

MASTEROPPGAVE I UTLENDINGSRETT

*”Menneskehandel som beskyttelsesgrunn:
Dens stilling i utlendings- og flyktningsrett”*

**Det Juridiske Fakultet
Universitet i Bergen
Høst 2007.**

Kandidatnummer: 161487

Innleveringsfrist: 15. desember 2007

Antall ord: 14 692

FORORD:

Denne fremstillingen markerer en avslutning av fem tøffe år av jusstudie. Studien begynte høsten 2003, litt over ett år og fire måneder etter at jeg hadde kommet til Norge. Selv om jeg i et pionerkull i den ny studieordningen - den 5-årig *Profesjonell Masterstudiet i Rettsvitenskap* - en ordning som innebar økt aktivitet, samt tett oppfølging og veiledning, var reisen likevel ikke lett for meg å foreta, særlig i de to-tre første årene. Manglende ferdigheter i norsk, skiftende dialekter (fra Midt-Norge til Vestlandet), en krevende studie og den kjensgjerning at jeg stakk ut i mengden, var alle med for å gjøre livet litt surt for meg.

Til tross for disse utfordringene har engasjement, vennestøtte, og en lidenskap for jus likevel gjort det mulig at jeg nå sitter her og kontemplerer å skrive en masteroppgave i jus. For den lange reisen har jeg en del institusjoner, grupper og individer å takke.

Først og fremst vil jeg rette min takknemlighet mot Universitetet i Bergen generelt og Det juridiske fakultet spesielt for studieplassen, og dermed en sjanse til lære om en profesjon som ligger meg dypt hjertes bunn.

Jeg vil også takke mine tidligere lærere ved Steinkjer Voksenopplæring, som lærte meg de første norske ordene. Dette var en uvurderlig investering som tegner til snart å bære frukt. På samme måte vil jeg takk de norske familiene som jeg ble kjente med under mitt opphold i Steinkjer, og har siden fulgt tett opp med meg og oppmuntret meg til å stå på. Det sies at et samfunns kultur gjenspeiles i de normene det styres med. Det var altså disse vennene som gav meg den første innsikten i de norske normer, og dermed lærte meg en del av jusen.

Likeledes vil jeg takke mine "brødre og søstre" rundt om i landet og i USA, som jeg nøye meg med å kalle "The 60". Den uhyre velviljen jeg har fått av dere i form av telefonsamtaler, e-post meldinger og besøk har gitt meg styrke og tro i meg selv. Og til slutt i denne kategorien vil jeg uttrykke min takknemlighet til en gruppe meddstudenter, som jeg har hengt sammen med i de snart fem årene, og hvis støtte og vennskap jeg ikke kunne ha klart meg uten. Dere gav meg en følelse av samhörighet. En spesiell takk går til Ragnhild Nakling som brukte en god del av sin tid til å lese korrektur på denne oppgaven. Til deg er jeg tom for ord, Ragnhild.

Jeg retter takksigelser også mot Utlendingsnemnda for innvilgelse av søknad om innsyn i klagevedtakene som omhandler temaet – menneskehandel. Vedtakene gav meg en god innsikt i hvordan utlendingsforvaltning virker i virkeligheten, samtidig som de økte min forståelse av menneskehandelsproblematikken, særlig den asylrettslige siden ved denne. Anette Kristin Pedersen fortjener oppmerksomhet for hennes innsats for at mitt besøk ble trivelig.

Sist, men ikke minst skal jeg takke dr. juris Terje Einarsen – min veileder- som satte til side noen av sine verdifulle timer til å gi meg veiledning. Tålmodigheten og forståelsen som jeg ble møtt med, og ikke minst de kunnskapsrike tilbakemeldingene jeg fikk av deg har hatt stor innvirkning på denne oppgaven. Uten din innsiktsfulle veiledning ville denne fremstillingen sikkert ikke blitt som den nå er, og for det er jeg kun takknemlig.

INNHold:

Forside	1
Forord	2
Innholdsfortegnelse	3
Forkortelser	5
Kapittel 1: Kapittel 1 Innledning - oppgavens bakgrunn, formål og ramme	6
1.1 Oppgavens bakgrunn og formål	6
1.2 Oppgavens ramme	6
Kapittel 2 Historikk, definisjoner, presiseringer og rettskilder	6
2.1 Historikk	6
2.2 Definisjoner	7
2.2.1 Utlendingsrett	7
2.2.2 Flyktningrett/asylrett	7
2.2.3 Menneskehandel	7
2.2.4 Årsak til menneskehandel	9
2.2.5 Sondring mellom menneskehandel og menneskesmugling	9
2.2.6 Refleksjonsperiode	10
2.3 Rettskilder	10
2.3.1 Lover, forarbeider og praksis	10
2.3.2 Folkerettslige konvensjoner	10
2.3.3 Regionale konvensjoner og direktiver	11
Kapittel 3 Menneskehandel i utlendingsrett- og flyktningrett	11
3.1 Innledning	11
3.2 Flyktningstatus/asyl	12
3.2.1 Innledning	12
3.2.2 Flyktningbegrepet	12
3.2.3 Forfølgelsesbegrepet	14
3.2.4 Om ”velgrunnet frykt” for forfølgelse	15
3.2.4.1 Forståelsen av begrepet	15
3.2.4.2 Internt fluktsalternativet	16
3.2.4.3 Betydning av ofrenes samtykke	19
3.2.5. Forfølgelse ”på grunn av” konvensjonsgrunner	19
3.2.5.1 Innledning	19
3.2.5.2 Medlemskap i en spesiell sosial gruppe	20
3.2.5.3 Forfølgelse på grunn av tilhørighet i nettopp den angitte gruppen	23
3.2.6 ”... er utenfor det land han er borger av ...”	24
3.2.6.1 Innledning	24
3.2.6.2 ”Sur place” flytkninger	24
3.3 Om vern mot retur (non-refoulement)	25
3.3.1 Innledning	25
3.3.2 Praktisering av non-refoulement i utlendings- og flyktningrett	25
3.3.3 ”Subsidiær beskyttelse” etter EUs statusdirektiv	28

3.3.4 Forslag i ny utlendingslov: Flyktningstatus for både flyktninger som fyller vilkår i artikkel 1A og flyktninger som vernes mot retur	28
Kapittel 4: Opphold på andre grunnlag	30
4.1 Opphold på humanitært grunnlag	30
4.1.1 Innledning	30
4.1.2 Utlendingsloven § 8 annet ledd	31
4.1.3 Palermoprotokollen og Europarådets konvensjon om menneskehandel	32
4.1.4 Lovfesting av menneskehandel som grunnlag for opphold	33
4.2 Refleksjonsperioden	34
4.2.1 Departementets instruks til UDI	34
4.2.3 Strider UDIs rundskriv og EU-direktivet mot Europarådskonvensjon?	36
Kapittel 5 De lege ferenda	36
5.1 Innledning	36
5.2 Menneskehandel som selvstendig beskyttelsesgrunn	37
5.3 Utvidet tolkning av grunnen ”sosial gruppe”	38
5.4 Automatisk opphold på humanitært grunnlag	38
5.5 Utvidelse an refleksjonsperioden, med fornyelsesadgang?	39
Litteraturliste	40

FORKORTELSER

ARV	Antiretroviral Vaccines
CAT	United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.
CATOC	United Nations Convention on Organized Transnational Crime.
EMD	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon
EU	Den europeiske union
Europarådets konvensjon	Europarådets konvensjon om tiltak mot menneskehandel
EU-Statusdirektiv	Council Directive on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted
Flyktningkonvensjon	Konvensjon om flyktningers stilling
FN	De Forente Nasjoner
GPAT	Global Program against Trafficking in Human Beings (United Nations Program)
HIV	Human immunodeficiency virus
IFA	Internal Flight or Relocation Alternative
IOM	International Organisation for Migration
Kvinnekonvensjon	De Forente Nasjoners konvensjon om å avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner
NOU	Norges offentlige utredninger
OSSE	Organisasjonen for sikkerhet og samarbeid i Europa
Ot.prp	Odelstingsproposisjon
Palermoprotokollen	Protokoll om å hindre, bekjempe og straffe handel med mennesker, særlig kvinner og barn
SP	De Forente Nasjoners internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter
Strl.	Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven).
TVPA	Victims of Trafficking and Violence Protection Act
UDI	Utlendingsdirektoratet
UNE	Utlendingsnemnda
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime
USA	United States of America
Utf.	Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften)
Utlendl.	Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Kapittel 1 Innledning - oppgavens bakgrunn, formål og ramme

1.1 Bakgrunn og formål

Menneskehandel eller handel med mennesker (begrepene kommer til å bli brukt om hverandre i resten av oppgaven) innebærer forflytning av mennesker ved bruk av tvang, forledelse og bedrageri med hensikt til utnytte dem. Etter Romastatuttene artikkel 7 kan menneskehandel i sin alvorligste form være en forbrytelse mot menneskeheten. Stater, internasjonale organisasjoner og det sivile samfunnet har i de siste årene satset mye på å bekjempe dette ondet.

Den internasjonale innsatsen mot menneskehandel har vektlagt kriminalisering av handelen og straff av bakmennene. Ofte blir det tatt veldig lite hensyn (hvis noe i det hele tatt) til ofrene. I stedet blir ofrene fengslet og/eller tvangsreturnert til hjemlandet sitt. Mens strafferettslige tiltak mot bakmennene vil bli påpekt fortløpende, kommer tyngden av denne fremstillingen til å omhandle de beskyttelsesmessige tiltak i forhold til bekjempelse av menneskehandel. Her kommer jeg til å vurdere de asylrettslige tiltak som ofrene for menneskehandel møtes med i de mottakerlandene. Med mottakerlandene mener jeg de landende ofrene befinner seg i som et resultat av å ha blitt handlet med. Formålet med denne oppgaven er å vurdere menneskehandels rettstilling i utlendings- og flyktningsrett. Det er mitt håp at når oppgaven er ferdig, skal den kunne tale ofre menneskehandels asylrettslig sak, og dermed bidra til å styrke deres adgang til å søke asyl og andre former for opphold, både i Norge og i andre land.

1.1 Oppgavens ramme

I den følgende fremstillingen skal jeg i kapittel 2 presentere historikken bak dette spørsmålet, samt definere og presisere hovedbegrepene og identifisere de nødvendige rettskildene. Med utgangspunkt i norsk utlendingsrett vil jeg i kapittel 3 vurdere om menneskehandel kan påberopes som beskyttelsesgrunn etter FNs flyktningkonvensjon (heretter flyktningkonvensjonen).¹ Jeg kommer særlig til å vurdere om beskyttelsesgrunnen ”sosial gruppe” i konvensjonen også kan omfatte ofre for menneskehandel.

I kapittel 4 skal jeg analysere muligheten for ofrene til å bli tilkjent opphold på humanitært grunnlag, samt vilkår for dette. I samme kapittelet vil ordningen om den såkalte refleksjonsperiode² også undersøkes, samt muligheten for utvidelsen av denne, slik at en best mulig kan realisere hensikten bak ordningen. Jeg konkluderer fremstillingen i kapittel 5 med synspunkter på hvordan jeg mener spørsmålet om handel med mennesker bør håndteres i utlendings- og flyktningrett.

Kapittel 2 Historikk, definisjoner, presiseringer og rettskilder

2.1 Historikk

Spørsmålet om handel med mennesker er ikke noe nytt fenomen. Problemet har sannsynligvis eksistert i flere tusen år, men fikk sin største og mest kjente utbredelse etter at europeere og

¹ De Forente Nasjoners konvensjon om flyktnings stilling av 28.juli 1951 og tilleggsprotokoll om flyktnings stillinger av 31.januar 1967 nr.1, ratifisert av Norge ved Kongelig Resolusjon av 07.11.1952.

² Se begrepets definisjon på side 10.

amerikanere begynte å eksportere slaver fra Afrika til andre kontinenter i den såkalte slavehandelsperioden (ca. 1440-1900). Da, som nå, ble mennesker kjøpt og solgt fra kontinent til annet som en vare. Slavene ble brukt benyttet til ulike formål, men hovedsakelig til bruk som gratis (eller billig) arbeidskraft i jordbruk, senere industrien og som tjenere på gårder og i hjemmet.

I hundrevis av år har verdens nasjoner kjempet med spørsmålet, og mange konvensjoner er blitt undertegnet med det formål å avskaffe eller redusere handel med mennesker. Blant disse kan her nevnes: Den Internasjonale overenskomst om undertrykkelse av den hvite slavehandel av 04. mai 1910, Overenskomst om slaveri av 25. september 1926, FN konvensjonen av 1949 om undertrykkelse av handel med mennesker og utnyttning av andres prostitusjon, Tilleggskonvensjon om avskaffelse av slaveri, slavehandel og forhold og fremgangsmåter beslektet med slaveri av 07. september 1956, FN-konvensjon mot grenseoverskridende organisert kriminalitet av 15. november 2000 (CATOC) og tilleggsprotokoll om å hindre, bekjempe og straffe handel med mennesker, særlig kvinner og barn (Palermoprotokollen). Det er særlig de to siste som skal fremheves i denne fremstillingen.

2.2 Definisjoner

2.2.1 Utlendingsrett

Utlendingsrett er det juridiske fag som beskjeftiger seg med ikke – norske statsborgeres rettigheter og plikter i Norge.³ Faget består av emner som asyl, statsborgerskap, utvisning, bortvisning, besøksvisum, arbeidstillatelse, familiegjening m.m. Sentrale lover på dette feltet er lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 24. juli 1988 nr. 64, lov om norsk statsborgerskap (statsborgerskapsloven) av 10. juni 2005 nr. 51, og forskriftene⁴: utlendingsforskriften av 21. desember 2000 nr. 1028 og statsborgerforskriften av 30. juni 2006 nr. 756. En ny utlendingslov er under utarbeidelse.

2.2.2 Flyktningrett/asylrett

Flyktning- og/eller asylrett - begrepene brukes om hverandre i praksis - omhandler beskyttelse mot forfølgelse og andre krenkelser som en stat kan gi borgere av andre stater. En slik beskyttelse gis personer som faller inn under flyktningdefinisjon i FNs konvensjonen om flyktnings stilling av 28. juli 1951 og tilleggsprotokoller.⁵ Konvensjonen er inntatt i norsk lov gjennom utlendingsloven § 16 og utgjør dermed en stor del av norsk utlendingsrett.

2.2.3 Menneskehandel

Begrepet menneskehandel brukes i dagligtale om tvangsforflytning av mennesker, med siktemål å utnytte dem som arbeidskraft og i prostitusjon. Det er særlig kvinner som fokuseres

³ Definisjonen er innhentet fra Jon Gisle "Jusleksikon"

⁴ Forskriftene er gitt i linje med departementets adgang til å instruere utlendingsforvaltningen over lovtolkning og skjønnsutøvelse etter utlendingslovens § 38, 1. ledd.

⁵ Konvensjon om flyktnings stilling av 28.juli 1951og tilleggsprotokoll om flyktnings stillinger av 31.januar 1967 nr.1. Mens konvensjonen hadde til hensikt å verne om flyktninger fra forfølgelse som skyldtes hendelser ("events") inntruffet før 1951, utvidet protokollen konvensjonens vern til å inkludere også flyktinger fra senere situasjoner.

på når det snakkes om menneskehandel, selv om også menn blir utsatt for menneskehandel. Statistikken⁶ viser imidlertid at det særlig er kvinner og barn som rammes.

Før vedtagelse av CATOC og Palermoprotokollen hersket det bred uenighet om den juridiske definisjonen av menneskehandel. Det var således Palermoprotokollen som gav den første verdensanerkjente definisjon, jf. artikkel (heretter art.) 3 (a)-(d). Definisjonen er i Norge inntatt i straffeloven (strl.) § 224.⁷

Strl. § 224 lyder som følger:

”Den som ved vold, trusler, misbruk av sårbar situasjon eller annen utilbørlig atferd utnytter en person til

- a) prostitusjon eller andre seksuelle formål,*
- b) tvangsarbeid,*
- c) krigstjeneste i fremmed land eller*
- d) fjerning av vedkommendes organer,*

eller som forleder en person til å la seg bruke til slike formål, straffes for menneskehandel med fengsel inntil 5 år.

