiteen kom til samme vurdering, og skriver at

”det er grunnleggende rettighetsteori at prinsipper får sitt nærmere innhold klarlagt nettopp gjennom tolking i enkelttilfeller”⁴⁵.

På bakgrunn av dette må man altså legge til grunn en dynamisk og samtidsorientert tolkning av menneskerettighetene i Grunnloven⁴⁶.

Menneskerettighetsutvalget oppstiller imidlertid noen retningslinjer for tolking av Grunnloven når det skriver at

”Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser må i fremtiden tolkes i lys av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og praksis knyttet til disse⁴⁷”.

Et eksempel på dette er Grunnloven § 93, som regulerer retten til liv og forbudet mot umenneskelig og fornedrende behandling. Ifølge Menneskerettighetsutvalget er

”bestemmelsen bygget opp med EMK artikkel 3 som forbilde, og det er en forutsetning at den nye Grunnloven § 93 skal forstås i lys av EMDs praksis på området, også hva gjelder retur av asylsøkere⁴⁸”.

Høyesterett har tatt hensyn til dette i flere dommer og lagt sin tolking tett opp mot EMK og EMDs praksis⁴⁹. I Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57, også kalt Maria-saken, legger førstvoterende til

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid* s. 90.

⁴⁵ Innst. 186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag, s. 20.

⁴⁶ Bårdsen (2017) Høyesterett og dynamisk tolking av EMK s. 10.

⁴⁷ Dok 16 (2011-2012), s. 90.

⁴⁸ *Ibid* s. 205.

⁴⁹ Bårdsen (2017) s. 12.

grunn at Grunnloven § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men understreker likevel:

”Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser”.

Tolking av den svenske grunnloven har mye til felles med tolking av den norske. Generelt skal grunnlov tolkes som vanlig lov, med særlig hensyn til lovgivers vilje og de hensyn den konkrete regelen er ment å ivareta⁵⁰.

Sverige hadde en grunnlovsrevisjon i 2010, da en rekke grunnleggende fri- og rettigheter ble innlemmet i Regeringsformen⁵¹. Det blir her lagt til grunn at svensk rett skal tolkes i samsvar med for Sverige bindende internasjonale forpliktelser, altså konvensjonskonform fortolkning⁵². Det fremgikk imidlertid ingen ytterligere redegjørelse for hvordan de internasjonale rettighetene i Regeringsformen skal tolkes⁵³. Det man kanskje kunne stille spørsmål om, er om det ikke må ligge implisitt i en konvensjonskonform tolkning at det er Wien-konvensjonens prinsipper for tolking av konvensjoner (traktater) som må følges, jf. særlig dens art. 31-33. Men dette synes ikke å være avklart.

Flere av bestemmelsene i Regeringsformen er rettet mot statsmaktene og lovgiver, og kan dermed kun teoretisk sett bli prøvet i domstolene⁵⁴. Kapittel 2, som regulerer grunnleggende fri- og rettigheter, er imidlertid blant bestemmelsene som er best egnet for domstolsprøving⁵⁵. Prøvingsretten har tradisjonelt sett vært mer kontroversiell i Sverige⁵⁶. Det har vært en frykt for at folkesuverenitetsprinsippet uthules, domstolene får mer makt og retten politiseres⁵⁷. Frem til 2010 kunne prøvingsretten bare anvendes på lover vedtatt av Riksdag og regjering dersom motstriden med konstitusjonelle regler var åpenbar⁵⁸.

⁵⁰ Stern; Österdahl; Lind; side 163.

⁵¹ Prop 2009/10:80.

⁵² *Ibid* s. 148.

⁵³ Stern; Österdahl; Lind; side 159.

⁵⁴ Bull; Sterzel (2015) s. 35.

⁵⁵ *Ibid*.

⁵⁶ *Ibid* s. 253.

⁵⁷ Stern; Österdahl; Lind; s. 163.

⁵⁸ Prop 2009/10:80 En reformerad grundlag, s. 145.

Sverige opplever også i stor grad at EU-medlemskapet påvirker retten, og at betydningen av de svenske forarbeidene derav kan endres⁵⁹. Det er i den sammenheng lagt vekt på generelle rettsprinsipper som forutberegnelighet og proporsjonalitet, og betydningen av disse når ulike rettssystem skal forenes⁶⁰.

2.2 Anvendelse av funksjonell komparativ metode

Funksjonell komparativ metode vil anvendes for å undersøke forskjellene mellom vernet asylretten har i svensk og norsk grunnlov. Denne metoden er beskrevet i ”An Introduction to Comparative Law” av Konrad Zweigert og Hein Kötz⁶¹, kapittel A del 3.

Metodens utgangspunkt er funksjonalitet, ved at reglene må fylle den samme funksjonen i samfunnet. I dette konkrete tilfellet er både Regeringsformen og Grunnloven konstitusjoner. I kraft av dette fyller de samme funksjon i henholdsvis det norske og svenske samfunnet.

Oppgavens problemstilling er som nevnt ”konstitusjonelle skranker for begrensning av asylretten i Norge og Sverige”. Den er utformet på bakgrunn av den funksjonelle komparative metoden, ved at den ikke inneholder henvisninger til det ene rettssystemet, eller på annen måte er farget av hvordan ett av systemene har løst spørsmålet⁶².

Metoden krever at alle relevante rettskilder skal inkluderes, og ikke bare de man anvender i sitt eget rettssystem⁶³. Disse kildene må videre tillegges sin rette verdi og vekt⁶⁴. Norge og Sverige tilhører den nordiske rettstradisjonen, og har elementer fra både common law og civil law-tradisjonene⁶⁵. Mange av de samme rettskildene, som lovforarbeider og rettspraksis, vektlegges i rettsanvendelsen. Sverige er imidlertid EU-medlem, og følgelig bundet av flere EU-direktiver enn hva Norge er.

⁵⁹ Stern; Österdahl; Lind s. 163.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Zweigert; Kötz (1998).

⁶² *Ibid* s. 35.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid* s. 36.

⁶⁵ *Ibid* s. 277.

Mange ulike faktorer kan ha betydning for utviklingen av et rettssystem. Norge og Sverige har mye til felles, og dermed tilsvarende reguleringer i mange spørsmål. Det finnes imidlertid forskjeller som kan gi utslag i rettssystemene. Blant disse forskjellene er svensk medlemskap i EU, norsk medlemskap i NATO og ulike posisjoner under 2. verdenskrig. Språkene er svært like, men det er likevel viktig å merke seg at det samme ordet kan ha forskjellig betydning i hvert av språkene.

En hovedregel innenfor metoden er at ulike rettssystemer ofte gir like løsninger på de samme problemene, alle faktorer tatt i betraktning⁶⁶. Unntaket er regler tett knyttet opp til nasjonal moral, etikk eller religion. I slike tilfeller er det heller ikke rimelig å forvente at det reguleres likt⁶⁷. Det kan dermed også være vanskelig å peke ut den mest hensiktsmessige regelen⁶⁸.

Hovedregelen er nyttig først og fremst av to grunner⁶⁹. For det første er det lettere å navigere i et fremmed lands rettssystem, ettersom søket etter regelen kan begynne der man finner den i sitt eget rettssystem⁷⁰. Det gir også trygghet når resultatet av analysen foreligger. Har man kommet til et resultat der rettssystemene har likhetstrekk er undersøkelsen antakeligvis foretatt korrekt⁷¹. Har man derimot kommet til et resultat der rettssystemene avviker sterkt, bør man se over undersøkelsen og eventuelt endre problemstillingen⁷².

En funksjonell komparativ analyse består av flere steg. Før selve analysen må man redegjøre helt objektivt for hvordan rettssystemene løser spørsmålet⁷³. Denne oppgaven vil redegjøre for utlendingslovene til Sverige og Norge, og for de konstitusjonelle reglene der et vern mot asyl teoretisk sett kan innfortolkes.

Selve sammenlikningen er den mest utfordrende delen⁷⁴. Den vil avhenge sterkt av problemstillingen og rettssystemene, og det er derfor ingen konkrete kriterier for hvordan den

⁶⁶ *Ibid* s. 39.

⁶⁷ *Ibid* s. 40.

⁶⁸ *Ibid*.

⁶⁹ *Ibid*.

⁷⁰ *Ibid*.

⁷¹ *Ibid*.

⁷² *Ibid*.

⁷³ *Ibid* s. 43.

⁷⁴ *Ibid*.

skal utøves⁷⁵. Det skal imidlertid ikke være en gjentakelse av redegjørelsen for rettssystemene, og den skal være helt nøytral⁷⁶.

Dersom analysen viser forskjellige løsninger hos de ulike rettssystemene må man undersøke bakgrunnen for disse at forskjellene har oppstått, ut fra et helt nøytralt utgangspunkt⁷⁷. Dette kan være utfordrende, ettersom det er mange og ulike faktorer som potensielt kan virke inn⁷⁸. Man må også være åpen for faktorer utenfor lovgivningen, da et tema kan være regulert på andre måter enn juridisk⁷⁹.

Avslutningsvis må det foretas en kritisk evaluering av resultatene av undersøkelsen⁸⁰. I noen tilfeller vil en av de to løsningene fremstå som klart bedre enn den andre⁸¹. I andre tilfeller vil det være mer utfordrende å peke på en av løsningene som mer passende⁸². I blant kan man også tenke seg at det finnes et alternativ som er bedre enn begge de to eksisterende løsningene⁸³. Dette må vurderes nøye, og deretter gis en eksplisitt konklusjon⁸⁴.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid* s. 44.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid* s. 45.

⁸⁰ *Ibid* s. 46.

⁸¹ *Ibid* s. 46.

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

3. Asyl som internasjonalt rettsinstitut

3.1 Verdenserklæringen for menneskerettigheter

Menneskerettighetserklæringen ble vedtatt i Paris 10. desember 1948⁸⁵, og er en helt sentral del av det internasjonale samarbeidet for menneskerettigheter⁸⁶. Artikkel 14 nr. 1 tilsier at

”Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution”⁸⁷.

Formålet med denne bestemmelsen var å etablere rettigheter om internasjonalt individuelt asyl⁸⁸.

Tolkningen av denne menneskerettigheten har lenge vært omdiskutert⁸⁹. Det er klart at artikkelen ikke automatisk innebærer en rett til å få sin søknad formelt innvilget (*de jure* asyl)⁹⁰. Bestemmelsen oppstiller imidlertid et vern mot faktisk utvisning og retur av personer som risikerer forfølgelse, og som allerede oppholder seg i et fremmed land (*de facto* asyl)⁹¹.

Bestemmelsen har ett unntak, som fremkommer av artikkel 14 nr. 2. Unntaket tilsier at

”This right may not be invoked in the case of prosecutions genuinely arising from non-political crimes or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations”⁹².

3.2 FNs Flyktningkonvensjon

FNs flyktningkonvensjon av 1951 inneholder den universelle og generelle definisjonen av ”flyktning”⁹³. Dette er den viktigste bestemmelsen i konvensjonen, og er utgangspunktet for

⁸⁵ Strand (2016). Store Norske Leksikon (SNL).

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Universal Declaration of Human Rights art. 14 nr. 1.

⁸⁸ Einarsen (2011) s. 47.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Universal Declaration of Human Rights art. 14 nr. 2.

⁹³ Einarsen s. 40.

de øvrige rettighetene og pliktene konvensjonen stiller opp⁹⁴. Den fremkommer i artikkel 1 A nr. 2, og omfatter de som

”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”⁹⁵.

Formålet med bestemmelsen, og konvensjonen generelt, er å sikre at den staten som mottar en asylsøknad sørger for beskyttelse dersom asylsøkeren ikke får tilstrekkelig beskyttelse i sitt hjemland⁹⁶. Dette leses ut av at personen må befinne seg ”outside the country of his former habitual residence”, og samtidig ”is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country” som vedkommende er borger av⁹⁷.

Unntakene fremgår av artikkel 1 c-f. Dette gjelder personer som frivillig har returnert til sitt hjemland, ervervet nytt statsborgerskap og får beskyttelse av dette landet, eller at forholdene som anerkjente vedkommende som flyktning er bortfalt. Personer som får beskyttelse fra andre organer eller institusjoner enn FN eller UNHCR omfattes heller ikke av konvensjonen, i likhet med personer som har fått sine rettigheter anerkjent av sitt hjemland. Det samme gjelder personer som har gjort seg skyldig i krigsforbrytelser, forbrytelser mot fred eller menneskeheten, har begått en ikke-politisk forbrytelse utenfor landet som skal gi beskyttelse eller har handlet i strid med FNs formål og prinsipper.

Flyktningkonvensjonen er på mange måter en trepartsavtale. Statene pålegges både plikter overfor hverandre, og overfor personer som faller innunder definisjonen av flyktning i artikkel 1 A nr. 2⁹⁸. Konvensjonen har også til hensikt å fordele den byrden asylsøkere kan medføre på flere land⁹⁹. Dette fremkommer i konvensjonens fortale, der det står at

⁹⁴ *Ibid* s. 50.

⁹⁵ The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees art. 1 A nr. 2.

⁹⁶ Zimmermann; Mahler; (2011) s. 298.

⁹⁷ *Ibid*.

⁹⁸ Einarsen (2011), s. 40.

⁹⁹ *Ibid*.

”The High Contracting Parties (...) considering that the grant of asylum may place unduly heavy burdens on certain countries, and that a satisfactory solution of a problem (...) cannot therefore be achieved without international co-operation”¹⁰⁰.

En annen sentral bestemmelse er flyktningkonvensjonen art 33 nr. 1. Bestemmelsen tilsier at ”No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion”¹⁰¹.

