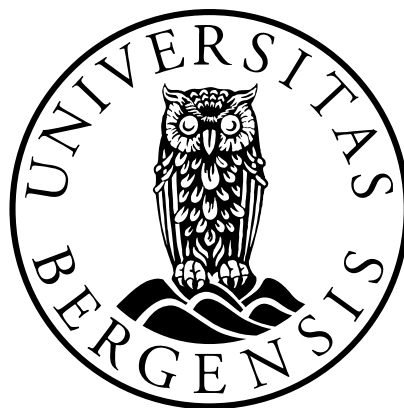


Opphevelsen av rimelighetsvilkåret i utlendingsloven § 28 (5)

En konsekvensanalyse

Kandidatnummer: 56

Antall ord: 14 426



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.2016

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Introduksjon	4
1.1 Nærmere om problemstillingen	4
1.1.1 Metode og rettskilder	5
1.1.2 Avgrensning	8
1.2 Veien videre.....	8
2 Rimelighetsvilkåret i norsk rett	10
2.1 Innholdet i rimelighetsvilkåret.....	10
2.2 Lovendringen 1. oktober.....	14
3 Et folkerettslig forpliktende rimelighetsvilkår i internfluktvurderingen?	18
3.1 Flyktningkonvensjonen og rimelighetsvilkåret	18
3.2 Anvendelsen av rimelighetsvilkåret i utenlandsk rettspraksis.....	22
3.3 EUs statusdirektiv art. 8 av 2004 og EU-landenes praksis ved anvendelsen av rimelighetsvilkåret.....	26
3.4 Juridisk teori om internasjonal praksis sin anvendelse av rimelighetsvilkåret.....	27
3.5 De lege lata	28
4 Innvandringsregulerende hensyn i rimelighetsvurderingen?	29
4.1 Innvandringsregulerende hensyn som politisk styringskontroll.....	29
4.2 Rimelighetsvurderingen og forholdet til «sterke menneskelige hensyn» etter § 38..	31
4.3 Vurdering av forholdet mellom rimelighetsvilkåret og innvandringsregulerende hensyn i rettspraksis	32
4.4 Konsekvens av opphevelsen av rimelighetsvilkåret.....	35
5 Et barnevennlig rimelighetsvilkår?	37
5.1 Forholdet mellom «barnets beste» i § 38 (3) og en «barnesensitiv vurdering» etter § 28 (3).....	37
5.2 Hensynet til barn i rimelighetsvurderingen	39

6	Øvrige utvalgte konsekvenser ved opphevelsen av rimelighetsvilkåret	42
6.1	Domstolskontroll	42
6.2	Utvisning og absolutt vern mot utsendelse.....	43
7	Avsluttende kommentarer	46
	Litteraturliste	48

1 Introduksjon

1.1 Nærmere om problemstillingen

Med en økning av antall asylsøkere til Norge, anså regjeringen det som nødvendig å stamme inn asyllovgivningen slik at det skulle bli mindre attraktivt for utlendinger å søke seg til Norge. På bakgrunn av «flyktningkrisen» Europa og Norge opplevde, oppstod det en lettere panikk blant landets folkevalgte. Regjeringen presenterte i den forbindelse en rekke innstrammingsforslag til utlendingsloven.¹ Et av disse forslagene var å oppheve rimelighetsvilkåret i § 28 (5). På tross av stor uenighet blant høringsinstansene hva gjaldt om Norge var folkerettslig forpliktet til å vurdere om en henvisning til internflukt var rimelig, ble forslaget vedtatt i Stortinget.

Internfluktalternativet springer ut av tanken om at internasjonal beskyttelse er subsidiær til beskyttelse i eget hjemland. Personer skal først og fremst søke trygghet innenfor sitt hjemlands grenser dersom dette gir «effektiv beskyttelse» jf. utl. § 28 (5). Avgjørende er at personen ikke befinner seg i en situasjon på internfluktområdet som følger av utl. § 28 (1). Rimelighetsvilkåret har fungert som en sikkerhetsventil mot å sende ut personer der det ikke fremstår som tilrådelig på grunn forhold vedrørende området eller personen selv.

Justis- og beredskapsdepartementet (heretter departementet²) har i forarbeidet til lovendringen kun vist til at opphevelsen av rimelighetsvilkåret medfører at flere får oppholdstillatelse etter utl. § 38 enn tidligere.³ Dette fordi søkere som tidligere ikke kunne henvises til internflukt på grunn av at det var «urimelig», nå vil omfattes av vilkårene i utl. § 38 i stedet. Det er bred uenighet om dette er den eneste konsekvensen. Flere høringsinstanser fastholder at det etter folkeretten er et krav å vurdere om henvisning til internflukt er rimelig. Dersom det er tilfellet, vil lovendringen ha som konsekvens at Norge bryter sine folkerettslige forpliktelser.

Et eventuelt brudd med våre folkerettslige forpliktelser vil være den mest vidtgående konsekvensen av lovendringen. Dersom Norge er folkerettslig forpliktet til å vurdere rimeligheten av internflukt, kan ikke lovendringen stå seg. Ikke bare er Norge bundet av

¹ Lov 15. mai 2008 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven – utl.)

² «Departementet» vil før 2010 sikte til Arbeids- og inkluderingsdepartementet som tidligere hadde ansvar for asyl- og innvandringsspørsmål.

³ Prop. 90 L (2015-2016) Endringer i utlendingsloven mv. (innstramminger II) s. 51

flyktningkonvensjonen,⁴ men signalene til øvrige konvensjonsstater om at Norge velger ikke å følge opp sine forpliktelser etter konvensjonen, er svært uheldig for våre internasjonale relasjoner. Flyktninginstituttet er avhengig av en lik praktisering konvensjonsstatene mellom av hensynet til at mennesker som søker beskyttelse skal behandles likt. Etter flyktningkonvensjonen art. 1A (2) har en person rettskrav på asyl dersom vedkommende er flyktning i konvensjonsforstand. Dersom Norge går på tvers av flyktningkonvensjonen, vil flyktningkonvensjonen kunne bli svekket som et internasjonalt, rettslig instrument.

Som nevnt viser departementet til at flere nå vil få opphold etter utl. § 38. Departementet gir ingen videre analyse av hvilke konsekvenser dette kan medføre. Det ønsker jeg å gjøre i denne oppgaven. Spørsmålet er hvilke konsekvenser en slik overføring av vurderingen fra utl. § 28 (5) til § 38 vil ha. For å kunne svare på dette er det nødvendig å foreta en grundig sammenlikning av utl. §§ 28 og 38. Da vil det bli klart om opphevelsen av rimelighetsvilkåret får andre konsekvenser enn det departementet pekte på. Ettersom oppgavens omfang er noe begrenset vil det bli fokusert på nøye utvalgte temaer som jeg mener er viktigst å trekke frem på bakgrunn av innvirkningen det har på asylsøkerens rettigheter. Et av spørsmålene er hvilken plass innvandringsregulerende hensyn tidligere har hatt i rimelighetsvurderingen og om de får en ny eller annerledes betydning etter lovendringen. Det skal ses på betydningen av barnets beste i rimelighetsvurderingen til sammenlikning med vurderingen etter utl. § 38. Om lovendringen medfører konsekvenser for domtolskontrollen av forvaltningens behandling av internfluktsakene, vil også bli vurdert. I Utlendingsdirektoratets høringsnotat ble det vist til at flere personer kan bli utvist som følge av lovendringen. Hvordan og eventuelt om dette er en konsekvens av lovendringen vil bli redegjort for. Da det er ulike rettigheter tilknyttet de ulike tillatelsen betyr dette at personer som nå får opphold etter utl. § 38, ikke får de samme rettighetene som de tidligere ville fått med en oppholdstillatelse etter utl. § 28. Noen av disse konsekvensene vil bli pekt på i den avsluttende kommentaren.

1.1.1 Metode og rettskilder

Oppgaven tar for seg tidligere og nåværende rettstilstand vedrørende internfluktalternativet. Lovendringen som førte til en opphevelse av rimelighetsvilkåret trådte i kraft i løpet av tiden

⁴ Convention relating to the Status of Refugees, 28. juli 1951 (Konvensjon om flyktingers stilling).

oppgaven ble skrevet. På grunn av dette foreligger det foreløpig ingen rettskilder som peker på konsekvenser av lovendringen, annet enn det som følger av forarbeidene til lovendringen.

Utlendingsloven er den sentrale rettskilden anvendt i oppgaven. Utlendingsforskriften utfyller loven.⁵ Det må bemerkes at uf. § 7-1 per dags dato ikke er endret, slik departementet foreslo i høringsnotatet.⁶ Forskriften peker fortsatt på en rimelighetsvurdering, og synes fortsatt å være ment til å være gjeldende for vurderingen av internfluktilfellene under § 38. Jeg har imidlertid ikke funnet rettskilder som bekrefter dette. Det synes imidlertid ikke å være av nevneverdig betydning at forskriften fortsatt er gjeldende per i dag.

Rundskriv anvendes som retningsgivende da det er forvaltningen som behandler utlendingsrettslige spørsmål i størst grad. Dette er nyttig for å gi en utfyllende forståelse, men disse har begrenset vekt som rettskilde da forvaltningens lovforståelse potensielt kan være feil.⁷ Høringsuttalelser har ingen rettskildemessig vekt, men har blitt brukt som et utgangspunkt for å se på hvilke mulige konsekvenser opphevelsen av rimelighetsvilkåret får. Dette gjelder særlig uenigheten hva gjelder forholdet til folkeretten. Det samme gjelder internt utarbeidede dokumenter hos forvaltningsorganene.

Utlendingslovens formål er «regulering av og kontroll med inn- og utreise, og utlendingers opphold i riket, i samsvar med norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser» jf. § 1 (1). Utlendingsloven skal anvendes i samsvar med gjeldende innvandringspolitikk, men samtidig ivareta internasjonale forpliktelser.

Et av hovedspørsmålene i oppgaven er forholdet mellom rimelighetsvilkåret og Norges forpliktelser etter folkeretten. Av utl. § 3 følger at «[l]oven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling». Dette er et uttrykk for sektormonisme, og er et unntak fra hovedregelen om at norsk rett går foran folkeretten.⁸ Ordlyden «internasjonale regler» viser til Norges internasjonale folkerettslige forpliktelser, både nåværende og fremtidige.⁹ Internasjonal rett er dermed sentral i fastleggelsen av utlendingslovens innhold. Etter Grunnloven § 92 skal myndighetene

⁵ Forskrift 15.oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften- uf).

⁶ Justis – og beredskapsdepartementet (2015) s. 65

⁷ Øyen (2013) s. 32

⁸ Ruud (2011) s. 60

⁹ NOU 2004: 20 Ny utlendingslov s. 373

«respektare og sikre» menneskerettighetene.¹⁰ Menneskerettsloven § 3 jf. § 2, fastslår at menneskerettighetene ved motstrid går foran annen lovgivning.¹¹ Forvaltere av utlendingsretten må således ivareta menneskerettighetene i sine avgjørelser.

Flyktningkonvensjonen er en sentral rettskilde. Av Wien-konvensjonen art. 31 (1) følger det at konvensjoner skal tolkes «in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose».¹²

Også «soft law» er relevante tolkningskilder for å fastlegge om utlendingslovens bestemmelser er i samsvar med folkeretten.¹³ Sentralt i oppgaven er UN High Commissioner for Refugees (heretter UNHCR) sin «Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees» (heretter håndboken).¹⁴ Denne har en sentral rolle som tolkningsinstrument ved fastleggelse av konvensjonsbestemmelers innhold. Statene er forpliktet til å samarbeide med UNHCR jf. flyktningkonvensjonen art. § 35 (1). Dette følger også av utl. § 98. Anbefalinger gitt av UNHCR skal vektlegges ved tolkning av utlendingsloven. Norge er imidlertid ikke bundet av hverken håndboken eller andre uttalelser fra UNHCR, men disse skal vektlegges tungt i tolkningen av utlendingsloven, særlig ved spørsmål om beskyttelse.¹⁵ Dette gjelder også for konvensjonsstatene for øvrig.¹⁶

For å belyse praksisen rundt rimelighetsvilkåret ytterligere ses det til EUs statusdirektiv.¹⁷ Direktivet er ikke bindende for Norge å følge, men ettersom Norge er en del av EØS-samarbeidet er det naturlig å se til direktivet ved spørsmålet om Norge er bundet til å ha et rimelighetsvilkåret etter folkeretten.

For at internasjonal praksis skal anerkjennes som folkerettslig sedvanerett må det foreligge en omfattende, konstant og ensartet praksis som av konvensjonsstatene oppfattes som gjeldende

¹⁰ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grl.)

¹¹ Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.)

¹² Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien 23.mai 1969

¹³ NOU 2004: 20 s. 373

¹⁴ Det er flere utgaver av håndboken. Håndbokens punkt 91 som er sentral for oppgaven, har likt innhold i samtlige utgaver. I oppgaven anvendes håndbokens utgave fra 2011.

¹⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) s. 73

¹⁶ Zimmermann (2011) s. 111-112

¹⁷ Council directive 2004/83/EC

rett.¹⁸ Terskelen for når noe er betraktet som folkerettslig sedvanerett er høy. På grunn av språkhindringer har det kun vært mulig å redegjøre for engelskspråklig rettspraksis.

1.1.2 Avgrensning

Det har blitt tatt utgangspunkt i forarbeider og høringsuttalelser i forbindelse med opphevelsen av rimelighetsvilkåret for å kartlegge mulige konsekvenser av lovendringen. Både forarbeidene og høringsuttalelsene viser til avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) i spørsmålet om det oppstilles et rimelighetsvilkår etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK).¹⁹ Jeg har valgt ikke å gå særlig inn i spørsmålet annet enn å vise til hva departementet uttaler om EMK og forholdet til rimelighetsvurderingen, da det ikke synes nødvendig for konsekvensanalysen. Det er utvilsomt at utl. § 38 fanger opp tilfeller der det vil være brudd på menneskerettighetene å sende vedkommende til internflukt. Derfor vil opphevelsen av rimelighetsvilkåret ikke føre til brudd på EMK.

Videre har jeg måttet avgrense hvilke høringsuttalelser jeg har tatt utgangspunkt i som inspirasjon til konsekvensanalysen. Det er et stort antall høringsinstanser som har uttalt seg om temaet, og jeg har i hovedsak valgt å fokusere på forvaltningsinstansene som er de som praktiserer rimelighetsvilkåret på daglig basis.

Under kapittel 6.2 skrives det om non refoulement- prinsippet. Redegjørelsen for prinsippet begrenser seg til hva som er nødvendig for å belyse konsekvensene av lovendringen ved spørsmål utvisning.