På samme måte straffes den som

- a) legger forholdene til rette for slik utnyttelse eller forledelse som nevnt i første ledd ved å anskaffe, transportere eller motta personen,*
- b) på annen måte medvirker til utnyttelsen eller forledelsen, eller*
- c) gir betaling eller annen fordel for å få samtykke til utnyttelsen fra en person som har myndighet over den fornærmede, eller som mottar slik betaling eller annen fordel...”*

Siden oppgaven begrenser seg til den utlendingsrettslige siden av menneskehandelsspørsmålet, vil jeg her nøye meg med å oppsummere de følgende fra definisjonen:

Klientellet - ”En person” - Selv om det er kvinner og barn som settes i en særstilling i protokollen, verner den også de mannlige ofre for menneskehandel, jf. protokollens artikkel 2 om dens formål.

Handlingen: De straffbare handlingene som utløser straffeansvar er rekruttering, transport, overføring, husing eller mottak av personer for menneskehandel.

Midlene: Den straffbare handlingen finner sted ved bruk av trusler, vold, tvang, bortføring, bedrageri, forledelse, misbruk av myndighet eller av sårbar stilling, å gi eller å motta betaling eller fordeler for å oppnå samtykke fra en person som har kontroll over en annen person.

Siktemålet: Det er snakk om menneskehandel dersom siktemålet er å utnytte ofrene til prostitusjon eller andre former for seksuell utnyttelse, tvangsarbeid eller tvangstjenester, slaveri eller slaverilignende praksis, trelldom eller fjerning av organer.

Jeg bemerker imidlertid her at på grunn av det strenge beviskravet som gjelder i strafferetten er det noen sider ved menneskehandel som ikke nødvendigvis vil straffes, men som likefullt kan utløse utlendings- og flytningsrettslige regler. Et eksempel på dette kan være at ofrene for handelen likevel kan tilkjennes asyl, selv om mennene bak handelen ikke kan straffes.

⁶ For eksempel United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC)s rapport om ”Trafficking in Persons: Global Patterns” av April 2006 på s. 75, jf. <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT-globalpatterns-en.pdf>

⁷ Bestemmelsen må tolkes i lys av protokollen, jf. presumpsjonsprinsippet. Prinsippet går ut på at norsk lov tolkes i samsvar med folkeretten for å unngå folkerettsbrudd.

2.2.4 Årsak til menneskehandel

Menneskehandel forårsakes av mangt. Økende ressursgap mellom rike og fattige land, urbanisering og minoritetsproblematikk er forhold som muliggjør og opprettholder menneskehandel. Videre er krig og konflikt, fattigdom, arbeidsløshet i opprinnelsesland contra etterspørsel etter billig arbeidskraft i vesten, synet på kvinner (deres tradisjonelt svake og underordnede stilling i forhold til menn), lav utdanning, diskriminering, etniske og religiøse ulikheter samt strenge regler for innvandring faktorer som kan gi grobunn for menneskehandel. Organsvikt og et økende behov for organer forårsaket av økende alder i befolkningen og økende omfang av livsstilssykdommer, samt økt etterspørsel etter organer til forskning og farmasøytisk industri, gjør illegal handel med organer høyt profittabell.

2.2.5 Sondring mellom menneskehandel og menneskesmugling⁸

Menneskehandel og menneskesmugling (smugling av migranter) er to ulike forbrytelser som behandles ulikt i to av de tre protokollene til CATOC. Det er av den grunn viktig i denne oppgaven å sondre mellom disse to forbrytelsene.

Menneskesmugling behandles i protokollen om smugling av mennesker over land, sjøveien og luftveien. I protokollens art. 3, bokstav a defineres den som:

”... å bevirke, for direkte eller indirekte å oppnå en økonomisk eller annen materiell fordel, en persons ulovlige innreise til en statspart som personen ikke er statsborger av eller bor fast i ... ”⁹

Ut fra definisjonene kan følgende likheter og ulikheter trekkes frem:

Mennesket ligger i sentrum for begge disse handlingene. Forskjellen er at ved menneskesmugling er det en ”tjeneste” som selges – det å transportere den ulovlige innvandreren over grensen mot vederlag - mens ved menneskehandel er det mennesket som er ”godset”. Mennesket rekrutteres og selges enten direkte til ”trafikkherren” eller til en hallik som senere selger det videre til ”herren”, som da bruker det i ulovlig virksomhet.

Begge handler om forflytning av personer, om enn med ulike hensikter. Mens menneskesmugling kun skjer over nasjonale grenser, kan menneskehandel også finne sted innenfor landegrensene i en enkelt stat. Hensikten bak menneskesmugling er å bringe ”kunden” til andre, som oftest såkalte ”vestlige” land hvor han kan søke et bedre liv, mens hensikten bak menneskehandel er å bruke ”godset” i virksomhetene som beriker bakmennene, slik som ved tvangsprostitusjon, tvangsarbeid eller lignende. Mens menneskesmuglerne tillater ofrene å gå på egenhånd etter at de er ankommet destinasjonslandet, beholder menneskehandlerne altså kontroll over ofrene etter ankomsten, ofte ved makt, bedrageri eller forledelse og utnytter dem.

⁸ Noen av opplysningene i dette punktet er innhentet fra United Nations Office on Drug and Crime – Trafficking in Persons - ”Leaflet about trafficking in persons and the Global Programme”, http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT_GPATleaflet07_en.pdf

⁹ Protokoll mot smugling av innvandrere på land, til sjøs og i luften, som Protokollen om handel med mennesker, supplerer FN konvensjon mot grenseoverskridende organisert kriminalitet, jf. art. 1

Selv om denne oppgaven hovedsakelig omhandler ofre for menneskehandel, kan det tenkes at klientene ved menneskesmugling befinner seg i en situasjon som tilsier at de bør beskyttes på samme måte som ofre for menneskehandel, tross deres opprinnelige samtykke til smuglingen.

2.2.6 Refleksjonsperiode

Substantivet ”refleksjon” betyr det å være i ettertanke eller overveielse, eller å gjøre seg meningen bak en hendelse. En refleksjonsperiode er en nærmere bestemt periode hvor offeret for menneskehandel får anledning til å tenkte over hva som er skjedd men en selv, hvordan en har taklet dette og veien fremover.

Refleksjonsperiode - ordningen er regjeringens administrative tiltak mot menneskehandel. Ordningen er forankret i regjeringens handlingsplan mot menneskehandel av 2003-2005, som ble videreført i handlingsplanene 2005-2008 og 2006-2009.¹⁰ Selve begrepet ”refleksjonsperiode” er ikke definert verken i regjeringsplanene eller i departementet instruks¹¹ overfor Utlendingsdirektoratet (UDI), utlendingsforvaltningsorganet med ansvar for å anvende ordningen.

Etter handlingsplanen (2003-2005) er refleksjonsperioden et tiltak som går ut på at utlendinger som har vært utsatt for menneskehandel, men som ikke har lovlig opphold i riket kan få et utvisningsvedtak stilt i bero i 45 dager, jf. tiltak 3 i handlingsplanen og rundskrivets innledende del.

Hensikten bak dette tiltaket er i større grad å tilrettelegge for at vedkommende på sikt skal kunne bryte med miljøet bak menneskehandelen, samtidig som han/hun vurderer å samarbeide med myndighetene til å få bakmennene rettsforfulgt. Perioden er nå blitt utvidet til seks måneder i handlingsplanen 2006-2009. Etter utvidelsen er ordningen nå slik at utlendingen blir innvilget oppholds- og arbeidstillatelse i denne perioden. Mer om dette under punkt 4.2 på s. 34.

2.3 Rettskilder

2.3.1 Lover, forarbeider og praksis

Som sagt tar oppgaven utgangspunktet i norsk utlendingsrett. og Utlendingsloven (utlendl.) er således en sentral rettskilde, samt dens forarbeider. Straffeloven (strl.)¹² blir også kort nevnt.

Det finnes ikke mange Høyesterettsdommer på utlendingsrettsfeltet, og det finnes foreløpig ikke noen dom om menneskehandels asylrettslige betydning fra Høyesterett. Dette betyr at praksis fra utlendingsforvaltningen (Utlendingsdirektoratet - UDI og Utlendingsnemnda - UNE) blir desto viktigere å undersøke.

2.3.2 Folkerettslige konvensjoner

¹⁰ Regjeringens handlingsplan mot menneskehandel (2003-2009) er regjeringens politisk målsetning for å bekjempe alle former for menneskehandel, i forbindelse med forpliktelser som fulgte av ratifiseringen CATOC og Palermoprotokollen.

¹¹ Rundskriv RS 2004-019.

¹² Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. 05. 1902

Like sentral er flyktningkonvensjon, som utlendingsloven tolkes etter, i tråd med Norges folkerettslige forpliktelser, jf. utlendl. §§ 4 og 16. UNHCRs¹³ anbefalinger, selv om ikke rettslig bindende, er også svært viktige for forståelsen av flyktningkonvensjonen.

CATOC og Palermoprotokollen er også noen av de viktigste rettskildene som omhandler temaet menneskehandel. Konvensjonen er viktig i og med at den gir uttrykk for det internasjonale samfunnets anerkjennelse av og ønske om et tett samarbeid i å bekjempe grenseoverskridende organisert kriminalitet. Palermoprotokollen er for sin del viktig i og med at den inneholder den første globalt aksepterte definisjon av begrepet menneskehandel.

Internasjonale konvensjoner slik som Barnekonvensjon og Kvinnekonvensjon vil også bli omtalt.

Det blir også ellers vist til enkeltstaters rettspraksis i relasjon til flyktningkonvensjonen. Noen av dommene har hyppigere blitt vist til i enkeltstaters asylrettslig praktisering av flyktningkonvensjonen.

2.3.3 Regionale konvensjoner og direktiver

Den europeiske unionen har i det siste grepet inn og sett med alvor på menneskehandelsproblematikken. Dette har slått til i form av Europarådets konvensjon om tiltak mot menneskehandel ETS nr. 197 av 16. mai 2005 (Europarådskonvensjon). Konvensjonen trer i kraft 01. februar 2008. Konvensjonen, når den trer i kraft, skal åpne blant annet for adgangen til å tilkjenne ofre for menneskehandel oppholdstillatelse under nærmere angitte vilkår.

Siden konvensjonen ennå ikke er trådt i kraft, er hoveddokumentet på den europeiske planen imidlertid EUs Statusdirektiv¹⁴. Direktivet representerer den europeiske unionens forsøk på å definere flyktningebegrepet, samtidig som det harmoniserer medlemsstatenes asyl- og flyktningpolitikk gjennom det såkalte ”*Common European Asylum System*” (felles europeiske asylsystem).

Kapittel 3 Menneskehandel i utlendingsrett- og flyktningrett

3.1 Innledning

Menneskehandel har gradvis blitt et svært aktuelt tema innenfor utlendings- og flyktningrett. I denne delen av fremstillingen skal jeg fremheve reglene som regulerer utlendingers adgang til

¹³ FNs høykommissær for flyktninger – organisasjonen som har mandat til å lede og koordinere internasjonale aksjoner for å beskytte flyktninger og løse flyktning problemer på verdensbasis. Dens hovedformål er å sikre rettighetene og velværen til flyktninger. Den forsøker å sikre at alle kan utføre sin rett til å søke asyl og finne sikker tilflukt i et annet land, med en frivillig mulighet til å reise hjem, bli integrert lokalt eller å bosette seg i et tredje land. For å oppnå sitt mål har Høykommissæren kommet med blant annet en ”Handbook on Procedures and Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees” – HCR/IP/4/Eng/REV.1 Geneva, January 1992 (1979) og en rekke Guidelines on International Protection relatert til problemstillinger som knytter seg til flyktningdefinisjonen I art. 1 A.

¹⁴ Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted - *Official Journal L 304, 30/09/2004 P. 0012 – 0023*. Det fremgår av formålsparagrafen i statusdirektivet art. 1 at direktivet angir minimumsstandarder for når tredjelandsborgere og statsløse skal anses å kvalifisere for ”internasjonal beskyttelse”.

å søke asyl i Norge. Jeg skal også vurdere om de samme reglene gir ofre for menneskehandel adgang til å søke asyl.

3.2 Flyktningstatus/asyl

3.2.1 Innledning

Ifølge Menneskerettighetserklæringen¹⁵ artikkel 14 nr.1 har ”*Enhver har rett til i andre land å søke og nyte asyl mot forfølgelse*”.

Selv om ingen direkte kan utlede sin rett til flyktningstatus ut fra erklæringen, jf. dennes navn, er erklæringen likevel grunnsteinen til dagens internasjonale flyktningsregime. I tillegg til at erklæringen hadde stor innflytelse på formuleringen av flyktningkonvensjonen, er den fortsatt et betydningsfullt instrument på det folkerettslige asyl- og menneskerettslig område. Som Einarsen uttrykker det vil prinsippet som er uttrykt i artikkel 14 og traktatretten i flyktnings rettsstilling ”*over tid ... også kunne samvirke i en internasjonal sedvanerettsdannelse...[hvis] ... respekt vil her kunne være et moment i dannelsen av opinion juris omkring en asylrett som alle stater er forpliktet til å respektere, og indirekte påvirke statspraksis i samme retning*”.¹⁶

Bestemmelsen tjener således som supplement til flyktningkonvensjonen, slik at ofre for menneskehandel som blir utsatt for forfølgelse i hjemlandet innvilges flyktningstatus i andre land.

3.2.2 Flyktningbegrepet

Flyktningstatus er uten tvil den høyeste, viktigste og kanskje mest prestisjefylt form for tillatelse som en flyktende utlending kan møtes med i et fremmed land.

Hovedproblemstillingen i denne fremstillingen er således hvorvidt ofre for menneskehandel har anledning til å bli tilkjent asyl eller flyktningstatus etter utlendingsloven og flyktningkonvensjonen.

Etter utlendl. § 17 har flyktning som er i riket eller på norsk grense etter søknad rett til asyl (fristed) i riket. Hvem som er flyktning er regulert i utlendl. § 16, som henviser til definisjonen i flyktningkonvensjon artikkel 1A.

Problemstillingen er om ofre for menneskehandel er å anse som flyktninger etter utlendl. § 16, jf. flyktningkonvensjon artikkel 1A.

Flyktningebegrepet er ikke definert i flyktningkonvensjon. Konvensjonen oppstiller imidlertid en rekke vilkår for anerkjennelse som flyktning. Det skal anerkjennes som flyktning:

*”... enhver person som på grunn av at han med en velgrunnet frykt for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning ... befinner seg utenfor det land han er borger av ... og er ute av stand... eller ... uvillig til å påberope seg dette lands beskyttelse, jf. artikkel 1A (2).”*¹⁷

¹⁵ FNs Verdenserklæringen om Menneskerettighetene av 10. desember 1948.

¹⁶ Terje Einarsen, ”Retten til vern som FLYKTNING” s. 111

¹⁷ Den norske oversettelsen er innhentet fra NOU 1983: 47 om ny fremmedlov side 144, men er tilføyd min formulering.

Det finnes imidlertid ingen folkerettslig flyktningedomstol som kan avgi tolkning av konvensjonen som alle land kan forholde seg til. I mangel av en slik domstol, er det således konvensjonens ordlyd, forarbeider og UNHCRs anbefalinger som gir retningslinjer for hvordan konvensjonen skal forstås, jf. Wien-konvensjon¹⁸ art. 31 og 32 om tolkning av folkerettslige traktater/konvensjoner.

Etter ordlyden er utgangspunktet altså at utlendinger som oppfyller vilkårene i flyktningkonvensjon artikkel 1A(2) har rett til flyktningstatus, og konvensjonsstatene er følgelig rettslig bundet til å tilkjenne slike personer asyl. Dette er imidlertid ikke den tolkning som norsk rettspraksis og dermed norsk utlendingsforvaltning har lagt til grunn. Høyesterett har tatt utgangspunktet i doktrinen om en statlig skjønnsmargin ”såkalte *margin of appreciation*”,¹⁹ når det gjelder tilkjenning av flyktningstatus.