Artikkelen innebærer et vern mot retur til forfølgelse eller tortur, og utgjør non refoulement-prinsippet¹⁰². Dette er en grunnleggende rettighet, og en hjørnestein i beskyttelsen av flyktninger og asylsøkerer¹⁰³. I mangel på en grunnleggende rett til å få innvilget asyl utgjør dette prinsippet en garanti mot å bli returnert til hjemlandet ved risiko for forfølgelse¹⁰⁴. Ingen stat har en positiv plikt til å innvilge søknader om asyl, men de har en negativ plikt til ikke å utvise personer som risikerer forfølgelse, selv om personens asylsøknad er avslått¹⁰⁵. Vedkommende kan imidlertid sendes til et trygt tredjeland¹⁰⁶. Statene har ikke anledning til å reservere seg mot denne bestemmelsen¹⁰⁷. Non refoulement-prinsippet er videre ansett som konstitusjonell sedvanerett¹⁰⁸. Dette innebærer at prinsippet er bindende for alle stater, uavhengig av hvilke konvensjoner staten er bundet av.

Artikkel 33 nr. 2 oppstiller imidlertid et unntak fra non refoulement-prinsippet. Det gjelder personer som anses som en fare for tilfluktslandets sikkerhet, eller har fått en endelig dom for en alvorlig forbrytelse og dermed utgjør en fare for samfunnet.

¹⁰⁰ The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, preamble.

¹⁰¹ The 1951 Relating to the Status of Refugees art. 33 nr. 1.

¹⁰² Einarsen s. 40.

¹⁰³ Kälin; Caroni; Heim (2011) s. 1335.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Kälin; Caroni; Heim (2011), s. 1341.

¹⁰⁸ *Ibid* s. 1344.

Konvensjonens artikkel 34 regulerer ”assimilation and naturalization of refugees”¹⁰⁹. Med ”assimilation” vises det til at statene skal tilrettelegge for at flyktninger enkelt kan lære seg språket og tilpasse seg det nye samfunnet, uten å behøve og gi slipp på sitt hjemlands tradisjoner¹¹⁰. Videre innebærer ikke ”naturalization” at flyktninger har rett til statsborgerskap i landet der man gis beskyttelse¹¹¹. Dette skal snarere leses som en oppfordring til de kontraherende statene¹¹². Spørsmål om statsborgerskap skal avgjøres av hver enkelt stat, og avgjørelsen skal tolkes i god tro¹¹³.

Både Norge og Sverige har ratifisert konvensjonen¹¹⁴. For Sveriges del skjedde dette 26. oktober 1954, mens Norge ratifiserte konvensjonen 23. mars 1953¹¹⁵.

3.3 Protokollen 1967

Flyktningkonvensjonen av 1951 inneholdt visse begrensninger da den først ble vedtatt. Den gjaldt da kun personer som fryktet forfølgelse på bakgrunn av hendelser i Europa etter utbruddet av 2. verdenskrig, og før 1. juli 1951¹¹⁶. Hensikten med protokollen av 1967 var å fjerne begrensningene på definisjonen av ”flyktning”, og dermed gjøre den universell¹¹⁷. Protokollen av 1967 ble altså først og fremst utformet av praktiske grunner, som et supplement til Flyktningkonvensjonen av 1951¹¹⁸.

3.4 UNHCR

FNs Høykommissær for flyktninger (UNHCR) ble opprettet i 1950¹¹⁹, som den første grunnpilaren av det internasjonale flyktningsamarbeidet¹²⁰. Funksjonen til Høykommissæren

¹⁰⁹ The 1951 Relating to the Status of Refugees art. 34.

¹¹⁰ Marx; (2011) s. 1449.

¹¹¹ *Ibid* s. 1451.

¹¹² *Ibid*.

¹¹³ *Ibid*.

¹¹⁴ UNHCR (United Nations High Commissioner for Refugees); States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol.

¹¹⁵ *Ibid*.

¹¹⁶ Einarsen (2011) s. 56.

¹¹⁷ *Ibid* s. 69.

¹¹⁸ *Ibid* s. 68.

¹¹⁹ *Ibid* s. 40.

fremkommer av Statuttene¹²¹. Ifølge kapittel 1 nr. 1 skal Høykommissæren sørge for at flyktninger får internasjonal beskyttelse, samt jobbe for en mer permanent løsning på verdens flyktningutfordringer. Høykommissæren skal også bistå arbeidet med retur av flyktninger til hjemlandet der det er mulig, samt integrering av flyktninger i deres nye samfunn.

Det fremkommer av Statuttene kapittel 1 nr. 2 at arbeidet til Høykommissæren skal relateres til ulike grupper og kategorier av flyktninger. Det skal videre være ikke-politisk, humanitært og sosialt.

3.5 Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen

Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) har ingen bestemmelser som direkte regulerer asyl eller flyktninger. Imidlertid har artikkel 3, som gir vern mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, fått anvendelse i saker som gjelder utsendelse av personer som risikerer nettopp dette. Det er altså et uttrykk for non refoulement-prinsippet.

Ifølge EMK art. 1 skal de kontraherende statene ”sikre enhver innen sitt myndighetsområde” rettighetene. Ordlyden av artikkel 1 tilsier at ikke bare borgere av den konkrete staten er vernet av rettighetene, men alle som oppholder innenfor et konkret ”myndighetsområde”. Dette inkluderer også utlendinger.

Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen (EMD) har tolket EMK art 3 dit hen at den innebærer et vern mot utsendelse til mishandling i andre land. Dette følger blant annet av *Soering mot Storbritannia* (1989)¹²². En tysk statsborger drepte sin kjærestes foreldre i USA, og flyttet deretter til Storbritannia. Britiske myndigheter ønsket å utlevere ham til USA. Han risikerte imidlertid lang ventetid på dødselle. Domstolen mente at dette var umenneskelig behandling, hans unge alder og psykiske problemer tatt i betraktning. Selv om forbudet mot utsendelse til umenneskelig behandling ikke fremgår direkte av ordlyden, mente domstolen at det måtte innfortolkes. Bakgrunnen er at slik utsendelse vil stride mot konvensjonens formål.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Statutes of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (14.12.1950).

¹²² *Case of Soering v. The United Kingdom* (1989).

I dommens avsnitt 91 er det uttalt at rett til beskyttelse gis når

”substantial grounds have been shown for believing that the persons concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treating or punishment in the requesting country”.

Det må altså være betydelig grunn til å tro at personen utsettes for en reell fare for tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling i landet vedkommende sendes til. Disse vurderingstemaene har i etterkant blitt brukt i alle lignende saker, inklusive typiske asylsaker¹²³. Alle myndigheter har i utgangspunktet rett til å bestemme hvilke utlendinger som skal få oppholde seg på den enkelte stats territorium, men EMK art 3 hindrer utsendelse til et sted der det er reell fare for tortur eller mishandling.

Det er videre slått fast i EMDs praksis at EMK art. 3 verner enhver form for utsendelse¹²⁴ som innebærer en slik fare, ethvert land¹²⁵ og enhver person¹²⁶. Med andre ord er ikke artikkel 3 relativ i den form at personens tidligere handlinger tas med i vurderingen. Beskyttelsen er absolutt. Det er ikke nødvendig at personen har ankommet statens territorium, dersom vedkommende er underkastet statens jurisdiksjonsmyndighet på grensen eller på det åpne hav, f.eks. at personen befinner seg ombord på et skip under statens flagg hvor det utøves offentlig myndighet.¹²⁷

3.6 Den Europeiske Unionen

EUs medlemsland er også bundet av EU-retten til å sikre asylretten med respekt for Flyktningkonvensjonen. Det fremkommer av EUs Charter for grunnleggende rettigheter art. 18 at

”The right to asylum shall be guaranteed with due respect for the rules of the Geneva Convention of 28 July 1951 and the Protocol of 31 January 1967 relating to the status

¹²³ Østerud (2018) s. 325.

¹²⁴ Case of Cruz Varas v. Sweden (1991).

¹²⁵ Case of Soering v. The United Kingdom (1989).

¹²⁶ Case of Chahal v. The United Kingdom (1996).

¹²⁷ Case of Hirsi Jama v. Italy (2012).

of refugees and in accordance with the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union”.

Sverige er EU-medlem og bundet av denne bestemmelsen. Ettersom Norge ikke er EU-medlem, er ikke EUs asylpolitikk bindende for Norge. Norge er imidlertid tilknyttet Dublin-samarbeidet¹²⁸. Dublin-regelverket inneholder prosessuelle regler om hvilket land som er ansvarlige for å behandle en konkret asylsøknad¹²⁹. Hovedregelen er det første asyllandsprinsippet¹³⁰, som innebærer at søknaden skal behandles i det første medlemslandet asylsøkeren kommer til¹³¹.

Ettersom dette samarbeidet forutsetter felles forståelse av reglene om beskyttelse etter Flyktningkonvensjonen, er CEAS opprettet. Common European Asylum System (CEAS) er EUs regelverk og system på asylområdet¹³². Her inngår flere direktiver. Disse direktivene er ikke bindende for Norge¹³³, men påvirker likevel vår utlendingsrett i stor grad¹³⁴. Regelverkene CEAS består av utgjør minimumsstandarder for EU-landenes asylpolitikk¹³⁵.

Statusdirektivet er ett av direktivene i CEAS, og dette ble vektlagt når utlendingsloven 2008 ble utformet¹³⁶. Statusdirektivet regulerer når en person anses som flyktning, eller av andre grunner har behov for beskyttelse¹³⁷. Definisjonen av ”flyktning” fremkommer av direktivets artikkel 2 C. Denne definisjonen har klare likhetstrekk med definisjonen i Flyktningkonvensjonen.

Artikkel 2 E regulerer subsidiær beskyttelse. Dette gjelder personer som ikke faller innunder definisjonen av flyktning i artikkel 2 C, men som risikerer alvorlig lidelse ved retur til

¹²⁸ ST.prp. nr. 57 (2002-2003).

¹²⁹ Meld. St. 9 (2009-2010) Norsk flyktning- og migrasjonspolitik i et europeisk perspektiv Pkt. 4.2.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Utlendingsdirektoratet: Dublin-samarbeidet.

¹³² EU Commission: The Common European Asylum System (CEAS).

¹³³ Meld. St. 9 (2009-2010) Pkt. 4.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ EU Commission: The Common European Asylum System (CEAS).

¹³⁶ Meld. St. 9 (2009-2010). Pkt. 4.1.

¹³⁷ Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004.

hjemlandet. For statsløse gjelder det landet der vedkommende har hatt sitt sedvanlige oppholdssted¹³⁸.

Prinsippet om non-refoulement fremgår av art. 21. Unntaksbestemmelsen i art. 21 nr. 2 har klare likheter med art. 33 nr. 2 i Flyktningkonvensjonen.

¹³⁸ Ibid art. 2 E.

4. Norge

4.1 Rettshistorisk perspektiv

Norges første utlendingslov var fremmedloven av 1901¹³⁹. Den var ikke særlig omfattende, men inneholdt blant annet meldeplikt for flyktninger ved varig opphold. Før 1901 hadde det vært liten regulering av innvandringen til riket. Unntaket var grunnlovsforbudet mot jesuitter, munkeordener og jøder¹⁴⁰, som ble endelig opphevet i 1956¹⁴¹.

I årene frem mot fremmedloven av 1927 ble det gradvis økende kontroll på innvandringsfeltet. Blant annet ble det vedtatt en provisorisk anordning i 1914, som regulerte registrering hos politiet blant reisende¹⁴². Dette ble lovfestet i 1915, og utvidet også adgangen til å utvise kriminelle utlendinger¹⁴³. I 1917 kom ytterligere lovendringer på plass, som blant annet innskjerping av utlendingers meldeplikt samt pass- og visumtvang¹⁴⁴.

Fremmedloven av 1927 kom som et resultat av flyktningstrømmen etter første verdenskrig¹⁴⁵. Loven inneholdt regler om oppholdstillatelse, avvisning, utvisning, samt selve saksbehandlingen¹⁴⁶, men også et absolutt forbud mot at sigøynere og ”andre omstreifere” tok seg inn i riket¹⁴⁷. Sikkerhetssituasjonen i Europa på 1930-tallet medførte en rekke innskjerper av fremmedloven av 1927. Dette gjaldt blant annet visumplikten, som tidligere hadde vært delvis opphevet. Etter 2. verdenskrig, på 1950-tallet, inngikk Norge nye visumfrihetsavtaler og multilaterale konvensjoner. Dette medførte en oppmyking av loven¹⁴⁸.

I 1956 ble lov om utlendingers adgang til riket mv vedtatt. Denne loven inneholdt to betydningsfulle endringer¹⁴⁹. Forbudet mot sigøynere ble opphevet, og dermed gjaldt bestemmelsen kun ”andre omstreifere”. Videre ble en ny bestemmelse om ”politisk asyl”

¹³⁹ NOU 2004:20. Ny utlendingslov. Pkt 3.5.1.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Ulvund (2017) Store Norske Leksikon.

¹⁴² NOU 2004:20. Pkt 3.5.1.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Østerud (2018) s. 25.

¹⁴⁶ NOU 2004:20. Pkt 3.5.1.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*, pkt 3.5.2.

inntatt, som følge av ratifiseringen av Flyktningkonvensjonen¹⁵⁰. I lovens § 2 ble alle konvensjonsgrunnene for ”flyktning” i Flyktningkonvensjonen art. 1 A nevnt. Reglene om non-refoulement fra Flyktningkonvensjonen art 33 ble inntatt i lovens § 17¹⁵¹.

I 1988 kom en ny utlendingslov på plass¹⁵². Lovens formålsbestemmelse tilsa at

”Loven skal gi grunnlag for vern mot forfølgelse for flyktninger og andre utlendinger som er forfulgt”.