1.2 Veien videre

For å kunne foreta en grundig analyse av mulige konsekvenser ved opphevelsen av rimelighetsvilkåret, er det nødvendig å redegjøre for innholdet i det tidligere rimelighetsvilkåret etter norsk rett. Dette vil bli gjort i kapittel to. Her skal det også ses på departementets redegjørelse for lovendringen, samt utvalgte høringsinstansers reaksjoner på den.

¹⁸ Se Ruud (2011) s. 72-76 for utfyllende om folkerettslig sedvanerett.

¹⁹ European Convention on Human Rights, Roma 4.november 1950

Det er i de påfølgende kapitlene oppgavens hovedtyngde vil ligge. Det vil i kapittel tre bli vurdert om opphevelsen av rimelighetsvilkåret er i strid med Norges folkerettslige forpliktelser og videre om et rimelighetsvilkår følger av internasjonal sedvanerett. Spørsmålet drøftes først da det er den mest omdiskuterte, mulige konsekvensen av lovendringen. I kapittel fire ses det på hvilke eventuelle konsekvenser lovendringen vil få ved norsk rettsanvendelse. For å svare på spørsmålet foretas en gjennomgang av forholdet mellom utl. §§ 28 og 38 for å belyse de ulike hensynene som ligger bak bestemmelsene. Hovedvekten ligger her på spørsmålet om innvandringsregulerende hensyn har gjort seg gjeldende ved anvendelsen av begge bestemmelsene, og dersom ikke, hvilke konsekvenser det nå får at rimelighetsvilkåret i utl. § 28 oppheves. I forlengelsen av denne diskusjonen, vil det i kapittel fem vurderes om hensynet til barns beste ble vurdert under rimelighetsvilkåret og hvilket innhold vurderingen hadde. I kapittel seks gis det en oversikt over andre, utvalgte konsekvenser ved lovendringen, da hvordan muligheten for domstolskontroll av internfluktspørsmålet innskrenkes og hvilken konsekvens lovendringen har ved spørsmål om utvisning og non refoulement. Avslutningsvis vil det i kapittel syv bli knyttet noen kommentarer til funnene gjort i oppgaven.

2 Rimelighetsvilkåret i norsk rett

2.1 Innholdet i rimelighetsvilkåret

For å foreta en konsekvensanalyse av opphevelsen av rimelighetsvilkåret, må det nærmere redegjøres for rimelighetsvilkårets innhold slik det var før lovendringen. Innledningsvis gis det en kort beskrivelse av internfluktalternativet i sin helhet, deretter greies det ut om forståelsen av rimelighetsvilkåret i norsk rett.

Utlendingsloven § 28 (5) lød før lovendringen 1. oktober 2016:

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

Der søkeren oppfylder vilkårene for flyktningstatus etter utl. § 28 bokstav a eller b, innvilges allikevel ikke asyl dersom et annet område i hjemlandet kan gi «effektiv beskyttelse» jf. utl. § 28 (5). Ordlyden «effektiv beskyttelse» viser til at internfluktområdet må være trygt og tilgjengelig for søkeren.²⁰ Myndighetene kan da henvise søkeren til å ta opphold et annet sted i hjemlandet, altså til internflukt.

Ordlyden «urimelig» er vag. Den peker på at noe ikke er riktig normativt sett. For øvrig har ordlyden et skjønnsmessig preg. Utlendingsforskriften § 7-1 presiserer nærmere innholdet i rimelighetsvilkåret. Her følger det at

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

²⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 415. Se også uf. § 7-1.

Forskriften bygger på den tidligere utlendingsforskriften § 21 d til utlendingsloven av 1988.²¹ Paragraf 21 d ble vedtatt 15. juni 2009 for å stramme inn asyllovgivningen på grunn av økning av asylsøkere til Norge i 2008.²² Utlendingsforskriften § 7-1 knytter rimelighetsvurderingen til vilkåret om «sterke menneskelige hensyn» i utl. § 38.²³ Dersom det etter en helhetsvurdering ikke foreligger grunner tilsvarende «sterke menneskelige hensyn» vil det ikke være «urimelig» å henvide søkeren til internflukt.²⁴ En manglende tilknytning til internfluktområdet er etter uf. § 7-1 andre punktum, ikke alene tilstrekkelig for å begrunne opphold. I rundskrivet vedrørende uf. § 7-1 vises det videre til at statspraksis i sammenlignbare land er av betydning for hvor Norge setter terskelen for hva som anses som er rimelig, og at en «folkerettslig utvikling av læren om internflukt» kan få betydning for Norges praktisering av vilkåret.²⁵

Innholdet i rimelighetsvilkåret er redegjort for i lovforarbeidene. Her vises det særlig til UNHCR sine retningslinjer om hvordan rimelighetsvilkåret skal tolkes. Av disse følger det at det skal foretas en vurdering av søkerens

«age, sex, health, disability, family situation and relationships, social or other vulnerabilities, ethnic, cultural or religious considerations, political and social links and compatibility, language abilities, educational, professional and work background and opportunities, and any past persecution and its psychological effects».²⁶

Departementet understrekte at Norge ikke var forpliktet til å følge UNHCR sine retningslinjer, men at prinsippene som fulgte av disse måtte inngå i rimelighetsvurderingen.²⁷ Stortinget sluttet seg til departementets syn og uttalte at lovforslaget i 2008 - loven var i tråd med UNHCR sine anbefalinger.²⁸

I rt. 2015 s. 1388 (heretter kalt Internflukt-dommen) ble innholdet i rimelighetsvilkåret drøftet. Saken gjaldt spørsmålet om henvisning av en afghansk familie med to barn til

²¹ Rundskriv A-2009-63 om ikrafttredelse av ny utlendingslov og ny utlendingsforskrift fra 1.januar 2010. Vedlegg 7. Se under (*Forskriften 7-1*)

²² Rundskriv A-2009-50 om ikraftsetting av en ny forskriftsbestemmelse i utlendingsforskriften - Oppfølging av Regjeringens innstramming av asylpolitikken - tiltak 2 - Internflukt. Se ”Nærmere om innholdet i § 21 d”

²³ Rundskriv A-2009-63. Vedlegg 7, se under (*Forskriften 7-1*)

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 99

²⁷ Ibid.

²⁸ Innst. O. nr. 42 (2007-2008) Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven). s. 21

internflukt, subsidiært opphold på humanitært grunnlag. Et av hovedspørsmålene var om domstolene hadde full prøvingskompetanse i spørsmålet om henvisning til internflukt var «urimelig». Høyesterett svarte bekræftende på dette med et flertall på ti mot ni dommere. Flertallet med annenvoterende begrunner prøvingskompetansen ved å blant annet foreta en sammenlikning av utl. §§ 38 og 28. Det fastslås at rimelighetsvilkåret er en materiell kompetansebegrensning.²⁹ Både lovens ordlyd og sammenheng pekte i retning av full prøvingskompetanse da rimelighetsvilkåret var en del av beskyttelsesvurderingen, samt at relevansvilkårene om trygt og tilgjengelig skulle prøves fullt ut.³⁰ Annenvoterende synes imidlertid å slutte seg til førstvoterendes oppfatning av selve innholdet i rimelighetsvilkåret.³¹

Førstvoterende redegjør utførlig for innholdet i rimelighetsvilkåret. Det vises til NOU 2004: 20 side 122 hvor utvalget uttaler at det ikke er en konflikt mellom UNHCR sine anbefalinger og norsk praksis av rimelighetsvurderingen.³² Utvalget fremholder videre at vurderingstemaet for internflukt i norsk praksis har knyttet seg til om internflukt i hjemlandet rimelig kan henvises til så lenge det er i samsvar med utl. § 8 (2) (nåværende utl. § 38).³³ Utlendingsforskriften § 21 d representerte således etter førstvoterendes oppfatning ingen endring, men fastslo at

«terskelen for rimelighetsvurderinga i tilknytning til internflukt skulle vere den same for konvensjonsflyktningar som for utlending med opphald på humanitært grunnlag».³⁴

Førstvoterende viser videre til at utvalgets uttalelse om at det i rimelighetsvurderingen skal

«tas stilling til om humanitære grunner tilsier at det vil være utilrådelig å henwise søkeren til å ta opphold i det aktuelle internfluktområdet. Mange av de samme momenter vil være relevante ved denne vurderingen av om tillatelse bør gis fordi sterke rimelighetsgrunner tilsier det...».³⁵

Fra uttalelsen forstås at hva som er rimelig er tett knyttet opp til spørsmålet om opphold på humanitært grunnlag, som det også følger av uf. § 7-1. Annenvoterende, som representant for flertallet ved denne drøftelsen, klargjør førstvoterendes redegjørelse ved å uttale at henvisningen i uf. § 7-1 ikke gjelder alle sider av utl. § 38, men «bare kriteriet om ‘sterke

²⁹ Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 224

³⁰ Ibid., avsnitt 227, 230 og 231

³¹ Ibid., avsnitt 286

³² Ibid., avsnitt 102

³³ Ibid.

³⁴ Ibid., avsnitt 106

³⁵ Ibid., avsnitt 107

menneskelige hensyn'». ³⁶ Avslutningsvis konkluderer førstvoterende med at urimelighetsvilkåret er definert ved en henvisning til reglene om humanitært grunnlag og ikke ut fra retningslinjene UNHCR oppstiller. ³⁷

Det var på vegne av ankemotparten anført at uf. § 7-1 satte en terskel som var for høy ut fra hjemmelsgrunnlaget til forskriften og at den dermed ikke var gyldig. ³⁸ Høyesterett kom enstemmig frem til at forskriften hadde tilstrekkelig hjemmel i utl. § 28 (8). Annenvoterende bemerker imidlertid at selv om departementet hadde adgang til å knytte rimelighetsvilkåret opp mot vurderingen av «sterke menneskelige hensyn», var det et spørsmål hvor mye «spillerom» departementet hadde til å gjøre denne presiseringen. ³⁹ Spørsmålet forfølges ikke videre, noe som burde ha blitt gjort. Slik anførselen forstås stilles det ikke spørsmål ved hjemmelsgrunnlaget til forskriften, som klart fremgår av utl. § 28 (8), men nettopp om terskelen for rimelighetsvurderingen satt i uf. § 7-1 er i strid med det som følger av hjemmelsgrunnlaget. Høyesterett synes dermed ikke å møte anførselen.

Forarbeidene til utlendingsloven av 2008 og uf. § 7-1 er ikke samsvarende hva gjelder innholdet i rimelighetsvurderingen. Som skissert ovenfor er uf. § 7-1 en videreføring av den nå opphevede uf. § 21 d som hørte under utlendingsloven av 1988. Det følger ikke av forarbeidene til 2008 - loven at terskelen for vurderingen av «sterke menneskelige hensyn» og rimelighetsvurderingen skal være den samme. Departementet uttaler i ot.prp. nr. 75 at

«[u]tvalget har som nevnt foreslått at det bare skal gis tillatelse etter den generelle bestemmelsen om sterke menneskelige hensyn dersom det er individuelle forhold som gjør det urimelig å henvise søkeren til internflukt. Departementet viser imidlertid til det som fremkommer av UNHCRs retningslinjer ...». ⁴⁰

Uttalelsen kan tas til inntekt for at rimelighetsvurderingen ikke skal knyttes til «sterke menneskelige hensyn» etter utl. § 38 slik det følger av uf. § 7-1. ⁴¹ Stortinget støttet dette synet, og det fastslås i innstillingen at lovforslaget om internflukt er i samsvar med UNHCR sine anbefalinger. ⁴² Med tanke på at den gamle uf. § 21 d var et resultat av ønsket innstramning av internflukt vurderingen som kom i 2009, er det ikke tvilsomt at departementet

³⁶ Rt. 2015 s. 1388, avsnitt 234

³⁷ Ibid., avsnitt 114

³⁸ Ibid., avsnitt 53

³⁹ Ibid., avsnitt 215

⁴⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 99

⁴¹ Vevstad (2010) s. 212

⁴² Innst. O. nr. 42 (2007-2008) s. 21

på tidspunktet for ikrafttreddelsen av den nye utlendingsloven i 2010 ønsket å videreføre dette. Dette ble imidlertid gjort med en henvisning til den gamle utlendingsforskriften og hjemmelsgrunnlaget til 2008 - loven. Det kan argumenteres med at Høyesterett burde ha tatt opp denne problemstillingen, da en avisning av forskriftens gyldighet hadde kunnet gitt saken en helt ny vending. Hvorfor Høyesterett valgte å ikke gjøre dette er usikkert.

2.2 Lovendringen 1. oktober

Lovendringen i utl. § 28 (5) trådte i kraft 1. oktober 2016 med følgende ordlyd:

«Retten til anerkjennelse som flyktning etter første ledd gjelder ikke dersom utlendingen kan få effektiv beskyttelse i andre deler av hjemlandet enn det området søkeren har flyktet fra.»