I en viktig dom på dette området som gjaldt gyldigheten av avslag på asyl for en somalisk borger på grunn av en *subjektive sur place*²⁰ tolkning av flyktningbegrepet slo Høyesterett fast at det finnes flyktninger som ligger i kjernen av flyktningbegrepet og det finnes de som faller utenfor. Videre slo Høyesterett fast at og det tilligger enkeltstatene å avgjøre hvem av de som faller utenfor definisjonen som likevel skal beskyttes av konvensjonen:

”... konvensjonens flyktningbegrep ikke har noen presis avgrensning... flyktningbegrepet etter fremmedloven og flyktningkonvensjonen har et kjerneområde hvis omfang ikke er fastlagt en gang for alle, men påvirkes av landenes praksis i tilknytning til nasjonale regler, flyktningkonvensjonens bestemmelser og Høykommissærens syn på disse bestemmelsene. Flyktninger som omfattes av kjerneområdet, må etter fremmedloven innvilges politisk asyl i Norge. Utenfor kjerneområdet vil det derimot være opp til norske myndigheter å gjøre seg opp en samvittighetsfull oppfatning av hvorledes flyktningbegrepet bør praktiseres og legge dette til grunn i sin praksis”, jf. Abdi - dommen i Rt. 1991 s. 586.

Dommen er kritisert av Terje Einarsen.²¹ Han påpeker at Høyesteretts fremhevelse av doktrine om skjønnsmargin ved tolkning av flyktningbegrepet innebærer at det er folkeretten som skal forholde seg til nasjonale tolkningsmønstre og praksis, i stedet for omvendt. Han påpeker videre at tankegangen om at det er medlemsstatene snarere enn flyktningkonvensjonen som bestemmer hvem som skal anerkjennes som flyktning ikke har fått alminnelig folkerettslig tilslutning.

Anvender man belæringen i Abdi-dommen på søknader med bakgrunn fra handel med mennesker, kan det få den konsekvens at ingen ville bli tilkjent flyktningstatus. Siden menneskehandel ikke engang er uttrykkelig inntatt i flyktningdefinisjonen, ville Abdi-dommen føre til at ofre for menneskehandel ikke anses for å ligge innenfor flyktningbegrepets kjerneområde, og dermed bli utelukket fra asyl. Utlendingsforvaltningen har imidlertid i senere år forlatt denne restriktive tolkningen, ved at den har innvilget asyl også til ofre for menneskehandel.²²

¹⁸ Wienkonvensjon om traktatretten av 23. mai 1969.

¹⁹ Dette er når staten ikke vektlegger dens folkerettslige forpliktelser men snarere fatter beslutninger basert på hva som er hensiktsmessig, nyttig, fornuftig og rimelig i tilpasning til det som er best i landet sitt, enn om hva som folkeretten tilsier.

²⁰ Se punkt 3.2.6.2 på s. 24.

²¹ Terje Einarsen, ”Retten om vern som FLYKTNING”, s. 78-79.

²² Se eksempler fra UNE sin praksis på s. 30.

En vurdering av om ofre for menneskehandel skal få innvilget asyl må riktignok ta utgangspunktet i flyktningedefinisjonen i konvensjonens artikkel 1A ovenfor, jf. utlendl. § 16. UNHCR har i senere år også fastslått i sine Guidelines om kjønnsrelatert forfølgelse at ofre for menneskehandel kan påberope seg flyktningkonvensjonen:

*”Some trafficked women or minors may have valid claims to refugee status under the 1951 Convention. The forcible or deceptive recruitment of women or minors for the purposes of forced prostitution or sexual exploitation is a form of gender-related violence or abuse that can even lead to death ... In individual cases, being trafficked for the purposes of forced prostitution or sexual exploitation could therefore be the basis for a refugee claim where the State has been unable or unwilling to provide protection against such harm or threats of harm”, se avsnitt 18.*²³

3.2.3 Forfølgelsesbegrepet

Konvensjonen stiller som vilkår for anerkjennelse som flyktning at vedkommende har en velbegrunnet frykt for ”forfølgelse”. En annen problemstilling er om mishandlingen som ofre for menneskehandel blir utsatt for utgjør ”forfølgelse” i flyktningkonvensjonens forstand.

Hva begrepet ”forfølgelse” nærmere går ut på er ikke definert i konvensjonen. Det har siden vært mange forsøk på å definere begrepet, men det finnes fortsatt intet universalt akseptert definisjon av begrepet. Det synes imidlertid forutsatt i utlendingsloven og konvensjonen at reaksjonen må være av en viss art og et visst omfang. Det sentrale er en fremtidsrettet vurdering av om klageren risikerer forfølgelse ved retur.

UNHCR har i medhold av Konvensjonens artikkel 35 forsøkt å definere ”forfølgelse” som *”a threat to life or freedom on account of race, religion, nationality, political opinion and membership of a particular social group”,* samt *”other serious violations of human rights”* på samme grunner.²⁴

Som allerede påpekt består menneskehandel av grove menneskerettighetskrenkelser som tvangsprostitusjon, slaveri, trelldom og tvangsarbeid. Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 8 og kvinnekonvensjon²⁵ artikkel 6 gir et absolutt forbud mot krenkelse av disse rettighetene. Det heter for eksempel i SP artikkel 4 (2) at disse rettigheter er *”non-derogable”* rettigheter som verken statene eller private aktører kan avvike, det være seg i fredstid eller i krig.

UNHCR har i Guidelines om flyktningstatus for ofre for menneskehandel og personer som er i fare for å bli utsatt for menneskehandel fastslått at den slags overgrep som ofre for menneskehandel blir utsatt for, utgjør forfølgelse:

”Inherent in the trafficking experience are such forms of severe exploitation as abduction, incarceration, rape, sexual enslavement, enforced prostitution, forced labour, removal of organs, physical beatings, starvation, the deprivation of medical

²³ Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees; HCR/GIP/02/01.

²⁴ UNHCRs ”Handbook on Procedures and Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees”, se avsnitt 51.

²⁵ FNs Konvensjon om å avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner av 18. 12. 1979.

treatment. Such acts constitute serious violations of human rights which will generally amount to persecution.”²⁶

Dersom forfølgelsen skriver seg fra fortidig befatning med handel med mennesker kan offeret anerkjennes som flyktning hvis forfølgelsen har vært særlig grusom og vedkommende fortsatt har traumatiske og psykologiske lidelser.²⁷

Av og til rettes represaliene mot ofrenes familiemedlemmer. Når dette skjer, enten fordi disse selv har deltatt i å avsløre bakmennene eller bare grunnet familiemessig tilknytning til offeret, kan det føre til at det foreligger ”forfølgelse” i konvensjonens forstand.

I en avgjørelse fra 2005 innvilget Utlendingsnemnda asyl til en mor av offer for menneskehandel som hadde fått asyl i et annet europeisk land ved hjelp av Organisasjon for sikkerhet og samarbeid i Europa (OSSE). Moren hadde støttet datteren i en straffesak mot bakmennene og hadde på grunn av så vel hennes aktive deltagelse og tilknytning til offeret pådratt seg trusler og trakkassering fra det kriminelle nettverket. Utlendingsnemnda resonnerer dit hen at det var stor sannsynlighet for at truslene ville føre til alvorlig skade på kvinnen dersom hun skulle bli returnert til Albania. Hun hadde således berettigede grunner til å frykte forfølgelse ved retur, hvilket tilsa at hun måtte innvilges asyl.

Ofre for menneskehandel utsettes også ofte for en høy grad stigmatisering, diskriminering, isolasjon og straff av familien, samfunnet og/eller myndighetene. Når stigmatiseringen kommer i tillegg til alvorlige traumatiske lidelser på grunn av trafikeringen, kan dette lett føre til at vilkåret om ”forfølgelse” i utlendingsloven og konvensjonens forstand er oppfylt. Det er jo først og fremst familien og deretter samfunnet og staten som best gir følelse for trygghet og sikkerhet. Når det er nettopp disse, isolert eller i kombinasjon som trakasserer offeret, økes frykten for forfølgelse hos offeret som må kunne sies å være velgrunnet.

Ut fra det ovennevnte må man da trekke den slutning at menneskehandel innebærer så alvorlige menneskerettighetskrenkelser slik at det med all sannsynlighet må betraktes som forfølgelse i utlendingslovens og flyktningkonvensjonens forstand.

3.2.4 Om ”velgrunnet frykt” for forfølgelse

3.2.4.1 Forståelsen av begrepet

Flyktningkonvensjon stiller videre et vilkår om at frykten for forfølgelse må være ”velgrunnet”, jf. definisjonen.

Et spørsmål som gjør seg særlig gjeldende i menneskehandelsproblematikken, er om ofre for menneskehandel kan sies å ha en ”velgrunnet frykt” for forfølgelse, når handel med mennesker drives hovedsakelig av private aktorer.

Utrykket ”velgrunnet frykt” går ut på både den subjektive ”frykt” og de objektive ”velgrunnet” elementer hos asylsøker, så vel som at det rammer tilfeller av fortidig og

²⁶ Guidelines on International Protection: “The application of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees to victims of trafficking and persons at risk of being trafficked”, HCR/GIP/06/07, av 7.april 2006, p. 6.

²⁷ Ibid, s. 7.

fremtidig forfølgelse. Subjektivt må søkeren kunne vise et legitim frykt for at hans liv var i fare i hjemlandet og at han risikerer alvorlig overgrep hvis han returneres.

Det subjektive må kunne støttes av en objektiv analyse av hjemlandssituasjon fra en utenforstående. Den objektive vurderingen bygger hovedsakelig på hjemlandsmyndighetenes manglende vilje eller evne til å gi effektiv beskyttelse.

Forfølgelse i sin opprinnelige form var tett forbundet med overgrep utført av statsmyndigheter. Gjennom årene har forfølgelse fra private aktører imidlertid blitt godkjent som grunnlag for internasjonal beskyttelse dersom staten ikke vil eller kan yte tilstrekkelig beskyttelse, jf. UNHCRs Guidelines om menneskehandel²⁸, punkt 21.

I Norge var utgangspunktet frem til 1998 at en risiko for forfølgelse fra ikke-statlige aktører bare kunne gi grunnlag for anerkjennelse som flyktning dersom hjemlandets myndigheter manglet vilje til å gi beskyttelse. Gjennom asylkriteriene fra 1998 ble praksis justert slik at anerkjennelse nå også blir gitt i de tilfeller hvor hjemlandets myndigheter mangler evne til å gi beskyttelse, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 82.

For ofre for menneskehandel er det dels spørsmål om hjemlandsmyndigheters manglende vilje, og dels spørsmål om manglende evne til å yte effektiv beskyttelse. Man står her overfor veldig fattige land som verken har ressurser eller motivasjon til å tilby enhver borger tilstrekkelig beskyttelse. Fattigdommen medfører også at folk som jobber i statsapparatene ikke alltid motstår fristelsen om å samarbeide med mennene bak handelen mot et vederlag. Ofrene befinner seg ofte i et dilemma når personene som burde beskyttet dem i stedet er de samme som gir dem bort eller medvirker til dette. Disse ofrenes frykt for forfølgelse er altså velgrunnet.

Ofre for menneskehandel har derfor i utgangspunktet en velgrunnet frykt for forfølgelse, selv om forfølgelsen hovedsakelig er fra private aktører.

3.2.4.2 Internt fluktsalternativ

Nært relatert til spørsmålet om hvorvidt ikke-statlig forfølgelse kan være velgrunnet, er spørsmålet om internt fluktsalternativ.

Kravet om at vedkommende skal ha en velgrunnet frykt for forfølgelse har i statspraksis i senere år blitt tilknyttet til læren om intern flukt – *Internal Flight Alternativ (IFA)*. Læren innebærer at asylsøker henvises til å søke opphold i trygge områder i sitt hjemland, slik at å søke asyl i utlandet kommer som en siste utvei.

Begrunnelsen for læren om internt fluktsalternativ er at den internasjonale beskyttelse som flyktningkonvensjonen gir, er subsidiær i forhold til hjemlandets beskyttelse. Det er altså hjemstaten som er nærmest til å gi sine egne borgere beskyttelse og den som har anledning til å nyte godt av statsbeskyttelse, om enn i en annen del av landet, har følgelig intet krav på den internasjonale beskyttelse som flyktningstatus innebærer.

Hvor det interne fluktalternativet skal stilles som vilkår, i forhold til vurdering av om vilkårene for anerkjennelse som flyktning skal være oppfylt, har vært omstridt. Enkelte saksbehandlere har vurdert spørsmålet under vilkåret ”velgrunnet frykt for forfølgelse”, mens

²⁸ Se fotnote 26 på s. 15.

andre har tatt det under vurderingen av om utlendingen er utenfor det land han er borger av og er "ute av stand... eller ... uvillig til å påberope seg dette lands beskyttelse". UNHCR har i *Guidelines* om intern flukt konstatert at det er uten betydning hvor man plasserer denne vurderingen, idet flyktningdefinisjonen innebærer en helhetlig vurdering av ulike innbyrdes elementer.²⁹

I et prinsipielt vedtak av UNEs Stornemnda³⁰ fra 2006 hvor spørsmålet om internt fluktalternativ ble inngående drøftet uttalte stornemndas flertall at det ikke bare er "hensiktsmessig, men også prinsipielt riktig at de andre asylkriteriene i flyktningdefinisjonen er vurdert og funnet oppfylt før spørsmålet om internflukt blir vurdert." Vedtaket er nærmere omtalt nedenfor.

Dette sitatet kan etter min oppfatning forstås slik at det konstaterer at en utlending som oppfyller alle vilkår for anerkjennelse som flyktning likevel kan utelukkes ved å henvise til internfluktalternativet. Dette vil med andre ord bety at utlendingen kan utelukkes fra flyktningstatus selv om vedkommende skulle ha en "velgrunnet frykt for forfølgelse". Dette vil videre bety at velgrunnet frykt for forfølgelse kan foreligge til tross for at det finnes trygge områder i vedkommendes hjemland.

Denne forståelse er jeg imidlertid ikke enig i. Etter min oppfatning har den som kan oppnå beskyttelse i de trygge områdene i hjemlandet ikke noen "velgrunnet frykt for forfølgelse", og har dermed ikke krav på asyl. Den som oppfyller vilkår for anerkjennelse som flyktning etter flyktningkonvensjonen har allerede kvalifisert seg for internasjonal beskyttelse og kan ikke lenger utelukkes etter en begrensning som ikke engang står i konvensjonens tekst. Skal vedkommende utelukkes etter internfluktsbegrensningen, må dette vurderes under vilkåret om "velgrunnet frykt", jf. UNHCRs bemerkninger ovenfor.

Problemstillingen som internt fluktslæren reiser i forhold til handel med mennesker er således om disse bør henvises til å relokalisere seg annetsteds innenfor sitt hjemland for å unngå å bli handlet med igjen. Dette har sammenheng med at handelen drives hovedsakelig av private aktører som ikke antas å kunne nå overalt i landet.

Selv om frykt for forfølgelse må ha sitt opphav i hjemlandet, stiller ikke konvensjonen krav om at vedkommende må frykte forfølgelse i hele landet. Faktisk stiller ikke konvensjonen et eksplisitt vilkår om internflukt. Med støtte i en restriktiv fortolkning av flyktningkonvensjonen artikkel 1 A, understøttet av faglig teori, og rettsoppfatninger ved internasjonale organer, har statspraksis likevel fastslått at det inngår en implisitt begrensning i retten til vern som ikke har et klart grunnlag i konvensjonens tekst eller forarbeider.

I Stornemndas vedtak som er nevnt ovenfor uttalte nemndas flertall at "det finnes et begrenset rom for dynamisk rettsutvikling gjennom statspraksis og teori i disfavør av flyktninger, så lenge flyktningdefinisjonen i konvensjonen ikke er revidert...[men også at]... unntaket fra flyktningstatus begrunnet i internt fluktalternativ bør anvendes med forsiktighet".

²⁹ Guidelines on International Protection No. 4: "Internal Flight or Relocation Alternative" within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (HCR/GIP/03/04) of 23 July 2003.

³⁰ Utlendingsnemndas øverste og rettutviklende behandlingsform eller organ.

For internasjonal praktisering av internt flukt har UNHCR grepet inn og gitt veiledning i hvordan dette spørsmålet skal vurderes i praksis. I de overnevnte Guidelines inndeler UNHCR vurderingen om vilkåret i to; altså relevansanalyse og rimelighetsanalyse.

Under relevansanalysen skal det spørres om relokasjonsområdet overhodet faktisk eksisterer, er trygg og rettslig tilgjengelig. Det sondres her mellom spørsmålet om det er Staten eller private aktører som er forfølgeren. Dersom det er staten som er forfølger kan det lett fremstå som umulig å kreve at vedkommende søker opphold i andre deler av landet. Er det derimot de private som er forfølgere, kan det være både mulig og relevant å henvise vedkommende til internfluktsalternativet.