Vern mot forfølgelse ble regulert av kapittel 3¹⁵³, med en direkte henvisning til definisjonen i Flyktningkonvensjonen artikkel 1 A¹⁵⁴. Anerkjennelse av flyktningsstatus innebar et rettskrav på asyl, med unntak oppstilt i § 17¹⁵⁵. Det ble også innført oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Dette gjaldt personer som ikke oppfylte kriteriene i flyktningdefinisjonen, men som likevel var vernet mot utsendelse¹⁵⁶. Non refoulement-prinsippet fremgikk av § 15.

En rekke lovendringer fant sted mellom 1988 og frem mot dagens utlendingslov i 2008. Tiltak mot manglende og forfalskede identitetsdokumenter var blant disse endringene¹⁵⁷. De bestod blant annet i en utvidet adgang til å samle inn foto og fingeravtrykk, samt pålegge meldeplikt eller bestemt oppholdssted¹⁵⁸.

I 1995 kom en midlertidig lov om kollektiv beskyttelse av flyktninger fra Bosnia-Hercegovina på plass¹⁵⁹. Asylsøknadene ble lagt til side for tre år, og i mellomtiden ble arbeids- og oppholdstillatelse innvilget¹⁶⁰. Denne loven hadde tidsbegrenset gyldighet¹⁶¹. Prinsippet om kollektiv beskyttelse fremgår i dag av utlendingsloven § 34, og ”kan iverksettes dersom det foreligger en massefluktsituasjon”¹⁶².

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid* pkt. 3.5.4.

¹⁵³ *Ibid* pkt 3.5.4.2.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ *Ibid* pkt. 3.5.4.3.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven). Lov-2008-05-15-35.

I 2003 måtte utlendingsloven endres for å tilpasses Dublin II-forordningen¹⁶³. Forordningen regulerer de prosessuelle delene av en asylsøknad. Realitetsbehandlingen følger av norsk rett og andre internasjonale forpliktelser.

4.2 Utlendingsloven

Dagens utlendingslov ble vedtatt i 2008 og trådte i kraft i 2010¹⁶⁴. Siden 1988 og den tidligere utlendingsloven hadde den kalde krigen fått en avslutning, det europeiske fellesskapet utviklet seg og innvandringen var fordoblet¹⁶⁵. Migrasjon hadde gått fra å være relativt ubetydelig, til å bli et av de viktigste teamene i internasjonalt og europeisk samarbeid¹⁶⁶.

Formålet med dagens lov fremgår av § 1. I bestemmelsens tredje ledd står det at

”Loven skal gi grunnlag for vern for utlendinger som har krav på beskyttelse etter alminnelig folkerett eller internasjonale avtaler som Norge er bundet av”.

Utlendingsretten i Norge bygger på sektormonisme fremfor dualisme, og dette kommer til uttrykk i § 3, der det står at

”loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling”.

På utlendingsfeltet er altså internasjonale regler en del av utlendingsretten, forutsatt at de er bindende for Norge og til gunst for utlendingen¹⁶⁷.

At loven skal tolkes i samsvar med menneskerettighetene innebærer blant annet at utlendingsloven § 28, som definerer begrepet ”flyktning”, skal tolkes likt som Flyktningkonvensjonen art. 1 A nr. 2. Ved motstrid går de internasjonale forpliktelsene foran norsk rett.

¹⁶³ NOU 2004:20. Punkt 3.5.4.3.

¹⁶⁴ Utlendingsloven (lov-2008-05-15-35).

¹⁶⁵ NOU 2004: 20. Punkt 3.2.1.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ Østerud (2018) side 32-33.

I de tilfellene der en person ikke oppfyller kriteriene for å anses som flyktning etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a, kan man søke beskyttelse etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav b. Kriteriene i denne bestemmelsen er at man

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

En ”flyktning” etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a-b, har rett til asyl i Norge, jf. utlendingsloven § 28 andre ledd. Oppholdstillatelse på grunnlag av asyl gis for tre år, jf. utlendingsloven § 60. Fornyelse og grunnlag for permanent oppholdstillatelse reguleres av utlendingsloven §§ 61 og 62.

Non refoulement-prinsippet fremgår av utlendingsloven § 73. Bestemmelsen utgjør et absolutt vern mot utsendelse i tilfeller der utlendingen faller innunder flyktningdefinisjonen i utlendingsloven § 28. Unntakene fremgår av bestemmelsens bokstav a og b.

4.3 Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda

Utlendingsdirektoratet (UDI) er førsteinstans i utlendingssaker og iverksetter asyl- og innvandringspolitikken¹⁶⁸. Klageinstans er Utlendingsnemnda (UNE)¹⁶⁹. UNEs vedtak er endelige, og kan ikke omgjøres med mindre det foreligger spesielle omstendigheter. En slik omstendighet kan være at det er tilkommet nye opplysninger i saken. Dersom man får avslag i UNE kan man saksøke staten, og få saken avgjort ved dom i rettssystemet.

4.4 Grunnloven

Asylretten er altså beskyttet av utlendingsloven og de internasjonale forpliktelsene Norge har. Den fremgår ikke direkte av den norske Grunnloven.

I forbindelse med grunnlovsjubileet i 2014 ble det foretatt flere store endringer av Grunnloven. Blant disse endringene var grunnlovsfesting av sentrale menneskerettigheter i kapittel E. I den forbindelse ble Menneskerettighetsutvalget nedsatt i 2009, for å utrede og

¹⁶⁸ Utlendingsloven § 75.

¹⁶⁹ Utlendingsloven §§ 76 og 77.

fremme forslag om å gi sentrale menneskerettigheter grunnlovs rang¹⁷⁰. Retten til asyl ble drøftet, men var ikke blant rettighetene som ble foreslått inntatt i Grunnloven.

Ifølge Menneskerettighetsutvalget er asylretten en del av vår ”kristne og humanistiske kulturarv”, jf formålbestemmelsen i Grunnloven § 2¹⁷¹. Bakgrunnen for at utvalget likevel ikke foreslo å grunnlovsfeste asylretten var flerdelt. Utvalget mente at en slik grunnlovsfesting ville gjøre asylretten mindre fleksibel for endringer som kan inntreffe på dette feltet¹⁷². Her viste de til at mange flykter fra dårlige levekår snarere enn forfølgelse, samt at klimaflyktninger ikke har status som reelle asylsøkere¹⁷³. Videre pekte de på at en slik bestemmelse ville være vanskelig å utforme, ettersom den måtte inneholde flere presiseringer og unntak¹⁷⁴. Det ble også vist til at Grunnloven § 93, som verner mot dødsstraff, tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, ivaretar mange av de samme hensynene¹⁷⁵. Menneskerettighetsutvalget påpekte også at retten til asyl ikke er inkludert i andre nordiske lands nasjonale konstitusjoner¹⁷⁶.

I en kommentar til Menneskerettighetsutvalgets forslag under høringsrunden, argumenterte imidlertid Dommerforeningens menneskerettighetsutvalg med at asylretten burde synliggjøres i Grunnloven¹⁷⁷. Det påpekes at denne retten er nedfelt i Verdenserklæringen om menneskerettigheter fra 1948 og FNs flyktningkonvensjon fra 1951 samt innfortolket i EMK av EMD (Europeiske Menneskerettighetsdomstolen)¹⁷⁸. Det vises også til at både Verdenserklæringen om menneskerettigheter og EUs Charter of Fundamental Rights har inntatt asylretten, til tross for at de også inneholder bestemmelser som tilsvarer Grunnloven § 93¹⁷⁹. Dommerforeningens menneskerettighets utvalg kom også med forslag til utforming av en slik rettighet¹⁸⁰.

¹⁷⁰ Stortinget: Vil grunnlovsfeste menneskerettigheter (2012).

¹⁷¹ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 204.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ Dommerforeningens menneskerettighetsutvalg (2012) pkt 2.

¹⁷⁸ *Ibid* s. 2.

¹⁷⁹ *Ibid* s. 3.

¹⁸⁰ *Ibid* side 3-4.

Storingsrepresentantene Trine Skei Grande og Hallgeir H. Langeland fremmet forslaget for kontroll- og konstitusjonskomiteen¹⁸¹, da de mente Menneskerettighetsutvalgets konklusjon var uheldig¹⁸². Begrunnelsen var at asylretten er en sentral menneskerettighet som ikke er kommet til uttrykk i vestlige lands konstitusjoner, i likhet med flere av rettighetene utvalget foreslo å grunnlovsfeste¹⁸³. Forslagstillerne mente videre at asylretten burde beskyttes på høyere konstitusjonelt nivå enn utlendingsloven¹⁸⁴. Det ble også vist at blant annet Dommerforeningens Menneskerettighetsutvalg støttet en slik bestemmelse¹⁸⁵.

Forslaget ble så behandlet i Kontroll- og konstitusjonskomiteen på Stortinget¹⁸⁶. Her viste komiteens flertall blant annet til at 65 % av dem som søker asyl får oppholdstillatelse, og at 90 % av disse igjen antas å ha et beskyttelsesbehov¹⁸⁷. Videre var flertallet uenig i at det faktisk at Flyktningskonvensjonen ikke inkluderer klimaflyktninger, er et argument mot å grunnlovsfeste asylretten¹⁸⁸. Mindretallet viste i stor grad til Menneskerettighetsutvalgets rapport¹⁸⁹, og at den detaljerte reguleringen som er nødvendig ved lovfesting av asylretten vanskeliggjør regulering i Grunnloven¹⁹⁰. Denne detaljerte reguleringen vil videre skape mindre fleksibilitet, og dermed være en utfordring ved fremtidige endringer¹⁹¹. Komiteens flertall stemte for et alternativ til ny grunnlovsbestemmelse i § 106 som lød slik: ”Enhver har rett til å søke asyl. De nærmere vilkår for innvilgelse av asyl fastsettes ved lov”¹⁹².

Forslaget ble behandlet i Stortinget 13. mai 2014¹⁹³. I replikkordskiftet argumenterte Arbeiderpartiets representant med at en grunnlovsfesting av asylretten ikke ville påvirke rettstilstanden, og at denne menneskerettigheten er sterkt utfordret i verden i dag¹⁹⁴. Fremskrittspartiets representant uttalte at grunnlovsfesting ville være uheldig ettersom

¹⁸¹ Dokument 12:14 (2011-2012) Grunnlovsforslag fra Trine Skei Grande og Hallgeir H. Langeland om rett til asyl.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ Innst. 184 S (2013-2014).

¹⁸⁷ *Ibid* s. 6.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ Innst. 184 S (2013-2014).

¹⁹⁰ *Ibid* s. 5.

¹⁹¹ *Ibid* s. 6.

¹⁹² *Ibid* s. 6.

¹⁹³ Stortinget (13.05.14 kl. 10) Sak nr. 5.

¹⁹⁴ *Ibid* s. 2482.

asylretten består av mange presiseringer og unntak¹⁹⁵. SVs representant pekte på at asylretten er under press. En grunnlovsfesting av retten vil beskytte den bedre mot politiske svingninger. Ettersom 83 av stortingsrepresentantene stemte for og 85 mot forslaget, fikk det ikke nødvendig flertall. Asylretten ble dermed ikke tatt inn i Grunnloven¹⁹⁶.

4.4.1 Grunnloven § 92

Grunnloven § 92 tilsier at

”Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter”.

Ordlyden av bestemmelsen har reist spørsmål om alle menneskerettighetene Norge er bundet av har grunnlovs vern.

Det fremgår av Innst 186 S (2013-2014) fra Kontroll- og konstitusjonskomiteen at bestemmelsen er en videreføring av den eldre Grunnlovens § 110 c, som tilsa at

”Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne¹⁹⁷.

Nærmere Bestemmelser om Gjennemførelsen af Traktater herom fastsættes ved Lov”.

Hensikten med den bestemmelsen var å gi et generelt uttrykk for menneskerettighetenes sentrale plass i norsk rett¹⁹⁸. Kontroll- og konstitusjonskomiteen uttrykte at bestemmelsen oppfylte denne intensjonen når de tok stilling til videreføring¹⁹⁹.

Kontroll- og konstitusjonskomiteens flertall (alle unntatt medlemmer fra Miljøpartiet de grønne og Høyre) skriver i Innst. 186 S (2013-2014) at

”flertallet mener det vil kunne oppnå misforståelser om hvilke internasjonale menneskerettigheter som har grunnlovs rang dersom henvisningen til internasjonale konvensjoner tas ut. (...) Flertallet presiserer at ingen fremtidige bindende ratifiserte traktater skal få grunnlovs rang uten å ha blitt vedtatt etter prosedyren i Grunnloven § 112²⁰⁰”.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ *Ibid* s. 2541.

¹⁹⁷ Innst. 186 S (2013-2014).

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.*

Norge har ratifisert Flyktningskonvensjonen og Verdenserklæringen om menneskerettigheter, og konvensjonene er juridisk bindende for Norge gjennom utlendingsloven § 3. Det fremkommer av menneskerettsloven²⁰¹ § 2 jf § 3 at Norge er bundet av EMK, hvor non refoulement-prinsippet kan innfortolkes i artikkel 3²⁰². Ordlyden av Grunnloven § 92 samt uttalelsene fra Kontroll- og konstitusjonskomiteen, kan dermed tolkes i retning av at disse bestemmelsene har grunnlovs rang etter Grunnloven § 92.