Departementet redegjør i 90 L (2015-2016) (heretter Innstramninger II) for om opphevelsen av rimelighetsvilkåret er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser. Etter departementets syn følger ikke rimelighetsvilkåret direkte av flyktningkonvensjonen, og vilkåret kan heller ikke utledes av konvensjonstekstens sammenheng.⁴³ I den forbindelse pekes det på at UNHCRs håndbok og anbefalinger ikke er bindende rettskilder og at «[d]e gir heller ikke i seg selv uttrykk for folkerettslige forpliktelser».⁴⁴

EUs statusdirektiv art. 8 oppstiller et krav om en rimelighetsvurdering ved spørsmålet om internflukt. Departementet understreker at Norge ikke er rettslig bundet av statusdirektivet og at rimelighetsvilkåret ikke har en homogen praktisering i EU-landene.⁴⁵

EMK art. 3, som verner mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling, gir heller ikke grunnlag for å oppstille et rimelighetsvilkår ved spørsmålet om internflukt ifølge departementet. Det uttales at

«[i] vurderingen av om internflukt vil utsette vedkommende for umenneskelig eller nedverdiggende behandling i strid med EMK art 3, vil EMD i visse tilfeller se hen til om forholdene i området etter en konkret vurdering er forenlig med grunnleggende, menneskelige

⁴³ Prop. 90 L (2015-2016) s. 49

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

behov for den enkelte søker ... Dette er imidlertid ikke ensbetydende med en rimelighetsbegrensning, se Salah Sheekh mot Nederland avsnitt 141 ...».⁴⁶

I forlengelsen av dette fastslår departementet at vurderingen av EMK art. 3 er knyttet til relevanskriteriet i internfluktvurderingen, ikke rimelighetsvilkåret.⁴⁷ Det vil si at det menneskerettslige vernet som følger av EMK art. 3, skal vurderes under spørsmålet om internfluktområdet vil gi søkeren «effektiv beskyttelse».⁴⁸ Etter departementets syn kan det heller ikke utledes et krav om en rimelighetsvurdering av øvrige konvensjonsbestemmelser.⁴⁹

Departementet tar videre opp spørsmålet om rimelighetsvilkåret følger av folkerettslig sedvanerett. Det uttales at

«[s]elv om mange land har akseptert berettigelsen av et rimelighetskriterium, er statenes forståelse av innholdet i og praktiseringen av kriteriet ikke ensrettet. Det er heller ikke holdepunkter for å anta at rimelighetskriteriet anvendes av en rekke stater fordi statene anser det som folkerettslig påkrevet. Innholdet i rimelighetskriteriet er uklart både i internasjonal og norsk rett».⁵⁰

Som begrunnelse for dette synet ble det vist til Internflukt-dommen. Høyesterett valgte ikke å behandle spørsmålet om rimelighetsvilkåret følger av Norges folkerettslige forpliktelser. Dette tar departementet til inntekt for at rimelighetsvilkåret ikke følger av folkerettslig sedvanevanerett.⁵¹

Forslaget om å fjerne rimelighetsvilkåret begrunner departementet i et ønske om å klargjøre innholdet i internfluktalternativet.⁵² Det argumenteres med at dersom rimelighetsvilkåret oppheves, vil dette kunne føre til en mer lik praksis hos forvaltningen og domstolene.⁵³ Videre pekes det på at opphevelsen av rimelighetsvilkåret kan gi prosessøkonomiske fordeler ved at det blir færre tvister for domstolene.⁵⁴ Det er også ønskelig fra departementets side at rettskrav på oppholdstillatelse, gis i samsvar med våre internasjonale forpliktelser, noe

⁴⁶ Ibid., s. 50

⁴⁷ Ibid., s. 51

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid., s. 50

⁵⁰ Ibid., s. 50-51

⁵¹ Ibid., s. 51

⁵² Ibid.,

⁵³ Ibid., s. 50

⁵⁴ Ibid.,

departementet mener ikke omfatter å vurdere om henvisning til internflukt er rimelig.⁵⁵ Opphevelsen av rimelighetsvilkåret skal bidra til å sikre likebehandling og forutsigbarhet ved anvendelsen av internfluktalternativet i norsk rett.⁵⁶

Det var og er store uenigheter hva gjelder om Norge er folkerettslig forpliktet til å vurdere om internflukt er rimelig. UNE mente at rimelighetsvilkåret følger av folkeretten, mens Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS) stilte spørsmålstegn ved riktigheten av departementets konklusjon.⁵⁷ Utlendingsdirektoratet og Utenriksdepartementet på sin side sa seg enig med departementet om Norge ikke er folkerettslig forpliktet til å vurdere om internflukt er rimelig.⁵⁸ Denne uenigheten gir grunnlag for å undersøke om det er en konsekvens av lovendringen at Norge bryter med folkeretten. Videre er det ulikt syn blant høringsinstansene om hvilke konsekvenser opphevelsen av rimelighetsvilkåret ville få. I motsetning til departementet, fremholder UNE at «[d]en konkrete vurderingen av klagerens individuelle omstendigheter og de generelle forholdene i internfluktområdet ville neppe bli så mye enklere»⁵⁹ ved en opphevelse av rimelighetsvilkåret da dette nå blir en vurdering etter § 38. UDI på sin side mener at beskyttelsesvurderingen kan bli lettere, slik departementet hevder.⁶⁰ For øvrig var det en enighet mellom departementet og de nevnte høringsinstansene om at endringen ville medføre at flere vil innvilges opphold etter § 38. I den forbindelse viste departementet til at domstolene ikke har full prøvingskompetanse etter § 38, uten å utdype dette noe nærmere.⁶¹

Konsekvensene som belyses av departementet og de utvalgte høringsinstansene gir et utgangspunkt for en konsekvensanalyse. Som vi skal se i oppgaven, vil dette nettopp kun være et utgangspunkt, da det synes å være flere konsekvenser av lovendringen enn hva departementet legger frem. Dersom Norge er folkerettslig forpliktet til å vurdere om henvisningen til internflukt er rimelig, vil lovendringen være et brudd på flyktningkonvensjonen. Dette har ikke Norge anledning til å gjøre. Det vil også sende signaler til konvensjonslandene om at Norge i en spent situasjon, velger å bryte med folkeretten. For flyktninger har et eventuelt brudd på konvensjonen som konsekvens at som asylsøker i Norge får en et dårligere vern enn hva som er kravet etter flyktningkonvensjonen. Et slikt brudd på

⁵⁵ Ibid., s. 51

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ UNE (2016) s. 14 og NOAS (2016) s. 27

⁵⁸ Utlendingsdirektoratet (2016) s. 31 og Utenriksdepartementet (2016), se ”merknader til punkt 6.5...”

⁵⁹ Utlendingsnemnda (2016) s. 14

⁶⁰ Utlendingsdirektoratet (2016) s. 31

⁶¹ Prop. 90 L (2015-2016) s. 52

folkeretten kan ikke stå seg. Det vil derfor i neste kapittel foretas en vurdering av om rimelighetsvilkåret har en folkerettslig forankring i lys av flyktningkonvensjonen art. 1A (2) og utenlandsk rettspraksis.

3 Et folkerettslig forpliktende rimelighetsvilkår i internflukt vurderingen?

3.1 Flyktningkonvensjonen og rimelighetsvilkåret

Når opphevelsen av rimelighetsvilkåret muligens kan medføre at søkere som ellers ville få flyktningstatus etter utl. § 28 a eller b, kan få avslag på både dette og opphold på humanitært grunnlag, reises spørsmålet om lovendringen gir mindre vern enn det som kreves av folkeretten. For å svare på dette skal det undersøkes om det er et krav om en rimelighetsvurdering etter flyktningkonvensjonen, eventuelt etter folkerettslige sedvanerett.

Av flyktningkonvensjonen art 1A (2) følger det at:

«As a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable, or owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.»

Bestemmelsen fastslår når man er ansett som flyktning etter konvensjonen. Av ordlyden følger ingen regel om internflukt. Internfluktalternativet var ikke påtenkt på tidspunktet for konvensjonens tilblivelse.⁶² Av Wien-konvensjonen art. 31 følger det at konvensjoner skal tolkes med utgangspunkt i ordlydens naturlig språklige forståelse i samsvar med sitt overordnede formål. Flyktningkonvensjonens formål er å sikre flyktninger grunnleggende menneskerettigheter.⁶³ For å bli ansett som flyktning må vedkommende omfattes av art. 1A (2), altså ha en «velbegrunnet frykt for forfølgelse», som igjen medfører at personen ikke kan få eller er uvillig til å søke beskyttelse i sitt hjemland. Dersom vedkommende kan få beskyttelse i et annet område i hjemlandet og dermed ikke lenger ha en velbegrunnet frykt for

⁶² Øyen (2013) s. 279

⁶³ Se flyktningkonvensjonens fortale

forfølgelse, vil vedkommende ikke være en flyktning i konvensjonens forstand.⁶⁴ Med det stenger ikke konvensjonen for å henvise mennesker til internflukt.

Dette følger også av subsidiaritetsprinsippet som tilsier at asyl kun er et alternativ der man ikke kan få beskyttelse i eget hjemland.⁶⁵ Således innfortolkes internfluktalternativet inn i flyktningkonvensjonen art. 1(A) 2.

Internfluktalternativet kommer implisitt frem i UNHCRs håndbok. Her følger det at «[t]he fear of being persecuted need not always extend to the whole territory of the refugee's country of nationality».⁶⁶

I juridisk teori er det argumentert med at

«[n]ot only does the logic of denying refugee status on the grounds of internal protection find an easy home in this language of the Convention, - but- if carefully applied – consideration of internal protection aligns comfortably with the overarching object and purpose of the Refugee Convention, that being to provide surrogate international protection only where the national protection of one's country is not available».⁶⁷

Ut fra det foregående synes det å være alminnelig akseptert at internfluktalternativet kan forankres i flyktningkonvensjonen. Spørsmålet er imidlertid om det etter flyktningkonvensjonen er et krav om en rimelighetsvurdering ved vurderingen av internflukt.

Av flyktningkonvensjonen art. 35 følger det at UNHCR skal overse statenes gjennomføring og anvendelse av konvensjonen.⁶⁸ Videre forplikter statene seg til å informere UNHCR om deres ulike lover og reguleringer, slik at håndhevelsen av konvensjonen er tilstrekkelig sikret jf. art. 36. UNHCRs håndbok ble utviklet som en guide til statene for hvordan flyktningstatus skulle defineres ut fra konvensjonen.⁶⁹ UNHCRs håndbok viser til et rimelighetsvilkår i internflukt vurderingen. Det følger av punkt 91 at:

«The fear of being persecuted need not always extend to the whole territory of the refugee's country of nationality ... In such situations, a person will not be excluded from refugee status

⁶⁴ Zimmermann (2011) s. 446

⁶⁵ Øyen (2013) s. 279

⁶⁶ UNHCR (2011), punkt. 91

⁶⁷ Hathaway (2014) s. 332

⁶⁸ Zimmermann (2011) s. 79

⁶⁹ Ibid., s. 111

merely because he could have sought refuge in another part of the same country, if under all the circumstances it would not have been reasonable to expect him to do so.»⁷⁰

Med dette indikerer UNHCR at internfluktalternativet følger av konvensjonen, samt at internflukt ikke kan besluttes dersom det ikke er rimelig etter forholdene å forvente at vedkommende søker tilflukt i eget land. Dette taler for at det må innfortolkes et rimelighetsvilkår i flyktningkonvensjonen art. 1A (2).

UNHCR har i sine retningslinjer om forståelsen av internfluktalternativet fastslått at spørsmålet om rimelighet er en del av internfluktvurderingen.⁷¹ Retningslinjene er ment å være veiledende for hvordan konvensjonens innhold skal tolkes og forstås.⁷² Av retningslinjene følger det at konvensjonsstatene må foreta to analyser. Den første er en relevansanalyse som dreier seg om returområdet gir tilstrekkelig beskyttelse. Deretter gjøres en rimelighetsanalyse.⁷³ Ved sistnevnte oppstilles spørsmålet

«[c]an the claimant, in the context of the country concerned, lead a relatively normal life without facing undue hardship? If not, it would not be reasonable to expect the person to move there».⁷⁴

UNHCR uttaler i retningslinjene at et rimelighetsvilkår ikke er «specifically derived from the language of the 1951 convention ...».⁷⁵ Selv om UNHCR fastslår at rimelighetsstandarden ikke stammer direkte fra en alminnelig språklig forståelse av flyktningkonvensjonen, avviser ikke UNHCR at rimelighetsvilkåret følger av konvensjonen mer implisitt. Dette sier imidlertid ikke retningslinjene noe klart om, og det kan derfor ikke leses ut av disse at rimelighetsvilkåret etter UNHCRs mening kan utledes av konvensjonsteksten.

I høringssvaret til 'innstramninger II' uttalte UNHCR seg nærmere om sitt syn på rimelighetsvilkårets plass i konvensjonen. Her følger det at en rimelighetsvurdering er påkrevd for at henvisningen til internflukt skal være i samsvar med konvensjonen.⁷⁶ Videre uttales det at rimelighetsvilkåret har hjemmel i flyktningbegrepet.⁷⁷ UNHCR begrunner

⁷⁰ UNHCR (2011) punkt. 91

⁷¹ UNHCR (2003) s. 3

⁷² Ibid., s. 1

⁷³ Ibid., s. 3

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid., s. 5

⁷⁶ UNHCR (2016), avsnitt 74

⁷⁷ Ibid.

imidlertid ikke utsagnet nærmere, annet enn å vise til at UNHCRs retningslinjer er fulgt opp av EU.⁷⁸ Ut fra håndboken, retningslinjene og høringssvaret til lovendringen er det vanskelig å se at UNHCR i tilstrekkelig grad begrunner sitt standpunkt om at rimelighetsvilkåret følger av konvensjonen. Det foretas ikke en tolkning av konvensjonens ordlyd og UNHCR synes å lene seg på uttalelsen i håndboken. Dette taler for at det ikke følger et rimelighetsvilkår av flyktningkonvensjonen art 1A (2).

Spørsmålet har blitt drøftet i juridisk teori. Andreas Zimmermann hevder i sin kommentarutgave til flyktningkonvensjonen at rimelighetskravet ikke følger hverken av konvensjonsteksten eller andre bindende internasjonale konvensjoner.⁷⁹ Som følge av dette mener Zimmermann at UNHCR sine retningslinjer vedrørende rimelighetsvilkåret medfører en mindre ensartet praksis blant statene når det gjelder å avgjøre spørsmålet om flyktningstatus.⁸⁰

At det ikke finnes støtte for rimelighetsvilkåret i flyktningkonvensjonen hevdes også av James Hathaway og Michelle Foster. De uttaler at rimelighetsvilkåret «lacks any basis»⁸¹ i flyktningkonvensjonen og at bruken av vilkåret har ført til en inkonsekvent behandling av like tilfeller som vurderes under internfluktspørsmålet.⁸²

Goodwin – Gill og Jane McAdam går i sin bok «The refugee in international law» ikke inn på selve rimelighetsvilkårets hjemmelsgrunnlag, annet enn å påpeke at rimelighetsvilkåret har «authority».⁸³ Forfatterne synes å basere denne autoriteten på statspraksis og tar ikke for seg hvorvidt kriteriet springer ut fra en tolkning av flyktningkonvensjonen.⁸⁴ Dette antyder at rimelighetsvilkåret etter forfatterens syn ikke kan forankres i flyktningkonvensjonen.

En helhetlig vurdering av de ulike kildene taler i avgjørende grad for at det ikke følger et krav om en rimelighetsvurdering etter flyktningkonvensjonen art. 1A (2). Hverken konvensjonens ordlyd eller fortale gir holdepunkter for en motsatt konklusjon. UNHCRs håndbok veier tungt, men med sin vage ordlyd og manglende tolkning av denne, kan ikke denne gis avgjørende vekt. Selv om UNHCR senere underbygger sin forståelse av konvensjonsteksten med

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Zimmermann (2011) s. 455

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Hathaway (2014) s. 333

⁸² Ibid.