Rimelighetsanalysen tar sikte på å vurdere hvorvidt søkeren kunne leve et relativt normalt liv fri for unødige vansker i internt fluktområdet. Det ses hen på eksistensen av tidligere forfølgelse, trygghet og sikkerhet, respekt for menneskerettigheter og mulighetene for å overleve økonomisk.

Norsk utlendingspraksis har vært tilbakeholden til innvilge asyl til ofre for menneskehandel som har mulighet til å relokalisere seg i andre deler av hjemlandet. For eksempel i stornemndas vedtak av 2006 kom nemnda, under dissens, til at et serbisk ektepar med tre barn som hadde flyktet fra Kosovo og ankommet Norge gjennom Serbia ikke med rimelighet kunne henvises til internt flukt i Serbia. Klagen omhandlet ikke menneskehandelsspørsmålet, men UNEs uttalelser har likevel betydning for vurderingen av internt fluktalternativ i søknader basert på menneskehandel, særlig ved rimelighetsvurderingen.

Nemnda delte seg på spørsmålet om klagerne hadde krav på asyl fordi det ville vært urimelig å kreve at vedkommende søker tilflukt i Serbia. Flertallet svarte dette bekreftende, mens mindretallet var uenig.

Flertallet begrunnet sin stilling med at etniske serbere som var fordrevet fra Kosovo ikke fikk tilgang til grunnleggende rettigheter som rett til politisk deltakelse ved valg, rett til arbeid, rett til utdanning, rett til helsetjenester og sosialhjelp samt rett til å bringe eventuelle klager inn for politiet og domstolene. Avgjørende for mindretallet var klagernes tilknytning til Serbia. Klagerne hadde serbisk statsborgerskap og har samme etnisitet, kultur, religion og språk, som beboerne i landet og hovedstaden, hvilket tilsa at de trygt og rimelig kunne henvises til å søke tilflukt i Serbia.

Når det gjelder rimelighetsanalysen i saker om menneskehandel, er det ikke tvil om at ofre for menneskehandel nektes grunnleggende rettigheter ved retur. Jeg viser her til drøftelsen under underpunktet "forfølgelsesbegrepet" ovenfor om diskriminering, stigmatisering og isolasjon som ofrene møtes med ved retur.

For øvrig finner jeg grunn til å bemerke at det å henvise ofrene til andre deler av hjemlandet ignorerer en del problemer ved denne typen virksomhet. Man glemmer altså det faktum at disse aktørene ofte er veldig mektige menn med ekstensivt nettverk av halliker som ofte er spredt over hele landet, samt at de har sterke forbindelser med korrupte individer innenfor statsapparatet som gjør det umulig for tidligere ofre å søke tilflukt i andre deler av landet.

Videre tar læren ikke i betraktning det faktum at bakmennene ikke er interessert i ofrene fordi de kommer fra en identifiserbar deler av landet, men snarere fordi de tilfredsstiller egenskapene for bruk i handelen. Enten er de interessert i for eks et kvinneligoffer fordi hun

er vakker og kan tjene mye penger i prostitusjonsvirksomheten eller fordi hun ikke har familie/slektninger som kan legge press dem. En slik persons mulighet for å vende tilbake og slå seg i ro er derfor veldig begrenset, med mindre ”mafiaen” mener at hun har kjørt sitt løp. Frykt for gjentrafficking forblir derfor veldig aktuell.

3.2.4.3 Betydning av ofrenes samtykke

Kravet om en ”velgrunnet frykt” for forfølgelse sett i lys av menneskehandelsspørsmålet reiser videre problemet om offerets tilsynelatende samtykke til å bli handlet med. Som svar på dette spørsmålet vil jeg vise Palermoprotokollen artikkel 3, som ”tilintetgjør” betydning av ofrenes samtykke.³¹

Artikkel 3b slår fast at samtykke fra et offer for menneskehandel skal være irrelevant dersom noen av tvangsmidlene nevnt i definisjonen er anvendt. Med dette anerkjenner Protokollen at ofrenes selvrådighet ofte er ganske begrenset ved bedrageri og forledelse, for ikke å nevne tvang. Det slås videre fast at barn ikke kan sies å ha samtykket til å bli handlet med.

3.2.5. Forfølgelse ”på grunn av” konvensjonsgrunner

3.2.5.1 Innledning

Ut fra definisjonen ovenfor er det på det rene at menneskehandel ikke var/er direkte inntatt i flyktingskonvensjonen som en selvstendig grunn for beskyttelse. En analyse av menneskehandels stilling i utlendingsloven og flyktningkonvensjonen består derfor av en vurdering av om ofre for menneskehandel kan anses for å falle inn under allerede eksisterende konvensjonsgrunner: rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i spesiell sosial gruppe eller politisk oppfatning.

Konvensjonen synes her å stille et krav til årsakssammenheng mellom frykten for forfølgelse og konvensjonsgrunnene. Søkeren må kunne bevise at forfølgelsen var forårsaket av eller hadde nær sammenheng med hans rase, religion, nasjonalitet, osv. Det kan hende at grunnene overlapper hverandre.

UNHCR innrømmer at etablering av sammenheng mellom forfølgelse og konvensjonens beskyttelsesgrunn kan være vanskelig når det gjelder saker om menneskehandel:

” In relation to asylum claims involving trafficking, the difficult issue for a decision-maker is likely to be linking the well-founded fear of persecution to a Convention ground...

Trafficking in persons is a commercial enterprise, the prime motivation of which is likely to be profit rather than persecution on a Convention ground. In other words, victims are likely to be targeted above all because of their perceived or potential commercial value to the traffickers. This overriding economic motive does not, however, exclude the possibility of Convention-related grounds in the targeting and selection of

³¹ I denne protokoll menes med ... ”samtykke fra et offer for handel med mennesker til den tilsiktede utnyttningen nevnt i bokstav a) i denne artikkel skal være uten betydning der noen av midlene nevnt i bokstav a) er brukt,” ... jf. artikkel 3, bokstav b). Bokstav a) nevner midlene slik som trusler, vold, tvang, bortføring, bedrageri, forledelse ... Se punkt 2.2.3 på s. 7 i denne fremstillingen.

victims of trafficking. Scenarios in which trafficking can flourish frequently coincide with situations where potential victims may be vulnerable to trafficking precisely as a result of characteristics contained in the 1951 Convention refugee definition”.³²

Det kan hende at medlemmer av en etnisk gruppe blir særlig satt i søkelyset for trafikkering. Ofte har en slik gruppe lav sosialstilling i forhold til resten av befolkningen. Menneskehandel kan også tenkes koblet til *religiøse* grunner. Medlemmer av en gitt religion kan være i mindretallet i landet, slik at de blir undertrykket av medlemmer av den dominerende religion, eller i verste tilfelle av staten, slik at de lett kan fås tak i av trafikkerne, fordi de gis lite vern i landet.

Menneskehandel kan også være tilknyttet til ofres nasjonalitet. I en stat hvor det hersker politisk spenning mellom etniske grupper, eller mellom statsborgere og borgere av en fremmed stat bosatt i den gitte staten, og hvor den mindre eller fremmede gruppen tilbys liten statsbeskyttelse, kan det hende at de blir spesielt rammet av menneskehandelsvirksomheten. På samme måte kan mennesker særskilt utsatt for menneskehandel de har eller oppfattes for å ha en annen *politisk oppfatning*, som strider mot regjeringens.

3.2.5.2 Medlemskap i en spesiell sosial gruppe

Mens menneskehandel i noen tilfeller kan tilkobles en eller flere av grunnene påpekt ovenfor, er det mest sannsynlig å koble den til konvensjonsgrunnen ”medlemskap i en spesiell sosial gruppe”, heretter ”sosial gruppe”. Denne grunnen har vært den mest omstridte og vidttolkede konvensjonsgrunn i flyktningpraksis.

Problemstillingen er altså her todelt: den ene er om ”ofre for menneskehandel” utgjør en ”sosial gruppe” og den andre er om ofrene blir utsatt for forfølgelse ”på grunn av” deres medlemskap i gruppen. Jeg tar meg her av den første delen av problemstillingen.

Hva uttrykket ”sosial gruppe” skal gå ut på eller hvem det skal omfatte er ikke nærmere presisert verken i konvensjonens tekst eller forarbeider. Beskyttelsesgrunnen sosial gruppe ble inntatt i konvensjonen i siste øyeblikk etter forslag fra den svenske delegaten. Men heller ikke i delegatens anførsel var det gitt hvordan uttrykket skulle forstås. Det heter i forarbeidene at det inkluderes i konvensjonens artikkel 1A (2) ”*a reference to persons who might be persecuted owing to their membership of a particular social group*”. Det anføres videre at det eksisterer slike tilfeller og det var således på sin plass at dette nevnes eksplisitt:

*”Turning to the Swedish amendment (A/CONF.2/9), he pointed out that the first part suggested the inclusion in sub-paragraph 2 of paragraph A of a reference to persons who might be persecuted owing to their membership of a particular social group. Such cases existed, and it would be as well to mention them explicitly.”*³³

Flyktningrettslig litteratur synes også å være splittet over hvordan uttrykket skal forstås. Grahl Madsen synes å argumentere for en vid forståelse og anvendelse av ”sosial gruppe”. Han hevder at ”*the notion of social group is of broader application than the combined notion of racial, ethnic and religious groups...*”.³⁴ Altså at ”sosial gruppe” rekker videre enn rase,

³² Se fotnote 26.

³³ UN docs. A/CONF.2/SR.19 s.14. Forarbeidene til konvensjonen er dypt gjennomgått av Terje Einarsen, s. 184-186 og 357-359 og Guy S. Goodwin – Gill, ”The Refugee in International Law”, s. 46

³⁴ Grahl-Madsen, ”Status of Refugees” p. 219.

etnisitet, religion eller politisk oppfatning - andre grunner kan tenkes innfortolket inn i uttrykket.

James Hathaway på sin del synes å være i mot at uttrykket tolkes til å omfatte andre kategorier som ikke allerede er nevnt i konvensjonen. Etter ham skal sosial gruppe ikke tolkes ”as an all-encompassing residual category” siden konvensjonen var ment til å beskytte flyktninger fra ”known forms of harm”.³⁵

Mens Grahl-Madsens tenkning har hatt en nokså stor internasjonal tilslutning, har den hatt beskjeden betydning for norsk utlendingsrett. Det er Hathaway og etter hvert Einarsen som har hatt langt større innflytelse på utlendingsforvaltningens (UNEs) praksis.

På grunn av utilstrekkelig veiledning i forarbeider om hva som skal innfortolkes i ”sosial gruppe”, har enkeltstater kommet opp med egne definisjoner av ”sosial gruppe”. To definisjoner er siden kommet til å være de dominerende: Det ene, med Hathaway som hovedtalsmann, og som hersker i Canada og USA, er ”ejusdem generis” eller ”av samme slag”-prinsippet.³⁶ Prinsippet går ut på om det er tale om en gruppe mennesker som har fundamentale, iboende eller på andre måter uforanderlig kjennetegn ut over faren for å bli forfulgt. Dette kalles også for den ”protected characteristic approach”.

Den andre definisjonen, som anvendes i andre land slik som Australia og New Zealand går ut på om en gruppe mennesker med visse felles karaktertrekk blir gjenkjent som en gruppe av samfunnet for øvrig. Denne kalles gjerne den *social perception approach*. Definisjonene er nærmere drøftet i avgjørelsene fra Common - Law landene, jf. henholdsvis Acosta³⁷ fra USA og Canada vs. Ward³⁸ fra Canadas Høyesterett.

Kontinental - Europa praktiserer derimot en mer liberal tolkning av begrepet ”sosial gruppe” enn de to nevnte tilnæringsmåtene. Her legges vekt på risikoen for forfølgelse eller alvorlige menneskerettighetskrenkninger. Nyere norsk praksis har nærmet seg denne synsmåten. For eksempel i et vedtak som ble fattet av Utlendingsnemnda i 2003 heter det at:

”Flyktningkonvensjonen er ment å være et dynamisk menneskerettighetsinstrument hvis sentrale formål er å gi beskyttelse til mennesker som til enhver tid er utsatt for alvorlige menneskerettighetskrenkninger. Nemnda mener derfor at det ved vurdering av ”sosial gruppe” må ses hen til de til enhver tid gjeldende menneskerettighetsnormer og rådende samfunnsforhold”, jf. saken som er omtalt nedenfor på s.17

Med de ulike tilnæringsmåtene i ulike land, og en mangel på en internasjonal flyktningdomstol som ville gitt autoritative definisjoner av begrepene i flyktningkonvensjonen, har man derfor søkt man veiledning i FNs Høykommissærs uttalelser. UNHCR har følgelig prøvd å harmonisere de ulike definisjonene i en 2002 Guidelines:

”a particular social group is a group of persons who share a common characteristic other than their risk of being persecuted, or who are perceived as a group by society.

³⁵ James C. Hathaway, ”Law of Refugee Status”, p. 159.

³⁶ Ibid

³⁷ Int. Dec No. 2986 (1 March 1985) – the US Board of Immigration Appeals.

³⁸ Canada (Attorney General) v. Ward [1993] 2 SCR 689.

*The characteristic will often be one which is innate, unchangeable, or which is otherwise fundamental to identity, conscience or the exercise of one's human rights".*³⁹

Ut fra denne definisjonen kan følgende trekkes frem: For det første er det nødvendig at medlemmer har annet felles trekk (karakteristikk) enn det å bli forfulgt eller at de anses av samfunnet som en gruppe. De felles trekk skal enten være medfødt, uforanderlig eller fundamentalt for identitet, samvittighet eller nytelse av ens menneskerettigheter.

Det er bred enighet om at familie, kvinne, stamme, homofili, m.m. utgjør en sosial gruppe i konvensjonens forstand. I den ovennevnte saken⁴⁰ hvor en mor ble innvilget asyl på grunn av familietilknytning til offer for handelen ble "medlemskap i familien til tidligere tvangsprostituert" anerkjent som "sosial gruppe". Det er imidlertid enighet om at beskyttelsesgrunnen ikke kan tolkes så vidt at den fanger opp alle tilfeller av forfølgelse som ikke faller under de øvrige grunnene.

Tidligere norsk og fremmedstaters praksis her derfor vært tilbakeholdent med å plassere ofrene av menneskehandel i beskyttelsesgrunnen "sosial gruppe". Likevel har UNHCR i sine 2006 Guidelines om menneskehandel⁴¹ fastslått at "ofre for menneskehandel" kan utgjøre en "sosial gruppe", med en felles trekk av å ha vært trafikkert, og kan dermed være beskyttet mot forfølgelse, dersom forfølgelsen tilknyttet medlemskapet i gruppen:

"Former victims of trafficking may also be considered as constituting a social group based on the unchangeable, common and historic characteristic of having been trafficked. A society may also, depending on the context, view persons who have been trafficked as a [re]cognizable group within that society", jf. avsnitt 39 i Guidelines.

Selv om UNHCRs anbefalinger ikke er bindende overfor medlemsstater, viser praksis at disse ofte tas alvorlig. Det finnes allerede tegn på at noen stater har begynt å innfortolke ofre av menneskehandel i konvensjonsgrunnen "sosial gruppe", se punkt 3.2.5.2 på s. 20.

Norsk utlendingspraksis har i hvert fall innfortolket ofrene for menneskehandel i konvensjonsgrunnen "sosial gruppe" de gangene asyl har blitt innvilget på dette grunnlag. Norske myndigheter har offisielt gitt uttrykk for at ofre for menneskehandel under visse omstendigheter kan kvalifisere for flyktningsstatus fordi de, for eksempel gjennom tvangsprostituasjon utsettes for alvorlige menneskerettighetskrenkninger.

I en 2003 avgjørelse fra Utlendingsnemnda ble en kvinne gitt asyl i Norge på grunn av at hun hadde vært utsatt for menneskehandel – tvangsprostituasjon. Klagen gjaldt en kvinne fra Albania, som ved fem anledninger hadde blitt plukket opp av det kriminelle nettverket etter tilbakesendelser til Albania. Kvinnen ble kidnappet fra hjemlandet i 1999 og transportert til Kreta i Hellas. I Hellas ble hun arrestert tre/fire ganger og hver gang ble deportert til Albania. Men på grunn av at halliken bak handelen hadde bestukket politiet, ble hun hver gang overlevert halliken, som på nytt førte henne tilbake til Hellas via andre grenseoverganger og med falske dokumenter som halliken ordnet med. Etter flere innreiser ble kvinnen kjent for

³⁹ Guidelines on International Protection: "Membership of a particular social group" within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees", HCR/GIP/02/02, 7.mai 2003.