Dette tok Høyesterett stilling til i Holship-dommen HR-2016-2554-P²⁰³. Saken omhandlet en boikott fra Norsk Transportarbeiderforbund mot en dansk bruker av Drammen havn, som ikke ønsket å inngå tariffavtale for havnearbeidere ved Administrasjonskontoret i Drammen²⁰⁴. Høyesterett kom til at boikotten var ulovlig ettersom den hadde et ”rettstridig formål”, jf boikottloven § 2²⁰⁵. Riktignok var det overordnede målet arbeidstakernes interesser, men den innebar også en uakseptabel restriksjon av etableringsretten som fremgår av EØS-avtalen art 31²⁰⁶.

Høyesterett tok også stilling til innholdet i Grunnloven § 92. Dommer Skoghøy skriver i avsnitt 65 at

”Etter menneskerettsloven § 2 jf § 3 gjelder nærmere angitte internasjonale menneskerettskonvensjoner «som norsk lov» med forrang foran annen lovgivning. Enkelte konvensjoner er inkorporert ved annen lovgivning. Konvensjoner som er inkorporert ved lov, har i prinsippet lovs trinnhøyde”.

EMK er blant konvensjonene som menneskerettsloven § 2 inkorporer, inkludert art 3 der non refoulement-prinsippet er innfortolket. Flyktningskonvensjonen er inkorporert gjennom sektormonisme i utlendingsloven § 3, og er dermed blant konvensjonene som er inkorporert ved ”annen lovgivning”. Det fremgår imidlertid av utlendingsloven § 3 at internasjonale forpliktelser går foran norske regler.

²⁰¹ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). Lov 1999-05-21-30.

²⁰² Case of Soering v. The United Kingdom (1989).

²⁰³ HR-2016-2554-P.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ *Ibid.*

I avsnitt 67-70 i dommen viser dommer Skoghøy til at kontroll- og konstitusjonskomiteens uttalelser er vanskelige å kombinere med uttalelsen ”en henvisning til Norges internasjonale forpliktelser vil ikke endre dagens rettstilstand” i samme dokument. Han påpeker videre at

”hvis § 92 gir alle internasjonale menneskerettsbestemmelser som Norge var bundet av (...) grunnlovs rang, vil bestemmelsen ikke bare gjøre menneskerettsloven overflødig, men også de menneskerettsbestemmelser som ved grunnlovsrevisjonen i 2014 ble tatt inn i Grunnloven, og bestemmelsen ville åpenbart ha endret tidligere rettstilstand”.

Dommer Skoghøy skriver følgende at

”på denne bakgrunn finner jeg det klart at Grunnloven § 92 ikke kan tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse, men må forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett”²⁰⁷.

Høyesterett har altså slått fast at § 92 ikke skal tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse. Domstolene har imidlertid plikt til å sikre at menneskerettighetene blir håndhevet på det nivået de er gjennomført. Grunnloven § 92 gir dermed ikke non refoulement-prinsippet og Flyktningkonvensjonen konstitusjonell beskyttelse.

Det skal også tillegges at både menneskerettsloven § 2 jf § 3 og utlendingsloven § 3 kun har lovs rang, selv om bestemmelsene går foran annen lovgivning. Et vern av asylretten etter Grunnloven § 92 ville vært avhengig av norsk medlemskap i Europarådet og utlendingsloven § 3 – bestemmelser Stortinget kan endre ved ordinære regler for lovendring. Dermed ville et slikt vern uansett opphørt dersom Norge for eksempel avslutter sitt medlemskap i Europarådet eller bestemmelsen i utlendingsloven endres.

4.4.2 Grunnloven § 93

Neste spørsmål er om Grunnloven § 93 inneholder et vern av asylretten. Grunnloven § 93 tredje ledd tilsier at

²⁰⁷ *Ibid.*

”Ingen må utsettes for tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff”.

Menneskerettighetsutvalget skriver i sitt forslag

”utvalget vil (...) bemerke at når det gjelder spørsmålet om retur av asylsøkere til sitt opprinnelsesland eller til det land de først søkte asyl i, vil utvalgets forslag til ny Grunnloven § 93 gi det tilstrekkelige menneskerettslige vern²⁰⁸. (...) Det er en forutsetning at den nye Grunnloven § 93 skal forstås i lys av EMDs praksis på området, også hva gjelder retur av asylsøkere”²⁰⁹.

I EMK art. 3 fremkommer det at

”Ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff”.

Dette følger blant annet av Soering mot Storbritannia (1989) at bestemmelsen innebærer et vern mot utsendelse til mishandling i andre land²¹⁰. Se punkt 3.5 for nærmere redegjørelse.

Begrepene ”tortur”, ”nedverdiggende behandling” eller ”umenneskelig behandling” er tolket og definert av EMD. I Saadi v Italia (2008) har EMD definert tortur som ”inhuman treatment causing very serious and cruel suffering”. For å skille ”tortur” fra ”umenneskelig eller nedverdiggende behandling” har altså EU-domstolen uttalt at ”tortur” innebærer meget alvorlig og grusom lidelse²¹¹.

Det fremkommer av blant annet Becciev v. Moldova at handlingen må overstige et minimum av grovhet for å klassifiseres som ”umenneskelig eller nedverdiggende”²¹². Videre må det foretas en helhetsvurdering basert på handlingens art og omfang, varighet, fysiske og mentale konsekvenser og kontekst. I visse saker er offerets kjønn, alder, helsetilstand også relevant²¹³.

Handlingen er ”umenneskelig” dersom den er planlagt, varer i flere timer i strekk eller fremkaller enten kroppsskade eller fysisk eller mental lidelse. Behandlingen er

²⁰⁸ Dok. 16 (2011-2012), s. 204.

²⁰⁹ *Ibid* s. 205.

²¹⁰ Case of Soering v. The United Kingdom (1989).

²¹¹ Case of Saadi v. Italy (2008).

²¹² Case of Becciev v. Moldova (2005).

²¹³ *Ibid*.

”nedverdiggende” dersom den vekker en følelse av frykt, ydmyker og fornedrer offeret eller bryter ned offerets moralske og fysiske motstand. Et sentralt moment er om formålet med handlingen er å ydmyke offeret. Dette er imidlertid ingen forutsetning for å anse handlingen som ”umenneskelig”.

Høyesterett slo i Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57 fast at det var opp til Høyesterett, og ikke internasjonale organer å tolke Grunnloven. I senere dommer har imidlertid Høyesterett lagt EMDs forståelse av nedverdiggende og umenneskelig behandling til grunn for tolkningen, se blant annet HR-2017-1127-U avsnitt 10-14.

Vernet mot utsendelse etter Grunnloven § 93 har kun vært oppe til vurdering i Høyesterett én gang. HR-2016-1051-A omhandlet en somalisk kvinne som søkte asyl i Norge. Søknaden ble avslått ettersom hun hadde fått asyl i Ungarn, jf. utlendingsloven § 32 (1) bokstav a. Det ble anført at kvinnen ikke ville få tilstrekkelig helsehjelp i Ungarn, og at en utsendelse ville medføre brudd på EMK art 3 og følgelig Grunnloven § 93.

Dublin-samarbeidet innebærer en presumsjon om at det første landet der man søker asyl vil oppfylle sine forpliktelser etter EMK og Dublin-regelverket. Denne presumsjonen kan imidlertid motbevise. Derfor må norske domstoler behandle slike anførsler så grundig som det lar seg gjøre²¹⁴. Høyesterett vurderte i denne dommen hvorvidt lagmannsrettens begrunnelse tilfredsstilte kravene i EMK art. 3.

Høyesterett viser til plenumsdommen *Soering v. Storbritannia*, og vurderingstemaene som ble fastlagt der. Spørsmålet var altså om det er betydelig grunn til å tro at personen vil utsettes for en reell fare for tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling i landet vedkommende sendes til. I denne saken gjaldt spørsmålet dårlig helse, og kvaliteten på behandlingen kvinnen ville få i Ungarn. Høyesterett viser til at EMD har uttalt at det må foreligge ”a very exceptional case, where the humanitarian grounds against the removal are compelling”²¹⁵. Det må altså foreligge ekstraordinære omstendigheter. I denne saken stilte Høyesterett seg bak lagmannsrettens betraktninger om at terskelen var svært høy for at slike omstendigheter skulle foreligge.

²¹⁴ HR-2016-1051-A avsnitt 33-40.

²¹⁵ *Ibid* avsnitt 31.

Høyesterett behandlet videre spørsmålet om hvor grundig EMK krever at slike saker skal behandles. Det er i denne sammenhengen det vises til at EMK art 3. Høyesterett fremhever i avsnitt 36 at dette også fremgår av Grunnloven § 93 annet ledd, men går ikke nærmere inn på vurderingen.

Dette mønsteret forekommer også i de lagmannsrettsdommene der spørsmålet har vært oppe til vurdering. LB-2014-206175 omhandlet en asylsøker fra Iran som hadde konvertert til kristendommen, og dermed fryktet forfølgelse ved retur. Lagmannsretten kom til at han ikke risikerte forfølgelse i utlendingslovens forstand, og at asylsøkeren dermed ikke hadde krav på asyl. I denne saken anførte asylsøkeren Grunnloven §§ 92 og 93 som vern. Lagmannsretten uttalte imidlertid at

”lagmannsretten kan ikke se at disse bestemmelsene i denne saken har selvstendig betydning for anvendelsen av utlendingslovens bestemmelser”²¹⁶.

Saken ble dermed behandlet ut fra reglene i utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a, som tilsvarende Flyktningkonvensjonen art 1 A. Det er imidlertid bestemmelsens bokstav b som verner ”tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling” som også vernes av Grunnloven § 93. Heller ikke i LB-2014-169695 og LB-2015-185706 ble Grunnloven § 93 tillagt selvstendig vekt.

Dommene fra lagmannsretten er underrettspraksis og har følgelig mindre rettskildemessig vekt. De illustrerer likevel hvilken funksjon Grunnloven § 93 gis i dommer som berører asyl og beskyttelse. Det er tydelig at Grunnloven § 93 havner i skyggen av utlendingsloven § 28 og til dels EMK art. 3. Dermed blir ikke bestemmelsen prøvd i rettssystemet og det grunnlovsvernet bestemmelsen eventuelt gir blir heller ikke satt på spissen.

²¹⁶ LB-2014-206175. (25.06.2015).

5. Sverige

5.1 Rettshistorisk perspektiv

Fra midten av 1800-tallet og frem til første verdenskrig var prinsippet om fritt folkeutbytte gjeldende i Sverige. Dette innebar blant annet passfrihet og fraværende regulering av arbeidsinnvandring²¹⁷.

Første verdenskrig tvang imidlertid fram visse reguleringer av innvandring til det svenske riket. I 1914 kom det første forbudet for kriminelle å besøke landet. De neste årene kom ytterligere andre administrative tiltak med hensikt å regulere hvem som tok seg inn i landet²¹⁸. I 1917 ble det innført passtvang, og i 1927 kom en nærmere regulering av hvem som kunne besøke det svenske riket. I utgangspunktet gjaldt denne loven kun i 5 år, og håpet var å komme tilbake til førkrigstidens frie grenser²¹⁹. Som følge av 1930-tallets voksende flyktningstrømmer lot ikke dette seg gjøre. Dette kom til uttrykk i utlendingslovene fra 1937 og 1945, med strengere regler²²⁰. Under og etter 2. verdenskrig vokste flyktningstrømmen til Sverige ytterligere.

Utlänningslagen av 1954 hadde et tosidig formål. Dels skulle den opprettholde en generell utlendingskontroll gjennom passtvang og krav om tillatelse for innreise, opphold og arbeid. Videre hadde også loven til hensikt å regulere saker der utlendingene måtte utvises²²¹. Mange av tiltakene var imidlertid lovfesting av allerede eksisterende praksis.

Ved utformingen av bestemmelsene om asyl til utlänningslagen av 1954, ble Flyktningkonvensjon hensyntatt²²². Målet var imidlertid ikke å ta konvensjonens regler inn i svensk rett, men å unngå en fremtidig situasjon der en regel i utlänningslagen var til hinder for svensk ratifikasjon av konvensjonen²²³. Dette medførte en del fremtredende forskjeller mellom utlänningslagen 1954 og Flyktningkonvensjonen. Et eksempel er at konvensjonens

²¹⁷ SOU 2004:74 Utlänningslagstiftningen i ett domstolsperspektiv s. 49.

²¹⁸ Falk, Sara (1955) s. 489.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ *Ibid.*

²²² Prop 1975/76:18 Regeringens proposition om ändring i utlänningslagen side 43.

²²³ *Ibid.*

forutsetning for flyktningsstatus var ”velbegrunnet frykt for forfølgelse”, mens i utlänningslagen sto det ”risk för politisk förföljelse”²²⁴.

Det fremkommer imidlertid i Prop. 1968:42 at den svenske utlendingspolitikken hadde vært forholdsvis sjenerøs i internasjonal sammenheng²²⁵. Blant annet ble Flyktningkonvensjonen tolket ganske vidt, ved at det var for lave krav til utredning om hvorvidt en person var ”politisk flyktning”, samt at flyktninger som ikke var omfattet av konvensjonen likevel fikk oppholdstillatelse²²⁶. Dette gjaldt blant annet økonomiske flyktninger og flyktninger som allerede hadde fått innvilget asyl i et annet land. Det blir likevel understreket at personer som faller innenfor flyktningdefinisjonen i Flyktningkonvensjonen har rett på beskyttelse i Sverige²²⁷.

I 1975 gjennomgikk utlänningslagen en stor reform²²⁸. Den ble i større grad tilpasset Flyktningkonvensjonen²²⁹, og to alternative beskyttelsesgrunner ble innført. Dette gjaldt såkalte ”krigsvägare”, altså desertører, samt personer som ikke vil returnere til hjemlandet på grunn av politiske forhold, og som kan påvise tungtveiende grunner for dette – såkalte B-flyktninger²³⁰.