⁸³ Goodwin-Gill (2007) s. 124

⁸⁴ Ibid., s. 124-126

inngående retningslinjer om hvordan rimelighetsvilkåret skal tolkes, gis ingen nærmere redegjørelse for om og hvorfor rimelighetsvilkåret følger av konvensjonen. Dermed fremstår UNHCRs vurderinger som dårlig forankret i konvensjonen og kan derfor ikke tillegges avgjørende vekt. Videre er det en bred enighet blant folkerettslige eksperter at rimelighetsvilkåret ikke kan forankres i flyktningkonvensjonen art. 1A (2). Av det foregående kan det således ikke utledes et krav om en rimelighetsvurdering etter flyktningkonvensjonen. Spørsmålet er dermed om rimelighetsvilkårets anvendelse i statspraksis er tilstrekkelig ensartet blant konvensjonsstatene, slik at det er grunnlag for å konkludere med at vilkåret følger av folkerettslig sedvanerett.

3.2 Anvendelsen av rimelighetsvilkåret i utenlandsk rettspraksis

I dette kapittelet skal det redegjøres for ulike staters anvendelse av rimelighetsvilkåret. Gjennomgangen baserer seg på utenlandsk rettspraksis inspirert av fremstillinger i juridisk teori.⁸⁵ UNE viser også til rettspraksis i sitt høringsnotat som argumentasjon for at rimelighetsvilkåret er folkerettslig forankret.⁸⁶ Rettspraksisen UNE viser til er i hovedsak den samme som presenteres i juridisk teori. Den praksisen som er tatt med vurderes derfor til å være omfattende nok til å besvare spørsmålet om rimelighetsvilkåret følger av folkerettslig sedvanerett. Praksisen som redegjøres for er hentet fra Storbritannia, Australia, New Zealand, Canada og USA. Det vil i kapittel 3.3 kort redegjøres for praktiseringen av rimelighetsvilkåret i EU-landene på bakgrunn av en utredning foretatt av UNHCR.

Praksisen blant de fleste konvensjonsstatene er at det foretas en rimelighetsvurdering ved vurderingen av internfluktalternativet.⁸⁷ Ordlyden «rimelig» er imidlertid vag og rimelighetsvilkårets innhold er derfor uklart. For at rimelighetsvilkåret skal aksepteres som folkerettslig sedvanerett må det foreligge en ensartet praksis av rimelighetsvilkåret. Det er ikke tilstrekkelig at ordlyden «rimelig» er inntatt i bestemmelsen om internflukt. Det avgjørende er hvordan rimelighetsvilkåret praktiseres i de ulike statene. Spørsmålet er altså hvordan statene tolker rimelighetsvilkåret.

⁸⁵ Se Zimmermann (2011) s. 454-459, Hathaway (2014) s. 350-361 og Goodwin-Gill (2007) s. 123-126 for utfyllende analyser av utenlandsk rettspraksis og rimelighetsvilkåret.

⁸⁶ Utlendingsnemnda (2016) s. 13.

⁸⁷ Hathaway (2014) s. 350 og Zimmermann (2011) s. 454

På 1990-tallet ble det avsagt flere dommer hva gjaldt anvendelsen av rimelighetsvilkåret. I *Ex parte Gunes*, viser engelsk rett til UNHCRs prosedyrehåndbok paragraf 91 som oppstiller et spørsmål om det er rimelig for søkeren å oppholde seg i en annen del av hjemlandet. Hvilket innhold rimelighetsvilkåret har, utales det ingenting om.⁸⁸ I *Sivaganthan Rasaratnam* bekrefter canadisk rett at det ikke må være urimelig å henvise til internflukt.⁸⁹ I *Harjit Singh Randhawa* vises det også til *Ex parte Gunes* og den australske dommeren Black CJ føyer seg til forståelsen av at rimelighetsvilkåret implisitt følger av håndbokens paragraf 91.⁹⁰ Her går dommeren videre inn i forståelsen av rimelighetsvilkåret. Det vises til James Hathaway sin tolkning av rimelighetsvilkåret. Hathaway hevder at beskyttelsen må være meningsfull.⁹¹ I dette ligger blant annet at grunnleggende sivile, politiske og sosioøkonomiske rettigheter må bli ivaretatt på internfluktområdet.⁹² I *Daniel Martin Butler* har den newzealandske dommeren samme tilnærming til rimelighetsvilkåret som i *Harjit Singh Randhawa*. Her uttales det at «[m]eaningful national state protection which can be genuinely accessed requires provision of basic norms of civil, political and socio-economic rights».⁹³ Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at søkeren ikke finner returområdet appellerende, og vurderingen må knyttes til utgangspunktet om beskyttelse etter konvensjonen.⁹⁴

Canadisk rett avviser tolkningen av rimelighetsvilkåret som følger av *Daniel Martin Butler* og *Harjit Singh Randhawa* i *Thirunavukkarasu*. Retten mener at tolkingen «does not quite achieve the appropriate balance between the purposes of international protection for refugees and the availability of an internal flight alternative».⁹⁵ Spørsmålet er om det vil være

«unduly harsh to expect this person, who is being persecuted in one part of his country, to move to another less hostile part of the country before seeking refugee status abroad?».⁹⁶

⁸⁸ R v. Secretary of State for the Home Department, *Ex parte Gunes*, Imm AR 278, United Kingdom: High Court (England and Wales), 21 January 1991.

⁸⁹ *Sivaganthan Rasaratnam v. Minister of Employment and Immigration*, Canada: Federal Court, 5 December 1991.

⁹⁰ *Harjit Singh Randhawa v. The Minister for Immigration Local Government and Ethnic Affairs*, No. NG994 of 1993, Australia: Federal Court, 11 August 1994. Se punkt. 12 under «Judge1 Black CJ».

⁹¹ *Ibid.*, punkt. 15

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Daniel Martin Butler v. Attorney General and Refugee Status Appeals Authority*, CA 181/97, New Zealand: Court of Appeal, 13 October 1997. Se punkt 7

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Thirunavukkarasu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, Canada: Federal Court, 10 November 1993. Se under «The law».

⁹⁶ *Ibid.*

Ordlyden «unduly harsh» peker på en høy terskel. Vurderingen er objektiv og individuelle forhold som at vedkommende ikke har familie eller arbeid på stedet er ikke relevant.⁹⁷ Det er helt ekstraordinære forhold som eksempelvis at vedkommende blir hensvist til et helt avsidesliggende sted som er «unduly harsh».⁹⁸ Denne tilnærmingen til rimelighetsvilkåret er vesentlig ulik den vi finner i *Harjit Singh Randhawa og Daniel Martin Butler* –avgjørelsene. Tolkningen følges opp i *Ranganathan*. Her uttales det at terskelen for hva som er urimelig er satt høyt i *Thirunavukkarasu* og at dette er riktig forståelse. Det er forhold som kan sette liv og sikkerhet i fare som når opp til denne terskelen.⁹⁹ Denne forståelsen av rimelighetsvilkåret begrunnes med at

«what makes a person a refugee under the Convention is his fear of persecution by his home country in any part of that country. To expand and lower the standard for assessing reasonableness of the IFA is to fundamentally denature the definition of refugee ...».¹⁰⁰

I *Januzi*-avgjørelsen avviser Lord Bingham hva han kaller Hathaway/New Zealand-regelen om meningsfull beskyttelse, da konvensjonens ordlyd og formål ikke støtter denne tolkningen.¹⁰¹ Videre vises det til at Hathaway/New Zealand-regelen ikke har en slik støtte internasjonalt at den kan sies å være internasjonal sedvanerett.¹⁰² Lord Bingham lener seg i stedet på argumentasjonen i *AE and FE* som gjaldt spørsmålet om henvisning av et ektepar til internflukt i Sri Lanka. Her ble det presisert at rimelighetsvilkåret ikke inneholder en vurdering av humanitære faktorer. Det uttales blant annet at

«[w]hen considering whether it is reasonable for an asylum seeker to relocate in a safe haven, in the sole context of considering whether he enjoys refugee status, we cannot see how the fact that he will not there enjoy the basic norms of civil, political and socio-economic human rights will normally be relevant».¹⁰³

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ *Ranganathan v Canada* (Minister of citizenship and immigration), 2001, 2 FC 164, A-348-99. Se punkt 15 og 16.

¹⁰⁰ Ibid., punkt 16

¹⁰¹ *Januzi* (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent); *Hamid* (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent); *Gaafar* (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent); *Mohammed* (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (Consolidated Appeals), UKHL 5, United Kingdom: House of Lords (Judicial Committee), 15 February 2006. Se punkt 15 og 16.

¹⁰² Ibid., punkt. 18

¹⁰³ *AE and FE v. Secretary of State for the Home Department*, EWCA Civ 1032, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales), 16 July 2003. Se punkt 38.

Videre anses UNHCRs retningslinjer om forståelsen av rimelighetsvilkåret som nyttige ifølge Lord Bingham.¹⁰⁴ Med dette avvises ikke at søkerens individuelle forhold på returstedet er av betydning, men det virker ikke å være ønskelig å sette en like lav terskel som etter Hathaway/New Zealand-regelen. Lord Hope uttalte som et supplement til Lord Bingham's redegjørelse for innholdet i rimelighetsvilkåret at:

«I too would hold that the question whether it would be unduly harsh for a claimant to be expected to live in a place of relocation within the country of his nationality is not to be judged by considering whether the quality of life in the place of relocation meet the basic norms of civil, political and sosio-economic human rights.»¹⁰⁵

Australsk rett viser i *SZATV* til uttalelsen til Lord Hope i *Januzi* og uttaler at «[i]t is true that the Convention is concerned with persecution in the defined sense, not with living conditions in a broader sense».¹⁰⁶ Australsk rett forstås etter dette å være i overensstemmelse med engelsk rett om innholdet i rimelighetsvilkåret. På den annen side er det ingen av rettsinstansene som gir en fullgod redegjørelse for hvordan rimelighetsvurderingen faktisk skal foretas.

Amerikansk rett opererer også med et rimelighetsvilkår ved vurderingen av internflukt. Innholdet er svært likt det som følger av UNHCRs retningslinjer for anvendelsen av rimelighetsvilkåret. I *Hong Ying Gao v. Alberto Gonzales* uttales det at rimelighetsvurderingen inneholder en vurdering av «administrative, economic, or judicial infrastructure; geographical limitations; and social and cultural constraints, such as age, gender, health, and social and familial ties...».¹⁰⁷ USA synes ut fra dette ligge i en mellomposisjon hva gjelder terskelen for hva som er rimelig.

Ut fra den gjennomgåtte rettspraksisen ser en at alle statene opprerer med et rimelighetsvilkår, men vilkåret er formulert noe ulikt og tolkningsinnholdet er ulikt mellom statene. Australsk rett synes å ha gjort et skifte fra å inkludere grunnleggende menneskelige behov i vurderingen

¹⁰⁴ *Januzi (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent); Hamid (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent); Gaafar (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent); Mohammed (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (Consolidated Appeals)*, UKHL 5, United Kingdom: House of Lords (Judicial Committee), 15 February 2006. Se punkt 20

¹⁰⁵ *Ibid.*, punkt. 45

¹⁰⁶ *SZATV v. Minister for Immigration and Citizenship*, HCA 40, Australia: High Court, 30 August 2007, S62/2007. Se punkt 25.

¹⁰⁷ *Hong Ying Gao v. Alberto Gonzales*, 04-1874-ag, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 3 March 2006. Se s. 17

i *Harjit Singh Randhawa*, til å lene seg på canadisk og engelsk tolkning av rimelighetsvilkåret. Amerikansk rett skiller seg noe ut ved å knytte rimelighetsvurderingen nært opp til vilkårene som følger av UNHCRs retningslinjer. New Zealand på sin side, vurderer om returområdet gir 'meningsfull beskyttelse' hvor grunnleggende normer for sivile, politiske og økonomiske rettigheter er relevante hensyn. Dette er en vesentlig annen tilnærming til rimelighetsvilkåret enn hva de øvrige nevnte landene har og terskelen for hva som anses som urimelig er således lavere.

Ettersom at det ikke er en ensartet forståelse av innholdet i rimelighetsvilkåret blant statene, er det ikke grunnlag for å konkludere med at rimelighetsvilkåret følger av internasjonal sedvanerett. Til støtte for denne konklusjonen er også at ingen av landene, ut fra praksisen som er gjennomgått, har uttalt at rimelighetsvilkåret er å anse som internasjonal sedvanerett. Dette veier tungt for at rimelighetsvilkåret ikke har en slik status hos konvensjonslandene.

3.3 EUs statusdirektiv art. 8 av 2004 og EU-landenes praksis ved anvendelsen av rimelighetsvilkåret

EUs statusdirektiv art. 8 oppstiller vilkårene for internflukt. Direktivet gjelder for alle EUs medlemsland, men det er valgfritt for statene å anvende internfluktalternativet.¹⁰⁸ Dersom statene velger implementere internfluktalternativet i nasjonal rett, er imidlertid direktivets art. 8 (1) og (2) bindende for statene å følge.

Av art. 8 (1) følger det at statene «kan» henvise til internflukt dersom det er rimelig å forvente at søkeren tar opphold i en annen del av landet. Andre ledd oppstiller hvilke hensyn som gjør seg gjeldene i rimelighetsvurderingen. Her følger det at:

«In examining whether a part of the country of origin is in accordance with paragraph 1, Member States shall at the time of taking the decision on the application have regard to the general circumstances prevailing in that part of the country and to the personal circumstances of the applicant.»

Ordlyden gir ingen henvisning til hva som er vurderingsgrunnlaget for rimelighetsvilkåret, annet enn at generelle og individuelle forhold skal tas i betraktning. Som vi har sett i kapittelet ovenfor, gir en slik henvisning lite veiledning.

¹⁰⁸ UNHCR (2007) s. 53

UNHCR har publisert en analyse av implementeringen av statusdirektivet.¹⁰⁹ Blant annet tar analysen for seg praktiseringen av rimelighetsvilkåret i fem europeiske land og om denne stemmer overens med UNHCRs anbefalinger. Konklusjonen er at det også etter innføringen av statusdirektivet råder ulik praktisering av rimelighetsvilkåret hos EU-landene. Det uttales at

«[w]ith the exception of France, an explicit assessment of the extent to which applicants` civil, political, social, economic and cultural rights will be upheld in the proposed destination of internal protection was generally not found in the reviewed cases, and interviews with some decision makers revealed uncertainty as to which rights might be relevant».¹¹⁰

Ut fra dette må det således konkludere med at til tross for at statusdirektivet er ment å skape en enhetlig forståelse og praktisering av rimelighetsvilkåret, har ikke dette vært tilfelle. Dette veier tungt for at rimelighetsvilkåret ikke kan anses å være internasjonal sedvanerett.