⁴⁰ Under punkt 3.2.3 på s. 15.

⁴¹ Se fotnote 26.

politiet i Hellas. Halliken overførte henne derfor til en annen hallik i Italia. I Italia ble hun arrestert av politiet og returnert til Albania. Igjen ble hun overlevert den første halliken som solgte henne videre i Nederland. Etter forgjeves forsøk på å skaffe arbeidsdokumenter som prostituert, reiste kvinnen med halliken til Norge og her meldte kvinnen halliken for politiet og søkte samtidig om asyl.

Kvinnen ble funnet å tilhøre sosial gruppen ”Tidligere tvangsprostituert kvinner fra Albania”. I forbindelsen med definisjonene ovenfor var kvinnenes forhistorie som tvangsprostituerte uforanderlig, idet de ikke kunne endre på de tidligere hendelsene. Tidligere tvangsprostituerte hadde det felles trekk at de hadde blitt tvunget til prostitusjon mot sin vilje, noe som igjen strider mot den grunnleggende retten til ikke å bli utsatt for slaveri og ulovlige frihetsberøvelser. Tidligere tvangsprostituerte ble videre i denne saken funnet å ha et stort fokus på seg som en gruppe. De blir stigmatisert av familie og samfunnet for øvrig, samt å bli oppfattet som et stort problem i media og blant politikere nasjonalt i Albania.

Et annet eksempel kan hentes fra Storbritannia, hvor the Immigration Appeal Board (”Utlendingsnemnda”) i sin avgjørelse i *Lyudmyla Dzhygun* aksepterte at kvinnen var medlem i en sosial gruppe av ”... *women in the Ukraine who are forced into prostitution against their will ... og at gruppen eksisterte uavhengig av dennes frykt for forfølgelse*”.⁴²

En lik løsning ble også fattet av Immigration and Refugee Board of Canada (”Utlendingsdirektoratet”) i en sak om en thailandsk kvinne som hadde vært i stor finansiell gjeld overfor bakmennene. Hun ble innvilget asyl på grunn av forfølgelse hun ble utsatt for da hun ble brukt som sexslave. Forfølgelsesgrunnen ble fastslått som medlemskap i den sosiale gruppen ”*kvinner og/eller tidligere tvangsprostituerte*”.⁴³

Etter det som er gjennomgått ovenfor kan en trygt slå fast at ofre for menneskehandel utgjør en sosial gruppe og dermed kan innfortolkes i flyktningskonvensjonsgrunnen ”medlemskap i en spesiell sosial gruppe”. Jeg finner imidlertid her grunn til å tilføye at siden handel med mennesker består av mye mer enn tvangsprostituasjon, er det kanskje på sin plass å erstatte uttrykket ”tidligere prostituerte” med ”tidligere trafikkerte”, slik at alle tidligere ofre for menneskehandel kan kunne omfattes av konvensjonsgrunnen ”sosial gruppe” og dermed være i stand til å søke om internasjonal beskyttelse.

3.2.5.3 Forfølgelse på grunn av tilhørighet i nettopp den angitte gruppen

Etter at det er etablert at ofre for menneskehandel utgjør en ”sosial gruppe”, må en saksbehandler videre vurdere om frykten for forfølgelse kan føres tilbake til medlemskapet i denne gruppen.

Tilhørighet i en gruppe tidligere trafikkerte gjør ofte at man forblir lett et mål for fremtidig trafikkering, og det foreligger dermed en fremtidig risiko for forfølgelse. Tidligere trafikkerte kvinner kan videre risikere represalier fra bakmennene. Represaliene kan også rettes mot offerets familie og dette kan forsterke frykten for forfølgelse hos søkeren. Ofrene er videre utsatt for en høy grad stigmatisering som kan føres tilbake til å ha vært trafikkert.

⁴² UK Immigration Appeal Board - Appeal No. CC-50627-99 (00TH00728), 17 May 2000.

⁴³ Immigration and Refugee Board of Canada - Decision no. T98-06186, CRDD No. 298, 2 November 1999. Sakene er også referert i Erika Feller; Volker Türk and Frances Nicholson, ”Refugee Protection in International Law - UNCHR Global Consultations on International Protection”, p. 62.

Stigmatiseringen oppleves som forfølgelse av de fleste ofre og tvinger dem derfor til å søke asyl i stedet for å returnere til hjemlandet der de aldri vil bli gjenakseptert.

3.2.6 ... er utenfor det land han er borger av ...

3.2.6.1 Innledning

Begrepet ”nationality” i konvensjonen betyr ”statsborgerskap”.

Flyktningstatus tilkjennes den som på grunn av at han ikke kunne ytes tilstrekkelig beskyttelse i sitt hjemland er ”utenfor det land han er borger av”. Tanken er her at man ikke kan hevde å være flyktning i sitt eget land. Det finnes intet unntak fra dette vilkåret.

3.2.6.2 ”Sur place” flyktninger

Selv om menneskehandel i sin verste form involverer kidnapping og transportering av ofre over landsgrenene, er det ikke sjelden at ofrene selv samtykker til å bli handlet med, i håp om å få et bedre liv i utlandet. På smuglingstidspunktet kan ikke disse hevde å ha vært forfulgt. Det finnes gjerne også tilfeller hvor, for eksempel, kvinner begynner i et ”normalt” prostitusjonsmiljø, men senere befinner seg i et menneskehandelsnettverk som de ikke kan komme seg vekk fra. Problemstillingen er da om disse ofre kan påberope seg forfølgelse som finner sted først når de er i mottakerland.

Kravet om at søkeren skal være utenfor det land han er borger av innebærer ikke at han må ha forlatt landet ulovlig. Man kan ha kommet på en lovlig måte, men på grunn av utviklinger som finner sted i sitt hjemland mens han oppholder seg i utlandet, bli tvunget til å søke asyl i vertslandet. Da taler man om ”sur place” flyktning.

I utlendings- og flyktningrett skilles det mellom objektiv ”sur place” - den forfølgelsesrisiko som etableres ved endrede politiske forhold i hjemlandet etter at søkeren har forlot hjemlandet og subjektiv ”sur place” - den risiko som utløses av vedkommendes egen virksomhet etter at han forlot hjemlandet. Subjektiv sur place deles videre i to kategorier. Den ene er hvor aktiviteten fra søkerens side som utløser forfølgelsesfaren er en naturlig forlengelse av aktiviteter i hjemlandet fra før utreisen, de såkalte ”bro-tilfellene”. Den andre er hvor aktiviteten er uten tilknytning til søkerens tidligere aktivitet.

Ofrene som blir kidnappet og brukt i menneskehandelslignende virksomheter synes ikke å falle under ”sur place” tilfellene i det hele tatt. ”Samtykkende” ofre faller derimot under den siste kategorien av subjektiv sur place og er i utgangspunktet ikke berettiget til flyktningstatus.

I norsk praksis har det vært gitt asylstatus ved objektiv sur place og ved subjektiv sur place ved bro-tilfellene, men ikke ”stått frem” tilfellene. Man vernes her gjerne etter utlendingsloven § 15 første ledd om søkeren har risikert forfølgelse ved retur jf. Rt. 1991 s. 586 på s. 587. I denne saken ble nettopp ikke klageren tilkjent asyl.⁴⁴

Arbeids- og inkluderingsdepartement har i forslaget til en ny utlendingslov anbefalt at beskyttelsesbehovet på vedtakstidspunktet snarere enn på fluktstidspunktet bør være det avgjørende. For ofre for menneskehandel er det således forfølgelsesrisikoen tilknyttet til

⁴⁴ Søkeren ble i denne saken nektet asyl fordi han ikke var gjenstand for politisk forfølgelse mens han oppholdt seg i hjemlandet.

menneskehandelsvirksomheten både i mottakerland og i hjemlandet på det tidspunktet søknaden tas til behandling ved som skal være avgjørende. Jeg viser ellers til det som ovenfor er sagt om betydning av at offer for menneskehandel har samtykket til å bli handlet med, jf. punkt 3.2.4.3.

Jeg peker for øvrig på at ofrene som befinner seg innenfor den Europiske Union kan påberope seg EUs statusdirektiv som anerkjenner både subjektive og objektive *sur place* flyktninger. Artikkel 5 gir dem følgelig rett til flyktningstatus.

Som konklusjon til dette del-kapittel siterer jeg forarbeider til ny utlendingslov som gir uttrykk for utlendingsforvaltningens nye syn på menneskehandelsspørsmålet, et syn som etter min mening gradvis får internasjonal tilslutning; *”Som det fremgår ... vil tidligere ofre for menneskehandel som risikerer forfølgelse ved retur, og som ikke kan henvises til å søke beskyttelse i hjemlandet, kunne ha rett til flyktningstatus og asyl i medhold av beskyttelsesbestemmelsene.”*⁴⁵

3.3 Om vern mot retur (*non - refoulement*)

3.3.1 Innledning

Sitatet ovenfor reiser en problemstilling som vil behandles i det følgende, altså spørsmålet om hvorvidt ofre for menneskehandel kan henvises til å søke beskyttelse i hjemlandet.

Utlendingsloven så vel som flyktningkonvensjonen forbyr retur av flyktninger til områder der de risikerer å bli utsatt for forfølgelse, jf. utlendl. § 15 første ledd første punktum og flyktningkonvensjon artikkel 33 (1). Dette forbudet er både i utlendings- og flyktningrett kanskje bedre kjent som prinsippet om *non – refoulement*.

Utgangspunktet er at den som kan påberope seg hjemlandets beskyttelse ikke risikerer forfølgelse og dermed ikke har krav på den internasjonale beskyttelse som flyktningstatus innebærer. Etter både norsk og internasjonal flyktningspraksis, kommer prinsippet om *non refoulement* til anvendelse bare når søkeren ikke finnes å oppfylle vilkår for anerkjennelse som flyktning.

Prinsippet om *non refoulement* har gjennom årene kommet til å få status som en av de ”ufravikelige folkerettslige normer”, slik at statene, parter og ikke-parter til flyktningkonvensjonen, har måttet bøye seg for det. Prinsippet er med andre ord nå antatt å være en del av folkerettslig sedvanerett, jf. Einarsen⁴⁶ og Goodwin-Gill.⁴⁷

3.3.2 Praktisering av *non-refoulement* i utlendings- og flyktningrett.

”Utlending må ikke i medhold av loven sendes til noe område der utlendingen kan frykte forfølgelse... eller ikke vil være trygg mot å bli sendt videre til slikt område...eller der han står i en nærliggende fare for å miste livet eller bli utsatt for en umenneskelig behandling”, jf. utlendl. § 15 første ledd første og annet punktum.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) s. 158

⁴⁶ Einarsen s. 97

⁴⁷ Guy S. Goodwin-Gill, “The Refugee in International Law”, s. 167

Flyktningkonvensjonen inneholder en tilsvarende bestemmelse i artikkel 33 (1).

“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....”

I praksis skilles gjerne vurderingen etter utlendl. § 15 første punktum og annet punktum, idet første punktum tolkes i lys av flyktningkonvensjonen, mens annet punktum tolkes i lys av EMK artikkel 3 om ”nærliggende fare” for å bli utsatt for tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Ikke-medlemmer av EMK anvender i denne sammenheng CAT artikkel 3 og/eller FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 7, som nesten tilsvarer EMK artikkel 3. Kvinnekonvensjon⁴⁸ er også av betydning i denne vurderingen, særlig dennes artikkel 6.

Med hensyn til denne fremstillingens omfang, skal jeg her ikke gå inn i bestemmelsene i EMK & CAT, SP eller Kvinnekonvensjon, men vil snarere ta meg av utlendl. § 15 i lys av prinsippet om non-refoulement. Det fastslås imidlertid at *non refoulement* gjelder situasjoner som omfattes av § 15 første ledd første punktum, jf. flyktningkonvensjon artikkel 33 (1) så vel som de som faller under § 15 annet punktum, jf. de nevnte konvensjonene.

Det stilles i forbudet mot retur krav om at det foreligger forfølgelse i konvensjonens forstand, og at forfølgelsen har tilknytning til konvensjonsgrunnene. Etter utlendl. § 15 og konvensjonens artikkel 33 er det avgjørende om utlendingen ”kan” frykte forfølgelse – terskelen for beskyttelse er altså her lavere enn ved innvilgelse av asyl. Begge formuleringene innebærer for øvrig at det må skje en objektivisert bedømmelse, jf. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 202.

Ettersom det ovenfor er konstatert at menneskehandel utgjør forfølgelse, innebærer *non-refoulement* prinsippet et klart forbud mot å returnere ofrene til områder der de risikerer å bli gjentrafikkert, fordi staten ikke kan beskytte dem på grunn av deres rase, religion, nasjonalitet, politisk oppfatning eller tilhørighet i en sosial gruppe. Man ser gjerne at de fleste avslag på søknader basert på menneskehandel begrunnes med at vedkommende utlending kan ytes tilstrekkelig beskyttelse i hjemlandet, og dermed ikke har noen grunn til å frykte forfølgelse ved retur.

Det argumenteres ofte med at det finnes mange NGOer (Non-Governmental Organisations) som bistår hjemlandsmyndighetene med å tilby tidligere ofre reintegreringstjenester. En slik bistand tilbys av IOM, og tilbudet består av bl.a. informasjon og veiledning til potensielle søkere, sikkerhetsvurdering, hjelp til å skaffe reisedokumenter, reiseforbereelser, mottakelse på flyplassen, midlertidig innkvartering, juridisk bistand for ofre som vitner i kriminalsaker, legekonsultasjon, samt fordeling av reintegreringsassistanse som bl.a. arbeidsrådgivning/yrkesopplæring, og oppfølging av den enkeltes progresjon.⁴⁹

⁴⁸ FNs Konvensjon om å avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner av 18. 12. 1979. Av konvensjonens artikkel 6 fremgår det at ”konvensjonspartene skal treffe nødvendige tiltak, også i lovs form, for å bekjempe alle former for handel med kvinner og utnyttelse av kvinner gjennom prostitusjon”. Et kvinnelig offer for menneskehandel kan klart direkte påberope seg konvensjonen dersom hun står i fare for å bli utsatt for re-traficking eller tvangsprostitusjon. Søknader om asyl som blir avslått med den begrunnelse at søkerens hjemlandsmyndigheter er i stand til å yte effektiv beskyttelse mot halliknettverket, kan lett innebære brudd på artikkel 6 i denne konvensjonen dersom det viser seg at dette ikke er tilfellet.

⁴⁹ Se Internasjonal Organisasjon for Migrasjons - Norges hjemmeside på <http://www.iom.no>

Ut fra et teoretisk synspunkt høres dette veldig bra ut, men realiteten er at tross disse gode tilbudene havner mange tidligere trafikkerte i trafickingsmiljøet igjen etter frivillig- eller tvangsretur. IOM innrømmer selv at den ikke har myndighet til å involvere seg direkte i oppfølging av returnerte ofre, men vil formidle problemet til norske myndigheter og hjemlandsmyndigheter hvis det er ønsket. Og etter den tid det tar å formidle om offeret, er han/hun allerede gjentrafikkert.

Et annet problem som gjør seg gjeldende er hvorvidt ofre for menneskehandel, som ikke er flyktninger i den tradisjonell betydning, er vernet mot retur, når de ofte pågripes ved grensene mens under transportering til destinasjonsland og returneres til hjemlandet uten at prinsippet har hatt sjansen til å virke.

Det hender at ofre for handel med mennesker deporteres ved grensene med den begrunnelsen at de er ulovlige immigranter eller fordi de nekter å avsløre og anmelde mennene bak handelen.

Til dette vil jeg bemerke at flyktningkonvensjonen, som andre folkerettslige traktater er et dynamisk instrument utformet med sikte på å omfatte alle former for flyktningrettslige fenomener. At ofre for handel med mennesker ikke er flyktninger i den tradisjonell betydning er ikke til hinder for at også de vernes av konvensjonens bestemmelser. Videre er konvensjonens kjernemekanisme begrepet "forfølgelse". Prinsippet om non refoulement verner derfor om alle som skal sendes til der risikerer å bli forfulgt.