I 1980 trådte en ny utlendingslov i kraft²³¹. Det fremkommer av både Prop. 1979/80:96 og SOU 1979:64 at innføringen av de alternative beskyttelsesgrunnene hadde fått negative konsekvenser²³². Særlig innføringen av B-flyktningbegrepet hadde medført en mer restriktiv holdning i vurderingen av om en person var politisk flyktning²³³. Det hadde vært utfordrende å skille mellom flyktninger og de som hadde krav på humanitært motivert innvandring²³⁴. Dette medførte at denne beskyttelsesgrunnen ble flyttet fra paragrafen som omhandlet flyktninger²³⁵. Hensikten var å markere et klarere skille mellom gruppene.

²²⁴ *Ibid* s. 44.

²²⁵ *Ibid* s. 91.

²²⁶ Prop 1968:142 angående riktlinjer för utlänningspolitiken s. 100.

²²⁷ *Ibid*.

²²⁸ Prop. 1954:193 om ändring i utlänningslagen s. 1.

²²⁹ *Ibid* s. 104.

²³⁰ *Ibid* s. 104.

²³¹ Prop 1979/80:96 Med förslag till ny utlänningslag s 1.

²³² SOU 1979:64 Ny utlänningslag s. 16.

²³³ *Ibid*.

²³⁴ Prop 1979/80:96 s. 47.

²³⁵ SOU 1979:64 s.16.

Enda en ny utlendingslov trådte i kraft i 1989²³⁶. Først og fremst ble reglene om saksbehandling endret. Hensikten var en mer rasjonell behandling av søknader²³⁷. Etter denne loven hadde konvensjonsflyktninger, krigsnektene og personer med flyktninglignende grunner rett til asyl om ikke nærmere unntakssituasjoner forelå²³⁸.

I 1997 ble det foretatt flere reformer av utlänningslagen²³⁹. Beskyttelse skulle gis med utgangspunkt i Flyktningkonvensjonen. Tolkningen av konvensjonen ble utvidet²⁴⁰. Bakgrunnen var at Sverige hadde tolket den mer restriktivt enn andre land, til tross for en ellers sjenerøs flyktningpolitikk²⁴¹. Videre tok man bort beskyttelsesgrunnene for krigsnektene og de factoflyktninger²⁴². Dette ble erstattet av beskyttelsesgrunner for de som risikerte dødsstraff eller kroppsstraff, umenneskelig eller fornedrende behandling eller straff, på grunn av indre eller ytre væpnede konflikter, miljøkatastrofer eller risikerte forfølgelse på grunn av seksuell legning eller kjønn²⁴³. Det ble også vektlagt at Sverige må anvende konvensjonen på en måte som ikke avviker for mye fra andre land, samt ta hensyn til harmoniseringsarbeidet i EU²⁴⁴.

5.2 Utlänningslagen

Den nåværende utlänningslagen er fra 2005²⁴⁵. Lovens 4 kap regulerer ”Flyktingar och andra skyddsbehövande”. Loven definerer ”flykting” i 4 kap 1 §. Denne definisjonen er identisk med definisjonen av flyktning i FNs flyktningskonvensjon.

4 kap 2 a § regulerer ”alternativt skyddsbehövande”, og bestemmelsen gjelder de tilfeller der en person risikerer dødsstraff, kroppsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling ved retur til hjemlandet. Bestemmelsen gjelder også sivile personer

²³⁶ Prop. 1988/89:86 Med förslag till utlänningslag.

²³⁷ *Ibid* s. 1.

²³⁸ *Ibid* s. 2.

²³⁹ Prop 1996/97:25 Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv.

²⁴⁰ *Ibid*.

²⁴¹ *Ibid* pkt. 9.1.2.

²⁴² Prop. 1996/97:25. pkt. 9.1.2.

²⁴³ *Ibid*.

²⁴⁴ *Ibid*.

²⁴⁵ Utlänningslag (2005:716). Svensk författningssamling 2005:716.

der det er en alvorlig og personlig risiko for vold på grunn væpnet ytre eller indre konflikt. Denne regelen følger av felles EU-regler²⁴⁶.

I 4 kap 2 b § er det ytterligere en kategori for beskyttelse. Den regulerer ”övrige skyddsbehövande”, og retter seg mot personer som faller utenfor 4 kap 1 § og 2 a §. Bestemmelsen beskytter personer som ikke kan returnere til hjemlandet på grunn av ytre eller indre væpnet konflikt, eller andre vanskelige motsetninger.

Det fremgår av utlänningslagen 5 kap 1 § (1) at

”Flyktingar, alternativt skyddsbehövande och övriga skyddsbehövande som befinner seg i Sverige har rätt till uppehållstillstånd”.

Det gjelder imidlertid ikke der vedkommende har begått en alvorlig forbrytelse, eller er en trussel mot Sveriges sikkerhet.

En oppholdstillatelse som innvilges til flyktinger skal ifølge 5 kap 1 § tredje ledd være permanent eller gjelde i minst tre år. Ved fornyelse skal oppholdstillatelsen gjelde i minst to år. Unntak kan forekomme dersom det er fare for rikets sikkerhet. Gyldigheten av oppholdstillatelsen får uansett ikke være kortere enn 1 år.

Non refoulement-prinsippet fremkommer av utlänningslagen 12 kap 1 §. Her står det at

”Avvisning och utvisning av en utlänning får aldrig verkställas till ett land om det finns skälig anledning att anta att utlänningen där skulle vara i fara att straffas med döden eller att utsättas för kroppsstraff, tortyr eller annan omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning, eller utlänningen inte är skyddad i det landet mot att sändas vidare till ett land där utlänningen skulle vara i sådan fara”.

I perioden 20. juli 2016 til 19. juli 2019 gjelder det en midlertidig lov i Sverige på dette området. Den ble vedtatt som en følge av flyktingkrisen høsten 2015. Loven heter ”Lag (2016:752) om tilfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige”.

²⁴⁶ Seidlitz (2014) s. 78.

Ifølge den midlertidige lovens 4 § skal oppholdstillatelse etter utlänningslagen 5 kap 1 § ikke innvilges til ”övrig skyddsbehövande” i den aktuelle perioden. Det er altså kun ”flyktingar” og ”alternativt skyddsbehövande” som skal bevilges oppholdstillatelse etter 5 kap 1 §.

Gyldighetstiden på oppholdstillatelsene for ”flyktingar” og ”alternativt skyddsbehövande” er også strammet inn i loven om midlertidige endringer. Ifølge 5 § skal en slik oppholdstillatelse være tidsbegrenset, og det er ikke adgang til permanent oppholdstillatelse slik det følger av utlänningslagen 5 kap 1 §. For ”flyktingar” skal oppholdstillatelsen gjelde i tre år, om ikke den nasjonale sikkerheten tilsier noe annet. Den kan imidlertid ikke være kortere enn 1 år. Ved fornyelse skal det også gis begrenset varighet. For ”alternativt skyddsbehövande” skal oppholdstillatelsen gjelde i 13 måneder. Ved fornyelse av oppholdstillatelsen skal den gjelde i to år, om ikke allmenne hensyn eller hensynet til nasjonal sikkerhet tilsier noe annet. Den får imidlertid ikke være kortere enn ett år.

Den midlertidige lovens 17 § og 18 § lister opp unntak fra disse reglene. Etter 17 § skal en utlending som søker fornyelse av oppholdstillatelse gis permanent oppholdstillatelse dersom vedkommende har en jobb med mulighet til å forsørge seg. Lønnen, forsikringsvernet og ansettelsesvilkårene kan imidlertid ikke være dårligere enn hva svenske kollektivavtaler eller praksis innenfor området krever. Etter 18 § kan barn gis permanent oppholdstillatelse dersom barnets helsetilstand krever det.

5.3 Migrationsverket, Migrationsdomstolen og Migrationsöverdomstolen

Migrationsverket er den fremste utlendingsmyndigheten i Sverige. Ifølge förordning (2007:996) med instruktion för Migrationsverket 1 § er Migrationsverket forvaltningsorgan for blant annet saker om oppholdstillatelse, arbeidstillatelse, mottak av asylsøkere, henvisninger av nyankomne til kommuner og statsborgerskap²⁴⁷.

Det fremgår av utlänningslagen 14 kap 5 b § at avgjørelser fra Migrationsverket kan påklages. Da skal dette behandles av en migrasjonsdomstol. Det finnes fire migrasjonsdomstoler i Sverige. Disse er en del av forvaltningsdomstolene²⁴⁸. Det følger av utlänningslagen 16 kap 5

²⁴⁷ Förordning (2007:996) med instruktion för Migrationsverket 1 §.

²⁴⁸ Seidlitz (2014) s. 51.

§ første ledd at hovedregelen er at forhandlingen skal skje skriftlig. Bestemmelsens tredje ledd tilsier imidlertid at muntlig forhandling kan holdes dersom utlendingen som er part i saken ønsker det, forhandlingen ikke er overflødig og det heller ikke er spesielle grunner som taler mot muntlig forhandling.

En avgjørelse fra en migrasjonsdomstol kan videre påklages til Migrationsöverdomstolen, jfr. utlänningslagen 16 kap 9 § første ledd. Det fremgår av bestemmelsens tredje ledd at avgjørelser fra Migrationsöverdomstolen ikke kan påklages. Dermed er Migrationsöverdomstolen siste instans i prøvingen av asylsaker.

Ifølge utlänningslagen 16 kap 11 § kreves det såkalt ”prövningstillstånd”. Dette innebærer at en anke fra en migrasjonsdomstol kun behandles i Migrationsöverdomstolen dersom det er av betydning for rettsutviklingen eller det finnes gode grunner for å behandle saken på nytt, jf utlänningslagen 16 kap 12 §. Videre fremkommer det av utlänningslagen 16 kap 12 a § at Migrationsöverdomstolen begrenser sin behandling til en konkret problemstilling i saken, et typisk prejudikatspørsmål, eller en viss del av saken. Hele saken prøves altså ikke på nytt av Migrationsöverdomstolen. Dommene avsagt av Migrationsöverdomstolen er prejudikat, og følgelig bindende for Migrationsverket og migrasjonsdomstolene.

5.4 Regeringsformen

Ved endringen av Regeringsformen i 1975 ble det utredet hvorvidt Regeringsformen burde inneholde en rettighetsbestemmelse for politiske flyktninger som søker asyl i landet²⁴⁹. I Prop. 1975/76:209 fremgår det at en slik bestemmelse kan utformes på to ulike måter, med unntakene fra asylretten tatt i betraktning²⁵⁰. Den ene metoden er å utforme en slik bestemmelse svært utførlig, med mange ulike begreper. Det andre alternativet er å gi den en formålsskarakter. Proposisjonen tilsier imidlertid at dette vil gi et misvisende bilde av svensk flyktningpolitikk, og skape usikkerhet og uklarhet for de flyktningene som allerede er i landet²⁵¹. Det argumenteres videre med at flere av de andre bestemmelsene også verner utlendinger i landet, og det pekes spesielt på en bestemmelse som fremmer etniske, religiøse

²⁴⁹ Prop. 1975/76:209 om ändring i regeringsformen s. 79.

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ *Ibid* s. 80.

og språklige minoriteters rett til eget kultur- og samfunnsliv²⁵². Ved revisjoner av Regeringsformen etter 1975 er ikke spørsmålet om grunnlovsfesting av asylretten vurdert.

I 2010 ble det foretatt en større revisjon av Regeringsformen. Blant endringene var det nye kapittel 2 i Regeringsformen som regulerer ”Grundläggande fri- och rättigheter”²⁵³.

5.4.1 Regeringsformen 2 kapittel 5 §

I 2 kap 5 § fremgår det at

”Var och en är skyddad mot kroppsstraff. Ingen får heller utsättas för tortyr eller för medicinsk påverkan i syfte att framtvunga eller hindra yttranden”.

Bestemmelsen er en variant av Grunnloven § 93 og EMK art 3. Spørsmålet er imidlertid om bestemmelsen kan fremmes som et vern av asylretten gjennom forbudet mot kroppsstraff og tortur.

Forbudet mot ”kroppsstraff” regulerer ifølge Regeringens proposition 2009/10:80 ”En reformerad grundlag”

”delar av skyddet för den kroppsliga identiteten²⁵⁴”.

En nærmere definisjon av begrepet ”tortyr” fremgår ikke av Regeringens proposition. Ifølge ”Regeringsformen – en kommentar” av Thomas Bull og Fredrik Sterzel skal imidlertid ”tortyr” forstås som

”fysisk våld som syftar till att få fram uppgifter vid tortyr”²⁵⁵.

Ordlyden av bestemmelsen tilsier ”ingen” skal utsettes for tortur. Dette innebærer at forbudet ikke bare gjelder for svenske statsborgere, i motsetning til andre bestemmelser i Regeringsformen. Det fremkommer også av Regeringens proposition 2009/10:80 ”En

²⁵² *Ibid* s. 80.

²⁵³ SOU 2010:70 Ny struktur för skydd av mänskliga rättigheter.

²⁵⁴ Prop 2009/10:80 En reformerad grundlag s. 249.

²⁵⁵ Bull; Sterzel (2015) s. 71.

reformerad grundlag”. Her står det at bestemmelsen er formulert slik at utgangspunktet for rettighetene er at det ”gäller för både svenska medborgare och andra här i riket”²⁵⁶.

Personer som omfattes av beskyttelsen må altså befinne seg i riket, men behøver ikke å være svenske statsborgere. Dette innebærer altså at også personer som søker asyl i Sverige er vernet av denne retten. Det fremgår imidlertid ingen informasjon direkte av ordlyden om hvorvidt torturen må skje i Sverige, eller om det også involverer å returnere noen til steder der de kan bli utsatt for tortur.