3.4 Juridisk teori om internasjonal praksis sin anvendelse av rimelighetsvilkåret

Heller ikke ledene flyktningrettsekspertene gir indikasjon på at rimelighetsvilkåret er å betrakte som internasjonal sedvanerett. Tvert imot nevner hverken Hathaway, Zimmermann eller Goodwin-Gill dette ved redegjørelsen for rimelighetsvilkåret. Hathaway uttaler at rimelighetsvilkåret er «an innovation by courts»¹¹¹ og at «in practice ‘reasonableness’ suffers from an inherent lack of clarity that produces wide and divergent outcomes in similar cases».¹¹² Zimmermann viser til hva han kaller «protection-based approach» som et alternativ til rimelighetsvilkåret. Han sikter her til Hathaway/New Zealand-regelen. Som det også følger av praksis redegjort for ovenfor, har denne tilnærmingen ifølge Zimmermann «little support in national jurisprudence».¹¹³

Goodwin – Gill uttaler om rimelighetsvilkåret at det

¹⁰⁹ UNHCR (2007)

¹¹⁰ Ibid., s. 61

¹¹¹ Hathaway (2014) s. 351

¹¹² Ibid., s. 352

¹¹³ Zimmermann (2011) s. 455

«has given rise both to extensive discussion and to a range of not always consistent applications ... decisions have varied in regard to the requisite level of protection of other rights, such as those necessary to maintaining some sort of social and economic existence».¹¹⁴

Ut fra dette er det lite tvilsomt at det blant de fremste juridiske teoretikerne på området ikke råder en oppfatning om at rimelighetsvilkåret er å betrakte som internasjonal sedvanerett.

3.5 De lege lata

Som konkludert med under kapittel 3.1 følger det ikke et rimelighetsvilkår av flyktningkonvensjonen art. 1A (2) ved anvendelsen av internfluktalternativet. Etter gjennomgangen i kapittel 3.2, ser en at det heller ikke er en tilstrekkelig ensartet praksis av rimelighetsvilkåret til at vilkåret kvalifiserer til å opphøyes som folkerettslig sedvanerett. Utlendingsnemnda peker i sitt høringssvar på at rimelighetsvilkåret følger av folkeretten da rimelighetsvilkåret er bredt akseptert. Uttalelsen er korrekt hva gjelder at rimelighetsvilkåret i seg selv vanligvis anvendes av konvensjonsstatene, men det er ikke tilstrekkelig for at rimelighetsvilkåret skal få status som folkerettslig sedvanerett. Det er forståelsen av rimelighetsvilkårets innhold som må være ensartet mellom statene. Ut fra dette konkluderes det med at det etter folkeretten ikke oppstilles et krav om et rimelighetsvilkår i internflukt vurderingen.

¹¹⁴ Goodwin-Gill (2007) s. 124

4 Innvandringsregulerende hensyn i rimelighetsvurderingen?

4.1 Innvandringsregulerende hensyn som politisk styringskontroll

I dette kapittelet skal det redegjøres for vilkåret «sterke menneskelige hensyn» og «innvandringsregulerende hensyn» jf. utl. § 38. De øvrige vilkårene vil ikke bli gjennomgått da det ikke anses relevant for oppgavens tema. Av uf. § 7-1 følger det at rimelighetsvilkåret skal avgjøres tilsvarende vilkåret «sterke menneskelige hensyn» jf. § 38. Ettersom departementet viser til at rimelighetsvurderingen i tidligere utl. § 28 (5) nå vil bli foretatt under utl. § 38, skal det vurderes om innvandringsregulerende hensyn har blitt relevante i internflukttilfellene på en måte de ikke var tidligere. Dersom dette er tilfellet, vil det redegjøres for hvilke konsekvenser dette eventuelt kan få for internflukttilfellene.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «sterke menneskelige hensyn» tilsier at det er tale om hensyn til menneskets velferd og at disse hensynene må gjøre seg tungt gjeldende. Ordlyden er i seg selv vag og favner bredt. I utl. § 38 (2) bokstav a-d er det listet opp ulike vurderingsmomenter knyttet til hva som skal anses å være «sterke menneskelige hensyn». Det skal «blant annet» legges vekt på om søkeren er enslig mindreårig uten adekvat omsorgssituasjon i hjemlandet, om det foreligger helsemessige, sosiale eller humanitære forhold som begrunner opphold eller om vedkommende har blitt utsatt for menneskehandel. Listen er ikke uttømmende og andre relevante hensyn må også tas i betraktning.¹¹⁵ Også situasjonen i Norge kan være av betydning. Dersom vedkommende for eksempel har familie eller arbeid i Norge må dette tas med i vurderingen.¹¹⁶

Etter § 38 (4) «kan» innvandringsregulerende hensyn vektlegges i vurderingen av om opphold på humanitært grunnlag skal innvilges. Det kan det legges vekt på om en innvilgelse resulterer i mange innvilgelser på samme grunnlag, samfunnsmessige konsekvenser, kontrollhensyn og hensynet til respekt for loven jf. § 38 (4) bokstav a-d. Dette er politisk baserte hensyn, som gjør seg gjeldende fordi Norge ikke er folkerettslig forpliktet til å

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 75 s. 420

¹¹⁶ Vevstad (2010) s. 307

innvilge opphold på bakgrunn av humanitære årsaker. Dette med unntak av situasjoner som fanges opp av andre konvensjoner Norge har forpliktet seg til, eksempelvis EMK. I utredningen til dagens utlendingslov uttales det at terskelen for når det innvilges opphold etter denne bestemmelsen avgjøres politisk.¹¹⁷ Det vil si at selv om vilkårene for opphold etter «sterke menneskelige hensyn» er oppfylt, kan innvandringsregulerende hensyn veie tyngre og således begrunne at opphold ikke innvilges.¹¹⁸ Etersom like saker skal behandles likt, fører dette til at terskelen for innvilgelse av oppholdstillatelse etter denne bestemmelsen er høy. Hvis ikke ville dette gått på tvers av det politiske ønsket om å holde innvandringen på et lavt nivå. At det «kan» vektlegges innvandringsregulerende hensyn, virker i dag å kunne erstattes med «skal». Innvandringsregulerende hensyn blir i ethvert tilfelle vurdert og vektlagt.

Innvandringsregulerende hensyn som politisk styringsmiddel fungerer i praksis slik at departementet gjennom forskrift og instruks til de ulike forvaltningsorganene kan pålegge avgjørelsestakerne hvilken vekt ulike hensyn skal ha. Lovtolkningen kan imidlertid ikke gå utover lovens ramme. En slik styringsmulighet gjør det enklere for departementet og regjeringen å få sin politikk gjennomført, da en ikke trenger å gå veien om en faktisk lovendring. Tidligere kunne ikke Utlendingsnemnda instrueres hva gjaldt lovanvendelse og skjønnsutøvelse, men med en lovendring i 2015 ble dette tillatt jf. utl. § 76 (2).¹¹⁹ Domstolene kan heller ikke prøve forvaltningens skjønsmessige avgjørelse. Utlendingsloven § 38 er således en bestemmelse som sikter på å beskytte Norge mot en ukontrollert og høy innvandring, like mye som den skal sikre opphold for mennesker som er i en uholdbar humanitær situasjon i hjemlandet. Bestemmelsen er dermed vesensforskjellig fra asylbestemmelsen i utl. § 28, hvor politiske hensyn ikke er invitert.

I 'Innstramninger II' uttalte departementet at anvendelsesområdet for utl. § 38 ikke er ment å utvides på bakgrunn av at rimelighetsvurderingen etter utl. § 28 skulle oppheves.¹²⁰ Dette forstås slik at terskelen for innvilgelse etter bestemmelsen, skal være den samme som før. Internfluktilfellene får dermed ikke en egen stilling etter bestemmelsen. Rettstilstanden samsvarer i utgangspunktet med rettstilstanden slik den var før lovendringen jf. uf. §7-1, men innvandringsregulerende hensyn nå vil gjøre seg gjeldene for internfluktilfellene. Spørsmålet

¹¹⁷ NOU 2004: 20 s. 264

¹¹⁸ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 420

¹¹⁹ Se Prop. 16 L (2015-2016) Endringer i utlendingsloven (innstramninger) s. 21 om endringen i instruksjonadgangen.

¹²⁰ Prp. 90L (2015-2016) s. 52

som reiser seg er om det i rimelighetsvurderingen etter utl. § 28 (5) var hjemmel til å vektlegge innvandringsregulerende hensyn.

4.2 Rimelighetsvurderingen og forholdet til «sterke menneskelige hensyn» etter § 38

For å vurdere om innvandringsregulerende hensyn nå er relevante i internfluktilfellene på en annen måte enn de var tidligere, må det gjøres nærmere rede for rimelighetsvurderingen og forholdet til «sterke menneskelige hensyn» slik det følger av uf. § 7-1. Spørsmålet er om rimelighetsvurderingen har hatt det samme innholdet som vurderingen av «sterke menneskelige hensyn» i utl. § 38.

Etter forarbeidene til utlendingsloven synes det ikke å ha vært tiltenkt at rimelighetsvurderingen skulle være tilsvarende vurderingen etter «sterke menneskelige hensyn» jf. utl. § 38.¹²¹ Det understrekes at vurderingen er en del av beskyttelsesvurderingen.¹²² Departementet bemerket at ved vurderingen av henvisning til internflukt var det aktuelle returforholdene i internfluktområdet, ikke søkerens øvrige forhold i Norge.¹²³ Disse uttalelsene kan tolkes i retning av at politiske føringer ikke hadde plass i vurderingen av om internflukt var rimelig.

Når det av uf. § 7-1 følger at rimelighetsvurderingen skal være den samme som etter vurderingen av «sterke menneskelige hensyn» jf. § 38, indikerer dette at innvandringsregulerende hensyn skal vurderes ved spørsmål om internflukt er rimelig. Denne forståelsen kan også tolkes ut av departementets redegjørelse av uf. § 7-1 i rundskrivet til forskriften. Departementet uttaler her at

«[h]vis situasjonen etter en helhetsvurdering ikke gir grunnlag for å innvilge en tillatelse etter § 38 annet ledd slik som praktiseres etter denne bestemmelsen, kan utlendingen henvises til å returnere til internfluktområdet» (min utheving).¹²⁴

¹²¹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 98-99. Før ny utlendingslov i 2008, hadde «sterke menneskelige hensyn» blitt vurdert i rimelighetsvurderingen hos forvaltningsorganene, se. NOU 2004: 20 s. 122

¹²² Ibid. s. 99

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Vedlegg 7 til rundskriv A-2009-63. Se under (*Forskriften* 7-1)

Når departementet her viser til hvordan bestemmelsen om «sterke menneskelige hensyn» praktiseres, kan dette tolkes i retning av at innvandringsregulerende hensyn skulle tas med i vurderingen av om henvisning til internflukt var rimelig.

I internmeldingen fra Utlendingsdirektoratet om hvordan internfluktalternativet skulle forstås, fremgår det ikke om rimelighetsvurderingen innebærer en samtidig vurdering av innvandringsregulerende hensyn opp mot de menneskelige hensynene som gjøres gjeldene. Direktoratet viser til at rimelighetsvurderingen tilsvarer vurderingen etter «sterke menneskelige hensyn».¹²⁵

Utlendingsnemnda publiserte i april 2012 et praksisnotat hva gjaldt nemndas praktisering av internfluktbestemmelsen. UNE viser til at det aktuelle er retursituasjonen i internfluktområdet og at det ikke vektlegges andre forhold enn det som er aktuelt for retursituasjonen.¹²⁶ Uttalelsen kan tolkes i retning av at innvandringsregulerende hensyn ikke har vært med i vurderingen av om henvisningen til internflukt er «urimelig».

I kommentarutgaven til utlendingsloven fremholdes det at det ikke mulig å ta hensyn til innvandringspolitiske hensyn etter utl. § 28.¹²⁷ At rimelighetsvurderingen knyttes opp mot vurderingen av «sterke menneskelige hensyn» kan av den grunn bryte med lex-superior-prinsippet ifølge Einarsen.¹²⁸ I samme retning kan Øyvind Øyen forstås, når han i sin «Lærebok i utlendingsrett» slår fast at «innvandringsregulerende hensyn er strengt forbudt i asylvurderingen».¹²⁹ Etersom internfluktbestemmelsen er en del av asylbestemmelsene i utl. § 28, er det naturlig å tolke dette til også å omfatte rimelighetsvurderingen.

4.3 Vurdering av forholdet mellom rimelighetsvilkåret og innvandringsregulerende hensyn i rettspraksis

Oslo tingrett behandlet i september 2015 en sak om avslag på søknad om beskyttelse og opphold på humanitært grunnlag. Saksøker anførte at UNE hadde lagt feil lovanvendelse til grunn da nemnda hadde trukket inn innvandringsregulerende hensyn i rimelighetsvurderingen. Til dette bemerker retten at

¹²⁵ Utlendingsdirektoratet (2010), se under avsnitt 2.2

¹²⁶ Utlendingsnemnda (2012), se under avsnitt 2.3.4

¹²⁷ Vevstad (2010) s. 213

¹²⁸ Ibid. s. 213

¹²⁹ Øyen (2013) s. 184

«det i vedtaket ... er inntatt en passus om at *Innvandringspolitiske hensyn tilsier at det ikke legges avgjørende vekt på generelle sosiale og økonomiske problemer i klagerens hjemland ... Dette synes å bero på en åpenbar lapsus. I de etterfølgende vedtakene ... er innvandringsregulerende hensyn og konsekvenshensyn ikke blitt vurdert under internflukts spørsmålet, men under utlendingsloven § 38» (min utheving).¹³⁰*

Tingretten synes med dette å mene at innvandringsregulerende hensyn overhode ikke skal vurderes ved spørsmålet om rimelighet tilknyttet internfluktsituasjonen.

I en sak fra Lagmannsretten i 2011 vedrørende utvisning av en somalisk mann, ser en den samme forståelsen:

«Staten har, med tilslutning fra A, anført at flere av vurderingstemaene etter lovens § 38 ikke passer ved internflukt vurderingen. Verken de utlendingspolitiske hensynene bak bestemmelsen eller utlendingens tilknytning til Norge er relevant. Partene er videre enige om at vurderingen beror på et rettsanvendelsesskjønn. Lagmannsretten slutter seg til dette.» (Min utheving).¹³¹

Lagmannsretten avfeier her altså at innvandringsregulerende hensyn er relevante i rimelighetsvurderingen.