Siden mottakerstaten ikke kan vite om offeret er i fare for forfølgelse ved retur uten at vedkommende er gitt anledning til å uttale seg, blir deportasjon ved grensene et brudd på non refoulement bestemmelsen. Tilsvarende er tilfelle når vedkommende uttransporteres fordi han/hun ikke vil delta i straffefølgingsprosess mot bakmennene. Deltagelse i straffeprosess er ingen betingelse for internasjonal beskyttelse etter flyktningkonvensjonen.

For å støtte mitt syn skal jeg vise til både UNHCR Eksekutivkomitéens beslutning av 1981 i tilknytning til byrdefordeling og minimum standard for flyktningbehandling, særlig nr. 2 der det ble besluttet at: *"In all the cases the fundamental principle of non-refoulement – including non-rejection at the frontiers – must be scrupulously observed."*⁵⁰

Arbeidsgruppen av Det Økonomiske og Sosiale Rådet⁵¹ anbefalte i sin rapport fra 2004 også at alle stater må sikre at beskyttelse og støtte til ofre for menneskehandel står i sentrum for alle tiltak rettet mot bekjempelse av handel med mennesker. Det skal særskilt sikres at intet offer for menneskehandel blir returnert dersom det er sannsynlig at vedkommende risikerer å bli trafikkert på ny eller bli utsatt for andre former for alvorlige fare, uansett om han/hun samarbeider i straffeforfølgelsesprosessen eller ei.

Det bør her presiseres at den som vernes av bestemmelsen likevel ikke gis asyl, men opphold etter utlendl. § 8 annet ledd jf. utf. § 21 første ledd. To saker ved Utlendingsnemnda illustrerer dette: To søstre fra Albania, som var søsken til jenta som er referert i saken i på s. 10 ovenfor søkte om asyl i Norge på grunnlag av frykt for forfølgelse i forbindelse med tilknytning til deres søster (tidligere offer som fikk asyl i annet europeisk land). De fikk avslag hos UDI,

⁵⁰ Executive Committee Conclusion No. 22 (1981), para. II, A. Selv om Komiteen var samlet for å drøfte spørsmålet om masseinfluks, er det ingen tvil om at beslutningen omfatter også individuelle tilfeller.

⁵¹ Se "Report of the Working group on Contemporary Forms of Slavery on its twenty-ninth session", E/CN.4/Sub.2/2004/36, 20. juli 2004, s. 16, paragraf 29.

men UNE tilkjente dem opphold etter utlendl. § 8 annet ledd, jf. utf. § 21 første ledd fordi søstrene ikke kunne returneres. Begrunnelsen var at de ville bli utsatt for forfølgelse dersom retur skulle finne sted. Dette har Norge vært alene om. I andre stater gis flyktningen asyl dersom myndighetene skulle komme til at vilkår for vern mot refoulement er til stede. Derfor har Arbeids- og inkluderingsdepartementet forslått ny lov som skal stille ”non refoulement flyktninger” på samme fot med ”flyktningkonvensjon artikkel 1A flyktninger”. Se punkt 3.3.4.

3.3.3 ”Subsidiær beskyttelse” etter EUs statusdirektiv

Utenfor Norge kan en person som er utsatt for menneskehandel også tenkes å kunne påberope seg EUs statusdirektiv artikkel 2(e) om subsidiær beskyttelse. Artikkel. 2(e) bygger på EMK artikkel 3, slik sistnevnte bestemmelse har blitt tolket og anvendt av Den europeiske menneskerettsdomstol.

Etter artikkel 2 (f) er subsidiær beskyttelse en form for internasjonal beskyttelsesstatus som er atskilt fra, men komplementær til flyktningstatus, jf. forordet pkt. 24.

Subsidiær beskyttelse tilkjennes flyktning dersom han/hun befinner seg i flyktningliggende situasjon som tilsier *at non-refoulement* prinsippet forbyr retur.

Som vilkår for å gis subsidiær beskyttelse må det foreligge vektige grunner for å tro at vedkommende risikerer alvorlig skade (serious harm) ved retur, jf. artikkel 15. Som alvorlig skade medtas: risikoen for å bli møtt med dødsstraff eller henrettelse, tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff og alvorlig og individuell trussel mot en persons liv pga. generell vold, krig eller væpnet konflikt, jf. artikkel 15, a-c.

Ordlyden stemmer med Menneskerettighetsdomstolens tolkning av EMK artikkel 3, jf. *Vilvarajah vs. Storbritannia*.⁵² Etter dette skal det mer til enn muligheten av dårlig behandling for å konstatere brudd på artikkel 3. Subsumsjon etter denne bestemmelse er ellers det samme som den som foretas under utlendl. § 15 første ledd annet punktum.

3.3.4 Forslag i ny utlendingslov: Flyktningstatus for både flyktninger som fyller vilkår i artikkel 1A og flyktninger som vernes mot retur

Denne oppgaven er skrevet på et tidspunkt da regjeringen har fremmet et forslag til en ny utlendingslov til Stortinget for drøftelse og vedtak.⁵³ Det som er drøftet ovenfor er regler og praksis rundt spørsmålet om menneskehandel etter gjeldende rett. Jeg har hittil, så langt det har vært mulig, unngått å bruke bestemmelser i lovforslaget, med den begrunnelse at denne avhandlingen ikke skal fremstå som noen lovkommentar til en lov som ikke engang er vedtatt.

Når det er sagt har jeg likevel funnet det på sin plass å ta for meg forslagsbestemmelsene som etter min mening kommer til å påvirke vurdering og behandling av asylsøknader basert på menneskehandel på en markant måte, hvis de blir vedtatt som foreslått. Det er ikke tvilsomt at menneskehandel kommer til å stå i en annen stilling i utlendingsloven spesielt og i norsk utlendingsrett generelt.

⁵² Se EMD sak nr. 13164/87 av 30. oktober 1991.

⁵³ NOU 2004: 20 Ny utlendingslov - Utredning fra utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon av 14. desember 2001 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven), jf. fornote 45 på s. 25.

Nedenfor påpeker jeg to av de viktigste bestemmelsene i lovforslaget som berør innvilgelse av flyktningstatus generelt og menneskehandel særskilt:

For det første er det foreslått nye bestemmelser for vurderingen av asyl/flyktningstatus. Utlendl. § 38 (1): " Utlending som er i riket eller på norsk grense, skal etter søknad få oppholdstillatelse som flyktning dersom utlendingen

- a) *har en velgrunnet frykt for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, og er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt er uvillig til, å påberope seg sitt hjemlands beskyttelse, jf. flyktningkonvensjonen av 28. juli 1951 artikkel 1 avsnitt A og protokoll av 31. januar 1967, eller*
- b) *uten å falle inn under bokstav a likevel ved tilbakevending til hjemlandet vil være utsatt for en slik fare for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff at Norge er folkerettslig forpliktet til ikke å sende vedkommende hjem", jf. § 28 i Departementets proposisjon.⁵⁴*

Det nye ved den nye utlendingslov hvis den vedtas som foreslått er at det ikke lenger blir noen sonndring mellom flyktninger som for hittil har fått asyl i Norge etter nåværende utlendl. § 17, jf. 16 og de som fikk det etter § 15 første ledd første og annet ledd. Som tidligere sagt, fikk de som falt under §§ 16-17 asyl, mens de som falt under § 15 (1) opphold på humanitært grunnlag, jf. utf. § 21, første ledd. Samtidig fikk disse ulike rettigheter.

Hensynet bak dette, etter utlendingsutvalgets syn, er "å gå vekk fra det skillet som ble lagt til grunn i forarbeidene til gjeldende lov mellom beviskravene ved beskyttelsesvurderingen etter § 15 første ledd første punktum (jf. flyktningkonvensjonen artikkel 33 (1) og beviskravene ved statusvurderingen etter § 16 (jf. flyktningkonvensjonen artikkel 1A (2)". Et annet hensyn er å harmonere vurdering av flyktningstatus på den europeiske planen, jf. EUs statusdirektiv, hvor flyktningstatus tilkjennes så vel utlendinger som oppfyller vilkår i flyktningkonvensjon art. 1A som de som vernes mot retur jf. artikkel 33 og de andre konvensjoner som Norge er bundet av, slik som EMK artikkel 3.

I tilknytning til de detaljerte definisjonsbestemmelsene, er det blant annet presisert at tidligere ofre for menneskehandel som risikerer forfølgelse ved retur, skal anses som flyktninger. Tidligere ofre for menneskehandel anerkjennes dermed uttrykkelig som en "sosial gruppe", jf. definisjonen av "sosial gruppe" i § 30 (d) i proposisjonen.

Som begrunnelse for at menneskehandel nevnes her særskilt det er det i forarbeider at

"Departementet synes i utgangspunktet det er uheldig å lovfeste eksempler på hvilke grupper som skal anses omfattet, fordi dette kan føre til at fokus rettes mot de nevnte gruppene uten å åpne for andre grupper ... På ett punkt anser imidlertid departementet at det er grunn til å gjøre unntak, og det er i forhold til ofre for menneskehandel. Dette skyldes at anvendelsen av forfølgelsesgrunnen spesiell sosial gruppe i praksis har vist seg å reise særskilte tolknings spørsmål i forhold til ofre for menneskehandel som risikerer forfølgelse ved retur... Departementet mener det bør fremgå av loven at tidligere ofre for menneskehandel skal anses som medlemmer av en spesiell sosial gruppe. Dette innebærer at tidligere ofre for menneskehandel som risikerer forfølgelse

⁵⁴ Ibid s. 445 i NOUen og 460 i Proposisjonen.

ved retur, skal ha rett til flyktningstatus i medhold av § 28 første ledd bokstav a, dersom forfølgelsesfaren kan forklares i lys av at de er tidligere ofre for menneskehandel.”, jf. proposisjonen s. 80-81.

For ofre for menneskehandel innebærer dette for det første at de nå i Norge skal kunne åpent søke om asyl etter flyktningkonvensjon art. 1A og for det andre at de som tidligere fikk opphold etter utlendl. § 15 første ledd første og annet punktum fordi de henholdsvis risikerte å bli utsatt for forfølgelse eller drept av bakkemennene skal nå kunne få full flyktningstatus med fulle flyktningrettigheter.

På linje med dette er det nå i § 39 første og annet ledd foreslått en definisjon av begrepet ”forfølgelse”, noe som ikke er gjort i flyktningkonvensjon, jf. drøftelsen ovenfor på 9. Definisjonen tilsvarer den som er finnes i EU-statusdirektivet artikkel 9.

Jeg bemerker her at hvis loven vedtas slik den er foreslått, skal Norge være blant et fåtall av stater, i tillegg til for eks. USA, Canada, Nederland, Italia som hittil offisielt har anerkjent ofre for menneskehandel for å være personer som fortjener å tas hånd om, ikke bare gjennom innvilgelse av oppholdstillatelse men også gjennom anerkjennelse som flyktninger.

Ved å vedta regler som hever menneskehandelsproblemet opp på nivået av internasjonalt anerkjente grunner for innvilgelse av flyktningstatus, gir Norge et klart uttrykk for at menneskehandel er blitt et problem som det internasjonale samfunnet ikke lenger kan se bort fra.

Kapittel 4: Opphold på andre grunnlag

4.1 Opphold på humanitært grunnlag

4.1.1 Innledning

Som sagt er flyktningstatus den høyeste form for tillatelse en flyktning kan møtes med i tilfluktsland. Flyktninger som ikke oppfyller vilkår i artikkel 1A eller som ikke vernes mot refoulement kan likevel innvilges opphold på humanitært eller menneskelig grunnlag.

Ulikt flyktningstatus hvor utlendingen har rett til asyl dersom han oppfyller vilkår, er tillatelsen på humanitært grunnlag preget av statens frie ”skjønnsmargin” slik at staten rett og slett bestemmer hvem som får bli og hvem bør prøve seg annetsteds.

Det nevnes likevel at de fleste innvilgelsene her i landet har vært etter denne bestemmelsen enn etter de forenevnte. Også for innvilgelsene i søknadene basert på menneskehandel har tallet høyere vært etter dette grunnlaget enn etter asyl.

Ut fra et utvalg av saker som jeg fikk innsyn i hos UNE, ble størsteparten av klagen avslått. Hovedbegrunnelse var vilkårene etter flyktningkonvensjon artikler 1A og 33 (1) jf. henholdsvis utlendl. §§ 16 og 15 ikke var oppfylt, fordi klagerne kunne gis tilstrekkelig beskyttelse i sitt hjemland. En del klager ble delvis tatt til følge på humanitært grunnlag, med ”sterke menneskelige påkjenninger” som hovedgrunnen. To klager ble delvis tatt til følge fordi klagerne risikerte forfølgelse ved retur, mens to klager ble fullt ut innvilget asyl. Disse to oppfylte vilkår for anerkjennelse som flyktninger. Noen av disse sakene er omtalt ovenfor.

Om behandlingsformen ble den ene av de to innvilgelsene foretatt av både Stornemnda og den andre av nemndmøtet. Alle delvise innvilgeser ble fattet av nemndmøte, og det var ingen sak der nemndleder alene omgjorde UDIs vedtak. Dvs. at i alle vedtak fattet av nemndleder alene opprettholdte UDI sitt vedtak.

4.1.2 Utlendingsloven § 8 annet ledd

Søknader som ikke finnes å tilfredsstillende vilkår for anerkjennelse som flykting etter utlendl. § 15-17 vurderes etter utlendl. § 8 annet ledd, jf. § 15 annet ledd og utf. § 21 annet ledd.

Når sterke menneskelige hensyn taler for det, eller når utlendingen har særlig tilknytning til riket, kan arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse gis selv om vilkårene ikke er oppfylt, jf. § 8 annet ledd.

Bestemmelsen gir adgang til å se bort fra de materielle og prosessuelle vilkår for tilkjennelse av flyktingstaus. Likevel er den ikke ment å omfavne forhold som vil gjøre seg gjeldende hos fleste søkere. Det må foretas en konkret helhetsvurdering hvor det spørres bl.a. om retur til hjemlandet vil være utilrådelig for klageren og om avgjørelsen vil berøre innvandringspolitiske hensyn. Dette innebærer en avveining av de aktuelle menneskelige hensyn mot statens interesser i den generelle innvandringspolitikken.

Om det foreligger sterke menneskelige hensyn som tilsier innvilgelse av oppholdstillatelse innebærer en forholdsmessig vurdering hvor det tas hensyn til søkerens helsemessige forhold, humanitære og sosiale forhold ved retur, tilknytning til Norge gjennom familie eller botid og til en enslig mindreårig som vil være uten forsvarlig omsorg ved retur, jf. utf. § 21.

Spørsmålet her er om det foreligger sider ved den mishandling ofre for menneskehandel utsettes for som utløser sterke menneskelige hensyn.

Tilknytning til Norge synes ikke å gjøre seg særlig gjeldende i saker angående menneskehandel idet den tid søkeren opparbeider i forbindelse med behandlingen av asylsøknaden ikke danner grunnlag for oppholdstillatelse, jf. Serbia-Kosovo saken omtalt ovenfor.

På samme måte er det sjelden at hensyn til barn gjør det mulig for foreldre som har vært utsatt for menneskehandel å få opphold på dette grunnlag, siden det faktum at Norge gir bedre oppvekstvilkår enn søkerens hjemland ikke i seg selv er tilstrekkelig, med mindre det er barnet selv søknaden gjelder. Dette elementet vurderes ellers i linje med Barnekonvensjon⁵⁵ artikkel 3 om "barnets beste". Dersom det er barn som er offer for menneskehandel gjelder det et rådende synspunkt at det stilles lavere terskel i forhold til voksne, slik at det som hovedregel gis opphold. Dette er i alle fall synspunktet som er kommet til uttrykk i forarbeidet til ny utlendingslov⁵⁶ Jeg viser her spesielt til uttalelser i preposisjonen som tilsier at "Barn er generelt mer sårbare enn voksne og etter konkret vurdering kan det være grunn til å innvilge oppholdstillatelse selv om det ikke foreligger et beskyttelsesbehov eller humanitære forhold som ville gitt oppholdstillatelse for voksne", jf. s. 159.

⁵⁵Konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 som er blitt norsk lov ved menneskerettsloven av 1999.