Ifølge Bull/Sterzel gjelder rettighetene i Regeringsformen 2 kap ”visavi det allmänna”. Dette innebærer at vernet mot tortur også skal forhindre politiet og ansatte i kriminalomsorgen å vedta tiltak som kan innebære tortur²⁵⁷. Dermed er ikke bestemmelsen kun bindende for Riksdagen som lovgiver.

En naturlig forlengelse av dette vil være at Migrationsverket eller Migrationsdomstolen heller ikke kan fatte vedtak som innebærer at en person som befinner seg i Sverige returneres til et sted hvor vedkommende frykter å bli utsatt for tortur. En slik tolkning vil også være i overensstemmelse med EMK art. 3.

En gjennomgang av alle dommene som er avsagt av Migrationsöverdomstolen siden 2010, da Regeringsformen 2 kap 5 § fikk sin nåværende utforming, viser at bestemmelsen ikke er nevnt i eneste sak om asyl. dommene henviser først og fremst til utlänningslagen, og i blant til EMK.

5.4.2 Regeringsformen 2 kapittel 19 §

Regeringsformen 2 kapittel 19 § tilsier at

”Lag eller annan föreskrift får inte meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna”.

²⁵⁶ Prop 2009/10:80 s. 148.

²⁵⁷ Bull; Sterzel; (2015), s. 58.

Bestemmelsen er en videreføring av Regeringsformen 2 kap. 23 §. Den skal tolkes som en direkte instruksjon til svenske organer med rett til å gi bindende forskrifter²⁵⁸. Den blir særlig tillagt vekt ved såkalt ”lagprövning”, altså der domstoler eller offentlig organ vurderer om en regel er i strid med en bestemmelse i grunnloven, jf. Regeringsformen 11 kap 14 § og 12 kap 10 §²⁵⁹.

Bestemmelsen gir ikke konvensjonen grunnlovsstatus, men det er grunnlovsstridig å bryte mot konvensjonen²⁶⁰. Denne distinksjonen får betydning når EMK kommer i konflikt med svenske grunnlovsregler. Da må EMK vike for de svenske konstitusjonelle reglene. Dette kom frem i RÅ (Regeringsrätten) 2006 ref. 87. Her måtte reglene om personvern i EMK art. 8 vike etter motstrid med prinsippet om offentliggjøring av generelle dokumenter, som har konstitusjonell rang gjennom Tryckfrihetsförordningen 2 kap²⁶¹.

Dette innebærer at svenske myndigheter ikke kan vedta en regel som er i strid med retten til asyl, ettersom asylretten er innfortolket EMK art. 3. Dersom svenske myndigheter derimot innfører en grunnlovsregel som forbyr asyl vil imidlertid denne gå foran retten til asyl etter EMK art. 2, for å sette problemstillingen på spissen.

Gjennomgangen av alle dommene avsagt av Migrationsöverdomstolen i perioden 2008-2018 viser at det kun er henvist til Regeringsformen 2 kap 19 § i én utlendingssak. Dette var i MIG 2012:1, og saken omhandlet beviskrav til identitet ved familiegjenforeningssaker. Her slo Migrationsöverdomstolen fast at EMK art 8, som regulerer retten til familieliv, går foran Migrationsverkets egne retningslinjer.

5.5 EU

Reglene i EU påvirker svenske regler om asylretten i stor grad²⁶². EUs asylsystem bygger på et utgangspunktet om at de felles reglene er minimumskrav²⁶³. Det følger også av EUs

²⁵⁸ Stern; Österdahl; Lind (2012) s. 153.

²⁵⁹ Bull; Sterzel (2015) s. 89.

²⁶⁰ *Ibid* s. 88.

²⁶¹ Tryckfrihetsförordning (1949:105). Svensk författningssamling 1949:105.

²⁶² Seidlitz, Madelaine (2014) s. 25.

²⁶³ *Ibid*.

forrangsprinsippet at EU-regler går foran nasjonale regler i medlemsstatene²⁶⁴. Det er følgelig ingenting som hindrer medlemslandene i å ha regler som gir individer bedre vilkår enn hva EUs regler gjør, så langt de ikke strider direkte mot EUs regler²⁶⁵.

EUs Charter for grunnleggende rettigheter artikkel 18 tilsier at retten til asyl skal garanteres etter reglene i FNs Flyktningkonvensjon av 1951 og protokollen av 1967, i relasjon til flyktningsstatus. Det må også være i tråd med TFEU-traktaten, som regulerer funksjonen av den Europeiske Union²⁶⁶. Charteret har også bestemmelser som tilsvarer non refoulement-prinsippet og retten til familie. Disse bestemmelsene er vist til i enkelte dommer fra Migrationsöverdomstolen²⁶⁷.

EUs felles asylregler bygger i stor grad på FNs flyktningkonvensjon og dens tilleggsprotokoll fra 1967. Dette følger av Statusdirektivet (2011/95/EU) nr. 3, jfr. artikkel 2 c jf. artikkel 13. Statusdirektivet er kjernen i det felles europeiske asylsystemet²⁶⁸. Her oppstilles definisjoner og kriterier for beskyttelse, og hvilke rettigheter som følger med beskyttelsen²⁶⁹. Et eksempel på dette er definisjonen av ”flyktning” i artikkel 2 bokstav d, som har store likheter med FNs flyktningkonvensjon art 1 A. Se pkt. 3.6 for nærmere redegjørelse.

Reglene om ”alternativt skyddsbehövande” i utlänningslagen 4 kap 2 a § er i stor grad basert på Statusdirektivet artikkel 2 bokstav f. Personer som faller innenfor denne definisjonen får etter Statusdirektivet oppholdstillatelse etter artikkel 18.

²⁶⁴ Flaminio Costa v E.N.E.L. Case 6-64.

²⁶⁵ Seidlitz (2014) s. 40.

²⁶⁶ Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01). 18.12.2000.

²⁶⁷ Se bl.a. MIG 2018:4, MIG 2016:16, MIG 2016:17 og MIG 2015:9.

²⁶⁸ Prop 2016/17:17 Genomförande av det omarbetade asylproceduredirektivet s. 17.

²⁶⁹ Prop 2016/17:17 s. 18.

6. Komparativ analyse

Første steg i den funksjonelle komparative metoden er å stille et funksjonelt spørsmål. I denne oppgaven var problemstillingen hvorvidt det er konstitusjonelle skranker som begrenser i asylretten i Norge og Sverige. Systemene er presentert overfor. Her gis det både et overblikk over landets asylregler, samt over de bestemmelsene i konstitusjonen som teoretisk sett kan være aktuelle å innfortolke asylretten i.

6.1. Likheter og forskjeller ved systemene

Ingen av konstitusjonene beskytter asylretten eksplisitt. I Norge ble det debattert i forbindelse med 200-årsjubileet til Grunnloven²⁷⁰, men forslaget fikk ikke flertall i Stortinget. Det siste sporet av en slik svensk debatt finnes i Regeringens proposition 1975/76:209²⁷¹. Problemstillingen er imidlertid drøftet mer inngående i de norske forarbeidene enn i de svenske.

Både Regeringsformen 2 kap 19 § og Grunnloven § 92 nevner menneskerettighetene. En klar forskjell er at Regeringsformen kun nevner ”Europakonventionen”, mens Grunnloven gjelder alle ”for Norge bindende traktater om menneskerettigheter”. Dette innebærer at Grunnloven § 92 også gjelder Flyktningkonvensjonen, gjennom utlendingsloven § 3. Regeringsformen 2 kap 19 § har dermed et snevrere anvendelsesområde.

Regeringsformen har utformet bestemmelsen som et forbud, mens bestemmelsen i Grunnloven er et påbud. Regeringsformens bestemmelse gjelder også konkret lover og regler i strid med menneskerettighetene – og følgelig asylretten, mens Grunnloven oppstiller et påbud om å sikre og respektere konvensjoner som EMK og Flyktningkonvensjonen.

Grunnloven adresserer bestemmelsen direkte til ”statens myndigheter”. Man må anta Regeringsformen også retter seg mot statens myndigheter ettersom deres oppgave er å meddele lover og forskrifter. Dette er dermed en likhet mellom bestemmelsene.

²⁷⁰ Dok. 16 (2011-2012), s. 202.

²⁷¹ Prop 1975/76:209, s. 79.

Høyesterett har slått fast at Grunnloven § 92 ikke automatisk gir konvensjoner Norge er bundet av grunnlovs rang, men at de skal gjennomføres på det nivået de er inkorporert i norsk rett²⁷². EMK og Flyktningkonvensjonen har forrang ved motstrid med annen lov, jf menneskerettsloven §§ 2 og 3 og utlendingsloven § 3.

Regeringsrätten har slått fast at det er grunnlovsstridig å bryte mot Regeringsformen 2 kap 19 §, men at bestemmelsen ikke har grunnlovs rang²⁷³. Dette betyr at de konstitusjonelle reglene vil gå foran reglene i EMK ved motstrid, men at lovgivende organ i Sverige bryter Regeringsformen om de vedtar lover i strid med EMK.

Regeringsformen 2 kap 19 § og Grunnloven § 92 har dermed samme funksjon. Bestemmelsene gir ikke asylretten grunnlovs status, men indirekte høyere rang enn vanlig lov når visse betingelser om gjennomslagskraft er oppfylt, gjennom EMK og for Grunnlovens del Flyktningkonvensjonen.

Det er ikke eksplisitt slått fast at det er grunnlovsstridig å bryte mot bindende konvensjoner etter Grunnloven § 92, men Høyesterett har tolket Grunnloven § 92 slik at traktater skal gjennomføres på det nivået de er inkorporert i norsk rett. En følge av dette er at dersom man ikke respekterer EMK eller Flyktningkonvensjonen på lovs nivå, bryter man også Grunnloven § 92. Dette er imidlertid ikke direkte uttrykt av Høyesterett slik det er uttrykt av Regeringsrätten.

Både Grunnloven § 93 og Regeringsformen 2 kap 5 § har likheter med EMK art 3, der non refoulement-prinsippet er innfortolket. Verken Regeringsformen 2 kap 5 § eller Grunnloven § 93 gjelder utelukkende i relasjon til svenske eller norske statsborgere. Dette innebærer at begge bestemmelsene i prinsippet vil verne utlendinger som søker asyl.

Begge bestemmelsene forbyr videre tortur. Forbudet er imidlertid ikke identisk. Regeringsformen forbyr tortur der formålet er ”att framtinga eller hindra yttranden”, mens Grunnloven beskytter mot tortur uavhengig av hva formålet med torturen er.

²⁷² HR-2016-2554-P, avsnitt 64-71.

²⁷³ RÅ 2006 ref. 87.

Grunnloven § 93 oppstiller videre et forbud mot ”umenneskelig eller nedverdiggende behandling”. Regeringsformen 2 kap 5 § forbyr ”kroppsstraff”. Som beskrevet overfor vil ”nedverdiggende eller umenneskelig behandling” bety både fysiske og mentale eller psykiske inngrep. Ordlyden av ”kroppsstraff” impliserer imidlertid at det kun dreier seg om fysiske inngrep. Det er også begrenset til tilfeller der handlingen er en ”straff”, men ikke ”behandling”. Det indikerer at Regeringsformen 2 kap 5 § har et snevrere anvendelsesområde.

Dette har betydning ved håndteringen av asylsøkere. Flere av dommene fra EMD handler om blant annet lang tid i isolasjon²⁷⁴. Et slikt inngrep faller innunder ”umenneskelig eller nedverdiggende behandling”. Dette innebærer at vernet for asylsøkere mot utsendelse vil være svakere etter Regeringsformen 2 kap § 5 enn etter Grunnloven § 93.

Den mest sentrale forskjellen mellom Sverige og Norge er Sveriges medlemskap i den Europeiske Unionen. Asylretten fremgår av EUs Charter for grunnleggende art 18, og det følger av TFEU-traktaten art 6 at Charteret har samme status som traktatene. Gjennom forrangsprinsippet har Charteret forrang fremfor annen lov, også grunnlov²⁷⁵. Asylretten i artikkel 18 har dermed forrang fremfor bestemmelsene i Regeringsformen. Her er imidlertid det svenske EU-medlemskapet en forutsetning. Dersom Sverige forlater EU, vil ikke EUs Charter for grunnleggende rettigheter lenger gjelde foran lov.

6.2 Bakgrunn for likheter og ulikheter

Neste steg i den funksjonelle komparative metoden er å vurdere hvorvidt det finnes forklaringer på likhetene og forskjellene som er funnet.

Første moment er at begge landene har hatt en diskusjon om hvorvidt asylretten skal grunnlovsfestes, Norge i 2014 og Sverige i 1975. Debatten resulterte ikke i grunnlovsfesting i noen av landene. Bakgrunnen var utfordringer med utforming samt at andre bestemmelser ivaretar rettighetene. Dermed ble en eksplisitt grunnlovsfesting av asylretten ansett for å være overflødig²⁷⁶.

²⁷⁴ Case of Soering v. The United Kingdom.

²⁷⁵ Flaminio Costa v E.N.E.L. Case 6-64.

²⁷⁶ Prop. 1975/76:209, Dok.nr.16 (2011-2012) s. 204.

Neste moment er at verken Grunnloven § 92 eller Regeringsformen 2 kap 19 § gir internasjonale regler om asyl grunnlovs rang, og konstitusjonelle regler går foran konvensjonens regler i begge landene. Både Sverige og Norge er dualistiske land. Dette innebærer at internasjonale regler ikke automatisk blir en del av den nasjonale lovgivningen, men må gjennomføres ved transformasjon eller inkorporasjon. Denne tradisjonen kan være noe av bakgrunnen for at verken Grunnloven § 92 eller Regeringsformen 2 kap 19 § er inkorporasjonsbestemmelser. Nasjonale konstitusjonelle regler og internasjonale forpliktelser skal holdes adskilt.