Som tidligere redegjort for, avgjorde Høyesterett spørsmålet om domstolenes prøvingskompetanse av rimelighetsvilkåret i utl. § 28 (5) i Internflukt-dommen. I sin begrunnelse for hvorfor domstolene hadde full prøvingskompetanse, redegjorde annenvoterende grundig for rimelighetsvilkårets innhold. Det uttales at utl. § 28 er en rettighetsbestemmelse, i motsetning til utl. § 38, hvor det etter fjerde ledd kan vektlegges innvandringsregulerende hensyn.¹³² Annenvoterende følger opp med å henvise til førstevoterendes uttalelse om at henvisningen til utl. § 38 i uf. § 7-1 kun gjelder vilkåret om «sterke menneskelige hensyn» og ikke de øvrige vilkårene etter utl. § 38.¹³³ Videre viser annenvoterende til forarbeidene til utl. § 28 (5), hvor departementet ikke gir «henvisninger til politiske avveininger eller til utpreget skjønsmessige vurderinger. Tvert imot bærer motivene preg av en rettighetstenkning».¹³⁴

¹³⁰ TOSLO-2014-118356

¹³¹ LB-2010-142362

¹³² Rt. 2015 s. 1388, avsnitt 229

¹³³ Rt. 2015 s. 1388, avsnitt 234

¹³⁴ Rt. 2015 s. 1388, avsnitt 242

Det uttales videre at

«[d]epartementet legger ikke opp til en bredere interesseavveining eller til vurderinger av politisk karakter ... Og det har etter mitt syn vekt at det i den enkelte sak ikke er rom for å ta innvandringspolitiske hensyn ved praktiseringen av § 28 femte ledd».¹³⁵

Fra uttalelsene til annenvoterende må det legges til grunn at det i vurderingen av om henvisning til internflukt var urimelig, ikke var adgang til å trekke inn innvandringspolitiske hensyn. Det må imidlertid bemerkes at spørsmålet om domstolenes prøvingskompetanse ble avgjort med sterk dissens, ti mot ni dommere. Etter mindretallets syn kunne ikke domstolene prøve rimelighetsvilkåret. Det ble vist til at terskelen for vurderingen etter uf. § 7-1 er underlagt fritt forvaltningsskjønn, og at denne terskelen varierer med samfunnsforhold og politiske føringer.¹³⁶ Dette kan tale for at mindretallet mente at innvandringspolitiske hensyn skulle tas med i rimelighetsvurderingen. At Høyesterett var såpass uenige på dette punktet er interessant å merke seg. Særlig fordi det tyder på at lovgiver ikke har vært klar på hvordan rimelighetsvilkåret skulle anvendes.

Oslo tingrett avsa 21. desember 2015 en dom som følger opp flertallets syn på domstolenes prøvingskompetanse av rimelighetsvilkåret. Saken gjaldt en afghansk familie med to barn, hvor spørsmålet blant annet var om det var urimelig å henvise til internflukt i Kabul. Retten trekker frem uttalelsene fra Høyesterett om at domstolene har full prøvingskompetanse av rimelighetsvilkåret, men at det skal vises tilbakeholdenhet ved prøvingen da dette er et spørsmål forvaltningen har særlig kompetanse til å avgjøre.¹³⁷ Retten viser videre til uf. § 7-1 og UNEs vedtak. Av vedtaket fremgår det ikke at innvandringsregulerende hensyn har blitt tatt. Tingretten slår fast at UNEs vurdering av om det var rimelig å henvise søkerne til internflukt var forsvarlig.¹³⁸

Av det foregående fremstår det som at spørsmålet om hvorvidt innvandringsregulerende hensyn inngår i rimelighetsvilkåret har vært underkommunisert fra lovgivers side. Hvorvidt dette har skapt problemer og misforståelser i saksbehandlingen krever en omfattende gjennomgang av forvaltningspraksis, noe det ikke er anledning til i denne oppgaven. I den forbindelse må det bemerkes at hverken forvaltningspraksis eller underrettspraksis etter

¹³⁵ Ibid., avsnitt 243

¹³⁶ Ibid., avsnitt 116

¹³⁷ TOSLO-2015-083033

¹³⁸ Ibid.

gjennomgangen ovenfor, synes å ha vektlagt innvandringsregulerende hensyn i vurderingen av rimelighetsvilkåret. Når Høyesteretts flertall i Internflukt-dommen uttaler at innvandringspolitiske hensyn ikke er aktuelt å ta i rimelighetsvurderingen, må rettstilstanden anses avklart.

4.4 Konsekvens av opphevelsen av rimelighetsvilkåret

Som redegjort for ovenfor var det ikke rom for innvandringsregulerende hensyn i rimelighetsvurderingen etter utl. § 28 (5). Opphevelsen av rimelighetsvilkåret og en såkalt overføring av denne vurderingen til utl. § 38, medfører at det nå er adgang til å ta slike hensyn med i vurderingen av om oppholds tillatelse skal gis. En mulig konsekvens av denne overføringen kan bli at innvandringsregulerende hensyn vil kunne «trumfe» menneskelige hensyn som etter den tidligere rimelighetsvurderingen ville umuliggjort en henvisning til internflukt. Vurderingen blir ikke lenger knyttet opp mot en beskyttelsesvurdering, men et spørsmål om det av humanitære grunner anses utilrådelig å sende vedkommende tilbake. Terskelen styres av politiske føringer og vil hele tiden variere. Det vil si at personer som før fikk opphold på bakgrunn av rimelighetsbetraktninger etter § 28 (5), ikke nødvendigvis vil få opphold på humanitært grunnlag etter § 38.

Et argument mot at dette vil bli tilfelle, er at terskelen for hva som ble ansett som «urimelig» var den samme som terskelen for «sterke menneskelige hensyn» jf. uf. § 7-1. Beskyttelsesvurderingen etter § 28 er først og fremst knyttet til forfølgelse og ikke humanitære grunner. Dette er utl. § 38 ment å dekke. Videre er vi etter internasjonale konvensjoner som for eksempel EMK, forpliktet til ikke å sende noen til et sted hvor det er fare for menneskerettighetsbrudd ovenfor vedkommende. Innvandringsregulerende hensyn vil aldri kunne trumfe forpliktelser Norge har etter internasjonale konvensjoner.

Som vi har sett har imidlertid ikke rimelighetsvurderingen knyttet seg kun til muligheten menneskerettighetsbrudd, men heller omstendigheter rundt retursituasjonen som gjør det utilrådelig å returnere vedkommende. Selv om terskelen var den samme etter § 38, måtte ikke de menneskelige hensynene som var aktuelle i rimelighetsvurderingen vurderes opp mot innvandringspolitiske interesser. Det var kun terskelen for hva som ble ansett som «sterke menneskelige hensyn», som var tilsvarende for rimelighetsvurderingen. Motargumentene ovenfor får derfor ikke gjennomslag.

Det er interessant at denne konsekvensen ikke kommer frem i departementets lovendringsforslag og heller ikke av forarbeidet til lovendringen. Konsekvensen er ganske bemerkelsesverdig og får betydning for personene som blir påvirket av lovendringen. Kan det være at departementet ikke har hatt denne konsekvensen for øyet? Ingen av høringsinstansene nevnte dette som en mulig konsekvens av lovendringen. Betyr det at konsekvensen i praksis ikke vil få særlig betydning?

Det er utvilsomt at departementet har ønsket å innsnevre muligheten for å få oppholdstillatelse i Norge. Slik det fremgår av redegjørelsen ovenfor er det å fjerne rimelighetsvilkåret en intrikat måte å gjøre nettopp dette på. Umiddelbart synes det at ingen store forandringer blir gjort. Det er også enklere å få gjennomslag hos Stortinget, da det ikke så lett ses at innvandringsregulerende hensyn plutselig gjør seg gjeldende i internfluktilfellene. At høringsinstansene ikke har nevnt dette som konsekvens synes for meg å være en overseelse og ikke et tegn på at det ikke er en konsekvens av betydning. Ettersom Norge har en praksis hvor det hele tiden strammes inn på mulighetene for å få oppholdstillatelse, vil innvandringsregulerende hensyn brukes som et aktivt instrument for å oppnå en stadig strengere innvandringspraksis.

At departementet ikke tok opp det faktum at innvandringsregulerende hensyn nå får betydning for de tidligere internfluktilfellene som var urimelige, fremstår som mangelfullt hva gjelder redegjørelsen for konsekvensene av lovendringen. Til støtte for dette er Internflukt-dommen som nettopp bemerket denne forskjellen, og det før departementet skrev sitt høringsnotat. Høringsnotatet pekte nettopp på Internflukt-dommen som støtte for sitt syn om at rimelighetsvilkåret ikke var folkerettslig forankret. At departementet har unnlatt å vise til annenvoterendes uttalelser vedrørende rimelighetsvilkåret og innvandringsregulerende hensyn er i beste fall en glipp. Hadde departementet gjort dette, hadde det blitt tydelig for høringsinstansene at en opphevelse av rimelighetsvilkåret vil kunne medføre færre oppholdstillatelser. Selvfølgelig kan en lure på om det i det hele tatt var en glipp, da departementet i høringsnotatet feiltolket Høyesterett i den samme dommen, til å mene at rimelighetsvilkåret ikke var folkerettslig bindende.¹³⁹ Noe Høyesterett aldri uttalte. Dette ble også rettet på i forarbeidet. Uansett årsak er det grunn til å rette kritikk mot departementet for et slett utredningsarbeid som ikke i tilstrekkelig grad redegjør for gjeldende rettstilstand og konsekvenser av ny.

¹³⁹ Justis – og beredskapsdepartementet (2015) s. 63

5 Et barnevennlig rimelighetsvilkår?

5.1 Forholdet mellom «barnets beste» i § 38 (3) og en «barnesensitiv vurdering» etter § 28 (3).

Barn kan henvises til internflukt jf. utl. § 28 (5). Dette gjelder også om barnet kommer alene til Norge, da som enslig mindreårig asylsøker. Det vil ikke være rimelig å henvide enslige mindreårige asylsøkere til internflukt dersom de ikke har forsvarlig omsorg ved retur jf. § 28 (5) jf. uf § 7-1 jf. § 38 (2) bokstav a.¹⁴⁰ Ettersom også barn kan henvises til internflukt, er det nødvendig å se om opphevelsen av rimelighetsvilkåret medfører konsekvenser for barn som søker beskyttelse. Som vi har sett er det en nær sammenheng mellom utl. §§ 38 og 28 (5). Det vil derfor først gjøres rede for hvordan barns interesser blir ivaretatt etter utl. § 38, da bestemmelsen er «erstatningen» for rimelighetsvilkåret i dag. Deretter gjøres en sammenlikning med utl. § 28 (5). På bakgrunn av analysen vil eventuelle konsekvenser av lovendringen redegjøres for.

Terskelen for om det skal innvilges asyl eller opphold på humanitært grunnlag er noe lavere dersom barn er involvert.¹⁴¹ I utl. § 38 er hensynet til barnet fremhevet i tredje ledd hvor det står at «barnets beste [skal] være et grunnleggende hensyn» i vurderingen. Ordlyden «barnets beste» viser til hva som ganger barnet mest i den konkrete situasjonen. Barnets helse –og skoletilbud og sosiale nettverk er eksempler på momenter som inngår i denne vurderingen. Hva som er barnets beste varierer fra sak til sak.

At barnets beste «skal» være «et grunnleggende hensyn» har sin forankring i barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 og følger også av Grunnloven § 104. Barnekonvensjonen gjelder som norsk lov jf. mrl. § 2 punkt 4. Av ordlyden «et grunnleggende hensyn» forstås det at hensynet til barnet skal være tungtveiende. Hvordan barnets beste skal vurderes er ytterligere regulert i uf. § 8-5 (1) første punktum. Her fremgår det at barns tilknytning til Norge «skal ... tillegges særlig vekt» ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn jf. utl. § 38. Forskriften ble endret 8. desember 2014 på bakgrunn av et ønske fra departementet om å «tydeliggjøre hvilke momenter som skal tillegges vekt ved vurderingen av barnets tilknytning

¹⁴⁰ Det følger også av barnekonvensjonen art. 3 at barn ikke kan sendes til et sted hvor barnet ikke får forsvarlig omsorg.

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 75 s. 421

til Norge».¹⁴² Endringen fulgte i kjølevannet av en omfattende diskusjon i det politiske Norge om barnets beste og vurderingen av innvandringsregulerende hensyn. Nytt i forskriften er en klargjøring av at «[l]engden av barnets opphold i Norge, sammenholdt med barnets alder, skal være et grunnleggende hensyn» jf. § 8-5 (1) andre punktum.

Høyesterett avgjorde i desember 2012 to saker i plenum som blant annet gjaldt forståelsen av barnets beste som et grunnleggende hensyn. I rt. 2012 s. 1985 gjaldt spørsmålet asyl, subsidiært opphold på humanitært grunnlag. Førstvoterende drøftet utførlig spørsmålet om barnets beste som et grunnleggende hensyn, veid opp mot innvandringsregulerende hensyn. Det uttales at barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 ikke kan forstås slik at barnets beste er det eneste eller avgjørende hensynet.¹⁴³ Formuleringen «et grunnleggende hensyn» innebærer at barnets beste kan vurderes opp mot andre tungtveiende interesser.¹⁴⁴ Den konsekvensen vedtaket kan få for andre barn i liknende situasjon, kan også tillegges vekt.¹⁴⁵ Det vil si at hensynet til barnets beste ikke vurderes isolert kun til den ene saken, men det må tas i betraktning at asylinstituttet eksempelvis kan bli misbrukt senere ved en oppholdstillatelse i den konkrete saken.¹⁴⁶ Selv uf. § 8-5 tydeliggjør vektingen av hensynet til barnet, er tolkningen av barnets beste som et grunnleggende hensyn slik det følger av rt. 2012 s. 1985, gjeldende rett i dag.