⁵⁶NOU 2004:20 s. 269 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 159.

For voksne ofre for menneskehandel er imidlertid helsemessige og humanitære og sosiale forhold ved retur de mest aktuelle vurderingsmomenter etter utlendl. § 8 annet ledd, jf. utf. § 21. Gjennom tvangsprostitusjon kan et offer for menneskehandel for eksempel smittes med HIV i prostitusjonslandet. Dersom vedkommende kommer fra et land med dårlig tilbud til HIV pasienter, kan det tenkes at hun blir innvilget opphold i Norge for å kunne få og/eller fortsette behandling her, jf. Utlendingsnemndas avgjørelse i sak om en HIV-smittet kvinne fra Russland.

Her ble klagers sykdom tillagt avgjørende vekt i relasjon til oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Det ble vist til at behandlingsopplegget i Russland var svakt utbygget, og overraskende nok dårligere enn i flere afrikanske land. Det var sannsynlig at klager ikke ville kunne fortsette behandlingen med ARV fra Norge dersom hun ble returnert.

Men på den annen siden kan det faktum at søkeren er smittet med HIV komme i strid med innvandringsregulerende hensyn, som ofte tillegges vekt, særlig med tanke om smittefaren.

I utlendingspraksis ser man ellers at de fleste søknader basert på menneskehandelsspørsmålet som er blitt innvilget opphold på humanitært grunnlag, har vært grunnet i de ”sterke menneskelige påkjenninger” som ofrene har vært påført som følge av at de har vært utsatt for handel med mennesker.

4.1.3 Palermoprotokollen og Europarådets konvensjon om menneskehandel

Både Palermoprotokollen på den folkerettslig planen og Europarådets konvensjon på den europeiske nivået gir nå, på samme linje som utlendl. § 8 annet ledd, ofre for menneskehandel adgang til å oppholde seg i mottakerland på humanitært grunnlag. Mens Norge har ratifisert Palermoprotokollen, har den bare undertegnet Europarådets konvensjon, men ikke ennå ratifisert den. Man håper på at når den trer i kraft den 01. februar 2008, skal Norge ha ratifisert den. Konvensjonen inneholder samme menneskehandelsdefinisjon som den man finner i Palermoprotokollen og supplerer rettighetene regulert i der, jf. artikkel 39.

Protokollens artikkel 7 regulerer ofrenes adgang til å kunne oppholde seg, varig eller midlertidig på territorier av landene de trafikkeres til. De mottakerstatene skal;

1. I tillegg til å treffe tiltak i henhold til art. 6 i denne protokoll skal hver statspart vurdere å treffe lovmessige eller andre hensiktsmessige tiltak som gir ofre for handel med mennesker fortsatt opphold på dens territorium, midlertidig eller varig, i egnede saker.

2. Ved gjennomføring av bestemmelsen i nr. 1 i denne artikkel skal hver statspart ta tilbørlig hensyn til humanitære og menneskelige forhold.

Det fremgår av Europarådets konvensjon artikkel 14 (1) at:

1 Each Party shall issue a renewable residence permit to victims, in one or other of the two following situations or in both:

a the competent authority considers that their stay is necessary owing to their personal situation;

b the competent authority considers that their stay is necessary for the purpose of their co-operation with the competent authorities in investigation or criminal proceedings.

Vurderingen etter bestemmelsen i begge instrumenter tilsvarer den som foretas under utlendl. § 8 annet ledd, hvor oppholdsspørsmålet avgjøres etter statens skjønn. I vurderingen legges vekt på humanitære betraktninger, med utgangspunktet i den generelle menneskerettighetssituasjon i utlendingens hjemland - altså søkerens risiko ved retur, samt han/hennes individuelle og konkrete forhold, slik som sikkerhetssituasjon, helsesituasjon, familiesituasjon osv, jf. forarbeidene.⁵⁷ Protokollen og konvensjonen tar også særskilt hensyn til barn.⁵⁸

Grunnen til at jeg viser til disse to instrumentene i denne oppgaven er for det første at protokollen inneholder den verdensanerkjente definisjonen av menneskehandel, noe som har medlemsstatenes straffe- og utlendings/flyktningrett. For det andre anerkjenner både protokollen og konvensjonen ofre for menneskehandels adgang til å søke asyl og å bli vernet mot retur etter Flyktningkonvensjonen, jf. protokollens artikkel 14(1) og konvensjonens artikkel 40 (4). Og for det tredje marker begge en folkerettslig regulering av ofrenes adgang til å bli tilkjent opphold på humanitært grunnlag, noe som bare for noen år siden var enkeltstaters prerogativ. Dette innebærer at menneskehandel er blitt et internasjonalt problem og at ofrenes skjebne ikke lenger kan overlates til enkeltstater å bestemme.

4.1.4 Lovfesting av menneskehandel som grunnlag for opphold

En annen ny utvikling ved den foreslåtte utlendingslov er at Departementet har i proposisjonen foreslått en egen bestemmelse som gir ofrene rett til oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.. Det heter i § 38 første og annet ledd at:

”Det kan gis oppholdstillatelse selv om de øvrige vilkårene i loven ikke er oppfylt dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller utlendingen har særlig tilknytning til riket.

For å avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn skal det foretas en totalvurdering av saken. Det kan blant annet legges vekt på om... d) utlendingen har vært offer for menneskehandel”.

Bestemmelsen tilsvarer ellers gjeldende utlendl. § 8 annet ledd. Forskjellen mellom denne bestemmelsen og bestemmelsen i § 28 (1)(a) som er omtalt under punkt 3.3.3 er at mens § 28 gir rett til asyl for ofrene som risikerer forfølgelse ved retur, gir § 38 ofrene rett til opphold selv om det ikke foreligger en fare for forfølgelse. Det heter i forarbeidene at det kan ”forekomme tilfeller der en som har vært offer for menneskehandel bør innvilges opphold i Norge. Det siktes her særlig til grove overgrepstilfeller, men også omstendigheter ved retursituasjonen vil være relevant”. Også situasjoner hvor vedkommende tidligere har bestått myndighetene i en straffesak mot bakmennene og som har behov for videre oppfølging i Norge kan danne grunnlag for et slikt opphold.

⁵⁷ Se TRAVAUX PRÉPARATOIRES of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organised Crime and the Protocols thereto, http://www.unodc.org/pdf/ctoccop_2006/04-60074_ebook-e.pdf og forarbeidene i ”Explanatory Report of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, (CETS No. 197), jf. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/197.htm>

⁵⁸ Hvor barn er involvert, skal barnets beste være bestemmende for om det gis oppholdstillatelse i mottakerlandet, dersom dette er nødvendig av juridiske grunner, jf. artikkel 14 (2). Det tas her i betraktning at noen stater ikke krever at barn skal ha oppholdstillatelse. Se punkt 4.2.3 for mitt synspunkt om denne bestemmelsen.

Likevel er det ikke tilstrekkelig for oppholdstillatelse at noen har tidligere vært offer for menneskehandel. Det er i utgangspunktet bare ved de mer grove overgrepstilfellene det kan være grunnlag for å gi oppholdstillatelse i Norge. Det kreves videre som sagt at det foreligger relevante omstendigheter, for eks. ved retursituasjonen, i tillegg til at utlendingen har vært tidligere offer for menneskehandel.

Selv om dette markerer et hederlig fremskritt i norsk utlendingsrett ved uttrykkelig å anerkjenne menneskehandel som grunnlag for opphold i Norge, er jeg likevel litt skeptisk om den sannsynlig positive påvirkningen av denne bestemmelsen på utlendingspraksis. Når bestemmelse tilsikter ”grove overgrepstilfeller”, synes jeg ikke at dette munner om en mildere terskel enn det som skal til for å utgjøre ”forfølgelse” etter flyktningkonvensjonens artikkel 1A.

Mens jeg ikke har noe problem med at retursituasjonen forblir et vurderingstema under den nye bestemmelse, ser jeg likevel ikke forskjellen mellom forslaget og gjeldende rett når det gjelder momentet risikoen ved retur.

Og til slutt er jeg bekymret over at bestemmelsen drar inn momentet om deltagelse i straffesak mot bakmennene. Det er bra at staten vil belønne ofrene som hjelper til å sette bakmennene bak murer med oppholdstillatelse, men den samme bestemmelsen kan også føre til utelukkelse av ofrene som enten ikke vil delta i prosessen eller bare har opplysninger som er kvalitativt unyttige.

For øvrig vil jeg for denne fremstillingens skyld peke på at det er her snakk om norsk lov som er bare anvendelig i Norge. Det er fortsatt snakk om bare et fåtall av stater som har vist vilje til å stå bak denne gruppen mennesker og gi dem den nødvendige støtten. Mange steder i verden møtes ofre for menneskehandel fortsatt med administrative sanksjoner slik som avvisning og utvisning for ulovlig innreise, hvis/når de er heldig å slippe straffeansvar.

4.2 Refleksjonsperioden

4.2.1 Departementets instruks til UDI⁵⁹

Den utlending som er offer for menneskehandel og som ikke beskyttes av de gjennomgåtte lovreguleringene må tilslutt prøve sin skjebne i administrative ordninger. Mest kjent er den såkalte refleksjonsperioden.

Praktisering av refleksjonsordningen er presisert i UDI sitt rundskriv 2004-019 SODA av 7. mai 2004, endret 07. mars 2006. Etter rundskrivet skal en refleksjonsperiode i form for seks måneder⁶⁰ arbeids – og oppholdstillatelse tilkjennes den utlending som har vært utsatt for

⁵⁹ Instruksen tilsvarer EUs-direktiv om midlertidig oppholdstillatelse til ofre for menneskehandel. Selv om Norge, som ikke-medlem av EU, ikke er bundet av EU-regelverk på dette området, ser det ut som om ordningen om refleksjonsperioden er lånt fra dette direktivet.

Direktivets viktigste bestemmelse i linje med denne fremstillingen er artikkel 8. Betingelser for å oppnå midlertidig oppholdstillatelse i denne bestemmelsen er nesten identisk med de som er gjennomgått under refleksjonsperioden ovenfor, og jeg viser til drøftelsen.

⁶⁰ Sammenlignet med andre land tilbyr Norge en nokså sjenerøs ordning om refleksjonsperiode. USA tilbyr ofre for menneskehandel en ett års midlertidig tillatelse (eller refleksjonsperiode) i form for T-visa, jf. "*Victims of Trafficking and Violence Protection Act (TVPA)*". Italias artikkel 18 i lov nr. 286/1998 (lov om immigrasjons) gir adgang til søke om en 6-måneders oppholdstillatelse for å komme seg bort fra trafikkeringsmiljøet. Nederlands B-9 Regulation tilbyr en 3-måneders refleksjonsperiode. Frankrike gis de en 6 – måneders

menneskehandel, men som ikke har lovlig opphold i riket. jf. tiltak 3 i handlingsplanen og rundskrivets innledende del.

Det stilles som vilkår for å få innvilget refleksjonsperiode: at søkeren antas å være offer for menneskehandel, jf. definisjonen av menneskehandel (se drøftelsen ovenfor), at vedkommende har hensikt til å bryte med menneskehandelsmiljøet og at han/hun er villig til å motta hjelp og informasjon, jf. punkt B om vilkår for å få en refleksjonsperiode.

Refleksjonsperioden kan ikke fornyes, men det kan gis ny tillatelse som vare i ett år. Til dette er det tilknyttet vilkåret om at offer bistår politiet i en straffesak mot bakmennene og at vedkommendes tilstedeværelse i Norge under etterforskningen eller rettssaken er nødvendig eller ønskelig. Nødvendigheten eller ønskeligheten bekreftes som hovedregel av politiet.

Problemstillingen er om det harmonerer med asylrettslige prinsipper at det stilles som vilkår for beskyttelse at ofre for menneskehandel deltar i rettssaker mot bakmennene.

Det presiseres her først at ofrene som søker om asyl fritas fra vilkåret om deltagelse i straffesak, jf. utf. § 21 femte ledd. Ofrene som ikke søker asyl og ikke anmelder bakmennene gis ufornybar seks måneders arbeids- og oppholdstillatelse dersom vilkår for refleksjonsperiode er oppfylt. Etter dette må de forlate landet.

I søknader som fremmes av ofre som deltar i straffesak mot bakmennene og søker om oppholdstillatelse etter avsluttet straffesak, vurderes det om det foreligger sterke menneskelige hensyn eller om vedkommende har fått en særlig tilknytning til riket som tilsier innvilgelse. Vurderingen her er lik i saker som faller under utlendl. § 8 annet ledd.

Det er altså ofrene som ikke søker om asyl, men har straffesak mot bakmennene pågående for retten eller er fremdeles på etterforskningsstadiet som har mulighet til å få ny tillatelse etter at refleksjonsperioden er utgått. Men da møtes de ikke bare med vilkåret om at de bistår politiet i etterforskning/rettsforfølgningen, men også at deres bistand er både nødvendig og ønskelig. Det er med andre ord krav til kvalitativ bistand overfor politiet.

Jeg nevner at det vanligvis ikke knyttes vilkår om straffanmeldelse av bakmennene på beskyttelsesregimet. Men det er likevel her snakk om en type beskyttelse som er innenfor statens prerogativ å gi eller nekte. Da er det kanskje ikke mye å utsette det faktum at staten stiller vilkår – særlig sett i lys av at den også er forpliktet til å stille bakmennene for retten.

Det som bekymrer er imidlertid at det knyttes kvalitetskrav til ofrenes bistand. Dette reiser to problemer: det ene er at ofrene ofte ikke har så gode opplysninger at de aldri vil møte påtalemyndighetens standard. Husk at det er her snakk om folk som kidnappes fra sitt hjemland, føres over mange landegrensener - ofte i lukkede containere - blir mishandlet etter ankomsten og lever rett og slett i frykt og traumatisme. Jeg tviler veldig på hvor gode opplysninger en slik person er i stand til å gi, tross velviljen til å bidra til å straffe personene bak alt dette. Det andre problemet er at først når offeret har satset alt, og bakmennene er kanskje blitt kjent med at vedkommende har anmeldt dem, så slippes han/hun løs, med den opplysningene ikke har vært gode nok mot. Hvor havner dette offeret? Tilbake i

oppholdstillatelse. En gjennomgående tråd i ordningen i alle disse landene er imidlertid at det stilles som vilkår for fornyelse eller forlengelse av tillatelsen at ofrene vitner mot bakmennene.

trafikkeringsmiljøet og befinner seg i bakmennenes vold etter forgjeves å ha avslørt dem. Se også punkt 4.2.3 nedenfor.

4.2.3 Strider UDIs rundskriv og EU-direktivet mot Europarådskonvensjon?

Det som synes betenkelig med både norsk ordning om refleksjonsperioden og EU-direktivet er at begge knytter innvilgelse til offerets samarbeid i rettsforfølgingsprosess. Spørsmålet er således om dette ikke kommer til å stride mot Europarådets konvensjon art. 12 (6), når den trer i kraft i 2008.

Artikkel 12 (6) regulerer at *“Each Party shall adopt such legislative or other measures as may be necessary to ensure that assistance to a victim is not made conditional on his or her willingness to act as a witness”*.

Etter konvensjonens forarbeider var bestemmelsen ment for å hindre at støtten til ofre for menneskehandel gjøres betinget av at vedkommende samarbeider med myndigheter i straffesaker mot bakmennene.⁶¹

I en uttalelse til tidligere Kommissær for justis i anledning vedtagelse av Europarådets Konvensjon om tiltak mot menneskehandel, anbefalte *“the Experts Group on Trafficking in Human Beings”* – en konsultativgruppe opprettet av Europakommisjonen – at refleksjonsperioden ubetinget burde innvilges alle som det er grunn til å mistenke for å være/ha vært ofre for menneskehandel, uansett viljen eller evnen til å vitne mot bakmennene. Dette, mente gruppen, ville kunne skape ofrenes tillit i staten og dennes vilje og evne til å beskytte, hvilket i sin tur ville sikre at de, av eget tiltak bestemmer seg for å samarbeide med myndighetene i straffesaker mot bakmennene.

Kapittel 5 De lege ferenda

5.1 Innledning

Jeg begynner denne delen av fremstillingen med en refleksjon over to kontroversielle fenomener som kjennetegnet og dominerte vår verden i de to siste århundre – slavehandel og verdenskrigene - fenomener som etter min mening, har mye til felles med menneskehandelsspørsmålet i utlendings- og flyktningrett.