Dette kommer også til uttrykk i Holship-dommen²⁷⁷, der Høyesterett avfeier at Grunnloven § 92 kan tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse. Her skriver førstvoterende

”hvis § 92 gir alle internasjonale menneskerettsbestemmelser som Norge var bundet av 13. mai 2014, grunnlovs rang, vil bestemmelsen ikke bare gjøre menneskerettsloven overflødig, men også de menneskerettsbestemmelser som ved grunnlovsrevisjonen i 2014 ble tatt inn i Grunnloven (...).”

Med andre ord er den rådende holdningen at det er de materielle reglene som er inntatt i egne bestemmelser i selve Grunnloven som er forbeholdt grunnlovs rang²⁷⁸.

Det kan her innvendes at et grunnlovsvern av konvensjonene ville vært avhengig av fortsatt norsk medlemskap i de aktuelle konvensjoner. Norsk ratifikasjon av EMK og Flyktningkonvensjonen er ikke vernet av Grunnloven, og Norge kan dermed tre ut av forpliktelsene ved oppsigelse av konvensjonene (og ved oppheving eller endring av menneskerettsloven). Da ville også grunnlovsvernet falt bort. Menneskerettighetene som ble tatt inn i Grunnloven i 2014, har derimot grunnlovs vern uavhengig av hvilke traktater Norge er medlem av og kan ikke fjernes ved oppsigelse eller vanlig lovendring.

Sverige har også en sterk dualistisk tradisjon. I den sammenheng er både Regeringsformen 2 kap 19 § og Grunnloven § 92 unike, ved at dualistiske stater gir rettslig status samt effektiviserer internasjonale konvensjoner²⁷⁹. Ut fra et slikt perspektiv representerer

²⁷⁷ HR-2016-2554-P avsnitt 69.

²⁷⁸ Strand (2017). Store Norske Leksikon.

²⁷⁹ Stern; Österdahl; Lind; s. 152.

bestemmelsene en liten konstitusjonell revolusjon²⁸⁰, og markerer kanskje en grense for hvor langt det er mulig å strekke seg på det nåværende tidspunkt. Den nasjonale suvereniteten gjør seg med andre ord gjeldende ved at statene ønsker at de nasjonale reglene skal ha ”siste ordet” i en rettsanvendelsesprosess.

Neste moment er torturforbudet i Grunnloven § 93 og Regeringsformen 2 kap 5 §. Her går Grunnloven lenger enn Regeringsformen, ved at den også forbyr ”umenneskelig eller fornedrende behandling eller straff” fremfor ”kroppsstraff” som Regeringsformen forbyr. Grunnloven § 93 er utformet med EMK art. 3 som forbilde²⁸¹. Vurderingen blir dermed hvorfor den norske Grunnloven har et mer vidtrekkende vern enn det svenske.

Ifølge Menneskerettighetsutvalget er vernet mot tortur, umenneskelig eller fornedrende behandling eller straff blant de grunnleggende menneskerettighetene²⁸². Utvalget pekte også på at det allerede eksisterende torturforbudet var for snevert, og at det i Grunnloven bør være et vern mot umenneskelig eller fornedrende behandling og straff²⁸³.

Sverige har vært bundet av EMK siden 1952. Lenge anså man at det ikke forekom brudd på konvensjonen, og den hadde derfor mindre betydning²⁸⁴. På begynnelsen av 1980-tallet ble Sverige imidlertid dømt for brudd, og i kjølevannet oppsto en diskusjon om konvensjonen²⁸⁵. Det svenske historiske forholdet til internasjonal rett kan dermed gjøre det mindre naturlig nærmest å oversette EMK artikkel 3 til en svensk konstitusjonell regel.

Regeringsformen 2 kap 5 § kom imidlertid inn i Regeringsformen i 2010, altså lenge etter at Sverige hadde endret holdning til EMK. Dette illustreres også av Regeringsformen 2 kap 19 §, som ble tatt inn i Regeringsformen i 1994. En annen forklaring kan være at man anser at vernet mot umenneskelig eller fornedrende behandling eller straff er dekket gjennom denne bestemmelsen, da den gjør det grunnlovsstridig å bryte mot EMK art 3.

²⁸⁰ Stern; Österdahl; Lind; s. 154.

²⁸¹ Dok. 16 (2011-2012), side 204-205.

²⁸² Dok. 16 (2011-2012) s. 107.

²⁸³ *Ibid* s. 109.

²⁸⁴ Bull; Sterzel (2015) s. 88.

²⁸⁵ *Ibid*.

Et annet moment er at Regeringsformen i stor grad retter seg mot lovgiver fremfor andre rettsanvendere, som for eksempel domstolene²⁸⁶. Et unntak fra dette er imidlertid rettighetene i 2 kapittel, ettersom bestemmelsene egner seg bedre for prøving av domstoler og andre myndigheter. Folkeretten får også mer og mer plass i Regeringsformen, blant annet ved revisjonen av Regeringsformen i 2010²⁸⁷. Det fremgår også av forarbeidene til Regeringsformen at det er av særlig betydning at Regeringsformens 2 kapittel fullt ut får gjennomslag i rettsanvendelsen, ettersom kapittelet omhandler sentrale deler av fri- og rettighetsreguleringen²⁸⁸.

Likevel er det en tendens til at domstoler og myndigheter er forsiktige med å benytte Regeringsformen i en rettsanvendelsesprosess²⁸⁹. Dette legger også begrensninger på den internasjonale rettens innflytelse på konstitusjonen²⁹⁰. Forbudet mot ”nedverdiggende eller umenneskelig behandling eller straff” er et forbud som retter seg mot domstoler og andre myndigheter fremfor lovgiver. Når domstoler og andre myndigheter sjelden nærmer seg disse bestemmelsene anses kanskje behovet for en slik regulering mer begrenset.

Det skal også nevnes at domstolenes prøvingsrett ble tatt inn i Regeringsformen i 1980. Da hadde den vært anerkjent i forarbeider og rettspraksis siden midten av 1900-tallet²⁹¹. I dag fremgår den av Regeringsformen 11 kap 14 § for domstoler, 12 kap 10 § for andre offentlige organ, og av 2 kap 19 § for EMK. Den fikk sin nåværende form ved revisjonen i 2010²⁹².

Bakgrunnen for at prøvingsretten er kontroversiell i Sverige er frykten for at retten skal bli politisert, ettersom domstolene da har makt til å sette til side lover som er vedtatt gjennom en demokratisk prosess²⁹³. En konstitusjon kan også være skrevet i en annen tid, og være av en generell karakter. Tolkningmulighetene kan derfor være mange²⁹⁴.

²⁸⁶ Stern; Österdahl; Lind s. 149.

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ Prop 2009/10/80 s. 147.

²⁸⁹ Stern; Österdahl; Lind s. 149.

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ Prop. 1978/79:195 s. 39.

²⁹² Prop 2009/10:80, s. 145.

²⁹³ Bull; Sterzel (2015) s. 253.

²⁹⁴ *Ibid.*

Til sammenlikning var Norge det første landet i Europa som innførte prøvingsretten, i 1866 gjennom Høyesterettsdommen *Wedel-Jarlsberg mot Marinedepartementet*²⁹⁵. I Rt. 1976 s. 1 blir den omtalt som ”sikker konstitusjonell sedvanerett”. I årene etterpå har prøvelsesretten blitt bekreftet, styrket og utviklet gjennom rettspraksis²⁹⁶. I 2015 ble den tatt inn i Grunnloven § 89, som tilsier at

”I saker som reises for domstolene, har domstolene rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven”.

I Menneskerettighetsutvalgets utredning fremgår det også om § 93 at

”uttrykksmåten (...) «ingen må utsettes for tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff», vil sette skranke for både den lovgivende, den utøvende og den dømmende makt”.

Sveriges medlemskap i EU innebærer at asylretten er av høyere rang enn Grunnloven, ettersom asylretten fremgår av EUs Charter for menneskerettigheter. Dette går ved motstrid foran den svenske konstitusjonen i intern svensk rett så lenge Sverige er medlem av EU²⁹⁷. Det som imidlertid må vurderes er hvorvidt dette er en konstitusjonell skranke for å begrense asylretten. I oppgavens problemstilling er konstitusjonell skranke definert som nasjonale Grunnlover. Ifølge Regeringsformen 1 kap 3 § er Sveriges fire grunnlover henholdsvis Regeringsformen, Successionsordningen, Tryckfrihetsförordningen og Yttrandefrihetsgrundlagen. Denne beskyttelsen kan imidlertid være en forklaring på hvorfor den svenske lovgiveren ikke har vurdert en grunnlovsfesting av asylretten etter at Sverige sluttet seg til EU i 1995.

6.3 Kritisk evaluering

Det er ingen eksplisitte konstitusjonelle skranke for innskrenkning eller fjerning av asylretten i Norge og Sverige, selv om den fremgår av internasjonal rett og på nasjonalt lovgivningsnivå. Oppgaven har i den sammenheng vurdert om det er bestemmelser i Grunnloven eller Regeringsformen der konstitusjonelle skranke må innfortolkes.

²⁹⁵ Bårdsen (2015) s. 2.

²⁹⁶ *Ibid* s. 4.

²⁹⁷ *Flaminio Costa v E.N.E.L. Case 6-64.*

Ettersom både Norge og Sverige er dualistiske stater, må landene aktivt grunnlovsfeste internasjonale rettigheter for at de skal ha grunnlovsvern. Unntaket her er Sveriges EU-medlemskap. En dualistisk tradisjon er ikke holdbar innenfor EU-samarbeidet, og Sverige utfordres dermed som dualistisk land på dette punktet²⁹⁸.

Den dualistiske tradisjonen innebærer også at verken Regeringsformen 2 kap 19 § eller Grunnloven § 92 gir konvensjonene grunnlovs rang. Her står suvereniteten sterkt i begge land, og de nasjonale konstitusjonelle reglene vil få forrang ved en motstrid. Med andre ord er verken Grunnloven § 92 eller Regeringsformen 2 kap 19 § en konstitusjonell skranke for asylretten.

Regeringsformen går imidlertid et hakk lenger, da Regeringsrätten har uttalt at det faktisk er grunnlovsstridig å bryte mot traktaten. Dermed er det i strid med Regeringsformen 2 kap § 19 dersom Sverige bryter asylretten²⁹⁹. Grunnlovsregler får imidlertid forrang ved motstrid. Dette kunne også vært en mulig løsning for Høyesterett i Holship-saken, fremfor å sette til side en grunnlovsbestemmelse der både ordlyd og forarbeider trakk i den retning at ”for Norge bindende traktater” fikk grunnlovs vern. Til tross for at Grunnloven § 92 inkluderer Flyktningkonvensjonen som en for Norge bindende traktat om menneskerettigheter, synes det svenske konstitusjonelle vernet om asylretten her å være sterkere.

Der dualismen var første hinder er imidlertid rettsanvendelsen andre hinder³⁰⁰. Både Norge og Sverige har bestemmelser som til en viss grad minner om EMK artikkel 3, og som er grunnlovsfestet. Den svenske bestemmelsen forbyr kun tortur og kropsstraff, og ikke umenneskelig eller fornedrende behandling eller straff. Bestemmelsen vil altså ikke verne asylsøkere som risikerer ”umenneskelig eller fornedrende behandling eller straff” ved retur til hjemlandet.

Den norske bestemmelsen forbyr tortur, umenneskelig eller fornedrende behandling eller straff. I prinsippet burde dette innebære at den norske bestemmelsen inneholder en skranke mot asylretten. Den er nærmest direkte oversatt fra EMK artikkel 3, og det fremgår av

²⁹⁸ Stern; Österdahl; Lind; (2012) s. 151.

²⁹⁹ RÅ (Regeringsrätten) 2006 ref. 87.

³⁰⁰ Stern; Österdahl; Lind; (2012) s. 149.

forarbeidene at den skal tolkes ut fra EMDs praksis. Bestemmelsen ble også brukt som argument for at det ikke var nødvendig å grunnlovsfeste asylretten.

En gjennomgang av rettspraksis av utlendingssaker de siste fire årene viser imidlertid at den ikke benyttes. Vernet av asyl, som skal innfortolkes i bestemmelsen, fremstår for en del dommere som overflødig ettersom det samme vernet finnes i utlendingsloven § 28 (og § 73) og EMK artikkel 3. Det er disse bestemmelsene norske dommere anvender i utlendingssaker.

Slik situasjonen ser ut i dag er det riktig at vernet som gis av Grunnloven § 93 også gis av utlendingsloven §§ 28 og 73 og EMK art. 3. Grunnloven har imidlertid høyest rang, og er vanskeligere å endre. Dersom man får politiske krefter som f.eks. ønsker å fjerne asylretten i utlendingsloven, vil det være en enklere prosess enn å endre Grunnloven. Dermed vil en grunnlovsbestemmelse kunne stå imot svingende politisk opinion på en bedre måte enn hva en vanlig lovbestemmelse vil kunne gjøre.

Det er dermed behov for å få fastslått i rettspraksis at Grunnloven § 93 har samme anvendelsesområde som EMK art. 3. Da hadde Norge hatt et konstitusjonelt vern av asylretten. Ettersom Regeringsformen 2 kap 5 § ikke går like langt innholdsmessig, vil den uansett ikke kunne benyttes i alle asylsaker, i motsetning til Grunnloven § 93. På dette punktet gir derfor Grunnloven § 93 et sterkere vern av asylretten enn hva Regeringsformen 2 kap 5 § gjør.