Det følger av § 28 (3) at det ved asylvurderingen i § 28 (1) skal «tas hensyn til om søkeren er barn». Internflukt vurderingen er en del av asylvurderingen, og § 28 (3) forstås dermed til å også gjelde ved spørsmålet om henvisning til internflukt. Dette følger også av Internfluktdommen, som det redegjøres nærmere for under kapittel 5.2. Utlendingsloven § 28 (3) viser til en barnesensitiv vurdering.¹⁴⁷ Vurderingen av flyktningstatus for barn blir derfor noe annerledes enn for voksne. Ifølge forarbeidene gjør hensynet til barn seg særlig gjeldende i bevis – og farevurderingen.¹⁴⁸ Det vektlegges at hva som er trygt for voksne ikke nødvendigvis er trygt for barn. Det kan derfor være behov for å sette en lavere terskel for når det foreligger en «velbegrunnet frykt for forfølgelse» for barn enn det det gjøres for voksne.¹⁴⁹ I hørings svarene til utlendingsloven ønsket både UNHCR og Redd Barna at det

¹⁴² Justis- og beredskapsdepartementet (2014) s. 4

¹⁴³ Rt.2012 s. 1985 avsnitt 135

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Ibid., avsnitt 115

¹⁴⁶ Ibid., avsnitt 114

¹⁴⁷ Innst. O. nr. 42 (2007-2008) s. 16

¹⁴⁸ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 92

¹⁴⁹ Ibid.

skulle henvises til «barnet beste» i beskyttelsesvurderingen.¹⁵⁰ Dette førte ikke frem. Hvorfor lovgiver i stedet valgte ordlyden «hensyn til om søkeren er barn» fremgår ikke av forarbeidene, annet enn at det vises til at utvalget ikke foreslo en henvisning til barnets beste i lovutkastet.¹⁵¹ Vurderingen er om barnet i kraft av å være barn får «effektiv beskyttelse» på internfluktområdet jf. § 28 (5) jf. §28 (1). Terskelen for om returområdet er «trygt og tilgjengelig» er dermed lavere. Videre er spørsmålet om det etter en barnesensitiv vurderingen er rimelig å henviser barnet til internflukt. Hva som ligger i denne vurderingen skal det ses på i det følgende.

5.2 Hensynet til barn i rimelighetsvurderingen

Hva som er «rimelig» er som vist til i kapittel to en vag og skjønnsmessig vurdering. Sett i sammenheng med utl. § 38, hvor det fremgår en barnets beste-vurdering, kan det virke som at lovgiver har ment at vurderingen av barnets situasjon på returområdet gjøres under rimelighetsvurderingen. En slik forståelse fremgår også av forvaltningens retningslinjer om behandlingen av internfluktspørsmålet. I både UDI sin internmelding vedrørende internflukt¹⁵² og i UNEs praksisnotat om internflukt¹⁵³ følger det at vurdering av barnets situasjon på returstedet foretas under rimelighetsvurderingen.

I Internflukt-dommen vurderer Høyesterett hva som er barnets beste under rimelighetsvurderingen. Spørsmålet var om barnas situasjon i Norge kunne vurderes under rimelighetsvilkåret. Høyesterett kom enstemmig frem til at dette ikke var tilfelle. En sammenlikning av asyllandet og returområdet er ifølge Høyesterett en vurdering som faller under spørsmålet om opphold på humanitært grunnlag. I denne vurderingen vil det spørres hva som er barnets beste, og det er da aktuelt å se på forholdene i Norge. Bakgrunnen for dette er at beskyttelsesvurderingen etter § 28 ikke rommer en sammenlikning av asyllandet og hjemlandet.¹⁵⁴ Førstvoterende fastslår at det ikke er et krav om en sammenlikning etter EMK eller barnekonvensjonen art. 22.¹⁵⁵ Det vurderes så om barnekonvensjonen art. 3 krever en sammenlikning av forholdene for barnet i asyllandet og på internfluktområdet. På dette svarer

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Utlendingsnemnda (2012) Se under pkt. 2.3.2.

¹⁵³ Utlendingsdirektoratet (2010) se under pkt. 2.2.

¹⁵⁴ Rt. 2015 s. 1388, avsnitt 81

¹⁵⁵ Ibid., avsnitt 82

førstvoterende avkrefte.¹⁵⁶ Det uttales at barnets beste er et grunnleggende hensyn i vurderingen om internflukt, men at «ei endring av vurderingstemaet ville innebære at asylretten ville få eit heilt anna innhald, og ein heilt annan karakter for familiar med barn». ¹⁵⁷ Førstvoterende viser her til en endring av vurderingstemaet i beskyttelsesvurderingen. Med dette tolkes førstvoterende til å mene at det i beskyttelsesvurderingen kun skal ses på om forholdene i hjemlandet er av en slik karakter som følger av § 28 a eller b. Barnets beste-vurderingen som skal foretas når avgjørelsen gjelder barn, må gjøres i samsvar med vurderingstemaet etter den aktuelle bestemmelsen. Førstvoterende uttaler i så henseende at

«det må etter dette leggjast monaleg vekt på omsynet til barnet ved vurderinga av retursituasjonen i Kabul, slik det også følgjer av vanleg norsk lovgivning, jf. utlendingslova § 28 tredje ledd. Det skal mindre til av påkjenningar for at internflukt er urimelig for eit barn enn til dømes for ein ung mann». ¹⁵⁸

Førstevoterende likestiller således ordlyden «barnesensitiv vurdering» jf. § 28 (3) med vurderingen av barnets beste. Han synes imidlertid ikke å mene at barnets beste vurderingen har samme innhold som etter § 38, men peker heller på det grunnleggende konvensjonskravet om at barnets beste er et grunnleggende hensyn i alle avgjørelser som gjelder barn jf. barnekonvensjonen art. 3.

Annenvoterende har en noe annen tilnærming til spørsmålet, men slutter seg til førstvoterendes konklusjon. I sin redegjørelse markerer annenvoterende et tydelig skille mellom barnets beste-vurderingen etter § 38 og rimelighetsvurderingen, da det etter § 38 kan trekkes inn innvandringsregulerende hensyn. Ifølge annenvoterende er ikke invandringsregulerende hensyn aktuelt å vurdere etter utl. § 28 (5), og det uttales at «det må foretas en barnesensitiv vurdering av forholdene på internfluktstedet...». ¹⁵⁹ At begrepet «barnesensitiv vurdering» brukes betyr ikke at det ikke er en vurdering av barnets beste som foretas under rimelighetsvilkåret, men det er ikke tilsvarende bred vurdering som man finner etter § 38. Dette ser en videre av annenvoterendes argumentasjon hvor barnas tilgang til skole, helsetjenester, og foreldrenes mulighet til å forsørge barna blir diskutert.

¹⁵⁶ Ibid., avsnitt 84

¹⁵⁷ Ibid., avsnitt 84 og 85

¹⁵⁸ Ibid., avsnitt 86

¹⁵⁹ Ibid., avsnitt 252

Etter dette er det grunnlag for å tolke Høyesterett i retning av at det foretas en barnesensitiv vurdering ved spørsmålet om «effektiv beskyttelse» som innebærer hvorvidt returområdet er trygt og tilgjengelig for barnet. Deretter foretas en generell vurdering av barnets beste under spørsmålet om det er rimelig å henvise til internflukt. Denne vurderingen må imidlertid skje etter vurderingstemaet bestemmelsen oppstiller, slik at det her ikke er aktuelt å sammenlikne situasjonen i hjemlandet med situasjonen i Norge, samt heller ikke trekke inn innvandringsregulerende hensyn i vurderingen.

Selv om rimelighetsvurderingen nå er opphevet, skal det fortsatt foretas en barnesensitiv vurdering i spørsmålet om internflukt, men den er begrenset til å gjelde om barnet får «effektiv beskyttelse» på returområdet jf. § 28 (5). Andre forhold som tidligere ble vurdert under rimelighetsvurderingen, vurderes nå etter § 38. En konsekvens av dette er at færre barn får innvilget asyl etter utl. § 28 bokstav a eller b, men heller opphold på humanitært grunnlag. Det er dermed lettere å henvise barn til internflukt. Denne måten å svekke beskyttelsesbestemmelsen ser er lik den vi så i kapittel 4. Som redegjort for her er innvandringsregulerende hensyn relevante i vurderingen etter § 38. Dette kan føre til at saker hvor det ble ansett urimelig å henvise barnet til internflukt, nå i ytterste tilfelle vil kunne bli satt til side av innvandringsregulerende hensyn. I denne sammenheng er det interessant å vise til UNEs praksisnotat om internfluktvurderingen fra 2012, hvor det ble pekt på at der terskelen for urimelig var nådd, var dette ofte saker som involverte barn og barnefamilier.¹⁶⁰

Denne realitetsforskjellen synes å ha blitt underkommunisert av departementet i ‘innstramminger II’. Det kan tenkes at flere barn vil bli henvist til internflukt der de humanitære grunnene ikke veier tyngre enn innvandringsregulerende hensyn. Henvisningen til internflukt vil, som vist i kapittel 4, ikke være folkerettsstridig. På den annen side ivaretas ikke hensynet til barn mer enn hva som er strengt nødvendig sett hen til Norges internasjonale forpliktelser. Ettersom internfluktvilkåret ikke følger direkte av flytningkonvensjon, kan dette være et argument for å utvise forsiktighet hva gjelder en tilsynelatende innsnevring av barns rett til beskyttelse.

¹⁶⁰ Utlendingsnemnda (2012) se pkt. 2.3.2

6 Øvrige utvalgte konsekvenser ved opphevelsen av rimelighetsvilkåret

6.1 Domstolskontroll

Som det har blitt pekt på ovenfor, medfører opphevelsen av rimelighetsvilkåret at flere vil bli henvist til internflukt. Får søkeren «effektiv beskyttelse» på internfluktstedet, returneres personen i utgangspunktet dit. Utover dette er spørsmålet om vedkommende kan innvilges opphold på humanitært grunnlag. Her kan domstolene kun prøve lovanvendelsen, ikke den konkrete skjønsmessige vurderingen. Dette fordi bestemmelsen er utformet som en «kan»-bestemmelse, slik at forvaltningen ikke må gi opphold selv om humanitære grunner foreligger. Som vist til ovenfor er bestemmelsen i høy grad brukt som et politisk verktøy for å styre innvandringen til Norge.

I oppgaven har det blitt redegjort for at domstolene hadde full prøvingskompetanse ved spørsmålet om internflukt var rimelig, selv om det skulle utøves forsiktighet ved denne prøvingen. I Internflukt-dommen understreker flertallet at det ligger nærmest forvaltningen å vurdere om internflukt er urimelig, på bakgrunn av forvaltningens erfaring med et stort antall av tilsvarende saker og forvaltningens spesielle kompetanse på området.¹⁶¹ Domstolene har ikke samme mulighet til å se alle saker i sammenheng, da domstolen kun behandler enkeltsaker.¹⁶² Dermed skal utgangspunktet for domstolens prøving være forvaltningens vedtak og begrunnelse.¹⁶³ Av Internflukt-dommen ser en at selv om flertallet mener at rimelighetsvilkåret ikke er en skjønsmessig bestemmelse, har det et såpass skjønsmessig preg at det er unaturlig for domstolene ikke å ta hensyn til forvaltningens anvendelse av vilkåret.

En konsekvens av at rimelighetsvilkåret nå er opphevet, er at domstolene ikke lenger kan prøve de vurderingene som gjøres av asylsøkerens situasjon på internfluktområdet, utenom de som knytter seg til om «effektiv beskyttelse» oppnås. Som nevnt, blir søkerens situasjon på returområdet en vurdering under utl. § 38. På denne måten innsnevres domstolens

¹⁶¹ Rt. 2015 s. 1388, avsnitt 247

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Ibid.

overprøvningsrett, i tråd med den materielle innsnevringen av internfluktbestemmelsen. Selv om Høyesterett var klar på at det skulle utvises forsiktighet med å overprøve forvaltningens tolkning av rimelighetsvilkåret, har kontrollen nå blitt overført til forvaltningen alene. Det kan spørres om dette var et stikk tilbake fra departementet etter Internflukt-dommen. Ved å fjerne muligheten for domsstolskontroll, sikrer departementet seg et sterkere grep om praktiseringen av innvandringslovgivningen.

6.2 Utvisning og absolutt vern mot utsendelse

I sitt høringsnotat til 'innstramminger II', pekte Utlendingsdirektoratet på at opphevelsen av rimelighetsvilkåret vil øke antall utvisninger ettersom færre vil anses vernet etter § 73.¹⁶⁴ Bestemmelsen gir uttrykk for det folkerettslige non refoulement-prinsippet. Prinsippet fastslår at personer ikke kan sendes til «område[r]» der de står i fare for å bli forfulgt eller utsatt for dødsstraff, tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling jf. § 73 (1) og (2). Regelen er ikke absolutt. Av utl. § 73 (1) bokstav a og b følger det unntak hvor personen kan returneres til et område hvor førfølelsesfare foreligger, men andre ledd begrenser imidlertid denne muligheten dersom det er fare for brudd på utl. § 28 b ved retur. Utlendingsdirektoratet gir ingen videre begrunnelse i høringsnotatet for hvordan en opphevelse av rimelighetsvilkåret vil medføre flere utvisninger. Det er derfor nødvendig å se på internfluktbestemmelsens anvendelse ved spørsmål non refoulement og se på hvordan prinsippet eventuelt medfører et høyere antall utvisninger, slik Utlendingsdirektoratet hevder.

Utlendingsloven § 73 (1) og (2) viser til at utlendingen ikke kan sendes til et «område» som er i strid med non refoulement- prinsippet. Ordlyden «område» viser til et uspesifisert sted. Av ordlyden virker det dermed ikke å være en forutsetning for vurderingen at utlendingen skal henvises til hjemstedet.

I forarbeidene finnes det ikke noen klar uttalelse om hvordan internfluktbestemmelsen skal forstås i henhold til non refoulement- prinsippet.

Spørsmålet har blitt drøftet i LB-2010-142363. Saken gjaldt gyldigheten av UNEs vedtak om utvisning av en somalisk mann. Det var uomtvistet at mannen ikke kunne sendes til hjemstedet, dermed var spørsmålet om utl. § 73 (2) også omfatter en vurdering av internflukt.

¹⁶⁴ Utlendingsdirektoratet (2016) s. 31

Lagmannsretten viser til at hva som ligger i ordlyden «område» ikke har blitt drøftet i forarbeidene.¹⁶⁵ Videre fremholdes det at dersom lovgiver mente at utl. § 28 (5) ikke skulle vurderes under utl. § 73 hadde dette blitt tydeliggjort.¹⁶⁶ Etter en videre drøftelse av spørsmålet, konkluderer lagmannsretten med at «returvernet etter § 73 (2) har samme materielle innhold som beskyttelsesvernet etter § 28».¹⁶⁷ Etter lagmannsrettens syn skal det således vurderes om utlendingen kan henvises til internflukt og om dette er rimelig.

Lagmannsretten viser videre til LB-2010-166958. Spørsmålet var her om non refoulement-prinsippet stengte for utvisning av en tsjetsjensk mann. Retten kom til at det ikke forelå grunner etter § 28 som stengte for utvisning og i denne forbindelse ble det slått fast at

«[u]nder enhver omstendighet er lagmannsrettens av den oppfatning at det vil være anledning for A til å ta opphold og således oppnå beskyttelse et annet sted i Russland, jf. utlendingsloven § 28 femte ledd».¹⁶⁸

Dette tolkes slik at vurderingsinnholdet i utl. § 73 (1) og (2) medfølger en vurdering av internfluktspørsmålet. Ettersom det ikke er satt en reservasjon mot rimelighetsvurderingen, tolkes lagmannsretten i retning av at rimelighetsvurderingen også er aktuell å foreta her.