Tidlig 1800-tallet til midt 1900 var verden opptatt av å bekjempe og stanse slavehandel. Med avskaffelse av slaveri i både Storbritannia og USA i begynnelsen av 1800-tallet og ratifikasjon av FN-slaverikonvensjonene i 1926 og 1956,⁶² trodde man at ondet var for godt overvunnet. Men dette var dessverre ikke tilfellet. Slaveri endret bare navn og form. Navnet ble menneskehandel og formen endret seg fra å være et åpent kjøp og salg av kraftige menn

⁶¹ Det heter i forarbeider at *“Some Parties may decide – as allowed by Article 14 – to grant residence permits only to victims who cooperate with the authorities. Nevertheless, paragraph 6 of Article 12 provides that each Party shall adopt such legislative or other measures as may be necessary to ensure that assistance to a victim is not made conditional on his or her willingness to act as a witness. The drafters wish to make it clear that under Article 12(6) of the Convention, assistance is not conditional upon a victim’s agreement to cooperate with competent authorities in investigations and criminal proceedings”*. Bestemmelsen i artikkel 12 (6) er imidlertid ikke til hinder for at vedkommende pålegges vitneplikt etter bestemmelsene i straffeprosessloven kap.10.

⁶² Storbritannia vedtok en lov som avskaffet slavehandel i 1807 og ett år senere gjorde USA det samme i 1808. Slavehandel ble ikke angrepet på det folkerettslige nivå før 1926 da Overenskomst om slaveri ble vedtatt, og en tilleggskonvensjon kom 30 år senere i 1956.

som ble brukt i industrien og på gårder, til en handel i hovedsakelig sårbare kvinner og barn, som et ledd i en høyprofitt organisert ”mafiaisk” kriminalitet.

Man kan ikke med nøyaktighet si hvor lenge slaveri varte. Det varte i over to århundre i alle fall. Dets ”avskaffelse” medførte naturalisering av millioner av mennesker i de landene de hadde blitt solgt i som slaver. Det skyldtes at etter over 200 år var det ikke lenger noe land disse menneskene kunne kalle hjemland, som de kunne returneres til. Det var allerede snakk om mange generasjonsetterkommere slaver, som ikke engang husket hvor deres forfedre hadde kommet fra. Naturalisering og statsborgerskap i slaverilandene var derfor en naturlig reaksjon på spørsmålet.

I begynnelsen av og på midt 1900-tallet ble verden igjen konsumert i et annet verdensomfattende fenomen – første og andre verdenskriger (i henholdsvis 1917-1918 og 1940-1945). Verdenskrigene, særlig den andre, førte til en situasjon hvor mange lands borgere ble tvunget til å forlate sitt hjemland og søke tilflukt i de fredelige delene av Europa og Amerika. Flyktningeflømen tvang verdensledere til raskt å reagere. Løsningen ble den 1951 flyktningkonvensjonen som regulerte flyktningsenes rett til å søke asyl og bli tilkjent en del rettigheter, jf. Menneskerettighetserklæringen artikkel 14.

Det å sammenligne disse to verdenshendelser (slaveriet og verdenskrigene) med dagens menneskehandel kan virke kanskje overdrivende, men med ca. 600.000 – 800.000 mennesker som blir transportert over landegrensene per år,⁶³ er dette ikke et bagatellig problem heller. Verdensnasjoner anerkjente dette som et stort internasjonalt problem da de vedtok Konvensjonen om grenseoverskridende kriminalitet med dens protokoller, særlig protokollen om handel med kvinner og barn.

Etter min mening har konvensjonen og protokollen likevel satset mye på menneskehandelens strafferettslige side – altså det å jage bakmennene, mens den humanitære siden (ofrenes hensyn) har blitt skyvet noe i bakgrunnen. Det er med dette utgangspunktet at jeg går inn for at ofre for menneskehandels flyktningrettslig skjebne blir reddet på samme måte som ofre for slavehandel og verdenskriger ble sikret, ved å foreslå følgende, om enn i subsidiærranging:

5.2 Menneskehandel som selvstendig beskyttelsesgrunn

Menneskehandel bør innføres i Flyktningkonvensjon som en selvstendig beskyttelsesgrunn på lik linje med andre grunner i artikkel 1A. Konvensjonens artikkel 45 åpner for en revideringsadgang. Nå som verdenssamfunnet er kommet til å se på handel med mennesker som et onde som må elimineres, er det kanskje på tiden denne velviljen vises i konvensjonsformen.

Ved å foreslå dette, er jeg klar over at dette kan på den ene side bidra til å øke ulovlig innvandring. Konvensjonsforankring av menneskehandel kan føre til misbruk av asyl instituttet. Kvinner, barn og ikke minst menn kan sette seg i situasjoner hvor de kan bli misbrukt, bare for å kunne bruke dette som grunnlag for å oppnå asyl.

Mot dette påpeker jeg imidlertid at det finnes allerede fem grunner som man kan påberope seg for å søke om asyl. Det er ikke bevisst at noen av disse grunner er blitt misbrukt bare fordi de

⁶³ U.S. Department of State (2005), "Trafficking in Persons Report" - <http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2005/>

er regulert i konvensjonen. Søknader basert på menneskehandelsgrunnlag vil bli vurdert på like linje som de basert på andre grunnlag, med det resultatet at de som finnes å fortjene beskyttelse gis nettopp dette, mens de som ikke fortjener returneres. Det virker ellers lite sannsynlig at mennesker vil frivillig kunne sette seg i situasjoner hvor de kan komme i prostitusjon eller tvangsarbeid. Som Palermoprotokollen fastslår, er det umulig at et menneske kan av egen vilje kunne godta at han/hun brukes til slikt.

5.3 Utvidet tolkning av grunnen ”sosial gruppe”

Med utgangspunktet i norsk utlendingspraksis ser man at menneskehandel er blitt innfortolket i konvensjonsgrunner ”sosial gruppe”, med gruppen nærmere definert som ”tidligere tvangsprostituerte” ved prostitusjon. Dette er ganske positivt. Ut fra Norges utlendingspraksis er det imidlertid snakk om kun to til tre saker hvor søkere hittil er blitt innvilget asyl på grunnlag av å ha vært utsatt for menneskehandel (jeg tar forbehold for at tallet kan være høyere hvis man medregner innvilgelsene fra UDI, som jeg ikke kunne gis innsyn i). Norge trenger derfor å satse mer enn det hittil har gjort.

UNHCR har allerede konstatert at den slags mishandlingen som ofre for menneskehandel blir utsatt for utgjør forfølgelse i konvensjonens forstand og at tidligere tvangsprostituerte utgjør en ”sosial gruppe”. Det er grunn til fastslå at UNHCR er bedre plassert enn enkeltstater til å presisere utviklingslinjene på flyktningsfeltet. Man merker ellers at dennes anbefalinger siteres hyppig i nasjonale avgjørelser og vedtak. Innvilgelse av asyl basert på menneskehandel bør derfor ikke være en forpliktelse for bare et fåtall av stater, mens de fleste statspartene sliper ansvaret. Jeg oppfordrer alle stater som har undertegnet og ratifisert flyktningkonvensjonen til å stå imot søknader basert på menneskehandel og vurdere dem ut fra de begrensningene konvensjonsgrunnen ”sosial gruppe” stiller, snarere enn å avvise med den begrunnelsen at menneskehandel ikke er konvensjonsregulert. Samtidig oppfordrer jeg alle interesseparter, UNHCR inkludert, til å utvide eller erstatte sosial gruppen ”tidligere tvangsprostituerte” til/med ”tidligere trafikkerte” for å kunne omfatte alle ofre for menneskehandelsrelaterte virksomheter.

5.4 Automatisk opphold på humanitært grunnlag

Det bemerkes her at de fleste asyl søkere som har fått opphold i Norge på grunnlag av menneskehandelsrelatert forfølgelse har blitt innvilget opphold på humanitært grunnlag. Mange nasjonale lovgivninger tilkjenner nå ofre for menneskehandel opphold på humanitært grunnlag. Når dette er sagt, er det likevel grunn til å bemerke at denne retten ikke er automatisk. Det heftes fortsatt uhyre og umulige strenge vilkår for å bli innvilget opphold på humanitært grunnlag.

Jeg anmoder derfor at stater innvilger opphold på humanitært grunnlag i alle saker hvor søkere fremstår som troverdige og hvor det sannsynliggjøres at vedkommende har lidt/lider forfølgelse på grunn av at han/hun har vært utsatt for menneskehandel. Menneskehandel medfører for ofrene større påkjenninger enn kanskje alle andre grunner som er regulert i flyktningkonvensjonen. Det å returnere ofre til hjemlandet fordi de ikke har kunnet overbevise at myndighetene ikke er villige og/eller i stand til yte effektiv beskyttelse må ta slutt. Hvor er statsmyndighetene til å begynne med når disse blir borttrafikkert?

Jeg bruker denne anledningen ellers til rose Norge for lovforslagene som er drøftet ovenfor. Blir de vedtatt, skal de mest sannsynlig positivt påvirke saksbehandlingen av menneskehandelsrelatert søknader.

5.5 Utvidelse an refleksjonsperioden, med fornyelsesadgang?

Ut fra eksemplene nevnt ovenfor er det veldig få stater som ubetinget tilkjenner påståtte ofre for menneskehandel en refleksjonsperiode. Alle andre gjør dette betinget av at de samarbeider i anmeldning og rettsforfølging av bakmennene. Det er først når de har gitt uttrykk for dette at de gis en refleksjonsperiode. Og det er bare når straffesaker pågår at de innvilges midlertidig oppholdstillatelse. Og til slutt er det bare etter straffesakene er avsluttet at det forligger *muligheten* til å utvide midlertidig oppholdstillatelse til varig/permanent oppholdstillatelse, og da er vilkårene noen steder strengere enn de ordinære vilkår for opphold på humanitært grunnlag.

Kan det ikke sikres alle ofre for menneskehandel en refleksjonsperiode? Kan perioden ikke utvides i alle stater til seks måneder? Kan ikke samtykke til å delta i straffeprosess mot bakmennene sikre ofrene automatisk rett til varig opphold, selv om oppholdet skulle være på grunnlag av det såkalte ”humanitære/menneskelige betraktninger”? Bakmennene er resurssterke personer med omfattende nettverk - skjønner statene faren de utsetter ofrene for når de slipper dem tilbake i, for eksempel prostitusjonsmiljøet, etter at de har vært med i rettsforfølging av bakmennene? Hvilke garantier setter statene på plass når de tvangsreturnerer ofrene til hjemlandene for så å havne igjen i menneskehandelslignende situasjoner?

Det er ved å prøve å svare på disse spørsmålene at jeg oppfordre alle mottakestater å innføre en ensartet og ubetinget seks måneders refleksjonsperiode til alle som hevder å være ofre for menneskehandel. Ut over dette forslår jeg at deltakelse i straffeprosess mot trafikkerne må sikre ofrene automatisk opphold på humanitært grunnlag, fordi de ikke har noe stede å hjemme seg etter prosessen er avsluttet, og dermed er særlig sårbare til overgrep fra deres forfølgere, og ikke minst i hjemlandet hvor de ble trafikkert fra.

LITTERATURLISTE

Konvensjoner:

Barnekonvensjon	FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. 11. 1989
CATOC	FN-konvensjon mot grenseoverskridende organisert kriminalitet av 15. november 2000
EMK	Europarådets konvensjon av 04.11.1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende frihetene og tilleggsprotokoller, gjort til norsk lov ved menneskerettsloven av 21. 05.1999.
Europarådets konvensjon om menneskehandel	Europarådets konvensjon om tiltak mot menneskehandel ETS nr. 197 av 16. 05. 2005
Flyktningkonvensjon	FNs konvensjon om flyktnings stilling av 28. 07. 1951
Kvinnekonvensjon	FNs konvensjon om å avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner av 18. 12. 1979
Wien-konvensjon	Wien-konvensjon om traktatretten av 23. mai 1969.

Erklæringer:

Menneskerettserklæringen	FNs Verdenserklæringen om Menneskerettighetene av 10. desember 1948.
--------------------------	--

Protokoller:

Palermoprotokoller om Trafficking og Smugling	Tilleggsprotokoller til CATOC – Protokollen om å hindre, bekjempe og straffe handel med mennesker, særlig kvinner og barn og protokollen om smugling av mennesker over land, sjøveien og luftveien, begge av 15. 11. 2000
---	---

Direktiver:

EU-direktiv om refleksjonsperiode	Council Directive 2004/81/EC of 29 April 2004 on the short-term residence permit issued to victims of action to facilitate illegal immigration or trafficking in human beings who cooperate with the competent authorities -
EU-Statusdirektiv	Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection

and the content of the protection granted, *Official Journal L 304, 30/09/2004 P. 0012 – 0023.*
Official Journal L 261 , 06/08/2004 P. 0019 - 0023

Lover:

Straffeloven Almindelig borgerlig Straffelov av 22. 05. 1902

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

(Retts)praksis:

Abdi-dommen Rt. 1991 s. 586

Acosta Int. Dec No. 2986 (1 March 1985) – the US Board of Immigration Appeals.

Board of Canada Decision no. T98-06186, CRDD No. 298, 2 November 1999.

Immigration and Refugee UK Immigration Appeals Board Lyudmyla Dzhygun, Appeal No. CC-50627-99 (00TH00728), 17 May 2000.

UNEs vedtak OBS: På grunn av taushetsplikten er jeg ikke tillat å nevne UNEs vedtak. Klagene er likevel anonymt omtalt i fremstillingen.

Vilvarajah EMDs dom nr. 13164/87 av 30. oktober 1991

Ward Canada (Attorney General) v. Ward [1993] 2 SCR 689.

Forarbeider:

CATOC og Palermoprotokollen TRAVAUX PRÉPARATOIRES of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organised Crime and the Protocols thereto

Europarådets konvensjon Explanatory Report of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, (CETS No. 197)

Flyktningskonvensjon UN docs. A/CONF.2/SR.19

NOU 1983: 47 Norges offentlige utredninger 1983: 47 Ny fremmedlov

NOU 2004:20 Norges offentlige utredninger 2004:20 Ny utlendingslov

Ot.prp. nr. 46 Odelstingsproposisjon nr.46 (1986-1987) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

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

Rundskriver:

Rundskriv om refleksjonsperiode UDIs rundskriv 2004-019 SODA av 7. mai 2004, endret 07. mars 2006 om arbeids- og oppholdstillatelse til personer som har vært utsatt for menneskehandel

Juridisk teori:

Einarsen Terje Einarsen, "Retten til vern som FLYKTNINGER", Bergen 2000

Erika Feller Erika Feller; Volker Türk and Frances Nicholson, "Refugee Protection in International Law - UNCHR Global Consultations on International Protection", Cambridge 2003

Goodwin-Gill Guy S. Goodwin-Gill, "The Refugee in International Law, second edition, Oxford 1996

Grahl-Madsen A. Grahl –Madsen, "The Status of Refugees in International Law, Volume 1, Leyden 1966

Hathaway James C. Hathaway, "The Law of Refugee Status, Toronto 1991

Jon Gisle Jon Gisle med andre "Jusleksikon", Oslo 2007

UNHCRs anbefalinger

- Guidelines on International Protection No. 4: "Internal Flight or Relocation Alternative" within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (HCR/GIP/03/04) of 23 July 2003
- Guidelines on International Protection: "Membership of a particular social group" within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees", HCR/GIP/02/02, 7 may 2003.
- Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees; HCR/GIP/02/01.

- Guidelines on international Protection: The application of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees to victims of trafficking and persons at risk of being trafficked; HCR/GIP/06/07, of 7 april 2006.

- "Handbook on Procedures and Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees" HCR/IP/4/Eng/REV.1 Geneva, January 1992 (1979)

Nettsider:

Europarådets konvensjon
om menneskehandel

<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/197.htm>

IOM

<http://www.iom.no>

Lovdata

<http://www.lovdata.no/traktater/index.html>

UNODC

http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT_GPATleaflet07_en.pdf;
<http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT-globalpatterns-en.pdf>

US Department of State

http://www.unodc.org/pdf/ctoccop_2006/04-60074_ebook-e.pdf
<http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2005/>

This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.
This page will not be added after purchasing Win2PDF.