7. Avsluttende bemerkninger

Denne oppgaven har vurdert hvorvidt konstitusjonelle skranker begrenser asylretten i Sverige og Norge. Asylretten kommer til uttrykk gjennom de nasjonale utlendingslovene og internasjonale forpliktelser, men den er ikke vernet av en uttrykkelig konstitusjonell regel. Et konstitusjonelt vern er sterkere, ettersom en slik regel er mer omfattende å endre enn en ordinær lovregel.

Det historiske perspektivet viser at både Sverige og Norge har vært bevisste på å tilpasse lovgivningen etter de internasjonale rettighetene. Begge utlendingslovene er tilpasset Flyktningkonvensjonen i stor grad. Samtidig er reglene sterkt avhengig av hendelser i omverden. Første verdenskrig, andre verdenskrig, krigen i Jugoslavia og det europeiske samarbeidet er eksempler på hendelser som har ført til endringer i lovgivningen. Reglene blir da tilpasset, for å møte både vertslands og flyktnings behov og eventuelt prioritere mellom disse interessene. De internasjonale forpliktelsene danner skranker for hvilke endringer som folkerettslig kan iverksettes. Ratifikasjon av disse konvensjonene har imidlertid ikke grunnlovs vern, og kan dermed forlates ved oppsigelse og eventuelt lovendring. Dermed ville et grunnlovs vern gitt en enda sterkere beskyttelse, ved for eksempel en svingende politisk opinion mot asylretten.

Samtidig kan det innvendes at asylfeltets dynamiske karakter gjør at en slik grunnlovsfesting er utfordrende. Dette var argumentet til det norske Menneskerettighetsutvalget. En slik rettighet må formuleres både med hensyn til unntak som gjør seg gjeldende, og til endringer som kan inntreffe i verdenssamfunnet.

Den dualistiske tradisjonen i Sverige og Norge gjør at verken Grunnloven § 92 eller Regeringsformen 2 kap 19 § er inkorporasjonsbestemmelser. Konstitusjonelle regler har forrang foran internasjonale konvensjoner, og asylretten får dermed ikke grunnlovs vern gjennom disse bestemmelsene. Regeringsformen strekker seg imidlertid hakket lenger da det er fastslått at det er grunnlovsstridig å bryte mot EMK etter 2 kap 19 §.

Grunnloven § 93 skal tolkes i lys av EMK og EMDs praksis, og dette inkluderer prinsippet om non refoulement. Bestemmelsen er imidlertid ikke prøvd i Høyesterett, som heller ser hen til utlendingsloven og internasjonale forpliktelser. Regeringsformen 2 kap 5 § er snevrere og

vil dermed gi beskyttelse i langt færre situasjoner. Heller ikke denne bestemmelsen er prøvd i Migrationsöverdomstolen.

Det er dermed både interessante likheter og forskjeller mellom Sverige og Norge i de undersøkte spørsmålene, hvor det ikke nødvendigvis kan sies sikkert hvilken konstitusjon som gir flyktninger best vern i en krisesituasjon.

8. Kilderegister

Lovgivning og forarbeider

Internasjonal lovgivning

FNs verdenserklæring om menneskerettigheter (The Universal Declaration of Human Rights) (10.12.1948).

FNs konvensjon om flyktningers stilling (1951 Convention Relating to the Status of Refugees). Vedtatt av De Forente Nasjoner 28. juli 1951.

Protokoll til konvensjonen om flyktningers stilling (1967 Protocol Relating to the Status of Refugees) (31.01.1967).

Statutes of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (14.12.1950).

UNHCR (United Nations High Commissioner for Refugees); States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol.

Wienkonvensjonen om traktatretten (Vienna Convention on the Law of Treaties) (23.05.1969).

Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK). (04.11.1950).

Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01).

Dublin II-forordningen No 343/2003 (18.02.2003).

Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004.

Treaty on the Functioning on the European Union (1957).

Norsk lovgivning

Kongeriket Norges Grunnlov. LOV-1814-05-17.

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven). Lov-2008-05-15-35.

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). Lov 1999-05-21-30.

ST.prp. nr. 57 (2002-2003). Om samtykke til godtakelse av endring av avtale av 19. januar 2001 mellom Norge og Island og EF om kriterier og mekanismer for å avgjøre hvilken stat som er ansvarlig for behandlingen av en asylsøknad som fremlegges i Norge, Island eller en medlemsstat, ved innlemmelse av Dublin II-forordningen av 18. februar 2003.

Norske forarbeider

Innst. 186 S (2013-2014). Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovsfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV. (07.05.2014).

Innst. 184 S (2013-2014). Innstilling fra Stortinget fra kontroll- og konstitusjonskomiteen. (07.05.2014).

Dokument 12:14 (2011-2012). Grunnlovsforslag fra Trine Skei Grande og Hallgeir H. Langeland om rett til asyl (28.09.12).

Dokument 16 (2011-2012). Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven (19.12.2011).

Meld. St. 9 (2009-2010). Norsk flyktning- og migrasjonspolitik i et europeisk perspektiv. (19.05.2010).

NOU 2004:20. Ny utlendingslov. 3. Utviklingen av norsk innvandringspolitikk. (19.10.2004).

Dommerforeningens menneskerettighetsutvalg, Den Norske Dommerforening. *Til sak om revisjon av Grunnloven*. Kommentar med forslag til supplering av Stortingets menneskerettighetsutvalgs foreslåtte grunnlovsendringer. (25.06.2012).

Stortinget – Møte tirsdag den 13. mai 2014 kl. 10. Sak nr. 5. Hentet fra <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Referater/Stortinget/2013-2014/140513/6/>.

Svensk lovgivning

Utlänningslag (2005:716). Svensk författningssamling 2005:716.

Förordning (2007:996) med instruktion för Migrationsverket 1 §.

Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform. Svensk författningssamling 1974:152.

Tryckfrihetsförordning (1949:105). Svensk författningssamling 1949:105.

Svenske forarbeider

SOU 2010:70 Ny struktur för skydd av mänskliga rättigheter (19.10.2010).

SOU 2008:125 En reformerad grundlag. (17.12.2008).

SOU 2004:74 Utlänningslagstiftningen i ett domstolsperspektiv (22.06.2004).

SOU 1979:64 Ny utlänningslag (15.08.1979).

Prop 2016/17:17. Genomförande av det omarbetade asylproceduredirektivet. (06.10.2016).

Regeringens proposition 2009/10:80. En reformerad grundlag. (08.12.2009).

Regeringens proposition 1996/97:25. Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv. (29.09.1996).

Regeringens proposition 1988/89:86 med förslag till utlänningslag m.m. (16.03.1989).

Regeringen proposition 1979/80:96. Med förslag till ny utlänningslag, m. m.; (28.02.1980).

Regeringens proposition 1975/76:209 om ändring i regeringsformen; (01.04.1976).

Regeringens proposition 1975/76:18 Regeringens proposition om ändring i utlänningslagen (1954:193) (09.10.1975).

Proposition 1968:142 angående riktlinjer för utlänningspolitiken m.m. (04.10.1968).

Rettspraxis

Internasjonale avgjørelser

J.K. and other v. Sweden. EMD nr. 59166/12. 23.08.2016.

Case of Hirsi Jama v. Italy. EMD nr. 27765/09. 23.02.2012

Case of Saadi v. Italy. EMD nr. 37201/06. 28.02.2008.

Case of Becciev v. Moldova. EMD nr. 9190/03. 04.10.2005.

Case of Cruz Varas v. Sweden . EMD nr. 15576/89. 20.03.1991.

Case of Soering v. The United Kingdom. EMD nr. 14038/88. 07.07.1989.

Judgment of the Court of 15 July 1964. Flaminio Costa v E.N.E.L. Case 6-64.

Norske avgjørelser

HR-2017-1127-U

HR-2016-2554-P (Holship).

HR-2016-1051-A.

Rt. 2015 s. 93 (Maria).

Rt. 1997 s. 580.

LB-2014-206175.

LB-2015-185706.

LB-2014-169695.

Svenske avgjørelser

RÅ (Regeringsrätten) 2006 ref. 87.

RÅ 1974 ref. 61.

NJA 1973 s. 438.

MIG 2018:4.

MIG 2016:16.

MIG 2016:17.

MIG 2015:9.

MIG 2012:1.

Øvrige avgjørelser

Canada v. Ward (1993) 103 DLR 4th 1 (CAN. SC, June 30,1993).

Litteratur

Juridiske fagbøker

Bull, Thomas; Sterzel, Fredrik (2015): *Regeringsformen – en kommentar* Opplag 3:1. Lund: Studentlitteratur AB.

Hathaway, James C (2005). *The rights of refugees under international law* . Reprinted 2011. Cambridge University Press.

Seidlitz, Madelaine (2014): *Asylrätt. En praktisk introduktion* Opplag 1:1. Stockholm: Nordstedts Juridik.

Stern, Rebecca; Österdahl Inger; Lind, Anna-Sara (2012) : *Folkrätten i svensk rätt* Opplag 1:1. Malmö: Liber AB.

Zimmermann, Andreas (2011) *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*. Oxford University Press.

Einarsen, Terje (2011) Drafting history of the 1951 Convention and the 1967 Protocol. I Zimmermann (Red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* s. 37. Oxford University Press.

Kälin, Walter; Caroni, Martina; Heim, Lukas (2011) Art. 33, para 1 1951 Convention. I Zimmermann (Red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* s. 1327. Oxford University Press.

Marx, Reinhard; (2011). Art 34, 1951 Convention. I Zimmermann (Red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* s. 1441. Oxford University Press.

Zimmermann, Andreas; Mahler, Claudia (2011) Art 1. 1 A, para 2 1951 Convention. I Zimmermann (Red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (s. 281). Oxford University Press.

Zweigert, Konrad; Kötz, Hein (1998): *Introduction to Comparative Law* Reprinted 3. utgave (2011). Oxford: Oxford University Press.

Øvrige kilder

Øyen, Øyvind Dybvik (2018). *Lærebok i utlendingsrett*. 2. utgave. Oslo: Universitetsforlaget.

Juridiske artikler

Bårdsen, Arnfinn (2017) *Høyesterett og dynamisk tolking av EMK*. Ryssdal-seminaret, Oslo 30. oktober 2017.

Bårdsen, Arnfinn (2015): *De nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler: Noen nyere utviklingslinjer i Norges Høyesterett*. Nordisk Høyesterettsdommerseminar. Stockholm 23. og 24. mars 2015.

Falk, Sara (1955) Utlänningslagen jämte dithörande författningar. *Statens nämnd för utgivande av förvaltningsrättsliga publikationer* s. 489.

Internettider

EU Commission: The Common European Asylum System (CEAS). Hentet fra https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/20160713/factsheet_the_common_european_asylum_system_en.pdf (Sist sjekket 28.05.2018).

Utlendingsdirektoratet: Hvor mange søkte om beskyttelse? Hentet fra <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/arsrapporter/tall-og-fakta-2015/faktaskriv-2015/hvor-mange-sokte-om-beskyttelse/> (Sist sjekket 28.05.2018).

Utlendingsdirektoratet: Dublin-samarbeidet. Hentet fra <https://www.udi.no/ord-og-begreper/dublin-samarbeidet/>. (Sist sjekket 28.05.2018).

Migrationsverket (01.01.2016): Inkomna ansökningar om asyl, 2015. Hentet fra <https://www.migrationsverket.se/download/18.7c00d8e6143101d166d1aab/1485556214938/Inkomna%20ansokningar%20om%20asyl%202015%20-%20Applications%20for%20asylum%20received%202015.pdf>. (Sist sjekket 28.05.2018).

Sveriges Riksdag (21.06.2016): Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige. Socialförsäkringsutskottets betänkande 2015/16:SfU16. Hentet fra http://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/arende/betankande/tillfalliga-begransningar-av-mojligheten-att-fa_H301SfU16. (Sist sjekket 28.05.2018).

Sveriges Riksdag (20. juli 2012) Grundlagarna. Hentet fra <http://www.riksdagen.se/sv/sa-funkar-riksdagen/demokrati/grundlagarna/>. (Sist sjekket 28.05.2018).

Stortinget: Vil grunnlovsfeste menneskerettigheter (10.01.2012). Hentet fra <https://www.stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/Nyhetsarkiv/Hva-skjer-nyheter/2011-2012/Vil-grunnlovsfeste-menneskerettigheter/>. (Sist sjekket 28.05.2018).

Skodvin, Knut Einar: Dualisme – jus (10. januar 2014). Store Norske Leksikon. Hentet fra https://snl.no/dualisme_-_jus. (Sist sjekket 28.05.2018).

Strand, Vibeke Blaker: Verdenserklæringen om menneskerettigheter (7. november 2016). Store Norske Leksikon. Hentet fra https://snl.no/Verdenserklæringen_om_menneskerettigheter. (Sist sjekket 28.05.2018).

Ulvund, Frode (2017): Jødeparagrafen. Store Norske Leksikon. Hentet fra <https://snl.no/Jødeparagrafen>. (Sist sjekket 28.05.2018).

Strand, Vibeke Blaker: Grunnloven § 92 (9. august 2017). Store Norske Leksikon. Hentet fra https://snl.no/Grunnloven_§_92 (Sist sjekket 28.05.2018).

Vatnøy, Arne; Kjernli, Erlend, ”Slik strammer regjeringen inn asylpolitikken” *NRK* 30.10.2015 Hentet 31.01.2018 fra <https://www.nrk.no/norge/slik-strammer-regjeringen-inn-asylpolitikken-1.12629648>. (Sist sjekket 28.05.2018).