Ettersom både ordlyden «område» i § 73 (1) og (2) ikke viser til hjemstedet og forarbeidene ikke har behandlet angående internflukt vurderingens forhold til non refoulement direkte, taler dette i stor grad for at internflukt vurderingen er en del av vurderingen etter § 73. Når lagmannsretten også legger dette til grunn, taler dette i avgjørende grad samlet for at internflukt vurderingen har samme innhold etter utl. § 73 som etter § 28.

Da det tidligere også skulle vurderes om internflukt var rimelig ved utvisningstilfellene, vil opphevelsen av vilkåret kunne medføre at flere blir utvist, slik som Utlendingsdirektoratet hevder. I motsetning til hva vi har sett tidligere i oppgaven, vil ikke utl. § 38 fange opp de tilfellene som tidligere ble ansett urimelig å henvises til internflukt da opphold på humanitært grunnlag ikke er aktuelt å vurdere etter § 73. Etter dagens lovgivning er det nå tilstrekkelig å vurdere om vedkommende får «effektiv beskyttelse» på området, og hensyn som at utlendingen vil få det svært vanskelig i internfluktområdet faller utenfor. Dette vil således gi

¹⁶⁵ LB-2010-142363

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ LB-2010-166958

personer som vurderes for utvisning et dårligere vern enn tidligere. Det er i den forbindelse viktig å understreke at forholdsmessighetsvurderingen etter § 70 som skal foretas ved spørsmål om utvisning, ikke har samme innhold som rimelighetsvurderingen. Denne dreier seg om hensyn rundt utvisningsspørsmålet og ikke hensyn som er aktuelle etter internfluktvurderingen.

7 Avsluttende kommentarer

Det er i oppgaven belyst hvilke konsekvenser opphevelsen av rimelighetsvilkåret medfører. Som det fremgår av det overstående medfører ikke lovendringen et brudd på folkeretten. Rettslig holder Norge seg innenfor de rammer som kreves. Dette gir imidlertid ingen grunn til å rope hurra. Med lovendringen fremstår Norge som en svært streng stat innvandringspolitisk, som er villig til å balansere på sine folkerettslige forpliktelser. Det at de aller fleste konvensjonsstatene opererer med et rimelighetsvilkår, gir absolutt et uttrykk for at dette er noe Norge også burde gjøre. Det er ikke folkerettslig påkrevet, men formålet med folkeretten er blant annet at konvensjonsstatene søke å følge samme regler, slik at mennesker som har behov for vern etter folkeretten behandles etter samme regelverk. Beskjeden Norge nå sender ut, er at i vanskelige tider er vi villige til å strekke strikken så langt som overhode rettslig mulig, for å kunne ta den minste biten av innvandringskaken. Dette er dårlige signaler å gi, både ovenfor konvensjonsstatene, men også ovenfor de menneskene som har behov for vern etter flyktningkonvensjonen.

Oppgaven belyser også konsekvenser med lovendringen departementet ikke redegjør for. Innvandringsregulerende hensyn får nå en plass i beskyttelsesvurderingen ved at rimelighetsvilkåret flyttes over i utl. § 38. Rettslig sett er dette greit, da rimelighetsvilkåret på papiret er opphevet. Dette er en snedig måte for departementet å få et større politisk grep om innvandringslovgivningen. Hvorfor departementet ikke har redegjort for denne konsekvensen er høyst bemerkelsesverdig, og indikerer enten hastverk eller liten vilje til å belyse en slik virkning.

For øvrig er det andre konsekvenser med lovendringen som ikke har blitt nevnt i oppgaven. Hvilken type oppholdstillatelse søkeren innvilges har betydning for vedkommendes rettigheter i Norge. Opphevelsen av rimelighetsvilkåret, med konsekvens at flere personer får opphold på humanitært grunnlag, betyr at personene som blir påvirket av lovendringen får andre rettigheter enn det de ville fått med flyktningstatus etter § 28. Eksempler på dette er blant annet reglene om fornyelse av oppholdstillatelse og krav til fremtidig inntekt ved familieinnvandring.

Dersom søkeren blir innvilget asyl etter utl. § 28, er hovedregelen at oppholdstillatelsen skal fornyes dersom det ikke foreligger opphørs- eller tilbakekallingsgrunner jf. utl. § 61 (2). En

oppholdstillatelse etter utl. § 38 har ikke den samme “skal”-bestemmelsen for fornyelse. Utlendingsloven § 61 (1) viser til at dersom man har midlertidig tillatelse har man “rett” til fornyelse dersom samme oppholdsgrunnlag foreligger. Dette gjelder ikke dersom oppholdstillatelsen ikke gir grunnlag for fornyelse eller det fremgår av lov eller forskrift at oppholdstillatelse ikke skal innvilges jf. utl. § 61 (1). Her ser man at en tillatelse etter utl. § 28 er mer «sikker» enn en tillatelse etter utl. § 38. Dette fordi søkeren som oppfyller vilkårene i utl. § 28 har rettskrav på beskyttelse. Opphold etter utl. § 38 er en «kan»-bestemmelse, som betyr at staten ikke nødvendigvis behøver å innvilge opphold. Derfor kan det også settes flere vilkår ved tillatelsen.

Ved spørsmål om familiegjenforening og krav til fremtidig inntekt er det en vesentlig forskjell om søkeren har blitt innvilget asyl eller opphold på humanitært grunnlag. Det følger av uf. § 10-8 (4) bokstav a at referansepersonen, altså den som har opphold i Norge, er unntatt kravet om fremtidig inntekt dersom vedkommende har opphold etter utl. § 28. Dette gjelder der det er referansepersonens barn, ektefelle eller samboer som søker om familiegjenforening. Med unntak av noen tilfeller, vil opphold etter utl. § 38 hovedsakelig ikke gi unntak for kravet om fremtidig inntekt ved spørsmål om familiegjenforening. Det samme gjelder ved krav om tidligere inntekt jf. uf. § 10-9 (1). Ut fra dette ser vi at det for søkeren og dets familie har mye å si om tillatelse gis etter utl. § 38 eller § 28.

Lovendringen får altså også store faktiske konsekvenser for de som får oppholdstillatelse i Norge. Det hele fremstår som en stor sparemåte i den forstand at regjeringen ønsker å snøre inn mulighetene for opphold i Norge der den kan. Beskjeden er i hvert fall klar; det er kun ønskelig å ta imot de flyktninger Norge absolutt er pliktet til etter folkeretten.

Litteraturliste

Lover og forskrifter

Forskrift 15.oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften - uf).

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

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Forarbeider

Innst. O. nr. 42 (2007-2008) Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

Innst. 391 L (2015-2016) Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om Endringer i utlendingsloven mv. (innstramninger II).

NOU 2004: 20 Ny utlendingslov.

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

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

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

Juridisk litteratur

Goodwin-Gill, Guy S. og Jane McAdam, The refugee in international law, 3.utg., 2007.

Hathaway, James C. og Michelle Foster, The law of refugee status, 2.utg., 2014.

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, Innføring i folkerett, 4.utg., 2011.

Vevstad, Vigdis (Red.), Utlendingsloven, kommentarutgave, 1.utg., 2010

Zimmermann, Andreas, Jonas Dörschner og Felix Machts, The 1951 convention relating to the status of refugees and its 1967 protocol: A commentary, 1.utg., 2011.

Øyen, Dybvik Øyvind, Lærebok i utlendingsrett, 1.utg., 2013.

Internasjonale rettskilder

Convention relating to the Status of Refugees, 28. juli 1951 (Konvensjon om flyktningers stilling).

Convention on the Rights of the Child 20. november 1989 (Konvensjon om barnets rettigheter).

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.

European Convention on Human Rights, Roma 4.november 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen).

Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien 23.mai 1969 (Wien-konvensjonen).

Norsk og utenlandsk rettspraksis

Daniel Martin Butler v. Attorney General and Refugee Status Appeals Authority, CA 181/97, New Zealand: Court of Appeal, 13 October 1997. Referanse: 1999 NZAR 205. Hentet fra: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b61ac.html> (Sjekk 10.12.2016).

AE and FE v. Secretary of State for the Home Department, EWCA Civ 1032, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales), 16 July 2003. Referanse: C1/2003/0047. Hentet fra: <http://www.refworld.org/docid/43ccbabd4.html> (Sjekket 10.12.2016).

Harjit Singh Randhawa v. The Minister for Immigration Local Government and Ethnic Affairs, No. NG994 of 1993, Australia: Federal Court, 11 August 1994. Referanse: Fed No. 535/94 Administrative Law (1994) 124 ALR 265. Hentet fra: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b6af0.html> (Sjekket 03.12.2016).

Hong Ying Gao v. Alberto Gonzales, 04-1874-ag, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 3 March 2006. Hentet fra: <http://www.refworld.org/docid/46976f332.html> (Sjekket 07.12.2016).

Januzi (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent); Hamid (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent); Gaafar (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent); Mohammed (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (Consolidated Appeals), UKHL 5, United Kingdom: House of Lords (Judicial Committee), 15 February 2006. Hentet fra: <http://www.refworld.org/docid/43f5907a4.html> (Sjekket 03.12.2016).

LB-2010-142363

LB-2010-166958

R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Gunes, Imm AR 278, United Kingdom: High Court (England and Wales), 21 January 1991. Hentet fra: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b6430.html> (Sjekket 03.12.2016).

Ranganathan v Canada (Minister of citizenship and immigration), (2001) 2 F.C. 164, A-348-99. Hentet fra: <http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/Ranganathan%202001%202%20FC%20164.pdf> (Sjekket 03.12.2016)

RT.2015 s. 1388

RT.2012 s. 1985

Sivaganthan Rasaratnam v. Minister of Employment and Immigration, Canada: Federal Court, 5 December 1991. Referanse: A-232-91. Hentet fra:

<http://www.refworld.org/docid/3ae6b6cf0.html> (Sjekket 03.12.2016).

SZATV v. Minister for Immigration and Citizenship, HCA 40, Australia: High Court, 30 August 2007, S62/2007. Hentet fra: <http://www.refworld.org/docid/47f356352.html> (Sjekket 03.12.2016).

Thirunavukkarasu v. Canada (Minister of Employment and Immigration), Canada: Federal Court, 10 November 1993. Referanse: A-81-92. Hentet fra:

<http://www.refworld.org/docid/3deb87324.html> (Sjekket 03.12.2016).

TOSLO-2014-118356

TOSLO-2015-083033

Offentlige dokumenter

Justis- og beredskapsdepartementet (2014) Høring- endringer i utlendingsforskriften, varig ordning for lengeværende barn og begrunnelse i vedtak som berører barn, 06.06.2014. Hentet fra:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/788b164d517045df9bc7dd5bfefb09f4/horingsbrev1.pdf>. (Sjekket 30.11.2016).

Justis- og beredskapsdepartementet (2015) Høringsnotat – endringer i utlendingslovgivningen (Innstramninger II). Hentet fra: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--endringer-i-utlendingslovgivningen-innstramninger-ii/id2469054/> (Sjekket 08.12.2016).

NOAS (2016), Høring – Endring i utlendingslovgivningen – Innstramninger II, 09.02.2016. Hentet fra: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--endringer-i-utlendingslovgivningen-innstramninger-ii/id2469054/?uid=2814c504-7ec7-4779-b107-54e61758700f> (Sjekket 09.12.2016).

Rundskriv A-2009-50 om ikraftsetting av en ny forskriftsbestemmelse i utlendingsforskriften - Oppfølging av Regjeringens innstramning av asylpolitikken - tiltak 2 – Internflukt.

Rundskriv A-2009-63 om ikrafttredelse av ny utlendingslov og ny utlendingsforskrift fra 1.januar 2010. Vedlegg 7.

Rundskriv fra justis –og beredskapsdepartementet G-2014-6.

Utenriksdepartementet (2016) Høring – endringer i utlendingslovgivningen (innstramninger II), Høringssvar fra Utenriksdepartementet. Hentet fra:

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--endringer-i-utlendingslovgivningen-innstramninger-ii/id2469054/?uid=1f6ea88c-975b-4047-be45-5b6ae66629ac> (Sjekket 01.12.2016).

Utlendingsdirektoratet (2016) Utlendingsdirektoratets kommentarer til høring om endringer i utlendingslovgivningen (innstramninger II), 09.02.2016. Hentet fra:

[https://www.udiregelverk.no/PageFiles/11830/Utlendingsdirektoratets%20kommentarer%20til%20horing%20om%20endringer%20i%20utlendingslovgivningen%20\(innstramninger%20II\).pdf](https://www.udiregelverk.no/PageFiles/11830/Utlendingsdirektoratets%20kommentarer%20til%20horing%20om%20endringer%20i%20utlendingslovgivningen%20(innstramninger%20II).pdf) (Sjekket 01.12.2016).

Utlendingsdirektoratet (2010) Internmelding fra Utlendingsdirektoratet, 28.09.2010, UDIIM-2010-54.

Utlendingsnemnda (2016) Høring-Endringer i utlendingsloven-Innstramninger II, 09.02.2016, Hentet fra: <http://une.no/Documents/Horing%20-%20Endringer%20i%20utlendingsloven%20-%20Innstramninger%20II.pdf> (Sjekket

01.12.2016).

Utlendingsnemnda (2012) Internflukt. Praksisnotat av 27.04.2012. Hentet fra:

<http://une.no/no/Praksis2/Notater/Internflukt1/> (Sjekket 01.12.2016).

UNHCR

UNHCR (2016) UNHCR Observations on the proposed amendments to the Norwegian Immigration Act and Regulation: Høring - endringer i utlendingslovgivningen (innstramninger II). Hentet fra:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/4da4984e3d0e4088aa7824a254c0d436/unhcr.pdf> (Sjekket 01.12.2016).

UNHCR (2011) Handbook and guidelines on procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 convention and the 1967 protocol relating to the status of refugees, Reissued, Geneva 2011. Hentet fra:

<http://www.unhcr.org/publications/legal/3d58e13b4/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html> (Sjekket 02.12.2016).

UNHCR (2007), Asylum in the European Union. A Study of the Implementation of the Qualification Directive. Hentet fra: <http://www.refworld.org/docid/473050632.html> (Sjekket 01.12.2016).

UNHCR (2003) 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. Hentet fra:

<http://www.unhcr.org/publications/legal/3f28d5cd4/guidelines-international-protection-4-internal-flight-relocation-alternative.html> (Sjekket 02.12.2016)